

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة بابل

كلية القانون

ضمانات مبدأ

سير المرفق العام - دراسة مقارنة -

رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون - جامعة بابل

من قبل الطالب

مجيد مجهول درويش حسين الزريجاوي

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام

بإشراف

الأستاذ المساعد

الدكتور

رافع خضر شبر

الأستاذ المساعد

الدكتور

محمد علي جواد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

، وَمَنْ يَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ

إِنَّ اللَّهَ بَالِغُ أَمْرِهِ قَدْ جَعَلَ

اللَّهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا

صدق الله العلي العظيم

(الطلاق: ٣)

The Guaranties of principles of the continuity of public service

A Thesis

Submitted to the Council of the College of Law
University of Babylon

As partial Fulfillment of the Requirements for the
Master Degree in public Law

By

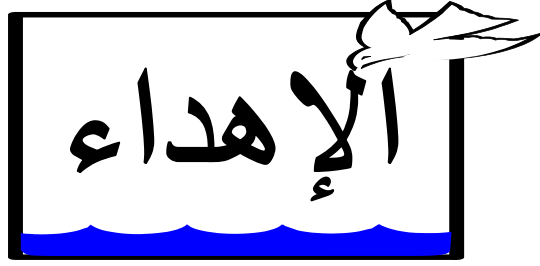
Majeed Majhool Darweesh

Supervised

Ass . Prof Dr . Mohammed Ali Joad

Ass . Prof Dr. Rafee Khudhir

May ٢٠٠٤



إلى

مَنْ بكلامه عرفت حسن الكلام
مَنْ من صبره خرجت صلب القوام
مَنْ بنصحه سلكت طريق السلام
مَنْ علمني فأحسن تعليمي ورباني فأحسن تربيتي
إلى مَنْ زرع ورحل قبل قطف الثمار
والذي (رحمه

الله)

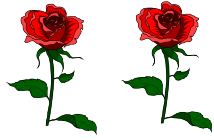
إلى ...

مَنْ بدعائها فتحت لي أبواب الإجابة
مَنْ سهرت عليَّ أياما طوال
مَنْ مهدت لي طريق المنال
مَنْ دعت لي بالرزق الحلال
إلى القلب الفسيح والوجه السميح ...
أمي

إلى ...

مَنْ أشد بهم أزمي على الدوام
مَنْ هم رفاق دربي على الدوام
مَنْ ذللوا لي المصاعب وهونوا عليَّ المتاعب
مَنْ كانوا لي الأحبة والأصدقاء
إلى من يرجون لي الخير وتحقيق أمنياتي والسلام
أخوتي
إلى ... من خفق قلبه مرتين مرة ... حبالي ومرة ... خوفا عليَّ
أهدي ثمرة جهدي المتواضع

مجيد



شكر وتقدير



الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الخلق أجمعين محمد الأمين وعلى آله
الغر الميامين وبعد ...

بعد أن فرغنا من كتابة هذه الرسالة أصبح واجبا علينا أن نتقدم بالشكر لكل من مدّنا
يد العون في سبيل إنجازها .

وبدءاً أتقدم بخالص شكري وتقديري إلى أستاذي الفاضل الدكتور محمد علي جواد لتفضله
بقبول الإشراف على الرسالة ولما بذله من جهد واضح في سبيل إنجازها ولمواكبته لي
في جميع خطواتها بدءاً من اختيار الموضوع وحتى كتابة آخر كلمة فيه .

أسأل الله تعالى أن يمن عليه بتمام الصحة ودوامها ، كما يطيب لي أن أتقدم ببالغ الشكر
والاحترام إلى أستاذي الفاضل الدكتور رافع خضر شوّ لتفضله بالإشراف على
الرسالة ولما قدمه من ملاحظات قيمة كان لها الأثر الواضح في تقويم الرسالة
وإظهارها بالمستوى الذي هي عليه الآن ولما قدمه لي من مصادر ساهمت في إغنائها
، وبعد ذلك أصبح حقاً عليّ أن أتقدم بالشكر إلى الأستاذ الدكتور حسن عودة زعال
المحترم عميد كلية القانون - جامعة بابل الذي طالما طرقنا بابه دون أن يدخر جهداً
لمساعدتنا وإلى الأستاذ الدكتور علي زعلان عميد الكلية السابق ، كما أشكر جميع
أساتذتي في السنة التحضيرية لما بذلوه من جهد لتأهيلي لكتابة الرسالة ويسرني أن
أتقدم بشكري إلى الدكتور إسماعيل صمصاع الذي كان مواكبا لموضوع الرسالة منذ
اختياره وحتى الانتهاء من الكتابة وإلى كل من الدكتور كاظم الشمري والدكتور عباس

الحسيني لما قدموه من مساعدة ونصح ويسرني أن أتقدم بالشكر لكل من الدكتور ماهر صالح والدكتور غازي فيصل والدكتور سعد العلوش والدكتور إبراهيم الفياض لما أبدوه من آراء وملاحظات بخصوص موضوع الرسالة ولا يغيب عن بالي أن أتقدم بالشكر للسادة أعضاء لجنة المناقشة لتحملهم عناء السفر ومخاطر الطريق والحضور لمناقشة الرسالة وفقهم الله لما يحب ويرضى وشكري الخالص للدكتور محمود خلف الجبوري والاخ عمار عباس والمحامي ابو قاسم لمساعدتهم لي ببعض المصادر التي أعانتني في كتابة الرسالة ، وها أنا ذا أجد نفسي عاجزا عن شكر الأخ والصديق ، السيد صادق محمد علي لكل ما بذله من جهد وكذلك على رفقته الطيبة لي طوال فترة كتابة الرسالة كما أتقدم بخالص الشكر للسيد عباس فاضل وهاتف كاظم وجمال عبد وحيدر وحسن وعمار وجميع الزملاء في الدراسات العليا بقسميها العام والخاص ، كما أتقدم ببالغ الشكر إلى الأخ علي عبد جبر لما بذله من جهد في كتابة مسودة هذه الرسالة كما يطيب لي أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى السيد حسن هادي لما بذله من جهد في تقويم الرسالة من الناحية اللغوية وإلى موظفات المكتبة في كليات القانون جامعة بابل وبغداد والنهرين والموصل وكربلاء وموظفي مكتبة المعهد القضائي والمجلس الوطني والمكتبة المركزية لجامعتي بغداد و بابل وإلى السيدة أم سرمد في مكتبة نقابة المحامين ، وإلى الموظفات في قسم الدراسات العليا وسكرتارية عمادة كلية القانون وإلى موظفي محكمة التمييز ومجلس الانضباط العام ومحكمة القضاء الإداري .

كما أتقدم بوافر شكري إلى عائلة العم أبو مهند في كربلاء لما بذلوه من جهد في سبيل تهيئة جو ملائم لي للدراسة ، وإلى الأخ كفاح لما بذله من جهد كبير في إظهار هذه الرسالة بشكلها هذا من خلال طباعتها وتصحيحها . وإلى الأخ حيدر ناصر لما قدمه لي من مساعدة .

وختاماً أشكر كل من مديد العون لي ولو بكلمة أو نصيحة ولم يسعني ذكره وهم كثير جزاهم الله عني خيراً .

والله الموفق . . .

التمهيد

مفهوم المرفق العام ومبدأ دوام سير المرفق العام

حضيت فكرة المرفق العام بأهمية بالغة في الفقه والقضاء الإداريين بحكم عدها أساسا للقانون الإداري ومعيارا لاختصاص القضاء الإداري لذلك أحتل تعريف المرفق العام حيزا واسعا من اهتمام الفقه والقضاء وقد اختلفت وجهات نظر الفقهاء إزاء هذا الموضوع لما له من ارتباط بوظيفة الدولة ومدى تدخلها في حياة الأفراد فأنقسم بهذا الشأن إلى اتجاهات متعددة لاختلاف الزاوية التي ينظر إليه منها فهناك جانب يركز اهتمامه على المنظمة التي تمارس النشاط بصرف النظر عن طبيعته وهو ما يسمى المدلول العضوي للمرفق العام ، وجانب آخر ينظر إلى طبيعة النشاط من دون اهتمام بالجهة التي تمارسه ويسمى المدلول المادي للمرفق العام وهناك من يجمع بين الاتجاهين ، وسوف نعرض لذلك ثم نبين موقف القضاء من ذلك ، وإذا انتهينا نتناول عناصر المرفق العام ثم ننتقل إلى دراسة مبدأ دوام سير المرفق العام والحالات التي تثور فيها مسؤولية الإدارة جراء إخلالها بهذا المبدأ .

المطلب الأول : مفهوم المرفق العام

وسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول : تعريف المرفق العام

الفرع الثاني : عناصر المرفق العام

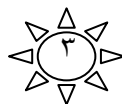
الفرع الأول : تعريف المرفق العام

وسوف نتناول في هذا الفرع موقف الفقه ثم نتعرض لموقف القضاء .

أولا : موقف الفقه من تعريف المرفق العام

١. المدلول العضوي للمرفق العام :

لم تكن فكرة المرفق العام تحضى باهتمام الفقه حتى الربع الأخير من القرن التاسع عشر ، إذ كان معيار السلطة العامة هو السائد في تبرير سلطات الإدارة لبساطة الحياة في ذلك الوقت وسيادة المذهب الحر الذي يركز اهتمامه على المصالح الخاصة ويرى أن المصلحة العامة ما هي إلا مجموع المصالح الفردية ، وكان يقتصر دور الدولة في هذا المذهب على



ممارسة الوظائف السيادية كحفظ الأمن ودفع العدوان الخارجي ونشر العدالة بين أفراد الشعب وهي ما تنطبق عليها فكرة الدولة الحارسة ، إلا أنه سرعان ما تبلورت المرفق العام في فقه القانون الإداري في مدلولها العضوي وحلت محل فكرة السلطة العامة بعد أن تبناها مجلس الدولة الفرنسي في إصداره حكم بلانكو عام ١٨٧٣ إذ استند مفوض الدولة دافيد في تقرير منح الاختصاص لمجلس الدولة إلى كون مرفق صناعة التبوغ جزءاً من التنظيم الإداري للدولة بوصفه فرعاً من فروع الإدارة وبذلك فإن المرفق العام يعني الهيئة أو المنظمة التي تكون جزءاً من التنظيم الإداري في الدولة وتمارس نشاطاً معيناً من أجل إشباع حاجة عامة (١) .

ومن أنصار هذا المدلول في الفقه الفرنسي الفقيه هوريو إذ يعرف المرفق العام (بأنه منظمة عامة تملك من السلطات والاختصاصات ما يكفل القيام بخدمة معينة تسديها للجمهور على نحو منتظم (٢) .

وفي الفقه العربي يعرفه الدكتور طعيمة الجرف بأنه (كل منظمة عامة تنشئها السلطة الحاكمة وتخضع في إدارتها لها وتتولى جزءاً من مهامها (٣) ويذهب الدكتور سامي جمال الدين إلى أنه من المرجح الأخذ بالمعنى العضوي ويعرفه (بأنه الهيئة التي تنشئها الدولة لتتولى إشباع الحاجات العامة (٤) .

(١) مارسولون بروسبير في جي بريبان ، احكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ، ترجمة د. أحمد يسري ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ١٩٩١ ، ص ١٩ - ٢٣ ، وبالمعنى نفسه ينظر الدكتور حماد محمد شطا ، تطور وظيفة الدولة ، الكتاب الأول ، نظرية المرافق العامة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ١٩٨٤ ، ص ٤٦-٤٧

(٢) هاني الطهراوي ، القانون الإداري ، الأهلية للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص ٢٦١ .

(٣) د. طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، ١٩٨٥ ، ص ٥٢

(٤) د. سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، من دون سنة طبع ، ص ٣٦٠ .



ومن الفقه العراقي يذهب الدكتور ماهر صالح علاوي إلى ترجيح المفهوم العضوي في تعريفه للمرفق العام إذ يقول في هذا الشأن (في ظل التوسع في النشاط الحكومي قبل عام ١٩٨٧ فإننا نميل لتغليب المعيار العضوي في تعريفنا للمرفق العام فلم يكن النشاط هو المعيار المعول عليه لتحديد المرفق العام و إنما الاهتمام منصبا على المنظمة التي تقوم بالنشاط وغايته ، إلا أن التحولات التي جرت منذ ذلك التاريخ جعلت نشاط الإدارة لا يشمل كل المرافق العامة بالإدارة المباشرة وتركت بعض أوجه النشاط المرفقي للأفراد) وبعد ذلك يعرف المرفق العام بأنه (نشاط تتولاه الدولة مباشرة أو يقوم به أشخاص من أشخاص القانون الخاص تحت إشرافها لإشباع حاجات عامة وتحقيق النفع العام^(١))

٢. المدلول المادي أو الموضوعي للمرفق العام :

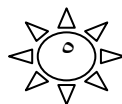
إزاء قصور المدلول العضوي في تعريف المرفق العام عن مواجهة التطور الذي طرأ على دور الدولة وزيادة تدخلها بتلبية الحاجات العامة نتيجة التطور العلمي وانتشار الأفكار الديمقراطية وما تحدثه الحروب من أزمات وعجز الدولة عن إشباع الحاجات العامة بشكل مباشر مما يحتم عليها أن تعهد للأفراد مهمة مواجهة هذه الاحتياجات عن طريق الامتياز مقابل تمتعهم ببعض امتيازات السلطة العامة ، اتجه الفقه الإداري للبحث عن مدلول آخر للمرفق العام بدلا من المدلول العضوي ، وقد تبلورت جهوده بظهور المدلول المادي على يد الفقيه الفرنسي دوكي الذي يركز على هدف النشاط بقوله (كل نشاط ينبغي على الحكام أن يضمنوا قيامه وتنظيمه ومراقبته لأن القيام بهذا النشاط ضروري لمبدأ التضامن الاجتماعي ولأن طبيعته لا تساعد على تحقيقه من دون تدخل السلطة العامة^(٢)). ومن الفقه العربي يعرفه الدكتور محمود محمد حافظ بأنه (مشروع ذو نفع عام يهمن عليه الحكام أي تتولى السلطة العامة إدارته بصورة مباشرة أو بطريق غير مباشر^(٣))

(١) د. ماهر صالح علاوي ، مبادئ القانون الإداري مطبعة جامعة الموصل ، ١٩٩٦ ص

(٢) سهيل محمد أحمد العزام ، التخصيصية وأثرها على المرفق العام ، رسالة ماجستير ، كلية

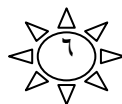
القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٤

(٣) د. محمود محمد حافظ ، نظرية المرفق العام ، القاهرة ، ١٩٦٣ ، ص ٢١



وكذلك عرفه الدكتور سليمان الطماوي بأنه (نشاط من نوع معين تقوم به الإدارة لصالح الأفراد)^(١) . ويعرفه الدكتور محمد المتولي بأنه (مشروع يستهدف النفع العام بانتظام واضطراد ويخضع لإشراف الدولة)^(٢) . أما من الفقه العراقي فيعرفه الدكتور إبراهيم طه الفياض (بأنه كل نشاط موضوعه تلبية احتياج عام هدفه تحقيق الصالح العام وتكون للدولة الكلمة العليا في خلفه وتنظيمه وإدارته بصورة مباشرة أو غير مباشرة)^(٣) . أما الدكتور علي محمد بدير فيعرفه بأنه (نشاط تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى كالمحافظة أو البلدية أو المؤسسة العامة أو المنشأ العامة أو الهيئة العامة ... الخ مباشرة أو تعهد به إلى الآخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها لإشباع حاجات عامة لتحقيق الصالح العام)^(٤) وإلى جانب هذين الاتجاهين لتعريف المرفق العام هناك اتجاه آخر يجمع بين المعيارين السابقين ويتبنى مدلولاً مركباً للمرفق العام فمن جهة يخفف من غلو المعيار العضوي إذ يكفي لإضفاء صفة المرفق العام على النشاط خضوعه لهيمنة الإدارة وإشرافها ومن جهة أخرى يشترط توفر عنصر آخر يتعلق بهدف النشاط إذ يشترط أن يكون الهدف منه إشباع حاجة عامة ، وهذا الاتجاه هو السائد في الفقه الإداري إذ يعرفه البعض بأنه كل نشاط تضطلع به الإدارة بنفسها أو بوساطة أفراد عاديين تحت إشرافها وتوجيهها بقصد إشباع حاجات عامة^(٥) ويعرفها البعض الآخر بأنها مشروعات تهدف إلى تحقيق النفع العام تحتفظ الدولة بالكلمة النهائية في إنشائها وإدارتها وإلغائها ويعرفها الدكتور علي جمعة محارب لأنها مشروعات أو منظمات تنشأها الإدارة الحكومية لتحقيق المصلحة العامة أو النفع العام^(٦)

- (١) د. سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٣ ، ص ٢٢-٢٣ .
- (٢) د. محمد المتولي ، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٩
- (٣) د. إبراهيم طه الفياض ، القانون الإداري ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، ١٩٨٩ ، ص ٢٩
- (٤) د. علي محمد بدير والدكتور عصام البرزنجي والدكتور مهدي السلامي ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، بغداد ، ١٩٩٣ ، ص ٢٤٧ .
- (٥) د. عبد الغني بسيوني القانون الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩١ ، ص ٤٠٠
- (٦) د. ماجد راغب ، القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٨ ، ص ٤٠٨
- (٧) د. علي جمعة محارب ، القانون الإداري ، محاضرات أُلقيت على دورة إعداد مدراء النواحي ، المعهد العالي للتطوير الأمني والإداري ، ٢٠٠١



ثانياً :- موقف القضاء من تعريف المرفق العام

اختلفت مواقف القضاء في الدول محل الدراسة بشأن تعريف المرفق العام ، فبالنسبة للقضاء الفرنسي فقد أبتدأ بترجيح المدلول العضوي في تعريف المرفق العام عندما قضت محكمة التنازع باختصاص مجلس الدولة الفرنسي بالنظر في النزاع المتعلق بدعوى التعويض التي أقامها السيد بلانكو عام ١٨٧٣ ، إلا أنه عدل للآخذ بالمدلول المادي بدءاً من حكمه في قضية (Terrier) إذ عد النشاط المتعلق بقتل الثعابين مرفقاً عاماً على الرغم من غياب العنصر الشكلي في هذا النشاط المتمثل في عدم وجود جهاز إداري مختص بممارسته كذلك حكم فيتري وحكم تيرون عام ١٩١٠ الذي عد بموجبه العقد المبرم بين السيد تيرون وبلدية مونبيليه للإمساك بالكلاب الضالة عقداً إدارياً لتعلقه بالصحة العامة وبالتالي خضوع الصعوبات الناجمة عن عدم تنفيذه أو سوء تنفيذه لاختصاص القضاء الإداري لتعلقها بمرفق عام^(١) .

إلا أن الحكم الأكثر أهمية في هذا المجال هو حكم المجلس الصادر في ١٣ / ٦ / ١٩٣٨ والذي اعترف بموجبه بصفة المرفق العام لنشاط الهيئات الخاصة في مجال التأمينات الاجتماعية معولاً في ذلك على هدف النشاط المتمثل في تحقيق التضامن على الرغم من اختفاء العنصر الشكلي^(٢) وكذلك حكم مونبور عام ١٩٤٢ الذي قرر فيه وصف لجان التنظيم النقابي بأنها مرافق عامة ، وحكم بوجان الصادر عام ١٩٤٣ والذي اعترف فيه بصفة المرافق العامة للنقابات المهنية^(٣) .

(١) مارسيل فالين ، مصدر سابق ، ص ١٢١ . وما بعدها .

(٢) المصدر نفسه ، ص ٣٠٠ .

(٣) المصدر نفسه ص ٣٢٧-٣٢٨ ، د. حماد محمد ، مصدر سابق ، ص ٦٤ .



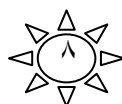
أما القضاء المصري فهو الآخر يرجح المدلول المادي في تعريف المرفق العام ونجده يضيف صفة المرفق العام على النشاط إذا استهدف تحقيق مصلحة عامة ففي حكم المحكمة الإدارية العليا قضت بعد خدمة دفن الموتى مرفقاً عاماً بسبب صلتها بمصلحة جمهور المواطنين على الرغم من ممارستها من قبل الأفراد ، وفي حكمها الصادر في ٢ / ٧ / ١٩٥٩ تقول " أن المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها لا بقصد الربح بل بقصد المساهمة في صيانة النظام وخدمة المصالح العامة في الدولة "(١)

أما القضاء العراقي فإنه أخذ بالمدلول المركب للمرفق العام الذي يجمع بين المعيارين العضوي والمادي ، ففي قرار محكمة التمييز المرقم ٣٢٦ في ٢٠ / ٤ / ١٩٦٨ عرفته () ومن جهة أخرى فان مصلحة البريد والبرق والهاتف تعد مرفقاً من المرافق العامة ، والمرفق العام هو مشروع تديره جهة الإدارة أو تنظمه أو تشرف على إدارته ويقصد به إداء خدمات أو سد حاجات ذات نفع عام ، وليس المقصود هو الربح وإذا كانت تدر في بعض الأحيان ربحاً فإن ذلك إنما يأتي عرضاً وكغرض ثانوي أما الغرض الأساسي فهو توفير الخدمات العامة أو سد الحاجات العامة .. وينبغي أن يدير المرفق أو ينظمه أو يشرف على إدارته جهة إدارية ٠٠٠ الخ (٢) ، ومع تبني القضاء العراقي لهذا المدلول إلا أنه يميل إلى تغليب العنصر العضوي من خلال تأكيده على أهمية دور الدولة في إدارة المرفق العام

(١) د. حماد محمد شطا ، مصدر سابق ، ص ٤١٢ .

(٢) قرار محكمة التمييز المرقم ٦٢٣ / صلحية / ١٩٦٨ في ٢٠ / ٤ / ١٩٦٨ منشور في مجلة

العلوم القانونية ، كلية القانون ، جامعة بغداد العدد الأول ، ١٩٦٩ ، ص ٢٦٦-٢٧٢



الفرع الثاني : عناصر المرفق العام

اولاً : أن يكون الغرض هو تحقيق الصالح العام أو المصلحة العامة :

يعد تحقيق المصلحة العامة العنصر الأساسي من عناصر المرفق العام وأهم هذه العناصر هو يمثل علة وجود المرفق العام وسبب إنشائه إذ يجمع الفقه على أن افتقاده انتقاده يجرد كل مشروع من صفة المرفق العام ^(١) .

ويعد استهداف المصلحة العامة شرطاً لازماً لكل عمل إداري بحيث لا يكون عمل الإدارة مشروعاً ما لم تستهدف من خلاله تحقيق المصلحة العامة بخلاف الأفراد الذين لهم الحق في ممارسة نشاطاتهم لتحقيق أغراضهم الشخصية شريطة أن تكون في حدود الشرعية والأخلاق ^(٢) .

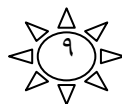
ويكون تحقيق المصلحة العامة من خلال إشباع الحاجات العامة ، ويستعمل الفقه معايير مختلفة في تحديد معنى المصلحة العامة ، فالبعض يستعمل معياراً كمياً في التمييز بين المصلحة العامة والمصالح الفردية وبموجب هذا المعيار فإن المصلحة العامة هي مصلحة الجماعة الأكثر عدداً ومن ثم فإن مصلحة الفرد تهدر مقابل مصلحة الجماعة ويسوق لذلك مثلاً وهو مسألة نزع الملكية للمنفعة العامة ، في حين يستعمل البعض الآخر معياراً نوعياً ، وبموجبه فإن تقدير المصلحة العامة لا يجري كمياً وإنما يجري تقديرها نوعاً ، لذلك يفضل مصلحة المرضى على المصلحة المالية لجمهور المواطنين على الرغم من كونهم أقل عدداً من الأصحاء نظراً إلى قيمة الصحة وأهميتها في حياة الإنسان مما يبرر تخصيص الأموال للمساعدة الطبية المجانية ^(٣) ، على أن تحقيق المصلحة العامة ليس مقصوراً على الدولة بل أن النشاط الفردي قد يسهم في تحقيق الصالح العام سواء تم ذلك عرضاً بجانب تحقيق الربح أو بصفة أساسية وليس أدل على ذلك من تولي هيئات خاصة

(١) د. محمد علي آل ياسين ، مصدر سابق ، ص ٢٤-٢٥ ، د. علي محمد بدير ، مصدر سابق ،

ص ٤٧

(٢) د. محمد مصطفى حسن المصلحة العامة في القانون والتشريع الإسلامي ، مجلة العلوم الإدارية ، القاهرة ، العدد الأول ، ١٩٨٣ ، ص ١٢ ، بالمعنى نفسه ، ينظر صادق محمد علي الحسيني ، القرار الإداري المضاد ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٢

(٣) محمد مصطفى حسن ، مصدر سابق ، ص ٩



إدارة المرافق العامة ومثال ذلك ما أخذ به المشرع العراقي بموجب قانون الكليات الأهلية رقم ١٣ لسنة ١٩٩٦ ، ويذهب جانب من الفقه إلى قصر صفة المرفق العام على المشروعات التي تهدف الدولة من وراءها إلى إشباع الحاجات العامة التي يعجز النشاط الفردي على القيام بها كالحاجة إلى الأمن أو الحاجات التي يضعف الحافز لدى الأفراد للقيام بها لأنها لا تحقق ربحاً ، أي أن المشروعات التي تقوم بها الدولة تفتقر إلى صفة المرافق العامة إلا إذا استهدفت سد الفراغ الذي يعجز النشاط الخاص عن ملئه أو لا يسده على الوجه الأكمل^(١) ، إلا إن هذا الرأي لا يسلم من النقد ، ذلك أن أي نشاط تحتكره الدولة يمكن أن تقدمه مجاناً أو تجعله مربحاً ، بل إن الدولة قد تتولى نشاطات مربحة لتحقيق التراكم المالي لغرض أنفاقه على مرافق تقدم خدمات مجانية للأفراد ويخلص هذا الرأي إلى تعريف المصلحة العامة التي يهدف المرفق العام إلى تحقيقها والتي تعد غاية النشاط الإداري بأنها حاجة عامة لفئة غير محددة الأفراد بذواتهم ولكنهم محدّدون بمواصفات خاصة على عكس المصلحة الشخصية التي لا تفيد إلا صاحبها^(٢) .

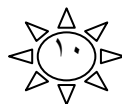
خضوع المرفق العام للسلطة العامة

إن استهداف تحقيق المصلحة العامة لا يكفي لإضفاء صفة المرفق العام على النشاط إذا لم يتحقق شرط آخر هو خضوع النشاط أو المشروع للسلطة العامة ، بمعنى أن يكون للدولة الكلمة النهائية في إنشاء وتنظيمه وإدارته أي أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في إنشاء المرافق العامة ، وهي لا تنشئ المرفق العام إلا عندما ترى إن حاجة عامة للجمهور ينبغي إشباعها أما لأن النشاط الفردي يعجز عن ذلك أو لا يستطيع تلبيتها بشكل كامل أو ترى ضرورتها إلى الصالح العام حتى لو كان في ذلك منافسة للأفراد ، وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري المصرية (ومعنى إنشاء المرفق العام إن جهة الإدارة رأت أن هناك

(١) د. محمد فؤاد مهنا ، القانون الإداري في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني ، دار

المعارف ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، ص ٢٦١

(٢) د. حماد محمد شطا ، مصدر سابق ، ص ١٣٩ - ١٤٣



حاجة جماعية ملحة قد بلغت من الأهمية مبلغاً يقتضي تدخلها لكي توفرها للأفراد باستخدام وسائل القانون العام^(١) .

ولا يكفي مجرد خضوع المشروع لأشراف السلطة العامة كاشتراط موافقة الإدارة المسبقة على نظامه الأساسي بل يجب أن يكون لها الرأي النهائي في إدارته وفي استعمال وسائل وامتيازات السلطة العامة ، كما تتمتع بسلطة إلغاء المرفق إذا تطلب الأمر ذلك^(٢) ، غير أن ذلك لا يمنع أن تعهد الإدارة بأمر تنظيم وإدارة المرفق العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص بطريق الامتياز مع احتفاظها بحقها في الأشراف على ذلك المرفق^(٣) .

المطلب الثاني :

مبدأ دوام سير المرفق العام

ويقسم هذا المطلب على فرعين :

الفرع الأول مفهوم دوام سير المرفق العام ونشأته

أولاً مفهوم دوام سير المرفق العام

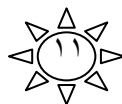
تقوم المرافق العامة بإشباع الحاجات العامة وتقديم الخدمات العامة لأفراد المجتمع ، وهي حاجات على قدر كبير من الأهمية بحيث لا يمكن الاستغناء عنها لذا فإن واجب السلطة العامة لا يقتصر على مجرد إنشاء هذه المرافق ، بل يتعين أن تضمن استمرارها بأداء خدماتها لأن جمهور المواطنين يعتمدون عليها في إشباع حاجاتهم ويرتبون أوضاع معيشتهم بحيث أن أي تعطيل أو توقف أو اختلال في سيرها سوف يعرض مصالحهم للخطر فإذا كان من المتصور توقف المشروعات الخاصة عن ممارسة نشاطاتها فإنه لا يمكن تصور النتائج التي يمكن أن تترتب على توقف المرافق العامة كمرفق المياه والكهرباء والنقل وغيرها^(٤) .

(١) د. سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة ، مصدر سابق ، ص ٣٧٥ .

(٢) هاني الطهراوي ، - مصدر سابق ، ص ١٦٥-٢٦٦ .

(٣) د. إبراهيم طه الفياض ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٤١ .

(٤) د. عمرو فؤاد ، مصدر سابق ، ص ٩٣ .



ويعد مبدأ دوام سير المرفق العام من أهم المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة ففي هذا الصدد يرى الفقيه هوريو ، بأن الاستمرار هو جوهر المرفق العام ويتميز عن واجب الحكومة في تنفيذ القوانين إذ يعد واجبا دستوريا.

ويؤكد القضاء الإداري على أهمية هذا المبدأ ، إذ غالبا ما يدخله ضمن المرفق العام ففي حكم لمحكمة القضاء الإداري جاء فيه (إن المرافق العامة هي مؤسسات تنشئها الدولة أو تشرف على إدارتها وتعمل بانتظام واستمرار لتزويد الجمهور بالحاجات ذات النفع العام التي يتطلبها) ، وفي حكم آخر للقضاء المصري (ان من المتفق عليه أن المرفق العام انما يقوم بإبداء الخدمات للجمهور تحقيقا للمصلحة العامة ومن ثم يجب أحاطته بكافة الضمانات تطبيقا لمبدأ عدم تعطيل سير المرافق العامة ^(١) .

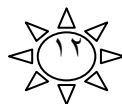
وفي فتوى للجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري (من أهم خصائص إدارة المرفق العام ، الانتظام والاستمرار لأنه بذلك وحده تتحقق المصلحة العامة في خدمة الجمهور ، ومن ثم فيجب على الإدارة وهي ترخص في إدارة المرافق العامة أن تضع في الترخيص ما يكفل انتظام أداء الملزم للخدمة التي أنيطت به واستمرار سير المرفق العام على الدوام ^(٢) .

ومبدأ دوام سير المرفق العام يجب أن يطبق على الدوام في كل الأحوال ، فالمرفق العام يجب أن يستمر في تقديم خدماته حتى لو لم يؤد نشاطه إلى تحقيق إلى أي ربح ، بل حتى لو أدى الاستمرار في ممارسة النشاط إلى تحمل المرفق لبعض الخسائر على أن يكون ذلك مؤقتاً ، فإذا استمرت الخسارة فمن الممكن إلغاء المرفق ، على أي يتم إيجاد وسائل بديلة عنه ^(٣) .

(١) د. سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ١٧٧

(٢) د. أحمد ابو شادي ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة في خمسة عشر عام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ٨٣

(٣) د. محمد مرغني خيري ، مصدر سابق ، ص ٢٠٩



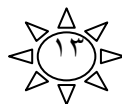
فلإدارة حرية اختيار الطرق والوسائل المناسبة في تقديم خدماتها بما يضمن تحقيق المصلحة العامة ، وعليها في ممارسة هذا الدور أن تستجيب للتطورات الاقتصادية والتكنولوجية التي تطرأ على أساليب تقديم الخدمة كما أنها تتمتع بسلطة إلغاء المرفق العام إذا رأت أنه أصبح غير مجدي في أداء خدماته أو أن الخدمة لم يعد لها مبرر ولا تحقق الصالح العام ^(١) و بخلاف ذلك فإن أي مخالفة للمبدأ تثير مسؤولية الإدارة .

ثانياً : النشأة القضائية لمبدأ دوام سير المرفق العام

بخلاف القضاء العادي الذي يلتزم بتطبيق النصوص القانونية تطبيقاً حرفياً فإن القضاء الإداري يتسم بالمرونة والقدرة على الابتكار من دون أن يكون حبيساً للنصوص التشريعية فهو يبتدع الحلول الملائمة للمنازعات التي تقع بين الإدارة عند تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد بهدف الموازنة بين المصلحة العامة والمصالح الفردية^(٢) فإذا عرض على القاضي الإداري نزاع ولم يجد نصاً ينطبق عليه فإنه يلجأ إلى خلق القاعدة القانونية التي تقدم حلاً ملائماً للنزاع ، وهذه القاعدة تصبح لها قوة إلزامية أمام المحاكم في الحالات المشابهة ^(٣) .

وتلتزم السلطات الإدارية بالخضوع للمبادئ التي وضعها القضاء وتحمل مسؤولية الخروج على تلك المبادئ بوصفها مبادئ قانونية عامة و يرجع الفضل في إرساء تلك المبادئ إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي وجد نفسه مضطراً إلى استنباطها لجعلها أساساً في رقابة مشروعية نشاطات الإدارة ، وفي مقدمة هذه المبادئ مبدأ دوام سير المرافق العامة الذي تردد كثيراً في أحكام مجلس الدولة الفرنسي لتبرير سلطات الإدارة ابتداءً من حكمه في قضية winckle عام ١٩٠٩ ثم حكمه في قضية Heyries عام ١٩١٨ إذ اصدر رئيس الجمهورية مرسوماً يقضي بوقف تطبيق المادة ٦٥ من قانون ٢٢ نيسان ١٩٠٥ أثناء فترة الحرب والتي تنص على حق الموظف في الاطلاع على ملف خدمته قبل

-
- (١) غسان زكي ، التنظيم القانوني للتعليم الجامعي الأهلي في العراق ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٠١ ، ص ٦٠
- (٢) فهد ابو العثم ، القضاء الإداري ، مجلة نقابة المحامين في المملكة الاردنية ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٢
- (٣) د. محمد عبد الحميد ، الطابع القضائي للقانون الإداري ، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ١٢١٤



توقيع أي جزاء عليه واستنادا إلى هذا المرسوم تم فصل عدد من الموظفين من دون اطلاعهم على ملفاتهم فطعنوا في قرارات الفصل إلا أن المجلس رفض الطعن مبرراً رفضه بأن رئيس الجمهورية هو الرئيس الأعلى للدولة المكلف بتنفيذ القوانين وأن واجبه هو المحافظة على سير المرافق العامة فإذا وجد إن تطبيق نص من نصوص القوانين يعرقل سير هذه المرافق فأن من حقه وقف تنفيذه من أجل تحقيق الصالح العام ^(١) .

وفي قضية غاز بور دو عام ١٩١٦ تمسك مجلس الدولة الفرنسي بمبدأ دوام سير المرفق العام لتبرير خروجه على قواعد القانون المدني وابتداع نظرية جديدة في فقه القانون الإداري هي نظرية الظروف الطارئة ، وقد جاء في هذا الحكم (من المهم في سبيل وضع نهاية لصعوبات مؤقتة البحث عن حل يأخذ بالحسبان المصلحة العامة التي تتطلب استمرار الخدمة التي تقدمها الشركة للجمهور) ^(٢) كما استند مجلس الدولة الفرنسي إلى هذا المبدأ للآخذ بنظرية الظروف الاستثنائية بوصف الدولة مجموعة من المرافق العامة وأن بقاء الدولة واستمرارها يمثل الأساس الأول للشرعية ، لذلك فإن الحكومة بوصفها المكلفة بالمحافظة على بقاء الدولة لها أن تتحلل من النصوص التشريعية عند حدوث ظروف استثنائية ، وقد أكد المجلس على ذلك في حكمه في قضية ديهان إذ حاول مفوض الحكومة جازبيه تبرير سلطة الإدارة بالضرورات الملحة لسير المرافق العامة اللازمة لزوما حتميا لحياة الدولة عندما قال (إن السماح بإضراب الموظفين معناه فتح ثغرة في الحياة الدستورية والتسليم رسميا بانحيار الدولة وتهديدها بالزوال ومثل هذا الحل يتعارض مع المبادئ الرئيسية للقانون العام ^(٣) .

ويرى الفقيه الفرنسي فالين أن مبدأ بقاء الدولة ومرافقها العامة يحتل أهمية بالغة ويبرر سلطات الإدارة ويتيح لها تخطي مختلف القيود القانونية بما فيها الدستورية ويمنحها حق التنفيذ المباشر ^(٤)

(١) محمد كامل ليله ، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري ، رسالة دكتورا ، دار الفكر

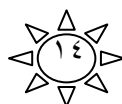
العربي ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ١٨٥

(٢) د. ماهر صالح علاوي ، العوامل المؤثرة في اجتهاد القاضي الإداري ، الحولية العراقية

للقانون ، العدد الأول ، ٢٠٠١ ، ص ٧٣

(٣) محمد كامل ليله ، مصدر سابق ، ص ١٨٤-١٨٦

(٤) المصدر نفسه ، ص ١٨٤-١٨٧



الفرع الثاني

صور الإخلال بالمبدأ التي تثير مسؤولية الإدارة

بالنظر لأهمية المرافق العامة في حياة الناس وما يترتب على توقفها عن أداء خدماتها أو أدائها على وجه سيئ من أضرار بمصالحها فقد ألزم القانون الإدارة بالاستمرار في تقديمها وتشدد القضاء إزاء إخلالها بذلك مبتدعا نظاما خاصا بالمسؤولية متميز عن نظام المسؤولية المدنية ينفرد بقواعد خاصة تحمل الإدارة عبئا كبيرا بهدف حملها على احترام التزاماتها مستهدفا من ذلك ضمان السير الدائم والمنتظم للمرافق العامة نظرا لصلتها الوثيقة في المصلحة العامة فأقام مسؤولية الإدارة عند إخلالها بهذا المبدأ على أساس الخطأ المرفقي^(١) الذي يعرف بأنه الخطأ المنسوب إلى المرفق نفسه لا إلى العاملين القائمين بتشغيله وإن كان هؤلاء هم الذين يقومون فعلا بتسييره^(٢).

ويتخذ الخطأ المرفقي ثلاث صور هي :

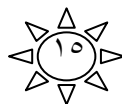
أولا : سوء تسيير المرفق (سوء أداء الخدمة) .

يتحقق هذا النوع من الخطأ نتيجة قيام المرفق بعمل إيجابي ضار ينطوي على خطأ ، وقد توسع مجلس الدولة الفرنسي بصدد حالات مسؤولية الإدارة في هذه الصورة من الخطأ ولم يكتف بإثارة مسؤوليتها عن الأفعال الصادرة عن الموظف بل أنه قرر قيام تلك المسؤولية حتى في حالة نشوء الخطأ عن أشياء تملكها كإهمال خيل مملوكة لها فيؤدي إلى الإضرار^(٣)

(١) وعرفته محكمة النقض المصرية (هو الخطأ الذي ينسب إلى المرفق حتى لو كان الذي قام به ماديا أحد العاملين بالمرفق ، وهو يقوم على أساس أن المرفق ذاته هو الذي تسبب في الخطأ ، ينظر ، إبراهيم سيد أحمد ، مبادئ محكمة النقض في القرارات والعقود والمنازعات الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٠٤

(٢) حسين حمودة المهدي ، شرح أحكام الوظيفة العامة ، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان ، طرابلس ص ٥٠٩

(٣) د. سليمان الطماوي ، دروس في القضاء الإداري ، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص ٦١



ومن أمثلة هذه الصورة من الخطأ في قضاء مجلس الدولة الفرنسي قتل أحد العساكر أثناء مناورات الجيش واعتقال مواطن من دون استصدار قرار بذلك والأضرار التي تحدثها المظاهرات^(١) ، وحالة تضرر شخص نتيجة صعقة في التيار الكهربائي بسبب خطأ في ربط الأسلاك .

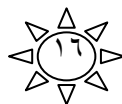
وقد أتبع القضاء المصري النهج نفسه في ترتيب مسؤولية الإدارة في هذه الصورة ، إذ أقام مسؤوليتها على أساس خطأها في حالة القبض على الأشخاص من دون سند قانوني^(٢) . أما في القضاء العراقي هناك قرارات عديدة لمحكمة التمييز قررت فيها إلزام الإدارة بتعويض الأضرار الناشئة عن سوء أدائها للخدمة فقد جاء في قرار لها (إذا احترق المخزن العائد للمدعي نتيجة شرارة كهربائية ناشئة عن تماس كهربائي حدث في الأسلاك الكهربائية الخارجية فان دائرة الكهرباء تكون مسؤولة عن الأضرار لأن الأسلاك كانت خالية من التغليف^(٣) ، وفي قرار آخر (إذا قام منتسبو دائرة المدعى عليه إضافة لوظيفته بحرق النفايات قرب مزرعة المدعي وأدى ذلك إلى حرق وإتلاف المحصول الزراعي فان ذلك موجب للضمان^(٤))

(١) د. محمد فؤاد مهنا ، مسؤولية الإدارة في تشريعات البلاد العربية ، معهد البحوث القانونية ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص ١٦١ .

(٢) عادل أحمد الطائي المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص ١٤٠ .

(٣) قرار محكمة التمييز المرقم ١٦٠٣ في ١٠/٢/١٩٩٣ ، د. إبراهيم المشاهدي المختار من قضاء محكمة التمييز ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص ١٧٥ .

(٤) قرار محكمة التمييز المرقم ١٥٨٩ في ١٠/٢/١٩٩٣ ، إبراهيم المشاهدي المصدر أعلاه ، ص ١٧٤ .



ثانيا : عدم تسيير المرفق العام (عدم أداء الخدمة)

تترتب مسؤولية الإدارة في هذه الصورة نتيجة اتخاذها موقفا سلبيا يتمثل بالامتناع عن القيام بعمل يلزمها القانون بإبدائه إذا نجم عن هذا الامتناع ضرر للأفراد^(١).

من أمثلة ذلك في قضاء مجلس الدولة الفرنسي امتناع الإدارة عن إقامة جدار يمنع سقوط الأفراد من مكان مرتفع ، عدم وضع الإدارة إشارة الخطر في المكان الذي توجد فيه حفرة في الطريق العام وكذلك امتناع الإدارة عن القبض على مجنون خطر مما نجم عنه قتل أحد المواطنين.

ومن تطبيقات هذه الحالة في القضاء المصري حكم محكمة القضاء الإداري الذي قضى بمسؤولية الدولة بالتعويض نتيجة امتناع الإدارة عن تجديد رخصة قيادة سيارة^(٢)

أما في العراق فقررت محكمة التمييز في قرار لها :

(إذا لحقت بالدار أضرار نتيجة انكسار أنبوب الماء في الطريق العام بسبب تقصير المدعى عليه إضافة لوظيفته في أعمال الصيانة فإنه يلزم بالضمان^(٣) ،

ثالثا : التباطؤ في تسيير المرفق العام (التأخر في أداء الخدمة) :

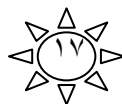
لم يقف مجلس الدولة الفرنسي في توسيعه لنطاق مسؤولية الإدارة عن الخطأ المرفقي عند حد تقرير مسؤوليتها في حالة قيامها بعمل إيجابي ضار بالغير وهي حالة إداء الخدمة على وجه سيئ أو على حالة اتخاذها موقفا سلبيا من خلال امتناعها عن تقديم الخدمة ، إذ قرر فضلا عن ذلك شمولها لحالة أخرى وهي حالة تباطؤ الإدارة أو تأخرها في أداء الخدمة ،

(١) د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، القضاء الإداري في العراق ، حاضره ومستقبله ، دار

ومطابع الشعب بغداد ، ١٩٦٥ ، ص ١٦٠

(٢) د. أنور أحمد رسلان ، مسؤولية الدولة عن الأعمال غير التعاقدية ، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص ٢٣٠ .

(٣) قرار محكمة التمييز رقم ٣١٣ في ١٥/١٢/١٩٩٢ نقلا عن إبراهيم المشاهدي ، مصدر سابق ، ص ١٦٣ .



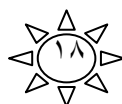
وتعد هذه الصور من أحدث الصور التي أخذ فيها مجلس الدولة بمسؤولية الإدارة وهي مسؤولية يفرض القضاء بوساطتها رقابته على سلطة الإدارة التقديرية من خلال إلزامها بالتدخل في الوقت المناسب إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام وذلك ابتداءً من حكمه في قضية BRUNEL الصادر بتاريخ ١٨/٦/١٩٦٩ الذي قضى بمسؤولية الإدارة نتيجة تأخرها في تسريح شاب متطوع من الخدمة العسكرية مما أدى إلى قتله قبل صدور قرار تسريحه عند مشاركته في إحدى المعارك وكذلك حكمه بالتعويض لأحد الأفراد تقدم بطلب تصحيح ترخيص بناء يحتوي على بيانات خاطئة فتأخرت الإدارة عن البت في طلبه أكثر من سنة^(١) ، وحكمه بالمسؤولية لتأخر مجلس تأديب في حسم دعوى تأديبية خلافاً للقانون ، ومن قبيل ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصرية من جواز مساءلة الإدارة بالتعويض عن تأخرها في تنفيذ الأحكام في الوقت المناسب^(٢) .

أما في القضاء العراقي فإن تطبيقات هذه الحالة نادرة ومن ذلك ما قضت به محكمة التمييز من إلزام الإدارة بالتعويض لتأخرها في السماح للمقاوم بأخذ مكانه لمدة ستة أشهر^(٣)

(١) د. سليمان الطماوي ، دروس في القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٦٨

(٢) د. أنور أحمد رسلان ، مصدر سابق ، ص ٢٣٢

(٣) قرار محكمة التمييز رقم ٢٥ في ١٩٩٣/٤/٢٧ ، إبراهيم المشاهدي ، المختار ، مصدر سابق ، ص ١٧٧ .



المقدمة :

إن التطور الذي طرأ على حياة المجتمعات أدى بدوره إلى تطور وظيفة الدولة وازدياد الأعباء الملقة على عاتقها ، فبعد أن كان دورها يقتصر على القيام بمهام الدولة الحارسة التي تتمثل في ممارسة الوظائف التقليدية (الأمن ، الدفاع ، القضاء) أصبحت تضطلع بدور واسع يجعل منها دولة متدخلة في مختلف مجالات الحياة ، وهذا ما أدى بدوره إلى ظهور مرافق عامة تتولى من خلالها القيام بهذا الدور الجديد حتى أصبح يطلق على الدولة الجديدة بدولة المرافق العامة ، وقد عبر عن ذلك أحد الفقهاء الفرنسيين بالقول (إن الدولة ما هي إلا مجموعة من المرافق العامة ويرأسها الوزير الذي يعد جسرا بين الحكومة والبرلمان وبين النقابات ويتكلم إلى الحكومة بلسان النقابات وبلسان الحكومة إلى النقابات) ونظرا لتلك الأهمية فقد حظيت فكرة المرفق العام باهتمام واسع من جانب القضاء الذي عدها أساسا للقانون الإداري ومعيارا لاختصاص القضاء الإداري فأصبحت بمثابة حجر الزاوية لبناء الدولة ، لذا فأن بقاء الدولة واستمرارها يتوقف على بقاء واستمرار المرافق العامة ، إذ يعتمد الأفراد عليها في إشباع حاجاتهم ويرتبون بالاعتماد عليها أوضاع معيشتهم وبالتالي فلا يمكن تصور النتائج التي تترتب على توقفها عن أداء خدماتها ، فعلى سبيل المثال إذا توقف مرفق المياه فهل تستمر الحياة ؟ وإذا توقف مرفق الأمن فهل يمكن تصور نتائج ذلك ؟ ، وإذا توقف مرفق الكهرباء ، النقل ، البريد وما إلى ذلك .

كل هذا دعا مجلس الدولة الفرنسي إلى ابتداع مبدأ جديد ينتظم جميع مبادئ ونظريات القانون الإداري ، ألا وهو مبدأ دوام سير المرفق العام ، وتعد الوظيفة العامة والعقود الإدارية الميدان الأوسع لاجتهاد القضاء عند صياغته لمعظم نظريات القانون الإداري المرتبطة بهذا المبدأ ، فالموظف يمثل العنصر العضوي لنشاط الإدارة الذي لا بد منه لتسيير المرافق العامة وهنا تبرز ضرورة خضوع علاقته بالإدارة إلى نظام ينسجم مع ما تقتضيه المصلحة العامة بحيث لا يتمتع بحرية مطلقة في ترك وظيفته في أي وقت ولا بد من وجود وسيلة رادعة له عند الإخلال بواجبات وظيفته وكل ما من شأنه التأثير على سير المرفق العام .

كما أن إضطلاع الدولة بدورها الجديد عن طريق المرافق العامة يجعلها بحاجة إلى سلوك طريق التعاقد لمواجهة متطلبات المرافق العامة مما يتطلب خضوع تلك العقود لنظام استثنائي يكفل استمرار التعاقد بتنفيذها لما يترتب على توقفه عن تنفيذ التزاماته من أضرار بالغة للمصلحة العامة ، فلا بد من وجود وسيلة تستطيع الإدارة عن طريقها إجبار التعاقد على تنفيذ تلك الالتزامات .

ولأهمية هذا الموضوع ولغرض وضع الحلول المناسبة للمشاكل التي تعترض سير المرفق العام ، ولعدم وجود دراسة متخصصة تركز على دور القضاء الإداري في ضمان سير المرافق العامة فقد رأينا جعله موضوعاً لرسالتنا التي عمدنا أن تتضمن دراسة مقارنة لكل من فرنسا ومصر والعراق وذلك على الرغم من الصعوبات التي واجهتنا خلال البحث و خصوصاً شحة المصادر والقرارات القضائية و بشكل خاص ما يتعلق بالقضاء العراقي نتيجة للأوضاع التي شهدتها القطر بسبب الحرب ، وسوف نتولى دراسة هذا الموضوع عن طريق تقسيمه على فصلين :-

الأول : الضمانات في ميدان الوظيفة العامة .

الثاني : الضمانات في ميدان العقود الإدارية ، يسبقهما بحث تمهيدي نبين فيه مفهوم المرفق العام ومبدأ دوام سير المرفق العام .

ومن الله التوفيق... .

الفصل الأول

الضمانات في ميدان الوظيفة العامة

كان لتطور الحياة الإدارية في العصر الحديث وانتشار الأفكار الجديدة من سياسية واقتصادية واجتماعية واتساع نشاط الدولة وا زدياد مهامها وتدخلها في قطاعات كانت وفقاً للجهود الفردية بحيث أصبحت الدولة الحديثة لا تمت بصلة إلى أختها القديمة أثر كبير على الوظيفة العامة لذلك أهتم الفقه والقضاء بالموظف العام لأن الموظف هو مرآة الدولة وأن المقياس الحقيقي للسلطة الإدارية ومدى نجاح هذه السلطة يتوقف على مستوى رقي الموظف العام وما يتمتع به من كفاءة وأمانة في أداء الأعمال المنوطة به ويذهب أحد الفقهاء إلى القول " لا تساوي الدولة الا ما يساويه الموظف العام (فالدولة كشخص معنوي تتصرف عن طريق الموظفين الذين يعدون رأسها المفكر^(١) وقلبها النابض إذ يمثلون العنصر العضوي للنشاط الإداري للدولة فجهاز الموظفين أو الوظيفة العامة هو الوجه الآخر لحقيقة الدولة ولا يمكن تصور مجتمع من دون وظيفة عامة ، وعليه فإن الموظف يمارس سلطة الدولة عن طريق القرارات التي يتخذها ضمن الإطار الذي يحدده القانون^(٢) ونظراً لما يترتب على اتساع مهام الدولة من الحاجة إلى المزيد من الموظفين بما يكفي لأداء هذه المهام ، فإن ذلك يتطلب إيجاد وضع يؤمن الاستقرار القانوني للوظيفة مما يشجع الأشخاص للانضمام إلى صفوفها لكل هذا رأينا ضرورة دراسة طبيعة علاقة الموظف بالإدارة ومعرفة ما يترتب على تلك العلاقة من نتائج تكفل دوام سير المرفق العام على أن يسبق ذلك بيان مفهوم الموظف .

(١) ينظر د. سليمان الطماوي ، بعض الأفكار الجديدة في مجال الوظيفة العامة ، مجلة العلوم الإدارية ، العدد الأول ، ١٩٥٩ ، ص ١٥٥ .

(٢) د . منذر الشاوي ، اشكالية مفهوم الوظيفة العامة في العراق ، منشورات العدالة ، بغداد ، العدد الرابع ، ٢٠٠٣ ، ص ١٣٢ .

المبحث الأول

طبيعة علاقة الموظف العام بالدولة

يحتل موضوع علاقة الموظف بالدولة أهمية كبيرة في الفقه والقضاء الإداري وقد شغل حيزاً كبيراً من جهود القضاء الإداري لما يترتب عليه من نتائج بالغة الأهمية سواء بالنسبة للموظف وما يتمتع به من حقوق أو بالنسبة للدولة ومرافقها العامة من خلال ضمان استمرارها في تقديم خدماتها وما يتطلبه ذلك من تمتعها بسلطات في مواجهة الموظف ولأهمية هذا الموضوع سوف نقسمه إلى مطلبين الأول في بيان مفهوم الموظف ، والثاني في النظريات التي بحثت في تكييف علاقته بالدولة .

المطلب الأول

مفهوم الموظف

سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الفرع الأول لبيان تعريف الموظف وعناصر الوظيفة ، ونخصص الفرع الثاني لدراسة موضوع الموظف الفعلي وتطبيقاته .

الفرع الأول تعريف الموظف وعناصر الوظيفة العامة

أولاً :- تعريفه

يختلف مفهوم الموظف من دولة إلى أخرى باختلاف الفلسفة التي تعتمدها الدولة كأن تعتمد النظام الاشتراكي أو الليبرالي ، كما يختلف في إطار الدولة الواحدة باختلاف الزاوية التي ينظر إليه منها فكل تشريع يتبنى مفهوماً للموظف أو تحديداً له لغرض تطبيق أحكامه يختلف عن التشريع الآخر ، بل أن مدلول الموظف يختلف من حيث سعته حتى في إطار التشريعات ذات الصلة بالوظيفة لذلك تحرص معظم الدول على عدم إيراد تعريف محدد للموظف في ثنايا تشريعاتها بل تقتصر على تحديد الأشخاص الذين تسري عليهم هذه التشريعات وقد جرى على هذا النهج المشرع الفرنسي^(١) وكذلك المشرع المصري بخلاف المشرع العراقي الذي خرج على هذا الأصل إذ اعتاد على إيراد تعريف للموظف في قوانين الخدمة المدنية فقد عرفه قانون الخدمة المدنية النافذ بأنه " كل شخص عهدت إليه وظيفة دائمة داخلية في ملاك الدولة الخاص بالموظفين "^(٢)

(١) نص قانون الوظائف العامة الفرنسي الصادر عام ١٩٨٤ على أنه يسري على الأشخاص المعينين في

وظائف دائمة ويشكلون إحدى درجات السلم الإداري للإدارة المركزية أو في إحدى المؤسسات العامة .

(٢) المادة الثانية من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ .

كما تضمنت القوانين الأخرى المتعلقة بالوظيفة تعريفات للموظف لغرض تطبيق أحكامها تختلف عن التعريف الوارد في قانون الخدمة المدنية وكان الأجدر بالمشروع العراقي أن يحذو حذو التشريعات الوظيفية في فرنسا ومصر ويقتصر على تحديد نطاق سريان القانون بتجديد الأشخاص الذين تسري عليهم أحكامه أو أن يعتمد تعريفاً موحداً ليتجنب ما ينتج عن تباين هذه التعاريف من غموض مما يؤدي إلى عدم وجود مفهوم واضح يمكن اعتماده وبجانب المشروع فقد حاول الفقه والقضاء إيجاد تعريف له واختلف الفقهاء في تعريفهم للموظف العام ، فالفقه الجنائي مثلاً يعطي للموظف العام مدلولاً أوسع من المدلول الإداري إذ يعرفه البعض بأنه كل شخص احتاجت إليه الحكومة في أداء واجباتها العامة وتنفيذ أوامرها فخولته جزءاً من سلطاتها العامة^(١) وعرفه البعض الآخر بأنه كل شخص من رجال الحكومة بيده نصيب من السلطة العامة^(٢) ويذهب الرأي الغالب في الفقه الجنائي إلى ضرورة الرجوع إلى رأي الفقه الإداري في تعريف الموظف^(٣) .

أما القضاء الجنائي فانه يذهب إلى التوسع في مفهوم الموظف لغرض تطبيق أحكام القانون الجنائي ففي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن (الموظفين ذوي السلطان إنما يشملون كل شخص له نصيب في توجيه أي عمل من الأعمال العامة)^(٤) وبالمعنى نفسه قضت محكمة جنايات الإسكندرية في حكمها الصادر عام ١٩٥٧ بان الوظيفة العامة في حكم القانون الجنائي هي التي تخول صاحبها اشتراكاً ايأ كان في أداء السلطة العامة لأن الغرض الذي يتوخاه الشارع هو ضمان سير المصالح جميعاً^(٥)

-
- (١) عبد الرحمن شكر ، المدلول الجنائي للموظف العام ، العدالة ، العدد الرابع ، السنة الخامسة، ص ٩٧٩
 (٢) د. احمد رفعت خفاجي ، جرائم الرشوة في التشريع المصري والقانون المقارن ، مكتبة النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٥٧ ، ص ٢٢٥ .
 (٣) د. واثبة السعدي ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، بغداد ، ١٩٨٨ – ١٩٨٩ ، ص ١٩ .
 (٤) د. صلاح الدين عبد الوهاب ، جرائم الرشوة في التشريع المصري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٥٧ ، ص ٣٢ .
 (٥) عبد الرحمن شكر الجوراني ، جريمة اختلاس الأموال العامة في التشريع والقضاء العراقي ، مطبعة الجاحظ ، بغداد ، ١٩٩٠ ، ص ٧٥ .

وقد قام الفقه الإداري بمحاولات مماثلة في هذا المجال ففي الفقه الفرنسي عرفه الأستاذ بكينيو بأنه كل شخص مرتبط بشكل دائم بالإدارة ويساهم في إدارة مرفق عام ويخضع لنظام قانوني غير مألوف في القانون العادي ويذهب البعض إلى أن الرأي الراجح في الفقه الفرنسي أن الموظف العام هو كل شخص يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام^(١).

وقد تبنى جانب من الفقه المصري ذات التعريف المتقدم إذ عرفه بأنه الشخص الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام^(٢) وهناك محاولات عديدة قام بها أساتذة القانون الإداري في العراق لتعريف الموظف إلا أننا نرجح التعريف الذي قال به الدكتور مهدي ياسين السلامي إذ عرفه بأنه كل شخص يساهم بعمل في خدمة شخص عام مكلف بإدارة مرفق عام^(٣).

وقد جرى القضاء الفرنسي على تعريف الموظف العام بأنه " كل شخص منوط به عمل دائم يندرج في نظام مرفق عام أو مصلحة عامة "^(٤) أما القضاء الإداري المصري فيعرف الموظف العام بأنه " من كان قائماً بعمل دائم في خدمة مرفق عام يدار عن طريق الاستغلال المباشر وكانت علاقته بالحكومة لها صفة الاستقرار والدوام في خدمة هذا المرفق العام الذي تديره الدولة بالطريق المباشر "^(٥).

أما في العراق فقد أخذ مجلس الانضباط بمفهوم واسع للموظف عندما عرفه بأنه كل شخص يشغل وظيفة في الإدارة أو في مؤسسة بغض النظر عن كل اعتبار آخر متعلق بصفته أو تبعيته وكذلك أفتى ديوان التدوين القانوني بأن " كلمة موظف في أي قانون وردت سواء كان هذا الموظف في دوائر الحكومة أو في المصالح الملحقة بها هي من الشمول بحيث تتناول أي شخص يقوم بأي عمل من أعمال الحكومة أو المصالح الملحقة بها من دون التقيد بأي اعتبار متعلق بالتسمية أو الصفة "^(٦).

(١) د. شاب توما ، القانون الإداري ، مطبعة سليمان الأعظمي ، بغداد ، ١٩٧٦ ، ص ٢٥٦ .

(٢) د. سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الإداري المصري والعربي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٦١ ، ص ٥٦٩ نقلاً عن ، نوري محسن الحليفي ، الترفيع والترقية في الوظيفة العامة و أثرهما في رفع كفاءة الجهاز الإداري ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٧ ، ص ٢٠ .

(٣) د. علي محمد بدير وآخرون ، مصدر سابق ، ص ٢٩٣ .

(٤) د. صلاح الدين عبد الوهاب ، مصدر سابق ص ٢٩ .

(٥) حكم محكمة القضاء الإداري ، الطعن رقم ٣٨٧ لسنة ، ق ، ١٩٧٢/١٢/١٩ .

(٦) قرار ديوان التدوين القانوني المرقم ٩٦ / ٥٩ عام ١٩٥٩ ، مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الثالث ، ١٩٦٢ ، ص ١٢٦ - ١٢٧ .

يتضح مما تقدم أن أحكام القضاء الإداري سواء في فرنسا أو في مصر لم تفلح في إعطاء تعريف عام للموظف بل اقتصر على إيجاد حلول نسبية للقضايا المعروضة أمامها^(١).

ثانياً :- عناصر الوظيفة العامة

على الرغم من عدم التوصل إلى وضع تعريف موحد للموظف العام إلا أن الفقه والقضاء قد اتفقا على بعض العناصر الأساسية التي ينبغي توافرها لكي يمكن عد الشخص موظفاً عاماً وقد أشارت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى ذلك في حكمها الصادر في ٥ / ٥ / ١٩٦٢ إذ نص:

(لقد تلاقى القضاء والفقه الإداريان على عناصر أساسية للوظيفة العامة ، ولعد الشخص موظفاً عاماً يتعين مراعاة العناصر التالية^(٢) :

١. أن يساهم في العمل في مرفق عام تديره الدولة عن طريق الاستغلال المباشر .
٢. أن تكون المساهمة في إدارة المرافق العامة عن طريق التعيين أساساً .
٣. أن يشغل وظيفة دائمة وأن يكون شغله لهذه الوظيفة بطريقة مستمرة لا عرضية ، وهذا ما ينسجم مع فتوى الجمعية العمومية الصادرة بتاريخ ١٩ / ٩ / ١٩٥٩^(٣) .

١- القيام بخدمة دائمة

يشترط لكي يتمتع العامل بصفة الموظف أن يكون قائماً بخدمة دائمة ومقتضى هذا الشرط أن ينقطع لخدمة الدولة من دون أن تكون استعانتها به عارضة فيكون الموظف هو الذي ينقطع لخدمة الدولة بتعيينه بوظيفة دائمة^(٤) ومناطق الدائمة هو وصف الوظيفة وطبيعتها ومدى لزومها لسير المرفق العام بانتظام واطراد أي أنها تقتضي القيام بعمل غير محدد بزمان معين^(٥).

- (١) د. عزت حافظ الأيوبي ، محاضرات في علم الإدارة العامة ، كلية الحقوق ، جامعة بيروت العربية ، ١٩٧٤، ١٩٧٥ ، ص ١٢٠ .
- (٢) احمد سمير أبو شادي ، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات ، الدار القومية للطباعة والنشر ، بلا سنة طبع ، ص ٤٧-٤٨ .
- (٣) احمد سمير أبو شادي ، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة في خمسة عشر عاماً ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ٢٥٣ .
- (٤) سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص ٦٦٨ .
- (٥) د. خالد خليل الظاهر ، القانون الإداري ، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ، عمان ، ١٩٩٨ ، ص ١٩٨ .

فالعامل بصورة عرضية أو مؤقتة لا يعني إضفاء صفة الموظف على من يقوم بها سواء كانت هذه الخدمة العارضة اختيارية أو إجبارية ، والعبرة هنا باستمرار الخدمة وان كانت الوظيفة منقطعة كما في حالة الإجازة ، فالنظام الأوربي في الوظيفة يقوم على أساس اتصال خدمة الموظف بغض النظر عن اتصال الوظيفة التي يشغلها فقد ترى الإدارة إلغاء الوظيفة التي يشغلها الموظف إذا اقتضت ذلك مصلحة المرفق وتستعين بخدماته في وظيفة أخرى من دون أن يعني ذلك فصل الموظف^(١) . وقد نص المشرع الفرنسي على شرط الدوام عندما حدد الأشخاص الذين يسري عليهم قانون الوظائف العامة الجديد الصادر عام ١٩٨٤ كما أكدت عليه أحكام مجلس الدولة الفرنسي على نحو ما أشرنا إليه عند تعريف الموظف ويذهب الرأي السائد في الفقه الفرنسي إلى ضرورة توفر الوظيفة الدائمة لإضفاء صفة الموظف العام ويقصد بذلك الدرجة المالية الدائمة^(٢) وكذلك يذهب جانب من الفقه المصري إلى أن المراد بالدائمة هو وصف الوظيفة الوارد في الميزانية^(٣) .

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على ذلك في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٢ / ٥ / ٥ بقولها " لكي يعد الشخص موظفاً عاماً خاضعاً لإحكام الوظيفة العامة التي مردها إلى القوانين واللوائح يجب أن تكون علاقته بالحكومة لها صفة الاستقرار والدوام في خدمة مرفق عام ، وليست علاقة عارضة تعد في حقيقتها عقد عمل يندرج في مجالات القانون الخاص^(٤) وفي حكم آخر " مجرد استيفاء الشروط وقيام أسباب الصلاحية للوظيفة العامة لا يكفي لعد المرشح معيناً – خضوع التعيين لقيود أخصها وجود الدرجة الخالية في الميزانية " أما في العراق فإن العبرة في دائمية الوظيفة هو بورودها في ملاك الموظفين ، ولم يشترط صفة الدوام في الوظيفة سوى قانون الخدمة المدنية بقوله (وظيفة دائمة) فأخرج بذلك العمل المؤقت في خدمة الدولة أو أحد أشخاص القانون العام في زمن محدد^(٥) .

وقد تطور موقف المشرع العراقي بصدد اشتراط توفر صفة الدوام بإدخاله الكثير من الأعمال المؤقتة ضمن مفهوم الوظيفة وقد تبنى المشرع العراقي هذا التطور بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٦٠٣ لسنة ١٩٨٧ الذي أجاز للوزير المختص ورئيس الدائرة غير المرتبطة بوزارة سلطة تعيين موظفين مؤقتين في الوظائف ذات الطبيعة المؤقتة وبذلك أصبح هناك وظائف مؤقتة إلى جانب الوظائف الدائمة يتمتع القائمون بها بصفة الموظف .

(١) د. سليمان الطماوي ، بعض الأفكار الأساسية في مجال الوظيفة ، مصدر سابق ، ص ١٦٤

(٢) د. محمد حامد الجمل ، الموظف العام فقهاً وقضاءً ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٩ ، ص ١٠١٨ .

(٣) د. سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٦٦٨ .

(٤) احمد سمير أبو شادي ، مجموعة المبادئ ، المحكمة ، ص ٤٨ ، ٦٨٩ .

(٥) د. منير محمود الوتري ، في القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، ١٩٧٦ ، ص ٤٨ .

٢- العمل في خدمة مرفق عام

يعد شرط الخدمة في مرفق عام عنصراً أساسياً في إضفاء صفة الموظف العام على الشخص القائم بالعمل وهو أهم هذه العناصر بحيث إن تخلفه يؤدي إلى انتفاء صفة الموظف ، علماً أن شرط المرفق العام هنا يقتصر على المرافق التي يتم إدارتها من قبل الدولة بصورة مباشرة أو غير مباشرة وعليه فإن العاملين في المرافق العامة التي تدار من قبل الأفراد بصفة أصحاب امتياز لا يعدون من الموظفين العموميين^(١).

ولا يكفي لعد الشخص موظفاً عاماً أن يؤدي خدمة في مرفق عام بل يذهب القضاء إلى أبعد من ذلك إذ يشترط مجلس الدولة الفرنسي أن تكون الخدمة إسهاماً مباشراً في تسيير المرفق العام .
ففي حكم لوتيهي عد أحد العاملين في مرفق الإسكان موظفاً عاماً لأن عمله يعد إسهاماً مباشراً في تسيير مرفق عام في حين أن محكمة التنازع قررت في حكم آخر عدم تمتع أحد العمال بصفة الموظف العام وهو يمارس نفس العمل ولكن في مرفق التعليم لأنه لا يعد إسهاماً مباشراً في تسيير المرفق العام^(٢) وكذلك يشترط مجلس الدولة الفرنسي أن يكون المرفق العام إدارياً ، إما المرافق العامة الاقتصادية فقد ميز بين شاغلي الوظائف الرئاسية مثل رئيس المرفق ورئيس المحاسبين وقد عدّهم موظفين عامين وبين ما عداهم من العاملين فلا يتمتعون بتلك الصفة أما في مصر فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها عام ١٩٦٢ إلى القول :

"..... وفي مصر يعدون موظفين عموميين عمال المرافق العامة سواء كانت إدارية أم اقتصادية ، ما دامت هذه المرافق تدار بأسلوب الاستغلال المباشر "

إما القضاء العراقي فيذهب إلى عد كل من يشغل وظيفة في الإدارة وفي المؤسسات التابعة لها موظف عام ، ففي قرار لمجلس الانضباط العام عرف الموظف بأنه " كل شخص يشغل وظيفة في الإدارة أو في مؤسسة بغض النظر عن كل اعتبار آخر متعلق بصفته أو بتبعيته " وقد سبقه بذلك ديوان التدوين القانوني الملغي إذ ذهب في فتوى له إلى القول بأن تعبير موظف الذي يرد في قانون ما يشمل كل شخص يؤدي عملاً في الإدارة أو في مصالحها بغض النظر عن التسمية أو الصفة التي يتصف بها "^(٣)

(١) د. أحمد رفعت خفاجي ، مصدر سابق ، ص ٢٢٦ .

(٢) د. حماد محمد شطا ، مصدر سابق ، ص ٤٢١-٤٢٣ .

(٣) قرار ديوان التدوين القانوني المرقم ٩٦ في ٦ / ٥ / ١٩٥٩ ، سبقت الإشارة إليه في ص ٢٢ .

وقد كان المشرع العراقي يقسم عمال الإدارة إلى أربعة طوائف هم الموظفون والمستخدمون والأجراء والعمال، إلا أن هذه العناوين انصوت جميعاً تحت صفة الموظف، وهذا يعني أن تعريف الموظف العام في التشريع العراقي قد تراجعت أهميته بسبب عدم وجود فئات أخرى من العاملين في المرافق العامة لغرض التمييز بينها كما هو قائم في تشريعات دول أخرى (١) .

٣ - مشروعية التعيين

يشترط لعد الشخص موظفاً عاماً أن يكون قد تم تعيينه بطريقة مشروعة أي وفقاً للقانون ، وبقرار من السلطة المختصة بالتعيين ويجب أن يستوفي الشخص الذي يعين في الوظيفة العامة جميع الشروط التي ينص عليها القانون (٢) فالأصل أن المركز الوظيفي للموظف لا ينشأ إلا بالأداة المقررة قانوناً للتعيين لأن قرار التعيين هو الذي يضيف على الشخص صفة الموظف العام . وقد أكدت المحكمة الإدارية على هذا الشرط في حكمها الصادر في ١٢ / ١ / ١٩٥٧ بقولها (ان مجرد استيفاء الشروط المقررة وقيام أسباب الصلاحية للتعيين في الوظيفة العامة لا يكفي بمفرده لعد المرشح معيناً في الوظيفة العامة من تلقاء ذاته ما دام هذا الحق لا ينشأ إلا من القرار الإداري الفردي الذي يصدر بتعيينه فيها وما دام هذا التعيين يخضع من ناحية الإدارة لقيود لا بد من مراعاتها أخصها ضرورة وجود درجات خالية في الميزانية تسمح بهذا التعيين (٣) . وقد يحدث أحياناً أن جهة الإدارة تقوم بترشيح بعض الأشخاص لشغل وظائف معينة وتعهدهم إليهم بمباشرة بعض أعمال الوظيفة قبل صدور قرار تعيينهم من السلطة المختصة وبهذا الشأن قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه (لا يمكن عدهم موظفين عامين عاملين بالحكومة حتى لو كانوا قد تقاضوا مقابلاً لما أدوه من أعمال لعدم صدور قرار تعيينهم بعد من السلطة التي أناط بها القانون ذلك ومن ثم فلا يكون الأساس القانوني لما عساه يستحقه هؤلاء الأشخاص من مقابل لما أدوه فعلاً من عمل راجعاً إلى انعقاد رابطة التوظيف قانوناً وإنما إلى أساس قانوني آخر غير ذلك) ، وهذا الشرط هو الذي يميز بين الموظف القانوني والموظف الفعلي الذي سيكون موضوع دراستنا للفرع التالي .

(١) تمت معالجة وضع المستخدمين بموجب قرار قيادة الثورة المنحل رقم ٩١١ لسنة ١٩٧٦ إذ عد حاملي شهادة الدراسة الابتدائية موظفين وحول الباقيين إلى عمال في حين عالج قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٨٠ لسنة ١٩٧٦ موضوع الاجراء. وبعد ذلك صدر قرار للمجلس برقم ١٥٠ لسنة ١٩٨٧ الذي قرر نقل العمال إلى موظفين للمزيد من التفصيل ينظر رياض خليل جاسم ، المركز القانوني للموظف العام في القانون الإداري العراقي ، مجلة العدالة ، مطابع اوفسيت الزمان ، العدد الاول ، السنة الخامسة ، ص ٩٢ وما بعدها .

٢. Andre de laubadere – manuel de droit administratif – ١٩٨٢ p. ٣٠٥

(٣) حمدي عبد المنعم ، المرجع في أحكام نظام العاملين المدنيين ، دار الفكر الحديث للطبع والنشر ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، ص ٢٩ .

الفرع الثاني الموظف الفعلي :

هو ذلك الشخص الذي يتولى وظيفة معينة من دون سند شرعي بحيث تعد تصرفاته مشروعة استناداً إلى مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد مادامت هذه التصرفات تستهدف تحقيق ذلك المبدأ^(١) وقد طبقت هذه النظرية في العصور القديمة استناداً إلى قاعدة الخطأ الشائع يولد الحق الذي تم الاستناد إليها بصدد قضية البريتور الروماني الذي كان عبداً هارباً ولكنه عين بمنصب البريتور عن طريق الخطأ ومارس اختصاصات وظيفته فأصدر أحكاماً منشأ بموجبها مراكز قانونية كثيرة للمواطنين فعدت هذه الأحكام صحيحة استناداً للقاعدة المذكورة^(٢).

إلا أن الفصل في إرساء هذه النظرية وتحديد معالمها يعود إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي منطلقاً في ذلك من مبدأ دوام سير المرافق العامة .

يحتل الموظف الفعلي منزلة وسط بين الموظف القانوني ومغتصب الوظيفة الذي يقم نفسه في الوظيفة العامة من دون وجه حق ويباشر مهامها من دون سبق تعيينه بقرار مشروع أو غير مشروع ، كأن يصدر فرد عادي لم يمنحه القانون أي سلطة قراراً ما ، أو أن يعتدي أحد موظفي السلطة الإدارية على اختصاص السلطتين التشريعية والقضائية ، ويعد القرار الصادر في هذه الحالة منعماً لا يترتب عليه أي اثر قانوني^(٣) ، فقد جرم المشرع الفرنسي اغتصاب الوظيفة لما يمثل من نشاط ضار ينطوي على ميول إجرامية ولخطورته على حياة المجتمع وسير مرافقه العامة خاصة في الظروف الاستثنائية عندما يدعي بعض الأفراد انتمائهم للوظيفة العامة ويباشرون اختصاصاتها لأغراض بعيدة عن الصالح العام ، كذلك عد القضاء الفرنسي الشخص الذي ينتحل صفة رجل شرطة ويمارس السلطات المخولة لرجال الشرطة مغتصباً للوظيفة العامة^(٤) وكذلك حرم المشرع العربي اغتصاب الوظيفة وعده جريمة جنائية حتى في الحالات التي لا يمارس فيها الجاني أعمال الوظيفة التي انتحلها بمجرد أن يتخذ مظهراً يبعث على الاعتقاد بصفته وكونه صاحب الوظيفة التي انتحلها^(٥) .

(١) د. سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، الجزء الثاني ، دار المطبوعات الجامعية ، القاهرة ١٩٩٦ ، ص ٦١٢ .

(٢) د. عصام البر زنجي ، العنصر الشخصي للاختصاص في القرار الإداري ، مجلة العلوم القانونية ، العدد الثاني ، ١٩٩٤ ، ص ٩٠-٩١ .

(٣) د. مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ، مطابع الثقافة ، الإسكندرية ، ١٩٧٩ ، ص ٤٤٥ .

(٤) محمد عبد الحميد أبو زيد ، دوام سير المرافق العامة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ١٩٧٥ ، ص ١٩٠-١٩٣ .

(٥) م ١٥٦ من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل .

ومع ذلك فقد يحدث أن يمارس أحد الأفراد أعمالاً إدارية من دون عد قراراته اغتصاباً للسلطة تطبيقاً لنظرية الموظف الفعلي (١) .

أولاً - في الظروف الاعتيادية :- تقتضي القواعد العامة فيمن يمارس سلطة عامة أن يكون موظفاً عاماً معين من قبل السلطة المختصة بعد استيفاء الإجراءات المقررة قانوناً وكل تصرف يصدر عن شخص لا يتمتع بتلك الصفة يعد منعماً ولا يترتب عليه أي اثر قانوني لصدوره من مغتصب للوظيفة ، غير أن تقرير بطلان هذه التصرفات قد يؤدي إلى إلحاق ضرر جسيم بمصالح الأفراد في تعاملهم مع هذا الشخص لذلك خرج القضاء الإداري على حكم القواعد العامة مؤسساً ذلك على فكرة الظاهر ، فما دام الأفراد في تعاملهم مع هذا الشخص بحسن نية قد اعتمدوا على المظاهر الخارجية التي تبعث على الاعتقاد بتوافر صفة الموظف وجب احترام مصالحهم الناجمة عن هذا التعامل (٢) وبخلاف ذلك فإن عدم الأخذ بالظاهر يؤدي إلى انعدام الثقة وتردد الأفراد في التعامل مع الموظفين مما يؤدي إلى خلل كبير في سير المرافق العامة ، ولا يترتب التصرف الصادر من الموظف الفعلي آثاره القانونية في مواجهة الأفراد إذا كان من شأنه أن يحملهم اعباءً والتزامات قانونية أو يؤدي إلى الأضرار بمصالحهم وذلك لانعدام إرادة السلطة العامة لدى الفرد العادي الذي لا يتمتع بصفة الموظف العام وبالتالي يستطيع الأفراد الذين يصيبهم الضرر إنكار آثار تلك التصرفات ويستطيع الأفراد التمسك بتطبيق النظرية إذا أدى التصرف إلى نشوء مركز قانوني أو حق شخصي لهم في مواجهة الإدارة (٣) ولا يكفي مجرد نشوء مركز قانوني للتمسك بتطبيق النظرية بل لابد من قيام فكرة الظاهر أي أن تكون عملية تقلد هذا الشخص للوظيفة تتسم بالمعقولية ، أي أن تكون الظروف التي وجد فيها تؤدي عقلاً إلى عده موظفاً عاماً أما إذا كان تقليد الوظيفة قائماً على قرار منعهم يتسم بمخالفة جسيمة يسهل اكتشافها فيتعذر تطبيق نظرية الموظف الفعلي .

ولا ينفي صفة الموظف الفعلي سوء نية الشخص الذي يمارس الوظيفة طالما اعتقد الأفراد اعتقاداً معقولاً بشرعية التعيين لان فكرة الموظف الفعلي تستهدف حماية مصالح الأفراد وليس مصلحة الموظف (٤) .

(١) مصطفى أبو زيد فهمي ، مصدر سابق ، ص ٤٤٨

(٢) محمد عبد الحميد أبو زيد ، مصدر سابق ، ص ١٩٥

(٣) د. رمزي طه الشاعر ، تدرج البطلان في القرارات الإدارية ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨، ص ٣٦٩

(٤) د. عصام عبد الوهاب البر زنجي ، العنصر الشخصي ، مصدر سابق ، ص ٩١

وقد طبق القضاء الإداري الفرنسي هذه النظرية ابتداءً من حكمة في قضية ((Ducastel)) في عام ١٩٧٦ .

أما أهم حالات الموظف الفعلي في الظروف الاعتيادية فهي :

- ١- حالة انعدام سند تولي الوظيفة : ومثال ذلك أن يمارس أحد الأفراد مهام وظيفة معينة من دون أن يصدر قرار بتعيينه فيها ويعتاد الأفراد على رؤيته فيعتقدون انه موظف قانوني كأن يتطوع شخص لمعاونة الإدارة بممارسة مهام وظيفة معينة فتقبل معاونته بل قد يعترف بصفة الموظف الفعلي حتى لمغتصب السلطة إذا كان شغله للوظيفة مستمراً مقبولاً من جانب الأفراد والإدارة^(١)
- ٢- بطلان سند تولي الوظيفة : وتنطبق هذه الحالة على الموظف الذي يتولى الوظيفة ويمارس مهامها لفترة فتصدر منه بعض القرارات ثم يصدر حكم بإلغاء تعيينه لأنه لم يتقلد الوظيفة بطريقة قانونية لذلك لا يعد موظفاً قانونياً وبدافع مراعاة مصالح الأفراد ولضمان دوام سير المرافق العامة فقد ذهب القضاء إلى عد تصرفاته صحيحة ، استناداً لنظرية الموظف الفعلي^(٢)
- ٣- الاستمرار غير المشروع في ممارسة الوظيفة : ونكون أمام هذه الحالة عندما يستمر الشخص بممارسة أعمال وظيفته بعد انقضاء الرابطة الوظيفية كما لو اصدار قراراً بعد أحواله للتقاعد أو بعد قبول استقالته أو بعد صدور قرار من الإدارة بإنهاء خدماته وفي هذه الحالة تعد تصرفاته صحيحة بعده موظفاً فعلياً ، وبهذا الصدد تقول محكمة القضاء الإداري " ان استمرار الموظف في القيام بأعباء وظيفته في المدة اللاحقة ٠٠٠ لا يغير من الأمر شيئاً ، ذلك أن الخدمة تعد منتهية بتحقيق سببها طبقاً للمادة ١٠٧ آنفة الذكر ويعد الموظف خلال المدة اللاحقة موظفاً واقعياً كما يعد الأجر الذي يستحقه بعد ذلك كمكافأة نظير العمل الذي يقوم به بعد انتهاء خدماته " ^(٣)
- ٤- التفويض غير المشروع :- تختلف هذه الحالة عن سابقتها في كون الشخص الذي يمارس أعمال الوظيفة موظفاً عاماً استوفى إجراءات التعيين المطلوبة غير انه يتجاوز حدود صلاحياته ويمارس تصرفات لا تدخل ضمن أعمال وظيفته مما يقتضي بطلانها ، لكن القضاء الإداري عدها صحيحة اعتماداً على فكرة الظاهر^(٤)

(١) عارف صالح ، نظرية الظاهر في القانون الإداري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ١٩٩٨ ، ص ٥٩-٦٠

(٢) محمد عبد الحميد ابو زيد ، مصدر سابق ، ص ١٩٧ .

(٣) حمدي ياسين عكاشة ، الاحكام الإدارية في قضاء مجلس الدولة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٧ ، ص ٣٧٧ .

(٤) د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٤٣٨ .

وقد طبق القضاء الإداري الفرنسي نظرية الموظف الفعلي في قضية ((Montrouge)) إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بصحة عقود الزواج التي أبرمها موظف على اثر تفويض غير مشروع وذلك في عام ١٨٨٣ بعد أن نقضت الحكم الصادر من محكمة السين الذي قضى ببطلان هذه العقود تأسيساً على أن معاون الذي قام بإبرامها لم يكن مفوضاً في ذلك من قبل العمدة وقد عللت محكمة النقض حكمها هذا بأنه لم يكن في وسع الأزواج في هذه العقود بحسب الظاهر أن يكتشفوا عدم مشروعية التفويض ولو ألزموا بذلك لأدى ذلك إلى التردد وانعدام ثقة الأفراد بالإدارة مما يؤثر سلبياً على سير المرفق العام .

ثانياً - الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية :-

هو ذلك الشخص الذي لم يقلد الوظيفة العامة أصلاً وبالتالي لا يحمل أي صفة عامة ولكنه يمارس اختصاصات الوظيفة لمواجهة ظروف استثنائية أو بدوافع سياسية أو اجتماعية أو بدافع الحرص على السلامة العامة ^(١)

وبذلك تختلف نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية عنها في الظروف الاعتيادية إذ تطبق على أساس فكرة الأوضاع الظاهرة إذ إن الغير عندما يتعامل مع الموظف الفعلي في ظل الظروف الاستثنائية مع علم مسبق بعدم تمتع هذا الشخص بصفة الموظف العام ، فإذا حدثت ظروف استثنائية كالحرب أو حدوث عصيان أو تعرض الدولة إلى كوارث طبيعية أو انقطاع المواصلات أو ترتب على ذلك تعذر مباشرة الموظفين العموميين لمهام وظائفهم فإن ذلك يؤدي إلى حدوث خلل في سير المرافق العامة وعجزها عن تأدية خدماتها فيقوم بعض الافراد ممن لاصلة لهم بالوظيفة بممارسة مهامها نيابة عنهم اما من تلقاء انفسهم أو بناءً على رغبة الجمهور وقد جرى القضاء على الاعتراف بصحة تصرفاتهم بدافع الحرص على دوام سير المرافق العامة ^(٢) ، فاتباع القواعد القانونية المقررة للظروف الاعتيادية قد لايسعف الإدارة في مواجهة تلك الظروف مما دفع القضاء بالاعتراف لها بسلطة مخالفة تلك القواعد لغرض ضمان سير المرافق العامة مبرراً ذلك في ان القوانين توضع لكي تطبق في الظروف الاعتيادية وان اجبار الإدارة على تطبيقها في الظروف الاستثنائية يؤدي إلى نتائج غير مقبولة وان من مقتضيات مبدأ المشروعية وجوب العمل على بقاء الدولة الذي يخول الإدارة سلطة اتخاذ الاجراءات التي تؤمن بقاء الدولة واستمرار ادائها لوظائفها ^(٣)

(١) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، العنصر الشخصي ، مصدر سابق ، ص ٩٢

(٢) د. هاني الطهراوي ، مصدر سابق ، ص ٣٠٨

(٣) د. زهدي يكن ، مصدر سابق ، ص ٣٨٧



بانتظام وان خالفت النصوص القانونية مادامت تستهدف المصلحة العامة^(١) ويشترط لكي تنتج التصرفات الصادرة من الموظف الفعلي آثارها في ظل الظروف الاستثنائية ان يجد الفرد نفسه مضطراً للتعامل مع من يمارس أعمال الوظيفة مع علمه بافتقاره لصفة الموظف لان الضرورة هي التي اقتضت الاعتراف بتصرفات الموظف الفعلي حتى لا يختل سير المرافق العامة وبالتالي لا يمكن أن ينسب للفرد إهمال أو تقصير مادام مضطراً لان يخضع لتصرفات الموظف الفعلي^(٢) وقد اخذ القضاء الإداري الفرنسي في قضية (Marion) عندما قضى مجلس الدولة الفرنسي بصحة التصرفات والقرارات التي اتخذها المجلس الفعلي الذي شكله بعض الأفراد ليحل محل المجلس البلدي الذي هرب أعضاؤه عند غزو الألمان للحدود الفرنسية^(٣) كما تم الاعتراف بشرعية تصرفات حكومة الثورة على الرغم من أن الأصل بطلانها لأن اعضائها يعدون غاصبين ولا ترتب التصرفات الصادرة عنهم أي اثر قانوني ولكن لتعلق بعض هذه التصرفات بسير المرافق العامة فقد عدت صحيحة بوصفها صادرة من موظفين فعليين^(٤) كما طبقها القضاء الإداري المصري فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية " أن نظرية الموظف الفعلي – كما جرى بذلك قضاء هذه المحكمة – لا تقوم إلا في الأحوال الاستثنائية البحتة تحت إلحاح الحاجة إلى الاستعانة بمن ينهضون بتسيير دولاب العمل في بعض الوظائف ضماناً لانتظام المرافق العامة ، وحرصاً على تأدية خدماتها للمتفاعلين بها باطراد ومن دون توقف وتحتم الظروف غير العادية ان تعهد جهة الإدارة إلى هؤلاء الموظفين بالخدمة العامة اذ لا يتسع أمامها الوقت لاتباع إحكام الوظيفة العامة بشأنهم " .

ويورد الفقه المصري مثال لموظف فعلي حدث في مصر إبان العدوان الثلاثي عام ١٩٥٦ وهو طبيب المحجر البيطري في القنطرة الذي مارس سلطات الضبط والتموين والصحة عندما ترك معظم الموظفين وظائفهم بعد الهجوم على بور سعيد^(٥)

(١) د. عصام البرزنجي ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، محاضرات مطبوعة بالرونيو تدرس لطلبة

المرحلة الثالثة لكلية القانون – جامعة بغداد ، ص ٧٠-٧١ .

(٢) د. رمزي طه الشاعر ، مصدر سابق ، ص ٣٧٣

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٤٨/٣/٥ / دالوز ، ١٩٤٩ ، ص ١٤٧ .

(٤) مثال القوانين التي اقرت بصحة بعض تصرفات حكومة الثورة القانون الصادر في ١٩/تموز/١٨٧١

وكذلك المرسوم الصادر في ٩/١/١٩٤٤ الذي أضفى الشرعية على التصرفات الصادرة عن لجان

التحرير التي أعقبت إنزال قوات التحالف في فرنسا عام ١٩٤٤

(٥) د . د . محمد فؤاد عبد الباسط ، مصدر سابق ، ص ٣٥٧

إما في العراق فعلى الرغم من عدم التعرض إلى نظرية الموظف الفعلي فيما صدر من تشريعات و أحكام قضائية إلا أننا نرى إمكانية تطبيقها من قبل القضاء العراقي خصوصاً بعد ما شهده القطر من أحداث عقب سقوط النظام السابق في ٩ / ٤ / ٢٠٠٣ والتي بالإمكان عدها تطبيقات عملية لنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية فبعد أن ترك الموظفون مركز وظائفهم وانهارت السلطة تولت جماعات من الأفراد العاديين مسؤولية الحفاظ على الأمن في جميع المدن العراقية وحماية المرافق الحيوية كالمستشفيات والمدارس والعمل على استمرار بعض هذه المرافق التي لا غنى عنها في أداء خدماتها كمرافق الكهرباء والماء وغيرها وكذلك استعادة المواد المسروقة من دوائر الدولة ، ونرى بما لا يقبل الشك أن التصرفات الصادرة من هؤلاء الأشخاص لتأمين سير المرافق العامة وضمن عدم توقفها عن أداء خدماتها هي تصرفات صحيحة بوصفها صادرة من موظفين فعليين .

من كل ماتقدم يتضح لنا ان الاساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي يكمن في دوام سير المرافق العامة سواء في الظروف الاعتيادية أو في الظروف الاستثنائية ، ففي الظروف الاعتيادية نرى أن فكرة الاعتماد على الظاهر تشكل ضماناً لسير المرافق العامة بانتظام ذلك لأننا لو طالبنا كل المنتفعين من المرافق العامة بالتأكد من صفة من يتعاملون معه أو يتأكدوا من مشروعية سند شغله للوظيفة لأدى ذلك إلى تردد الأفراد وانعدام ثقتهم بالإدارة مما ينعكس سلبياً على المرافق العامة ويؤثر على انتظام سيرها في أداء خدماتها ، اما في الظروف الاستثنائية فيرى البعض أن مشروعية التصرفات الصادرة عن الموظفين الفعليين تستند إلى ضرورة سير المرافق العامة من دون الحاجة لأن يكون الموظف قد عين بصورة قانونية ^(١) بل يذهب البعض إلى أكثر من ذلك إذ يقول الفقيه دي لوبادير " أن نظرية الظروف الاستثنائية ليست مجرد تطبيق للفكرة العامة لحالة الضرورة وانما تجد اساسها في الواجبات العامة للهيئات الإدارية ، هذه الواجبات التي تتمثل بضمان وحماية النظام العام وضمان انتظام سير المرافق العامة " ^(٢)

(١) د. سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ١٩١ .

(٢) نقلاً عن الدكتور عصام البرزنجي ، الرقابة القضائية ، مصدر سابق ، ص ٧٢

المطلب الثاني

النظريات التي بحثت في تكييف علاقة الموظف العام بالدولة

يتنازع موضوع تكييف هذه العلاقة اتجاهان :

- الأول يذهب إلى تكييفها بأنها علاقة عقدية مع خلاف بين أنصار هذا الاتجاه حول نوع العقد وما إذا كان عقداً مدنياً أو عقد إذعان أو عقد من عقود القانون العام .
- والاتجاه الثاني يذهب إلى عدها علاقة تنظيمية .
- وعليه سوف نتولى عرض هذا الموضوع على فرعين
- الأول نتناول فيه النظريات التعاقدية .
- والثاني نتناول فيه النظرية التنظيمية .

الفرع الأول :- النظريات العقدية ونتناول هذا الموضوع في ثلاث نقاط

أولاً : نظرية العقد المدني

من المعروف أن القانون الإداري هو قانون حديث النشأة بالمقارنة مع القانون المدني ولم تتبلور أحكامه إلى عهد قريب لذلك من البديهي أن تكون أحكام القانون المدني هي المهيمنة على معظم موضوعات ونظريات القانون الإداري . وفي الميدان موضوع البحث نجد أن نظرية العقد المدني هي التي كانت سائدة في تكييف العلاقة القائمة بين الموظف العام والدولة حتى أواخر القرن التاسع عشر انطلاقاً من مبدأ سلطات الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فقد كان ينظر إلى العلاقة بين الموظف العام والدولة على إنها عقد مدني له طرفان الدولة والمرشح للوظيفة ويحدد العقد حقوق والتزامات الطرفين ويوصف هذا العقد بأنه عقد اجارة أشخاص إذا كان العمل المنوط بالموظف عملاً مادياً وعقد وكالة إذا كان يؤدي عملاً قانونياً إلا أن هذه النظرية لم تصمد أمام سهام النقد التي وجهت إليها نتيجة التطورات التي طرأت على الموظف في علاقته بالإدارة والتي لا تتفق مع مبادئ القانون المدني فمن الناحية الشكلية نجد أن تعيين الموظف غير مسبق بمفاوضات بينه وبين الإدارة يتم بعدها اقتران الإيجاب بالقبول كما تقتضي ذلك قواعد القانون المدني ومن ثم تحديد حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين إذ أن التعيين يتم بناءً على قرار إداري تصدره الإدارة بإرادتها الملزمة وينتج أثره بمجرد صدوره عن السلطة المختصة^(١) ومن الناحية الموضوعية فإن الأخذ بهذا التكييف لا ينسجم مع مقتضيات المصلحة العامة المتمثلة في ضمان سير المرافق العامة وقابلية نظامها للتغيير من قبل الإدارة لأن قواعد القانون المدني تقوم على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يقتضي من كل طرف في العلاقة التعاقدية احترام إرادة الطرف الآخر فلا يجري أي تعديل في العقد إلا بموافقته ، وتطبيق هذه الفكرة يمنع انفراد الإدارة بتعديل الأنظمة التي تحكم المرافق العامة بحجة المساس بالحقوق والالتزامات المتفق عليها ويتعارض مع مبدأ مواكبة المرافق للظروف المستجدة^(٢) فضلاً عن أن هذا التكييف قد يؤدي إلى اختلاف مراكز الموظفين تبعاً للشروط الواردة في عقودهم ويتيح للموظف فسخ العقد وفقاً لإحكام القانون المدني ويعطي للقضاء العادي اختصاص النظر في المنازعات التي تنشأ بين الإدارة والموظف^(٣)

(١) عبد القادر الشخيلي ، القانون الإداري ، دار بغداد للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٤ ، ص ١٢٤

(٢) د. علي محمد بدير وآخرون ، مصدر سابق ، ص ٢٩٨ .

٣. Georges vedel – pierre delvolve – droit administratif themis- ١٩٨٢ . p. ٤٤٧ , Lupi- les posieions du fonctionn aire- ١٩٥٦ . p. ١٥٧

وفي محاولة لتلافي الانتقادات ذهب بعض الفقهاء إلى التمييز بين نوعين من الموظفين ، موظفي السلطة وموظفي الإدارة وذلك بالنظر إلى اختصاص كل منهم وعد موظفي السلطة في وضع قانوني نظامي وموظفي الإدارة في وضع تعاقدى يخضع لأحكام القانون الخاص إلا أن هذه التفرقة منتقدة لأنها تؤدي إلى ذات النتيجة التي تنتهي إليها التفرقة بين أعمال السلطة العامة وأعمال الإدارة العادية من صعوبة في التمييز بينهما فضلاً عن أن الموظف قد يمارس النوعين من الأعمال معاً أي أعمال السلطة وأعمال الإدارة^(١) .

ثانياً : نظرية عقد الإذعان

في محاولة للتخفيف من شدة الانتقادات الموجهة لنظرية العقد المدني والمتمثلة في عدم وجود مرحلة تمهيدية تسبق التعيين تشتمل على مناقشة الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن التعيين بين الإدارة والموظف ولغرض تبرير ما تتمتع به الدولة من سلطة في تحديد أحكام الوظيفة سلفاً فقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن العلاقة التي تربط الموظف بالإدارة هي عقد إذعان إذ تتوفر في العلاقة بين الموظف والدولة كافة عناصر عقد الإذعان كأهلية الطرفين وتطابق إرادتهما إلا أن دور الموظف في التعيين لا يعدو الانضمام إلى الشروط العامة المحددة لتمام العقد بمحض إرادته إذ يدخل الخدمة بعمل رضائي وتحدد حقوقه والتزاماته بوساطة القوانين واللوائح^(٢) ، ان عقد الإذعان ليس إلا عقد من عقود القانون الخاص وان تميز بإمكانية حماية الطرف الضعيف في العلاقة من خلال تفسير الشروط التعسفية لمصلحته وإعفاءه منها^(٣) ويذهب بعض الفقهاء أنه ليس بعقد لعدم استيفائه الخصيصة الأساسية في العقود الرضائية إذ أن القبول فيه مجرد رضوخ وإذعان كما أن من خصائص عقد الإذعان تعلقه بسلع أو خدمات مرفقيه ضرورية تكون محل احتكار فعلي في حين أن الوظيفة العامة هي تكليف بالعمل وفقاً لنصوص القانون الذي يعملون بمقتضاه للمساهمة في تسير مرفق عام ، يزداد على ذلك أن القواعد القانونية التي تحكم الوظيفة والتي توضع بالإرادة المنفردة للدولة هي ملزمة ليس للإدارة مخالفتها طالما كانت نافذة في حين أن الشركة أو المؤسسة تستطيع مخالفة نصوص عقد الإذعان بمنح امتيازات للمتعاقدين كما أن تفسير نصوص عقد الإذعان يراعى فيه مصلحة الطرف المذعن دائماً بخلاف ما يجري عليه العمل في نطاق الوظيفة إذ يكون التفسير دائماً لمصلحة المرفق العام وليس لمصلحة الموظف الذي يعد الطرف الضعيف أو المذعن في العلاقة الوظيفية^(٤)

(١) د. زهدي يكن ، القانون الإداري في المكتبة العصرية ، بلا سنة طبع ، ص ٣٢٢ .

(٢) د. عمرو فؤاد أحمد بركات ، مصدر سابق . ص ٢٦٣

(٣) د. شاب توما منصور ، مصدر سابق ، ص ٢٨٢ .

(٤) د. محمد حامد الجمل ، مصدر سابق ، ص ١١٧٤ وما بعدها .

ثالثاً : نظرية عقد القانون العام

بعد أن توالى الانتقادات الموجهة لنظرية العقد المدني بسبب قصورها في ضمان تحقيق الصالح العام المتمثل بدوام سير المرفق العام ولغرض تبرير الآثار الناجحة عن الوظيفة العامة التي تتنافر مع مقتضيات العقد المدني القائم على مبدأ سلطان الإرادة فقد ذهب الفقه والقضاء للبحث عن تفسير آخر للعلاقة الوظيفية يضمن تمتع الإدارة بسلطات استثنائية تمكنها من أداء دورها في ضمان استمرار عجلة الحياة في الدولة من خلال تحويل نظرية العقد المدني لجعلها أكثر ملائمة مع طبيعة تلك العلاقات وبموجب نظرية عقد القانون العام يكون هنالك طرفان غير متكافئين هما المرشح للوظيفة والدولة وتتفرد الدولة في تحديد شروط هذا العقد من دون مساومة أو موافقة مسبقة من قبل المرشح الذي لا يملك سوى القبول أو الرفض وعلى أساس هذا القبول تكون عقد الوظيفة العامة الذي يحدد حقوق والتزامات الطرفين ويفرض عليهما الالتزام بتحقيق المصلحة العامة المتمثلة في ضمان سير المرافق العامة ويرى جانب من الفقه أن العقد هو السبيل الوحيد لإنشاء الحقوق والالتزامات المترتبة على العلاقة الوظيفية إذا لم يوجد قانون يحدد تلك الحقوق والالتزامات وذلك لتعذر إرغام الأفراد على أداء هذه الالتزامات من دون اتفاق على ذلك فيتم تحريرها بمقتضى عقد الوظيفة العامة^(١) ويزود هذا العقد جهة الإدارة بسلطات واسعة مثل سلطة الرقابة والتوجيه وسلطات تعديل العقد وإنهاءه للصالح العام من دون اعتداد بقاعدة شريعة المتعاقدين المعروفة في نطاق القانون الخاص ويستند أنصار هذا التكيف إلى حجج عديدة في تبريره^(٢)

١. ان التعيين لا يتم من جانب واحد وإنما لا بد من تسلم المرشح للوظيفة حتى ينتج قرار التعيين أثره .
٢. أن النصوص التي تحكم الوظيفة لا تعدو أن تكون مجرد نصوص تنظيمية لا تفيد سوى الإدارة ولا تلزم المرشح إلا من تاريخ قبوله للتعيين .
٣. إذا كان الموظف يخضع لإجراءات المسابقة عند تعيينه فإن القاعدة في العقود الإدارية أن تخضع لإجراءات المناقصة^(٣) .

(١) د. محمد حامد الجمل ، مصدر سابق ، ص ١١٠٦ .

٢. V.long et blanc (leconomie de la fonnction publique - ١٩٦٩ . P. ٢٠١

(٢) محمود صالح ، الموسوعة الإدارية للفقه والقضاء ، المجلد الأول ، شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٧-٣٨ .

إلا أن هذا التكيف لم يسلم من النقد فهو لا ينسجم مع حقيقة العلاقة القائمة بين الموظف والدولة التي تستند إلى القرار الصادر بتعيينه وليس إلى العقد كما أن سلطة الإدارة في تعديل العقد ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بنشأة ظروف تقتضي إجراء التعديل^(١).

وعلى الرغم من الانتقادات الموجهة إلى هذه النظرية إلا أن لها صدى في بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي في أوائل القرن الماضي ففي قضية (Winckle) استند المفوض (Tardieu) إليها لتبرير قرار الإدارة بفصل الموظفين المضربين إذ جاء في تقريره " وأن العاملين التابعين للمرفق العام تحت أية تسمية كانت بإضرارهم لا يرتكبون خطأ فردياً فقط وإنما يضعون أنفسهم خارج نطاق القوانين واللوائح الموضوعة بهدف ضمان الحقوق الناشئة لهم عن عقد القانون العام الذي يربطهم بالإدارة^(٢) "

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي هجر فكرة عقد الوظيفة العامة ولم يعد يأخذ بها بعد أن استقر على الأخذ بالتكيف التنظيمي لعلاقة الموظف بالإدارة . وقد سار القضاء الإداري المصري على نهج نظيره الفرنسي في الأعراس عن فكرة عقد القانون العام إذ جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية صادر عام ١٩٥٥ " ان رعاية الوظيفة وهي ذات اتصال وثيق بالصالح العام تقتضي استبعاد أن تكون هذه العلاقة تعاقدية لما يبنى على ذلك من أن تكون الوظيفة موضوعاً للاستغلال والمساواة الأمر الذي يترتب عليه مساس خطير بالصالح العام^(٣) .

أما على صعيد الفقه فإن هذه النظرية لا تحظى إلا بتأييد جانب قليل من الفقه ومن أنصار هذه النظرية في الفقه العربي الدكتور فؤاد العطار في الفقه المصري^(٤) والدكتور حامد مصطفى في الفقه العراقي إذ يقول في معرض حديثه عن الموضوع " مهما قيل في هذه العلاقة فأنها في الحقيقة بمثابة عقد وضع أحد الطرفين قواعده وواجباته ... " ومن هذا الوجه نستطيع القول أن العلاقة بين الموظف والدولة هي علاقة عقد تحكمه قواعد القانون العام^(٥)

(١) د. عبد الغني بسيوني ، مصدر سابق ، ص ٢٠٧ .

٢. Puisove – les vivers aspects du principe de legalite dans la fonction publique . A . J . ٤٠٦ . P . ١٩٦١ .

(٢) د. سليمان الطماوي مبادئ القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٦٧٧ .

(٣) محمود صالح ، الموسوعة الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٣٨ .

(٤) د. حامد مصطفى ، مبادئ القانون الإداري العراقي ، بغداد ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، ١٩٦٨ ، ص ١٢٤ .

الفرع الثاني : نظرية المركز التنظيمي ونبين فيه مفهوم النظرية والنتائج المترتبة عليها

أولاً :- مفهوم النظرية

بعد أن توالى الانتقادات الموجهة إلى النظريات التعاقدية في تكييف علاقة الموظف بالدولة لما يترتب عليها من نتائج لا تتسجم مع مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام فقد هجرها الفقه الفرنسي متجهاً إلى تكييف العلاقة بأنها علاقة تنظيمية تخضع لإحكام القواعد القانونية المتصلة بتنظيم المرافق العامة كما تخلق مجلس الدولة الفرنسي عن الفكرة التعاقدية في تكييف العلاقة بين الموظف والدولة واستقر في أحكامه على الأخذ بفكرة المركز التنظيمي أي العلاقة التنظيمية^(١) بدءاً من حكمه في قضية (Dele Mainaire) الصادر في ٢١ / ١٠ / ١٩٢٣ إذ جاء فيه " ان العمال التابعين للمرفق العام بإضرابهم يرتكبون ليس خطأً فردياً فقط ولكن يضعون أنفسهم بأنفسهم بعمل جماعي خارج تطبيق القوانين واللوائح الموضوعة من أجل ضمان ممارسة الحقوق التي لهم قبل السلطة العامة^(٢) وهو بذلك سبق المشرع في تبنيه النظرية التنظيمية^(٣) .

أما في مصر فلم يكن سابقاً ينص صراحة في القوانين المتعلقة بالوظيفة على تبني الوضع التنظيمي إلا أن القضاء المصري عدل عن النظرية التعاقدية معتبراً الموظف في علاقته بالإدارة في مركز تنظيمي فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا " ان علاقة الموظف بالحكومة هي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح التي تصدر في هذا الشأن ومركز الموظف مركز قانوني عام^(٤) وقد استقر القضاء المصري على هذا الاتجاه ففي حكم حديث لها بتاريخ ١٢ / ٦ / ١٩٩٣ ذهبت إلى أن " قضاء هذه المحكمة جرى على أن علاقة الموظف بالحكومة هي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح ولا مجال للقياس والاجتهاد في التفسير أمام نصوص واضحة الدلالة^(٥) وفي العراق فقد اغفل المشرع العراقي الإشارة إلى طبيعة العلاقة التي تربط الموظف بالدولة في القوانين المتعلقة بالوظيفة إلا أن الفقه والقضاء عملاً على سد هذا النقص التشريعي وبهذا الصدد يقول الدكتور د. شاب توما منصور وهو يتحدث عن موقف المشرع من النظرية ((ولكن نستطيع أن نؤكد بأن الموظف في العراق هو في مركز تنظيمي لا تعاقدية ذلك أن كافة أحكام الوظيفة العامة تنظمها قوانين الخدمة)) .

(١) د. خالد سمارة الزغبى ، القانون الإداري وتطبيقاته في المملكة الأردنية الهاشمية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٨ ، ص ١٩١ .

(٢) مارسولون بروسبير في جي بريبان ، مصدر سابق ، ص ١١٩ .

(٣) تبني المشرع الفرنسي هذه النظرية لأول مرة في قانون الموظفين الصادر عام ١٩٤٦ الذي نصت المادة الخامسة منه " ان الموظف يعد في علاقته مع الإدارة في وضع تنظيمي .

(٤) أحمد سمير أبو شادي ، المبادئ القانونية ، المحكمة ، مصدر سابق ، ص ١٨٠-١٨١ .

(٥) محمود صالح ، الموسوعة الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٣٩ .

وقد قضت محكمة التمييز " أن مركز الموظف هو مركز تنظيمي وعلاقة الحكومة بموظفيها هي علاقة تنظيمية عامة تحكمها القوانين والأنظمة "(١). كذلك أفتى ديوان التدوين القانوني بأن علاقة الموظف بالإدارة علاقة تنظيمية تخضع للقوانين والأنظمة التي تحكمها وأن مركز الموظف وعلاقته بالإدارة محكومة بقانون الخدمة المدنية وقانون انضباط موظفي الدولة وكل التشريعات الإدارية وليس في مركز تعاقدية. كذلك ذهبت محكمة التمييز إلى أن المحاكم تكون غير مختصة بنظر النزاع المتعلق بحقوق الموظف المتعلقة براتبه وتقاعده إذ أن القوانين الخاصة تنظم علاقته بالإدارة(٢) أما مجلس الانضباط العام فقد ذهب في قرار له إلى " أن علاقة الموظف بدائرتة علاقة تنظيمية تخضع للقوانين والأنظمة التي تحكمها(٣) وبموجب هذه النظرية فإن قرار التعيين في الوظيفة العامة هو قرار شرطي يتضمن إسناد الوظيفة إلى شخص معين وسحب هذا المركز التنظيمي عليه وقرار التعيين وأن كان يصدر عن الإدارة فإنه يجب أن يقبله الموظف(٤) وتعد النظرية التنظيمية أكثر النظريات انسجاماً مع واقع الوظيفة العامة فهي تكفل تحقيق مصلحة المرافق العامة وضمان سيرها بانتظام سيما بعد أن أتضح أن النظريات العقدية تتعارض مع جوهر العلاقة الوظيفية التي لا تقتصر على محيط الوظيفة العامة وإنما تمتد آثارها إلى خارج نطاقها ففي حالة تقصير الموظف فإن ذلك يؤدي إلى قيام مسؤولية الموظف ليس إزاء الإدارة فحسب بل و أيضاً في مواجهة الأفراد كما قد يؤدي إلى قيام مسؤولية الإدارة إزاء الأفراد من جراء أعمال الموظف(٥) وهم ليسوا طرفاً في العقد وهذا ما لا ينسجم مع منطق النظريات العقدية التي تعجز عن بيان الأساس القانوني للمسؤولية ومن ناحية أخرى فإن النظريات العقدية تفرض قيوداً على سلطة الإدارة في تعديل نظام الوظيفة العامة بحجة المساس بالحقوق والالتزامات المتفق عليها وتتعارض مع المصلحة العامة ومبدأ دوام سير المرافق العامة(٦).

(١) د. شاب توما منصور ، مصدر سابق ، ص ٢٨٦ .

(٢) أشار إلى الأحكام د. علي محمد بدير وآخرون ، مصدر سابق ، ص ٣٠٠

(٣) قرار مجلس الانضباط العام رقم ٧ في ٢٧ / ١ / ١٩٦٢ نقلاً عن د. كامل السامرائي ، القضاء الإداري في العراق ، مطبعة أسعد ، بغداد ، ١٩٦٢ ، ص ١٨٠ .

(٤) محمود صالح ، الموسوعة الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٣٩ .

(٥) د. عزت حافظ الأيوبي ، مصدر سابق ، ص ١٢٩ ، وبالمعنى نفسه ينظر محمد علي الحميد أبو زيد ،

دوام سير المرافق ، مصدر سابق ، ص ١١٨ .

(٦) د. خالد سمارة الزغبى ، مصدر سابق ، ص ١٩١ .

ثانياً:- النتائج القانونية التي تترتب على العلاقة التنظيمية

١- يتم التعيين في الوظيفة العامة و تترتب الآثار القانونية عليه بمجرد صدور القرار الإداري من دون توقف على قبول الموظف بالتعيين غير أن ذلك لا يعني أن تعيين الموظف يتم على الرغم من ارادته^(١) لأن قبول الموظف هو شرط لنفاذ القرار ولا يجبر الشخص على ممارسة أعمال الوظيفة رغماً عنه إلا في حالة التكليف بالوظيفة .

٢- الخضوع للقوانين والانظمة التي تحكم الوظيفة العامة :-

يخضع الموظف العام في علاقته بالإدارة للقواعد القانونية التي تحكم الوظيفة وهي قواعد معدة سلفاً تتميز بعموميتها وسريانها على جميع الموظفين الذين ينتمون لنفس الفئة تحدد بمقتضاها حقوق الموظفين وواجباتهم وتطبق على الموظف بمجرد التحاقه بالوظيفة^(٢) ويجب التقيد بتنفيذ أحكام هذه القواعد طالما كانت نافذة ويسري هذا الالتزام على الموظف والإدارة معاً فلا تستطيع الإدارة مخالفة أحكام المركز التنظيمي بإجراءات فردية ، كما لا يجوز الموظف التنازل عن المزايا والضمانات التي تمنحها له تلك الأنظمة وكل اتفاق على خلافها يقع باطلاً لمخالفته للمبادئ والقواعد العامة^(٣) كان تتفق الإدارة مع الموظف على تعيينه في درجة أدنى من الدرجة التي يجب أن يعين فيها ، أو منحه راتب أقل مما يستحقه وقد قضت محكمة القضاء الإداري في هذا الشأن " بأن ((قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن رضا الموظف وقبوله وضعاً مخالفاً للقوانين واللوائح والقواعد العامة المنظمة للوظيفة يقع باطلاً ولا يعتد به لأن هذه القوانين والقواعد تهدف دائماً لمصلحة عامة ، وهذه المصلحة وثيقة الصلة بالوظيفة التي تقوم علاقة الموظف فيها بالحكومة على أسس تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح لا تعاقدية تخضع للاتفاق والمفاوضة ومن ثم يجب احترام هذه الاسس ومراعاة احكامها وعدم السماح بمخالفتها حرصاً على تلك المصلحة العامة ولا يكون للحكومة أن تحتج على المدعي بأنه أقر كتابةً بقبوله التعيين بالدرجة التاسعة الكتابية وأنه ليس له الحق مستقبلاً في طلب درجة أكبر))^(٤)

(١) د. عبد الله محمد محمود ، الوظيفة العامة في حياة الفرد والمجتمع ، جريدة البيان ، الإمارات العربية ، العدد

الصادر في ٢٠٠٠/٣/٩ ، ص ٢ ، محمود صالح ، الموسوعة الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٣٩ .

(٢) د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٢٥٣ .

(٣) د. عزة حافظ الإيوبي ، مصدر سابق ، ص ١٣١ .

(٤) د. زين العابدين بركات ، مبادئ في القانون الإداري السوري والمقارن ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٧٢ ، ص ٣٣٢-٣٣٣ .



٣- صلاحية السلطة العامة بتعديل نظام الوظيفة :

طالما أن الموظف في مركز قانوني عام فإنه يستفيد من تلك القوانين و الأنظمة المتعلقة بالوظيفة ما دامت نافذة ، إلا أنه يجوز للسلطة المختصة اجراء التعديلات التي تقتضيها المصلحة العامة ، وتطبق هذه التعديلات على جميع الموظفين الذين يشغلون هذه الوظائف من دون أن يكون لأحدهم المطالبة ببقائه مستفيداً من الوضع القانوني النافذ ، وتطبق هذه التعديلات بأثر مباشر منذ تأريخ نفاذها وليس للموظف في مواجهتها إلا دعاء بحق مكتسب ، وقد أكد ذلك مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٢٧ / ٣ / ١٩٣٦ في قضية (Bonny) غير أنه يشترط أن يكون التعديل بإجراء عام وليس إجراءً فردياً فالمبدأ السائد هو أن حقوق الموظف لا يجوز أن تحول من دون إعادة تنظيم المرافق العامة بما يكفل تحقيق المصلحة العامة^(١)

٤- يجب على الموظف العمل بصور دائمة لضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد فلا يجوز له الامتناع عن العمل سواء في صورة الإضراب أو الاستقالة^(٢)

٥- تتمتع الإدارة بسلطة فرض الجزاءات على الموظف الذي يرتكب سلوكاً من شأنه تهديد حسن سير العمل الوظيفي على أن تكون ممارسة هذه السلطة بهدف تحقيق مصلحة المرفق العام^(٣) .
ونظراً لصلة النتائج المذكورة في الفقرتين الرابعة والخامسة بموضوع رسالتنا ولأهميتها في ضمان سير المرفق العام بانتظام فقد خصصنا لهما مبحث مستقل كي يتسنى لنا دراستهما بشيء من التفصيل .

(١) د. زين العابدين بركات ، مصدر سابق ، ص ٣٣٢-٣٣٣ .

(٢) نوري محسن الحليفي ، مصدر سابق ، ص ٣٠ ، ينظر كذلك د. علي محمد بدير وآخرون ، مصدر سابق ، ص ٣٠٢ وبالمعنى نفسه ينظر أستاذنا د. محمد علي جواد ، مبادئ القانون الإداري ، محاضرات مطبوعة تدرس لطلبة المرحلة الثانية ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، ٢٠٠٢ ، ص ٩٥ .

(٣) د. عمرو فؤاد أحمد بركات ، مصدر سابق ، ص ٢٧١ .

المبحث الثاني : الضمانات المترتبة على العلاقة التنظيمية

بالنظر إلى أن الموظف يمثل العنصر العضوي لنشاط الإدارة الذي لا بد منه لممارسة أي عمل لذلك فإن انقطاعه يعني توقف نشاطها بالكامل لذلك فإن مصلحة المرافق وضرورة سيرها بانتظام واطراد يوجب تأمين استمرار العدد الكافي من الموظفين ، كما إن أي إخلال من جانب الموظف ينبغي أن تتمتع الإدارة بسلطة في محاسبته عنه ، سوف نتناول ذلك في مطلبين الأول : استمرار الموظف في أداء أعمال وظيفته ، والثاني : الخضوع للنظام التأديبي .

المطلب الأول : استمرار الموظف في أداء أعماله الوظيفية • سوف نتعرض لهذا المطلب في فرعين نخصص الأول لدراسة موضوع الاستقالة ونتناول في الثاني موضوع الإضراب •

الفرع الأول : تنظيم الاستقالة : ونتناوله في جزئين نخصص الأول لموضوع مبدأ قبول الاستقالة ونبين في الثاني أنواع الاستقالة

أولاً : مبدأ قبول الاستقالة وسلطة الإدارة في رفض أو إرجاء قبولها

١ - مبدأ قبول الاستقالة :

كان من نتائج التكييف التنظيمي لعلاقة الموظف بالإدارة إرساء مبدأ جديد في فقه القانون الإداري هو مبدأ قبول الاستقالة حتى تنتج أثرها وبموجب هذا المبدأ لا تتم الاستقالة ولا ترتب أثرها بإنهاء علاقة الموظف بالدولة الا بقبولها من قبل الجهة الإدارية المختصة وهذا المبدأ هو من مقتضيات حسن سير المرفق العام لان ترك الحرية للموظف في ذلك من شأنه ان يؤثر على سير المرفق العام بانتظام^(١) ويذهب البعض إلى ضرورة هذا المبدأ حتى بالنسبة للموظفين بالتعاقد وان نشأت علاقتهم بالدولة بموجب عقد لاختلاف طبيعة تلك العلاقة في السابق عنها في الوقت الحاضر ، ولان الحكمة من المبدأ متحققة في الحالتين وهي إعطاء الإدارة فرصة لتدبير أمورها بما يضمن استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد مما يقتضي استمرار الموظف في عمله لحين البت في استقالته سواء كان معيناً بموجب عقد أو قرار^(٢) وقد أرسى مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ قبل النص عليه في التشريع وذلك في حكمه الصادر عام ١٩٣٢ في قضية السيدة جان عندما انتحر زوجها الموظف بعد تقديم استقالته قاصداً حرمانها من راتبه التعاقدى وعندما نظر المجلس هذه القضية قضى باستحقاق الزوجة لحصتها من الراتب التقاعدي ، بعد أن الموظف توفي قبل ان تنقطع علاقته بالإدارة • وقد أكد المجلس على هذا النهج في اقصيته اللاحقة ثم نص المشرع الفرنسي بعد ذلك صراحة على المبدأ^(٣)

(١) حسين حمودة المهدي ، شرح احكام الوظيفة العاشرة ، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والاعلان ، طرابلس ، ص ٥٠٩

(٢) د. إبراهيم طه الفياض ، مصدر سابق ، ص ١٤٤

(٣) المادة (٣٢) من المرسوم رقم ٣٠٩ لسنة ١٩٥٩ .

أما في مصر فقد كان القضاء يعد الاستقالة حقاً للموظف ويتمتع بحرية تامة في ممارسته من دون الحاجة إلى قبول الإدارة كنتيجة للتكليف السائد آنذاك لعلاقة الموظف بالدولة بوصفها علاقة تعاقدية إلا انه عدل عن هذا الاتجاه بعد أن استقر على تكليف علاقة الموظف بالدولة على انها علاقة تنظيمية فأخذ يوازن بين حق الموظف في الاستقالة وبين ضرورات الصالح العام مستهدفاً بذلك ضمان دوام سير المرافق العامة بانتظام^(١) وقد اكدت المحكمة الإدارية العليا في احكامها على هذا المبدأ ، ففي حكم لها تقول ((الاستقالة طبقاً للاصول العامة للوظيفة والحكمة التي قام عليها تنظيمها لضمان دوام حسن سير المرافق العامة بأنظام واطراد لاتنتج بذاتها أي اثر قانوني في إنهاء رابطة التوظيف وانما يتوقف حدوث هذا الاثر المنهي للخدمة على القرار الصادر من الجهة الإدارية المختصة بقبولها صراحة أو على المدة التي تعد بعدها مقبولة حكماً ، كما ان مقدم الاستقالة يجب عليه ان يستمر في عمله إلى ان يبلغ اليه قرار قبول الاستقالة أو إلى ان ينقضي الميعاد المقرر لعددها مقبولة (٠٠٠))) اما في العراق فإن الاستقالة ليس لها أي اثر الا بقبولها من المرجع المختص ولاتنتج اثرها الا بعد التاريخ المحدد لها^(٢) وهذا ماينسجم مع مسلك مجلس الانضباط العام إذ قضى بأن مجرد تقديم الموظف الاستقالة لاتنتج اثرها القانوني ما لم تقبل ((^(٣)

ويرجع الاساس القانوني لقاعدة قبول الاستقالة إلى مبدأ دوام سير المرافق العامة ، لان الموظف العام يمثل العنصر العضوي للمرفق العام الذي لايمكن ان يعمل من دونه ومالم يضمن وجود العدد الكافي من الموظفين فإنه يتعذر على المرفق العام الاستمرار في ممارسة نشاطه بانتظام لاشباع الحاجات العامة للجمهور وبالتالي فإن اعطاء الحق للموظف بترك الخدمة بمجرد تقديم الاستقالة من شأنه ان يؤدي إلى تعطيل سير المرفق العام أو توقفه عن اداء خدماته . وقبول الاستقالة اما ان يكون صراحة

(١) د. محمد فؤاد عبد الباسط، مصدر سابق، ص ٣٤٦ ، وقد نص المشرع المصري على مبدأ قبول الاستقالة في المادة ٩٧ من قانون ٤٧ لسنة ١٩٧٨ .

(٢) د. د. علي محمد بدير وآخرون، مصدر سابق، ص ٢٥٩ .

(٣) قرار مجلس الانضباط العام رقم ١٩٧٣/٨٨ في ١٢/٥/١٩٧٣ مجلة العدالة . السنة الاولى ، العدد ٢ ، صفحة ٥٠٦ ، بالمعنى نفسه ينظر نشرة ديوان التدوين القانوني العدد الأول ، ص ٩١

- وقد اخذ المشرع العراقي بهذا المبدأ في المادة (٣٥) من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل إذ نصت الفقرة الثانية منها ((على المرجع ان يبيت في الاستقالة خلال مدة لاتتجاوز ثلاثين يوماً ويعد الموظف منفكاً بانتهاءها الا اذا صدر امر القبول قبل ذلك)) .

أو ضمناً والاصل ان يترك المشرع للإدارة حرية اختيار الوقت الملائم لإصدار قراراتها الا انه خرج عن ذلك فيما يتعلق بالاستقالة وذلك بدافع مراعاة مصلحة الافراد عندما الزمها بالبت في طلب الاستقالة خلال فترة معينة وقد حدد المشرع الفرنسي هذه المدة بأربعة اشهر تترخص الإدارة في اختيار الوقت المناسب خلالها لإصدارها قرار صحيح بقبول الاستقالة وبمجرد صدور هذا القرار فإنه يصبح نهائياً^(١) اما في مصر والعراق فقد حددها المشرع بثلاثين يوماً الا ان الإدارة قد تلتزم بالسكوت ازاء الطلب المقدم بالاستقالة على الرغم من مرور هذه المدة لذلك يذهب المشرع إلى ترتيب قرينة ايجابية أو سلبية على انتهائها حتى لا يبقى الوضع معلقاً على مشيئة الإدارة من دون تحديد ، وقد اغفل المشرع الفرنسي الإشارة إلى الاثر المترتب على سكوت الإدارة بصدد طلب الاستقالة بعد انقضاء مدة الاربعة اشهر المحددة ، ويرى الدكتور محمد عبد الحميد ابو زيد ، ان سكوت الإدارة بعد مضي المدة يعد بمثابة قرار ضمني بالرفض جرياً على حكم المادة ٥١ من قانون ٣١/ تموز / ١٩٤٥ طالما ان المشرع يتطلب صدور قرار صريح بالقبول لانها خدمة الموظف^(٢)

اما في مصر فقد رتب المشرع قرينة القبول على سكوت الإدارة عن الرد على طلب الاستقالة بعد انقضاء ثلاثين يوماً على تقديمها^(٣) ما لم يكن الطلب معلقاً على شرط أو مقترناً بقيد لان الشرط أو القيد يمنع القرينة من ترتيب اثرها كما تنتفي هذه القرينة اذا صدر قرار بارجائها كما يشترط ان لا يكون الموظف محالاً إلى المحاكمة التأديبية^(٤) . وقد سلك المشرع العراقي نفس الاتجاه معتبراً سكوت الإدارة عن اجابة طلب الاستقالة بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه بمثابة قرار ضمني بقبول الاستقالة^(٥)

(١) صالح فاتح ، مصدر سابق ، ص ١٦٣ وما بعدها .
(٢) محمد عبد الحميد ابو زيد ، مصدر سابق ، ص ١٥٠ .
(٣) وبهذا الصدد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى القول ((ان استقالة العامل من وظيفته تعد مقبولة بحكم القانون بانقضاء ثلاثين يوماً من تقديمها من دون ان تثبت فيه جهة الإدارة مادام ان الطلب لم يكم معلقاً على شرط أو مقترناً بقيد ٠٠

إشار إلى الحكم محمود صالح ، الموسوعة الإدارية ، مصدر سابق ، ص ١١٠٣

(٤) د. محمد فؤاد عبد الباسط ، مصدر سابق ، ص ٣٥٠-٣٥١ .

(٥) المادة ٢/٣٥ من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ سنة ١٩٦٠ ، وبالمعنى نفسه ينظر ، د. يوسف الياس ، المرجع العملي في شرح قوانين الخدمة المدنية والانضباط والتقاعد المدني ، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، ١٩٨٤ ، ص ٢٤٠



ويؤيد جانب من الفقه قرينة القبول الضمني للاستقالة لتعلق حق الموظف به ولمساسه باحدى الحريات أو الحقوق الاساسية^(١). الا اننا نرى عدم صحة الرأي، ونرى ان المشرع العراقي لم يكن موفقاً عندما تبنى قرينة القبول الضمني للاستقالة لما ينطوي عليه من عدم مراعاته لمصلحة المرفق العام وضرورة سيره بانتظام واطراد إذ يترتب على اعمال هذه القرينة ان مجرد تأخر الإدارة عن البت في طلب الاستقالة سواء نتيجة اهمال أو بطيء في الاجراءات الإدارية يؤدي إلى انقضاء الرابطة الوظيفية بين الموظف والإدارة وحرمان المرفق من خدمات الموظف وكان الاجدر بالمشرع العراقي ان يأخذ بقرينة الرفض الضمني، أي عد سكوت الإدارة بعد انقضاء المدة المحددة قراراً ضمناً برفض طلب الاستقالة كأن لم تكن اسوة بالمشرع الليبي^(٢). وتماشياً مع ما جرى عليه العمل في فرنسا

٢ - سلطة الإدارة في ارجاء قبول الاستقالة أو رفضها :

يترتب على مبدأ قبول الاستقالة عدم انتهاء خدمة الموظف الا بعد صدور القرار الإداري بقبول استقالته وتتمتع الإدارة بسلطة تقدير ملائمة اصدار قرارها بقبول الاستقالة أو عدم قبولها غير ان نطاق هذه السلطة يتوقف على ما تتضمنه التشريعات المتعلقة بالوظيفة لان الاصل هو ان الاستقالة حق للموظف ولايقيد ذلك الا بضرورات سير المرفق العام غير ان بعض التشريعات تنص على سلطة الإدارة في رفض طلب الاستقالة ففي فرنسا تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في قبول طلب الاستقالة أو رفضه وذلك خلال مدة اربعة اشهر من تاريخ طلب الاستقالة وفي حالة رفضه فللموظف عرض الامر على اللجنة الإدارية التحكيمية والتي بدورها تحيل رأيها في قرار الرفض إلى الجهة الإدارية التي رفضت الطلب كما يخضع قرار الرفض لرقابة القضاء الإداري إذ يجوز للموظف الطعن في هذا القرار امام مجلس الدولة الفرنسي الذي اخذ يبسط رقابته على قرارات رفض استقالة الموظف ابتداء من حكمه في قضية ((Bonney)) الصادر عام ١٩٣٦ استناداً إلى عيب الانحراف بالسلطة وذلك إذا

(١) د. محمد مرغني خيري، الوجيز في القانون الإداري المغربي، دار المغرب للتأليف والترجمة والنشر، ١٩٧٨، ص ٢١٦.

(٢) حسين حمودة المهدي، مصدر سابق، ص ٥٠٩.

اتخذت الإدارة قرارها لتحقيق اغراض لا تمت بصلة إلى الغرض الذي استهدفه المشرع من منح هذه السلطة للإدارة وهو ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام وان كان مجلس الدولة الفرنسي يحمل الطاعن عبء اثبات انحراف الإدارة إذ انه لا يستند في ذلك إلى القرائن وانما يصر على طلب ادلة كافية^(١). اما المشرع المصري فإنه لم ينص على تمتع الإدارة بسلطة رفض الاستقالة في القانون الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ ولا في القانون السابق رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ الا انه منح الإدارة سلطة ارجاء قبول الاستقالة لاسباب تتعلق بمصلحة العمل لمدة لا تزيد على اسبوعين ، اضافة لمدة ثلاثين يوماً المنصوص عليها وسلطة الإدارة في ارجاء قبول الاستقالة هي سلطة تقديرية غير انها تخضع لرقابة القضاء الإداري لضمان استهداف الصالح العام وعدم الانحراف في استعمال السلطة^(٢) ويجب على الموظف الاستمرار في العمل لحين زوال اسباب الارجاء والا عد ممتنعاً ومنقطعاً عن العمل من دون إذن^(٣) ولا يجوز للإدارة قبول استقالة الموظف بل يتعين عليها ارجاء قبولها اذا كان الموظف على وشك الاحالة إلى المحاكم التأديبية نتيجة لمخالفة ارتكبها اثناء اداء وظيفته أو بسببها ونتيجة لذلك يرى جانب من الفقه انه لا يحق للإدارة رفض طلب الاستقالة وان كل ماتملكه هو ارجاء قبولها اذا اقتضت ذلك مصلحة العمل وضرورات دوام سير المرفق العام أو تعلقها على نتيجة التحقيق الذي اجري مع الموظف أو الفصل في المحاكمة التأديبية^(٤) ويذهب رأي آخر إلى ان الإدارة تملك سلطة رفض الاستقالة في حالة الضرورة وقيام ظروف تبرر ذلك^(٥). اما القضاء المصري فقد ذهب في بعض احكامه إلى تمتع الإدارة بسلطة رفض الاستقالة طالما ان قرار الرفض لا ينطوي على اساءة استعمال السلطة^(٦). وفي العراق فقد اوجب المشرع على الإدارة البت في طلب الاستقالة خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه ولم يشر صراحة إلى حق الإدارة في رفض طلب الاستقالة ويرى جانب من الفقه العراقي ان المشرع قصد بعبارة البت الواردة في الفقرة الثانية من المادة المذكورة فضلاً عن سلطة الإدارة في قبول الاستقالة سلطتها في الرفض ويذهب إلى ان للإدارة أن ترفض الاستقالة اذا اقتضت مصلحة المرفق العام ذلك ولكن قرار الإدارة برفض الاستقالة يجب أن يخضع لرقابة القضاء^(٧)

(١) صالح فاتح صالح ، مصدر سابق ، ص ٢٦٣ ومابعدا .

(٢) محمد عبد الحميد ابو زيد ، مصدر سابق ، ص ١٤٢ .

(٣) د. عدلي تادرس ، الادارات القانونية ، دار الجامعات المصرية ، الاسكندرية ، ١٩٧٣ ، ص ٢١٤ .

(٤) محمد عبد الحميد ابو زيد ، مصدر سابق ، ص ١٤٠ .

(٥) د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٣٧٦ .

(٦) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٩٤٨ في ١٩٨٩/٦/٢٤ ، الموسوعة الإدارية ، مصدر سابق ، ص ١٠٩٣ .

(٧) د. شاب توما منصور ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٣٦٣ .

وقد جرى القضاء العراقي على الاعتراف للادارة بسلطة رفض الاستقالة نزولاً عند مقتضيات ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، فقد ذهب مجلس شورى الدولة إلى ذلك في قرار له بقوله ((ان قبول استقالة الموظف من عدمه مسألة جوازية يخضع تقديرها لرئيس الدائرة ^(١)

(١) قرار مجلس شورى الدولة ١٩٩٦/٥١ في ١٩٩٦/٤/٧ (غير منشور) .

ثانياً : انواع الاستقالة

هناك نوعين للاستقالة هما الاستقالة الفردية والاستقالة الجماعية

١- الاستقالة الفردية : وهي على نوعين صريحة وضمنية

أ- **الاستقالة الصريحة** : يقصد بالاستقالة الصريحة ، الطلب الذي يتقدم به الموظف معبراً عن رغبته في ترك الخدمة الوظيفية بصفة نهائية ويشترط في الاستقالة الصريحة ان تكون مكتوبة لضمان جدية الطلب وصدوره نتيجة تروي وتفكير من الموظف ولاهمية الكتابة في الاثبات فضلاً عن ان الكتابة تتيح للإدارة فرصة الملائمة بين رغبة الموظف في الاستقالة وضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد ^(١) . وان يكون الطلب صادراً عن ارادة صحيحة غير مشوبة بعيب من عيوب الرضا فأذا شابته عيب من هذه العيوب كالاكراه كان باطلاً ، والاكراه الذي يعدم الرضا ويجعل طلب الاستقالة باطلاً هو الاكراه الصادر عن الإدارة لان القول بخلاف ذلك يؤدي إلى كثرة تمسك الموظف بهذا العيب لطلب الغاء القرار الصادر بقبول الاستقالة عن طريق التواطؤ مع الآخرين ، كما يشترط ان يكون طلب الاستقالة قائماً عند صدور قرار الإدارة بقبولها فإذا لم يقترن طلب الاستقالة بقبول الإدارة فإن للموظف الحرية التامة في العدول عن الاستقالة ، فأذا سحب الموظف طلبه قبل البت فيه امتنع على الإدارة قبول استقالته بشرط ان يتصل هذا الرجوع بعلم الإدارة قبل ان تقرر قبولها ^(٢) وفي حالة صدور قرار من الإدارة بقبول استقالة الموظف بعد رجوع الموظف عن طلبه فإن ذلك يجعل القرار باطلاً لعدم وجود سبب يبرره وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا في حكم لها " ان طلب الاستقالة هو ركن السبب في القرار الإداري الصادر بقبولها وانه يلزم لصحة هذا القرار ان يكون الطلب قائماً لحين صدور القرار مستوفياً لشروط صحته شكلاً وموضوعاً ^(٣) وفي قرار لمجلس الانضباط العام قرر الغاء الامر الصادر بقبول استقالة الموظفة والزام دائرتها بقبول مباشرتها استناداً إلى ما ثبت لديه من مستندات محفوظة في الاضبارة الشخصية انها عدلت عن طلب الاستقالة قبل صدور موافقة الوزارة عليها وقبل صدور الامر الإداري بقبول الاستقالة فمن حقها العودة كونها عدلت قبل صدور الموافقة ويشترط ان يكون طلب الاستقالة خالياً من الشروط والحكمة من هذا الشرط هو ضمان جدية الموظف في طلب الاستقالة فقد يهدف من وراء ذلك إلى حث الإدارة على تحقيق مطالبه وليس انهاء خدماته ^(٤)

(١) محمد عبد الحميد ابو زيد ، دوام سير المرافق العامة ، مصدر سابق ، ص ١٣٠ .

(٢) د. السيد محمد مدني ، القانون الإداري الليبي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٥ ، ص ٣٠٧ .

(٣) حمدي عبد المنعم ، مصدر سابق ، ص ٥٢٠ .

(٤) قرار مجلس الانضباط العام رقم ١٩٩٨/٧٨ في ١٨/٤/١٩٩٨ ، الاضبارة ٩٨/٥٧ ، ص ١٧٤ غير

وقد تباينت مواقف التشريعات في معالجة الاستقالة المشروطة فلم ينص التشريع الفرنسي على حكم الاستقالة المشروطة الا ان مجلس الدولة الفرنسي عالج هذا النقص فأجاز للادارة قبول الاستقالة المشروطة اذا كانت الشروط غير مخالفة للقوانين اما المشرع المصري فقد تباينت مواقفه من الاستقالة المشروطة فقد كان القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ الملغي يعد الاستقالة المقترنة بشرط كأن لم تكن ، ثم تغير موقف المشرع في القوانين اللاحقة ، فأصبح يجيز للادارة قبول الاستقالة بشروطها أو رفضها . اما القضاء المصري فقد اتخذ موقفاً ثابتاً من الموضوع حتى في ظل القانون الملغي المذكور اعلاه فكان يعد ان النص الخاص بالاستقالة قد وضع لمصلحة الإدارة ، فللادارة ان تقبل الاستقالة وحقق للموظف الشروط التي علق عليها استقالته أو ترفض الاستقالة بقيودها أو شروطها أي عدها كأن لم تكن ^(١) وبذلك لا تنتهي خدمة الموظف الا اذا تضمن قرار قبول الاستقالة اجابه طلب ^(٢) . وهذه الشروط يجب ان تكون حقيقية اما اذا لم تكن حقيقية فأنها لاتعد شروطاً يعلق عليها طلب الاستقالة وكذلك يجب ان تكون داخلية في نطاق الوظيفة فإذا لم تكن كذلك جاز قبول طلب الاستقالة من دون الاعتداد بها لان الشروط التي يترتب عليها تعطيل سير المرفق العام تعد باطلة ويجوز للادارة عدم التقيد بها لتعارضها مع الصالح العام الذي يجب ان يفضل على مصالح الافراد ^(٣) .

ب- **الاستقالة الضمنية أو الحكيمة** : هي عد الموظف مستقياً وان لم يقدم طلباً صريحاً بذلك ، ولكنه يتخذ موقفاً معيناً يعدها القانون دالة على رغبته بترك العمل . فالاصل ان انتهاء خدمة الموظف بالاستقالة لا يتم الا على بناء طلب صريح صادر عن ارادته الحرة وموافقة الجهة الإدارية الا ان المشرع وحرصاً على مصلحة المرافق العامة وضمان سيرها بانتظام واطراد يفترض ان الموظف الذي يتخذ موقفاً معيناً يفصح عن نيته في الاستقالة ، وتختلف التشريعات الوظيفية في تسميتها لهذه الحالة من حالات انتهاء الخدمة ، ففي الاردن تسمى فقدان الوظيفة وفي مصر تسمى الاستقالة الضمنية وفي العراق الاستقالة الحكيمة ، وفي الدول التي تأخذ بها تختلف مواقف التشريعات بشأنها فبعضها تعدها بمثابة طلب للاستقالة وللادارة سلطة قبولها أو عدمه ، في حين تعد في دول اخرى مقبولة بحكم القانون . ففي فرنسا لم ينص التشريع الفرنسي على الاستقالة الضمنية وبموجبه فإن الاستقالة لاتتم الا بناء على طلب مكتوب صادر عن ارادة صريحة من الموظف ^(٤) .

(١) فتوى الجمعية العمومية بمجلس الدولة المصري اثار اليها د. حمدي عبد المنعم ، مصدر سابق ، ص ٥٢٢

(٢) نظر حكم المحكمة الإدارية العليا ، الموسوعة الإدارية ، مصدر سابق ، ص ١٠٩٥ .

(٣) حمدي سليمان سحيمان ، انقضاء الرابطة الوظيفية في غير حالة التأديب في القانون الاردني ، رسالة

ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ٢٠٠١ ، ص ١٤٣

(٤) د. علي محمد بدير وآخرون ، مصدر سابق ، ص ٣٧٥ .

اما القضاء الإداري متمثلاً بمجلس الدولة الفرنسي فقد كان قبل صدور تشريع عام ١٩٤٦ يجيز للإدارة افتراض نية الموظف في التخلي عن وظيفته عند اتخاذ مواقف معينة وانها خدماته بناءً على طلب ضمني بالاستقالة فنشأ بذلك عرف اداري مقتضاه تمتع الإدارة بسلطة تقديرية في عد الموظف مستقياً وبعد صدور تشريعي عام ١٩٤٦ و ١٩٥٩ الذين نصا على وجوب ان تكون الاستقالة بناءً على رغبة صريحة من الموظف ^(١) استمر مجلس الدولة الفرنسي على نهجه السابق ، بصدد الاستقالة الضمنية وخرج على حكم التشريع مبرراً ذلك بحماية المرافق العامة وضرورة سيرها بانتظام واطراد الا انه اخذ يتشدد بشأن الحالات التي يفترض فيها نية الموظف بترك الوظيفة ، وضيق من سلطة التقدير الممنوحة للإدارة في افتراض وجود الطلب الضمني للاستقالة وقصره على الحالات التي يعد فيها الموظف قد عبر عن رغبته الصريحة في التخلي عن الوظيفة ففي قضية ذهب مجلس الدولة إلى ان المدرسة التي حصلت على اجازة ونسيت ان تجددتها بعد انتهاء مدتها لا تعد مستقلة ضمناً وذلك لوجود وسيلة للتأكد من رغبته وهي اخطارها بالعودة إلى العمل . فأذا لم تكن رغبة الموظف في ترك الخدمة واضحة فإنه يجب على الإدارة احواله إلى المحاكم التأديبية بدلاً من عده مستقياً لانه في حالة عده مستقياً يكون قرارها معيباً لعدم وجود سبب قانوني يبرره ^(٢) .

اما المشرع المصري فقد عد اتخاذ الموظف لمواقف معينة بمثابة تقديم طلب بالاستقالة وهذه المواقف ليست قاطعة في الدلالة على رغبة الموظف في الاستقالة بل انها قد تكون ناشئة عن اهمال ، الا ان المشرع عدها بمثابة تقديم الاستقالة حرصاً منه على دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد ^(٣) . ويعد الموظف مقدماً استقالته في حالتين هما :

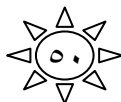
١- حالة الانقطاع عن العمل من دون اذن ومن دون عذر مشروع مدة تزيد على خمسة عشر يوماً متصلة أو ثلاثين يوماً غير متصلة على الرغم من انذاره بعد فوات ثلث المدة وتعد الخدمة منتهية من تاريخ الانقطاع في الحالة الاولى ومن اليوم التالي لاكتمال المدة في الحالة الثانية ، فأذا رجع الموظف إلى العمل قبل اتمام المدة ، انتفت القرينة القانونية التي تفضي بعده قد قدم استقالته ولا يمكن اعمالها في حقه الا اذا عاد وانقطع عن عمله واكتملت مدة الثلاثين يوماً كما ان القرينة تنتفي فبي حالة رجوع العامل إلى عمله بعد انقطاعه عنه المدة المقررة اذا قدم عذراً مشروعاً ^(٤) .

(١) م ٣٢ من مرسوم ١٤ شباط ١٩٥٩ .

(٢) صالح فاتح صالح ، مصدر سابق ، ص ١٧٦ ومابعدها .

(٣) حمدي سليمان ، مصدر سابق ، ص ٢٣٤ .

(٤) المادة ٩٨ من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ ، ينظر الموسوعة الإدارية ، مصدر سابق ، ص ١١٠٨ .



٢- الالتحاق بخدمة جهة اجنبية : وفي هذه الحالة تعد خدمة الموظف منتهية من تاريخ الالتحاق بخدمة الجهة الاجنبية وفي كلتا الحالتين فإن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية غير ان هذه السلطة يرد عليها قيد واحد هو وجوب استعمالها خلال شهر من تاريخ الانقطاع عن العمل أو الالتحاق بخدمة الجهة الاجنبية ^(١) . لان تحقق هذه الحالات يعد مجرد قرينة قانونية تعد بمثابة طلب للاستقالة تستطيع الإدارة ان تنهي اثرها اذا اتخذت بحق الموظف اجراءات تأديبية ، وهذا الموقف من جانب الإدارة يعد بمثابة رفض للطلب الضمني للاستقالة إذ ان الاستقالة لا تنتج اثرها الا بالقرار الإداري الصادر بقبولها وقد اكدت المحكمة الإدارية العليا هذا المعنى عندما اقرت في حكمها الصادر بتاريخ ٣ / نيسان / ١٩٧١ ان انتهاء الخدمة بالاستقالة الضمنية لا يقع بقوة القانون بل يحكمه المبدأ العام الذي يقضي بأن خدمة العامل لا تنتهي الا بالقرار الصادر بقبول الاستقالة ^(٢) . وهذه القرينة القانونية التي وضعها المشرع تقررت لمصلحة الجهة الإدارية في سبيل ضمان سير المرافق العامة بانتظام فإن شاءت اعملت القرينة وان شئت تغاضت عنها وقد اكدت على ذلك الجمعية العمومية للقسم الاستشاري في فتوى لها ((٠٠٠٠)) وللادارة في حالة قيام قرينة الانقطاع عن العمل في حق الموظف ، رفض الاستقالة في هذه الحالة ، اعمالاً لسلطتها التقديرية في ذلك حسبما رآته محققاً للصالح العام المتمثل في مصلحة العمل بالمرفق ^(٣) . اما المشرع العراقي فقد سلك نهجاً مخالفاً لمسلك التشريعين الفرنسي والمصري .

١- الانقطاع عن الوظيفة من دون اذن مسبق من الجهة المختصة إلى انتهاء مدة الأخطار ويتحقق ذلك في حالتين هما عدم التحاق الموظف بوظيفته المنقول من دون عذر مشروع والثانية هي عدم مباشرة الموظف بأعمال وظيفته بعد انتهاء مدة الاجازة الممنوحة له . وقد حدد المشرع للموظف المنقول مدة خمسة ايام للالتحاق بوظيفته المنقول اليها فاذا لم يلتحق بها خلال المدة المذكورة ولم يبد عذراً مقبولاً يخطر بوجوب الالتحاق خلال سبعة ايام من تاريخ الاخطار اذا كان داخل العراق وخلال ثلاثين يوماً اذا كان خارجه وتعد مدة الاخطار التي لم يلتحق خلالها الموظف اجازة اعتيادية ^(٤) .

(١) د. ماجد راغب الحلو . القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٣٧٧ .

(٢) د. د. محمد فؤاد عبد الباسط ، مصدر سابق ، ص ٣٥٠

(٣) الفتوى رقم ٦٨٩ في ١٩٦٦/٦/٢٨ ، مجموعة احمد سمير ابو شادي ، ج ٢ ، ص ٢١١٧ - ٢١١٩ إشارة

إلى الفتوى والحكم السابق ، صالح فاتح ، مصدر سابق ، ص ٢٠٥

(٤) د. علي محمد ابراهيم الكرباسي ، الوظيفة العامة الخدمة المدنية ، شرح وتعليق ، المكتبة القانونية بغداد

١٩٨٩ ، ص ١٥٤ .

فاذا باشر الموظف باعمال وظيفته قبل انتهاء المدة المحددة بالاخطار فانه ينتفي شرط الانقطاع عن الوظيفة ولا تتحقق القرينة القانونية على الاستقالة ولكن ذلك لا يحول من دون محاسبته انضباطياً من قبل الإدارة وقد جرى قضاء مجلس الانضباط العام على عد القرار الإداري الصادر بعده مستقيلاً مخالفاً للقانون (١).

٢- عدم ابداء عذر مشروع :- فقد عد المشرع انقطاع الموظف عن اعمال وظيفته قرينة قانونية على رغبته في التخلي عن العمل غير ان هذه القرينة تنتفي اذا قدم الموظف عذر مشروع يبرر انقطاعه عن وظيفته مما يعد دليلاً على عدم انصراف نيته إلى الاستقالة (٢). وبالتالي لا يمكن عده مستقيلاً وللجهة الإدارية سلطة تقدير مشروعية العذر الذي تقدم به الموظف لتبرير انقطاعه عن وظيفته آخذة بالإعتبار مصلحة العمل وضرورة دوام سير المرافق العامة غير ان سلطة الإدارة في رفض المعذرة التي يتقدم بها الموظف تكون خاضعة لرقابة مجلس الانضباط العام فالمجلس الغاء قرار الإدارة برفض المعذرة التي يتقدم بها الموظف مبرراً بها انقطاعه عن الوظيفة اذا وجد انها مشروعة (٣). وقد عد المجلس من قبيل المعذرة المشروعة في بعض قراراته ، التقرير الطبي الصادر من جهة اجنبية اذا كان مستوفياً للشكليات والإجراءات المطلوبة .

٣. الإخطار : إذ كان المشرع العراقي لا يكفي لتحقيق قرينة الاستقالة الضمنية بانقطاع الموظف عن وظيفته بل يتطلب إلى جانب ذلك اخطار الموظف المنقطع بوجوب الالتحاق بالوظيفة خلال سبعة ايام اذا كان داخل العراق وثلاثين يوماً اذا كان خارج العراق غير انه ميز في ذلك بين حالتي النقل والاجازة إذ جعل الاخطار وجوبياً على الإدارة في حالة عدم التحاق الموظف بوظيفته المنقول اليها في حين جعله جوازياً في حالة الموظف الذي ينقطع عن وظيفته بعد انتهاء مدة الاجازة (٤). وفي حالة عدم التحاق الموظف بوظيفته من دون عذر مقبول بعد انتهاء مدة الاخطار تتحقق قرينة الاستقالة الحكمية وبالتالي تنقطع الرابطة التي تربط الموظف بالإدارة . ويشترط في الاخطار ان يكون مستوفياً لشروطه القانونية ، فالاخطار المخالف لاحكام المنصوص عليها في قانون الخدمة المدنية لاينتج اثره القانوني في عد الموظف مستقيلاً بحكم القانون (٥) .

(١) قرار مجلس الانضباط العام رقم ٢٩٩ / ٧٣ الصادر في ١٩٧٣/١٢/٣١ .

(٢) حمدي سليمان سحيمان ، مصدر سابق ، ص ٢١٣ .

(٣) صالح فاتح صالح ، مصدر سابق ، ص ٢٣٣ .

(٤) الفقرتان الاولى والثانية من المادة السابعة والثلاثين من قانون الخدمة المدنية

(٥) قرار مجلس الانضباط العام رقم ١٩٩٧/٨٥ في ١٩٩٧/٣/١٢ (غير منشور)

ومن الجدير بالإشارة أن الإخطار لم يعد شرطاً ضرورياً لترتيب اثر الاستقالة الضمنية فبموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٦ لسنة ١٩٩٩ . تم إلغاء شرط الإنذار وعدلت المادة ٣٧ من قانون الخدمة المدنية وبموجب النص المعدل فقد أوجب المشرع على الموظف المنقول الالتحاق بوظيفته المنقول اليها خلال خمسة أيام وبعبءه يعد مستقياً كما حدد للموظف المجاز بعد انتهاء مدة الإجازة والموظف المنقطع عن الوظيفة عشرة أيام يعد مستقياً بتجاوزها . ونرى أن هذا المسلك من جانب المشرع العراقي هو مسلك منتقد لأنه ينطوي على انتقاص لضمانات من ضمانات الموظف ، ذلك أن انقطاع الموظف عن الوظيفة لا يعد دليلاً أكيداً على رغبة الموظف في ترك وظيفته الأمر الذي يوجب أحاطته علماً بما يتخذ قبله من اجراء سيما وان قرار عده مستقياً يعد قراراً في غاية الخطورة لما يترتب عليه من آثار شديدة المساس بمصلحته لذلك نرى ضرورة تعديل هذه المادة .

كما أن المشرع العراقي رتب على انقطاع الموظف عن وظيفته عده مستقياً وبهذا فانه يقع في تناقض واضح ذلك انه أوجب على الموظف الذي يتقدم بطلب صريح للاستقالة الاستمرار في ممارسة وظيفته لحين قبول استقالته بينما عد مجرد انقطاع الموظف عن وظيفته لمدة تزيد على عشرة أيام استقالة حكمية مما يتعارض مع مبدأ قبول الاستقالة ذلك انه يشجع الموظف الذي يقدم استقالته على الانقطاع عن الوظيفة بمجرد تقديم طلب الاستقالة وبذلك فإن عد الموظف مستقياً في هذه الحالة يعد بمثابة مكافأة له على انقطاعه . ومن جهة أخرى فإن هذا الحكم ينطوي على إخلال كبير بمصلحة المرفق ويتعارض مع مبدأ دوام سير المرفق العام وقد يؤدي الأخذ به في بعض الظروف إلى توقف سير المرفق العام لذلك نرى ضرورة إعادة النظر في أحكام المادتين الخامسة والثلاثين والسابعة والثلاثين من قانون الخدمة المدنية بما يضمن تحقيق الصالح العام متمثلاً في دوام سير المرافق العامة مع مراعاة مصلحة الموظف بما لا يتعارض مع مبدأ تغليب المصلحة العامة على المصالح الفردية على أن يتضمن التعديل ما يلي :

١- تعديل الفقرة الثانية من المادة الخامسة والثلاثين وعد سكوت الإدارة عن البت في طلب الاستقالة بمثابة رفض ضمني لطلب الاستقالة .

٢- تعديل المادة السابعة والثلاثين بجعل الإخطار وجوبياً على الإدارة في جميع حالات الانقطاع عن الوظيفة بغية تنبيه الموظف إلى خطورة الأثر المترتب على انقطاعه عن وظيفته ، وإلى جانب ما نص عليه قانون الخدمة المدنية ، هنالك قرارات عديدة تعالج موضوع الاستقالة وتفرض قيوداً إضافية تحد من حرية الموظف في الاستقالة مستهدفة بذلك ضمان دوام سير المرافق العامة ، الموظف بالسجن مدة لا تزيد عن عشرة سنوات أو بالحبس مدة لا تقل عن ستة اشهر . ولكن مما يؤخذ على مسلك المشرع هذا هو كثرة هذه القرارات وتداخلها مما يؤدي إلى عدم وضوح في

الأحكام المتعلقة بالاستقالة وينتج عن ذلك التباس الأمور على الموظف وعدم فهمه للحقوق والالتزامات الواردة في هذه القرارات مما يعني ضرورة إلغاؤها ومعالجة مسألة الاستقالة ضمن إطار قانوني موحد يسهل فهم أحكامه ويلبي ضرورات سير المرافق العامة .

عبارة عن اتفاق عدة موظفين على تقديم استقالتهم دفعة واحدة بقصد التأثير على الدولة لاستجابة مطلب أو الاحتجاج على عمل^(١).

فالاستقالة إذا كان يغلب عليها أنها تأخذ طابعاً فردياً فإنها قد تأخذ طابعاً جماعياً عندما تقدم من قبل أكثر من موظف.

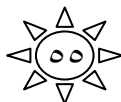
والاستقالة الجماعية أشد خطورة من الاستقالة الفردية إذ أن استقالة أكثر من موظف في وقت واحد يؤثر تأثيراً سلبياً على سير المرافق العامة بل قد يعطل هذا السير تعطيلاً كلياً^(٢).

وبهذا تتشابه الاستقالة الجماعية مع الإضراب من ناحية الأثر المترتب عليها في إعاقة سير المرفق العام ونظراً لما يترتب على الاستقالة الجماعية من خطورة فقد نص المشرع على عقوبة لها في حين أنه لم ينص صراحة على عقاب الموظفين المضربين.

ويبرر ذلك في أن الاستقالة تكون غالباً نتيجة عمل فردي يعطى للموظف لكي لا يجبر على عمل هو راغب عنه ولكن إذا انقلب إلى تصرف جماعي مدبر فإنه يشكل خطراً جسيماً على أمن الدولة وسير مرافقها^(٣). لذلك نصت المادة ١٢٦ من قانون العقوبات الفرنسي على معاقبة الموظفين الذين يقدمون استقالة جماعية إذا كان من شأن هذه الاستقالة التأثير أو سير العدالة أو تنفيذ أي خدمة عامة. وقد طبقت محكمة النقض الفرنسية حكم هذه المادة عندما تقم عمد بعض المقاطعات الفرنسية استقالتهم عام ١٩٠٧. أما في مصر فيرى البعض أن الاستقالة الجماعية تتجرم إذا كانت تتضمن إضراباً مقنعاً، وفي هذه الحالة يسوى حكمها بحكم الإضراب.

وإذا لم تكن ستارا لإضراب مقنع فإنها قد تستدعي المؤاخذة التأديبية إذا ألحقت ضرراً بالمرفق^(٤) ويؤخذ على هذا الرأي أنه يتجاهل الفرق بين الإضراب والاستقالة إذ أن الإضراب يعني امتناع الموظفين عن ممارسة العمل الوظيفي مؤقتاً مع تمسكهم بوظائفهم في حين أن الاستقالة يترتب عليها انقضاء الرابطة الوظيفية.

-
- (١) د. أحمد عبد القادر الجمال، القانون الإداري المصري والمقارن من الوجهة التطبيقية والجزائية، مكتبة النهضة الحديثة، القاهرة ١٩٥٥، ص ١٩٦.
- (٢) د. هاني الطهراوي، مصدر سابق، ص ٣٠٢، وبالمعنى نفسه ينظر د. سليمان سليم بطارسة، نظام الوظيفة العامة في المملكة الأردنية الهاشمية، ط ١، عمان، ١٩٩٧، ص ١٧٧.
- (٣) حمدي سليمان سحيمان، مصدر سابق، ص ١٤٧.
- (٤) د. محمد فؤاد عبد الباسط، مصدر سابق، ص ٣٤٦.



أما في العراق فإن المشرع العراقي قد جعل انقطاع الموظف عن أعمال وظيفته دون عذر مشروع جريمة إذا كان من شأنه تعطيل سير المرفق العام كما أنه جعل التعدد ظرفاً مشدداً للعقوبة ولما كانت الاستقالة لا تتم ولا تنتج أثرها ما لم تقبل وأن الإدارة في العراق تملك سلطة رفض طلب الاستقالة فيترتب على ذلك أن علاقة الموظفين بالإدارة لا تنقطع بمجرد تقديم طلب الاستقالة بل بقبولها^(١). لذلك تستطيع الإدارة تفادي طلبات الاستقالة الجماعية برفضها الأمر الذي يجعل امتناع الموظفين عن ممارسة وظائفهم قبل قبول طلبات الاستقالة أو بعد رفضها مجرد ترك جماعي للوظيفة وليس استقالة جماعية وهذا يعني أن المشرع الجنائي العراقي قد جمع بين أحكام الإضراب والاستقالة .

(١) قرار مجلس الانضباط العام رقم ١٩٧٢/٦٢ في ١٠/٥/١٩٧٢ ، نشرة ديوان التدوين القانوني ، العدد الأول ، ١٩٧٣ ، ص ٩١ .

الفرع الثاني : الإضراب

معنى الإضراب وأثره على سير المرفق العام : يعرف الإضراب بأنه توقف الموظفين عن القيام بأعمالهم والإمتناع عن أدائها لمدة معينة وبصفة مؤقتة ، ومن دون انصراف نيتهم إلى ترك وظائفهم بصفة نهائية ^(١) .

أو هو امتناع جماعي عن القيام بنشاط معين لتحقيق مطالب معينة ^(٢) . وهو بهذا ينطوي على خطورة بالغة على سير المرافق العامة لأن الموظف مكلف بتأمين استمرارية المرفق العام والأضراب يتعارض ومبدأ استمرار العمل في مرافق الدولة ودوائرها لتأمين الخدمات العامة والقول بجوازه يقضي إلى توقف الدولة وعجزها عن حمل مسؤولية النهوض بالأعباء العامة التي لا يمكن لغيرها القيام بها ^(٣) . كما أن الأضراب يعد وسيلة من وسائل التعبير عن الرأي وبالتالي فإن حضره يشكل قيда على حرية الرأي التي تنص الدساتير على كفالتها للموظف ^(٤) . وبهذا نكون أمام تناقض واضح بين المصلحة العامة المتمثلة في ضمان سير المرافق العامة والتي تقضي عدم منح الموظف حق ضد المبدأ العام لسير العمل الإداري وبين حرية الموظف في التعبير عن رأيه عن طريق الأضراب وهنا يبرز دور القضاء في أحداث التوازن بين المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات والذي غالبا ما يرجح كفة المصلحة العامة وذلك بوضع قيود على ممارسة الحريات وبهذا الصدد قضى المجلس الدستوري في فرنسا بأن حرية التعبير يمكن تقييدها لصالح احترام الكرامة الإنسانية ... أو حماية للنظام العام ، أو مراعاة لأحتياجات الدفاع الوطني ، أو مراعاة لمقتضيات الخدمة العامة ^(٥) وإزاء هذا التعارض نجد أن مواقف الدول قد تباينت بشأن معالجتها لموضوع الأضراب فبعضها تضع قيودا على ممارسة الإضراب والبعض الآخر تحظر الأضراب حظرا شاملا لذلك سوف نقسم الموضوع إلى فرعين نتناول في الأول تنظيم الأضراب وفي الثاني حظر الأضراب .

(١) د . عبد الغني بسيوني ، مصدر سابق ، ص ٤١٨ .

(٢) د . عبد الواحد كرم ، قانون العمل في التشريع الأردني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٨ ص ٢٣٤ .

(٣) طلال عامر المهتار ، مسؤولية الموظفين ومسؤولية الدولة في القانون المقارن ، بلا سنة طبع ، ص ٩٨ .

(٤) د . محمد السيد الدماصي ، الحقوق الدستورية في المجال الوظيفي (حق التعبير ، مجلة العلوم الإدارية ، العدد الأول ، ١٩٧٤ ، ص ٤٨ .

(٥) DeC . ١٨ September ١٩٨٦ . Tomell . op . cit . p ٧٧ .

نقلا عن الدكتور أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ٤٨

أولا : تنظيم الإضراب

لقد لعب القضاء الإداري متمثلا بمجلس الدولة الفرنسي دورا بارزا في ارساء القواعد التي تحكم الإضراب مؤكدا في ذلك دوره الإنشائي في خلق قواعد القانون الإداري فقد سبق المشرع الفرنسي في وضع القيود التي تكبح الموظفين عن ممارسة كل ما من شأنه عرقلة سير المرافق العامة وقد مر موقفه من الأضراب بسلسلة من المراحل ففي الفترة السابقة لصدور دستور الجمهورية الرابعة فإن مجلس الدولة الفرنسي وعلى الرغم من عدم وجود أي نص تشريعي يجرم الإضراب . فقد قضى بعده عملا غير مشروع بيدرر معاقبة الموظف من دون اتباع الضمانات التأديبية المقررة قانونا بعد أن الموظف عند قبوله للوظيفة قد أخضع نفسه للالتزامات التي يقتضيها سير المرافق العامة بانتظام وتنازل عن كل ما يتعارض مع المبدأ المذكور وأن الأضراب يعد خرقا لعقد القانون العام الذي يربطه بالإدارة ولم يقف عند هذا الحد بل أنه أجاز للإدارة تجنيد العمال المضربين^(١) وبعد صدور دستور الجمهورية الرابعة عام ١٩٤٦ والذي نص على ((إن الإضراب يمارس في نطاق القوانين التي تنظمه ، استمر مجلس الدولة الفرنسي على الاعتراف للحكومة بالحق في وضع القيود التي تكفل حماية المرافق العامة طالما لم يصدر قانون ينظم ممارسة الإضراب ، وتبعاً لذلك يحق للإدارة ان تفرض عقوبات تأديبية على الموظف ، غير أنه عدل عن موقفه السابق ولم يحرم الموظف من الضمانات المقررة له في نظام التأديب^(٢) . ويرى البعض أن إضراب الموظفين يتعارض مع المبادئ الأساسية المقررة في القانون العام ويعد اعتداءً خطيرا على المرافق العامة وضرورة سيرها سيرا منتظما^(٣) الأمر الذي يتطلب تدخل المشرع لتنظيمه عن طريق إصدار القوانين^(٤) . ولم ينص دستور ١٩٥٨ على الإضراب بشكل مباشر إلا أنه نص في المادة ٣٤ على حرية التعبير عن الرأي ، وفعلا صدرت قوانين عديدة تحظر الإضراب على بعض طوائف الموظفين الخاضعين لنظم خاصة فضلا عن قانون ٣١ تموز ١٩٦٣ الذي منع على موظفي القطاع العام ممارسة بعض أنواع الإضراب فقد حرّم القيام بإضراب مفاجئ وأوجب اخطار الإدارة مسبقا بنية الإضراب كي يتسنى لها تدارك الآثار الخطيرة التي تترتب على الإضرابات

(١) مارسولون بروسبير في جي بريبان ، مصدر سابق ، ص ١١٧ – ص ١١٩ .

(٢) د . محمد السيد الدماصي ، مصدر سابق ، ص ٤٨ .

(٣) د . د . محمد فؤاد مهنا ، مصدر سابق ، ص ٣١٤ .

(٤) من هذه القوانين قانون ٢٨ أيلول ١٩٤٨ منع إضراب عناصر الشرطة ، قرار ٦ آب ١٩٥٨ منع الإضراب على موظفي المؤسسات الصحية ، قانون ٢ تموز ١٩٦٢ منع إضراب بعض موظفي الملاحة الجوية تبعه قانون آخر منظم للإضراب هو قانون ٣١ ك ١ ١٩٨٤ ، قانون ٣١ تموز منع إضراب موظفي مخابرات وزارة الداخلية ، قرار ٢٢ ك ١ ١٩٥٨ منع 'إضراب رجال القضاء ، قانون ١٧ حزيران ١٩٧١ الخاص بموظفي الطيران المدني أشار إلى هذه القوانين ، طلال عامر المهتار مصدر سابق ص ٩٧ .

الفجائية واتخاذ التدابير التي تضمن استمرار العمل في المرفق العام ، كما أوجب على النقابات احاطة الإدارة علما بأسباب الإضراب لمعرفة طبيعة الإضراب وما إذا كانت مهنية أو سياسية . كما منع الإضراب الدّوار الذي يترتب عليه الأضرار بمرافق متعددة تابعة لإدارة واحدة ^(١) وأعده مخالفة تأديبية تستوجب معاقبة الموظفين المضربين من دون اتباع الضمانات التأديبية إلا أن ما يؤخذ على هذا القانون أنه لا يؤلف تنظيما عاما للإضراب لذلك جرى اجتهد مجلس الدولة الفرنسي على الاعتراف للإدارة بالحق في تحديد شروط ممارسة الإضراب وفقا لمقتضيات تنظيم المصالح العامة وإداراتها في ظل رقابة القضاء الإداري .

يتضح من ذلك إن الإضراب في فرنسا قد أصبح حقا مشروعاً للموظفين يمارسونه خاضعين لقيود تضمن التوازن بين استعماله وبين ضرورات حسن سير المرافق العامة بانتظام على أن يكون الغرض منه الدفاع عن حقوقهم المهنية وليس إضراب سياسيا ^(٢) .

وتمتع الإدارة بالحق في حظره بالنسبة لفئات من الموظفين الذين يعملون في المرافق العامة التي لا غنى عنها للجمهور لضمان استمرارها في تقديم خدماتها نظرا لما يترتب على توقفها من ضرر بالمصالح العام مثل مرافق النقل والأمن والقضاء والبريد وغيرها .

(١) طلال عامر المهتار ، مصدر سابق ، ص ٩٧-٩٨ .

(٢) . د. إبراهيم طه الفياض ، مصدر سابق ، ص ١٣٤

٢. حظر الإضراب :

أدى تبني بعض الدول للنظام الاشتراكي إلى الميل نحو زيادة تدخلها واتساع مجالات نشاطها بشكل ملحوظ بالمقارنة مع النظام الليبرالي الذي تضطلع الدولة في ظلّه بمهام الدولة الحارسة وذلك للوصول إلى الهدف المنشود وهو تحقيق الرفاهية والمساواة بين أفراد المجتمع والعمل على تخليص المجتمع من أضرار المذهب الفردي وما نجم عنه في ظل النظام الرأسمالي من مساوئ اجتماعية واقتصادية مما يقتضي تقييد نظرية الحقوق والحريات التقليدية^(١) بالقدر الضروري الذي يقتضيه الصالح العام وبالنظر إلى أن الوسيلة التي تعتمد عليها هذه الدول في تأدية مهامها هي المرافق العامة فلا بد من تغليب مصلحة هذه المرافق كلما تعارضت مع المصالح الفردية ، فأذا كان للموظف ككل مواطن حرية التعبير عن رأيه إلا أن مقتضيات الخدمة العامة قد تقتضي أن تفرض عليه قيود لا يخضع لها المواطن العادي يتمتع عليه بموجبها التعبير عن رأيه بطريقة تمس حسن سير المرفق^(٢) لذلك نجد أن هذه الدول تتخذ مواقف مشددة من الإضراب فلم تكتفي بعده مخالفة تأديبية وفرض الجزاء التأديبي بل عدته جريمة جنائية وقررت له عقوبات جنائية ففي مصر كان الإضراب يشكل مخالفة تأديبية تخول الإدارة مساءلة الموظفين المضربين تأديبياً ولم يكن هناك نص يقضي بتحريمه في التشريع الجنائي ، ولكن حرص المشرع على تغليب المصلحة العامة وضمان سير المرافق العامة بانتظام وأطراد دفعه إلى عده جريمة جنائية وذلك بعد أن شعر بخطورته وأثره السيء في تعطيل سير المرافق العامة ووجد أن العقوبات التأديبية غير كافية وحدها لردع الموظفين عن الإضراب على الرغم من خطورته فأصدر القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٢٣ الذي عدل بموجبه قانون العقوبات ليصبح الإضراب جريمة جنائية ثم نقل هذا التعديل إلى قانون العقوبات الصادر عام ١٩٣٧^(٣) . وبعد أن ازدادت الإضرابات بعد الحرب العالمية الثانية وشعرت الحكومة بعدم جدوى التشريع القائم للحد منها لقصوره عن معاقبة بعض حالات الإضراب تدخلت بأصدار المرسوم بقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٤٦ الذي ألغى وحل محله القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥١ ، وصدرت بعده قوانين أخرى^(٤) .

(١) عبد الكاظم فارس المالكي ، النظام القانوني للمنظمات المهنية في التشريع العراقي ، رسالة ماجستير ، كلية القانون – جامعة بغداد ، ١٩٩٧ ، ص ٩ .

(٢) د. عبد الفتاح حسن ، التأديب في الوظيفة العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ١٢١ .

(٣) وكذلك عد المشرع اللبناني الإضراب جريمة جنائية وفي ذات الوقت عده خطأ تأديبي يستحق معه إنهاء خدمة الموظف ، ينظر الدكتور أبراهيم عبد العزيز شحيا ، مبادئ وأحكام القانون الإداري اللبناني ، الدار الجامعية ، بيروت ، ص ٣٧٠ .

(٤) القانون رقم ٣١٨ لسنة ١٩٥٢ ، والذي حل محله القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ .

وقد عاقب المشرع المصري على الإضراب حتى إذا تم في صورة استقالة جماعية ^(١) إذ عده جريمة يعاقب عليها بالحبس لمدة ستة أشهر أو الغرامة ، وقد ساوى المشرع في هذا الحكم بين الموظفين والمستخدمين وبين جميع الأجراء الذين يشتغلون في خدمة الحكومة أو في خدمة سلطة من السلطات الإقليمية أو البلدية أو القروية والأشخاص الذين يندبون لتأدية عمل معين من الأعمال ^(٢) ولم تجد العقوبات التي قررها المشرع في مواجهة الإضرابات التي وقعت عام ١٩٧٧ مما دفع المشرع إلى إصدار قانون استثنائي نص على عقوبة شديدة تصل إلى عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة على الموظفين المضربين ^(٣) ونظرا لخطورة الآثار المترتبة على الإضراب وسعيًا من المشرع لتلافي جميع العوامل التي تسهم في حدوث الإضراب فإنه يكتفي بمعاقبة الموظف المضرب بل أن النص الذي وضعه أشد ليشمل بالعقاب كل من حرض أو شجع موظفا عاما على الإضراب بضعف العقوبة المقررة للموظف القائم بالإضراب . وحتى لو لم تقع جريمة الإضراب بناءً على هذا التحريض ، كما يعاقب بذات العقوبة كل من حذب أية جريمة من جرائم الإضراب ^(٤) ويستوي في هذا الشأن أن يكونوا من غير الموظفين العموميين .

كما عاقب المشرع المصري على جريمة الاعتداء على حق الغير في العمل بقصد حماية العامل من كل اعتداء يقع عليه بقصد إرغامه على الإضراب أو الاستقالة من دون اشتراط وقوع الاعتداء على الشخص المقصود مباشرة بل تتحقق الجريمة حتى إذا وقع الاعتداء على أحد أفراد أسرته ^(٥) .

غير أن تطبيق التي تجرم الإضراب في التشريع المصري أصبح مثار جدل بين الفقهاء بعد المصادقة على الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تنص على كفالة من الإضراب طبقا لقوانين الدولة المعنية ^(٦) . فيرى البعض أن الإضراب قد أصبح حقا للعاملين في مصر وأن التشريعات التي تمنع الإضراب تعد ملغاة من تاريخ نشر الاتفاقية في الجريدة الرسمية وذلك اعمالا لقواعد تنازع القوانين من حيث الزمان وإلغاء التشريع اللاحق للتشريع السابق فيما يتعارض معه من أحكام الغاء ضمنا من دون حاجة إلى نص صريح من المشرع لأن ذلك يعد مجرد اعتراف بوضع قانوني سابق ^(٧)

- (١) المادة ١٢٤ من قانون العقوبات المصري .
- (٢) الفقرة جـ من المادة ١٢٤ من قانون العقوبات .
- (٣) الغي هذا القانون عام ١٩٨٣ .
- (٤) محمد عبد الحميد أبو زيد ، مصدر سابق ، ص ٧٤ .
- (٥) المصدر نفسه ، ص ٧٦ وما بعدها .
- (٦) د. الشافعي ، محمد بشير ، القانون الدولي العام في السلم والحرب ، ط ٤ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص ٣٣٥ - د. جعفر عبد السلام ، تطور النظام القانوني لحقوق الإنسان في القانون الدولي العام ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، ١٩٨٧ ، ص ٥١ .
- (٧) د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٣٤٠ - ص ٣٤١ .

وقد تبنت محكمة أمن الدولة العليا هذا الرأي في حكمها الصادر في ١٦/٤/١٩٨٧ في قضية إضراب سائقي قطارات السكك الحديدية في ١٩٨٦/٧/٧ عندما قضت ببراءة جميع المتهمين في هذه القضية إذ عدت التصديق على الاتفاقية بمثابة إلغاء ضمني للنصوص المجرمة للإضراب مما يؤدي إلى انتفاء الركن الشرعي لجريمة الإضراب المنسوبة إليهم . في حين يرى الدكتور د. محمد فؤاد عبد الباسط أن النصوص المتعلقة بالإضراب في قانون العقوبات هي الواجبة التطبيق لأن القانون الداخلي هو إطار المشروعية الذي يحكم عمل الدولة ويجب ترجيحه على المعاهدة عند التعارض ولغرض تطبيق الاتفاقية يتعين تعديل القوانين الداخلية بما يحقق التوافق بينهما كما يذهب إلى نفي تحقق قرينة الإلغاء الضمني للإحكام المجرمة للإضراب المقررة في قانون العقوبات بموجب نصوص الاتفاقية لأنها نصت على " أن يمارس الإضراب طبقاً لقوانين القطر المختص " ^(١) كما أشارت المادة الثامنة منها في بندها الثاني على جواز فرض القيود القانونية على ممارسة هذه الحقوق بما يتماشى مع طبيعتها ولغرض تحقيق الرضاء في مجتمع ديمقراطي .

ويسند صاحب هذا الرأي وجهة نظره بزعم أن منطق المادة الثامنة لا يعني حلولها محل القوانين الداخلية بل يقتصر على تعهد الدول الموقعة على الاتفاقية باتخاذ ما يلزم لكفالة حق الإضراب بما في ذلك تغيير القواعد القانونية التي تتعارض معه وينتهي هذا الرأي إلى وجوب العمل بالنصوص المتعلقة بالإضراب في قانون العقوبات إلى أن يتم تعديلها من قبل المشرع حتى لو أدى ذلك إلى قيام مسؤولية الدولة لأخلالها بتعهداتها الدولية ^(٢) ونحن من جانبنا نؤيد هذا الرأي لأنه أكثر انسجاماً مع مقتضيات دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد كما انه لا يتعارض مع ما نصت عليه الاتفاقية ونرى أن على المشرع المصري أن يصدر قانوناً ينظم بمقتضاه ممارسة حق الإضراب على النحو الذي يوائم بين تنفيذ الالتزامات التي نصت عليها الاتفاقية وبين مصلحة المرافق العامة وما تقتضيه من تنظيم ممارسة هذه الحقوق بما يكفل استمرارها في تقديم خدماتها لإشباع الحاجات العامة فإن لم يصدر المشرع قانون ينظم ممارسة حق الإضراب فعلى القاضي الإداري أن يجري على الحكم القديم وإن أدى ذلك إلى تحقق المسؤولية الدولية بموجب قواعد القانون الدولي بسبب مخالفة أحكام الاتفاقية .

(١) الفقرة (د) من البند أولاً من المادة (٨) من الاتفاقية .

(٢) د. محمد فؤاد عبد الباسط ، مصدر سابق ، ص ٣٤١-٣٤٥ .

أما في العراق فلم يعترف المشرع العراقي للموظفين بحق الإضراب وقد كان حظر الإضراب موقفاً ثابتاً للمشرع في تشريعاته المتعاقبة ففي العهد الملكي وعلى الرغم من أن النهج الرأسمالي هو المهيمن على الاقتصاد العراقي فقد جاء قانون العقوبات البغدادي محرماً للإضراب فقد نصت المادة ١٠٩ على معاقبة الموظف بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين أو بالغرامة أو بهما معاً إذا ارتكب ما يخالف واجبات وظيفته أو امتنع عن أداء عمل من أعمالها بقصد الأضرار بمصلحة أحد الأفراد أو محاباة شخص على حساب آخر أو على حساب المصلحة العامة ، كما نص القانون المذكور على معاقبة الموظف الذي يمتنع قصداً عن أداء واجب من واجبات وظيفته إذا نجم عن الامتناع ضرر بحياة أحد الأفراد أو صحته أو أحدث هياجاً بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو الغرامة^(١) ولم تكتفي الحكومة بما نص عليه القانون من تجريم الإضراب بالنسبة للموظفين ولا بالعقوبات المقررة بل لجأت إزاء الإضرابات التي حدثت في شركة نفط البصرة عام ١٩٥٣ إلى إعلان الأحكام العرفية^(٢) وقد أستمّر المشرع على النهج ذاته بشأن الإضراب في قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ إذ قضى بتجريم الإضراب ومعاقبة الموظف المضرب بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين وبغرامة لا تزيد على مائتي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين^(٣) ولم يشترط المشرع العراقي لتحقق جريمة الإضراب أن تقع من أكثر من موظف بل اكتفى بوقوع الفعل من موظف واحد وهو في ذلك تبنى موقفاً مغايراً للمشرع المصري الذي يشترط لتحقيق الإضراب أن يقع من ثلاث موظفين على الأقل ومع ذلك فقد عد المشرع العراقي وقوع الفعل من ثلاث أشخاص أو أكثر ظرفاً مشدداً للعقوبة ، إذا كانوا متفقين على الإضراب أو مبتغين منه تحقيق عمل مشترك ، ولم يكتفي المشرع بتجريم الإضراب الذي يرتكب علناً بل عاقب على الامتناع عن العمل حتى لو وقع في صورة الاستقالة^(٤) . يزداد على ذلك فقد عاقبت المادة ٣٦٥ كل من يعتدي أو يشرع في الاعتداء على حق الموظفين أو المكلفين بخدمة عامة في العمل باستعمال القوة أو العنف أو الإرهاب أو التهديد أو أية وسيلة أخرى غير مشروعة^(٥) .

(١) المادة ١١٠ من قانون العقوبات البغدادي .

(٢) د. عبد الرزاق مطلق الفهد ، إضرابات عمال النفط في شركة نفط البصرة ، مجلة القادسية للعلوم التربوية ، العدد الثالث ، المجلد الأول ، أيلول - ت١ - ٢٠٠١ ، ص ١٠٥ .

(٣) المادة ٣٦٤ من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .

(٤) حمدي سليمان سحيمان ، مصدر سابق ، ص ١٤٧-١٤٨ .

(٥) د. علي محمد بدير وآخرون ، مصدر سابق ، ص ٢٥٨ .

يتضح مما تقدم أن المشرع العراقي سواء في ظل قانون العقوبات البغدادي أو في قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ قد حظر الإضراب على الموظفين حظراً شاملاً لا يحتمل أي استثناء ولا يخفى ما يترتب على ذلك من نتائج تخدم المصلحة العامة وتضمن حسن سير المرافق العامة إلا أن الحظر المطلق ينطوي في جانب منه على مصادرة لحق الموظف في التعبير عن رأيه بوساطة الإضراب ولا ينسجم مع المبادئ الديمقراطية التي تتجه الدول إلى إرساء دعائمها فيما تضعه من تشريعات وما تعقده من اتفاقيات فقد عدت الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي أقرتها الأمم المتحدة الإضراب حقاً للموظف وألزمت الدول الأطراف بكفالاته لذلك نرى ضرورة أن يقوم المشرع بإعادة النظر في موقفه من الإضراب بما يسمح للموظفين بممارسته كضمان لهم في مواجهة الإدارة بأن يصدر قانون ينص فيه على تنظيم الإضراب وحظره في حالات معينة وبشروط محددة وأن يسمح للموظفين بممارسة حريتهم في التعبير عن رأيهم بالعمل الذي يؤدونه وبمستواهم المعاشي ومصالحهم المهنية بطريقة قانونية لا تنطوي على اضرار بنشاط المرفق أو تعطيل حركته وذلك بوضع القيود التي تضمن عدم اساءة استعماله لتحقيق أغراض لا تمت بصلة للمصالح المهنية وبذلك تضمن التوفيق بما يضمن سير المرافق العامة بانتظام واطراد وبين صيانة حقوق الموظفين في التعبير عن رأيهم لا سيما بعد صدور قانون لإدارة الدولة للمرحلة الانتقالية الذي تضمن النص على حق المواطن في التظاهر والإضراب سلمياً^(١). وبذلك يكون أي قانون من شأنه أن يؤدي إلى المنع المطلق لممارسة هذا الحق قانوناً غير دستوري ولا يلتزم القاضي بتطبيقه ويتوجب على المشرع تعديل النص المجرم للإضراب الوارد في قانون العقوبات

(١) ينظر المادة ١٣ / هـ من قانون إدارة الدولة في المرحلة الإنتقالية .

المطلب الثاني : الخضوع للنظام التأديبي

إن اتساع نشاط الدولة وازدياد مهامها أضفى بدوره أهمية على الدور الذي يمارسه الموظف فهو يعكس الصورة الحقيقية للدولة ومن خلاله يقاس مدى صلاح هذه الدولة وتقدمها و لضمان كفاءة الموظف في إداء الواجبات المنوطة به تتجه غالبية النظم الوظيفية إلى منحة الحوافز المادية والمعنوية من خلال العلاوة والترفيغ وما إلى ذلك ومقابل ذلك لا بد من إيجاد وسيلة تكفل احترام الموظف لواجباته وعدم الخروج على مقتضيات وظيفته ويتحقق ذلك من خلال منح الإدارة سلطة تأديب الموظف الذي يخل بواجبات وظيفته . وقد لعب القضاء الإداري دورا بارزا في تدعيم سلطة الإدارة في التأديب حتى عند عدم النص عليها في التشريع . ويعد حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Winckle) عام ١٩٠٨ بمثابة شهادة الميلاد لسلطة التقدير الممنوحة للإدارة في ميدان التأديب ولأهمية الموضوع سوف نتناوله في فرعين الأول المبادئ العامة في التأديب والثاني الرقابة القضائية على القرارات التأديبية .

الفرع الأول : المبادئ العامة في التأديب

سوف نقسم هذا الفرع إلى قسمين هما :

أولا : نطاق مبدأ الشرعية في النظام التأديبي ، ثانيا : الأساس القانوني للسلطة التأديبية وأنظمة التأديب
أولا : نطاق مبدأ الشرعية في النظام التأديبي وسوف نتولى دراسته في الجريمة التأديبية ثم في العقوبة .

١- الجريمة التأديبية ومبدأ الشرعية :

يعني مبدأ الشرعية في مفهومه العام ، حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص القانون ، أي أن المشرع وحده هو الذي يملك سلط اعتبار فعل ما جريمة أم لا أي أن سلطة تأثيم الأفعال الصادرة من الأفراد وتحديد العقوبات المناسبة لكل فعل جرمي تعود إلى المشرع وحده ، وإذا كان هذا المبدأ يجد له تطبيقا كاملا في قانون العقوبات فإنه يأخذ منحى مختلف في المجال التأديبي ذلك أن المشرع لم يضع تعريفا محددا للجريمة التأديبية ولم ينص على المخالفات التأديبية على سبيل الحصر كما فعل المشرع الجنائي وذلك لأن هدف النظام التأديبي هو ضمان سير المرفق العام وبالتالي فإن أي فعل يرتكبه الموظف ويكون من شأنه أن يؤثر سلبا على سير المرفق العام يعد جريمة تأديبية تستطيع الجهة الإدارية مؤاخذه مرتكبها وفرض الجزاء عليه لذلك اقتصررت قوانين الخدمة المدنية على بيان واجبات الموظفين وكذلك أوردت بعض الأعمال المحضورة التي يجب عليه تجنبها وقد جاء هذا التعداد على سبيل المثال لا الحصر مما يتعين معه ضرورة تمتع الإدارة بسلطة تقديرية في إضفاء صفة الجريمة التأديبية على الفعل الصادر من الموظف إذا كان لا يتفق مع واجبات الوظيفة ^(١) .

وقد حاول الفقه تعريف الجريمة التأديبية وتباينت التعريفات في هذا الصدد فقد عرفها البعض بأنها ((كل فعل أو امتناع يرتكبه الموظف ويجافي واجبات منصبه ^(٢))) وعرفها آخرون بأنها ((كل تصرف يصدر من العامل أثناء إداء وظيفته أو خارجها ويؤثر فيها بصورة قد تحول من دون قيام المرفق بنشاطه على الوجه الأكمل ، وذلك متى ارتكب هذا التصرف عن إرادة أئمة)) ^(٣) .

أما القضاء الإداري فقد أورد من جانبه تعريفات متعددة للجريمة التأديبية فقد جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا ((جرى قضاء هذه المحكمة على أن أي خروج على مقتضيات الوظيفة أو ما تفرضه على شاغلها من واجبات يعد ذنبا إداريا)) ^(٤) .

- (١) محمود صالح ، الموسوعة الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٧٩٩
- (٢) غازي فيصل ، أحكام قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ ، مطبعة العزة ، بغداد ، ٢٠٠١ ، ص ٩
- (٣) د. عبد الفتاح حسن ، التأديب في الوظيفة العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ٧٩
- (٤) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٧٢٩ بتاريخ ١٩/١/١٩٩١ ، الموسوعة الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٨٠٠ .

وفي حكم آخر ، ((ان المخالفة التأديبية ليست فقط إخلال العامل بواجبات وظيفته إيجاباً أو سلباً وما تقتضيه هذه الواجبات من احترام الرؤساء وطاعتهم بل كذلك تنهض المخالفة التأديبية كلما سلك العامل سلوكاً معيناً ينطوي على إخلال بكرامة الوظيفة أو لا يستقيم مع ما تفرضه عليه من تعفف وبعد عن مواطن الريب))^(١) .

ومن هذا يتبين ان مبدأ لا جريمة إلا بنص السائد في القانون الجنائي لم يؤخذ به على إطلاقه في النظام التأديبي لأن ذلك يتعارض مع هدف المشرع من التأديب الذي يتطلب منح الإدارة سلطات تمكنها من أداء مهامها على الوجه المطلوب فالأخذ بهذا المبدأ وتحديد الجرائم على سبيل الحصر من شأنه أن يشل فعالية الإدارة وبالتالي عدم قدرتها على منع الموظف من ارتكاب أفعال لا تتفق ومقتضيات سير المرفق العام بالنظر لأن واجبات الموظف تتسم بمرونة يتعذر معها إمكانية التحديد الدقيق كما أن هناك واجبات تفرضها على الموظف تقاليد العمل والتي قد تختلف من مؤسسة إلى أخرى وبالتالي يتعذر إيجاد صياغة محددة لهذه الواجبات لكي يتم ربطها بعقوبات معينة .

ومع ذلك فإن السلطة الممنوحة للإدارة ليست مطلقة بل يجب أن تستند إلى قاعدة قانونية أو عرفية ، كما أن عدم الالتزام بمبدأ لا جريمة إلا بنص يعد حافزاً للقضاء الإداري في فرض رقابة صارمة على تجاوزات السلطات التأديبية^(٢) .

٢. العقوبات التأديبية ومبدأ الشرعية :

يخضع الجزاء التأديبي بخلاف الجريمة التأديبية لمبدأ الشرعية أي عدم جواز فرض عقوبة لم ينص عليها القانون أي أن السلطة المختصة بالتأديب تكون ملزمة بتوقيع العقوبة الواردة في القانون^(٣) . إلا أن مبدأ شرعية العقوبة في القانون التأديبي يختلف عن المبدأ السائد في القانون الجنائي ذلك أن هذا المبدأ في قانون العقوبات ينطوي على شقين الأول أن القانون هو مصدر العقوبة أي أن تكون العقوبة منصوصاً عليها قانوناً^(٤) . وبذلك لا يجوز فرض عقوبة لم ينص عليها

- (١) د. عبد الغني بسيوني ، مصدر سابق ، ص ٣٣٤ .
- (٢) علي خليل إبراهيم ، جريمة الموظف العام الخاضعة للتأديب في القانون العراقي ، دار واسط ، لندن ، ص ٢٨ .
- (٣) د. مليكة الصروخ ، سلطة التأديب في الوظيفة العامة بين الإدارة والقضاء ، ١٩٨٤ ، ص ٧٣ .
- (٤) حددت المادة الثامنة من قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ العقوبات على سبيل الحصر من الأخف إلى الأشد جسامة ((لفت النظر ، الإنذار ، قطع الراتب ، التوبيخ ، إنقاص الراتب ، تنزيل الدرجة ، الفصل ، العزل))

الشق الثاني ، أن تكون هناك عقوبة محددة لكل جريمة ، أما في القانون التأديبي فإنه بسبب عدم تنبيه لمبدأ لا جريمة إلا بنص وعدم تحديد الجرائم التأديبية على سبيل الحصر وبالتالي تمتع الإدارة باختصاص تقديري في تحديد الأفعال التي تعد جرائم مما يتعذر معه على المشرع أن يربط بين الجرائم والعقوبات ولا يستطيع تحديد عقوبة لكل جريمة فإن نطاق مبدأ الشرعية يقتصر على الشق الأول الذي يقتضي بأن تجد العقوبة مصدرها في القانون أي أن المشرع يحدد العقوبات التأديبية على سبيل الحصر ويبقى للإدارة سلطة تقدير العقوبات التي تراها مناسبة للجريمة وفقا لتقديرها ويرى البعض أن مبدأ الشرعية في هذه الصورة قد يؤدي إلى تحكم الإدارة ويدفعها للانحراف في السلطة إلا أن ما يخفف هذا النقد ما يمارسه القضاء الإداري من رقابة على سلطة الإدارة في تقدير العقوبة بان لا يكون مشوبا بالغلو^(١) .

ويترتب على تحديد العقوبات التأديبية على سبيل الحصر حظر القياس أي أنه لا يجوز للسلطة التأديبية القياس على هذه العقوبات لأن القياس محظور في القانونين الجنائي والتأديبي لأنه يؤدي إلى خلق عقوبات لم ينص عليها القانون مما يتعارض مع مبدأ الشرعية ، ومن أهم المبادئ التي تترتب على مبدأ الشرعية مبدأ وحدة الجزاء الذي يعني عدم جواز الجمع بين الجزاءات تجاه المخالفة الواحدة^(٢) ، وبهذا المعنى قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية ((لا يجوز معاقبة الموظف على الذنب الواحد مرتين بجزائين أصليين لم ينص القانون صراحة على الجمع بينهما ، أو بجزائين لم يقصد اعتبار أحدهما تبعا للآخر ... ، وأيا كانت طبيعة الجزاء التأديبي الذي وقع أولا فإنه يجب ما عداه مادام وقع بالفعل طبقا للأوضاع القانونية الصحيحة^(٣) كما عدت استمرار الموظف في إهمال واجبات وظيفته بعد توقيع جزاء عليه^(٤) جريمة جديدة تبيح توقيع الجزاء التأديبي عليه كـ _____ إن معاقبة الموظف بعقوبة تأديبية معينة لا يمنع من معاقبته بعقوبة جنائية لاستقلال الجريمة التأديبية عن الجريمة الجنائية ولا يتعارض مع مبدأ تعدد الجزاء معاقبة الموظف بعقوبة تبعية إلى جانب العقوبة الأصلية^(٥) . كما أن هذا المبدأ لا يمنع من أن السلطة التأديبية تقرر مطالبة الموظف برد المبالغ التي استولى عليها نتيجة المخالفة أو تسبب في خسارتها كما لا يعد ازدواجا في العقوبة أن تقرر السلطة التأديبية اتخاذ اجراء معين بحق الموظف المخطئ كأبعاد الموظف عن عمل معين^(٦) .

(١) د . علي خليل إبراهيم ، مصدر سابق ، ص ٤١-٤٢

(٢) د . عبد القادر الشخيلي ، مشكلة ازدواج الجزاء التأديبي ، مجلة العدالة ، العدد ٤ ، ص ٥ ، بغداد ، ص ١٠٩٣

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا ، الموسوعة الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٨٧٩ .

(٤) حمدي عبد المنعم ، مصدر سابق ، ص ٣٧٧ - ٣٧٨

(٥) د . عبد الفتاح حسن ، التأديب ، مصدر سابق ، ص ٢٧٦ .

(٦) د . محمود مجدي أبو النعاس ، حول تأديب الموظف العام ، مجلة الإدارة العامة ، السعودية ، العدد ١٩ ، ص ١٩٧٦ ، ١٦ .

ويذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن اختلاف الأوصاف يبرر تعدد العقاب عن ذات الأفعال عند وجود تشريعات تسبغ على الواقعة أوصافا تخضعها نظم مختلفة^(١).

كما لا يعد ازدواجا في العقوبة معاقبة الموظف بقرار من السلطة التأديبية المختصة إذا كان القضاء قد ألغى عقوبة عن نفس الفعل لعيب في الاختصاص أو في الشكل^(٢) ولا يعد تعددا في العقوبات تشديد العقوبة من قبل الرئيس الإداري إذا كانت الإدارة قد سبق لها أن فرضت عقوبة أخف على الموظف عن نفس الفعل لأن ذلك يعد اعمالا لمبدأ تدرج السلطة الذي يمنح الرئيس الإداري ممارسة الرقابة على أعمال مرءوسيه ومن صور هذه الرقابة حقه في تعديل القرارات الصادرة عنهم أو سحبها أو إلغائها ما لم ينص القانون على كونها قرارات نهائية^(٣) وقد أصبح هذا المبدأ من المبادئ المستقرة في فقه القانون العام وقد تواترت على الأخذ به أحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر وجرى عليه قضاء مجلس الانضباط العام^(٤).

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Vanbrieking) عام ١٩٦٥ ، الموسوعة الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٨٨٥ .

(٢) نفس المصدر ، ص ٨٨٥ ، هامش ١٧ .

(٣) د . غازي فيصل ، شرح أحكام قانون انضباط ، مصدر سابق ، ص ٦١ .

(٤) قرار مجلس الانضباط العام المرقم ٥٠١ / ٩٧ ، مجلة كلية النهرين للحقوق ، العدد العاشر ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٠٥ .

ثانيا : الأساس القانوني للسلطة التأديبية وأنظمة التأديب

١- الأساس القانوني لسلطة تأديب الموظف :

من خلال استعراض الاتجاهات المختلفة في التأديب وملاحظة الأنظمة السائدة في مختلف الدول نلاحظ تمتع الإدارة بقدر من السلطات في تأديب موظفيها وان تفاوتت هذه السلطات في مداها من نظام إلى آخر ، ففي بعض هذه النظم تتمتع بسلطات تقديرية واسعة تخولها تأثيم الأفعال التي ترى فيها إخلالا بواجبات الوظيفة مما يجعلها تمارس دورا أشبه بدور المشرع وفي نظم أخرى تكون سلطاتها أقل وفي كل الأحوال فإن سلطات التأديب تمارس دورا خطيرا لا بد له من أساس قانوني يستند إليه ، وقد تعددت الآراء التي قيلت بهذا الخصوص وتباينت باتجاهين مختلفين ومحور الخلاف يرتبط بالتكييف القانوني لعلاقة الموظف بالدولة .

أ- النظريات العقدية :

وبموجب هذه النظريات تستمد الدولة سلطتها في التأديب من فكرة العقد الاجتماعي فإذا خالف الموظف واجبات وظيفته يكون قد خرج على التزاماته التي يقرها العقد مما يمنحها الحق في تأديبه^(١) ، وقد اختلف الفقه والقضاء في طبيعة هذا العقد إذ يرى البعض أن الدولة تستمد سلطتها في التأديب من العقد المدني وبموجبه فإن العلاقة بين الموظف والدولة تقوم على عقد وكالة إذا كان العمل المنوط به عملا قانونيا وعقد إجارة أشخاص إذا كان العمل المنوط به عملا ماديا ويحدد العقد حقوق والتزامات الطرفين فإذا خالف الموظف واجبات وظيفته فإن ذلك يشكل إخلالا بالتزام عقدي يسمح للطرف الآخر (الدولة) بممارسة حق التأديب^(٢) .

وبموجب نظرية عقد القانون العام ينبع الأساس القانوني لحق الدولة في العقاب من عقد يدخل في نطاق القانون العام ويذهب أنصار النظرية إلى أن طبيعة العقد تتأثر بطبيعة المصالح التي يهدف إلى تحقيقها وأن السلطة التأديبية تهدف إلى حماية المصالح العامة للدولة ، فالدولة هي التي تحدد حقوق والتزامات الطرفين مستهدفة تحقيق الصالح العام ولضمان سير المرافق العامة بانتظام فإذا أخل الموظف بهذه الالتزامات فإن ذلك يشكل خرقا لعقد القانون العام يستحق من أجله العقاب التأديبي .

ويرى جانب آخر أن الأساس القانوني لسلطة الدولة في تأديب الموظف العام ينشأ عن عقد المرفق العام إذ تتمتع الدولة بموجب هذا العقد بحق الرقابة والإشراف على الموظف الذي يخضع لسلطة

(١) خيرى العمري ، تأديب الموظفين في القانون العراقي والعربي المقارن ، مجلة العدالة ، العدد الأول ، ١٩٧٥ ، ص ٨ .

(٢) د. غازي فيصل ، مصدر سابق ، ص ٣٠ .



المرفق وتشرف على أداء الموظف بواجباته الوظيفية وأي إخلال من جانبه بهذه الواجبات يعرضه للعقوبات التأديبية^(١).

ب - النظريات التنظيمية :

بموجب هذه النظريات تستمد الدولة سلطتها في التأديب من طبيعة المركز العام للموظف بوصفه مركزا تنظيميا وهناك عدة نظريات بشأن أساس السلطة التأديبية هي :

١. نظرية سلطة الدولة :

بموجب هذه النظرية فإن العلاقة بين الموظف والدولة علاقة سلطة والدولة تمارس سلطة التأديب بصفتها التشخيص القانوني للشعب وهي تمارس لحساب الشعب بموجب نظام الوظيفة العامة^(٢). وبذلك تتشابه العقوبات التأديبية والجنائية إذ يرى بعض الفقهاء أن العقاب التأديبي هو عقاب جنائي وأن سلطة العقاب التأديبي تنبع عن سيادة الدولة^(٣) وإن كان العقاب التأديبي يفرض القرارات الإدارية وليست أحكام قضائية. غير أن هذه النظرية منتقدة ، إذ أن سلطة التأديب غير مقتصرة على الدولة بل أن هذه السلطة توجد حتى في نطاق الشركات والجمعيات ويمارسها أرباب العمل في المشروعات الخاصة مما يعني وجود اختلاف بين كل من السلطتين التأديبية والجنائية ، كما أن العقوبة التأديبية مستقلة عن العقوبة الجنائية إذ يرى بعض الفقهاء أن فكرة العقوبة وإن كانت موجودة في القانونين إلا أن فلسفة العقوبة مختلفة ، فقانون العقوبات يرمي إلى معاقبة أفعال محددة على سبيل الحصر على عكس الجريمة التأديبية التي تخضع لترخيص السلطة التأديبية ، والعقوبة هنا تستهدف شخص المخطئ وماله في حين تقتصر العقوبة التأديبية على مزايا الوظيفة ، والعقوبة الجنائية تستهدف زجر المتهم ، بينما تستهدف العقوبة التأديبية ضمان سير المرافق العامة^(٤).

(١) د. عبد القادر الشخلي ، النظام القانوني للجزاء التأديبي ، دار الفكر للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٨٣ ، ص ٥٢-٥٣ .

(٢) د. غازي فيصل ، أحكام قانون انضباط ، مصدر سابق ، ص ٣١

(٣) د. عبد القادر الشخلي ، القانون التأديبي وعلاقته بالقانونين الإداري والجنائي ، دار الفرقان للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٨٣ ، ص ١٢٩ .

د. علي جمعة محارب ، التأديب الإداري في الوظيفة العامة ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٦ ، ص ٤٣ .

(٤) د. خيرى العمري ، مصدر سابق ، ص ٨ ، وبالمعنى نفسه ، د. محمد علي جواد ، مبادئ القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ١٠١ .

٢- نظرية المؤسسة :

تستند هذه النظرية في تبرير سلطة التأديب إلى فكرة المؤسسة التي تنشأ عن وجود تجمع دائم من مجموعة من الأفراد لتحقيق الصالح العام ، فتنشأ شخصية معنوية متميزة عن الأفراد الذين انشأوها هي المؤسسة وتنطوي فكرة المؤسسة على عناصر هي ^(١) ..

١. وجود فكرة مشتركة يهدف إلى تحقيقها مجموعة من الأفراد .

٢. وجود مبادئ تحكم تصرفاتها لتحقيق غرض معين .

٣. وجود تنظيم دائم بين الأعضاء للحفاظ على بقاء المؤسسة .

٤. وجود سلطة منظمة لخدمة الفكرة .

وسلطات الأعضاء تدرج داخل المؤسسة ويملك أحدهم سلطة في الحكم ويقوم بإصدار التعليمات ويفرض تطبيق المبادئ التي تحكم التصرفات تحت ضغط الجزاءات التي يملك حق توقيعها تجاه من يخل بسير العمل يستخدمها بإسم المؤسسة وهكذا فإن العلاقة بين الرئيس والمرووسين ليست تعاقدية و إنما وفقا لمبدأ السلطة الذي يقتضي خضوع كل عضو لسلطة رئاسية عليا من أجل صالح الجماعة ويؤخذ على هذه النظرية أنها تخلط بين الجزاء التأديبي والجزاء الجنائي إذ تاخذ بمذلول واسع للجزاء يخضع له المخاطبون سواء كانوا موظفين أو أفراد عاديين . كما أن النظرية قد تصلح لتبرير السلطة التأديبية في المؤسسات الخاصة إلا إنها لا تصلح لتبرير السلطة التأديبية في نطاق الوظيفة العامة لاختلاف الأحكام القانونية المنظمة لتأديب الموظف العام عن تلك التي تحكم تأديب العاملين في المؤسسات المهنية ^(٢)

٣- نظرية السلطة الرئاسية :

بموجب هذه النظرية فإن الجزاء التأديبي الذي يوقع على الموظف العام يستند على السلطة الرئاسية للرئيس الإداري ، وهذه السلطة مستمدة من المركز التنظيمي للموظف الذي يفرض عليه احترام القوانين والأنظمة المتعلقة بتنظيم العمل في المرفق العام وكذلك يتطلبه مبدأ التدرج الرئاسي أو الهرمي

(١) خيرى العمري ، مصدر سابق ، ص ٨ .

(٢) د. عبد القادر الشخيلي ، النظام القانوني ، مصدر سابق ، ص ٦٥-٦٦ .

في الوظائف الذي يقتضي خضوع المرؤوس لسلطة الرئيس في ما يصدره من تعليمات وبخلافه يكون مخلا بواجبات الوظيفة مستحقا للجزاء التأديبي ، كما أن إناطة مسؤولية تسيير المرفق العام بالرئيس الإداري تقتضي تمتعه بالسلطة التي تمكنه من تحقيق هذا الهدف إذ أن المسؤولية موازية للسلطة^(١) والأخذ بهذه النظرية يدعم فاعلية الإدارة في ضمان سير المرفق العام بوصف الرئيس الإداري هو الأقرب للمرؤوس والأكثر إحاطة بشؤون المرفق ومعرفة التقاليد السائدة فيه لذا فإن إناطة سلطة التأديب بالرئيس الإداري تسهل عليه أداء واجبه في ضمان حسن سير المرفق العام الذي يعد الهدف الأساسي من التأديب وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها ((والهدف الذي يستهدفه القانون من التأديب ... هو بوجه عام تأمين انتظام سير المرافق العامة))^(٢) . كما أن منح الاختصاص للرئيس الإداري من شأنه أن يحقق مبدأ الفورية في اتخاذ الأجراء وبذلك يربط الموظف المعاقب بين العقوبة والمخالفة^(٣) وبالتالي يشعر بضرورة تركها ، وينتقد بعض الفقهاء نظرية السلطة الرئاسية بزعم عدم تطابقها مع السلطة التأديبية في بعض الجزاءات التي توقع من قبل القضاء كما في مصر أو تقيد سلطتها بضرورة استشارة لجنة معينة عند فرض جزاءات شديدة^(٤) كما في النظام الفرنسي إذ يجب على الإدارة استشارة اللجنة الإدارية المشتركة قبل فرض جزاءات شديدة على الموظف ، غير أن السلطة الرئاسية لا تنقيد برأي اللجنة لأنه رأي استشاري غير ملزم كما أن السلطة الرئاسية أوسع نطاقا من السلطة التأديبية في مجال التنظيم الداخلي غير أن ما يضعف هذه الانتقادات هو التلازم الوثيق بين السلطة الرئاسية والسلطة التأديبية وإينما وجدت السلطة الرئاسية توجد سلطة تأديبية وما يرجح هذه النظرية تبنيها من قبل جانب كبير من الفقه الإداري واتباعها من قبل مجلس الدولة الفرنسي كأساس للسلطة التأديبية وان جميع أنظمة التأديب تمنح الرئيس الإداري سلطة فرض جزاءات على الموظف^(٥) واعتراف القضاء بهذا الاختصاص للسلطة الرئاسية حتى في الدول التي تأخذ بالنظام القضائي في التأديب تمنح الرئيس الإداري ومما يؤيد رأينا —————ا ورد

(١) د. إبراهيم طه الفياض ، السلطة الإدارية الرئاسية ، مقوماتها واختصاصاتها ، مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهدين ، العدد ١١ ، ٢٠٠٤ ، ص ٥ ، د. محمد السيد الدماصي ، مصدر سابق ، ص ٥٢

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن ١٢٧٧ ، د. ممدوح طنطاوي ، الدعوى التأديبية المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ٦٩١ .

(٣) د. زياد رمضان ، الأبعاد التطبيقية للإجراءات التأديبية ، بحث منشور في مجلة الإدارة العامة ، المملكة العربية السعودية ، العدد الأول ، ١٩٨٠ ، ص ١٢١ .

(٤) د. مغاوري محمد شاهين ، المسألة التأديبية ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص ٩٩

(٥) د. عبد القادر الشخيلي ، النظام القانوني ، مصدر سابق ، ص ٦٨-٦٩

في فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري في مجلس الدولة المصري إذ ذهبت في فتواها الصادرة بتاريخ ١٩٥٩/٢/٧ إلى أن ولاية التأديب معقودة أصلا للسلطة الرئاسية للموظف بمقتضى حقها في الإشراف على عمله أشرفا يبيح لها الإحاطة بعمله وتقديره في ضوء ملابساته وظروفه الخاصة ٠٠٠ ومن ثم يكون مناط هذه الولاية هو حق الإشراف على أعمال الموظف ، فحيثما يكون الإشراف تكون السلطة التأديبية ٠٠٠))^(١) .

وقد تبني المشرع العراقي نظرية السلطة الرئاسية ، ويؤيد ذلك ما ورد في الأسباب الموجبة لقانون انضباط موظفي الدولة رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ ((لغرض تبسيط الإجراءات الانضباطية وسرعة الحسم ولمنح الوزراء ورؤساء الدوائر الصلاحيات اللازمة لفرض العقوبات المقررة لضمان تسيير أجهزة الدولة ٠٠٠)) والسلطات التي منحها القانون حق فرض العقوبات على الموظفين هي :

١. الرئاسة ومجلس الوزراء : أجازت لها المادة (١٤) من القانون فرض أي من العقوبات المنصوص عليها فيه ، وتكون تلك العقوبات باتة غير قابلة للطعن.

٢. الوزير المختص ورئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة يجوز لهما فرض أي من العقوبات المنصوص عليها مع ملاحظة أن الوزير يستطيع فرض عقوبات لفت النظر ، الإنذار ، قطع الراتب فقط على من يشغل وظيفة مدير عام فما فوق ، أما إذا ظهر من خلال التحقيق أنه ارتكب فعلا يستوجب عقوبة أشد من العقوبات المذكورة فعليه أن يعرض الأمر على مجلس الوزراء متضمنا الاقتراح بفرض إحدى العقوبات المنصوص عليها في القانون ويكون قرار مجلس الوزراء في هذا الشأن باتا .

٣. رئيس الدائرة والموظف المخول من الوزير حسبما نصت المادة (١١/ ثانيا) من القانون على ذلك إذ يجوز لهم فرض عقوبات لفت النظر والإنذار ، وقطع الراتب لمدة لا تتجاوز خمسة أيام والتوبيخ

(١) حمدي عبد المنعم ، مصدر سابق ، ص ٤١٣

آ - النظام الإداري

بموجب هذا النظام يباط اختصاص التأديب إلى الإدارة وهذا النظام هو الذي كان متبعاً عبر التاريخ ويشكل مظهراً من مظاهر السلطة الرئاسية بحكم كون الرئيس الإداري مسؤول عن سير العمل في المرفق العام كما أن تمتع الرئيس الإداري بسلطة التأديب من شأنه أن يعزز الولاء الوظيفي لدى الموظف تجاه الإدارة ويفرض عليه الالتزام بواجب الطاعة للرئيس الإداري الذي يقع في مقدمة الواجبات الملقاة على عاتق الموظف نتيجة للتدرج الهرمي للوظائف الذي تقتضيه طبيعة العمل في المرفق العامة لما له من أهمية في نجاح عملية التنظيم^(١) الذي من مقتضياته خضوع المرؤوس إلى سلطة الرئيس والتي تتضمن سلطته على شخص المرؤوس وعلى أعمال المرؤوس^(٢).

وتنفرد الإدارة بموجب هذا النظام بتوقيع العقوبات التأديبية مهما كانت شدتها إلا أن هذا النظام تعرض لنقد من جانب الفقه إذ يرى البعض أن ترك أمر تقرير قيام الجريمة من عدمه للسلطة التأديبية قد يؤدي إلى تعسف الرؤساء بالمرؤوسين لاعتبارات شخصية مما يؤدي إلى انعدام الثقة بينهم مما يتعارض مع حسن إدارة المرفق العام. كما أنه قد يؤدي إلى تردد الرؤساء الإداريين في ممارسة سلطات التأديب خوفاً من نقضها من قبل الرئيس الأعلى كما أن الاعتراف للسلطات التأديبية بسلطة تجريم التصرفات الصادرة من الموظف والتي ترى فيها خروجاً على مقتضيات الوظيفة يعني التسليم لها بسلطة شبه تشريعية في تجريم أفعال لم يرد بحظرها نص^(٣). وقد تبني المشرع العراقي هذا النظام بموجب قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ وأحاطه ببعض القيود التي تحول من دون تعسف الإدارة في استخدام سلطاتها والتي تشكل ضمانات للموظف في مواجهة سلطات الإدارة فقد ألزم الإدارة بتسبيب قراراتها التأديبية الجسيمة وأوجب عليها تشكيل لجان لتقديم المشورة للإدارة عند فرض العقوبات الجسيمة كما أخضع قرار العقوبة لرقابة مجلس الانضباط العام وكل هذه الضمانات من شأنها تلافي الانتقادات التي توجه للنظام الإداري.

(١) د. غازي فيصل، مصدر سابق، ص ١٥.

(٢) د. شاب توما منصور، السلطة الإدارية المختصة باتخاذ القرار الإداري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، بغداد، المجلد الثاني، العدد الأول، ١٩٨٧، ص ١٣.

(٣) علي خليل إبراهيم، مصدر سابق، ص ٣٩.

ب - النظام شبه القضائي :

يمثل هذا النظام صورة من صور التدرج الرئاسي ذلك أن السلطة الرئاسية تحتفظ بسلطة توقيع الجزاء إلا أنها تلتزم بموجب هذا النظام قبل فرض الجزاء باستشارة هيئات معينة ^(١) .

وقد يكون رأي هذه الهيئات ملزماً أو غير ملزم وبجانب هذه الهيئات قد يناط فرض الجزاءات بمجالس التأديب التي تتسم بطابع إداري ، أو بمحاكم إدارية ، ومن الدول التي أخذت بهذا النظام في مجال التأديب ، فرنسا ^(٢) .

ويهدف هذا النظام إلى إيجاد نوع من التوازن بين اعتبارات الفاعلية التي ترجح كفة الإدارة وبين اعتبارات الضمان التي تحيط الموظف ببعض الضمانات لغرض الحد من تعسف السلطة الإدارية تجاه الموظفين من خلال تحديد نطاق السلطة التقديرية للإدارة وإلزامها في حالة فرض جزاءات شديدة باستشارة هيئات خاصة فضلاً عن تقييد السلطة الإدارية بمبدأ شرعية العقوبات ^(٣) .

لقد أخذ قانون انضباط موظفي الدولة رقم ٦٩ لسنة ١٩٣٦ بهذا الأسلوب من خلال تشكيل مجالس الانضباط المتمتعة بصلاحيات قضائية في فرض العقوبات .

ج . النظام القضائي :

وبموجب هذا النظام تقترب الدعوى التأديبية من الدعوى الجنائية فيما يتطلبه الفصل التام بين السلطة الرئاسية التي تختص بتحريك الدعوى وبين هيئات قضائية تختص بتقدير الجزاء الملائم على الخطأ المهني المنسوب إلى الموظف ^(٤) .

ويرى أنصار هذا النظام أن إناطة سلطة التأديب إلى جهة رئاسية من شأنه أن يؤدي إلى تعسف الإدارة في استعمالها وإهدار الضمانات التي يتمتع بها الموظف لذلك يميل هذا النظام إلى إحاطة الموظف بضمانات مماثلة لتلك السائدة في النظام الجنائي مثل قرينة البراءة ، حق الدفاع ، والطعن في الحكم ^(٥) .

(١) د. مغاوري محمد شاهين ، المسألة التأديبية ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص ٩٥ .

(٢) د. غازي فيصل ، مصدر سابق ، ص ٢٩ .

(٣) د. فهمي عزت ، سلطة التأديب بين الإدارة والقضاء ، عالم الكتب ، القاهرة ، ص ١٣٧ .

(٤) د. مغاوري محمد شاهين ، مصدر سابق ، ص ٦٥ .

(٥) ممدوح طنطاوي ، مصدر سابق ، ص ٢٢٣ .

ومن الدول التي أخذت بهذا النظام السويد ومصر ، ففي مصر تكون سلطة التأديب مناطة بالمحاكم التأديبية وأحكام هذه المحاكم خاضعة للطعن فيها أمام المحكمة الإدارية العليا ، أما السلطة الرئاسية فليس لها أن تفرض عقوبات تأديبية على الموظف بل يتعين إحالته إلى المحاكم باستثناء العقوبات البسيطة مثل عقوبتي الإنذار واللوم ^(١) .

وينادي أنصار هذا النظام بضرورة تحديد المخالفات التأديبية على سبيل الحصر وتحديد العقوبات الملائمة لها اعمالاً لمبدأ الشرعية الذي يعد الضمانة الأساسية للموظف تجاه تعسف الإدارة فهو يحيط الموظف علماً بالأفعال التي تشكل جرائم تأديبية لكي يتجنب ارتكابها كما من شأنه تبصيره بجسامة العقوبة المقررة لكل مخالفة وينتقد البعض هذا النظام ويرى أن اعتبارات الفاعلية تقتضي عدم حصر الجرائم التأديبية كي تتمكن الجهات المختصة بالتأديب من استخدام سلطتها من دون تعقيب ألا من الرئيس الأعلى ^(٢) .

(١) ممدوح طنطاوي ، مصدر سابق ، ص ١٣٦

(٢) د. مليكة الصروخ ، مصدر سابق ، ص ٩٢ .

الفرع الثاني : الرقابة القضائية على القرارات التأديبية

تعد العقوبة التأديبية سلاحاً فعالاً بيد الإدارة تستطيع استخدامه في مواجهة الموظف المخالف لحمله على الالتزام بواجبه الوظيفي وبالنظر لخطورة هذا الجزاء إذا أسيء استخدامه من قبل الإدارة فقد أحاط القانون الموظف بضمانات متعددة في مواجهة الإدارة^(١) . وتعد رقابة القضاء الإداري من أهم ضمانات الموظف العام في مواجهة سلطات التأديب من خلال ممارسة حقه في الطعن بالعقوبة التأديبية وهذا ما كفلته معظم الدساتير^(٢) . بوصفه من مستلزمات مبدأ سيادة القانون الذي يقتضي كفالة تطبيق القانون من قبل سلطة مستقلة تؤكد سيادته وتضمن تحقيق المشروعية وتوقيع الجزاء المناسب على عدمها بوصفها الضمان الفعال لسيادة القانون^(٣) . فالقضاء هو الجهة الوحيدة التي تملك تقرير المشروعية أو عدمها ويحقق التوازن بين المصلحة العامة المتمثلة بحسن سير المرفق العام وبين حقوق الموظف التي يتمتع بها في مواجهة سلطات التأديب كحق الدفاع ويضمن إلزام الإدارة باتباع الإجراءات التي ينص عليها القانون كما يحول من دون تعسفها .

وتختلف الدول في تنظيمها لهذه الرقابة وفي مدى الرقابة ، ففيما يتعلق بالجهة المختصة بالرقابة في فرنسا يوجد في الأقاليم محاكم إدارية تختص بنظر الطعون التي يقيمها الموظف على قرارات السلطة الرئاسية إذا تضمنت جزاءات مجحفة بحقه ويكون لهذه المحاكم سلطة إلغاء القرارات أو الحكم بمشروعيتها ، أما مجلس الدولة فقد أصبح بعد صدور مرسوم ٣ أيلول ١٩٥٣ جهة استئنافية للنظر في القرارات التأديبية فيختص من دون غيره بنظر الطعون التي يقيمها الموظفون المعنيون بمرسوم جمهوري إلغاء وتعويضاً . وكذلك يختص بنظر الطعون بالأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية في الأقاليم^(٤) وفي مصر يكون الطعن بالقرارات التأديبية الصادرة من السلطة الرئاسية أمام المحاكم التأديبية^(٥) ، أما الأحكام الصادرة من المحاكم التأديبية فيكون الطعن بها أمام المحاكم الإدارية العليا وكذلك تختص المحكمة الإدارية العليا بالنظر في الطعون المقامة ضد قرارات مجلس التأديب .

(١) علاء الدين محمد ، مواقع الترقية في مجال الوظيفة العامة ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص ٨

(٢) ينص الدستور المصري على أنه ((يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء .

(٣) د. أحمد فتحي سرور ، مصدر سابق ، ص ٥٨٦ .

(٤) د . عبد القادر الشخيلي ، النظام القانوني ، مصدر سابق ، ٨٦-٨٧ .

(٥) ينظر الفقرة ٣ من المادة ١٥ ن قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ .

أما في العراق فينات اختصاص الرقابة بمجلس الانضباط العام وذلك بموجب قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ إذ أجاز القانون المذكور للموظف المعاقب بعقوبات (التوبيخ ، إنقاص الراتب ، تنزيل الدرجة ، الفصل ، العزل) أن يطعن بقرار فرض العقوبة أمام المجلس إلا أن ما يؤخذ على هذا القانون كثرة القيود التي أوردتها على حق الموظف في الطعن بقرار العقوبة إذ جعل الكثير من العقوبات لا يجوز الطعن بها ، الأمر الذي يشكل خروجاً على مبدأ استقلال القضاء وانتهاكاً لحق التقاضي الذي ورد النص عليه في الدستور ، ومن هذه القيود :

١. القيد الذي أوردته الفقرة رابعا من المادة (١١) إذ جعلت عقوبات لفت النظر والإنذار وقطع الراتب عقوبات بأنه لا يجوز الطعن بها.

٢. القيد الوارد في الفقرة ثانيا من المادة (١٢) الذي جعل عقوبات التوبيخ وإنقاص الراتب وتنزيل الدرجة والفصل والعزل التي يفرضها مجلس الوزراء على موظف يشغل درجة مدير عام باثة .

٣. القيد الوارد في المادة (١٤) من القانون التي جعلت العقوبات المفروضة من قبل الرئاسة أو مجلس الوزراء باثة .

ونرى عدم وجود أي مبرر لهذه القيود ونقترح توسيع سلطة المجلس في الرقابة لتشمل جميع العقوبات التي تفرض على الموظف لأهمية هذه الرقابة في ترسيخ الطمأنينة لدى الموظف لتحفيزه على أداء واجباته الوظيفية على أتم وجه وضمن استخدام الإدارة سلطاتها التأديبية لتحقيق الهدف المرجو منها قانوناً وهو ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد وعدم تعسفها في استعمال سلطاتها ، كما نرى ضرورة جعل قرارات مجلس الانضباط العام خاضعة للطعن فيها أمام الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة أسوة بقراراته المتعلقة بحقوق الخدمة وما يمثله ذلك من زيادة درجات التقاضي التي تعد ضمانات جوهرية لحقوق وحرية الأفراد وخطوة هامة لتدعيم مبدأ المشروعية وسيادة القانون .

أولاً : رقابة القضاء الإداري على مشروعية القرارات التأديبية :

بما أن قرار فرض العقوبة التأديبية هو قرار إداري لذا فإنه يقوم على أركان أساسية يمثل كل ركن منها عنصراً من عناصر المشروعية وإن تعيب أي ركن من هذه الأركان يجعل القرار الإداري غير مشروع حقيقاً بالإلغاء وبناءً على دعوى الإلغاء يجب على القاضي التحقق من سلامة القرار التأديبي من الناحيتين الشكلية والموضوعية ، فمن الناحية الشكلية يتأكد القاضي من صدور القرار من الجهة المختصة قانوناً بإصداره وأنه استوفى الشكل الصحيح وطبقاً للإجراءات المطلوبة ومن الناحية الموضوعية يتأكد من كون موضوع القرار متطابقاً ومتفقاً مع القاعدة القانونية ^(١) لذلك سنقسم دراستنا على جزأين ، الأول / رقابة القضاء على المشروعية الخارجية وتتضمن رقابته على ركني الاختصاص والشكل ثم نتناول في الجزء الثاني / رقابة القضاء على المشروعية الداخلية (الموضوعية) وتتضمن السبب والمحل والغاية .

١. رقابة القضاء على المشروعية الخارجية (الشكلية)

أ. عيب الاختصاص : يعرف بأنه عدم القدرة قانوناً على اتخاذ قرار معين وذلك لضرورة صدوره من عضو أو هيئة أخرى ^(٢) . والقاعدة أن المشرع هو الذي يحدد الجهة المختصة بتوقيع العقوبة التأديبية وفي حالة صدور قرار بتوقيع عقوبة تأديبية بالمخالفة لقواعد الاختصاص التي وضعها المشرع فإنه يكون مشوباً بعيب الاختصاص والذي يكون على صورتين ، الصورة الأولى يكون فيها عيب الاختصاص جسيماً وتسمى اغتصاب السلطة ، أما الصورة الثانية فيكون عيب الاختصاص أقل جساماً وتسمى عيب الاختصاص البسيط ^(٣) . وفي الصورة الأولى يترتب على عيب الاختصاص انعدام القرار ، أما في الصورة الثانية فيترتب على عيب الاختصاص عدم مشروعية القرار ويكون قابلاً للإلغاء ، وفي كلتا الصورتين ينطوي القرار على مساس بضمانه من ضمانات الموظف الأمر الذي يعطي حق الطعن في القرار أمام القضاء الإداري ففي حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر عدت اعتداء مجلس التأديب على اختصاص جماعة كبار العلماء في محاكمة أحد علماء الأزهر من دواعي انعدام القرار مما جعله مجرد فعل مادي عديم الأثر قانوناً ^(٤) كما قررت أنه ((لا يجوز لمن كانت له سلطة تأديبية أن يفوض غيره في مزاولتها إلا بنص صريح) ^(٥) .

- (١) د. محمد كامل ليلة ، مصدر سابق ، ص ٤٩٦
- (٢) أستاذنا د. محمد علي جواد ، القضاء الإداري ، محاضرات مطبوعة تدرس لطلبة المرحلة الثالثة كلية القانون ، جامعة بابل ، ص ٩٧ .
- (٣) د. د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، قضاء الإلغاء ، ١٩٩٥ ، ص ٣٦٦
- (٤) حكم المحكمة الإدارية في ١٤/١/١٩٥٦ أشار إليه د. ماجد راغب ، القضاء الإداري مصدر سابق ، ص ٣٧٥ .
- (٥) د. ممدوح طنطاوي ، مصدر سابق ، ص ٧٠١

أما في العراق فإن مجلس الانضباط العام يمارس رقابته على مشروعية القرارات الانضباطية ومن قراراته فيما يتعلق بعيب الاختصاص القرار رقم ٣٦ / ٩٥ الذي قضى فيه ((وحيث أن أمين بغداد لم يكن من هيئة الوزراء فانه لا يملك هذه الصلاحية كما لا يملك تخويلها ويكون الأمر الإداري الصادر بفصل الموظف قد وقع بناءً على توهم الموظف الإداري أنه يملك هذه السلطة ^(١) .

ب . عيب الشكل يعرف بأنه مخالفة الإدارة للقواعد الشكلية والإجرائية الواجبة الاتباع في إصدار القرارات الإدارية ^(٢) ويوفر استيفاء الشكل ضماناً على درجة من الأهمية سواء للموظف أو للإدارة فهو يضمن عدم تسرع الإدارة في إصدار قرارات معيبة ويضمن تقيداً بمبدأ المشروعية ويتمتع بأهمية في إثبات صدور القرار ومن ثم البدء في سريان مدة التظلم الذي يعد في بعض الأحيان شرطاً لممارسة الموظف لحق الطعن لقرار العقوبة كما يسهل رقابة القضاء لمشروعية القرار .

ويعود الفضل للقضاء الإداري في ابتداع الكثير من القواعد الشكلية المهمة ومثال القواعد القضائية قاعدة حق الدفاع التي تلزم الإدارة قبل اتخاذ أي إجراء تأديبي بتبليغ صاحب الشأن والسماح له بالدفاع عن نفسه ^(٣) التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي .

ومن الأشكال المطلوبة في قرارات العقوبات التأديبية :

- ١- التسبب : هو ذكر الاعتبارات القانونية والواقعية التي قادت الإدارة إلى إصدار القرار ، والقاعدة إن الإدارة غير ملزمة بذكر أسباب القرار إلا إذا اشترط القانون ذلك ، فعندما يشترط القانون تسبب بعض القرارات الإدارية يصبح هذا الإجراء شرطاً شكلياً فيه ويترتب على مخالفته بطلان القرار ^(٤) وتنص معظم التشريعات على إلزام الإدارة بتسبب قراراتها كضمانة للموظف في ميدان التأديب فقد ألزم المشرع الفرنسي الإدارة بتسبب قراراتها الفردية الماسة بحقوق الأفراد ^(٥)

١- د ماهر صالح علاوي حول بعض اجتهادات مجلس الانضباط العام في ظل قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ٩١ ، مجلة العدالة ، العدد الأول ، ٢٠٠٠ ، ص ٥١

٢- د ماجد راغب ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٣٨٧

٣- حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٦٢/٥/٤ ، نقلاً عن د ماجد راغب ، القضاء الإداري مصدر سابق ، ص ٣٨٨

٤- ليث حسن علي ، النظام القانوني للشكل والإجراءات ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٣ ، ص ٢٠٣

٥- martine , droit administratif , dalloz, S.c.D. L y on , ١٩٩٩ , p . ٢٠٨

وبالمعنى نفسه د موسى شحادة ، أهمية القواعد الشكلية والإجرائية في إعداد القرارات الإدارية الفردية ،

مجلة أبحاث اليرموك ، المجلد السابع عشر ، العدد الثالث ، ايلول ، ٢٠٠١ ، ص ٤٥١

ومنها قرارات التأديب وقد تضمن قانون التسبب الصادر في ١٩٧٩/٧/١١ ضرورة ان يكون التسبب مكتوبا وكافيا ، ويمارس القضاء الإداري رقابته على التسبب ففي مصر يذهب القضاء المصري إلى سحب ضمانات التسبب المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية لتشمل جميع القرارات الماسة بالحرية حتى إذا لم ينص المشرع على وجوب التسبب ^(١) وبهذا الصدد تقول المحكمة الإدارية العليا (فلئن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبب قرارها الا إذا اوجب القانون ذلك ، وعندئذ يتعين عليها تسبب قرارها والا كان معيبا بعبء شكلي) ^(٢) أما في العراق فقد ألزم المشرع الإدارة بتسبب عقوبيتي الفصل والعزل وكذلك أكد القضاء العراقي على التسبب ففي قرار لمجلس الانضباط العام بتاريخ ١٩٩٧/١٠/١٩ يقول المجلس (وإذا ان قرار العزل الذي جاء بهذا الشكل قد كان معيبا لعدم مراعاته الشكلية القانونية في اصداره وافتقاره إلى التسبب المنصوص عليه في البند ثامنا من المادة الثامنة قرر المجلس الغاءه ^(٣) الاجراءات السابقة لاصدار القرارات تنص القوانين على ضرورة اتباع اجراءات معينة قبل اصدار قرار فرض العقوبة مثل اجراء تحقيق مع الموظف وتفسح المجال له للدفاع عن نفسه ويمنح القضاء الإداري هذا الحق حتى عند عدم النص عليه تطبيقا للمبادئ العامة في القانون ^(٤) وقد وجدنا في بداية تناولنا لعبء الشكل ان قاعدة حق الدفاع قد كانت من صنع مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الذي سبقت الاشارة اليه ، وقد سائر القضاء الإداري المصري نظيره الفرنسي في هذا الشأن من حيث ضرورة احترام حق الدفاع ^(٥) وقد أتبع مجلس الانضباط العام النهج ذاته في قرارته إذ جاء في أحد قراراته (ولما كان القرار المطعون فيه معيبا من حيث الشكل وينطوي على التعسف لاغفاله ضمانات الموظف في الدفاع عن نفسه ونفي التقصير عنه لذا تقرر الغاؤه)

١- عبد المحسن السالم ، العقوبات المقننة بين المشروعية وتعسف الإدارة ، مطبعة الشعب ، بغداد ، ١٩٨٦ ، ص ٨٥

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا ، مجموعة احمد سمير ابو شادي ، المحكمة ، مصدر سابق ، ص ١٧٥٠

٣- نصت البند ٨ من المادة ٨ من قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ على انه (العزل يكون بتنحية الموظف عن الوظيفة نهائيا ولايجوز اعادة توظيفه في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي وذلك بقرار مسبب من الوزير ٠٠)

٤- د حسني درويش نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء ، دار المعارف القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ٦٤٩

٥- ممدوح طنطاوي ، مصدر سابق ، ص ٢٢٣

وفضلاً عن مراعاة حق الدفاع فإن الإدارة قد تكون ملزمة بأخذ رأي جهة معينة قبل فرض بعض العقوبات قد تكون هذه الجهة هيئة أو لجنة معينة أو مجلس تأديبي وهذا الرأي سواء كان استشارياً أو ملزماً يترتب على مخالفته بطلان القرار ^(١) ومثال ذلك أن سلطة تأديب الموظفين تمارس من قبل الرئيس الإداري وهو يملك توقيع عقوبتي الإنذار واللوم من دون استشارة جهة معينة ، أما الجزاءات الأشد فيتعين عليه قبل فرضها استشارة اللجنة الإدارية المشتركة ^(٢) ويكون رأي اللجنة غير ملزم ولكن اتخاذ قرار بفرض عقوبة تأديبية من دون استشارتها يجعل القرار غير مشروع أما في العراق فيجب على الوزير ورئيس الدائرة تشكيل لجنة تحقيق للتحقيق مع الموظف ويجب عليه استشارتها إذا أراد فرض عقوبة أشد من العقوبات الواردة في الفقرات ١ ، ٢ ، ٣ ، من المادة الثامنة ويترتب على مخالفة هذا الالتزام عدم مشروعية العقوبة لعيب الشكل وهذا ما أكدته مجلس الانضباط العام في قراراته ففي قرار له بتاريخ ٢٠٠٣/٦/١٣ قرر إلغاء عقوبة العزل لأن تشكيل اللجنة من رئيس وأربعة أعضاء خلافاً للمادة ١/١٠ من قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ التي تنص على تشكيلها من رئيس وعضوين ^(٣)

رقابة القضاء على المشروعية الداخلية (الموضوعية) وتشمل :

أ – عيب المحل : يعد هذا العيب أهم أوجه الإلغاء وأكثرها وقوعاً لتعلقه بمضمون القرار فمحل القرار التأديبي هو العقوبة التأديبية ويسمى العيب الذي يصيب المحل عيب مخالفة القانون ، ونكون إزاء عيب مخالفة القانون عندما تصدر الإدارة قراراً يخالف بشكل مباشر نصاً في قانون نافذ كأن تفرض على الموظف عقوبة تأديبية استناداً إلى تشريع ملغي فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا (٠٠٠ ولما كانت المادة ٦١ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ قد تضمنت في شأن العاملين المدنيين بالدولة أحكاماً خاصة بالجزاءات التي يجوز توقيعها عليهم تتعارض مع أحكام المادة ٣١ من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ فإن هذه المادة تعد منسوخة في الحدود التي يتحقق فيها التعارض بين حكمها وحكم المادة ٦١ ومن ثم لا يسوغ الاستناد إليها للقول بجواز توقيع جزاءات خفض المرتب وخفض الدرجة ^(٤)

١- د موسى شحادة ، مصدر سابق ، ص ٤٥١

٢- د عبدالقادر الشخيلي ، النظام القانوني ، مصدر سابق ، ص ٨٤

٣- قرار مجلس الانضباط العام المرقم ١٠ / جزائية / ٢٠٠٢ في ٢٠٠٣/٦/١٣ ، غير منشور .

٤- د سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٨٧٠ - ٨٧١

وقد تخطيء الإدارة في نطاق القاعدة القانونية فتطبقها على حالات غير مشمولة بها كان يحدد المشرع عقوبات معينة نتيجة ارتكاب الموظف لجرائم تأديبية فتضيف الإدارة عقوبة غير منصوص عليها إلى هذه العقوبات ^(١).

وبهذا الصدد فضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ١٩٩٧/٤/٢٩ بالغاء حكم بخمسة أشهرين من المرتب لعدم ورودها بين العقوبات التي يجوز توقيعها على شاغلي وظيفة مدير إدارة قانونية ^(٢). ولما كانت قرارات فرض العقوبة التأديبية من القرارات الداخلة في نطاق السلطة التقديرية للإدارة فإن لها سلطة تقدير مناسبة العقوبة لفعل الموظف وأن تقدر مدى شدتها أو تناسبها مع الخطأ ^(٣) إلا أن سلطتها في التقدير تخضع لرقابة القضاء الإداري وهذا ما سوف نتناوله في رقابة التناسب.

ب - عيب السبب : يعرف السبب بأنه الوقائع أو الظروف المادية والقانونية التي توحى لرجل الإدارة أنه يستطيع ممارسة اختصاصه باتخاذ القرار ، أما عيب السبب فهو عدم مشروعية سبب القرار الإداري أما لعدم وجود الحالة القانونية أو الواقعية الباعثة على اتخاذه أو لعدم صحة التكييف القانوني للوقائع التي بني عليها القرار ^(٤) وقد اختلف الفقه والقضاء بشأن عيب السبب وما إذا كان يعد عيباً مستقلاً قائماً بذاته باعتباره أحد أوجه الألغاء كما اختلفوا في نطاق رقابة القضاء على عيب السبب ، أما الخلاف بشأن مدى اعتباره عيباً مستقلاً فلم يعد يحظى بأهمية فقد أصبح من الأمور المسلم بها في فقه القانون الإداري الحديث وقضائه أن السبب في القرار هو ركن قائم بذاته لا يقوم القرار مشروعاً إلا بمشروعيته وهذا ما ينسجم مع أحكام القضاء الإداري ، فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية (٠٠٠) أن القرار الإداري سواء كان لازماً تسببيه كأجراء شكلي أم لم يكن هذا التسبب لازماً يجب أن يقوم على سبب يبرره في الواقع والقانون كركن من أركان انعقاده بوصفه تصرفاً قانونياً ولا يقوم أي تصرف قانوني بغير سببه ^(٥).

(١) د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٨٧٤

(٢) أشار إلى هذا الحكم د. ممدوح طنطاوي ، مصدر سابق ، ص ٦٦٥-٦٦٦

(٣) أستاذنا د. محمد علي جواد ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٦٢

(٤) المصدر نفسه ، ص ١٠٩

(٥) د. مغاوري محمد شاهين ، مصدر سابق ، ص ٣٧٢

أما بشأن رقابة القضاء الإداري على عيب السبب في القضاء التأديبي فقد كان ضيقاً إذ لم يكن القضاء يمارس هذه الرقابة بشكل واضح إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أكد سلطته بشأن رقابة الوجود المادي للوقائع وتكييفها عندما أصدر حكمه الشهير في قضية (Camino) عام ١٩١٦ الذي ألغى بموجبه القرار الذي يقضي بعزل أحد العمد استناداً إلى وقائع غير صحيحة ولا تكون أخطاءً تكفي لعزله وقد جاء في هذا الحكم ((إذا كان مجلس الدولة لا يملك تقدير ملائمة التدابير المطعون فيها فله من جهة أن يتحقق من مادية الوقائع التي سببت هذه التدابير وله في حالة ثبوت الوقائع المذكورة أن يبحث ما إذا كان من شأنها قانوناً أن تصلح لتسبب تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في النص السابق ذكره))^(١) وبعد هذا الحكم أخذ القضاء الإداري في فرنسا ومصر يبسط رقابته على صحة الوجود المادي للوقائع ويرى أنه ليس للإدارة سلطة مطلقة في تقدير قيامها من عدمه ويلغي قرار فرض العقوبة إذا ثبت أنعدام الأسباب التي تذرعت بها الإدارة .

مثال ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بالغاء قرار أوقعت به الإدارة جزاءً على أحد الموظفين لما أسند إليه من ضياع كمية من الخشب في حين ثبت أنه لم يفقد منه شيئاً^(٢)

وكذلك في قرار لمجلس الانضباط العام برقم ٩٦/٤٣٧ في ١٩٩٦/٨/٢١ بين أنه لم ينهض دليل مادي على مصير الكمية الناقصة فلا مجال لفرض عقوبة انضباطية^(٣) .

كذلك يتمتع القضاء التأديبي بسلطة الرقابة على التكييف القانوني للوقائع التي أسند إليها القرار التأديبي وما إذا كانت النتيجة التي انتهى إليها القرار مستخلصة إستخلاصاً سائغاً من أصول تنتجها مادياً وقانونياً^(٤) . المقصود بالتكييف القانوني للوقائع ، ادراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية^(٥) . فلا يكفي لمشروعية القرار أن تكون الوقائع التي استندت إليها في تبرير فرض العقوبة على الموظف صحيحة ، بل يجب أن تتحقق فيها الشروط القانونية التي تجعلها مبررة للعقوبة بموجب القانون وبعبارة أخرى إذا ثبت أن الأفعال التي نسبت إلى الموظف من الناحية الواقعية مستمدة من أصول ثابتة في الأوراق وإن الموظف قد ارتكبها فعلاً فهل تتوافر في هذه الأفعال الشروط

-
- (١) مارسولون بروسبير في جي بريان ، مصدر سابق ، ص ١٦١ .
 (٢) د. سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٤ ، ص ٥٤ .
 (٣) د. ماهر صالح علاوي ، حول بعض اجتهادات مجلس الانضباط العام ، مصدر سابق ، ص ٥٨ .
 (٤) د. أحمد محمود جمعة ، منازعات القضاء التأديبي منشأة المعارف ، الأسكندرية ، ١٩٨٥ ، ص ١١٥ .
 (٥) عصام عبد الوهاب البرزنجي ، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية ، رسالة دكتوراه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧١ ، ص ٣٥٧ .

القانونية التي تجعل منها جريمة تأديبية في نظر القانون (١) .

أما قضاء مجلس الانضباط العام فقد جرى على بسط رقابته على وجود الوقائع وصحة تكييفها القانوني وهو يقضي بإلغاء القرار إذا بني على تكييف خاطيء من قبل الإدارة للواقعة المنسوبة للموظف وفي ذلك يقول المجلس في قرار له ((وجد أن ما توصلت إليه وزارة التعليم العالي في قضية المعارض في ضوء الوقائع المستخلصة من التحقيق قد بني على الخطأ في تكييف الوقائع (٢)

ج . عيب الغاية :

يقصد بعيب الغاية أن يستعمل رجل الإدارة سلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به (٣) .
القرار التأديبي يهدف إلى تحقيق الصالح العام من خلال ضمان سير المرافق العامة بانتظام وهذا ما أكدته أحكام القضاء الإداري ، ففي حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ ١٨/٨/١٩٩٣ جاء فيه (والهدف) الذي يستهدفه القانون من التأديب هو بوجه عام تأمين سير المرافق (العامة) (٤) .
ويلجأ القضاء الإداري إلى التمسك بعيب الانحراف بالسلطة في الحالات التي تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية لإلغاء القرارات التأديبية التي تقضي بعقوبات لا تتلاءم مع الخطأ التأديبي (٥) وتعد رقابة القضاء الإداري على عيب الانحراف رقابة مشروعية وهو يبحث مدى تقيد السلطة التأديبية باستهداف الصالح العام عند إصدار قراراتها إذ يكون القرار مشوبا بالانحراف عندما يمارس الرئيس الإداري سلطته لتحقيق غرض معين لا يتصل بالصالح العام وتطبيقا لذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار أحد المحافظين بفصل موظف لأنه صدر بدافع شخصي (٦)

(١) د. سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٥٥

(٢) قرار مجلس الأنضباط العام رقم ٤٧ في ٢٣/٢/١٩٩٧ نقلا عن الدكتور ماهر صالح علاوي حول بعض اجتهادات مصدر سابق ، ص ٦٦ .

(٣) د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٨٨٠

(٤) ممدوح طنطاوي ، مصدر سابق ، ص ٦٩١ ، حكم سبقت الإشارة إليه ، ص ٦٣٥

(٥) د. مصطفى أبو زيد فهمي ، ص ٦٣٥ .

(٦) حكم مجلس الدولة الفرنسي نقلا عن د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٨٩٣

ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر بهذا الصدد حكمها الذي قضت فيه بإلغاء قرار الوزارة بفصل أحد الموظفين من الخدمة مبررة حكمها بمجانبته للمصلحة العامة لصدوره بباعث حزبي^(١) وقد يكون القرار مستهدفا الصالح العام إلا أنه مع ذلك يعد مشوبا بعيب الإنحراف إذا خالف مبدأ تخصيص الأهداف فعندما ينص المشرع على هدف معين يجب على الإدارة أن تتقيد بتحقيق هذا الهدف في استعمالها لهذه السلطة وعما لا يتضمن النص الذي يمنح الاختصاص هدفا معينا فإن القضاء الإداري يستطيع تحديد الهدف منه^(٢) ومثال ذلك أن المشرع منح الإدارة سلطة تقديرية في مجال فصل الموظفين بشرط أن تستند في ذلك إلى سبب صحيح يحقق الصالح العام إلا أن القضاء الإداري حدد الغرض من الفصل وهو تأمين حسن سير المرافق العامة وأن يستند قرار الفصل إلى عدم صلاحية الموظف وقضى بأن الاعتقال واقعة غير مبررة لفصل الموظف لأنها لا تحقق الغرض من الفصل وهو حسن سير المرفق العام^(٣) وقرر إلغاء قرار الفصل لمخالفته لمبدأ تخصيص الأهداف ونتيجة للصلة الوثيقة التي تربط السبب بالغاية ، لذلك فإن توسع القضاء الإداري في رقابته لعيب السبب جعل من عيب الغاية عيبا احتياطيا وقلل من مجالات تطبيقه فبعض القرارات التي كانت تلغى لعيب الانحراف أصبحت الآن تلغى استنادا لعيب السبب^(٤)

(١) د. محسن خليل ، القضاء الإداري ، القسم الأول ، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري ، بلا سنة طبع ، ص ٥٠٣

(٢) د. محسن خليل ، المصدر نفسه ، ص ٥٠١ .

(٣) د. السيد محمد إبراهيم ، رقابة القضاء الإداري على الوقائع ، مصدر سابق ، ص ٣٤٢ .

(٤) د. مصطفى أبو زيد ، مصدر سابق ، ص ٦١٣ - ٦١٤

ثانياً :- رقابة التناسب

نظراً لعدم تقنين الجرائم التأديبية على سبيل الحصر فقد ترك للسلطة التأديبية حرية اختيار ما تراه متلائماً من العقوبات مع الخطأ الذي يرتكبه الموظف مع مراعاة ان تكون من بين العقوبات المنصوص عليها في القانون وعدم توقيع عقوبتين عن ذنب واحد ، وهي تتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية في اختيار العقوبة المناسبة ^(١) فهي تستطيع توقيع أي جزاء من الجزاءات مهما كان شديداً لقاء الخطأ التأديبي الذي يرتكبه الموظف حتى وإن كان هذا الخطأ بسيطاً وقد كان القضاء الإداري ولا سيما في فرنسا لا يبسط رقابته على مسألة التناسب بين الخطأ التأديبي والعقوبة التأديبية بوصفه داخلياً ضمن سلطة الملائمة غير أن القضاء ولغرض الحد من السلطة التقديرية للإدارة ولكي يحول دون تجاوز السلطة أو التعسف في استعمالها كان يشدد في رقابته للمشروعية إذا كانت العقوبة شديدة وقد بقيت السلطة التقديرية للإدارة في هذا المجال غير خاضعة لرقابة القضاء الإداري حتى فترة متأخرة ^(٢) .

فقد يكون أمام الإدارة أزاء واقعة محددة اتخاذ عدة جزاءات متفاوتة في شدتها ، أي أنها تتراوح بين حد أدنى وحد أقصى فمتى ثبتت الواقعة ، كان القرار مشروعاً مهما كانت درجة أهميتها وأن القانون قد راعى منح الإدارة عدة جزاءات تختار من بينها ما تراه متناسباً مع درجة أهمية الواقعة . وقد كان القضاء يعد عملية تقدير الإدارة لأهمية الوقائع ومدى تناسب الجزاء المتخذ لمواجهة من الأمور التي تترخص الإدارة بموازنتها دون تعقيب منه على صحة ذلك لأنه ليس له الحق في الرقابة على صحة تقدير الإدارة ومدى ملائمة القرار المتخذ للواقعة وأن فعل ذلك سيخرجه من مهمته المتمثلة بالقضاء إلى ممارسة وظيفة أخرى هي من صلب اختصاصات الإدارة ، ويؤيد بعض الفقهاء هذا الرأي القائل بأقتصار دور القضاء الإداري على مراقبة المشروعية إلا أنه قد يصل في بعض الحالات إلى مراقبة الملائمة عندما يرى أنها شرط لمشروعية القرار فيكيفها بأنها نوع من مراقبة المشروعية ^(٣) .

(١) الدكتور محمد عصفور ، نحو نظرية عامة في التأديب ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، ص

(٢) د . مصطفى أبو زيد فهمي ، مصدر سابق ، ص ٥٨٩ .

(٣) د . محسن خليل ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٤٩٣



إلا أن القضاء الإداري لم يبق أسيراً للسلطة التقديرية بل أخذ يبسط رقابته تدريجياً على سلطة التقدير حتى أصبح هذا النوع من الرقابة جزء مما يطلق عليه الفقه مصطلح الحد الأدنى من الرقابة^(١) وقد سبق القضاء الإداري المصري نظيره الفرنسي في حد رقابته على القرارات التأديبية عندما إبتدع نظرية الغلو عندما نظر في تقدير الإدارة للعقوبة ومدى تناسبها مع الخطأ التأديبي المنسوب للموظف وكان ذلك بمناسبة نظر المحكمة الإدارية العليا في الدعوى رقم ٥٣٦ سنة ٧ ق بجلسة ١٩٦١/١١/١١ إذ قضت بأنه ولئن كانت للسلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها كأي سلطة تقديرية أخرى أن لا يشوب استخدامها غلو ، ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرية بين خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره ٠٠٠^(٢) وقد أطردت المحكمة في أحكامها على هذا الاتجاه ففي حكم حديث لها ((ومن حيث أن ما نسب إلى الطاعن من اختلاسه مبلغ ٠٠٠ ثابت في حقه على وجه القطع واليقين يشكل إخلالاً بواجبات الوظيفة العامة وهو إخلال يفقده الصلاحية لتولي هذه الوظيفة والبقاء فيها ، ومن ثم فإن مجازاته بالفصل من الخدمة يكون مناسب متناسباً مع جسامة ما ارتكب من مخالفات مما لا يمكن معه القول بأن هذا الجزاء ينطوي على غلو أو عدم تناسب بينه وبين المخالفات الثابتة قبل الطاعن))^(٣) .

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد كان حتى عام ١٩٧٨ يرفض تقييم جسامة العقوبة التأديبية التي توجهها الإدارة للموظف والنظر في موازنتها مع الخطأ التأديبي المرتكب من قبل الموظف إلا إذا وجد نص يقضي بعدم توقيع العقوبة إلا بسبب خطأ جسيم ، وقد بدأ مجلس الدولة الفرنسي ببسط رقابته على تقدير الإدارة للوقائع وملائمته لقرار العقوبة عندما أصدر حكمه الشهير في قضية (Lebon) في ١٩٧٨/٦/٩ مبتدعاً بذلك نظرية جديدة من نظرياته هي نظرية الغلط البين في التقدير ، إذ بنى حكمه في القضية على أساس أن العقوبة لم يشبها غلط بين^(٤) وبعد ذلك استقر قضاؤه على مراقبة الغلط البين في التقدير في مجال العقوبات التأديبية

(١) د. ماهر صالح علاوي ، غلط الإدارة البين في تقدير الوقائع ، معياره ورقابة القضاء عليه ، بحث منشور في

مجلة العلوم القانونية ، العدد الأول والثاني ، المجلد التاسع ، ١٩٩٠ ، ص ١٩١

(٢) حمدي عبد المنعم مصدر سابق ، ص ٣٩٠

(٣) ممدوح طنطاوي ، مصدر سابق ، ص ٦٦٣ .

(٤) د. ماهر صالح علاوي ، الغلط البين ، مصدر سابق ، ص ١٩٦ .

. وفي العراق فإن للقضاء الحق في رقابة تقدير الإدارة لأهمية الوقائع كلما وجد أن التقدير الذي قدرته الإدارة لم يكن سائغا أو مقبولا بحيث كان عدم التناسب ظاهرا بين خطورة الوقائع والقرار المتخذ^(١) . وقد جرى مجلس الانضباط العام على بسط رقابته على مدى تناسب العقوبة المفروضة على الموظف مع الخطأ المرتكب .

وممارسة مجلس الانضباط العام لهذه الرقابة تأتي كضمانة للموظف العام تجاه السلطات الواسعة التي خولها المشرع في الإدارة والتي أستههدف فيها تغليب فاعلية الإدارة على اعتبارات الضمان ، إذ قضى مجلس الانضباط العام في قرار له ((من شروط العقوبة المفروضة على الموظف أن تكون ملائمة مع الغايات المستهدفة منها^(٢))

إلا أن القضاء الإداري لم يبق أسيرا للسلطة التقديرية بل أخذ يبسط رقابته تدريجيا على سلطة التقدير حتى أصبح هذا النوع من الرقابة جزء مما يطلق عليه الفقه مصطلح الحد الأدنى من الرقابة^(٤) وقد سبق القضاء الإداري المصري نظيره الفرنسي في حد رقابته على القرارات التأديبية عندما ابتدع نظرية الغلو عندما نظر في تقدير الإدارة للعقوبة ومدى تناسبها مع الخطأ التأديبي المنسوب للموظف وكان ذلك بمناسبة نظر المحكمة الإدارية العليا في الدعوى رقم ٥٣٦ سنة ٧ ق بجلسة ١٩٦١/١١/١١ وفي العراق فقد سبق مجلس الانضباط العام كل منالقضاء المصري والفرنسي في بسط رقابته على ملائمة العقوبة الانضباطية لفعل الموظف وتشمل رقابته الإلغاء والتعديل ، ومن قرارات مجلس الانضباط العام في هذا الصدد قراره المرقم ٩٥/ ٢١١ الذي جاء فيه ((ان العقوبة التي تتناسب مع عدم احترام المرؤوسين لرؤوسائهم يراعى فيها التدرج والردع واعطاء فرصة للموظف لتحسين سلوكه ولا يغالى فيها إلى الحد المذكور ، وعليه تقرر تعديل العقوبة بتخفيضها إلى عقوبة الإنذار)) . وفي قرار المجلس قرر تخفيض عقوبة التوبيخ إلى الإنذار نظرا للخدمة الطويلة للموظف والتي تبوأ خلالها مناصب متعددة منها منصب مدير عام^(٣)

-
- (١) خضر عكوبي يوسف ، موقف القضاء العراقي من الرقابة على القرار الإداري ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٦ ، ص ٢٨٤ .
- (٢) مجلة العدالة ، العدد الثالث ، السنة الخامسة ، ص ٩٠١
- (٣) قرار مجلس الانضباط العام المرقم ٧ الجزائية / ٢٠٠٢ في ٢٠٠٣/٦/١٣ ، غير منشور .

وفي قراره المرقم ٢٩٩٢ في ١٩٩٢/١٢/٩ جاء فيه ((و حيث ان المعترضة لم تتعمد إتلاف المواد وإنما كان تصرفها نتيجة عدم إرشادها بصورة علمية ودقيقة ، وان إضراباتها الشخصية لم تسجل فيها ما يسيء إلى عملها الوظيفي لذلك يرى المجلس أن عقوبة التوبيخ كانت شديدة بحقها وغير متوازنة مع ما أسند إليها ، لذلك قرر المجلس تخفيض العقوبة إلى قطع الراتب لمدة ستة أيام^(١) .

(١) قرار غير منشور ، رقم الإضرابة ٤٩٠٥ ، انضباطية ، ١٩٩٢

ضمانات دوام سير المرفق العام في ميدان العقود الإدارية

تعد العقود الإدارية من أهم وسائل الإدارة في ممارسة نشاطاتها المتعلقة بتسيير المرافق العامة إذ تعهد بموجبها إلى الأفراد تلبية متطلبات هذه المرافق لتخفيف الأعباء الملقاة على كاهلها وبالنظر لأهمية المصالح التي تبرم هذه العقود لتحقيقها فإنه لا بد من خضوعها لنظام استثنائي يضمن تنفيذها على الوجه الذي يؤمن استمرار المرافق العامة في تقديم خدماتها للجمهور من خلال منح الإدارة السلطات اللازمة التي تمكنها من تلافي ما قد يصدر من إخلال من جانب المتعاقد في تنفيذ العقد . . ومقابل تلك السلطات فإنه لا بد من النظر إلى المتعاقد بوصفه مساعدا للإدارة في أداء مهامها ومن ثم مد يد العون له بما يمكنه من أدائها على الوجه المطلوب . . .

وبناءً على ما تقدم سوف نحاول معالجة هذا الموضوع في مبحثين :

المبحث الأول : الضمانات التي ترجح فيها كفة الإدارة .

المبحث الثاني : الضمانات التي تراعى فيها مصلحة المتعاقد .

الضمانات التي ترجح فيها كفة الإدارة

الأصل الذي تقضي به القواعد العامة في العقود هو تساوي مراكز المتعاقدين دون تمييز بينهما تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ٠٠ إلا أن هذا الأصل إذا كان ينسجم مع طبيعة العقود المدنية التي ترمي إلى تحقيق المصالح الخاصة للأفراد فإنه يتعارض مع مقتضيات المصلحة العامة التي تمثل رائداً للجهة الإدارية في إبرامها للعقود الإدارية مما دعا إلى ابتداع قواعد خاصة بالعقد الإداري مستقلة عن قواعد العقد المدني ترجح فيها كفة الإدارة على المتعاقد معها بالقدر الذي يقتضي ضمان سير المرافق العامة التي تبرم هذه العقود لأجل تسييرها ... ولغرض الإحاطة بتفاصيل الموضوع فإن ذلك يقتضي تقسيمه على مطلبين ،

المطلب الأول : - مفهوم العقد الإداري وسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

الطلب الثاني :- سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها .

المطلب الأول :

مفهوم العقد الإداري وسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

إذا كان العقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزامات متقابلة بين طرفيه وهذا هو العنصر المشترك بين جميع العقود المدنية والإدارية فإن العقد الإداري ينفرد بقواعد خاصة غير متوفرة في العقد المدني بحكم ارتباط هذا العقد بالمرفق العام ولغرض ضمان تنفيذ العقد كما نص عليه لا بد من تمتع الإدارة بسلطة الرقابة على تنفيذه ، وبناءً على ما تقدم سوف نوجز دراستنا لهذا الموضوع في فرعين ، نخصص الفرع الأول لبيان مفهوم العقد الإداري ونتناول في الفرع الثاني سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه .

الفرع الأول :

مفهوم العقد الإداري : -

سوف نتناول هذا الموضوع في نقطتين :

أولاً : تعريف العقد الإداري وتمييزه عن العقد المدني .

ثانياً : عناصر العقد الإداري .

أولاً : تعريف العقد الإداري وتمييزه عن العقد المدني .

تصدى الفقه والقضاء الإداري إلى تعريف العقد الإداري في مناسبات عديدة جميعها تتفق على إعطاء معنى واحد للعقد الإداري يتجسد في (إن العقد الإداري عقديبيرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام متضمنا شروطا غير مألوفة في نطاق القانون الخاص) ، أو هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نيته باتباع أساليب القانون العام^(١)

أما الصفة الإدارية في العقد .. فهي إما أن تستفاد من نص القانون عندما يتولى القانون الإشارة إلى اختصاص المحاكم الإدارية بالنظر في المنازعات الناشئة عنها أو من قبل القضاء استنادا إلى المعايير التي أبتكرها القضاء وأيدها الفقه ٠٠ وهذه المعايير تتمثل بالمعيار العضوي الذي ينصرف إلى وصف العقد بأنه عقد إداري إذا كان أحد طرفيه جهة إدارية والمعيار الموضوعي الذي ينصرف إلى وصفه بأنه عقد إداري إذا كان في مضمونه وبطبيعته المستمدة من نصوصه عقدا إداريا بغض النظر عن شكل العقد^(٢) .

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على ذلك في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٥/١/٨ بالقول (من حيث إن العقد الإداري على ما أستقر عليه قضاء هذه المحكمة هو العقد الذي تكون الإدارة طرفا فيه ويتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة)^(٣) .

من هذا المعنى يتضح أن هناك عدة أسس ينبغي توفرها لكي يكون العقد إداريا أولاها أن يكون هنالك عقد بمعنى الكلمة ، يشترط فيه ما يشترط في العقود من أهلية ورضا ومحل وسبب فضلا عن ذلك إن الإدارة ينبغي أن تكون طرفا في العقد وأن يتصل العقد بمرفق عام^(٤) .

-
- (١) د. فؤاد العطار ، القانون الإداري، ط٣، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص١٧٧
 - (٢) د. شاب توما منصور ، القانون الإداري ، ج ١ ، ط ٣ ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٧٨ ، ص٤٠٢-٤٠٣ .
 - (٣) د. أحمد سلامة بدر ، العقود الإدارية وعقد B,O, T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٢١ ، وبالمعنى نفسه ، ينظر نجدت صبري ، عقود المقاولات الإنشائية ، طبيعتها القانونية ووسائل تسوية منازعات تنفيذها ، مجلة القضاء ، ع ١ ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص ٢٠٨ .
 - (٤) فكرة المرفق العام تؤخذ هنا بمعناها الواسع فتشمل كل نشاط ذي نفع عام تباشره الإدارة بنفسها أو تتولى تنظيمه والإشراف عليه ٠٠٠ ينظر ، د. فاروق أحمد خماس ، الوجيز ، مصدر سابق ، ص ٣١

وأخيراً أن تتجه نية الأطراف إلى الأخذ بأساليب القانون العام^(١) ، وبالتالي فالعقد الإداري يلتقي مع العقد المدني في تقابل الإرادات المنشئة للالتزامات لكنه يستقل بمبادئ وقواعد قانونية عامة ناتجة عن ارتباطه بفكرة المرفق العام . لهذا يظهر فرق جوهري في المبادئ العامة التي تحكم كل من العقدين فمن حيث التكوين والإبرام نجد بساطة تكوين وإبرام العقود المدنية يقابله نوع من التعقيد في تكوين وإبرام العقود الإدارية ويظهر ذلك في الإجراءات التي تسبق إبرام العقد الإداري والتي تأتي لاحقة له من تصديق واعتماد لإبرام العقد ٠٠ وفيما يتعلق بآثار العقد يبدو الفرق أكثر وضوحاً ، فالقاعدة التي تسود العقد المدني هي أن العقد شريعة المتعاقدين ٠٠ في حين ترجح كفة الإدارة في العقود الإدارية نظراً لتغليب الصالح العام على الصالح الخاص ٠٠ كما نلاحظ أن الشروط العامة في العقود الإدارية تكون محررة مسبقاً ومقدماً ولا يملك المتعاقد مناقشتها وبعضها تفرضها الإدارة المتعاقدة ٠٠ وأخيراً يظهر الفرق في خضوع العقود المدنية لقواعد القانون المدني بينما تخضع العقود الإدارية لقواعد القانون العام^(٢) .

ومن الجدير بالذكر هنا أن استقلالية العقد الإداري عن العقد المدني لم تتحقق إلا في بداية القرن العشرين لأن قواعد القانون الإداري في القرن التاسع عشر كانت متأثرة بفكرة السلطة العامة وبموجب ذلك كان النشاط الإداري يقوم على التمييز بين أعمال السلطة العامة وأعمال الإدارة العادية ٠٠ فالأخيرة لا تخضع لاختصاص القضاء الإداري ، ومن ثم لم يكن هنالك استقلال لنظرية العقد الإداري عن العقد المدني لأنها تعد من قبيل الأعمال العادية للإدارة ٠٠٠ لكن الفقه والقضاء الإداريين ومنذ مطلع القرن العشرين غادرا فكرة السلطة العامة وأحلا محلها فكرة المرفق العام متأثرين بالتطور الجديد الذي طرأ على دور الدولة بعد الحرب العالمية الثانية ٠٠٠ إذ لم يعد دور الدولة قاصراً على الوظائف التقليدية (الأمن ، الدفاع ، القضاء) وإنما تعداه إلى الوظائف الاقتصادية مما أدى بدوره إلى ظهور مرافق عامة تضطلع بهذا الدور الجديد

(١) د. محمود حلمي ، العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص ٦-٥ .

(٢) د. عصام البرزنجي وآخرون مبادئ وأحكام القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٤٧٢-٤٧٥

وأن تبرم الإدارة عقوداً جديدة ٠٠ تهدف فيها إلى تلبية متطلبات المرافق العامة مما أدى بدوره إلى ضرورة استقلال العقود الإدارية في أحكامها عن العقود المدنية لتعلقها بالمرفق العام^(١)

لهذا فإن فكرة المرفق العام كأساس لقواعد القانون الإداري أحدثت انعطافاً كبيراً في القانون الإداري ذلك إن المصلحة العامة التي يهدف إلى تحقيقها المرفق العام أدت إلى استقلالية قواعد القانون الإداري والعقد الإداري في العديد من الأحكام والقواعد وقد ظهر ارتباط فكرة العقد الإداري بفكرة المرفق العام لأول مرة في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Terrier) عام ١٩٠٣ عندما أشار إلى ((إن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة قومية كانت أم محلية سواء كانت وسيلة الإدارة في ذلك عملاً من أعمال السلطة العامة أو تصرفاً عادياً)) فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي من قبيل الأعمال الإدارية بطبيعتها ويجب إن يختص القضاء الإداري بالفصل في كل ما ينجم عنها من منازعات ((وأكد هذا المعنى مفوض الدولة (روميو) بمعرض تعليقه على هذا الحكم بالقول ((بأن اختصاص القضاء الإداري ينصرف إلى كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة سواء كانت وسيلة الإدارة في ذلك عملاً من أعمال السلطة العامة أم تصرف عادياً))^(٣)

(١) د . فاروق أحمد خماس ، الوجيز في النظرية العامة ، مصدر سابق ، ص ١٣- ١٥

(٢) مارسولون بروسبير في جي بريبان ، مصدر سابق ، ص ٧٢- ٧٥

(٣) مع ذلك يؤكد مفوض الحكومة روميو على استثناء الحالات التي يتصرف فيها الشخص المعنوي العام وفقاً لقواعد القانون الخاص ٠٠ إذ يخضع هذا الفرض لقواعد القانون الخاص واختصاص القضاء العادي ٠٠ ينظر بهذا الشأن مارسولون بروسبير في جي بريبان، مصدر سابق ، ص ٧٤

لا يكفي كون الإدارة طرفاً في العقد لوصفه بأنه عقد إداري وإنما فضلاً عن ذلك يجب أن يتعلق بنشاط مرفق عام من حيث إنشائه أو تنظيمه أو تسييره ^(١) ، وأن يحتوي على شروط استثنائية

١- صلة العقد الإداري بالمرفق العام

تتخذ صلة العقد بالمرفق العام صوراً مختلفة ، فقد تأخذ هذه الصلة صورة اشتراك المتعاقد مع الإدارة في إدارة المرفق العام وهو يحصل في عقد التزام المرفق العام إذ تعهد الإدارة إلى أحد أشخاص القانون الخاص بإدارة المرفق مع احتفاظها بالسيطرة على المرفق كما قد تبدو هذه الصلة في صورة اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام وضمان انتظامه واضطراده كما في عقود التوريد ^(٢) ، كما قد تتضح هذه الصلة من خلال موضوع العقد الذي يتمثل في تحقيق هدف المرفق العام إذ تتولى الإدارة تقديم خدمات معينة من خلال عقود تبرمها مباشرة مع المنتفعين وفي جميع هذه المظاهر ينبغي أن تكون صلة العقد بالمرفق العام وثيقة بأن تساهم في التنفيذ العيني للمرفق العام وقد جسد القضاء الإداري هذه المظاهر من خلال أحكامه ٠٠٠ وفي هذا الصدد يذهب مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Epoux Martin) عام ١٩٥٦ ((إن العقد الذي يكون موضوعه تقديم خدمات عامة Excution public Service Du meme في الوقت الذي يقدم فيه المتعاقد المؤونة اليومية للاجئين على الأرض الفرنسية ٠٠ هذا الظرف يكفي وحده لوصف العقد بأنه عقد إداري حتى دون البحث عما إذا كان يحتوي على نصوص غير مألوفة في عقود القانون الخاص) .

(١) د. محمود خلف الجبوري ، النظام القانوني للمناقصات العامة ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص ٢٣
(٢) ينظر بهذا الخصوص ، د. محسن خليل ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٤٣٥ ، إبراهيم طه الفياض ، العقود ، مصدر سابق ، ص ٥٢ ، سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ٧٣٤ .

، وهذا ما أكدته أيضاً القضاء المصري والعراقي ^(١) .
ففي حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر ذهبت المحكمة إلى أنه ((من حيث أن العقد الإداري على ما أستقر عليه قضاء هذه المحكمة هو العقد الذي تكون الإدارة طرفاً فيه ويتصل بنشاط

مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة^(٢) و في حكم لمحكمة تميز العراق ذهبت إلى انه ((ولأن عقد المقاوله يعد فضلاً عن ذلك من العقود الإدارية التي تستهدف تسيير مرفق عام فالضرر فيها يكون مفترضاً))^(٣) فإذا انقطعت هذه الصلة يفقد العقد صفته الإدارية ويصبح عقداً من عقود القانون الخاص^(٤) ، وأن كان أحد طرفيه شخصاً من أشخاص القانون العام وذلك لعدة اعتبارات أولها الصفة الإدارية في العقد لا تستمد من صفة المتعاقد بل وأيضاً من موضوع العقد متى اتصل بمرفق عام ذلك ان الهدف من وجود المرفق العام بمفهومه العضوي والموضوعي هو إشباع الحاجات العامة . . ذلك أن الإدارة عندما تتولى إنشاء المرفق وفقاً للمعيار العضوي أو تضطلع بالنشاط وفقاً للمعيار الموضوعي إذا ما تراءى لها أن حاجة معينة لا يمكن إشباعها من قبل الأفراد

-
- (١) د . ابراهيم طه الفياض ، العقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٥١ - ٥٢
- (٢) د . احمد سلامة بدر ، مصدر سابق ، ص ٢١ - ٢٣
- (٣) حكم محكمة التمييز المرقم ١١٢ في ١٩٦٧/٤/٢٧ ، منشور في مجلة القانون المقارن ، العدد الأول ، ص ١٨٣ - ١٩١ .
- (٤) وبناءً على ذلك لا تعد العقود المتعلقة بالدومين الخاص وعقود أيجار المباني الحكومية عقوداً إدارية . . ينظر بهذا الخصوص (د . فاروق احمد خماس ، الوجيز ، مصدر سابق ، ص ٣٢

٢ . الشروط الاستثنائية

على الرغم من أن صلة العقد بالمرفق العام ضرورية لإضفاء الصفة الإدارية على العقد فهي ليست كافية لاعتبار العقد إدارياً إذ يجب أن يردف ذلك اتباع أساليب القانون العام^(١) . لذلك

نرى القضاء الإداري يؤكد على تلك الشروط إلى جانب اتصال العقد بالمرافق العام وهذا ما أكدته القضاء في فرنسا ومصر والعراق ٠٠

فبالنسبة للقضاء الفرنسي فقد أكد هذا المعنى بصورة صريحة بمناسبة حكمه في قضية شركة الكرائيت عام ١٩١٢ عندما أشار إلى أن ((عقد التوريد الذي تبرمه الإدارة بالشروط والأوضاع التي تبرم فيها عقود الأفراد يعد عقداً مدنياً ولو كان يتعلق بمرافق عام)) ٠ وهو بهذا اعد وجود شروط استثنائية غير مألوفة معياراً للعقد الإداري إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يعط مدلولاً واضحاً للشروط غير المألوفة فهو تارةً يعد مجرد إدراج شرط يمنح الإدارة سلطة فسخ العقد من جانب واحد شرطاً غير مألوف بل أنه ذهب إلى أبعد من ذلك إذ عدّ مجرد الإحالة إلى كراسات الشروط أو إلى الشروط العامة أمراً كافياً لإثبات وجود الشروط الاستثنائية (٢) ٠

أما في مصر ٠٠ فذهبت محكمة القضاء الإداري عام ١٩٥٦ إلى ((إنما تتميز العقود الإدارية عن العقود الخاصة بطابع معين مناطه احتياجات المرافق العام الذي يستهدف العقد الإداري وتغليب وجهة المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة (٣) ٠

(١) د. محمود حلمي العقد الإداري / المصدر السابق / ص ٢٢

(٢) مارسولون بروسبير في جي برييان، مصدر سابق ، ص ١٤٢

(٣) د. محمود حلمي ، العقد الإداري ، المصدر السابق ، ص ٢٤

وفي قرار لمحكمة النقض جاء فيه ((يلزم لاعتبار العقد إدارياً ان تكون الدولة أو أحد الأشخاص العامة بوصفها سلطة عامة طرفاً فيه وأن يتصل العقد بنشاط مرافق عام لصالحاً يتحقق به معنى المشاركة في تسييره أو تنظيمه وأن يتسم إلى جانب ذلك بالطابع المميز للعقود

الإدارية التي تأخذ بأسلوب القانون العام فيما تتضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية ((^(١) .

أما بالنسبة للقضاء العراقي فتجدر بنا الإشارة إلى أن المشرع العراقي لم يشر في قانون مجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ إلى اختصاص المجلس بالنظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وبالتالي فهي مستبعدة لحد الآن وهذا ما يشكل مأخذاً على مسلك القضاء العراقي ذلك ان هذه المنازعات تدخل في اختصاص القضاء الإداري في جميع الدول التي لديها قضاء مزدوج^(٢) . وعلى الرغم من ذلك نجد ان القضاء العراقي قد اخذ بالكثير من نظريات القانون الإداري من خلال أحكامه المتعددة ، ومن مظاهر ذلك ما جاء في حكم محكمة التمييز في ١٩٦٦/١١/١٢ . بالقول ((لما كان هذا العقد قد أبرمته الإدارة مع المفاوض من أجل إنشاء مرفق عام متوسلة بذلك بأسلوب القانون العام وشروط غير مألوفة من إجراء مناقصة واشتراط تأمينات وغرامات تأخيرية فإنه يكون عقداً إدارياً))^(٣) . وكذلك في حكم آخر تقول ((تبين أن العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة هو عقد إداري لأنه يستهدف إدارة مرفق عام من مرافق الدولة

(١) ابراهيم سيد احمد ، مصدر سابق ، ص ٣٩٥

(٢) د. عصام البرزنجي ، مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي ، مجلة العلوم القانونية ، عدد ١،٢ ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٠ ص ١٥٤ ، وكذلك فاروق أحمد خماس ، محكمة القضاء الإداري في ضوء القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ ، نفس المجلة والعدد ، ص ٢٣٠ - ٢٣١

(٣) قرار رقم ٦٥٤/ح/١٩٦٥ ، مجلة القضاء ، ٥٢٤ ، س ٢١ ، ١٩٦٦ ، ص ٥٠

يحتوي على شروط غير مألوفة وتجري فيه الحكومة على أسلوب القانون العام وتخضع فيه لحكم القوانين والأنظمة^(١) .

وفي حكم لمحكمة عام ١٩٧٤ ((لما كان العقد المبرم بين الطرفين هو عقد إداري لتعلقه بمرفق عام وبما يستهدفه من تحقيق مصالح كبرى تعلق على المصالح الخاصة لهذا فإن



الضرر يعد واقعاً لتعلقه بمصلحة طائفة من أفراد الشعب هم المرضى من الناس ولا عبء لقول الشركة المميزة بأنه لم يحدث ضرراً لأن الضرر في هذه الحالة مفترض^(٢)

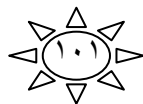
(١) قرار محكمة التمييز رقم ١٥٨ / ح / ١٩٦٦ ، منشور في مجلة ديوان التدوين القانون ، ٢٤ ،

س ٥ ، ١٩٦٦ ، ص ٢٠٨

(٢) د. فاروق احمد خماس ، الوجيز ، مصدر سابق ، ص ٣٣

الفرع الثاني

سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه



يقع ضمان حسن سير المرفق العام واستمراره في أداء خدماته للجمهور في مقدمة الواجبات الملقة على عاتق السلطات الإدارية وبخلاف ذلك فإنه لا تتحمل مسؤولية جراء إخلالها بهذا الالتزام ، ولتلافي إثارة تلك المسؤولية فإنه لا تمارس سلطات مختلفة ومتنوعة منها ما يعد بمثابة سلطات وقائية تمارسها قبل حدوث الإخلال وتستهدف من خلالها تجنب وقوعه ومنها ما يمثل سلطات علاجية تمارسها عند وقوع الإخلال وتستهدف من خلالها ردع الطرف المخل ومعاقبته ، وتعد سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه سلطة وقائية تمارسها في مرحلة تنفيذ العقد لتحول دون حدوث أي خطأ أو تقصير في تنفيذه وسوف نقسم هذا الموضوع على نقطتين :

أولاً - مفهوم سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه ونطاقها

ثانياً - الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه والقيود الواردة عليها

١- مفهوم سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

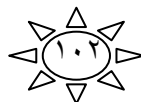
تتضمن سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه صورتين هما الرقابة والتوجيه بمعناها الضيق وبمقتضى هذه الصورة يقتصر دور الإدارة على التأكد من تنفيذ العقد طبقاً لشروطه ، وهذا النوع من الرقابة حق ثابت لكل المتعاقدين بموجب القواعد العامة في القانون المدني ، وتمارس الإدارة سلطة الرقابة في هذه الصورة من خلال الزيارات الميدانية إذ ترسل المهندس الذي يمثلها إلى موقع العمل ويقوم بفحص المواد للتأكد من مطابقتها للمواصفات ^(١) .

الرقابة والتوجيه بمعناها الواسع ، بموجب هذا النوع من الرقابة تملك الإدارة سلطة واسعة للتدخل في أوضاع تنفيذ العقد بغية التأكد من تنفيذه بطريقة سليمة ويدخل هذا النوع من الرقابة صوراً متعددة تختلف باختلاف الناحية التي تتناولها الإدارة بالرقابة كـ

(١) Benoit - j - P . droit administratif francais - dalloz. ١٩٦٨ . P . ٦٤٨

تكون رقابة فنية أو إدارية أو مالية ^(١) وتملك الإدارة بموجبها سلطة توجيه المتعاقد من خلال إصدار القرارات والأوامر الملزمة بتنفيذ العقد على نحو معين ^(٢) .

وهذه الصورة للرقابة هي الرقابة المقصودة في ميدان العقود الإدارية وهي التي تضيف



على العقد صفة العقد الإداري ، أما الرقابة بالمعنى الضيق فهي لا تع شرطاً استثنائياً يضاف على العقد الذي يتضمنها الطابع الإداري ، وهذا ما أكده القضاء في فرنسا إذ جاء في حكم لمحكمة استئناف باريس (إن العقد لا يعد إدارياً لمجرد النص فيه على خضوع الشركة المتعاقدة مع الإدارة) لقدر معين من الرقابة أو الوصاية الإدارية (٣)

٢- نطاق سلطة الرقابة والتوجيه وأهميتها : أن نطاق سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه يختلف باختلاف نوع العقد فهي تكون على أقصاها في عقود الأشغال العامة إذ تعد الإدارة هي صاحبة الأعمال ومن ثم فهي تملك التدخل في التنفيذ ، ولها الحق في تغيير أوضاع التنفيذ من مختلف النواحي الفنية والإدارية والمالية ، كما تملك الإدارة سلطة واسعة في الرقابة في ميدان عقود التزام المرافق العامة ألا أن نطاق هذه السلطة أضيق منه في عقود الأشغال العامة لأنها تكون مناط التوفيق بين فكرتين هما أن الإدارة هي المسؤولة عن سير المرفق العام بانتظام واطراد وبالتالي فإنه لا تستطيع التخلي عن مراقبة تنفيذ العقد لضمان أداء التزاماتها لتأمين سير المرفق العام موضوع العقد والثانية أن الملتزم هو من يتولى إدارة المرفق وبالتالي فالملتزم يتولى التنفيذ والإدارة تراقب التنفيذ ، في حين تضيق سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في ميدان عقود التوريد إذ أن الأصل أن يتمتع المورد بحرية اختيار طريقة تنفيذ العقد ما لم يرد نص يمنح الإدارة سلطة التدخل في اختيار طريقة التنفيذ (٤)

(١) د. احمد سلامة بدر ، مصدر سابق ، ص ١٦٥

(٢) د. طعيمة الجرف ، مصدر سابق ، ص ٢٣٠

(٣) مازن ليلو راضي ، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٩ ، ص ١٠٦

(٤) د. أحمد عثمان ، مظاهر السلطة العامة للإدارة في العقود الإدارية ، ص ٣٠٦ - ٣٠٧

ومهما يكن من أمر فإن سلطة الإدارة في الرقابة هي سلطة أصيلة تتمتع بها سواء ورد النص عليها في العقد أو في القوانين أو الأنظمة أم لم ينص عليها وتعد هذه السلطة من النظام العام وبالتالي لا يجوز للإدارة التنازل عنها كلياً أو جزئياً أو الاتفاق على استبعادها (١) وقد أكد القضاء الإداري على ذلك إذ جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية (إن شروط العقد

الإداري هي مظهر لإرادة لها سلطة إلزام من يقبل أن يكون خاضعاً لقانونها وأن هذا القانون وهو دستور العقود الإدارية يعطي جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته ، وإن الإدارة تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى لو لم ينص عليها العقد لأنها تتعلق بالنظام العام^(٢)

ثانياً ٠٠ الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه والقيود الواردة عليها

١- الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

من المتفق عليه فقهاً وقضاءً أن سلطة الرقابة سلطة أصيلة تتمتع بها الإدارة سواء ورد النص عليها في القوانين والأنظمة أو في العقد أو دفاتر الشروط العامة أم لم يرد أي نص عليها وسكت العقد عن معالجتها^(٣)

(١) د. محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص ١١٠

(٢) د. احمد عثمان ، مصدر سابق ، ص ٢٩٦ – ٢٩٧

(٣) د. عمرو فؤاد ، مصدر سابق ، ص ٥٤٦

J – georgel : execution du contrat administratif – J . C . A . ١٩٨٦ . P ١٧

غير أن هناك خلاف في الفقه حول الأساس القانوني لتلك السلطة عند عدم النص عليها، ففي حالة النص عليها في القوانين والأنظمة فقد جرى الرأي الغالب وهو ما درج عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية على أن هذه النصوص تندمج في شروط العقد إذ قضت في حكم لها (إن القوانين و اللوائح التي يتم التعاقد في ظلها إنما تخاطب كافة وعلمهم بمحتواها مفترض فإن أقبلوا حال قيامها على التعاقد مع الإدارة فقد ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام

ومن ثم فهي تندمج في شروط عقودهم وتصبح جزء منها لامناص من الالتزام به) ، وفي حالة النص على سلطة الرقابة في العقد أو دفاتر الشروط العامة فإنه تعد شروطاً استثنائية تسبغ الصفة الإدارية على العقود التي ترد فيها ^(١) .

أما في حالة عدم النص على هذه السلطة في العقود أو دفاتر الشروط العامة وعدم النص عليها في القوانين فيرى البعض إنها تقوم بذاتها استناداً للمبادئ العامة في القانون الإداري إذ أن ضمان تسيير المرافق العامة بانتظام يعطي للإدارة الحق في الرقابة في الأحوال التي تقتضيها مصلحة المرفق العام ، وبمقتضى هذا الرأي فإن الأساس القانوني لهذه السلطة يكمن في الطبيعة القانونية للمرفق العام سواء نص العقد عليها أم لم ينص وقد أخذ المشرع المصري بهذا الرأي إذ جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٥٨ لسنة ١٩٥٨ (حق الرقابة حق أساسي مرده إلى فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره وانتظامه) ^(٢) .

ويسند أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بالقول أن سلطة الإدارة في الرقابة تزداد كلما قويت

(١) د. أحمد عثمان ، مصدر سابق ، ٢٩٣ - ٢٩٤

(٢) المصدر نفسه ، ص ٢٩٧ - ٣٠٠

صلة العقد بالمرفق العام وتحل كلما ضعفت تلك الصلة ، ويؤيد هذا الاتجاه ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر (إن المصالح في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أن يعطى المصالح العام على المصالح الفردية الخاصة وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود) ^(١) .

في حين ذهب اتجاه آخر إلى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه لا يقتصر على صلة العقد بالمرفق العام بل انه فضلا عن ذلك يكمن في النية المشتركة للمتعاقدين كإرادة مستخلصة من ظروف التعاقد .

اما الاتجاه الثالث فيرى إن الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه يعود إلى الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وأهميتها في تحقيق الصالح العام^(٢) .

من خلال ملاحظة الآراء المتقدمة نرى أن مبدأ دوام سير المرفق العام يهيمن على جميع الاتجاهات بحكم كون المتعاقد ما هو إلا معاون للإدارة في تسيير المرافق العامة ومن ثم فإن تأمين استمرار هذه المرافق في تقديم خدماتها يقع في مقدمة الأهداف التي يجب مراعاتها عند تنفيذ العقد سواء نص عليها أم لم ينص .

٢- القيود الواردة على سلطة الرقابة

إذا كانت سلطة الرقابة من السلطات التي تتمتع بها الإدارة دون النص عليها في العقد فإنه ليست سلطة مطلقة تمارسها دون قيد أو شرط وإنما تخضع في ممارستها إلى قيود عديدة تضمن عدم إساءة استعمالها لأغراض لا تمت بصلة إلى الصالح العام ومراعاة قواعد المشروعية التي لا يجوز الخروج عليها تحت مختلف الظروف ومن أهم هذه القيود :-

(١) د. عزيزة الشريف ، دراسات في نظرية العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ١٣٩

(٢) د. إبراهيم طه الفياض ، العقود ، مصدر سابق ، ص ١٧٠

١ . خضوع الإدارة في ممارستها لهذه السلطة لقواعد المشروعية ، لما كانت الإدارة تتبع في ممارستها لسلطة الرقابة سبيل القرارات الإدارية فإن هذه القرارات كأبي عمل إداري يجب أن تصدر في حدود قواعد المشروعية مما يعني وجوب صدور القرار عن السلطة المختصة بإصداره ، فإذا صدر عن سلطة غير مختصة فيكون مشوباً بعيب الاختصاص كذلك يجب مراعاة الشكل والإجراءات في إصدار القرار كأن يشترط في صدوره أن يكون مكتوباً ،

وبخلاف ذلك يصبح مشوباً بعيب الشكل والإجراءات ، كما يجب أن يكون استعمال سلطة الرقابة لغرض تحقيق الصالح العام متمثلاً بتأمين سير المرفق العام^(١) فإذا استعملت لتحقيق غرض لا يمت بصلة إلى مصلحة المرفق فتكون الإدارة في هذه الحالة قد انحرفت باستعمال السلطة ، وعند تحقق إحدى الحالات المذكورة فإن القرار يكون غير مشروع وخاضعاً لرقابة القضاء .

٢. أن لا تؤدي سلطة الرقابة إلى تعديل العقد :

لما كانت سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه تعد من الشروط الاستثنائية التي تسبغ الصفة الإدارية على العقد والتي لا وجود لها في العقود المدنية لذلك يجب ان يتم استعمالها في حدودها المعروفة ولتحقيق الغاية المقصودة منها حصراً وهي تأمين حسن سير المرفق العام . ويترتب على ذلك انه لا يجوز أن تتجاوز الإدارة سلطة الرقابة إلى تعديل شروط العقد وتغيير جوهره لأننا سوف نكون أمام سلط تعديل لا سلطة رقابة ومثال ذلك أن تطلب الإدارة من المقاول تغيير طريقة التنفيذ المنصوص عليها في العقد^(٢) ، وعلاوة على ذلك فإنه لا يجوز أن تؤدي سلطة الإدارة في الرقابة في عقد التزام المرافق العامة إلى التدخل في الأعمال الداخلية للمرفق العام لأن ذلك سوف يقلب أسلوب إدارة ذلك المرفق إلى استغلال مباشر^(٣)

(١) د. أحمد عثمان ، مصدر سابق ، ص ٣٢٠ ، وبنفس المعنى د محمود حلمي ، العقد الإداري ،

مصدر سابق ، ص ٢٨٨

(٢) رياض عبد عيسى الزهيري ، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة ، رسالة

ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٥ ، ص ١٧١

(٣) د. أحمد سلامة بدر ، مصدر سابق ، ص ١٦٦ ، د محمود خلف الجبوري ، مصدر سابق ،

ص ١١١

المطلب الثاني : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها .

ان تنفيذ الالتزامات التعاقدية بحسن نية يمثل التزاماً مشتركاً بين عقود القانون الخاص والعام على حد سواء . فإذا ما أخل المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته سواء كان ذلك بعدم التنفيذ أو التأخير فيه أو التنفيذ المخالف للمواصفات ، فإنه يكون قد أخل بالتزام عقدي ، لكن في إطار العقود الإدارية ينهض فضلاً عن هذا الإخلال إخلالاً بمبدأ آخر وهو المساس بالمرفق العام موضوع العقد وبالتالي فالمتعاقد في إطار العقود الإدارية يكون أمام التزامين الأول مبدأ حسن

النية في تنفيذ العقود والثاني حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد^(١) و أي إخلال بهذين المبدأين يعرضه إلى توقيع الجزاء ، وبناءً على ما تقدم سوف نعرض هذا الموضوع في فرعين نخصص الأول لدراسة أثر دوام سير المرفق العام في المبادئ العامة للجزاءات ونتناول في الفرع الثاني تطبيقات سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات .

الفرع الأول اثر دوام سير المرفق العام في المبادئ العامة للجزاءات ويتضمن :

أولاً : تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي بشأن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات ومدى جواز الاستعاضة عن الجزاءات العقدية بجزاءات من القواعد العامة ونقسمه إلى نقطتين

١- مفهوم سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات ومراحل تطورها :

أ- مفهومها ومبرراتها

تعني سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات أن يكون للإدارة صلاحية في مواجهة ما يصدر من إخلال بتنفيذ العقد من جانب المتعاقد معها وبصدد ضرورة هذه السلطة ذهبت المحكمة الإدارية في حكم لها إلى إن (إن كل إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر على أن يكون إخلالاً بالتزام تعاقدي فحسب وإنما فيه أيضاً مساس بالمرفق العام الذي يتصل بالعقد . . . واتصال العقد الإداري بالمرفق العام وضرورة الحرص على حسن سير هذا المرفق بانتظام واطراد يوجب أن تكون الجزاءات المترتبة على هذا الإخلال شديدة وتنطوي في الواقع على معنى العقوبة ولا تتفق مع أحكام القانون المدني^(٢) وتمضي المحكمة قائلـة . . .

(١) د . سامي جمال الدين ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص ٧٥٤-٧٥٥

(٢) د. عزيزة الشريف ، مصدر سابق ، ص ٣٢٥

إذ أن جميع الجزاءات التي يقررها القانون المدني من فسخ أو تنفيذ عيني مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى لا تكفي للحيلولة دون عبث المتعاقد مع جهة الإدارة وإخلاله بالصالح العام والأمن العام من وجود جزاءات رادعة يجري توقيعها على المتعاقد المتخلف أو المقصر دون اتباع أي قواعد أو إجراءات حقيقية كقواعد القانون المدني لأن قواعد هذا القانون لا تستقيم مع السرعة والليونة التي يستلزمها حسن سير المرافق العامة . وهذه العلة في انطواء مثل هذه الجزاءات في الواقع على معنى العقوبة^(١) .

ويذهب الدكتور طعيمة الجرف إلى أن مبدأ حسن النية في العقود الإدارية أولى بالاتباع و ذلك على اعتبار أن التزامات المتعاقدين مع الإدارة تتعلق بالصالح العام المتمثل بدوام سير المرافق العامة (٢) .

لهذا فإن اتصال العقد الإداري بالمرفق العام وضرورة أدائه لخدماته بانتظام واستمرار أوجب ضرورة صياغة نظريه مستقلة بنظام جزاءات العقد الإداري وتمنح هذا النظام ذاتية واستقلال عن نظام الجزاءات في عقود القانون الخاص (٣) فالهدف من الجزاءات في العقود الإدارية ليس مجرد معاقبة المتعاقد على تقصيره أو التعويض عما يلحقه من ضرر أو إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة وإنما توفير الوسائل الكافية للإدارة التي تؤمن سير المرفق العام بانتظام واطراد وبالتالي لابد من خضوع المتعاقد في العقد الإداري إلى نوع من التشدد تحقيقاً لذلك فالوسائل المعروفة في القانون الخاص لا تكفي لمواجهة متطلبات سير المرفق العام بانتظام واطراد ، وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا

(١) د. محمود حلمي ، العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص ٩٧

(٢) د. طعيمة الجرف ، مصدر سابق ، ص ٢٣٠

(٣) د. عزيزة الشريف ، مصدر سابق ، ص ١٧٢

في مصر على هذا النهج بالقول : ((إن لجهة الإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته أو نفذها على وجه غير مرضي ، وهذه الجزاءات تخضع لنظام قانوني غير معروف في القانون الخاص ، فالجزاءات العقود الإدارية لا تستهدف في الواقع من الأمر تقويم اعوجاج في تنفيذ الاشتراطات التعاقدية بقدر ما تتوخى تأمين سير المرفق العام (١) .

ب . مراحل تطور سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

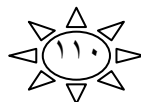
لم يكن الاعتراف بسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات من قبل القضاء على مرحلة واحدة بل انه مر بسلسلة من التطورات ، فقد تمسك مجلس الدولة الفرنسي في بداية قضائه بفكرة الجزاءات العقدية ، وبموجب ذلك فالجزاءات يجب أن تكون نابعة من نصوص العقد ، وبخلافه لا يجوز للإدارة توقيعها ، وكذلك الحال بالنسبة للقضاء الذي لا يجوز له افتراض وجود هذه السلطة لدى الإدارة ، وقد جسد مجلس الدولة الفرنسي هذا الاتجاه في حكمين شهيرين له بمناسبة قضية *chemin defer dorleans arouen* سنة ١٨٨١ التي جاء فيها (انه من ناحية عدم تنفيذ الشركة الملتزمة بالتزاماتها في العقد فإنه لا تلتزم بأن تؤدي أية تعويضات للإدارة بسبب ذلك مادام إن هذا العقد ينص صراحة على مجرد غرامات تطبق في حالات عدم تنفيذ الالتزامات التي ينص عليها ٠٠ و إسقاط الالتزام طبقاً لشكليات معينة ومصادرة التأمين المدفوع)، وحكمه في قضية *Level* سنة ١٨٨٤ الذي نص على انه (تطبيقاً للمادة ٣٧ من دفتر الشروط يمكن الحكم ضد الملتزم بإسقاط التزامه لعدم تنفيذه الالتزامات المفروضة عليه إذ أن عقد الالتزام لم ينص صراحة على أي جزاء آخر يطبق في حالة ما إذا كان الملتزم لم يبدأ الأعمال خلال سنة ابتداء من قرار المنفعة العامة ، ولا يمكن لجهة الإدارة المطالبة بتعويضات بمثل الضرر الذي تدعي أنه لحق بها نتيجة عدم تنفيذ الخط الممنوح التزامه كما هو خارج نصوص دفتر الشروط ، ومن ثم تكون المحكمة الإقليمية قد استجابت دون حق إلى طلب التعويض المقدم من جهة الإدارة ^(٢)

(١) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ، السنة الثامنة ص ١٢٢٥

(٢) عبد المجيد فياض ، نظرية الجزاءات في العقد الإداري ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس

، ١٩٧٤ ، ص ١٩

والحقيقة إذا أردنا أن نتساءل هنا عن مدى ما يحققه هذا الاتجاه في ضمان دوام سير المرفق العام ، فأنا نستطيع القول إن مجلس الدولة الفرنسي لم يعط الاستقلالية اللازمة لنظام العقد الإداري المرتبط بالمرفق العام عن نظام العقد المدني ، فاختلف المصلحة التي يحميها كلا العقدين يبرر للإدارة امتلاك سلطات استثنائية خارج إطار نصوص العقد لارتباط العقد الإداري بالمصلحة العامة المتمثلة بضرورة أداء المرفق لعمله بانتظام ، لذلك فإن مجلس الدولة

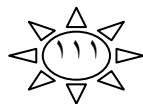


الفرنسي باتجاهه هذا لم يعطي ضماناً لهذا المبدأ طالما إن الإدارة تقف عاجزة أمام المخالفات التي تخل بدوام سير المرفق العام والتي لا تعالجها نصوص العقد ، لذلك كان لازماً على مجلس الدولة أن يردف هذا الاتجاه بتطور آخر يدعم استقلالية نظام العقد الإداري وقد تحقق ذلك في حكمه في قضية دبلانك إذ جاء في تقرير المفوض روميو (إذا كان العقد مع تحديد التزامات الطرفين قد اغفل تحديد الجزاءات المقابلة فلا يمكن أن يستخلص من ذلك عدم وجود جزاءات خاصة إذا كان العقد قد حدد الجزاءات عن بعض المخالفات الجسيمة التي عني بالاهتمام بها بصفة خاصة ، ولكن لم يتكلم عن جزاءات لمخالفات أخرى ، فلا يترتب على ذلك ان تظل هذه بغير جزاء ، فكل التزام عقدي يتضمن جزاء وعند عدم وجود قواعد خاصة يقررها العقد يجب تطبيق القواعد العامة ولو أريد غير ذلك وجب وجود نص صريح في العقد)^(١) .

وبهذا الحكم انتقل مجلس الدولة الفرنسي إلى فكرة الجزاء غير العقدي ، فلم تعد الجزاءات مرتبطة بنصوص العقد . . وإنما من الممكن توقيعها بوساطة القاضي ، وهنا أيضاً يطرح ذات السؤال ، هل ان مجلس الدولة الفرنسي في حكمه هذا حقق ضماناً كافية لدوام سير المرفق العام ، الإجابة على ذلك تكون بالنفي ، ذلك لأن حكم المجلس على الرغم من ما حمله من تطور فإنه تضمن في طبيعته قيدين على حرية الإدارة في توقيع الجزاء أولهما وجوب لجوء الإدارة إلى

(١) مارسولون بروسبير في جي بريبان، مصدر سابق ، ص ٦١

القضاء. لغرض إيقاع الجزاء وثانيهما يتمثل بوجوب تقييد الإدارة بالشروط التي يتضمنها العقد بشأن الجزاءات الإدارية، لهذا كان هذا المبدأ بحاجة إلى تطور آخر يمنح الإدارة حق فرض الجزاء دون حاجة للجوء إلى القضاء ، وهذا ما حققه مجلس الدولة في حكمه في قضية شركة ملاحه جنوب الأطلسي والذي جاء فيه (إذا ترتب على تقصير الشركة المتعاقدة ضرر



للدولة يكون من طبيعته ترتيب الحق في التعويض فإنه يجوز للوزير تحديد التعويض الذي تلتزم به الشركة (١) .

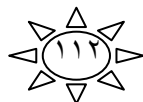
وقد عبر الفقيه جيز عن هذا القضاء بأنه خطوة جديدة نحو التطور ولا يجب أن تكون الأخيرة فليس الهدف بالنسبة للإدارة مانحة الالتزام تحقيق فائدة مالية أو قرص تضحية على الملتزم ، فالغالب إنها ليست هي التي تتحمل الضرر وإنما يتحمله المنتفعون بالمرفق وهؤلاء لا يهمهم أن تتلقى الإدارة مبلغاً من النقود أيا كان قدره ، فالمهم فوق كل شيء بالنسبة لهم هو أن يسير المرفق العام بانتظام وأن يحصلوا على الخدمات التي خصص تنظيم هذا المرفق لتأديتها لهم ، وهكذا أصبح للإدارة إيقاع الجزاءات استناداً إلى سلطتها الضابطة في تسير المرفق العام استقلالا عن نصوص العقد وبعبارة أخرى صفة العقد الإداري الذي يستهدف سير المرفق العام بانتظام واطراد .

٢- مدى جواز الاستعاضة عن الجزاءات العقدية بجزاءات من القواعد العامة
تبنى مجلس الدولة الفرنسي في بداية قضائه فكرة عدم جواز الاستعاضة عن الجزاء العقدي بجزاء من القواعد العامة ، ومضمون ذلك أن الإدارة لا تستطيع أن تستبدل جزاء من القواعد العامة أكثر ملائمة إذا قدرت أن الجزاء العقدي غير ملائم .

وقد تبنى هذا الاتجاه في حكمين له إلا أول في قضية Compagnie urbaine
declarage parleguzactylene ١٩٠٨ وجاء فيه أنه طالما أن المادة التاسعة من العقد المبرم بين المدينة والشركة الملتزمة تنص على إجراء خصومات مالية بالنسبة لحالة توقف مرفق الكهرباء فإن المحكمة الإقليمية ما كان ينبغي لها أن تمنح المدينة تعويضاً بسبب هذه المخالفة يزيد عن القيمة المقررة لهذه الخصومات فـ_____ في العقد

(١) د. احمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص٣٣٨ ، وبنفس المعنى ينظر عبد المجيد فياض ، نظرية الجزاءات ، مصدر سابق ص٣٩

والثاني في قضية departement lavende عام ١٩١٤ وجاء فيه بأن العقد إذا نص كجزاء للمخالفة المنسوبة للملتزم على مصادرة التأمين أو إسقاط الالتزام فإن الإدارة ما كان لها أن تقرر وضع المرفق تحت الحراسة ، إلا أنه عدل لاحقاً عن هذا الاتجاه وتبنى فكرة إمكانية الاستعاضة عن الجزاء العقدي بجزاء من القواعد العامة (١) وكان ذلك بمناسبة حكمه في قضية



cirou الذي قرر فيه أن إجراء وضع المرفق تحت حراسة الإدارة المباشرة المنصوص عليه في العقد في حالة توقفه عن السير خلال ثمانية أيام متتالية لا يعد عقبة في سبيل إسقاط الالتزام بسبب عدم التنفيذ المستمر من جانب الملتزم ، وهذا الحكم واضح إذ قرر إمكانية استعاضة الإدارة عن الجزاء العقدي بجزاء أشد (٢)

وكذلك حكم مجلس الدولة في قضية viledelouchang عام ١٩٢٨ الذي قرر فيه . بأن الأخطاء المنسوبة للملتزم ليست خطيرة بدرجة تبرر تطبيق جزاء إسقاط الالتزام المنصوص عليه في العقد ولكنها تسمح للإدارة بأن تضع المرفق تحت الحراسة . كذلك فإن (المجلس سمح للإدارة بأن تستعيز عن الجزاء الضاغط المنصوص عليه في العقد بطلب التعويض) وأهمية ما تقدم بالنسبة لموضوعنا هو أن الإدارة سوف تخلق مرونة أكثر في تقدير الجزاء الذي يتواءم مع مبدأ سير المرفق العام عندما يكون أكثر فعالية من الجزاء العقدي وقد ذهب الفقيه بولاك في معرض تعليقه على هذا التطور بأن السلطة الواسعة التي اعترف بها المشرع للإدارة تدريجياً إنما تأتي من الحاجة إلى سير المرفق العام بدون انقطاع (٣) أما بالنسبة لموقف القضاء المصري فنستطيع القول انه سار على ما انتهى إليه مجلس الدولة الفرنسي في قضاءه القديم المتمثل في أن الإدارة لا تستطيع الاستعاضة عن الجزاء العقدي بجزاء من القواعد العامة ، وعبرت عن هذا الاتجاه محكمة القضاء الإداري في قرار لها عندما

(١) د.حسان عبد السميع هاشم ، الجزاءات المالية في العقود الادارية، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٢ ، ص ٢٨

(٢) د. عبد المجيد فياض ، نظرية الجزاءات، مصدر سابق ، ص ٨٦-٨٨ ،

(٣) د.عبد المجيد فياض ، المصدر نفسه ، ص ١٩٩ ، د. حسان عبد السميع ، مصدر سابق ، ص ٢٨

ذهبت إلى أن المتعاقدين إذا توقعوا خطأ معيناً ووضعوا له جزاء بعينه فإنه يجب أن تنقيد جهة الإدارة والمتعاقد معها بما جاء في العقد ولا يجوز لأيهما مخالفته كما لا يصح في القانون القضاء على غير مقتضاه (١)

ثانياً :- الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات والقيود الواردة عليها

١ - الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

إذا كان الفقه والقضاء الإداري قد استقرا على حق الإدارة في فرض الجزاءات تجاه المتعاقدين المخل بتنفيذ التزاماته بإرادتها المنفردة ودون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء فقد اختلف في تحديد الأساس القانوني لهذا الحق .

يعود هذا الاختلاف في الأساس . . إلى الخلاف حول أساس القانون الإداري هل هو قانون المرفق العام ، أم قانون السلطة العامة فذهب جانب من الفقه يؤيد جانب من القضاء إلى ترجيح معيار السلطة العامة مبررين ذلك بالارتباط الوثيق بين العقد الإداري والسلطة العامة وما تلعبه السلطة العامة من دور في إخضاع تنفيذ العقد لشروط استثنائية فضلاً عن إن امتلاك الإدارة سلطة توقيع الجزاء دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء وهذا ما يعبر عن مظهر للسلطة العامة هو امتياز من أهم امتيازات السلطة العامة وهو التنفيذ المباشر .

أما الجانب الآخر من الفقه والقضاء فقد مال إلى إبراز مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد الأمر الذي يعطيها الحق في اتخاذ كافة الإجراءات والتدابير السريعة التي تكفل سير المرفق العام (٢) .

(١) د. ابراهيم طه الفياض ، العقود ، مصدر سابق ، ص ١٩٩ ، د. حسان عبد السميع ، مصدر

سابق ، ص ٢٨

P . T ٢ - ١٩٦٩ : Traite theorique et pratique des marches Andre flamme (٢)

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف فإنه يعود بنا إلى نتيجة واحدة وهي تحقيق المصلحة العامة المتمثلة بسير المرفق العام بانتظام واطراد فالسلطة العامة عندما تمارس بمظاهرها إنما تستهدف تحقيق مصلحة المرفق العام التي أملت تمتع الإدارة بامتيازات السلطة العامة (١) وفي هذا الصدد ذهب المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن للجهة الإدارية الحق في فسخ العقد

ومصادرة التأمين وشطب الاسم وهذه ليست إلا جزاءات تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها إذا تخلف عن الوفاء بما يفرضه عليه العقد أو إذا استعمل الغش أو التلاعب في معاملته معها ٠٠ ولما كان توقيع الجزاءات إنما يهدف أساساً إلى حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقاً للمصلحة العامة ومن حق الإدارة توقيعها دون انتظار لحكم من القضاء ، فإنه لا وجه لاتخاذ أي إجراء يحول دون استعمال الجهة الإدارية لهذا الحق ، ذلك ان المصلحة العامة والمصلحة الفردية لا تتوازيان في مجال الروابط القانونية التي تنشأ بين الأفراد والإدارة بل يجب أن تعلق المصلحة العامة في هذا الأمر الذي يتعلق أساساً بسير مرفق عام (٢) .

٢- ضمانات المتعاقد تجاه سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

أ-

ب- الرقابة

القاضي الإداري في إطار الرقابة على الجزاءات في العقد الإداري يراقب المشروعية والملاءمة ، فمن حيث المشروعية يراقب القاضي الإداري الشكل والاختصاص والمحله والغاية ، فبشأن عيب الاختصاص فالإجراء يعد غير مشروع إذا صدر من غير السلطة المختصة بإصداره أما في عيب الشكل فإذا تطلب العقد أو القانون إجراء معيناً فيجب على الإدارة مراعاته عند توقيع الجزاء كأن يتطلب التصديق على قرار فرض الجزاء من قبل سلطة أعلى من السلطة التي أصدرته أو أن يتطلب إعدار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه

(١) د. محمود خلف الجبوري ، مصدر سابق ، ص ١١٥

(٢) محمود خليل خضير ، المركز القانوني للمقاول الثانوي في العقد الإداري، رسالة دكتوراه كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٣٣

كما يجب أن لا تحيد الإدارة وهي بصدد اتخاذ الاجراء عن المصلحة العامة المتمثلة بضمان انتظام واستمرار المرفق العام وإلا قرر القاضي عدم مشروعية الإجراء ومثال ذلك إذا وجد القاضي أن قرار وضع المرفق تحت الحراسة لم يتخذ إلا بقصد استفادة الإدارة

مانحة الالتزام من فترة الإدارة المباشرة لكي ترفع مرتبات العاملين لدى الملتزم^(١)، ويتحقق عيب مخالفة القانون إذا لم يكن قرار الجزاء تطبيقاً للنصوص القانونية أو العقدية . أما من حيث الملاءمة فيراقب القاضي الإداري ما إذا كانت الواقعة المنسوبة إلى المتعاقد من الخطورة لكي تبرر هذا الأجراء أو عدمه ، وهذه الموازنة بين الأجراء والواقعة المنسوبة إلى المتعاقد تعتمد بصورة رئيسية على مدى إخلاله بالمرفق العام^(٢)

ت- الإعذار :

يراد بالإعذار حسب القواعد العامة إثبات حالة تأخر المدين في تنفيذ التزاماته إثباتاً قانونياً^(٣) وبالتالي فهو لا يعبر عن إرادة إحداث أثر قانوني كونه لا يعدو أن يكون إجراء تمهيدياً لتطبيق الجزاء قانونياً كان أو اتفاقياً ، وقد أكد القضاء الفرنسي على ضرورة قيام الإدارة بإعذار المتعاقد معها متضمناً الدعوة إلى أداء الالتزام والجزاء الذي يترتب على التقصير . وتبرز صلة هذا الأجراء بمبدأ سير المرفق العام من خلال أهميته في حمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته ، ويذهب جانب من الفقه إلى عدم ضرورة الإعذار كشرط لصحة الجزاء الذي تفرضه الإدارة على المتعاقد وأن أمر القيام به

(١) د. حسان عبد السميع ، مصدر سابق ، ص ٤٤

(٢) عبد المجيد فياض ، نظرية الجزاءات ، مصدر سابق ، ص ٢١٠

(٣) د. عبد المجيد فياض ، شرط الغرامة في العقود الإدارية ، مجلة الإدارة العامة ، العدد ١٩

، الرياض ، ١٩٧٦ ، ص ٤٥

متروك لمشئئة الإدارة نزولاً عند مقتضيات المصلحة العامة^(١) في حين يذهب الرأي السائد في الفقه إلى ضرورة الإعذار كضمانة للمتعاقد في مواجهة سلطات الإدارة ولضمان سير المرفق العام باطراد من خلال تنبيه المتعاقد إلى إخلاله بشروط العقد وما قد ينتج عن ذلك من تصحيح مسلكه وتجنب الأخطاء وبالتالي تلافي ما يترتب على إيقاع الجزاء من اللجوء إلى إجراءات

طويلة قد تضرر بالمصلحة العامة^(١) ويؤكد القضاء الإداري على ضرورة الإعذار فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن المتعاقد لا يجوز أن يؤخذ على تقصيره إلا من وقت الإعذار أما في مصر فيعد الإعذار من الشروط الجوهرية التي قد يترتب على تخلفها في بعض الحالات عدم مشروعية قرار فرض الجزاء^(٢) وقد ذهبت محكمة التمييز في قرار لها إلى إنه (الشروط العامة والشروط الخاصة للمقولة يكمل بعضها بعضا وكلها ملزمة للطرفين ... وهذا العقد لا يلغيه ما ورد في المادة ٦ من الشروط التي أجازت لرب العمل القيام به على حساب المقاول في حالة إخلاله وذلك لأن هذه المادة خالية من نص يتضمن إسقاط المقاول حقه في توجيه الإنذار إليه ، وهذا ما تشترطه المادة ٥٧ من الشروط الخاصة)^(٣)

ويحق للإدارة فرض الجزاء دون حاجة إلى إعذار المتعاقد إذا وجد نص صريح في العقد على إعفاءها من الإعذار أو إذا كانت هناك حالة استعجال توجب الإسراع في التنفيذ ، كما تعفى الإدارة من الإعذار إذا أعلن المتعاقد عن عدم رغبته في التنفيذ أو أصبح التنفيذ غير ممكن بفعل المتعاقد^(٤) .

-
- (١) د. ابراهيم طه الفياض ، العقود ، مصدر سابق ، ص ٢٠٤-٢٠٥
- (٢) د. احمد سلامة بدر ، مصدر سابق ، ص ١٧٩ .
- (٣) تنص المادة ٨٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على وجوب الاعذار قبل توقيع جزاءات الفسخ ، سحب العمل من المقاول التنفيذ على حساب المتعاقد
- (٤) قرار محكمة التمييز المرقم ١٣ / مدنية ١٩٧١ / مجلة القضاء ، ١٤ ، ١٩٨٩ ، ص ٢٢١ .
- (٥) J . Singer : La motivation des acts administratif – revue administratif – ١٩٨٠ . PV

ج - عدم جواز فرض جزاءات جنائية

الأصل هو أن (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص القانون) فلا يجوز للإدارة ان تفرض جزاءات جنائية على المتعاقد معها حتى لو شكل الفعل الصادر عنه بالمخالفة لالتزاماته العقدية جريمة جنائية كما انه لا يجوز للإدارة استعمال سلطتها في الضبط الإداري لضمان تنفيذ العقود الإدارية بواسطة النص فيها على عقوبات جنائية لأن الاتفاق على ذلك يعد مخالفاً للنظام العام



(١) ، وقد أكد القضاء الإداري على ذلك إذ أبطل مجلس الدولة الفرنسي لائحة ضبط أصدرتها الإدارة متضمنة عقوبة جنائية بهدف إجبار المتعاقد على تنفيذ العقد الإداري وأعتبرها مشوبة بعيب الانحراف في السلطة (٢) وفي مصر يرى البعض ان استعمال الإدارة لسلطات الضبط لفرض عقوبات جنائية بهدف الضغط على المتعاقد لتنفيذ التزاماته العقدية يعد إساءة في استعمال السلطة وللمتعاقد حق الطعن فيه (٣) .

أما في العراق فهناك خروج على هذا المبدأ إذ وجدنا قرارات عديدة لمجلس قيادة الثورة المنحل تعطي للإدارة الحق في فرض جزاءات جنائية على المتعاقدين معها لإجبارهم على تنفيذ الالتزامات العقدية وقد أسيء استعمال هذه السلطة كثيراً من قبل الإدارة في التضييق على المتعاقد وفرض الجزاءات الماسة بالحرية (٤) .

-
- (١) د. احمد سلامة ، مصدر سابق ، ص ٢٠٤
 - (٢) د. محمد فؤاد ، مصدر سابق ، ص ٨٤٧
 - (٣) د. حسان عبد السميع ، مصدر سابق ، ص ٤٦
 - (٤) ينظر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٣) في ١٩٦٩/٦/٢١ وقراره المرقم ١٣٣٣ في ١٩٨٤/١٢/٤ الذي خول الوزراء والمحافظين ومن هم بدرجتهم حجز المقاولين العراقيين لمدة لا تزيد على أسبوعين عند تقصيرهم في تنفيذ المشاريع وقد أسيء استخدامه من قبل الأشخاص المخولين لفرض الجزاءات لمدة تزيد على المدة المحددة في القرار .

الفرع الثاني

تطبيقات سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها

إن دراسة هذا الموضوع تتطلب تقسيمه إلى محورين هما

أولاً : الجزاءات المالية

ثانياً : الجزاءات غير المالية



أولاً : الجزاءات المالية . .

هي عبارة عن المبالغ المالية التي يحق للإدارة المطالبة بها إذا ما أخل المتعاقد بالتزاماته العقدية ، سواء كان ذلك بعدم التنفيذ أو التأخير فيه أو التنفيذ غير المرضي وهي كما يلي :

١- الغرامة هي عبارة عن تعويضات محددة ومنصوص عليها مقدماً في العقد كجزاء توقعه الإدارة على المتعاقد معها في حالة تقصيره و إخلاله بالتزاماته^(١) وتتضح الصلة بين هذا الجزاء ومبدأ دوام سير المرفق العام من خلال التمييز بين الغرامة في العقود الإدارية والشرط الجزائي في العقود المدنية ، فالأخير يشترط فيه ما يشترط باستحقاق التعويض بشكل عام من إخلال وحصول ضرر و إغذار المقصر و صدور حكم قضائي أما الغرامة في العقود الإدارية فنتيجة الارتباط بالمرفق العام وضرورة سيره بانتظام لا يشترط فيها حصول ضرر فهي توقع بمجرد حصول تقصير أو تأخير وأن لم يترتب عليه ضرر ، كما أن الإدارة هي التي تحدد حالة التأخير الموجبة للغرامة وذلك بوصفها هي القوامة على حسن أداء المرفق لأعماله ، ولنفس المبدأ لها أن تقرر إعفاء المتعاقد الآخر من الغرامة^(٢) .

-
- (١) د. حسين درويش ، الجزاءات المالية في العقود الإدارية ، مجلة العدالة ، العدد ١٧ ، أبو ظبي ، ١٩٧٨ ، ص ٢٥
- (٢) د. عبد الغني بسيوني ، مصدر سابق ، ص ٥٤٩ ، ويذهب القضاء العراقي إلى أنه لا يجوز للإدارة إعفاء المتعاقد من الغرامة لأنها تعد من أموال الخزينة العامة وبالتالي لا يجوز التنازل عنها

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على ذلك في حكم لها جاء فيه :-

(إن العقود الإدارية تختلف في طبيعتها عن العقود المدنية لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام وآخر من أشخاص القانون الخاص بقصد تحقيق مصالح عامة . . كما أن الإدارة

تراعي في الشروط الجزائية ملاءمتها لطبيعة العقد وموجبات السرعة في تنفيذه في وقت معين وطريقة معينة حتى تكفل انتظام سير المرفق العام

وينبني على ذلك انه في حالة التأخير في تنفيذ العقود الإدارية يكون الضرر مفترضاً وقائماً حتماً بمجرد حصول التأخير^(١)

غير ان سلطة الإدارة في فرض الغرامة على المتعاقد ليست مطلقة فلا يلزم المتعاقد بدفع الغرامة إذا كان تأخره في تنفيذ التزاماته يعود إلى تقصير أو خطأ صادر من الإدارة المتعاقدة أو إلى استحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٦٥/٦/٢٦ :

((الغرامات المالية المنصوص عليها في العقود الإدارية تختلف في طبيعتها عن الشرط الجزائي في العقود المدنية ، لجهة الإدارة توقيعها بمجرد وقوع المخالفة التي تقررت الغرامة جزاءً لها دون ان يتوقف ذلك على ثبوت ضرر للإدارة نتيجة إخلال الطرف الآخر بالتزامه ما لم يثبت هذا الطرف ان الضرر راجع إلى قوة القاهرة أو إلى فعل الإدارة المتعاقدة))^(٢) .

(١) د. إبراهيم سيد احمد ، مصدر سابق ، ص ٤٠٠

(٢) د. عادل عزة السنجقلي ، عقود الاستشارات الهندسية ، منشورات مركز البحوث القانونية ، بغداد ، ١٩٨٣ ، ص ٩٢

أما القضاء العراقي فقد تبنى الموقف نفسه بشأن الغرامة إذ جاء في قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٣٥٥ والصادر بتاريخ ١٩٦٦/١١/٢٦ ((إن الغرامات التأخيرية التي يشتمل عليها العقد الإداري تختلف في طبيعتها على الشرط الجزائي في العقد المدني ذلك إن هذه الغرامات هي جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في المواعيد المتفق عليها حرصاً على سير المرافق العامة بانتظام واطراد^(١) وقد جرت محكمة التمييز على مسلك القضاء المصري بشأن إعفاء المتعاقد من الغرامة التأخيرية إذا كان التأخير قد نشأ عن قوة القاهرة أو عن فعل

الإدارة ففي قرار حديث لها قررت نقض الحكم البدائي المميز وكان من بين أسباب النقض انه تبين ان (العمل قد تقرر إيقاف تنفيذه بموجب كتاب النائب الأول لرئيس الوزراء ٠٠٠ واذ أن المدعي عليهما لم يكمل العمل خلال المدة المحددة وجرى سحب العمل لذا فإنه ما لا يستحقان الفرق في الأسعار كما لا يتحملان غرامة تأخيرية لصرف النظر عن المشروع ٠٠٠))^(٢) كما يعفى المتعاقد من الغرامة إذا كان التأخير ناتجا عن فعل الغير أو عن فعله إذا طلب التمديد ووافقت عليه الإدارة^(٣) أما بشأن مقدار الغرامة التأخيرية فإن للإدارة تحديد مبلغ الغرامة التأخيرية في العقد بالقدر الذي تراه كافيا لإجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته دون تأخير بشرط عدم تجاوز النسب المنصوص عليها في القوانين ذات الصلة والتي ألزمت الإدارة بعدم تجاوزها عند النص على مبلغ الغرامة في العقد^(٤) إلا أن الإدارة قد تفرض الغرامات دون تحديد الحد الأعلى لها في العقد ، وبهذا الشأن تناقضا في موقف محكمة التمييز بشأن مدى سلطة الإدارة في الاستمرار بفرض الغرامة مع تجاوز تلك النسب ففي قرار لها ذهبت إلى أنه (تبين بأن الغرامة التأخيرية لا تتجاوز نسبة ١٠% من كلفة المقاول الكلية ... وأن المحكمة احتسبت الغرامة بنسبة ١٠% وحكمت على المقاول بحدود هذه النسبة لذا يكون الحكم المميز للأسباب المذكورة صحيحا

- (١) د. عادل عزة السنجقلي ، مصدر سابق ، ص ٩٢ ، وبالمعنى نفسه ينظر قرار محكمة التمييز ، النشرة القضائية ٤٤ س ٥ ص ١٠٠
- (٢) قرار محكمة التمييز المرقم ٢٧٤٩ ، م ٩٩٢/٣ في ١٧/١٢/١٩٩٢ ، غير منشور
- (٣) ينظر المادة ٤٥ من شروط المقاول لأعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨
- (٤) نصت تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع و أعمال خطة التنمية القومية لعام ١٩٨٨ على أن لا تقل الغرامات التأخيرية عن ٥% ولا تزيد على ١٠% و ألزمت المادة الثامنة منها الإدارة بالنص عليها وقد تم تعديل المادة المشار إليها بالتعليمات عدد ١١ لسنة ٢٠٠٠ التي اكتفت بإلزام الجهة المنفذة بالنص على الحد الأعلى للغرامة التأخيرية بنسبة ١٠% ، ومن الجدير بالإشارة أن تعليمات المنقصات (الشراء والتجهيز) لدوائر الدولة والقطاع الاشتراكي لعام ٢٠٠١ في المادة ١٤ / رابعا أشارت إلى أن مجموع الغرامات التأخيرية يجب أن لا يقل عن ٥% ولا يزيد على ١٥% من مبلغ العقد الكلي .

وموافقا للقانون) ، إلا أنها في قرارات أخرى عدلت عن هذا الاتجاه إذ جاء في قرار لها (ولدى عطف النظر في موضوع الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون إذ تبين أن محكمة الموضوع قد خفضت الغرامات التأخيرية إلى النسبة المنصوص عليها في قرار مجلس التخطيط المرقم ٥ لسنة ١٩٨٢ دون أن تلاحظ أنه لا يجوز الالتزام بعدم تجاوز الغرامات التأخيرية لنسبة ١٠% من كلفة المقاول الكلية ما لم ينص عليها في عقد المقاول ، فإذا كانت المقاول

خالية من النص عليها فإنه تستقطع من المقابل مهما بلغت ^(١) . ومع إننا نؤيد تمتع الإدارة بسلطة تقديرية في فرضها للغرامات التأخيرية بغية إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته في الوقت المحدد لضمان سير المرفق العام إلا أن هذه السلطة ينبغي أن لا تكون مطلقة من كل قيد بما قد يدفع الإدارة إلى إساءة استعمالها وفرض غرامات قد تتجاوز مبلغ المقابلة . مما تقدم يتضح لنا أن ضمان دوام سير المرفق العام هو الغرض الأساسي من منح الإدارة سلطة فرض الغرامات التأخيرية ويبرز ذلك من خلال افتراض الضرر في حالة التأخير إذ ان الضرر مفترض فرضاً قاطعاً غير قابل لإثبات العكس بمجرد التأخير لما ينطوي عليه من إخلال بسير المرفق العام

٢-مصادرة التأمين

يقصد بالتأمين ، الموارد المالية التي تودع لدى جهة الإدارة لتلافي آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد ، ويضمن لها ملاءته لمواجهته المسؤوليات الناتجة عن تقصيره ، ويعد هذا الأجراء بمثابة شرط جزائي مع اختلاف المصادرة عنه في ان الإدارة توقعه بإرادتها المنفردة دون حاجة لحكم قضائي .

وهذا التأمين يكون على نوعين الأول ابتدائي يدفع قبل إبرام العقد لضمان جدية المتقدم بالعطاء ، ونهائي يدفع لضمان قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته طبقاً لشروط العقد ^(٣)

-
- (١) قرار محكمة التمييز المرقم ٦٦٣ /م/٣منقول/٨٩ في ١٩٨٩/٨/٢٧ والقرار رقم ١٠٩١ /م/٣منقول/٩٠ في ١٩٩٠/١٠/١١ وقرارها المرقم ١٣١٣ /م/٣منقول/٩٠ في ١٩٩٠/١٠/١٣ ، القرارات غير منشورة .
- (٢) د. حسين درويش ، الجزاءات المالية ، مصدر سابق ، ص ٢٨ ، وبنفس المعنى ينظر مازن ليلو ، مصدر سابق ، ص ١٧٠ .
- (٣) د. عمرو فؤاد ، مصدر سابق ، ص ٥٥٢ .
- (٤) د. حسان عبد السميع ، مصدر سابق ، ص ١٠٩ .

ويترتب على ذلك أن الإدارة لا تستطيع التخلي عن التأمين لأنه يهدف إلى تأمين تنفيذ العقد الإداري المرتبط بالمرفق العام ^(٢) ، وقد جرى الفقه والقضاء الفرنسيان على عده تعويضاً اتفاقياً إذ ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه إذا اتفقت الإدارة مع المتعاقد على تضمين العقد الإداري وقوائم الشروط بندا يقضي بمصادرة التأمين لصالح الإدارة عند إخلاله بالتزاماته فإن

هذا الشرط المقرر في العقد يعد شرطاً جزائياً متفقاً عليه عن عدم التنفيذ ولا يحق للإدارة طلب أية تعويضات أخرى^(٣) .

أما في مصر فينقسم القضاء بشأن الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين إلى اتجاهين ، الأول : وهو اتجاه المحكمة الإدارية العليا التي تعدّه تعويضاً ، وهي تارة تذهب إلى أنه تعويض اتفاقي وبذلك لا يجوز الجمع بينه وبين التعويض ، وتارة أخرى تعدّه بمثابة الحد الأدنى للتعويض وبالتالي فإذا لم يكف التأمين لجبر الأضرار فيجب الحكم بالتعويض الكافي لجبر الأضرار التي لحقت بالإدارة نتيجة إخلال المتعاقد على أن تخصم منه قيمة التأمين^(١) ، أما الاتجاه الثاني وهو السائد في قضاء محكمة النقض وبموجبه يعدّ جزاء مصادرة التأمين جزاءاً مستقلاً تفرضه الإدارة على المتعاقد إذا قصر في تنفيذ التزاماته حتى لو لم يصبها أي ضرر من جراء ذلك مع عدم المساس بحقها في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها بسبب خطأ المتعاقد^(٢) ، وهذا هو الاتجاه الذي يؤيده جانب من الفقه في العراق ، ففي هذا الشأن يقول الدكتور محمود خلف الجبوري (التعويض المفروض على المتعاقد المخل بالتزاماته في العقد الإداري إنما يختلف في سببه وطبيعته وغايته عن مصادرة التأمينات ٠٠٠ وبالتالي تملك الجهة المتعاقدة فرض كل منهما على وجه الاستقلال دون أن يعدّ الجمع بينهما ازدواجاً بالتعويض)^(٣) .

(١) عبد المجيد فياض ، نظرية الجزاءات ، مصدر سابق

(٢) حسن عزيز عبد الرحمن ، حق الإدارة في توقيع الجزاءات المالية ، مجلة العدالة ، العدد الرابع ، ص ٧٠٥ .

(٣) د. محمود خلف ، العقود ، مصدر سابق ، ص ١٣٧ .

ثانياً : الجزاءات غير المالية

سوف نتناول هذا الموضوع في نقطتين :

١. الجزاءات الضاغطة (إجراءات الضغط المؤقتة)

٢. الجزاءات الفاسخة



١. الجزاءات الضاغطة :

يتسم هذا النوع من الجزاءات بطابع التأقيت فلا يترتب عليه إنهاء العقد وإنما تفرضه الإدارة على المتعاقد نتيجة الإخلال بالتزاماته مستهدفة ضمان الاستمرار في تنفيذ العقد ، ويتخذ هذا النوع أنماطا متعددة باختلاف نوع العقد وهي :

أ . وضع المشروع تحت الحراسة : يرتبط هذا الإجراء بعقد التزام المرفق العامة ، ويتم عن طريق قيام الإدارة بوضع المرفق موضوع عقد الالتزام تحت الحراسة ، وذلك في حالة التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق ومظهر صلة هذا الإجراء بدوام سير المرفق العام واضح ، وهو يتخذ إزاء حالة التوقف الكلي أو الجزئي التي يتعرض لها المرفق وبصرف النظر عما إذا كانت حالة التوقف هذه راجعة إلى إرادة الملتزم أم خارجها (القوة القاهرة) فالمهم هنا هو تأمين سير المرفق العام بانتظام واطراد ^(١) .

وتأمين ذلك يكون على حساب الملتزم إذا كان هو السبب وراء حالة التوقف وإلا فإن الإدارة تكون هي المسؤولة ^(٢) .

(١) د. محمود خلف الجبوري ، العقود ، مصدر سابق ، ص ١٣٨

(٢) د. أحمد سلامة ، مصدر سابق ، ص ١٩٢ ، للمزيد ينظر د. حسين درويش ، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري ، مكتبة الإنجلومصرية ، القاهرة ، ١٩٦١ ، ص ١٦٤ .

ب. **الشراء على حساب المتعاقد** : يتصل هذا الإجراء بعقد التوريد ، إذ أن للإدارة القيام بتنفيذ العقد على حساب ومسؤولية المورد ، وهذا الإجراء لا يتطلب الرجوع إلى القضاء لتقريره ، كما أن الإدارة تستطيع القيام به دون النص عليه في العقد ، ويجمع الفقه على أن خطأ المورد يجب أن يكون جسيما ، ويعد تقاعس المورد عن التسليم أو التأخير أو رداءة الأصناف الموردة مسوغا كافيا للإدارة لكي تتخذ هذا الإجراء ^(١) ، وبالتالي فإن هذا الإجراء يهدف إلى تأمين أداء المرفق لخدماته عن طريق قيام الإدارة بنفسها أو بالإحالة إلى متعاقد آخر لشراء السلع

والخدمات الموردة^(١) . ويعد القضاء الإداري هذا الإجراء صورة من صور التنفيذ العيني للالتزام^(٢) فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها (لئن كان التنفيذ عينا في المعاملات المدنية لا يتم إلا عن طريق القضاء فإنه في العقود الإدارية يكون بوساطة الإدارة تقوم به بنفسها وعلى حساب المتعاقد معها وتحت مسؤوليته ، فالشراء على حساب المتعهد المقصر . . هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عينا تقوم به الإدارة بنفسها عند إخلال المتعاقد بتعهد ضمانا لحسن سير المرافق واطراد سيرها ومنعا من تعطلها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر وتوقف المرافق) .

ج . سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة : يقصد به قيام الإدارة بإيقاف المقاول عن أداء أعماله ، وقيامه بتنفيذ العمل أو بوساطة متعاقد جديد على حساب وتحت مسؤولية المتعاقد الأول ، وعندما يعهد بتنفيذ العقد إلى مقاول آخر بعد سحبه من المقاول الأول فإن المقولة باقية وإن ما حصل أن العقد ينجز بواسطة مقاول آخر على حساب المقاول الأول^(٣) وهذا الإجراء في حقيقته مستمد من طبيعة العقد الإداري وصلته بالمرفق العام وبالتالي فإن الإدارة تستطيع أن تقرر هذا الجزاء حتى خارج الحالات المنصوص عليها في الشروط العامة غير أنه يشترط أن يكون هناك إخلال من جانب المتعاقد يبرر ذلك^(٤)

-
- (١) د. محمود خلف الجبوري ، العقود ، مصدر سابق ، ص ١٣٧ .
 - (٢) د. إبراهيم طه الفياض ، العقود مصدر سابق ، ص ٢٢١ .
 - (٣) د. أحمد سلامة ، مصدر سابق ، ص ١٩٥-١٩٦ .
 - (٤) سعيد عبد الكريم مبارك ، مسؤولية المقاول الثانوي وفقا لأحكام القانون المدني والشروط العامة المقاولات أعمال الهندسة المدنية ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص ١١٦
 - (٥) د. فاروق أحمد خماس ، الوجيز ، مصدر سابق ، ص ١٤١ . وينظر بهذا الشأن المادة ٦٥ من الشروط العامة المقاولات أعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨ .

وفي حالة سحب العمل من المقاول فإن للإدارة الحق بمطالبة بالنفقات الإدارية بخلاف حالة ما إذا اتفقت مع المقاول على قيامها بتنفيذ قسم من المقولة بنفسها ، وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقية بأنه (ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح لأن المحكمة لم تجر التحقيق اللازم لمعرفة ما إذا كانت بلدية الدبس قد قامت بتبليط أرصفة الشوارع نتيجة الإنفاق مع المقاول أم نتيجة سحب العمل منه ، فإن كان ذلك نتيجة اتفاق فيؤخذ بالكلفة الحقيقية ولا تستقطع نفقات إدارية إلا إذا كان قيام البلدية بالعمل نتيجة سحبه من المقاول^(١))

٢. الجزاءات الفاسخة : وتعد أشد أنواع الجزاءات التي تفرضها الإدارة ويترتب عليها إنهاء العقد المبرم بينها وبين المتعاقد وتتخذ صورتين هما :

أ. إسقاط الالتزام^(٢) : يعد إسقاط الالتزام أحد طرق نهاية عقد الامتياز نهاية غير طبيعية ، توقعه الإدارة المانحة على الملتزم نتيجة أخطاء جسيمة في إدارة المرفق بحيث يصبح أداءه لأعماله بانتظام واستمرار على نحو سليم غير ممكن^(٣) . وقد جرت طبيعة الأمور على النص في العقد ودفاتر الشروط على حق الإدارة في إسقاط الالتزام وهذا ما يحقق فائدة عملية إذ يكون في استطاعة الإدارة إيقاع هذا الجزاء دون حاجة للجوء إلى القضاء ويعد هذا الإجراء غاية ما تصل إليه الإدارة اتجاه المتعاقد إذ تفرضه بعد أن يتبين لها عجز الوسائل الأخرى (الجزاءات الضاغطة والجزاءات المالية) في حمل المتعاقد على أداء التزاماته ولخسارة هذا الإجراء فقد وضع القضاء الإداري قيودا عديدة على ممارسته ، أولها أن القضاء الإداري يتطلب أن تكون هنالك أخطاء جسيمة تبرر هذا الإجراء ، ومن قبيل هذه الأخطاء في قضاء مجلس الدولة الفرنسي رفض الملتزم تنفيذ تعليمات الإدارة التنازل عن الالتزام دون موافقة الإدارة ، ترك المرفق من غير استغلال ، و مجلس الدولة الفرنسي إزاء ذلك لا يقرر توقيع هذا الجزاء إذا لم يكن الخطأ جسيما حتى لو كان الملتزم

-
- (١) مازن ليلو ، مصدر سابق ، ص ١٢٢-١٢٣ .
(٢) مصطلح الإسقاط تبناه مجلس الدولة الفرنسي وخص به عقد التزام المرافق العامة دون سائر العقود الإدارية التي أستعمل في المقابل لها لفظ الفسخ .
(٣) د. فاروق أحمد خماس ، الوجيز مصدر سابق ، ص ١٥٤

مخطئا ، كما أن القضاء يتطلب فضلا عن ذلك الإعذار قبل توقيع الجزاء^(١) ، وأخيرا يراقب القضاء عنصر الملاءمة في هذا الجزاء عند عدم وجود نص يمنح الإدارة سلطة توقيع جزاء الإسقاط^(٢) . مما تقدم يتبين أن هذا الجزاء مقرر أصلا لتلافي الخطر الذي يواجه سير المرفق العام بانتظام واطراد ، إذ توقعه الإدارة بعد أن يتبين عدم جدوى ضمان هذا المبدأ مع المتعاقد ، وهذا الإجراء لا يؤدي إلى زوال المرفق ذلك أن المرفق سيدار أما من قبل الإدارة مباشرة أو من قبل ملتزم جديد ، وحتى الفترة ما بين توقيع الإجراء والمزايدة الجديدة تستطيع الإدارة تولي إدارة المرفق خلالها إذا ما قررت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك^(٣) .

يزاد على ذلك أن عقود المنتفعين تبقى سارية ، وهذا أمر طبيعي لأن الغاية من هذا الإجراء هي ضمان أداء المرفق لخدماته بانتظام واستمرار ، والحقيقة أن القضاء في فرنسا يتطلب في إسقاط الالتزام من قاضي العقد إلا إذا نص العقد أو دفتر الشروط على إعطاء هذا الحق للإدارة^(٤) . وبالتالي فإن الأصل في هذا الجزاء أن يقرره قاضي العقد ، أما في مصر فإن الأمر مختلف ، إذ أن للإدارة أن تقرر إسقاط الالتزام دون حاجة إلى نص العقد بناءً على سلطتها بالتنفيذ المباشر^(٥)

أما في العراق فالنصوص الواردة في القانون المدني التي نظمت عقد التزام المرافق العامة لم تتطرق إلى حالات إسقاط التزام المرفق العام^(٦) .

-
- (١) د. حسين درويش ، أسباب انقضاء العقود الإدارية ، مجلة العدالة ، العدد ٢٩ ، أبو ظبي ، ١٩٨١ ، ص ٤٣ .
 - (٢) د. إبراهيم طه الفياض ، العقود ، مصدر سابق ، ص ٢٣٠ .
 - (٣) د. فاروق أحمد ، الوجيز ، مصدر سابق ، ص ١٤٨ .
 - (٤) مازن ليلو ، مصدر سابق ، ص ١٢٩ .
 - (٥) د. أجمد عثمان ، مصدر سابق ، ص ١٩٨ .
 - (٦) د. فاروق أحمد ، الوجيز ، مصدر سابق ، ص ١٥٣ .

ب. الفسخ الجزائي لعقدي التوريد والأشغال العامة

يرتبط هذا الجزاء كما هو واضح بعقدي التوريد والأشغال العامة ، وهو يأتي غالبا بعد إجراءات الضغط المؤقتة^(١) .



وتوقع الإدارة هذا الجزاء بنفسها دون حاجة للجوء للقضاء إعمالاً لسلطتها بالتنفيذ المباشر ، وبذلك فهو يختلف عن جزاء الإسقاط .

ويعد فسخ العقد أقصى أنواع الجزاءات التي توقعها الإدارة إزاء المتعاقد معها لما يترتب عليه من آثار خطيرة على المتعاقد تصل إلى فقدان التأمين ومطالبة الإدارة له بالتعويض عن الأضرار^(٢) . وفسخ العقد يعد النتيجة الغالبة لجميع العقود عدا عقد الامتياز ، ولخطورة هذا الإجراء أيضا فإن القضاء قد أحاطه بإقاعه بقيود ، أولها أن يكون هنالك إخلال جسيم من المتعاقد^(٣) ، ومن صور ذلك وقف التوريد ، التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة وغير ذلك ، ويتطلب فضلا عن ذلك إعدار المتعاقد قبل توقيع الجزاء ، وصدور قرار إداري صريح ومكتوب بالفسخ .

(١) نقول غالبا لأن هذا الإجراء لا يتطلب بالضرورة أن يسبقه إجراء من إجراءات الضغط المؤقتة .

(٢) د. عبد الغني بسيوني ، مصدر سابق ، ص ٥٥٦ - ٥٥٧ .

(٣) د. حسين درويش ، السلطات المخولة لجهة الإدارة ، مصدر سابق ، ص ١٨٣ .

المبحث الثاني

الضمانات التي تراعى فيها مصلحة المتعاقد (نظرية الظروف الطارئة) .

إذا كان الغرض من تخويل الإدارة سلطات واسعة في ميدان العقد الإداري تجاه المتعاقد معها ، كسلطتها في الرقابة والتوجيه وسلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها هو ضمان سير المرفق العام موضوع العقد ، فإن الغرض ذاته يقتضي إحاطة المتعاقد بقدر من الحماية في مواجهة الإدارة لكي يتمكن من الاستمرار في تنفيذ التزاماته ، وإذا كان ذلك يحقق مصلحة

المتعاقد ، فإنه في الوقت نفسه يحقق المصلحة العامة ، إذ أن المتعاقد ليس إلا معاون للإدارة في تنفيذ العقد الذي أبرم لغرض تسيير المرفق العام ، وهذا ما دعا مجلس الدولة الفرنسي إلى ابتداع نظرية الظروف الطارئة لكي يشجع الأفراد على التعاقد مع جهة الإدارة دون خوف مما قد يحيط بتنفيذ العقد من صعوبات قد تؤدي إلى إصابتهم بخسائر فادحة ٠٠٠ ولغرض فهم تفاصيل هذه النظرية فقد ارتأينا تقسيم هذا المبحث على مطلبين هما :

المطلب الأول : مفهوم نظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها .

المطلب الثاني : آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

المطلب الأول : مفهوم نظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها .

يمثل ضمان دوام سير المرفق العام عاملا بارزا الأثر في اجتهد القاضي الإداري عند صياغته لمعظم نظريات القانون الإداري ، وتعد نظرية الظروف الطارئة من أكثر النظريات ارتباطا بهذا المبدأ إذ نشأت بهدف تفادي أي خلل في سير المرافق ، الأمر الذي يؤثر سلبا في حياة الجمهور لكونها السبيل الوحيد لإشباع الحاجات العامة للمواطنين مما يستدعي استمرارها في تقديم خدماتها وعدم توقفها تحت أي ظرف ، ولكون العقود الإدارية ذات صلة وثيقة بتنظيم سير المرافق العامة لذا يجب معالجة الظروف التي تعترض تنفيذها^(١) .

و بناءً على ما تقدم سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين هما :

الفرع الأول : مفهوم نظرية الظروف الطارئة .

الفرع الثاني : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

الفرع الأول : مفهوم نظرية الظروف الطارئة وسوف نقسمه إلى :-

أولا : نشأة نظرية الظروف الطارئة .

ثانيا : الاعتبارات التي أسهمت في ظهورها .

أولا : نشأة نظرية الظروف الطارئة :

الأصل الذي يسود العقود المدنية أن العقد شريعة المتعاقدين إلا أن مجلس الدولة الفرنسي وقف عاجزا إزاء شدة هذه القاعدة عن حل قضية غاز بور دو ، لأن التمسك الصارم بتلك القاعدة من شأنه أن يؤدي إلى إفلاس الشركة الملتزمة وعجزها عن مواصلة تنفيذ التزاماتها مما يعني توقف الخدمة ، وإزاء هذا الوضع قرر المجلس الخروج عليها تحقيقا للصالح العام فابتدع نظرية الظروف الطارئة^(٢) .

(١) د. إبراهيم طه الفياض ، العقود ، مصدر سابق ، ص ٢٦٨ ، د. إبراهيم عبد العزيز شيحا ، مصدر سابق ، ص ٣٧٢ .

(٢) د . هاني الطهراوي ، مصدر سابق ، ص ٣٠٤ وما بعدها ، د. أنور احمد ، القانون الإداري السعودي ، ١٩٨٨ ، ص ٣٠٧

وهذه النظرية هي نظرية قديمة يعود أصلها التاريخي إلى القرون الوسطى إذ كان رجال الكنيسة يرون ضرورة استمرار العدالة بين المتعاقدين عند تنفيذ العقد ويرتبون على الظروف الطارئة أثارا قانونية ، وقد أقاموا النظرية على قاعدة مفترضة لديهم في كل العقود مفادها أن تنفيذ العقد طبقا لما اتفق عليه مشروط بعدم تغير الظروف السائدة عند التعاقد ، فإذا تغيرت الظروف لزم تعديل العقد لمواجهة الظروف الجديدة ، كما عرف رجال الفقه الإسلامي نظرية الحوادث الطارئة في بعض العقود ، ففي المذهب المالكي والحنبلي نجد تطبيقا للنظرية تحت معنى الجوائح ، أما في المذهب الحنفي فينفسخ عقد الإيجار بالعدر ، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلزمه بالعقد^(١) أما المذهب الجعفري فلم يأخذ بنظرية العذر بل كان يجيز الفسخ في حالة استحالة تنفيذ المعقود عليه فعلى سبيل المثال يجوز فسخ العقد إذا

أصابته الأرض أفة أفستتها إلا أنه لا يجوز الفسخ إذا أفستت الأفة الزرع ، لأنها لحقت المنفعة وهي مال المستأجر (٢) .

أما القضاء المدني فقد رفض الأخذ في هذه النظرية متمسكا بمبدأ القوة الملزمة للعقد على الرغم من المحاولات المتكررة للأخذ بها من قبل المحاكم واستمر هذا الحال حتى تدخل المشرع الفرنسي ونص عليها صراحة في تشريعات محددة ، ويعود ذلك إلى أن القاضي المدني مقيد بالنصوص ولا يستطيع الخروج عنها بعكس القاضي الإداري فيتمتع بحرية واسعة لعدم تقيده بنصوص تشريعية مما يتيح له مواجهة ما يستجد من ظروف مراعيها في ذلك تحقيق الصالح العام الأمر الذي يجعل أحكامه أقرب إلى التشريع (٣) .

تعني نظرية الظروف الطارئة أن يستجد أثناء تنفيذ العقد حوادث استثنائية عامة دون أن تكون متوقعة وقت إبرامه وتؤدي إلى زيادة الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد فتجعل تنفيذ العقد مرهقا بدرجة كبيرة مما يؤدي إلى انهيار التوازن المالي للعقد ، فيكون للمتعاقد مع

(١) د.عدنان إبراهيم و د . نوري حمد ، شرح القانون المدني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٦٢ .

(٢) د. عبد السلام الترماني ، نظرية الظروف الطارئة ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٧١ ، ص ٥٩

(٣) د. محمود حلمي ، موجز مبادئ ، مصدر سابق ، ص ٢٣٣

بقائه ملتزما بدقة بتنفيذ العقد أن يطالب الإدارة بمساعدته كي يتغلب على تلك الحوادث .
تطبق نظرية الظروف الطارئة على العقود التي يستغرق تنفيذها فترة من الزمن بحيث قد تطرأ خلالها ظروف تؤثر في اقتصاديات العقد ، لذلك فإن عقد الالتزام هو مجال تطبيق النظرية على الوجه الأكمل ومع ذلك فإن نطاقها يتسع لعقود النقل وعقود الأشغال العامة والتوريد وإن كان من النادر تطبيقها على عقود التوريد لأن تنفيذها يستغرق مدة قصيرة (١)

ثانيا : الاعتبارات التي أسهمت في ظهور نظرية الظروف الطارئة .

هناك اعتبارات عديدة أسهمت في ظروف النظرية منها :

١. ضمان استمرار أداء المرفق العام لخدماته بانتظام لما يترتب على توقفه من آثار سلبية تنعكس على مجمل الجوانب الاقتصادية والسياسية لأن ذلك يعد إخلالا بواجب من أهم واجبات الدولة^(٢).

٢. أن تطبيق القواعد المدنية عند حدوث ظرف طارئ وعدم مساعدة المتعاقد على الرغم من التكاليف الباهظة سوف يؤدي حتما إلى انهيار التوازن المالي للعقد وعزل المتعاقد عن الاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية ، الأمر الذي ينتج عنه توقف سير المرفق العام .

٣. في حالة إعفاء الملتزم وإعادة الالتزام فإن ذلك سوف يؤدي إلى تكاليف إضافية على الإدارة تعادل أو تزيد على مبلغ التعويض التي تطالب به الشركة الملتزمة لأنها سوف تضطر أن تعهد بإدارة المرفق إلى ملتزم آخر أو تتولى بنفسها تأمين إدارته .

٤. إن وقوف الإدارة موقفا سلبيا إزاء الطرف الطارئ على الرغم من عدم ارتكاب الملتزم خطأ يبرر حرمانه من حقوقه التعاقدية ينطوي في آن واحد على إنكار للعدالة وإخلال بسير المرفق مما يقتضي من الإدارة أن تتقدم المساعدة إلى المتعاقد لتضمن استمراره في تنفيذ العقد^(٣)

(١) مارسولون بروسبير في جي برييان، مصدر سابق ، ص ١٦٦

(٢) د. فاروق أحمد ، الوجيز ، مصدر سابق ، ص ١٧١

(٣) د. جان باز ، مصدر سابق ، ص ٣٣٢

٥. أن تنفيذ العقد وأن أصبح مرهقا للمتعاقد نظرا لما يتكبده من خسائر استثنائية إلا أنه ليس مستحيلا مما يعني أنه لا يبرر فسخ العقد . كل هذه الاعتبارات دفعت مجلس الدولة الفرنسي إلى ابتداع نظرية الظروف الطارئة وإرساء دعائمها من خلال حكمه المشهور في قضية غاز بوردو^(١) وازدهرت هذه النظرية بعد ذلك في ميدان العقود الإدارية في الوقت الذي رفض فيه القضاء الفرنسي تطبيقها على العقود المدنية وفي ذلك يقول أحد الفقهاء الفرنسيين :

(أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يرجع إلى اعتبارات خاصة بالقانون العام – ضمان السير المستمر للحياة الوطنية وهذه الاعتبارات غير موجودة في القانون الخاص . فالأفراد متساوون أمام هذا القانون ولا يجوز لأي منهم التخلي عن تنفيذ تعهداته إلا في حالة القوة القاهرة فإذا

سمحنا للمدين بأن يمتنع عن تنفيذ التزاماته . بدعوى أن التنفيذ أصبح مجحفاً وسيحمله تكاليف كثيرة ، فأننا نكون قد نقلنا هذه التكاليف وتلك المخاطر من عاتق المدين إلى الدائن وإذا كان تنفيذ العقد على الرغم من الظروف الطارئة يؤدي إلى إنزال الخسارة بالمدين فإن عم تنفيذه أيضا يؤدي إلى خسارة الدائن ولا يوجد سبب لتفضيل أحد المتعاقدين على الآخر في العقود المدنية (٢).

(١) خلاصة القضية أن ارتفاع أسعار الفحم الحجري المستعمل لتوليد الغاز أبان الحرب العالمية الأولى أثر تأثيرا بالغاً على وضع الشركة المالي فطلبت الترخيص لها لرفع الرسوم فردت بلدية بوردو طلبها عندئذ طلبت هذه الشركة منحها تعويضا عن الخسارة التي قد تصيبها من إبقاء الرسوم القديمة على حالها فردت مدينة بوردو هذا الطالب ، فتقدمت الشركة بدعوى أمام محكمة الجيرونند الإدارية والتي يطلق عليها مجلس المديرية طالبة الحكم على مدينة بوردو بالتعويض فردت هذه المحكمة دعواها ، فاستأنفت الشركة حكمها لدى مجلس الدولة الذي نقضه وقرر أن للشركة الحق بتعويض غير كامل لأنه يجب أن تخصم الخسارة المعقولة المفروض حصولها في كل عقد إذا ما نفذ في ظروف عادية ، وللمزيد حول هذه القضية ينظر مارسولون بروسبير في جي بريان، مصدر سابق ، ص ١٦٣ (٢) محمد عبد الحميد أبو زيد ، دوام سير المرافق ، مصدر سابق ، ص ٢٢٩

وفي مصر فقد طبق مجلس الدولة المصري النظرية على العقود الإدارية بعد منحه صلاحية النظر في العقود الإدارية ، أما العقود المدنية فقد بقي القاضي المدني يرفض ، تطبيق النظرية بصددتها إلى أن تدخل المشرع بالنص عليها صراحة (١) .

أما في العراق فقد سبق أن أشرنا إلى أن المشرع العراقي في قانون مجلس شورى الدولة المرقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ قد استبعد النظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية من ولاية القضاء الإداري خلافا لما عليه الحال في جميع الدول التي تتبع نظام القضاء المزدوج مما يعني أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يدخل في صلب اختصاصات القضاء المدني ، الأمر الذي أدى

إلى اللبس والغموض بشأن تطبيق هذه النظرية مما أدى إلى صدور أحكام متناقضة في قضايا متشابهة .

(١) نظم المشرع المصري نظرية الظروف الطارئة لأول مرة في القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ إذ نصت المادة السادسة منه على أنه (إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدرا وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول)

أما القانون المدني المصري فقد نص بالمادة ١٠٢ منه على ما يلي (١ . العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون .

٢ . ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن بالوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا جاء مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسائر فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك) .

الفرع الثاني

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لغرض تلافي أو تجنب ما قد ينشأ من كثرة التمسك بتطبيق النظرية فقد وضع القضاء وتبعه المشرع في ذلك شروطا عديدة ينبغي توفرها لإمكان تطبيق النظرية ، وهذه الشروط هي :



١. أن يقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه حادث استثنائي عام :

والمقصود بالحادث الاستثنائي أن يكون مغايرا للمألوف وقليل الوقوع و لا يتفق مع السير الطبيعي للأمر^(١) .

وتعد ندرة وقوع الحادث قرينة على استثنائيته كما هو الحال بالنسبة للحرب ، ويشترط في الحادث الاستثنائي أن يكون عاما بمعنى أنه يجب أن يكون شاملا لطائفة من الناس لا أن يكون مقتصرًا على المدين فقط ، غير أنه لا يشترط أن يعم في جميع البلاد^(٢) وشرط العمومية هنا يتعارض مع الغاية التي استهدف القضاء تحقيقها عند صياغته لنظرية الظروف الطارئة وهي ضمان استمرار سير المرافق العامة من خلال تمكين المتعاقد من المثابرة على تنفيذ التزاماته التعاقدية لأنه يؤدي في كثير من الأحيان إلى تعطيل سيرها نتيجة لعجز المتعاقد عن الاستمرار في تنفيذ العقد تحت وطأة الحادث الطارئ لعدم التحقق شرط العمومية فيه ، وكان الأولى بالمشرع العراقي أن يكتفي باستثنائية الحادث دون أن يشترط فيه أن يكون عاما ، خاصة وأن أثر تطبيق النظرية لا يتعدى الحكم بتعويض جزئي للمتعاقد المضار من جراء الحادث الطارئ في حين لا نجد مثيلا لهذا الشرط في حالة القوة القاهرة على الرغم من أن تحققها يؤدي إلى فسخ العقد وانقضاء الالتزام لا مجرد التعويض^(٣) .

(١) د. عصمت عبد المجيد ، أثر تغير قيمة النقد في الالتزامات النقدية ، مجلة القانون المقارن العدد ٣٢ ، بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٥ .

(٢) د. غازي عبد الرحمن ، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٨٦ ، ص ٧٩ .

(٣) د. عصمت عبد المجيد ، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها ، مكتبة الثقافة القانونية ١٩٩٣ ، ص ٣٤ .

والحادث الاستثنائي العام لا يشترط فيه أن يكون ذا طبيعة اقتصادية وإنما يكفي أن يكون له تأثير اقتصادي بغض النظر عن طبيعته فقد يكون الحادث طبيعيا كالزلازل والفيضانات وقد يكون إجراء إداريا أو تشريعيا أو إجراء عسكريا كالحرب^(١)

ويرى جانب من الفقه في مصر عدم اعتبار التشريعات التي يكون من شأنها التأثير في التوازن الاقتصادي من الحوادث الاستثنائية غير المتوقعة ويرفضون تطبيق نظرية الظروف الطارئة بصدد تلك الحوادث في حين يرى جانب آخر من الفقه اعتبارها من الحوادث غير المتوقعة والتي يجب أن تؤدي إلى تطبيق النظرية عند توافر بقية شروطها^(٢) .

وقد جرى القضاء المصري على هذا الرأي وأيدته الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري التي ذهبت في فتوى لها (يعد قرار مجلس الوزراء بتخفيض قيمة الجنيه المصري بالنسبة إلى الدولار حادثاً استثنائياً إذا لم يكن في وسع المتعاقدين توقعه حين إبرام العقد ، ومع التسليم الجدلي بأنه كان مفروضاً على المتعهد أن يتوقع التجاء الحكومة إلى خفض العملة المصرية فإن مدى هذا التخفيض لم يكن من المستطاع التكهّن به ومن ثم فإنه يحتمل أن تكون نتائج هذا الإجراء ومدى تأثيره في التوازن المالي قد تجاوزت ما كان مفروضاً أن يتوقعه المتعهد حين العقد وفي الحالتين إن كانت خسارة المتعهد قد جعلت تنفيذ التزامه أمراً مرهقاً مهدداً له بخسارة فادحة كان على الطرف الآخر أن يشاركه في تلك الخسارة بالقدر الذي يحد منها ويردها إلى الحد المعقول^(٣) .

-
- (١) قرار محكمة التمييز المرقم ٨٤١ / مدنية أولى / ٩٢ في ١٩٩٢/٨/٢٤ ، إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، ص ١٩٤ .
- (٢) د. حنفي محمد غالي ، نظرية الظروف الطارئة وعمل الأمير ، ومدى انطباقها على عقود بيع أملاك الحكومة ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة الثانية ، العدد الثالث ، ١٩٥٨ ، ص ١٣٣ .
- (٣) د. أحمد سمير أبو شادي ، مجموعة المبادئ الجمعية ، مصدر سابق ، ص ٧٥٩ .

أما في العراق فيذهب الرأي الراجح إلى عدها من الحوادث الاستثنائية التي تؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة وهذا الاتجاه هو السائد في قضاء محكمة التمييز^(١) .

والحادث الاستثنائي يجب أن يقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه فلا يعتد بالحادث الذي يقع بعد اكتمال تنفيذ العقد لعدم تحقق شرط الإرهاق ، كما أنه إذا تم التعاقد في ظل ظرف استثنائي فإنه يتعذر على المتعاقد التمسك بتطبيق نظرية الظروف الطارئة بزعم وجود ظروف غير متوقعة .

ومقتضى هذا الشرط أن لا يكون لإرادة أحد المتعاقدين دخل في وقوع الظرف الطارئ، واستقلال الظرف الطارئ عن التعاقد يعني أن لا يكون قد نتج عن فعل التعاقد نفسه أو عن تقصيره في مواجهة الحادث الطارئ وتلافي آثاره وبخلاف ذلك فإنه يتعذر عليه الاستفادة من تطبيق النظرية لأن تطبيقها يعد مكافأة له على إهماله أو خطأه^(٢).

أما إذا كان التعاقد قد ساهم جزئياً في وقوع الحادث الطارئ أو في تضخم آثاره فإن على القاضي أن يأخذ ذلك في نظر الاعتبار عند تقرير التعويض أما إذا نتج الحادث الطارئ عن فعل الإدارة ذاتها فإن كان ذلك عن خطأ منها فإنه تلزم بالتعويض على أساس خطأها أما إذا كان دون خطأ منها فإنه تكون ملزمة بالتعويض طبقاً لنظرية فعل الأمير^(٣).

(١) ينظر قرار محكمة التمييز، ٢٠٩ / هيئة عامة أولى / ٧١، في ١٩٧٢/٥/٢٧، د. إبراهيم

المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مطبعة العمال المركزية، بغداد، مطبعة العمال المركزية، بغداد، ص ٤٨٨.

(٢) د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، مصدر سابق، ص ٧٦٦.

(٣) د. زين العابدين بركات، مصدر سابق، ص ٦٢٣-٦٢٤.

٣. أن يكون الحادث الاستثنائي غير متوقع

ومفاد هذا الشرط أن لا يكون في وسع أحد المتعاقدين توقع حدوث الظرف الطارئ عند إبرام العقد، وعدم التوقع للظرف الطارئ يعني أنه يجب أن يتجاوز كل الحسابات التي تخطر في ذهن المتعاقدين وقت التعاقد ومسألة التوقع أو عدمه ترجع لتقدير القاضي بعد النظر إلى الظروف والملابسات التي أحاطت بالمتعاقدين، وقد يحدث أحياناً أن يكون الظرف الطارئ في ذاته متوقعاً غير أن مداه وأثره غير متوقع الأمر الذي يؤدي في حالة استمراره إلى تهديد سير المرفق العام بالتوقف نتيجة لعجز التعاقد عن الاستمرار في تنفيذ التزاماته بمقتضى العقد، وقد تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي إزاء هذا الشرط إذ كان يشترط لتطبيق النظرية أن يكون

الظرف الطارئ غير متوقع إلا أن موقفه هذا قد تغير اعتباراً من حكمه في قضية (hospice devienn) عام ١٩٤٨ إذ أصبح يكفي لتطبيقها باشتراط كون آثار الظرف الطارئ غير متوقعة وان كان الظرف متوقعاً في ذاته ، وقد تأثر القضاء الإداري المصري بموقف نظيره الفرنسي ، فقد جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر عام ١٩٦٢ (إن ارتفاع الأسعار وان كان متوقعاً في ذاته إلا أن مدى هذا الارتفاع لم يكن في الوسع توقعه)^(١) . ويعد القضاء العراقي الحرب ظرفاً استثنائياً غير متوقع إلا أنه إذا تم التعاقد في ظل ظرف استثنائي فإنه يتعذر على المتعاقد التمسك بتطبيق النظرية بحجة وجود ظروف استثنائية غير متوقعة^(٢) .

- (١) د. زين العابدين بركات ، مصدر سابق ، ص ٦٢٣
- (٢) وفي مصر قضت محكمة القضاء الإداري في حكم لها بأنه (لا شبهة في أن قيام الحرب يعد من الحوادث الاستثنائية التي يكن في الوسع توقعها ٠٠ ولكنها في حكم آخر قضت بأنه) وعلى ذلك الاعتداء الثلاثي على مصر كان أمراً يجب أن يتوقعه المدعي عند إبرام العقد إذ كان موقف سوريا من شقيقتها ٠٠) ، ينظر . د. محمد فؤاد عبد الباسط ، مصدر سابق ، ص ٨٨٦ .

فقد جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق بأنه (تعد الحرب العدوانية على القطر من الحوادث الاستثنائية التي تحكمها نظرية الظروف الطارئة ويتعين الاستعانة بالخبراء لتحديد النسبة التي ينبغي إنقاص الالتزام بموجبها)^(١) .

ويترتب على كون الحادث الاستثنائي غير متوقع عدم استطاعة دفعه فإذا كان من الممكن دفعه فلا يمكن التمسك بتطبيق النظرية لأنه كان بإمكان المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزاماته لولا إهماله أو خطؤه لعدم مواجهة الظرف الطارئ أما . وقد أهمل فعليه أن يتحمل نتيجة إهماله أو خطؤه^(٢)

٤. أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمتعاقد نتيجة الظرف الطارئ والمقصود بهذا الشرط أن الظرف الطارئ يجعل تنفيذ الالتزام مهدداً بخسارة فادحة أو استثنائية غير مألوفة تفوق ما قدره

المتعاقدان عند إبرام العقد فينتج عن ذلك قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب نتيجة انهيار التوازن المالي ، الأمر الذي يهدد بتوقف سير المرفق العام نتيجة لتوقف تنفيذ العقد (٣) .

وشرط الإرهاق هنا هو شرط موضوعي ينصرف إلى اختلال التوازن بين الالتزامات المتقابلة ولا صلة له بالمركز المالي للمتعاقد خارج نطاق الالتزامات التعاقدية وإن كان البعض يأخذ بالمعيار الشخصي عند تحديد الإرهاق ، والأفضل هو الأخذ بالمعيار المختلط الذي يركز على درجة التناسب بين الالتزامات المتقابلة مع الأخذ بنظر الاعتبار المركز المالي للمتعاقد ولكن بدرجة أقل أي أن تغلب المعيار الموضوعي على المعيار الشخصي ، وشرط الإرهاق هو الذي يميز لنا بين القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة ذلك أن تنفيذ الالتزام في حالة الظروف الطارئة ليس مستحيلاً بل أنه يظل ممكناً غير أنه يؤدي إلى إرهاق المتعاقد ويقوده فيما بعد إلى العجز عن الاستمرار في تنفيذ التزاماته فيتوقف بذلك سير المرفق العام ، أما القوة القاهرة فتجعل تنفيذ العقد مستحيلاً ويترتب على ذلك اختلاف في النتيجة التي تترتب على كل

(١) قرار محكمة التمييز المرقم ، ٨٤١ / مدنية أولى / ٩٢ في ٩٢/٨/٢٤ ، المختار ، مصدر سابق ، ١٩١

(٢) د. عصمت عبد المجيد ، نظرية الظروف الطارئة ، المصدر السابق ، ص ٤١

(٣) د. محمد مرغني خيري ، مصدر سابق ، ص ٢٢٠

منهما ففي الظروف الطارئة يستمر المتعاقد بتنفيذ التزاماته وينشأ له حق في مطالبة الإدارة بالتعويض أما في حالة القوة القاهرة فيفسخ العقد وينقضي الالتزام . غير أن الظروف الطارئة قد تتحول عند استمرارها إلى قوة القاهرة .

ولدى تقدير جسامه الخسارة عند حدوث ظرف طارئ يجب على القاضي أن ينظر إلى العقد بمجموعه مراعيًا جميع عناصره ليصل إلى النتيجة والحساب النهائي للعملية التعاقدية ، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية (يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته واعتبار العقد في ذلك وحدة واحدة ويفحص في مجموعة لا أنه ينظر إلى عناصره فقط ، بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزياً ومعوذاً عن العناصر الأخرى

التي أدت إلى الخسارة ومن ثم فإن انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق منها إلا بعد إنجاز جميع العمليات المتعلقة بالعقد^(١)

وفي حكم لمحكمة تمييز العراق أكدت فيه وجوب النظر إلى العقد كوحدة واحدة إذ تقول (إذا تبين من التحقيقات القضائية التي أجرتها محكمة الموضوع أن ارتفاعاً طفيفاً غير ملحوظ قد طرأ على أسعار بعض المواد الأولية في حين طرأ انخفاض كبير على أجور العمال فإن نظرية الظروف الطارئة لا تكون منطبقة على وقائع الدعوى لعدم تحقق حالة الانهيار الاقتصادي بين التزامات الطرفين^(٢) وفي قرار آخر ذهبت إلى أنه لا مجال لتطبيق حالة الظروف الطارئة إذا كان ارتفاع السعر أو وانخفاضه لم يصل حد الإرهاق ، ولا يكفي لتحقيق الإرهاق

-
- (١) المحكمة الإدارية العليا : طعن رقم ٤٦ لسنة ١٤ ق بتاريخ ١٧/٦/١٩٧٢ مجموعتها في ١٥ سنة ، أشار إليه محمد فؤاد ، المصدر السابق ، ص ٨٨٨ .
- (٢) قرار محكمة التمييز المرقم ٢٢-٢٣ / موسعة أولى / ٨٩ في ٤/٤/١٩٨٩ ، إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، مطبعة الزمان ، ٢٠٠٠ ، ص ١٨٨ .

مجرد فوات الربح على التعاقد لأن احتمال الربح والخسارة قائم في كل الظروف ولكن يجب أن يكون من شأن الخسارة أن تهدد بتوقف المتعاقد عن التنفيذ ومن ثم توقف سير المرفق لقلبها اقتصاديات العقد رأساً على عقب^(١) .

ففي حكم لمجلس الدولة الفرنسي قرر عدم اعتبار زيادة الأعباء بنسبة ٢ % من القيمة الختامية للعقد قد أدت إلى قلب اقتصاديات العقد^(٢) .

ويذهب القضاء العراقي إلى التمييز بين كون التنفيذ عسيراً وبين انهيار التوازن المالي للعقد ويرى أن كون التنفيذ عسيراً لا يحول دون استمرار المتعاقد في تنفيذه وبالتالي لا يستدعي تطبيق نظرية الظروف الطارئة فإذا أدى الظرف الطارئ إلى جعل تنفيذ الالتزام العقدي عسيراً إلا أن هذا العسر لم يكن من الجسامة التي تؤدي إلى خسارة فادحة فإن المتعاقد لا يستحق

التعويض وقد عبرت عن ذلك محكمة التمييز العراقية في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٨١/٥/٣٠ إذ جاء فيه (ليس للمقاول إذا ارتفعت الأسعار للمواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أن يستند إلى ذلك ويطلب زيادة حتى ولو بلغ هذا الارتفاع حدا يجعل من تنفيذ العقد عسيرا ما دام لم ينهار التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين انهيارا تاما بسبب الحوادث التي لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ولم ينعدم الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقولة) . وفي قرارها الصادر في ١٩٨١/٧/٦ قضت بأنه (ليس للمقاول أن يطلب زيادة في الأجر بسبب ارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة ولو أدى ذلك إلى صيرورة التنفيذ عسيرا ^(٣)) .

(١) سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص ١٩٥ .

(٢) C.E.٢ Juily . ١٩٨٢ Societe routier Colas . P.٢٦١ .

نقلا عن مارسولون بروسبير في جي بريان، مصدر سابق ، ص ١٦٦ .

(٣) إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، مطبعة العمال المركزية ، ١٩٨٩ ، ، مصدر سابق ، ص ٤

المطلب الثاني :

آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة

عند تحقق الشروط المتقدمة يقع على عاتق القضاء تطبيق نظرية الظروف الطارئة التي يترتب عليها حق المتعاقد في التعويض إلا أن هذا الأثر مشروط باستمراره في تنفيذ التزاماته . ولغرض الإحاطة بجوانب هذا الموضوع سوف نتناوله بشيء من التفصيل من خلال تقسيمه إلى فرعين هما الفرع الأول : حق المتعاقد في التعويض . الفرع الثاني : استمرار المتعاقد بتنفيذ التزاماته .

الفرع الأول : الحق في التعويض



يترتب على توفر شروط تطبيق النظرية حق المتعاقد في مطالبة الإدارة بالتعويض ولكي يجدد القاضي مقدار التعويض ينبغي معرفة زمان بدأ الحادث الطارئ ويتم ذلك من خلال النظر إلى عناصر العقد مجتمعة وتحديد اللحظة التي تصبح معها خسارة المتعاقد استثنائية أي تتجاوز الحد المتوقع وقت التعاقد ويؤخذ بالاعتبار عند تقدير التعويض ، الأرباح التي حققها المتعاقد قبل وقوع الظرف الطارئ وما يتوقع أن يحصل عليه من أرباح في المستقبل كما يستبعد عند حساب الخسارة ما فات المتعاقد من كسب ، كما تستثنى الخسارة التي لحقت المتعاقد نتيجة خطأ أو إهمال في تنفيذ العقد وبعد ذلك يجري توزيع الخسارة بين المتعاقد والإدارة لأن التعويض في إطار النظرية ليس شاملاً لما أصاب المتعاقد وإنما هو معاون للتعويض لكي يستطيع الاستمرار بتنفيذ العقد أي أن الإدارة لا تتحمل إلا الفرق بين الخسارة العادية والخسارة التي تفوق الحد الأقصى المعقول للأسعار وعلى المتعاقد أن يتحمل الخسارة التي كان من المحتمل حصولها لأنه كان بإمكانه أن يتخذ من الخطوات ما يمكنه من مواصلة تنفيذ العقد دون توقف على الرغم من تلك الخسارة طالما كانت متوقعة .

على أن توزيع الخسارة لا يكون بالمناصفة وإنما تتحمل الإدارة النصيب الأكبر منها^(١) ، وهذا العبء الإضافي الذي تحمله الإدارة لا يعود إلى خطأ منها وإنما يعود أساس التزامها بالتعويض

(١) جان باز ، المصدر السابق ، ص ٣٣١ .

إلى الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وصلة تلك العقود بالمرافق العامة والتي يمثل ضمان استمرارها بأداء خدماتها للجمهور واجبا من أهم واجبات الإدارة ويتميز عن واجبها بتنفيذ القوانين ، ولا يقوم على أسا فكرة التوازن المالي لأنه من مقتضى هذه الفكرة أن يكون التعويض عن كامل الخسارة بينما التعويض طبقاً لنظرية الظروف الطارئة هو تعويض جزئي^(١) . فضلا عن ضمان سير المرافق العامة الذي يشكل الأساس الذي تستند إليه النظرية فإنه تهدف أيضا إلى تحقيق العدالة بين الحقوق والالتزامات وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم قديم لها (أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة ، فرائد الجهة الإدارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة ، وذلك بأن يؤدي التزامه

بأمانة وكفاية لقاء ربح وأجر عادل وهذا يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من عقبات فمفاد هذه النظرية أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد وقلبت اقتصادياته ، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل أثقل عبئا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يحتملها أي متعاقد إلى خسارة استثنائية غير عادية فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها تعويضا جزئيا (٢)

هذا ويفترض عند تطبيق نظرية الظروف الطارئة كون الظرف الطارئ ذي طبيعة مؤقتة وأن تطبيقها ينتهي بزوال هذا الظرف أما في حالة استحالة عودة الظروف إلى وضعها الطبيعي وعدم استطاعة المتعاقد الاستمرار في تنفيذ العقد إلا بالمساعدة الدائمة وثبت استحالة التوازن المالي للعقد بحيث أصبح الاختلال الذي أصابه نهائيا لا يرجى إصلاحه

(١) د. محمود خليل خضير ، مصدر سابق ، ص ٣٣١ .

(٢) د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة ، مصدر سابق ، ص ٥٥٤ .

فلا مناص من فسخ العقد بناءً على حكم قضائي أو قرار إداري^(١) . وقد جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على هذا النهج عند حكمه في قضية ترامواي ثم شير بورغ عام ١٩٣٢ وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الشركة المذكورة تعرضت لحوادث جعلت الاستغلال خاسرا في الفترة الواقعة بين ١٩١٦-١٩٢٢ وعلى أثر ذلك حصلت الشركة على تخويل من المدينة برفع التعريفة وعندما تعذر على الشركة مواجهة الخسائر على الرغم من رفع التعريفة إلى أعلى مستوى ممكن طالبت مجلس الأقليم بمنحها تعويض طوارئ ورفض طلبها وعند نظر القضية استئنفا من قبل مجلس الدولة الفرنسي قرر المجلس (من حيث أن لمانح الالتزام في حالة الظروف الطارئة أن يتخذ الإجراءات الضرورية لمساعدة الملتزم حتى يتم تأمين سير المرفق و لاسيما منحه المساعدات المالية اللازمة لمواجهة الظرف الطارئ ، إلا أن هذه المساعدة لا تجوز إلا إذا كانت الصعوبات مؤقتة وفي حالة كون الظروف الاقتصادية نهائية

... وأنه في هذا الفرض يكون الموقف الجديد حالة قوة القاهرة تخول الملتزم ومانع الالتزام طلب فتح الالتزام مع التعويض^(٢) وبهذا تقترب نظرية الظروف الطارئة من نظرية القوة القاهرة من حيث النتيجة وأن اختلفت في السبب إذ يكون في حالة القوة القاهرة صعوبات لا يمكن التغلب عليها و في الظروف الطارئة اختلال في التوازن المالي لا يجدي علاجه^(٣).

(١) د. عبد الغني بسيوني ، مصدر سابق ، ص ٥٦٧

(٢) مارسولون بروسبير في جي بريبان، مصدر سابق ، ص ٢٥٣-٢٥٤ .

(٣) د. محمود خلف الجبوري ، مصدر سابق ، ٢٠٨

أما القضاء العراقي فقد قيد المشرع سلطته عند تحقق ظرف طارئ ولم يتح له خيار الفسخ و انما منحه سلطة إنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إلا أننا نرى أن القضاء العراقي خرج على حكم النص الوارد في الفقرة الثانية من المادة ١٤٦ إذ نجده في الكثير من قراراته لا يكتفي بإنقاص الالتزام المرهق ، و انما يقضي بزيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، ففي قرار محكمة التمييز الصادر بتاريخ ١٩٨٩/٤/٤ قضت بأنه إذا كان الثابت من وقائع الدعوى والمستندات المبرزة فيها أن التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين قد انهار بسبب حوادث لم تكن في الحسبان فيتعين على المحكمة الاستعانة بالخبراء لتقدير الزيادة في الأجر^(١) لذلك نرى ضرورة تعديل نص الفقرة الثانية من المادة المذكورة بما يتيح للقضاء فضلا عن تعديل العقد سواء بإنقاص الالتزام المرهق أو بزيادة الالتزام المقابل سلطة فسخ العقد إذا تعذر معالجة الاختلال الذي يصيب التوازن المالي للعقد نتيجة الظروف الطارئة

الفرع الثاني : استمرار المتعاقد بتنفيذ التزاماته

تهدف نظرية الظروف الطارئة إلى ضمان استمرار المرفق العام في أداء خدماته من خلال معاونة المتعاقد مع الجهة الإدارية لتمكينه من مواجهة الظرف الطارئ وبذلك يجب على المتعاقد أن يواصل تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد وبعبكسه يتعرض لجزاءات شديدة كغرامات التأخير في حالة توقفه عن التنفيذ محتجا بوجود ظرف طارئ حتى لو كان المتعاقد قد أشرتط على الإدارة استبعاد تطبيق النظرية عند تحقق شروطها لأن أي شرط يرد في العقد أيا كانت طبيعة العقد إداريا أم مدنيا على استبعادها يقع باطلا لمخالفته النظام العام والقواعد الثابتة^(٢) .

(١) إبراهيم المشاهدي ، المختار ، مصدر سابق ، ص ١٨٨

(٢) د. طعيمة الجرف، مصدر سابق ، ص ٢٤٨ .

ويترتب على ذلك أن القاضي الإداري لا يستطيع وقف تنفيذ العقد ، بخلاف القاضي المدني الذي يملك سلطة الحكم بوقف التنفيذ لحين زوال الظرف الطارئ وكذلك له الحق في تعديل العقد للتخفيف من شدة الالتزام المرهق ورده إلى الحد المعقول^(١) ويعود ذلك إلى اختلاف الأساس الذي تقوم عليه النظرية في القانون المدني فهي ترمي إلى حماية مصالح أطراف العقد كما أن ذلك ثابت بنص القانون والقاضي المدني يتقيد بالنص ولا يستطيع أن يحدد عنه خلافاً للقاضي الإداري يتمتع بحرية واسعة في ما يضعه لحلول لمواجهة ما يستجد من ظروف ، ويعود ذلك إلى اتصال الأفضية التي تعرض للقضاء الإداري بالصالح العام فضلا عن أن القضاء الإداري غير مقيد بنصوص تشريعية^(٢) .

وفي حالة حدوث ظرف طارئ واستمرار المتعاقد بتنفيذ التزاماته على الرغم من ما يتعرض له من إرهاب فإن ذلك يقتضي أن تتاح له الفرصة في الحصول على التعويض وهذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي فبعد أن كان يشترط لتطبيق النظرية أن ترد على التزام لم يتم

تنفيذه ويرى عدم انطباقها على العقد إذا كان قد تم فسخه قرر في حكمه الصادر في ١٩٧٦/٣/١٢ إمكان طلب التعويض عن الظروف الطارئة بعد انقضاء الالتزام^(٣).

(١) د. عبد السلام الترماني ، مصدر سابق ، ص ١٦٦ ، وقد نصت على ذلك المادة ٢/١٤٦ من القانون المدني العراقي بقولها (على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام العقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة ، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) وكان الأولى بالمشرع ان ينص على رد الالتزام المرهق وليس إنقاص الالتزام وذلك على غرار ما نص عليه المشرع المصري لأن رفع الإرهاق قد يكون بزيادة الالتزام المقابل وليس فقط بإنقاص الالتزام المرهق .

(٢) حسين محمد جاسم ، نظرية الظروف الطارئة ، مجلة العدالة ، العدد الأول ، السنة الخامسة ، ص ٨٩ .

(٣) مارسولون بروسبير في جي بريبان، مصدر سابق ، ص ١٦٦ .

أما في العراق فيذهب رأي فقهي إلى أن للمتعاقد المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة حتى بعد تنفيذ العقد مستندا إلى ضرورة تبني موقف مجلس الدولة الفرنسي بوصفه هو الذي ابتدع نظرية الظروف الطارئة و أرسى دعائمها وأن دور المشرع العراقي اقتصر على الأخذ بها كما صاغها المجلس المذكور فضلا عن أن العدالة تقتضي عدم حرمان المتعاقد الذي يحترم التزاماته وينفذها كما نص عليها العقد من حقه في التعويض في الوقت الذي تطبق فيه النظرية على المتعاقد المقصر الذي امتنع عن التنفيذ . وهذا ما يؤمن استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته الأمر الذي يؤمن سير المرفق العام ويتفق مع ما يؤكد عليه قضاء محكمة التمييز من ضرورة الاستمرار في تنفيذ العقد فقد قضت في قرار لها بأنه (وبعد التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة تبين أن المميز عليهم نفذوا جزء من الالتزام وتوقفوا عن تجهيز باقي الكميات ... كما تبين أن وزارة الدفاع بسبب هذا التوقف قد اشترت الحنطة والشعير على حسابهم ... ولما كانت المادة ١٤٦ / ٢ مدني تجيز للقضاء ... أن ينقض الالتزام إلى الحد المعقول ومفهوم هذا أن يستمر المتعاقد الذي يشكو الإرهاق في تنفيذ التزاماته حتى يستفيد من تدخل القضاء لتخفيف حدة

الإرهاق فإذا لجأ إلى فسخ العقد مكن جانبه بتوقفه عن تنفيذ الالتزام فإن حقه في التمسك بإعمال نظرية الظروف الطارئة يكون ممتنعاً (في حين يعترض جانب آخر من الفقه العراقي على هذا الرأي ويرى ضرورة فهم النظرية حسبما نص عليها المشرع دون الحاجة للجوء إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي ويذهب إلى عدم انطباق النظرية على المتعاقد الذي يتوقف عن تنفيذ التزامه لأن ذلك يتعارض مع الهدف من النظرية وهو مساعدة المتعاقد على مواصلة تنفيذ التزامه العقدي على الرغم من وقوع الظرف الطارئ ويستند إلى ما قضت به محكمة التمييز في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٦٨/١/٢٧ الذي قضت فيه (أن يستمر المتعاقد الذي يشكو الإرهاق في تنفيذ التزاماته حتى يستفيد من تدخل القضاء لتخفيف حدة الإرهاق فإذا لجأ إلى فسخ العقد من جانبه بالتوقف عن تنفيذ الالتزام كله أو بعضه فإن حقه في التمسك بإعمال نظرية الظروف الطارئة والتماس تدخل القضاء لإنقاذ التزاماته إلى الحد المعقول يكون ممتنعاً)^(١) .

(١) عبد العزيز السهيل ، أحاديث وتعليقات قانونية واجتماعية عامة ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٧٧ ، ص ٧١

كما يرى هذا الجانب عدم جواز تطبيق النظرية على المتعاقد الذي ينفذ التزامه ثم يلجأ إلى القضاء طالبا رفع الإرهاق عنه^(١) .

أما القضاء العراقي فقد اتخذ إزاء ذلك موقفا سلبيا إذ عد في قرارات عديدة له تنفيذ العقد قرينة على انتفاء الإرهاق إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز (إن أحكام نظرية الظروف الطارئة تطبق على الالتزام الذي لم ينقض بعد لأن تنفيذ الالتزام يعد قرينه على أنه لم يكن مرهقا)^(٢) وكان الأجدر بقضائنا العراقي أن يقف موقفا مساندا للمتعاقد كي يشجعه على تنفيذ التزاماته والحرص على ضمان سير المرافق العامة وأن يبتعد عن ذلك الموقف المنتقد له لما له من آثار عكسية على سير تلك المرافق لأنه يدفع المتعاقد إلى التملص عن أداء التزاماته كلما سنحت له الفرصة للاحتجاج بتحقيق ظرف طارئ وما يترتب على ذلك من إرباك طالما أن استمراره بأداء التزاماته دون توقف سوف يحرمه من حقه في التعويض عن الخسارة التي تصيبه من جراء الظرف الطارئ .

- (١) د. عصمت عبد المجيد ، نطاق تطبيق نظرية الحوادث الطارئة في القانون العراقي ، مجلة العدالة ، العدد الثاني ، السنة الخامسة ، ص٥٣٢ .
- (٢) قرار محكمة التمييز الصادر في ١٩٩٠/١١/٢٩ ، إبراهيم المشاهدي ، المختار ... ، مصدر سابق ، ص١٩١ ،

المصادر :
١. المصادر العربية :
أ : الكتب والرسائل
١. الكتب :

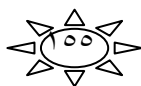
ت	أسم المؤلف	عنوان المصدر	مكان وتاريخ النشر
١.	د. إبراهيم طه الفياض	القانون الإداري	مكتبة الفلاح ، الكويت ، ١٩٨٩
٢.	د. إبراهيم طه الفياض	العقود الإدارية	مكتبة الفلاح ، الكويت ، ١٩٨١
٣.	د. إبراهيم عبد العزيز شيجا	مبادئ و أحكام القانون الإداري اللبناني	الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٣
٤.	د. أحمد رفعت خفاجي	جرائم الرشوة في التشريع المصري القانون والمقارن	مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٧
٥.	د. أحمد سلامة بدر	العقود الإدارية وعقد B.O.T	دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣
٦.	د. أحمد فتحي سرور	الحماية الدستورية للحقوق والحريات	دار الشروق ، القاهرة ، ١٩٩٩
٧.	د. أحمد محمود جمعة	منازعات القضاء التأديبي	منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٥
٨.	د. احمد عبد القادر	القانون الإداري المصري والمقارن	مكتبة النهضة الحديثة ، القاهرة ، ١٩٥٥
٩.	د. احمد عثمان عياد	مظاهر السلطة العامة للإدارة في العقود الإدارية	دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٣
١٠.	د. السيد محمد إبراهيم	رقابة القضاء الإداري على الوقائع	من دون سنة ومكان طبع
١١.	د. السيد محمد مدني	القانون الإداري الليبي	دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٥
١٢.	د. أنور أحمد رسلان	القانون الإداري السعودي	١٩٨٨
١٣.	د. انور احمد رسلان	مسؤولية الدولة عن الأعمال غير التعاقدية	القاهرة ١٩٨٢
١٤.	د. جان باز	الوسيط في القانون الإداري اللبناني	مطبعة فؤاد بيبیان - لبنان ، ١٩٨١
١٥.	د. حسان عبد السميع	الجزاءات المالية في العقود الإدارية	دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢
١٦.	د. حسني درويش	نهاية القانون الإداري عن غير طريق القضاء	دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٨١
١٧.	حسين حمودة المهدي	شرح أحكام الوظيفة العامة	المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان ، طرابلس ، من دون سنة طبع
١٨.	د. حسين درويش	السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري	مكتبة الإنجلومصرية ، القاهرة ، ١٩٦١
١٩.	د. حماد محمد شطا	تطور وظيفة الدولة ، الكتاب الأول نظرية المرافق العامة	ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية ، ١٩٨٤
٢٠.	خالد خليل الظاهر	القانون الإداري	دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ، عمان ، ١٩٩٨
٢١.	د. خالد سمارة الزغبى	القانون الإداري وتطبيقاته في المملكة الأردنية الهاشمية	دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ، ١٩٩٨
٢٢.	د. رمزي طه الشاعر	تدرج البطلان في القرارات الإدارية	دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٦٨



٢٣.	د. زهدي يكن	القانون الإداري	المكتبة العصرية ، من دون سنة طبع
٢٤.	د. زين العابدين بركات	مبادئ في القانون الإداري السوري والمقارن	دار الفكر ، ١٩٧١
٢٥.	د. سامي جمال الدين	اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية	منشأة المعارف - الإسكندرية ، من دون سنة طبع
٢٦.	د. سامي جمال الدين	أصول القانون الإداري	ج ٢ ، دار المطبوعات الجامعية - القاهرة ، ١٩٩٦
٢٧.	د. سعيد عبد الكريم مبارك	مسؤولية المفاوض الثانوي وفقا لأحكام القانون المدني والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية	بغداد ، ١٩٩٠
٢٨.	د. سليمان الطماوي	مبادئ القانون الإداري	دار الفكر العربي - القاهرة ، ١٩٧٣
٢٩.	د. سليمان الطماوي	مبادئ القانون الإداري المصري والعربي	القاهرة ، ١٩٦١ ،
٣٠.	د. سليمان الطماوي	القضاء الإداري (قضاء الإلغاء)	القاهرة ، من دون سنة طبع
٣١.	د. سليمان الطماوي	النظرية العامة للقرارات الإدارية	دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٤
٣٢.	د. سليمان الطماوي	دروس في القضاء الإداري وقضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام	دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٤
٣٣.	د. سليمان الطماوي	الأسس العامة للعقود الإدارية	دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٥٧
٣٤.	د. سليمان سليم بطارسة	نظام الوظيفة العامة في المملكة الأردنية الهاشمية	الطبعة الأولى ، عمان ، ١٩٩٨
٣٥.	د. شاب توما منصور	القانون الإداري	مطبعة سليمان الأعظمي - بغداد ، ١٩٧٦
٣٦.	د. صلاح الدين عبد الوهاب	جرائم الرشوة في التشريع المصري	دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٥٧
٣٧.	د. طعيمة الجرف	القانون الإداري	دار النهضة العربية - القاهرة ، ١٩٨٥
٣٨.	طلال عامر المهتار	مسؤولية الموظفين ومسؤولية الدولة في القانون المقارن	من دون مكان و سنة طبع
٣٩.	د. عادل أحمد الطائي	المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها	دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩
٤٠.	د. عادل عزت السنجقلي	عقود الاستشارات الهندسية	منشورات مركز البحوث القانونية ، بغداد ، ١٩٨٣
٤١.	عبد الرحمن شكر الجوراني	جريمة اختلاس الأموال العامة في التشريع والقضاء العراقي	مطبعة الجاحظ ، بغداد ، ١٩٩٠
٤٢.	د. عبد الرحمن نور جان الأيوبي	القضاء الإداري في العراق ، حاضره ومستقبله	دار مطابع الشعب ، بغداد ١٩٦٥
٤٣.	د. عبد السلام الترماني	نظرية الظروف الطارئة	دار الفكر ، سوريا ، ١٩٧١
٤٤.	عبد العزيز السهيل	أحاديث وتعليقات قانونية واجتماعية عامة	مطبعة الجامعة - بغداد - ١٩٧٧



٤٥ .	د. عبد الغني بسيوني	القانون الإداري	منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩١
٤٦ .	د. عبد الفتاح حسن	التأديب في الوظيفة العامة	دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤
٤٧ .	د. عبد القادر الشبخلي	النظام القانوني للجزاء التأديبي	دار الفكر للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٨٣
٤٨ .	د. عبد القادر الشبخلي	القانون الإداري	دار بغدادي للطباعة والنشر ، عمان ، ١٩٩٤ ،
٤٩ .	د. عبد القادر الشبخلي	القانون التأديبي وعلاقته بالقانون الإداري والجنائي	دار الفرقان للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٨٣ ،
٥٠ .	عبد المحسن السالم	العقوبات المقنعة بين المشروعية وتعسف الإدارة	مطبعة الشعب ، بغداد ، ١٩٨٦
٥١ .	د. عبد الواحد كرم	قانون العمل في التشريع الأردني	دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٨
٥٢ .	د. عدلي تادرس	الإدارات القانونية	دار الجامعات المصرية ، الاسكندرية ، ١٩٧٣
٥٣ .	د. عدنان إبراهيم و د . نوري حمد	شرح القانوني المدني	دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان ٢٠٠٠ ،
٥٤ .	عدنان إبراهيم ود. نوري حمد	شرح القانون المدني	دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠٠٠ ،
٥٥ .	د. عزيزة الشريف	دراسات في نظرية العقد الإداري	دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع
٥٦ .	د. عصمت عبد المجيد	نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها	الثقافة القانونية ، بغداد ، ١٩٩٣
٥٧ .	علي خليل إبراهيم	جريمة الموظف العام الخاصة للتأديب في القانون العراقي	دار واسط ، لندن ، بلا
٥٨ .	د. علي محمد إبراهيم	الوظيفة العامة ، الخدمة المدنية شرح وتعليق	المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٨٩
٥٩ .	د. علي محمد بدير ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي ود. مهدي ياسين السلامي	مبادئ و أحكام القانون الإداري	بغداد ، ١٩٩٣
٦٠ .	د. عمرو فؤاد أحمد بركات	القانون الإداري	شركة سعيد رأفت للطباعة ، القاهرة ١٩٨٥ ،
٦١ .	د. غازي عبد الرحمن	التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه	دار الحرية للطباعة – بغداد ، ١٩٨٦
٦٢ .	د. غازي فيصل	أحكام قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١	مطبعة العزة ، بغداد ، ٢٠٠١
٦٣ .	د. فاروق أحمد خماس و محمد عبد الله الدليمي	الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية	دار الكتب – الموصل ، ١٩٩٢



٦٤.	د. فهمي عزت	سلطة التأديب بين الإدارة والقضاء	عالم الكتب ، القاهرة ، من دون سنة طبع
٦٥.	فؤاد العطار	القانون الإداري ،	ط ٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، من دون سنة طبع
٦٦.	د. كامل السامرائي	القضاء الإداري في العراق	مطبعة أسعد ، بغداد ، ١٩٦٢
٦٧.	د. ماجد راغب الحلو	القانون الإداري	دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية ، ١٩٩٨
٦٨.	د. ماجد راغب الحلو	القضاء الإداري قضاء الإلغاء	القاهرة ، ١٩٩٥
٦٩.	د. ماهر صالح	مبادئ القانون الإداري	جامعة الموصل ، ١٩٩٦
٧٠.	د. محسن خليل	القضاء الإداري (مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري)	بيروت ، من دون سنة طبع
٧١.	د. محسن خليل	القانون الإداري	المكتبة العربية ، بيروت ، ١٩٧٣
٧٢.	د. محمد المتولي	الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق	دار النهضة العربية – القاهرة ، ٢٠٠٤
٧٣.	د. محمد بشير الشافعي	القانون الدولي العام في السلم والحرب	ط ٤ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، من دون سنة طبع
٧٤.	د. محمد حامد الجمل	الموظف العام – فقها وقضاء	دار النهضة العربية – القاهرة ، ١٩٦٩
٧٥.	د. محمد عبد الحميد أبو زيد	الطابع القضائي للقانون الإداري	دار الفكر العربي ، القاهرة ١٩٨٤
٧٦.	د. محمد عصفور	نحو نظرية عامة في التأديب	عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٦٧
٧٧.	د. محمد علي آل ياسين	القانون الإداري	ط ١ ، المكتبة الحديثة ، بيروت ، ١٩٧٣
٧٨.	د. محمد فؤاد عبد الباسط	القانون الإداري	دار الفكر العربي ، ٢٠٠١
٧٩.	د. محمد فؤاد مهنا	القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني	دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٦٧
٨٠.	د. محمد فؤاد مهنا	القانوني الإداري المصري المقارن	ج ١ ، الإسكندرية ، ١٩٥٨
٨١.	د. محمد فؤاد مهنا	مسؤولية الإدارة في تشريعات البلاد العربية	معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، ١٩٧٢
٨٢.	د. محمد ميرغني خيرى	الوجيز في القانون الإداري المغربي	دار المغرب للتأليف والنشر والترجمة ، الرباط ، ١٩٧٨
٨٣.	د. محمود حلمي	موجز مبادئ القانون الإداري	ط ١ ، دار الفكر العربي القاهرة ١٩٧٧
٨٤.	د. محمود حلمي	العقد الإداري	دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٤
٨٥.	د. محمود خلف الجبوري	العقود الإدارية	مطابع التعليم العالي في الموصل ١٩٨٩
٨٦.	د. محمود خلف الجبوري	النظام القانوني للمناقصات العامة	عمان ١٩٩٩
٨٧.	محمود صالح	الموسوعة الإدارية للفقهاء والقضاء ج ١ ، شرح أحكام قانون العاملين المدنيين في الدولة رقم	منشأة المعارف الإسكندرية ٢٠٠٤
٨٨.	د. محمود محمد حافظ	نظرية المرفق العام	القاهرة ، ١٩٨٤



٨٩.	د. مصطفى أبو زيد فهمي	القضاء الإداري	مطابع الثقافة الاسكندرية ، ١٩٧٩
٩٠.	د. مغاوري محمد شاهين	المسائلة التأديبية	عالم الكتب ، القاهرة ١٩٧٤
٩١.	د. مليكة الصروخ	سلطة التأديب في الوظيفة العامة بين إدارة والقضاء	١٩٨٤
٩٢.	د. منير محمود الوتري	في القانون الإداري	ط ١ ، بغداد ١٩٧٦
٩٣.	د . منير محمود الوتري	العقود الإدارية وأنماطها التطبيقية في ظل التحولات الاشتراكية	مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٨٥
٩٤.	د . هاني علي الطهراوي	القانون الإداري	الأهلية للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠١
٩٥.	د . واثبة السعدي	قانون العقوبات – القسم الخاص	بغداد ، ١٩٨٨ – ١٩٨٩
٩٦.	د . يوسف الياس	المرجع العملي في شرح قوانين الخدمة المدنية والانضباط والتقاعد المدني	مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، ١٩٨٤

٢. الرسائل :

ت	أسم الباحث	عنوان الرسالة	مكان وتاريخ الرسالة
١.	حمدي سليمان سحيمان	انقضاء الرابطة الوظيفية في غير حالة التأديب في القانون الأردني	رسالة ماجستير ، بغداد ، ٢٠٠١
٢.	خضر عكوبي يوسف	موقف القضاء العراقي من الرقابة على القرار الإداري	رسالة ماجستير ، بغداد ، ١٩٧٦



٣.	رياض عبد عيسى الزهيري	مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة	رسالة ماجستير ، بغداد ، ١٩٧٥
٤.	سهيل محمد احمد العزام	التخصيصية وأثرها على المرفق العام	رسالة ماجستير ، بغداد ، ٢٠٠٢
٥.	صالح فاتح صالح	استقالة الموظف العام في العراق	رسالة ماجستير ، بغداد ، ١٩٧٦
٦.	صادق محمد علي الحسيني	القرار الإداري المضاد	رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بابل ، ٢٠٠٤
٧.	عارف صالح	نظرية الظاهر في القانون الإداري	رسالة ماجستير ، كلية الحقوق جامعة النهرين ، ١٩٩٨
٨.	عبد الكاظم فارس المالكي	النظام القانوني للمنظمات المهنية في التشريع العراقي	رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة بغداد ، ١٩٩٧
٩.	عبد المجيد فياض	نظرية الجزاءات في العقد الإداري	رسالة دكتوراه ، عين شمس ، ١٩٧٤
١٠.	عصام عبد الوهاب البرزنجي	السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية	رسالة دكتوراه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧١
١١.	علاء الدين محمد	موانع الترقية في الوظيفة العامة	رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٠
١٢.	علي جمعة محارب	التأديب الإداري في الوظيفة العامة	رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٨٦
١٣.	غسان زكي	التنظيم القانوني للتعليم الجامعي الأهلي في العراق	رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بابل ، ٢٠٠١
١٤.	ليث حسن علي	النظام القانوني للتشكل والإجراءات	رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٨٣
١٥.	مازن ليلو راضي	دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري	رسالة دكتوراه ، كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٩٩
١٦.	محمد عبد الحميد أو زيد	دوام سير المرافق العامة	رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٧٥
١٧.	محمد كامل ليلة	نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري	رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ،
١٨.	محمود خليل خضير	المركز القانوني للمقاول الثانوي في العقد الإداري	رسالة دكتوراه ، كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٠
١٩.	نوري محسن الحليفي	الترفيه والترقية في الوظيفة العامة وأثرهما في رفع كفاءة الجهاز الإداري	رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٧٧

ب : البحوث والمحاضرات والمقالات

١. البحوث

ت	أسم الباحث	عنوان البحث	مكان وتاريخ النشر
١.	د . إبراهيم طه الفياض	السلطة الإدارية الرئاسية ، مقوماتها واختصاصاتها	مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ١١ / ع ، ٢٠٠٤
٢.	د . جعفر عبد السلام	تطور النظام القانوني لحقوق الإنسان	المجلة المصرية للقانون الدولي ،



١٩٨٧	في القانون الدولي العام		
مجلة العدالة ، العدد ٤/	حق الإدارة في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقد	حسن عزيز عبد الرحمن	٣.
مجلة العدالة ، أبو ظبي ، ع/١٧ ، ١٩٧٨	الجزاءات المالية في العقود الإدارية	د . حسين درويش	٤.
مجلة العدالة ، أبو ظبي ، العدد/ ٢٩ ، ١٩٨١	أسباب انقضاء العقود الإدارية	د . حسين درويش	٥.
مجلة العدالة ، العدد الأول ، السنة الخامسة	نظرية الظروف الطارئة	حسين محمد جاسم	٦.
مجلة إدارة قضايا الحكومة العدد/٣، السنة الثانية ، ١٩٥٨	نظرية الظروف الطارئة وعمل الأمير ومدى انطباقها على عقود بيع املاك الدولة	د . حنفي محمد غالي	٧.
مجلة الدالة ، ع / ١ ، ١٩٧٥	تأديب الموظفين في القانون العراقي والعربي المقارن	خيرى العمري	٨.
مجلة العدالة ، ع / ١ ، السنة الخامسة	المركز القانوني للموظف العام في القانون العراقي	رياض خليل جاسم	٩.
مجلة الإدارة العامة ، الرياض ، العدد الأول ، ١٩٨٠	الأبعاد التطبيقية للأجراءات التأديبية	د . زياد رمضان	١٠.
مجلة العلوم الإدارية ، ع/١ ، ١٩٥٩	بعض الأفكار الجديدة في مجال الوظيفة العامة	د . سليمان الطماوي	١١.
مجلة العلوم القانونية والسياسية ، بغداد ، ع/١ ، ١٩٨٧	السلطة الإدارية المختصة باتخاذ القرار الإداري	د . شاب توما منصور	١٢.
مجلة العدالة ، ع / ٤ ، السنة الخامسة	المدلول الجنائي للموظف العام	عبد الرحمن شكر الجوراني	١٣.
مجلة القادسية للعلوم التربوية ، ايلول ٢٠٠١	إضرابات عمال النفط في شركة نفط البصرة	عبد الرزاق مطلق الفهد	١٤.
مجلة العدالة ، بغداد ، العدد الرابع ، السنة الخامسة	مشكلة ازدواج الجزاء التأديبي	د . عبد القادر الشخيلي	١٥.
جريدة البيان ، الامارات العربية ٢٠٠٠ / ٣/٩	الوظيفة العامة في حياة الفرد والمجتمع	د . عبد الله محمد محمود	١٦.
	شرط الغرامة في العقود الإدارية	د . عبد المجيد فياض	١٧.
مجلة العلوم القانونية ع/١ ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٠	مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي	د . عصام البرزنجي	١٨.
مجلة العلوم القانونية ، ع / ٢ ، بغداد ، ١٩٩٤	العنصر الشخصي للأمتصاص في القرار الإداري	د . عصام البرزنجي	١٩.
مجلة القانون المقارن ، بغداد ، ع/ ٣٢ ، ٢٠٠٢	أثر تغير قيمة النقد في الالتزامات النقدية	د . عصمت عبد المجيد	٢٠.
مجلة العدالة ، العدد الثاني ، السنة الخامسة	نطاق تطبيق نظرية الحوادث الطارئة في القانون العراقي	د . عصمت عبد المجيد	٢١.
مجلة العلوم القانونية ع/١ ، كلية	محكمة القضاء الإداري في ظل القانون	د . فاروق احمد خماس	٢٢.

القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٠	رقم ١٠٦ لسنة ٨٩		
مجلة نقابة المحامين ، عمان ، ٢٠٠٢	القضاء الإداري	فهد أبو العثم	٢٣.
مجلة العدالة ، العدد الأول ، ٢٠٠٠	حول بعض اجتهادات مجلس الانضباط العام في ظل قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١	د . ماهر صالح علاوي	٢٤.
مجلة العلوم القانونية ع/١ - ٢ ، المجلد التاسع ١٩٩٠	غلط الإدارة البين في تقدير الوقائع ، معياره ورقابة القضاء عليه	د . ماهر صالح علاوي	٢٥.
الحكومة العراقية للقانون ، ع/١ ، ٢٠٠١	العوامل المؤثرة في اجتهاد القانون الإداري	د . ماهر صالح علاوي	٢٦.
مجلة العلوم الإدارية ، ع / ١ ، ١٩٧٤	الحقوق الدستورية في المجال الوظيفي وحق التعبير	د . محمد السيد الدماصي	٢٧.
العلوم الإدارية ، ع/١ ، ١٩٨٣	المصلحة العامة في القانون والتشريع الإسلامي	محمد مصطفى حسن	٢٨.
مجلة الإدارة العامة ، الرياض ، ع / ١٩ ١٩٧٦	حول تأديب الموظف العام	محمود مجدي ابو النعاس	٢٩.
منشورات العدالة ، بغداد ، ع/٤ ، ٢٠٠٣	إشكالية مفهوم النظرية العامة في العراق	د . منذر الشاوي	٣٠.
مجلة ابحاث اليرموك ، العدد الثالث ، ايلول ٢٠٠٠	أهمية القواعد الشكلية و الإجرائية في إعداد القرارات الفردية .	د . موسى شحادة	٣١.
مجلة القضاء ، العدد الأول ، بغداد ، ١٩٨٩	عقود المقاولات الإنشائية - طبيعتها القانونية ووسائل تسوية منازعات تنفيذها	نجدت صبري عقراوي	٣٢.

٢. المحاضرات والمقالات

ت	أسم المؤلف	العنوان	مكان وسنة الطبع
١.	د. عبد الله محمد محمود	الوظيفة العامة في حياة الفرد والمجتمع	جريدة البيان ، الإمارات العربية المتحدة ، العدد الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٣/٩
٢.	د. عزت حافظ الأيوبي	محاضرات في علم الإدارة العامة	كلية الحقوق ، جامعة بيروت ، ١٩٧٤ - ١٩٧٥
٣.	د. عصام عبد الوهاب البرزنجي	الرقابة القضائية على أعمال الإدارة	محاضرات مطبوعة تدرس لطلبة المرحلة الثالثة ، كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٩٥
٤.	د. علي جمعة محارب	محاضرات أقيمت على دورة	المعهد العالي للتطوير الأمني والإداري ،



	مدراء النواحي	بغداد ، ٢٠٠١
٥ .	د. محمد علي جواد	القضاء الإداري
		محاضرات تدرس لطلبة المرحلة الثالثة ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٠٠
٦ .	د. محمد علي جواد	مبادئ وأحكام القانون الإداري
		محاضرات مطبوعة تدرس لطلبة المرحلة الثانية ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، ٢٠٠٢

ثالثا : المجموعات والنشرات القضائية :

ت	أسم المؤلف	العنوان	مكان وسنة الطبع
١ .	إبراهيم المشاهدي	المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز	مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، ١٩٨٩
٢ .	إبراهيم المشاهدي	المختار من قضاء محكمة التمييز	مطبعة الزمان ، بغداد ، ٢٠٠٠
٣ .	إبراهيم سيد أحمد	مبادئ محكمة النقض في القرارات والعقود والمنازعات الإدارية	منشأة المعارف ، الأسكندرية ، ٢٠٠٠



٤.	أحمد سمير أبو شادي	مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في ١٠ سنوات	الدار القومية للطباعة والنشر ، القاهرة ، من دون سنة طبع
٥.	أحمد سمير أبو شادي	مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الإستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة في ١٥ عام	دار الفكر العربي ، القاهرة ، من دون سنة طبع
٦.	النشرة القضائية	العدد الرابع – السنة الخامسة	
٧.	حمدي عبد المنعم	المرجع في أحكام نظام العاملين المدنيين (تشريعا وقضاء وفتوى	دار الفكر الحديث للطبع والنشر ، القاهرة ، ١٩٦٧
٨.	حمدي ياسين عكاشة	الأحكام الإدارية في قضاء مجلس الدولة	منشأة المعارف ، الأسكندرية ، ١٩٩٧
٩.	مارسولون بروسبير في جي برييان	أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ، ترجمة د. أحمد يسري	منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩١
١٠.	مجلة العدالة	أعداد سبقت الإشارة إليها في متن الرسالة	
١١.	مجلة القضاء	العدد الأول – ١٩٨٩	
١٢.	ممدوح طنطاوي	الدعوة التأديبية	المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ٢٠٠١ ،
١٣.	نشرة الديوان والتدوين القانوني	العدد الأول – ١٩٧٣	

ج : القوانين والتعليمات :

١. قانون الموظفين الفرنسي لسنة ١٩٤٦
٢. قانون الموظفين الفرنسي لسنة ١٩٥٩
٣. قانون الوظائف العامة الفرنسي
٤. قانون العاملين المدنيين بالدولة المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١



٥. قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨
٦. قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠
٧. قانون انضباط موظفي الدولة رقم ٦٩ لسنة ١٩٣٦
٨. قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١
٩. القانون المدني المصري
١٠. القانون المدني العراقي
١١. قانون العقوبات الفرنسي لسنة ١٩٦٦
١٢. قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل
١٣. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩
١٤. قانون تعديل قانون مجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩
١٥. قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨
١٦. الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨
١٧. تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطة التنمية القومية في العراق لسنة ١٩٨٨
١٨. تعليمات تعديل تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطة التنمية القومية في العراق للعام ١٩٨٨ عدد ١١ لسنة ٢٠٠٠
١٩. تعليمات المناقصات (الشراء والتجهيز) لدوائر الدولة والقطاع الاشتراكي الصادرة عن هيئة التخطيط العامة لسنة ٢٠١



ثانيا المصادر الفرنسية

١. Georges Vedel – Pirre Delvolve – droit administratif Themis - ١٩٨٢
٢. Lupi : Les positions du fonctionnaire – ١٩٥٦ .
٣. V . Long et Blanc “ Leconomie de la fonction Publique – ١٩٦٩ .
٤. Puisove . Les divers du principe de legalite dans la fonction publique . A.J . ١٩٦١ .
٥. Andre de laubadere – manulel de droit adminstratif . ١٩٨٢ .
٦. Mart in , droit adminstratif . , Dalloz , S.C.D Lyon , ١٩٩٩ .
٧. Andre – flamme : Traite theorique et pratique des marches publics – ١٩٦٩
٨. Benoit – J.P. droit administratif francais – Dalloz . ١٩٦٨ .
٩. J – Georgel : Execution du contrat administratif J.C.A. ١٩٨٦
١٠. J. singer : La motivation des acts administratifs . Revae adinistrtive . ١٩٨٠

بعد أن أنهينا كتابة رسالتنا وجب علينا أن نبين بإيجاز أهم ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات ، وسوف نبدأ بالنتائج ثم ننتقل للتوصيات .

ففيما يتعلق بالنتائج ففي الفصل الأول من دراستنا عند تناولنا في المبحث الأول منه لطبيعة علاقة الموظف بالدولة توصلنا إلى بعض النتائج ، ففيما يخص تعريف الموظف خلصنا إلى أن الموظف هو كل شخص يساهم بعمل في خدمة شخص عام مكلف بإدارة مرفق عام وخلصنا إلى أن المشرع العراقي لم يكن موفقا عند إيراد تعريفه محدد للموظف في ثنايا قانون الخدمة المدنية ، وكان الأجدر به أن يقتصر على الإشارة إلى نطاق تطبيقه وذلك ببيان الأشخاص الذين تنطبق عليهم أحكامه جريا على الاتجاه السائد في معظم التشريعات ذات الصلة بالوظيفة ، ولتجنب ما قد ينشأ عن ذلك من عدم وضوح وتناقض مع بقية التشريعات وخصوصا بعد صدور قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٦٠٣ سنة ١٩٨٧ إذ لم يعد وصف الموظف يقتصر على الشخص المعين في وظيفة دائمة بل أصبح يشمل فضلا عن ذلك الأشخاص الذين يشغلون وظائف ذات طبيعة مؤقتة.

وعند تناولنا لموضوع الموظف الفعلي اتضح لنا وجود تطبيقات عملية كثيرة لهذه النظرية في الواقع العراقي خلال الفترة التي أعقبت سقوط النظام السابق وعلى الرغم من ذلك لم نجد قرارات قضائية تشير إلى تطبيقها من قبل القضاء العراقي ، ولعل ذلك ناجم عن ترده وعدم استيعابه للمبادئ الأساسية للقانون الإداري ، وهذا ما يتعارض مع ضرورة سير المرافق العامة وينطوي على إهدار للمصلحة العامة ، كما اتضح لنا عند التعرض لدراسة النظريات التي بحثت في تكييف علاقة الموظف بالدولة أن المشرع العراقي قد أغفل الإشارة إلى طبيعة تلك العلاقة مما يشكل مأخذا عليه .

أما فيما يخص المبحث الثاني من هذا الفصل فعند دراستنا لموضوع الاستقالة رأينا أن موقف المشرع العراقي في تبنيه قرينة القبول الضمني للاستقالة لا ينسجم مع مصلحة المرفق العام وضرورة سيره بانتظام واطراد ، كما أن نص المادة ٣٥ من قانون الخدمة المدنية لم يكن واضحا بشأن سلطة الإدارة في رفض طلب الاستقالة ، وبشأن الإضراب

لم يعد موقف المشرع العراقي في الحظر المطلق للإضراب مقبولا لأنه أصبح يتناقض مع نص صريح في قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية هو نص المادة ١٣ فقرة هـ . وفيما يخص المطلب الأخير منه وجدنا أن مجلس الانضباط العام قد خطى خطوات محمودة في بسط رقابته لقرارات الإدارة المتعلقة بالعقوبات الانضباطية ، فقد سبق كل من القضاء الفرنسي و المصري في توسيع نطاق رقابته ليشمل رقابة ملائمة العقوبات المفروضة لفعل الموظف ، وسلطته في تعديل العقوبات إذا وجد أنها تنطوي على الغلو ، ومع ذلك فأن هناك ثمة مأخذ على قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ ، منها كثرة الاستثناءات الواردة على ولاية المجلس في رقابته لقرارات العقوبات الانضباطية ،

أما عن نتائج دراستنا للفصل الثاني فنوجزها بما يلي :

في المبحث الأول منه تبين لنا أن المشرع العراقي عند إصداره قانون تعديل قانون مجلس شوري الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ قد استبعد المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية من اختصاص محكمة القضاء الإداري تاركا النظر في تلك المنازعات للقضاء العادي مما أدى إلى صدور أحكام متناقضة في قضايا متشابهة وما ينطوي عليه ذلك من عدم مراعاة للمصلحة العامة نتيجة لما يسود مسلك القضاء العادي من تفضيله للمصالح الخاصة انطلاقا من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، وعدم فهمه لمعظم نظريات القانون الإداري وهذا ما ظهر لنا جليا عند دراستنا لموقفه فيما يتعلق بتحديد النسب التي يجوز للإدارة بمقتضاها أن تفرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد المقصر فتارة تجعل الحد الأعلى لا يتجاوز نسبة معينة وتارة تحدد الحدود الدنيا والعليا ، وقد اختلفت مواقف القضاء من ذلك مما أدى إلى عدم انسجام أحكامه مع مصلحة المرافق العامة .

وفيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة فقد لاحظنا أن المشرع العراقي قد قيد سلطة القاضي في حدود إنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إلا أن القضاء لم يلتزم بحرفية النص القانوني إذ أنه غالبا ما يعتمد إلى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق ، كما أن مسلك القضاء العراقي قد جرى على حرمان المتعاقد من الاستفادة من تطبيق النظرية إذا كان قد أكمل تنفيذ الالتزام ، وهو ما يدفعه إلى التلؤؤ في تنفيذ التزاماته كلما سنحت له فرصة التمسك بحدوث ظرف طارئ .

وبعد أن انتهينا من عرض النتائج نورد أهم التوصيات :



١. ضرورة إعادة النظر في نص المادة الثانية من قانون الخدمة المدنية من خلال تحديد نطاق تطبيق القانون دون إيراد تعريف محدد للموظف بما يرفع التعارض ويحقق الانسجام مع قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٦٠٣ لسنة ١٩٨٧ .
٢. تعديل الفقرة الثانية من المادة ٣٥ من القانون أعلاه ليكون نصها كالآتي :
 - أ . على المرجع أن يبت في طلب الاستقالة (بالقبول أو الرفض) خلال ثلاثين يوما من تاريخ تقديمه ، ويعد سكوته عن إجابة الطلب بعد انتهاء المدة المذكورة رفضا للاستقالة .
 - ب. يعد الامتناع عن إجابة طلب الاستقالة خلال المدة المحددة مخالفة لواجب من واجبات الوظيفة توجب معاقبة المسؤول انضباطيا .
٣. جمع الأحكام المتعلقة بالاستقالة في إطار قانوني موحد وإلغاء جميع القرارات التي تعالج هذا الموضوع لما أدت إليه كثرة هذه القرارات من غموض أحكامها على الباحث فضلا عن الموظف .
٤. إعادة النظر في موقف المشرع العراقي من الإضراب ، وذلك من خلال تنظيم أحكامه بما يوفق بين حق الموظف في التعبير عن رأيه وبين مصلحة المرفق العام المتمثلة في ضمان سيره بانتظام واطراد من خلال وضع الشروط التي تضمن عدم استعماله لإغراض سياسية وإلزام الجهات التي تقوم به بإشعار الإدارة مسبقا بنيتها في القيام بالإضراب وبذلك يتحقق الانسجام مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الذي نص على حق المواطن في الإضراب السلمي .
٥. توسيع ولاية مجلس الانضباط العام لتشمل النظر في جميع قرارات فرض العقوبة من خلال تعديل نص الفقرة خامسا من المادة ١١ من القانون أعلاه .
٦. ضرورة تنظيم أحكام العقود الإدارية في نصوص قانونية تنسجم مع طبيعتها وأهميتها في تنفيذ خطط التنمية القومية على غرار ما جاء في الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية وإضفاء طابع إلزامي على تلك النصوص لتحقيق نوع من التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين ولتأمين مصلحة المرافق العامة وضمان سيرها بانتظام واطراد .



٧. توسيع اختصاص محكمة القضاء الإداري التي تم استحداثها بالقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ ليشمل النظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ورفدها بالكوادر ذات الإطلاع الكافي بمبادئ القانون الإداري .

٨. العمل على تأهيل الكادر القضائي من خلال زجه في دورات تأهيلية يتلقى خلالها التوعية الكافية بالمبادئ الأساسية في القانون الإداري ، كما نقترح جعل أحد شروط القبول في المعهد القضائي ، أن يكون المتقدم حاصلا على شهادة عليا في القانون و نؤكد على ضرورة اعتماد مبدأ التخصص في القضاء العراقي ، أي أن يكون لكل اختصاص قسم مستقل في المعهد القضائي وذلك لخطورة المهام التي يضطلع بها القضاء وأهميتها في حياة المجتمع بأكمله .

٩. ضرورة تحديد الحد الأعلى للغرامة التأخيرية التي تستطيع الإدارة فرضها على المتعاقد المقصر في تنفيذ العقد على أن لا يتجاوز ٢٠ % من مبلغ العقد الكلي مع إلزام الإدارة باتخاذ الإجراءات الكفيلة للإسراع بإنجاز العقد قبل بلوغ الحد الأعلى ، بما في ذلك تشكيل لجان للإسراع على غرار اللجان التي نصت عليها التعليمات عدد ١١ لسنة ٢٠٠٠

١٠. تعديل الفقرة الثانية من المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي ليكون نصها كالآتي : ٢ - (على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين إما أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إذا اقتضت متطلبات العدالة ذلك ، وإما فسخ العقد إذا أصبح الاستمرار بتنفيذه متعذرا ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك (. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

