



جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة بابل / كلية القانون

التوازن في أعمال الادارة القانونية بين الشفافية والسرية

(دراسة مقارنة)

اطروحة تقدمت بها الطالبة

شهلاء سليمان محمد بريسم العادلي

إلى مجلس كلية القانون - جامعة بابل وهي جزء من متطلبات نيل شهادة
الدكتوراه في القانون العام

بإشراف الأستاذ الدكتور

صادق محمد علي حسن الحسيني

٢٠٢٢م

١٤٤٤هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

...إِنْ أَرِيدُ إِلَّا إِصْلَاحُ مَا
اسْتَطَعْتُ وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ
تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ

صدق الله العلي العظيم

سورة هود: من الآية (٨٨)

الاهداء

إلى ... روح والدي الغالي في جنة الخلد إن شاء الله... بالرغم من أن
الجميع حولي إلا إنك ستظل أبدا بداخلي....

إلى ... من كانت لي ملاذا وحضنا دافئا... والدتي الغالية... فهل أوفيتك
لو اهديتك من سفرك سطرأ... حفظك الله لنا

إلى ... قطعة من روحي ... أخواتي (شيماء ولمياء) وأخوتي (عماد وإياد
ومحمد) ... أدامكم الله سنداً لي

إلى... من كان لي أهلاً وخلاً وداراً إلى وطني العراق حباً وألماً وأملاً ...

الشكر والعرفان

(رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ) (*)

الحمد لله الذي علم بالقلم علم الانسان ما لم يعلم، والصلاة والسلام على سيدنا (محمد) وعلى آله وصحبه أجمعين.

بعد أن أتم الله نعمته علينا والانتهاء من كتابة هذا البحث، لا يسعنا إلا أن نتقدم بوافر شكرنا وتقديرنا إلى كل من مد لنا يد العون في سبيل انجاز هذا المجهود العلمي المتواضع وفي مقدمتهم الاستاذ الدكتور (ميري كاظم عبيد الخيكاني) عميد كلية القانون بجامعة بابل، والى الاستاذ الدكتور (صادق محمد الحسيني) صاحب الأخلاق الرفيعة لتفضله بالإشراف على هذه الدراسة ولجهوده العلمية المبذولة وملاحظاته القيمة والبناءة التي ساهمت بإظهار البحث بهذه الصورة جزاه الله عنا خير الجزاء، وشكرنا وتقديرنا للأستاذ الدكتور (إسماعيل صعصاع) محبة واعتزازا ولما أبداه من مساعدة ومشاعر نبيلة، واتقدم بشكري وامتناني للاستاذ المساعد الدكتور (رفاه كريم كربل) وأسأل الله أن يمن عليهم جميعا بالصحة والتوفيق والسداد .

و أتقدم بالشكر الجزيل إلى العاملين في مكتبة كلية القانون في جامعة بابل، ومكتبة كلية القانون والعلوم السياسية في جامعة ديالى، ومكتبة كلية القانون في جامعة بغداد، والشكر موصول للأخ والزميل الدكتور (محمود عادل محمود) لما قدّمه من عون في تزويدنا بالمصادر العلمية من جمهورية مصر العربية، و يعجز الكلام عن التعبير عن عظيم شكري لأفراد عائلتي فكانوا المعين لي في تجاوز كل الصعاب، وأخيراً أتقدم بعظيم امتناني إلى كل من ساعدني ولو بكلمة طيبة من الزملاء والأصدقاء.

الباحثة

مستخلص

يتضمن القانون الإداري صور مختلفة من التوازن تتباين بحسب طبيعة محل التوازن والوظائف والأهداف التي يسعى لها، ويعد التوازن بين الشفافية والسرية في أعمال الإدارة أحد هذه الصور، وهو في حقيقته توازناً بين مصالح أطراف العلاقة القانونية التي تكون الإدارة طرفاً فيها، ويسهم تحقيقه في إعادة تنظيم العلاقة بين الإدارة والجمهور وتحسينها ويؤدي دوراً مهماً في حماية الحقوق والحريات، وتكشف دراسته عن مدى اهتمام المشرع بتلك الحقوق والحريات وإدراكه النتائج السلبية المترتبة على اختلال التوازن، ويعد وجود التنظيم القانوني السليم والرقابة الفاعلة وسائل أساسية في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في أعمال الإدارة القانونية.

إلا أن قصور التنظيم القانوني للشفافية بالشكل الذي يتناسب مع أهميتها في إدارة الشؤون العامة بشكل عام وفي نطاق العمل الإداري بشكل خاص مع اتساع نطاق السرية في العمل الإداري، وعدم تبني المشرع لفلسفة ومنهج معين في سبيل تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية، وتعدد مظاهر اختلال هذا التوازن في نطاق أعمال الإدارة القانونية، تعد أبرز مشكلات البحث والتي يستهدف البحث معالجتها.

ويتحدد نطاق التوازن في كل من القرار والعقد الإداري، لما يترتب عليهما من آثار قانونية تمس مصالح الأفراد وحقوقهم وحرياتهم، فضلاً عن المصلحة العامة التي تهدف إليها أعمال الإدارة ما يتطلب إيجاد توازن عادل بينها، إذ تعد الشفافية مبدأ قانوني عام ويتضمن إقرار مجموعة من حقوق الإنسان وله علاقة وثيقة مع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية الأخرى، و تعد الشفافية من متطلبات أو شروط التمتع بالعديد من الحقوق والحريات الأساسية والتي لا يمكن تحقيقها أو ضمان فاعليتها من دونها كالحق في حرية التعبير والرأي والصحافة والحق في المعرفة والحصول على المعلومات وحق الشعب في أن يراقب أداء السلطات العامة كونه مصدر تلك السلطات والمشاركة في الشؤون الإدارية والاطلاع على أسباب القرارات .

و لا يمكن نكران أهمية السرية في العمل الإداري إلا أنه لا يمكن اتخاذها قاعدة عامة وإنما ينبغي حصر حالاتها في أضيق نطاق ممكن لما يترتب عليها من مضار فهي زيادة على امكانية مساسها بحقوق الافراد وحرياتهم فمن شأنها التأثير على أداء الإدارة لوظائفها وكفايتها.

وفي نطاق القرار الإداري فيتضمن كل ركن من أركانه مظاهر للشفافية ويعكس في جوانبه الأخرى مظاهر السرية، إلا أن ذلك يضيق ويتسع بحسب طبيعة كل ركن والعيب الذي يصيبه فهي أوسع نطاقاً في عناصر المشروع الخارجية بينما يضيق ذلك النطاق في عناصر المشروع الخارجية، أما في نطاق العقود الإدارية فيفرض المشرع على الإدارة احترام مبدأ الشفافية وتحقيق المنافسة العادلة والمساواة عن طريق مراعاة العديد من الإجراءات السابقة على عملية التعاقد، وفي التزام أسلوب تعاقد معين بما يضمن تحقيق أكبر وفر مالي للخزانة العامة والتعاقد مع أكفأ المتقدمين للإيفاء بالخدمات التي تسعى إلى تحقيقها، ويمتد نطاق الشفافية والسرية إلى مرحلة تنفيذ العقد عبر ما يمنحه القانون للإدارة من سلطات بغية تمكينها من ضمان التنفيذ وبلوغ العقد لأهدافه حتى انهاءه.

وتتعدد الوسائل التي يستعين بها القضاء الإداري في سبيل تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في القرار الإداري ومن أهم تلك الوسائل إلزام الإدارة بالإفصاح عن المعلومات وتقديم الوثائق الإدارية، و تسبب قراراتها وعن طريق هذه الوسائل يمكن للقضاء مواجهة السرية في القرار، فضلاً عن اعتماده على القرائن القضائية المتنوعة لتحقيق التوازن المنشود. أما في نطاق العقود الإدارية فزيادة على دعوى القضاء الكامل ودعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري تم ابتداء وسائل قضائية حديثة أكثر فاعلية في وقف الانتهاكات لمبادئ الشفافية والعلانية والمنافسة العادلة والمساواة وعلى منع وقوع التواطؤ والفساد الإداري وهدر المال العام في إبرام العقود التي تجريها الإدارات العامة، ما يسهم في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية بوصفهما مبدآن حاكمان للعقد الإداري.



المحتويات

المحتويات

ت	الموضوع	رقم الصفحة
١	المقدمة	٦-١
٢	الباب الأول: التعريف بالتوازن بين الشفافية والسرية الإدارية	١٦٦-٧
٣	الفصل الأول: ماهية التوازن	٧٧-٨
٤	المبحث الأول: مفهوم التوازن	٣٦-٨
٥	المطلب الأول: تعريف التوازن	١٧-٩
٦	الفرع الأول: تعريف التوازن في التشريع والقضاء	١٥-١٠
٧	الفرع الثاني: تعريف التوازن في الفقه	١٧-١٥
٨	المطلب الثاني: ذاتية التوازن	٣٦-١٨
٩	الفرع الأول: خصائص التوازن	٢٤-١٨
١٠	الفرع الثاني: أهمية التوازن	٣٦-٢٤
١١	المبحث الثاني: معايير التوازن بين الشفافية والسرية ووسائل تحقيقه	٧٧-٣٦
١٢	المطلب الأول: معايير التوازن بين الشفافية والسرية	٦٢-٣٧
١٣	الفرع الأول: مفهوم المعيار وأهميته	٤٢-٣٧
١٤	الفرع الثاني: معايير تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية	٦٢-٤٢
١٥	المطلب الثاني: وسائل تحقيق التوازن	٧٧-٦٣
١٦	الفرع الأول: التنظيم القانوني السليم	٦٨-٦٣
١٧	الفرع الثاني: التنظيم الرقابي	٧٧-٦٩
١٨	الفصل الثاني: محل التوازن في أعمال الإدارة القانونية	١٦٦-٧٨
١٩	المبحث الأول: الشفافية الإدارية	١٢٦-٧٩
٢٠	المطلب الأول: مفهوم الشفافية الإدارية	١١٤-٧٩
٢١	الفرع الأول: تعريف الشفافية الإدارية	٨٨-٨٠
٢٢	الفرع الثاني: عناصر الشفافية الإدارية	١١٤-٨٨
٢٣	المطلب الثاني: الأساس الفلسفي والقانوني للشفافية الإدارية وأهميتها	١٢٦-١١٤
٢٤	الفرع الأول: الأساس الفلسفي والقانوني للشفافية الإدارية	١٢٢-١١٥
٢٥	الفرع الثاني: أهمية الشفافية الإدارية	١٢٦-١٢٢
٢٦	المبحث الثاني: السرية الإدارية	١٦٦-١٢٧
٢٧	المطلب الأول: مفهوم السرية الإدارية	١٤٣-١٢٧
٢٨	الفرع الأول: تعريف السرية الإدارية	١٣٠-١٢٨

٢٩	الفرع الثاني: الأساس الفلسفي والقانوني للسرية الإدارية	١٤٣-١٣٠
٣٠	المطلب الثاني: تطبيقات السرية الإدارية ومسوغاتها	١٦٦-١٤٣
٣١	الفرع الأول: تطبيقات السرية الإدارية	١٦٢-١٤٣
٣٢	الفرع الثاني: مسوغات السرية الإدارية	١٦٦-١٦٢
٣٣	الباب الثاني: نطاق التوازن في أعمال الإدارة القانونية بين الشفافية والسرية	٣٣٢-١٦٧
٣٤	الفصل الأول: نطاق التوازن بين الشفافية والسرية في القرار الإداري	٢٤٩-١٦٨
٣٥	المبحث الأول: نطاق الشفافية والسرية في أركان القرار الإداري	٢٢١-١٦٨
٣٦	المطلب الأول: نطاق الشفافية والسرية في أركان القرار الخارجية	٢٠٧-١٦٩
٣٧	الفرع الأول: نطاق الشفافية والسرية في ركن الاختصاص	١٨٣-١٦٩
٣٨	الفرع الثاني: نطاق الشفافية والسرية في ركن الشكل والجزاء	٢٠٧-١٨٣
٣٩	المطلب الثاني: نطاق الشفافية والسرية في أركان القرار الداخلية	٢٢١-٢٠٨
٤٠	الفرع الأول: نطاق الشفافية والسرية الإدارية في ركن المحل	٢١٦-٢٠٨
٤١	الفرع الثاني : نطاق الشفافية والسرية في ركني السبب والغاية	٢٢١-٢١٦
٤٢	المبحث الثاني: دور القضاء الإداري في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في القرار الإداري	٢٤٩-٢٢٢
٤٣	المطلب الأول: الدور الإيجابي للقضاء الإداري في تحقيق التوازن بين المتقاضين	٢٣٢-٢٢٢
٤٤	الفرع الأول: عبء الإثبات في الدعوى الإدارية	٢٢٦-٢٢٢
٤٥	الفرع الثاني: قرينة صحة القرار الإداري	٢٣٢-٢٢٦
٤٦	المطلب الثاني: وسائل القضاء الإداري في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في القرار الإداري	٢٤٩-٢٣٢
٤٧	الفرع الأول : إلزام الإدارة بالإفصاح عن المعلومات وتقديم الوثائق الإدارية	٢٣٨-٢٣٣
٤٨	الفرع الثاني : إلزام الإدارة بتسبيب قراراتها	٢٤١-٢٣٨
٤٩	الفرع الثالث : القرائن القضائية	٢٤٩-٢٤١
٥٠	الفصل الثاني: نطاق التوازن بين الشفافية والسرية في العقد الإداري	٣٣٢-٢٥٠
٥١	المبحث الأول: نطاق الشفافية والسرية في مراحل العقد الإداري	٣١١-٢٥١
٥٢	المطلب الأول: نطاق الشفافية والسرية في مرحلة إبرام العقد الإداري	٢٧٠-٢٥١
٥٣	الفرع الأول: نطاق الشفافية والسرية في الإجراءات السابقة على التعاقد	٢٦١-٢٥٢
٥٤	الفرع الثاني: نطاق الشفافية والسرية في اختيار أسلوب التعاقد	٢٧٠-٢٦١
٥٥	المطلب الثاني: نطاق الشفافية والسرية في إجراءات التعاقد	٢٩٨-٢٧٠
٥٦	الفرع الأول: الشفافية والسرية مبدأ حاكم لإجراءات التعاقد الإداري	٢٨٢-٢٧١
٥٧	الفرع الثاني : نطاق الشفافية والسرية في تشكيل اللجان وعملها	٢٩١-٢٨٢
٥٨	الفرع الثالث : نطاق الشفافية والسرية في اتمام التعاقد والغاءه	٢٩٨-٢٩١
٥٩	المطلب الثالث: نطاق الشفافية والسرية في مرحلتي تنفيذ العقد الإداري وانتهائه	٣١١-٢٩٩
٦٠	الفرع الأول: نطاق الشفافية والسرية في مرحلة تنفيذ العقد الإداري	٣١٠-٢٩٩

٣١١-٣١٠	الفرع الثاني: نطاق الشفافية والسرية في إنهاء العقد الإداري	٦١
٣٣٢-٣١١	المبحث الثاني: دور القضاء في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في العقد الإداري	٦٢
٣٢٨-٣١٢	المطلب الأول: دور القضاء المستعجل في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في العقد الإداري	٦٣
٣٢٥-٣١٢	الفرع الأول: الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية	٦٤
٣٢٨-٣٢٥	الفرع الثاني: الدعوى الاستعجالية التعاقدية	٦٥
٣٣٢-٣٢٨	المطلب الثاني: دور الأساليب القضائية التقليدية في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في العقد الإداري	٦٦
٣٣٠-٣٢٩	الفرع الأول: دعوى القضاء الكامل	٦٧
٣٣٢-٣٣٠	الفرع الثاني: دعوى إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري	٦٨
٣٣٨-٣٣٣	الخاتمة	٦٩
٣٥٧-٣٣٩	قائمة المصادر	٧٠



المقدمة

أولاً/ موضوع البحث

يعد التوازن في القانون من أهم المبادئ التي يجب أن تقوم عليها التشريعات وأساساً لنجاحها في تنظيم العلاقات المختلفة وقدرتها على تحقيق عدالة واستقرار وامن تلك العلاقات. إلا أن لفكرة التوازن أهمية مضاعفة في نطاق القانون الإداري وفي أعمال الإدارة القانونية من قرار وعقد اداريين بشكل خاص بالنظر إلى طبيعة هذا القانون والاتصال المباشر بين الإدارة والجمهور، الذين يظهرون أمام الإدارة بمراكز مختلفة كمنتفعين من مرافقها أو متعاملين معها أو متعاونين أو متعاقدين أو موظفين وقبل كل ذلك كمواطنين في هذه الدولة، ولهذا ينظم هذا القانون صور مختلفة من التوازن تتباين بحسب طبيعة محل التوازن والوظائف والأهداف التي يسعى لها.

ويعد التوازن بين الشفافية والسرية في أعمال الإدارة احد هذه الصور، وهو في حقيقته توازن بين مصالح أطراف العلاقة، ويسهم في اعادة تنظيم وتحسين العلاقة بين الإدارة والجمهور و في حماية الحقوق والحريات، وتكشف دراسة التوازن عن مدى اهتمام المشرع بتلك الحقوق والحريات وإدراكه النتائج السلبية المترتبة على اختلال التوازن في العلاقات القانونية التي تكون الإدارة طرفاً فيها، مما يتطلب البحث في وسائل تحقيقه وضمانه، فالسعي إلى احداثه سيبقى قائماً بفعل التطورات الحاصلة في النشاط الإداري وإعادته إلى وضعه في كل مرة يختل فيها.

ثانياً: أهمية البحث

تظهر أهمية البحث في التوازن بين الشفافية والسرية في كل من القرار والعقد الإداري بدوره في ضمان حقوق الافراد وحرياتهم وعدم التضحية بها إلا بالقدر اللازم لتحقيق المصلحة العامة، واحترام سيادة مبدأ المشروعية والثقة التي يولدها في نفوس المواطنين في إطار علاقتهم مع الإدارة وشعورهم بالعدالة.

ولما كان التوازن يسعى إلى التوفيق بين المصالح المتعارضة والتي هي مصالح مشروعة وجديرة بالحماية القانونية، فهو يساهم في تحسين العلاقة بين الإدارة والمواطن وتحقيق السلم المجتمعي وعدم تنامي شعور الظلم لدى الافراد لاسيما وانهم يمثلون الطرف الاضعف في العلاقات التي تكون الإدارة طرفاً فيها بالنظر للامتيازات الواسعة التي تتمتع بها الإدارة.

وتتجلى أهمية البحث في نطاق أعمال الإدارة القانونية عبر تسليط الضوء على جوانب الشفافية والسرية في القرار والعقد الإداري واثرها على المصالح والقيم المرتبطة بهذه المفاهيم، فالشفافية والسرية فكرتان متناقضتان لكل منهما مسوغاتها وأهدافها وأهميتها ومن ثم فإن المصالح الجديرة بالرعاية التي تقف خلفهما

تتعارض، ولا سيما في الوقت الحاضر مع تشعب النشاط الإداري وتعقيده من جهة وانفتاح الإدارة على الجمهور وتقريبه منها بهدف تعزيز الثقة العامة بها ونيل رضاه، وإعلاء مكانة المواطن في الإدارة عبر منحه الحقوق والحريات وسن القوانين المكرسة لها وتوفير الضمانات القانونية وإنشاء أجهزة إدارية مستقلة أو ابتداع وسائل قضائية جديدة في سبيل ذلك. ومن جهة أخرى نجد أن المطالبة بوجوب توفير الحماية للمعلومات المتصلة بالدفاع الوطني والمحافظة على كيان الدولة وحسن سير العمل والمحافظة على سرية الحياة الخاصة والأسرار التجارية والصناعية مصالح جدير بالرعاية أيضاً. وهذا ما يشجع على البحث في كيفية تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية ووسائله ومدى نجاح المشرع والقضاء في ذلك، والكشف عن مدى اهتمام الدولة بذلك وبحقوق الأفراد وحرياتهم، وماهية المعايير المعتمدة في تحقيق التوازن بين المصالح.

زيادة على ذلك تأتي أهمية البحث في ضرورة الخوض في موضوعات دراسية حديثة تواكب التطورات والتحولات المتلاحقة بحسبان أن الشفافية الإدارية تعد من المظاهر الإدارية الحديثة ومطلب شعبي لتحقيق الديمقراطية السياسية والإدارية، وفي كونها دراسة تجمع شتات النصوص القانونية التي تحكم الشفافية والسرية الإدارية في أعمال الإدارة في العراق. ومن ثم فإن اختيارنا لمبدأي الشفافية والسرية بوصفهما محلاً للتوازن في أعمال الإدارة القانونية قد جاء لأهمية النتائج المترتبة على تبني الشفافية في القرار والعقد الإداري، إذ أصبحت مدخلاً للإصلاح الإداري ووسيلة لتحسين العلاقة بين الإدارة والجمهور وتشجيع الاستثمار وتحقيق التنمية والقضاء على أبواب ومظاهر الفساد في أعمال الإدارة، وخطورة الآثار المترتبة على تبني السرية الإدارية ودوره في إخفاق الإدارة في أداء وظيفتها، ما يتطلب التركيز على تحقيق الجوانب الإيجابية فيهما والعمل على تجنب الإدارة والأفراد آثارها السلبية.

ثالثاً: مشكلة البحث

بداية تبدو هناك حاجة ملحة لتحقيق التوازن بين هذه المصالح المتعارضة لتحقيق العدالة وأمن أو استقرار العلاقات القانونية التي تكون الإدارة طرفاً فيها وضمان حقوق الأطراف الأخرى، وهي جميعها مصالح جديرة بالحماية، ما يدفع إلى التساؤل حول كيفية تحقيق هذا التوازن ومدى نجاح المشرع والوسائل التي تبناها في ذلك في نطاق أعمال الإدارة القانونية والمتمثلة بالقرار الإداري والعقد الإداري، وفيما إذا كانت هناك معايير وضوابط معينة اعتمدها في تقرير الشفافية أو السرية جاءت نتيجة لفلسفة أو منطق معين اعتنقه المشرع، ولذلك يمكن تشخيص مشكلات البحث بالآتي:

- قصور التنظيم القانوني للشفافية بالشكل الذي يتناسب مع أهميتها في إدارة الشؤون العامة بشكل عام وفي نطاق العمل الإداري بشكل خاص مع اتساع نطاق السرية في العمل الإداري.

- عدم اقرار المشرع مجموعة من الحقوق للأفراد نحو الحق في الحصول على المعلومات والوثائق الإدارية، وعدم وجود التزام عام بالإفصاح الإداري عن المعلومات عدا ما ورد في بعض القوانين المتفرقة وعدم وجود ضوابط لما يجب الإفصاح وما لا يجوز، فضلاً عن عدم وجود سياسة فاعلة لتبسيط الاجراءات و غياب مظاهر المشاركة الإدارية، وهذه جميعها عناصر للشفافية ومن شأن اقرارها تحقيق التوازن مع السرية.

- لم يتبن المشرع فلسفة ومنهج معين في سبيل تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية.

- ضعف الوسائل الرقابية الفاعلة والكفيلة بتحقيق التوازن بين الشفافية والسرية ولاسيما القضائية منها .

- الموروث الإداري المتمثل بسرية كل ما يتصل بالإدارة من معلومات ووثائق وغياب ثقافة الشفافية، والبيروقراطية الإدارية وعدم تهيئة الارضية المناسبة للإيفاء بمتطلبات اعتماد أساليب الإدارة الحديثة وتكنولوجيا المعلومات والوسائل الالكترونية، واعتماد الادارات العامة وبشكل خاص في العراق أسلوباً يجمع بين النظم الإدارية التقليدية و أسلوب الإدارة الالكترونية، وتطبيق مبدأ (لا تسبب الا بنص)، وهذه المشكلات جميعها انعكست على تحقيق التوازن المطلوب في القرار الإداري واختلاله.

- تعدد مظاهر اختلال التوازن بين الشفافية والسرية في نطاق العقود الإدارية، ناتج عن قصور التنظيم القانوني للعقود الإدارية، اذ يتم العمل في العراق وفقاً لأمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ والذي يشوبه النقص والقصور والغموض وسوء الصياغة القانونية ولذلك تحكم العقود قرارات إدارية تصدر عن مجلس الوزراء ووزارة التخطيط تتسم بعدم استقرارها وتضخمها وعدم تضمين القواعد الحاكمة للعقود في وثيقة واحدة ما ينطوي على صعوبة فهمها والإحاطة بها من قبل المتعاملين مع الإدارة ما يخل بمبدأ الشفافية وحقوق المتقاضين، فضلاً عن منح الاستثناءات المتكررة من أحكام القانون ما أثر على تحقيق التوازن بين مصالح المتعاقدين ومصلحة الإدارة انعكس سلباً على الاقتصاد والتنمية وجذب المستثمرين ونفور الأفراد والشركات من التعاقد مع الإدارة .

- منح الإدارات العامة سلطة واسعة في تقرير السرية وهي كثيراً ما تلجأ لذلك حتى في حال عدم وجود مسوغ معقول.

- نقشي الفساد وارتباط العديد من المظاهر الإدارية السلبية بالسرية والشفافية محل التوازن .

رابعاً: أهداف البحث

يسعى البحث إلى تحقيق العديد من الاهداف يمكن بيانها عبر النقاط الاتية:

- الكشف عن أهمية التوازن في أعمال الإدارة القانونية بين الشفافية والسرية ونتائجه الايجابية في تحقيق العدالة وسيادة القانون واستقرار العلاقات القانونية وامنها، ووسائل تحقيقه عن طريق البحث في مفهوم الشفافية والسرية الإدارية فيما يحملانه من مزايا وفوائد وما يرتبانه من مضار ومخاطر تتعارض مع الصالح العام وتشكل تهديدا للحقوق والحريات.

- تسليط الضوء على النصوص القانونية المنظمة لأعمال الادارة التي تركز للشفافية و السرية الإدارية والمعايير المعتمدة في تقريرهما، ومن ثم يمكن الوقوف على توجهات المشرع العراقي في ذلك ، وفيما اذا كانت القوانين توفر أساساً جيداً للشفافية والانفتاح على المعلومات الإدارية يمكن الانطلاق منه لإجراء الاصلاحات الإدارية.

- تسعى الدراسة إلى التأكيد على الدور المتنامي للشفافية الإدارية كونها الأصل العام الواجب اعتماده في أعمال الادارة وأهمية التكريس له في نصوص الدستور والقوانين واقتراح الوسائل التي تسهم في تحقيق مزيد من الشفافية، والاحتفاظ بالسرية بالحد الأدنى اللازم لسلامة العمل الإداري وتحقيق أهدافه وضمان المصالح العامة والخاصة بعد الموازنة بينها .

- تهدف هذه الدراسة في جوهرها إلى الموازنة بين المصالح وبين حقوق الادارة وواجباتها في نطاق ما تصدره من قرارات وما تبرمه من عقود.

- سيعالج البحث ويبين كيفية تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في القرار والعقد الإداري، كاشفا عن مظاهر الشفافية والسرية في كل ركن من أركان القرار الإداري، وفي المراحل التمهيديّة لإبرام العقد الإداري وحتى انتهائه مروراً بتنفيذه ومظاهر التوازن واختلاله وكيفية معالجته وبيان متطلباته، ودور القاضي الإداري في تحقيق التوازن المنشود في أعمال الإدارة وفاعليه هذا الدور ووسائله في ذلك، لتكون هذه الدراسة دعوة لإقرار الحقوق والحريات للأفراد وحمايتهم، والتوازن بين المصالح ، والإصلاح في العمل الإداري، وتحقيق الديمقراطية الإدارية، والقضاء على الفساد ومظاهره واعلاء قيم المواطنة الإدارية والنزاهة .

خامساً: منهج البحث

سنتبع في هذه الدراسة مناهج عدة للبحث العلمي جميعها تصب في تمكين البحث من تحقيق أهدافه والوصول إلى النتائج المرجوة، إذ سنتبع المنهج الوصفي والتحليلي المقارن مع قوانين بعض الدول وهي فرنسا ومصر، وجاء اختيار بلداً المقارنة نتيجة للتقدم التشريعي الذي احرزته فرنسا في اعتماد الشفافية الإدارية وقلب القاعدة التقليدية بجعلها الشفافية الاصل والسرية هي الاستثناء والموازنة بينهما، إلى جانب التطور التشريعي في مصر بإقرار دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤ وسن قوانين جديدة وقرار الشفافية وحق الحصول على المعلومات والإفصاح عنها، وللاستفادة من تجربتهما في هذا المجال لتكون ملهمةً للمشرع

والقاضي في العراق وبما يصب في تعزيز الحقوق والحريات ويدعم النظام الديمقراطي الذي نصبوا إلى تحقيقه سياسياً و ادارياً.

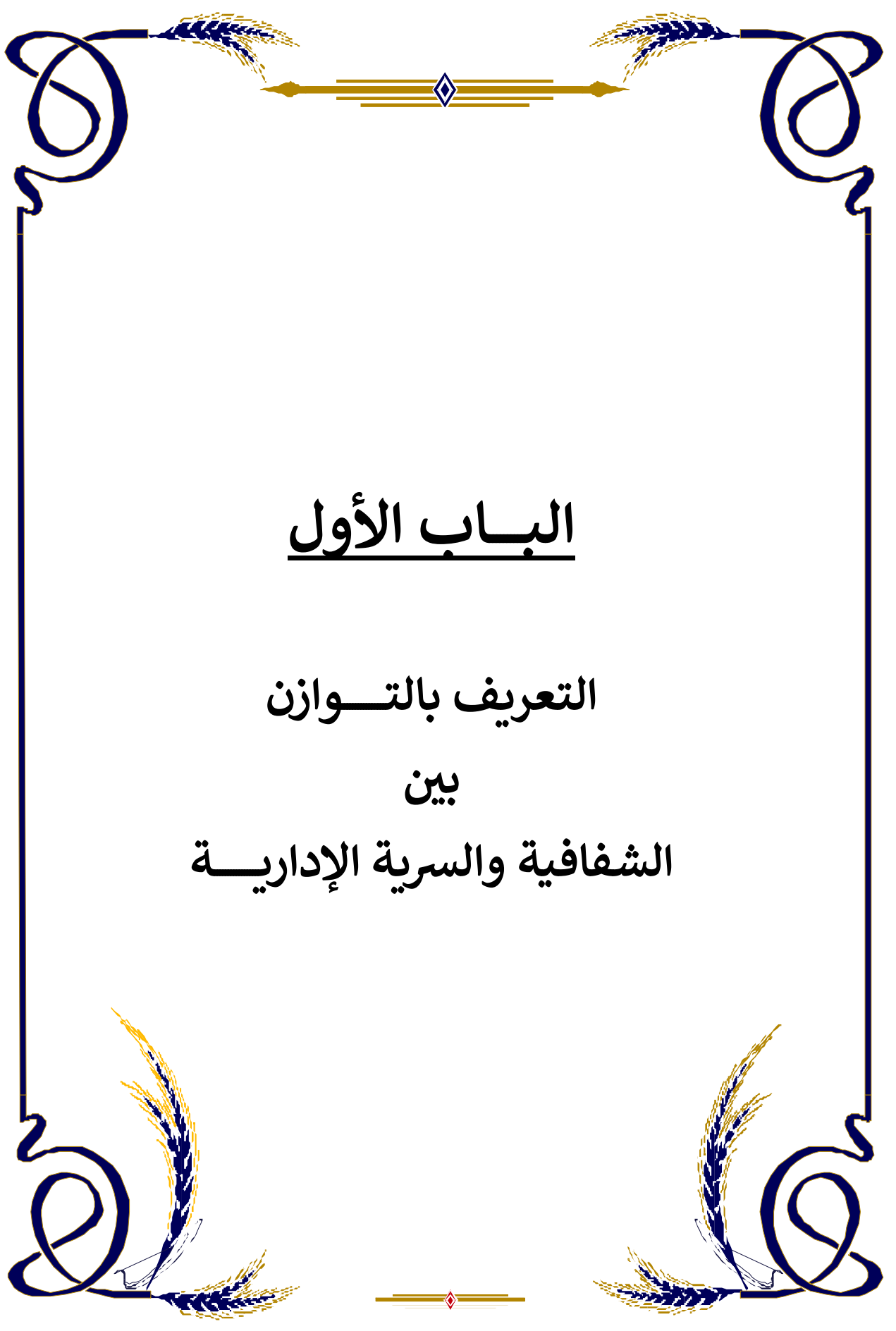
سادساً: الدراسات السابقة

ان معظم الدراسات العلمية والاكاديمية السابقة اقتصرت على جوانب من الشفافية والسرية كموضوع العلانية في اجراءات التعاقد الإداري و الأسرار المهنية أو واجب الموظف في كتمان الاسرار الوظيفية أو المحافظة عليها و تناول الأسرار من الناحية الجنائية ولم تتناول هذين المبدئين بشكل أساسي ولاسيما فيما يتصل بأعمال الإدارة القانونية والتوازن بينهما، ويمكن بيان ابرز الدراسات الاكاديمية العراقية والعربية بالآتي :

- احمد محمد المنوفي: واجب عدم افشاء الاسرار الوظيفية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٣.
- سامي الطوخي: شفافية اعمال الإدارة مدخل رقابي للإصلاح الاداري (دراسة مقارنة) بالتطبيق على تسبب القرارات الادارية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، مصر، ٢٠٠٥.
- وسام كاظم صغير، افشاء الاسرار الوظيفية واثره في المسؤولية الجزائية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون - الجامعة المستنصرية، ٢٠١٣.
- احمد عبد الحليم عيسى معوض: المحافظة على اسرار الوظيفة كواجب من واجبات الموظف العام (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة بني سويف، مصر، ٢٠١٥.
- بسام حميد محمود: التنظيم القانوني لواجب الموظف العام في كتمان الاسرار الوظيفية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بابل، ٢٠١٦.
- ماجد شهاب الرمضان: التزام اطراف الرابطة العقدية بالشفافية في مجال العقود الادارية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، مصر، ٢٠١٦.
- هشام عبد السيد الصافي: الشفافية الادارية بين ضرورة مكافحة الفساد وحدود السر الوظيفي دراسة تطبيقية مقارنة، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٢٢.

سابعاً: خطة البحث

بهدف الإحاطة بجوانب موضوع البحث سنقسمه على بابين وسنتناول في الباب الأول التعريف بالتوازن بين الشفافية والسرية الإدارية وذلك عبر تقسيمه على فصلين اذ سنتناول في الفصل الأول منه ماهية التوازن وسنبحث فيه وعبر مبحثين مفهوم التوازن في المبحث الاول منهما ومعايير التوازن بين الشفافية والسرية ووسائل تحقيق هذا التوازن في المبحث الثاني، وسنتناول في الفصل الثاني البحث في محل التوازن في أعمال الادارة القانونية وسنتناول فيه وعن طريق تقسيمه على مبحثين البحث في كل من الشفافية الادارية في مبحث اول والسرية الادارية في المبحث الثاني، اما الباب الثاني فسنتناول فيه بيان نطاق التوازن في أعمال الادارة القانونية بين الشفافية والسرية عبر تقسيمه على فصلين سنتناول في الفصل الأول منه نطاق التوازن بين الشفافية والسرية في القرار الإداري وسنتناول فيه وعبر تقسيمه على مبحثين البحث في نطاق التوازن بين الشفافية والسرية في اركان القرار الاداري وذلك في المبحث الاول منهما وسنتناول البحث في دور القضاء الاداري في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في القرار الاداري، وسنتناول في الفصل الثاني نطاق التوازن بين الشفافية والسرية في العقد الإداري وعبر تقسيمه على مبحثين وسنتناول في المبحث الاول منهما البحث في نطاق التوازن بين الشفافية والسرية في مراحل العقد الاداري وسنتناول في المبحث الثاني دور القضاء في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في العقد الاداري، ثم نعقب ذلك بخاتمة تتضمن جملة من الاستنتاجات والمقترحات.



الباب الأول

التعريف بالتوازن
بين
الشفافية والسرية الإدارية

تمهيد وتقسيم

يعد التوازن من المفاهيم الأساسية في مجالات الحياة المختلفة، وهو متطلب ضروري في تنظيم العلاقات القانونية المتنوعة بالنظر لما يترتب على تحقيقه من نتائج ايجابية تصب في إطار تحقيق الاستقرار والشعور بالعدالة والمساواة وتكافؤ الفرص ما يعزز الثقة بين أطراف العلاقة القانونية.

وتتعاظم أهمية فكرة التوازن في نطاق القانون الإداري وفي أعمال الإدارة بشكل خاص بالنظر إلى طبيعة هذا القانون ونوع العلاقات التي يحكمها والاتصال المباشر بين الإدارة والجمهور من منتفعين من مرافقها أو متعاملين معها أو متعاونين أو متعاقدين، فضلاً عن الآثار القانونية المترتبة على أعمال الإدارة ومساسها بالمراكز القانونية للأشخاص وبحقوقهم وحررياتهم ، ولهذا ينظم هذا القانون صور مختلفة من التوازن تتباين بحسب طبيعة محل التوازن والوظائف والأهداف التي يسعى لها.

ويعد التوازن بين الشفافية والسرية في أعمال الإدارة أحد هذه الصور، وهو في حقيقته توازناً بين المصالح، إذ يسهم في إعادة تنظيم وتحسين العلاقة بين الإدارة والجمهور ويؤدي دوراً مهماً في حماية الحقوق والحرريات، وتكشف دراسة التوازن عن مدى اهتمام المشرع بتلك الحقوق والحرريات وإدراكه النتائج السلبية المترتبة على اختلال التوازن في العلاقات القانونية التي تكون الإدارة طرفاً فيها، ما يتطلب البحث في وسائل تحقيقه وضمانه والمعايير التي يمكن الاعتماد عليها في فرض الشفافية أو السرية في أعمال الإدارة ، فالسعي إلى إحداث التوازن سيبقى قائماً بفعل التطورات الحاصلة في النشاط الإداري وإعادته إلى وضعه في كل مرة يختل فيها.

ولأجل ذلك سنحاول عبر هذا الباب البحث في ماهية التوازن بتحديد مفهومه و معايير تحقيقه ووسائل ذلك، ومن ثم البحث في محل التوازن والمتمثل في نطاق دراستنا بالشفافية والسرية الإدارية، وذلك عن طريق تقسيمه على فصلين سنتناول في الفصل الأول منهما ماهية التوازن، وسنتناول في الفصل الثاني محل التوازن في أعمال الإدارة القانونية .



الفصل الأول

ماهية التوازن

الفصل الأول: ماهية التوازن

والتوازن الذي نحن بصددده ليس التوازن الحسابي وإنما التوازن الفكري المبني على مجموعة من العمليات أو الخطوات المتسلسلة وصولاً إلى تحقيق المعادلة أو المساواة بين أطراف كفتي عملية الموازنة ومن ثم تحقيق الهدف المنشود منه، ولا يكون ذلك إلا بالاستناد على مجموعة من القواعد يستعين بها القائم بالتوازن .

ويعد التوازن مبدأ قانوني عام يجب مراعاته في القواعد القانونية كافة المنظمة للعلاقات القانونية المختلفة ولا سيما في نطاق القانون الإداري الذي يقوم أساساً على فكرة التوازن بين المصالح ، ومن ثم يترتب على عدم مراعاته عدم مشروعية العمل الإداري الذي يخل فيه التوازن بين المصالح المتعارضة .

و ان السعي لتحقيق التوازن وضمانه في العلاقات داخل المجتمع يعد من بين القضايا الأساسية في القانون لما يترتب عليه من نتائج تتصل بتحقيق العدالة والمساواة، فالقانون هو الذي يحدد المعايير والحدود المصرح بها و التي لا ينبغي تجاوزها ضمناً له و تحديد ما هو جيد وسليم وما يجب القيام به من أجل تحقيق المصلحة العامة، كما تعد محاولة تصحيح الاختلالات في التوازن بين العلاقات التي ينظمها القانون موضوع بحث مستمر فهي من المسائل التي يصعب إيجاد الحلول لها أحياناً.

لذلك سنتناول في هذا الفصل بيان ماهية التوازن وذلك عبر تقسيمه على مبحثين سنتناول في المبحث الأول منهما البحث في مفهوم التوازن وسنتناول في المبحث الثاني معايير تحقيق التوازن ووسائله .

المبحث الأول: مفهوم التوازن

لم تتناول الدراسات القانونية البحث في مفهوم التوازن إلا ما ندر، وكثيراً ما يجري التعريف به على أساس ما يرتبط به من مفاهيم والتي من شأنها ان تذهب به إلى معاني مختلفة نحو التوازن المالي والتوازن الاقتصادي والتوازن الفكري والتوازن السياسي والتوازن البيئي وغيرها، وهذا ما يؤدي إلى صعوبة وضع تعريف مجرد جامع ومانع لفكرة التوازن، إلا انه في الوقت نفسه يعد متطلباً ضرورياً يساعد في الوقوف على حدود التوازن وغايته.

وللتوازن في إطار القانون الإداري أهمية خاصة لربما تفوق أهميته في فروع القوانين الأخرى وذلك بالنظر إلى طبيعة العلاقات التي ينظمها هذا القانون والمصالح التي يحميها ويسعى إلى تحقيقها، فوظيفة القانون الإداري توجب عليه تحقيق واحترام التوازن بين المصالح المتعارضة والمتمثلة بمصلحة الإدارة في

تحقيق المصلحة العامة وما يمنحه القانون لها من امتيازات في سبيل ذلك ومصالح الأفراد في ضمان حقوقهم وحرياتهم وفي عدم الانتقاص منها أو التضحية بها في سبيل الحفاظ على المصلحة العامة دونما مسوغ فعلي، وضرورة الخضوع إلى معايير أو أسس معينة توجب على المشرع والإدارة والقضاء مراعاتها عندما تتم التضحية بمصلحة لحساب الأخرى أو عند إجراء الموازنة بين المصالح المتعددة وحتى لا تغول مصلحة على الأخرى ويختل التوازن القانوني وما يستتبع ذلك من آثار تنعكس على التوازن الاجتماعي والاقتصادي والسياسي أيضاً. وتقاس فاعلية التشريعات في نطاق القانون الإداري بمدى تحقيق التوازن المطلوب فلا ينتقص من سلطة الإدارة ولا يعتدى على حقوق الأفراد.

ومن ذلك سنتناول في هذا المبحث وعبر تقسيمه على مطلبين البحث في تعريف التوازن وذلك في المطلب الاول منهما وبيان ذاتية التوازن في المطلب الثاني ويشمل ذلك البحث في خصائص التوازن وأهميته.

المطلب الأول: تعريف التوازن

قد يثير استعمال مصطلح (التوازن) غموضاً أو عدم التحديد في أذهان الجمهور عامة وللمختصين في العلوم القانونية على وجه الخصوص^(١). ويقابل مصطلح (التوازن) في اللغة الفرنسية مصطلح (équilibre)، وفي اللغة الانكليزية (balance)^(٢).

ان مصطلح (التوازن) يعني المعادلة أو المساواة بين شيئين متقابلين أو متحاذين، و تتعدد استعمالاته بتعدد المجالات التي يرد فيها، إلى جانب ذلك ان القائم بالتوازن يكون متردد بين امور عدة فيساعده التوازن على الوصول إلى نتيجة عقلانية أو الاختيار الحسن^(٣).

ويرتبط وجود التوازن بفلسفة وسياسة الدولة التشريعية، إذ تولي النظم الديمقراطية التي تقوم على احترام الحقوق والحريات التوازن أهمية كبيرة، إلا أنه ورغم أهمية التوازن في تحقيق وضمان العديد من القيم والمصالح إلا ان عدم الاعتداد به أو عدم أخذه بالحسبان عند سن القواعد القانونية يمكن أن يكون مقصوداً

(١) التوازن من (وَزَنَ) الشيء - (يَزُنُ) وزناً: قَدَرَهُ بوساطة الميزان، ساواه في الوزن و- عادلته و- قابله و- حاذاه. (وَأَزَنَ) بين الشيئين، مُوَازَنَةً، (تَوَازَنَ) الشَّيْئَانِ: تساويا في الوزن أو وازى احدهما الآخر (وَأَزَاةً): قابله و واجهه. و(الميزانُ) الآلة التي توزن بها الاشياء. ينظر: مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ط٤، دار الشروق الدولية، مصر، ٢٠٠٤، ص ١٠٢٩-١٠٣٠.

(٢) رامي ابو سليمان و فيفيان شامي و فادي فرحات: المعجم القانوني (فرنسي - انكليزي - عربي)، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٧، ص ٢٤٦.

(٣) د. عارف احمد محمد ملهي الحجري: فقه الموازنات في الشريعة الاسلامية وتطبيقاتها المعاصرة دراسة اصولية مقاصدية، ط٢، مطابع دمشق للطباعة والنشر، ٢٠١٨، ص ٢٧.

من قبل النظام القائم فكما هو معلوم تعطى مصلحة الحاكم الافضلية مطلقا في النظم الدكتاتورية إلى حد تجاوز القدر اللازم لتحقيق تلك المصلحة ومن دون اعتداد لتدرج المصالح العامة نفسها أو ان تحقيق المصالح الخاصة من شأنه تحقيق المصلحة العامة أيضاً فيتم التضحية بالمصالح الفردية من دون اعتماد معايير وحدود معينة، كما أن عدم الاعتداد بما تفرضه التطورات الحاصلة في النشاط عموماً وتغير الظروف وتبدلها من شأنه ان يؤدي إلى اتساع حجم الاختلال في توازن العلاقات وتنظيمها أوبين المصالح المحمية، وهذا ما يستدعي وجود مراجعات دورية للتشريعات وضرورة مواكبتها للتطورات والعمل على اعادة التوازن في كل مرة يقع فيها اختلال في توازن العلاقات المنظمة، ولهذا فان تحقيق التوازن بين المصالح المختلفة المتعارضة انما يشكل تطوراً في الفكر القانوني في مجال تنظيم العلاقات ووجوب تحقيق التوازن في الحقوق والواجبات لأطرافها^(١).

وبغية الوصول إلى تعريف دقيق لمصطلح (التوازن) في القانون، فان ذلك يتطلب بيان تعريفه في التشريع والقضاء والفقه، بما يسهم في إعطاء التعريف السليم للمصطلح واستخداماته، ومن ثم امكن تمييزه عما يشابهه في الدلالة وذلك عبر تقسيم هذا المطلب على فرعين سنتناول في القرع الاول تعريف التوازن في التشريع والقضاء، وسنتناول في الفرع الثاني تعريف التوازن في الفقه.

الفرع الاول: تعريف التوازن في التشريع والقضاء

يعد التوازن في القانون من أهم المبادئ التي يجب ان تقوم عليها التشريعات وأساساً لنجاحها في تنظيم العلاقات المختلفة وقدرتها على تحقيق عدالة واستقرار وأمن تلك العلاقات. إلا ان فكرة التوازن من الافكار المعنوية التي يجب مراعاتها في نصوص القوانين المنظمة للعلائق القانونية المختلفة ولا تقتصر على فرع دون آخر، ولهذا لا نجد لمصطلح (التوازن) تعريفاً أو تحديداً في القانون إلا أن ذلك لا يعني عدم النص عليه وانما ورد في العديد من القوانين بوصفه هدفاً أو أساساً للقانون أو مبرراً له .

ويمكن أن ننلمس العديد من مظاهر التوازن في القوانين المختلفة مع تباين محل التوازن أو طرفاه، فجاء التوازن بوصفه هدفاً فيها أو أحد أسس القانون أو من الأسباب الموجبة لصدوره وذلك أنما يدل على إدراك المشرع لأهمية تحقيق التوازن في العلاقات القانونية لما يترتب على ذلك من نتائج ايجابية أهمها تحقيق العدالة بين أصحاب المصالح المتعارضة واستقرار تلك العلاقات بتوازنها، ومن ذلك ما جاء في أسس

(١) ينظر: د.يوسف مصطفى رسول: التوازن في الاجراءات الجزائية، دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر، مصر والامارات، ٢٠١٧، ص ٥٢-٥٣.

قانون التنفيذ العراقي إذ نص على ان (تحقيق التوازن بين مصلحة الدائن في الحصول على حقه المشروع وبين مصلحة المدين في الا يؤخذ من امواله أو يعتدي على حريته دون وجه حق ومراعاة الاعتبارات الانسانية والاجتماعية والاقتصادية للمدين)^(١). وجاء في أهداف قانون النقل العراقي (ايجاد التوازن العادل بين التزامات اشخاص عقد النقل)^(٢). وورد ذلك في الأسباب الموجبة للقانون أيضاً وجاء فيها (... وقد هدف القانون إلى ايجاد التوازن العادل بين التزامات اشخاص عقد النقل، وإلى تغليب صفة العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية وذلك ايماناً بواجب الدولة في حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية وفي الرقابة على العلاقات القانونية...). كما جاء التوازن من ضمن أهداف قانون هيئة دعاوى الملكية أيضاً فنص على أنه يهدف إلى (الحفاظ على المال العام ومعالجة عدم التوازن بين مصالح المواطنين ومصلحة الدولة)^(٣). ونص المشرع في الأسباب الموجبة للقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٨٨ قانون التعديل الثالث لقانون الكمارك العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٨٤ (... ولتلافي عدم التوازن بين قيمة البضاعة المضبوطة وبين تكاليف نشر الاعلان المتعلق بها في الصحف المحلية عند مجهولية صاحبها أو عدم معرفة محل اقامته)^(٤).

وبذلك لم تغب فكرة التوازن وأهمية تحقيقها عن منهج المشرع وفلسفته وأهدافه وجعل منها مسوغاً لما يسنه من قوانين، ولا يشترط ان يرد لفظ (التوازن) ضمن نصوص القانون صراحة إذ يمكن ان يستهدف القانون تحقيق التوازن ضمناً كما بالنسبة لإقرار القانون جواز نزع الملكية للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل، واشترط ايصال العلم بالقرارات الإدارية قبل نفاذها بحق الأفراد وقرار قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية.

و نص القانون المدني العراقي على التوازن الاقتصادي في العقود فجاء بشأن عقد المقايضة بأنه (... إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول انهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقايضة جاز للمحكمة ان تقضي بزيادة في الاجرة أو فسخ العقد)^(٥). وأشار قانون مجلس الخدمة العامة الاتحادي إلى ان المجلس يتولى (وضع السياسات والضوابط الكفيلة بتحقيق التوازن بين عدد الموظفين في دوائر الدولة المختلفة وبين

(١) المادة (٢) من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل، منشور في الوقائع العراقية العدد ٢٧٦٢ في ١٧/٣/١٩٨٠.

(٢) الفقرة (ثانياً) من المادة (١) من قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣، منشور في الوقائع العراقية العدد ٢٩٥٣ في ٨/٨/١٩٨٣.

(٣) الفقرة (ثانياً) من المادة (٢) من قانون هيئة دعاوى الملكية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠، الوقائع العراقية العدد ٤١٤٧ في ٩/٣/٢٠١٠.

(٤) قانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٨٨، منشور في الوقائع العراقية العدد ٣٢٠٢ في ١٦/٥/١٩٨٨.

(٥) المادة (٨٧٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل، الوقائع العراقية العدد ٣٠١٥ في ٨/٩/١٩٥١.

وينظر ايضاً الفقرة (٤) من المادة (٦٥٨) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، منشور بالوقائع المصرية العدد

(١٠٨/ مكرر أ) في ٢٩/٧/١٩٤٨.

الخدمة المؤداة^(١).

إن التوازن موجود في فروع القانون المختلفة رغم التباين في طبيعة الموضوعات التي ينصب عليها ونتائجها. ففي نطاق القانون الدستوري توجد علاقة وثيقة بين مبدأ الفصل بين السلطات والتوازن بينها إلى حد عد التوازن بين السلطات التسمية الثانية لمبدأ الفصل بينها^(٢)، ورغم عدم دقة ذلك إلا أنهم أرادوا التأكيد بأن الفصل بين السلطات يقوم على أساس تحقيق التوازن بين الهيئات الثلاث في الدولة فلا تعلو سلطة على أخرى ويتحقق ذلك بالتوزيع المتوازن لهذه السلطات، ونجد البعض الآخر يقابل بين مبدأ خضوع الدولة للقانون والتوازن بين السلطات، فالتوازن هنا لا يعني ان تقف كل سلطة في خصومة تجاه الأخرى وإنما هو في جوهره أداة لخضوع السلطة للحدود التي رسمها الدستور لها ولا تخرج عن نطاق وظيفتها ومنع اساءة استخدام سلطاتها وأعمالها لإرادة المواطنين، فلا ترجح كفة سلطة على الأخرى^(٣).

ويرتبط التوازن في القانون الجنائي من حيث مفهومه وغايته ارتباطاً وثيقاً بالوظيفة التي شرّع من أجلها إذ يحاول القانون أن يقيم توازناً بين مقتضيات حق الدولة في العقاب عبر الدعوى الجزائية من جهة واحترام الحقوق والحريات من جهة أخرى بما يضمن عدم التفريط بأي من هذه القيم أو المصالح، كما ان سياسة التجريم تقوم على التوازن بين المصلحة العامة متمثلة بحق الدولة في عقاب المجرمين وحماية المجتمع ومصالح الأفراد في حماية حقوقهم وحرياتهم^(٤). و في مجال العلاقات الدولية والقانون الدولي عموماً فتوازن القوى يمثل توزيعاً متعادلاً نسبياً للقوى إذ يتم رغم ارادة أطراف هذا التوازن بدليل ان هذه الأطراف لا تستسلم لحالة التوازن بل انها في زمن التوازن لا تتوقف عن السعي للإخلال به لمصلحتها، فالتوازن لايلغي الصراع والتنافس من اجل القوة لكنه يفرض على الأطراف المتنافسة مجموعة من القواعد يتوجب الالتزام بها لتحقيق الاستقرار في العلاقات الدولية^(٥).

(١) البند (تاسعا) من المادة (٩) من قانون مجلس الخدمة العامة الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٩، منشور في الوقائع العراقية العدد ٤١١٦ في ٢٠٠٩/٤/٦.

(٢) يرى الفقيه (Quintane) بأن الموازنة بين السلطات هي التسمية الثانية لمبدأ الفصل بينها، ينظر: د. يوسف مصطفى رسول: المصدر السابق، ص ٥٧.

(٣) د. حيدر محمد حسن: اختلال التوازن بين السلطتين التنفيذية والتشريعية في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون - جامعة بغداد، العدد الاول، ٢٠١٨، ص ٢٤٣.

(٤) د. يوسف مصطفى رسول: المصدر السابق، ص ٥٨-٦٠.

(٥) د. احمد مشعان نجم: توازن القوى الدولي وتوازن القوى الاقليمي (دراسة نظرية تحليلية)، بحث منشور في مجلة قضايا سياسية، جامعة النهرين - كلية العلوم السياسية، العدد ٥١، لعام ٢٠١٨، ص ١٥٦.

ويعد تحقيق التوازن العقدي سواء في إطار القانون المدني ام القانون الإداري من الموضوعات التي شغلت حيزاً كبيراً من اهتمام القانون والقضاء والفقهاء، فغيايب التوازن في هذه العقود من شأنه ان يمنع تحقيق العدالة وهذا الأثر لا يصيب الطرف الاضعف في هذه العقود فحسب وإنما يصيب النظام القانوني للعقود بأجمعه مهدداً استقراره وتعريض مصالح الأطراف للضرر، لاسيما في نطاق العقود الإدارية فالتوازن المالي فيها له أهمية خاصة لارتباط العقد بالمرفق العام وحاجاته ووجوب ضمان استمراريته بل أنه يعد من الخصائص الذاتية والمميزة للعقود الإدارية.

ويفرض المشرع والقضاء على الإدارة احترام صور مختلفة من التوازنات في أعمالها مع اختلاف موضوعات هذه التوازنات وأطرافها الا انها بالنهاية لا تخرج عن التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد أو التوازن بين حقوق الإدارة وواجباتها، ومنها الموازنة بين المنافع والأضرار^(١)، والتوازن المالي في العقود الإدارية و التوازن بين امتيازات الإدارة وحقوق المتعاقدين معها، والتوازن بين متطلبات حماية النظام العام أو الضبط الإداري والحريات العامة للأفراد، والتوازن بين مبدأ المشروعية والأمن القانوني والتوازن بين المتقاضي والإدارة في المنازعات الإدارية وغيرها الكثير من الموضوعات التي تتطلب وجود توازن فيما بينها لضمان عدالة وسلامة واستقرار العلاقات القانونية المختلفة.

(1)C.E ,assemblée,28 mai 1971, Ville Nouvelle- Est, Publié sur le site: <https://www.conseil-etat.fr> . 15-5-2021, T:10:50 p.m .

وتتلخص هذه القضية بأنه في عام ١٩٦٦ قررت الإدارة الفرنسية اقامة مجمع سكني جديد شرق مدينة ليل يتضمن مدينة جديدة ومركزاً جامعياً ويغطي المشروع مساحة ٥٠٠ هكتار وتصل كلفته نحو مليار فرنك فرنسي ويستلزم نزع ملكية وهدم ما يقارب ١٠٠ مسكن، وجرى الاعلان عن المنفعة العامة بموجب قرار في ٣ نيسان ١٩٦٨، فقامت جمعية الدفاع عن الاشخاص المعنيين بالمشروع بالطعن بالقرار امام القضاء الإداري على أساس ان هدم مائة مسكن يمثل ثمناً غالياً لتنفيذ مشروع ومن ثم= فهو ليس بذي منفعة عامة، وبموجب هذا القرار اشار مجلس الدولة إلى انه لا يمكن التصريح بان عملية ما ذات نفع عام دون النظر إلى مكان اقامة المشروع او مساوئه، وقد ادى ذلك الاجتهاد القضائي إلى اضعاف رقابة القاضي إذ كان يجب عليه الاعتراف بالنفع العام لكل مشروع يخدم المصلحة العامة، الا انه بموجب هذا القرار اشار المجلس إلى انه لا يمكن التصريح بان مشروع ما ذو نفع عام الا إذا كان المساس بالملكية الخاصة والكلفة المالية والاثار الاجتماعية الناتجة عنا ليس مبالغا فيها بالنظر إلى الفائدة او المصلحة المرجوة منها، وبهذا الفهم وضع المجلس موازنة بين مزايا المشروع وعيوبه سواء اتصل الأمر بالتكلفة المالية او اثره على المحيط او اثاره على الملكية الخاصة، وانتهى المجلس إلى ان هدم مائة مسكن لا تنزع عن المشروع طابع النفع العام بالنظر إلى أهمية المشروع ككل.

وان المشرع ومن أجل الوصول إلى تحقيق التوازن النسبي المطلوب يعتمد العديد من الوسائل والطرائق التي تضمن ذلك بشكل مباشرة أو غير مباشر مع الابتعاد عن الغلو أو التشدد والمبالغة سواء بإهدار مصلحة المجتمع ام بالانقاص من حقوق الأفراد وحرياتهم. وبذلك فان التوازن يتضمن وجود منهج منضبط يستند على أسس أو معايير دقيقة تجعل نتيجة الموازنة موافقة لمقاصد التشريع ومحقة لمصالح طرفي التوازن، وهذه الأسس أو المعايير تستمد من استقراء نصوص القوانين ومقاصد المشرع ومقتضيات العدالة والمساواة وهي بذلك تمثل ميزاناً مشروعاً وطريقاً سليماً يحمي القائم على التوازن من الانحراف عن جادة الصواب، فلا يميل لأحد الطرفين فيأتي حكمه موافقاً للقانون بمعناه الواسع ومحققاً للمصالح المحمية في أفضل صورها ومزياً للأثار الناجمة عن اختلال التوازن .

وبناء على ما تقدم ارسى القضاء الاداري مبدأ مهما في التوازن بين المصالح في تقدير مشروعية القرار الاداري وقد ظهر هذا التوجه اولا لمجلس الدولة الفرنسي في الرقابة على قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة بحكمه الخاص بقضية المدينة الشرقية الجديدة في ٢٨ ايار ١٩٧١، كما أرست المحكمة الإدارية العليا في مصر مبدأ مهماً حول أهمية التوازن في أعمال الإدارة، فقضت بأن (الإدارة يتعين ان تصدر في تصرفاتها بما يراعي الموازنة بين المصالح العامة متفاوتة المدايح والوزن والأهمية على النحو الذي ألزمها به الدستور والقانون وإذا لم تلتزم بذلك كان للقضاء الإداري بحكم ولايته التي اناطها به الدستور ان يردها إلى مجال المشروعية وسيادة القانون بحسب صحيح التفسير السليم لأحكام الدستور والقانون وبما يدرأ ما يترتب على تنفيذ قراراتها غير المشروعية من اضرار اجتماعية وسكانية واخلاقية وصحية وأمنية ...) ^(١). وتضمن الحكم الاقرار بأن (تحقيق عدم المشروعية للقرار الإداري بأن يتكبد غايات الصالح العام التي يحددها القانون وينحرف عنها ويكون القرار الإداري أيضاً غير مشروع إذ استند إلى غاية من غايات الصالح العام يكون ظاهراً أو مؤكداً انها ادنى في أولويات الرعاية من غايات وصالح قومية اسمى واجدر بالرعاية وترتبط بالقيم والمبادئ الأساسية للمجتمع تكون أساساً لسلامة الكيان القومي إذا تعارضت غاية القرار في الظروف والتوقيت الذي يراد تنفيذه فيه مع السلامة العليا أو مع الوحدة الوطنية أو مع السلام الاجتماعي أو الأمن العام كان القرار غير مشروع يؤكد هذا المبدأ وذلك التفسير لأحكام الدستور وحدود المشروعية ما هو مسلم

(١) حكمها في الطعن المرقمان ١٨٧٥ و ١٩١٤ لسنة ٣٠ ق- جلسة ١٩٩١/٣/٩- س ٣٦ ج ٢، ص ٧٢٤، نقلا عن د. حامد الشريف : مجموعة المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا منذ انشائها وحتى الان، ج ١، المكتبة العالمية ، الاسكندرية - مصر، لسنة ٢٠٠٩ ، ص ١٤٩ .

به من مبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرئيس للتشريع طبقا للمادة ٥ من الدستور من ان دفع الضرر مقدم على جلب المنافع وان الضرورات تبيح المحظورات وان الضرورة تقدر بمقدارها عند التصرف لرفعها).

وبذلك يراقب القضاء الإداري التوازن في أعمال الإدارة ويوجب على الإدارة تحقيقه عند إعمال سلطتها التقديرية وإصدار قراراتها، عاذا اياه مبدأ قانونياً وعنصر في المشروعية يترتب على عدم مراعاته عدم مشروعية أعمالها. وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم لها عام ١٩٩٢ بالقول (ولئن كانت المصلحة العامة تقضي بحق الإدارة بإنشاء اسواق جديدة خارج الكتلة السكنية، وتحديد التاريخ الذي تراه مناسباً لتشغيله، فان من مقتضى تحقيق التوازن بين تلك المصلحة العامة وما قد ينجم عن تلازم ذلك بالإلغاء الفوري للنشاط بالأسواق القائمة بالفعل بمناسبة الافتتاح من اضرار بالغة قد تلحق العديد من المواطنين، لما يوصم القرار المطعون فيه بعدم الملاءمة التي تعد شرطاً من شروط المشروعية وعنصرها لازماً يكشف عن مدى مشروعية عمل الإدارة)^(١)، وفي هذا الحكم طبق القضاء احدى صور التوازن في القرار الإداري وهو التوازن بين المنافع والاضرار المترتبة على القرار.

الفرع الثاني : تعريف التوازن في الفقه

ان الدراسات المختلفة التي تناولت التوازن (كمصطلح مجرد) معدودة لان معظمها تناولته مركبا وكانت للمفردات المرتبطة به أثر واضح في تعريفه، فتعددت تعريفات الفقه بتعدد المجال الذي يرتبط بمصطلح التوازن . ويقوم التوازن بشكل عام على فكرة التعادل بين شيئين أو أمرين أو حالتين يفترض فيهما التعارض وتحقيق المساواة بينهما فلا يتفوق احدهما على الآخر ولا ينتقص منه دون الغائهما. وبذلك يحقق التوازن التساوي والتعادل بينها بلا مبالغة أو إفراط أو تشدد وغلو، فالتوازن يقيم علاقة بين عدة قيم ومصالح متعارضة ومتباينة في أهميتها.

ولهذا فاننا لانبث في التوازن الا إذا كان طرفي الميزان متعارضين؛ لانهما في حالة التوافق لن تكون هناك حاجة للبحث في كيفية مساواتهما أو التوفيق بينهما، وانما سيكون هناك ترتيب للأولويات فحسب اي ما يجب تحقيقه أولا وما يأتي بعده ثانياً أو ثالثاً وهكذا اي ماحقه التقديم وماحقه التأخير وان كان هذان المفهومان للتوازن يتداخلان في بعض الحالات ويتلازمان ونقصد مفهوم التوفيق ومفهوم التعارض بين طرفي

(١) وينظر أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بالطعن المرقم ٣٢٥٠٩ لسنة ٥٦ ق- جلسة ٢٣/٢/٢٠١٣، نقلا عن د. حمدي ياسين عكاشة: موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الكتاب الخامس، بلا دار نشر، مصر، ٢٠١٨، ص ١١٧ و ٨٣٤.

التوازن، والمقصود بالتعارض المفترض استهداف كل طرف تحقيق مصالح والمحافظة على قيم معينة مشروعة أو دفع مضار تتعارض مع تلك التي يستهدفها الطرف الآخر، و عند تحقيق التوازن يتم انشاء حالة جديدة هي (حالة التوازن) مع الابقاء على الحالتين الأولى اي (المصلحة المتعارضة لكل طرف) دون الغاء.

ويرى بعض الفقه ان التوازن يستخدم كوصف ايجابي لعملية التفكير المؤدية إلى نتائج سليمة، فهو عندهم يعد مرادفا تقريبا لاستعمال المنطق في التفكير بوساطة البحث عن مقدمات صحيحة للوصول إلى نتائج صحيحة، ومنهم من يقصد بهذا المصطلح المعطيات العلمية التي تُبنى عليها الافكار السليمة، ومنهم من يريد به الحالة الوسطية بين طرفي النقيض أو بين الافراط و التفريط، أو هو الابتداء على المعطيات الصحية لتكوين الافكار^(١).

ويرى أحد الباحثين أن التوازن هو الاستقرار معرفا اياه على انه (ذلك الوضع الذي يتسم بالاستقرار مالم تتغير العوامل المحددة له)^(٢). وعرفه آخر بالمفهوم نفسه على انه (الوضع الذي إذا تعذر الوصول اليه مع عدم وجود اي حاجز بالابتعاد وسيظل كما هو مالم تحدث اي مؤثرات خارجية تؤدي إلى ذلك ومن ثم يمكن القول ان التوازن وضع نسبي)^(٣). وذهب البعض للقول بان التوازن يعني (ان هناك علاقة متبادلة قوية بين مكونات النظام بمعنى ان كل تغيير يلحق بعنصر معين فان تغييرات مصاحبة تحدث للعناصر الأخرى ولا يحدث اختلال لتوازن النسق)^(٤)، وعرفه آخر على انه التوازن على انه التعادل والتكافؤ في القوى^(٥).

(١) د. محمد بن ابراهيم السعيد: التوازن الفكري، مقال منشور بتاريخ ٨ آذار ٢٠١٠، ص ١، منشور على الموقع الالكتروني: <https://www.mohamadalsaidi.com/?p=203>. تاريخ الزيارة : ٢٠٢١/٤/١٥، التوقيت: T:11:16 p.m.

(٢) مسعود دراوسي: مفهوم التوازن والاستقرار في الفكر الاقتصادي مع اشارة خاصة للتوازن الاقتصادي العام للجزائر، مجلة معهد العلوم الاقتصادية- مجلة علوم الاقتصاد والتسيير والتجارة، المجلد ١٠، العدد ١، ٢٠٠٦، ص ١٣٩.

(٣) نقلا عن مسعود دراوسي: المصدر السابق، ص ١٠٣.

(٤) د. اسماعيل عبد الفتاح عبد الكافي: الموسوعة الميسرة للمصطلحات السياسية، مركز الاسكندرية للكتاب، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٣٣.

(٥) وهذا المفهوم أخذ به (مونتسكيو) في مؤلفه (روح القوانين)، مؤكدا على ضرورة إيجاد توازن بين السلطات لمنع استبداد هيئة على أخرى، وبدون هذا التوازن تتعسف كل واحدة بما تمتلكه من اختصاصات لتعتدي على غيرها ومن ثم لن تكون هناك فائدة من اقرار مبدأ الفصل بين السلطات، ولان الاخير لا يعني الفصل المطلق وبهذا فان نظريته في توازن السلطات تؤدي بالضرورة إلى اعتدال كل منها في استعمال الصلاحيات المخولة لها ، ينظر: د. انس غنام جبارة: توازن السلطة في النظام البرلماني - دستور ٢٠٠٥ العراقي نموذجا، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٩، العدد ٢، ٢٠١٩، ص ٤١٠.

ولقد اتخذت الفاظ الوسطية والتعادلية بديلاً عن التوازن و ان القصد من استخدام هذه الالفاظ ما هو الا التوازن نفسه، وينظر إلى التوازن على انه (حالة من الاستقرار النسبي تنشأ من خلال عملية الموازنة بين أطراف متعارضة أو متناقضة وتدوم إلى ان يظهر من الأسباب ما تؤدي إلى وقوع الاختلال فيها، فالاختلال من طبيعة التوازن وهذا بدوره يجعل من التوازن ذو طبيعة ديناميكية، كما يتميز التوازن بوجود علاقة بين المتغيرات إذ لا يمكن تصور حدوثه بين متغيرات منقطعة الصلة ببعضها البعض، فالتوازن يشير إلى حالة مثالية بين وضعين متناقضين أو متعارضين بحيث يضمن الابقاء على الوضعين دون الغاء اي منهما^(١).

وتتعدد تعريفات مصطلح التوازن بتعدد العلوم والمجالات التي يستخدم فيها واختلاف طبيعتها، فيستخدم في الميادين المختلفة فهناك التوازن الاجتماعي والاقتصادي والسياسي والمالي والدولي وتوازن القوى والتوازن الفكري وغيرها ولكل منها مفهومها الخاص.

وبالرغم من تعدد مفاهيم التوازن وعدم اتصافه بالوضوح بسبب كثرة استخداماته في العلوم المختلفة الا ان ذلك لا يقلل من أهميته من الناحيتين العلمية والعملية، فالإيمان بأهميته وضرورة تحقيقه انما هو ناتج عما يحققه من مصالح وأهداف ونتائج ايجابية. ولا ينفي تعدد التعريفات والمفاهيم الموضوعية للتوازن وارتباطها بطبيعة المجال الذي ترد فيه امكانية اعطاء تعريفاً عاماً له يتمثل بالمعادلة بين شيئين والترجيح والتوفيق بينهما وصولاً إلى تحقيق الاستقرار النسبي فيها لان التوازن يستهدف تحقيق مصالح وقيم أساسية يرى انها اجدر بالرعاية ويمكن ان تنصهر فيها المصالح الأخرى لأطراف التوازن. ولذلك نرى ان التوازن في القانون يعد (مبدأ قانوني عام يجب مراعاته في تنظيم العلاقات القانونية باختلاف طبائعها وموضوعاتها ويتوقف عليه تحقيق الاستقرار والعدالة والتكافؤ بين أطراف تلك العلاقات ويضمن نجاعة وفاعلية القاعدة القانونية المعنية بضمان الحقوق والحريات واحترام مبدأ المشروعية). ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

- إن التوازن مبدأ قانوني عام يتوجب مراعاته في القواعد القانونية كافة المنظمة للمصالح المتعارضة ويعد وفقاً لذلك من قواعد المشروعية التي تحكم العمل الإداري ويتوجب على الإدارة مراعاته .
- يحقق التوازن مصالح الأطراف المختلفة وضمان عدم اهدار حقوق الأفراد وحرياتهم الا بالقدر اللازم لتحقيق المصلحة العامة وعند الضرورة .
- إن عدم احترام التوازن في العمل الإداري يؤدي إلى وصمه بعدم المشروعية ومن ثم يتوجب الغاءه.

(١) د. يوسف مصطفى رسول: المصدر السابق، ص ٢٩ و ص ٣٢

المطلب الثاني: ذاتية التوازن

يكشف تحليل تعريف التوازن ومفهومه في القانون والعلوم الأخرى عن خصائص أو سمات أساسية وعامة تمنحه كيانا خاصا به متميزا عن غيره من المفاهيم الأخرى وتدلل عليه، إذ يمتاز التوازن بكونه حصيلة جهد فكري يبذله القائم بعملية الموازنة، وبأنه فكرة مرنة او قابلة للتغيير بحسب العوامل المحيطة بالتوازن والمؤثرة فيه، كما يمتاز بكونه نسبيا وبقدرته على تحقيق التوفيق بين المصالح المتعارضة اي اطراف عملية الموازنة وانشاء حالة جديدة ، وهذه الخصائص تمنح التوازن أهميته ودوره الايجابي في الحفاظ على مبدأ المشروعية وتحقيق العدالة ومن ثم تحسين العلاقة بين الإدارة والجمهور، ولهذا يحتل التوازن أهمية كبيرة في نطاق القانون الإداري بالنظر لما يترتب عليه من اثار و يعد هدفا يسعى المشرع إلى تحقيقه فيما يسنه من تشريعات والإدارة فيما تصدره من قرارات وما تبرمه من عقود.

ولهذا سنتناول في هذا المطلب وعبر تقسيمه على فرعين بيان خصائص التوازن وذلك في الفرع الأول ومن ثم سنتناول البحث في أهمية التوازن وذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: خصائص التوازن

يمكن بيان خصائص التوازن عبر البنود الآتية:

أولاً: التوازن نتاج جهد فكري: يؤكد العديد من الفلاسفة على وجوب استخدام العقل في عملية التوازن بين الامور أو الاشياء أو المصالح، لذلك فان ارسطو يركز على العقل فيقرر ان الاخلاق تكمن في الحياة العقلية اي في العيش طبقا للعقل، والعقل عنده بعد تهذيبه وتثقيفه من شأنه ان يوفق بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة، ولان هذا التوفيق يدخل حتما في مفهوم (الفعل الصواب الشريف)، من ثم فان أرسطو بعد ان أثر ضرورة التوفيق بين المصالح جعل من العقل وسيلة أو اداة لذلك. كما يدعو (جون ستيوارت ميل) الفرد ان يوازن بعقله بين مصلحته ومصالح الآخرين كلما همَّ بالإقدام على فعل ما ^(١).

فالتوازن يمثل حصيلة لنتاج فكري، و ينبني على استخدام العقل والمنطق في عملية التفكير، إذ يمكن الوصول اليه عن طريق اتباع القائم بمهمة التوازن سلسلة من الخطوات ليصل منها إلى نتيجة سليمة ومن ثم تحقيق الأهداف أو المقاصد المنشودة . فيجب على القائم بمهمة احداث التوازن التأكد أولا من مصداقية

(١) نقلا عن حميد حميد العنبي: اثر المصلحة في تشريع الأحكام بين النظامين الانكليزي والاسلامي، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٧١، ص ٩٥ و ٩٨ .

المصالح المتحققة أو التي يراد تحقيقها بأن يُميز بين المصالح ويتثبت من مصداقيتها وفيما إذا كانت حقيقية أو وهمية ووسيلته في ذلك إعمال قواعد التفكير والمنطق السليم. فيقوم بمشاهدة وملاحظة الحالات والظروف أو الملاحظات المتصلة بمحل التوازن وتشخيصها وإدراكها بدقة بإضفاء الوصف الدقيق عليها ومن ثم تقييم تلك الحالات والنتائج المترتبة عليها وإدراك المصالح الواجب تحقيقها وفيما إذا كانت متعارضة ام متوافقة.

فإذا كان هناك تعارض بين المصالح المشروعة فان الهدف الأول للقائم بالتوازن يتمثل بالجمع بين تلك المصالح وتحقيقها كافة بحسبانه الاصل ولا يجوز الغاء مصلحة بدعوى تحقيق أخرى أو تقديمها عليها ولان الجمع أولى من التخلي عن احداها، إلا انه لا يمكن تحقيق ذلك أحياناً بسبب التعارض الشديد بينها، عندها ينبغي التقريب بينها واحداث التعادل وبقدر ما يؤخذ منها تُعطى.

و قد يتبين للقائم بالتوازن انه لا تعارض بين المصالح المراد تحقيق التوازن بينها فتحقيق احداها لا يزاحم الأخرى، فلا يحتاج الأمر إلى الغاء احداها لتحقيق الأخرى، وهذا ما ينبغي على القائم بالتوازن ادراكه وسواء اكان المشرع نفسه أم الإدارة أم القاضي، فينبغي تفحص المنافع المتحققة والمضار المترتبة على تقويت احدى المصالح والآثار المترتبة على كل منها اجتماعيا واقتصاديا واثرا على الحقوق والحريات ومصلحة الجماعة المشتركة وعلى مصالح الأفراد وإدراك هذه الآثار من مختلف جوانبها ، وهذا ما يتطلب من القائم بهذه العملية أن يكون ذو معرفة وملماً بالقواعد والنصوص القانونية المتعلقة بالموضوع وذو خبرة ومعرفة كافية بالمصالح والقيم السائدة في المجتمع والمقارنة بينها بغية تحقيق التوازن وفهم الواقع وتحليله وتحديد الخيارات والحلول المتاحة، ويمكن اعتماد أسس معينة في ترجيح المصالح وتقضيل بعضها على بعض واعطائه الأولوية بالنظر إلى أهميتها أو الآثار المترتبة عليها اقتصاديا أو ماليا أو اجتماعيا أو مدى الحاجة إليها و لزومها أو حالة الضرورة . وبعد حصر تلك المصالح والتثبت من واقعيتها أو مصداقيتها يمكن البدء بعملية الموازنة بالجمع بين المصالح أو الترجيح بينها فتقدم مثلا المصلحة الكبرى على الصغرى أو المصلحة العامة على الخاصة أو قد يكون التوازن بين المصالح العامة أو بين المصالح الخاصة. ويوضح (فيليب هيك) وهو احد قادة المدرسة الالمانية القائلة بمذهب (فقه المصالح) في بيان دور القانون في تنظيم المجتمع وتحقيق المصالح بأن فقه المصالح عبارة عن (منهج يهدف إلى تحقيق الغايات العملية التي يسعى القانون إلى اقامتها في المجتمع)، مبينا أن كل نص قانوني انما يأتي بهدف تنظيم العلاقات والقضاء على الصراعات الموجودة بالفعل بين مصالح اجتماعية متعارضة^(١).

وفقا لذلك لابد أن يمتلك القائم بالتوازن تصورات صحيحة عن محل التوازن حتى يصل إلى القرارات الصائبة

(١)د. ابراهيم ابو الغار: علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، مكتبة نهضة الشرق، جامعة القاهرة، مصر، ١٩٨٥، ص ١٩.

عن كل مسألة يراد وضع حكم لها، وامتلاك هذه التصورات من ادوات الاجتهاد وهي من مسائل أعمال الفكر وأداته العقل؛ ولن يكون التفكير سليماً إلا إذا بني على تصورات صحيحة ومنها يمكن الوصول إلى النتيجة أو الإدراك المتضمن الحكم، ولهذا يمكن مناقشة كل فكرة عبر نقد التصورات التي بنيت عليها والإدراك الناشئ عنها، وأي اختلال أو اضطراب سيكون ناشئ عن إدراك مبني على تصور موهوم أو غير حقيقي^(١).

وبذلك يتبين ان التوازن نتاج جهد فكري ويستلزم توافر عدة عوامل واتباع خطوات متسلسلة منطقية تتطلب الادراك والعلم بالمعطيات وصولاً إلى نتائج ومدرجات سليمة تؤسس لتوازن سليم يحقق الأهداف المرجوة، وللقائم بمهمة التوازن دور كبير في نجاح عملية الموازنة بما يمتلكه من مؤهلات وخبرة كافية، ولا يتوقف هذا الأمر على تحقيق التوازن فحسب وإنما يجب المتابعة والمداومة على تحقيق التوازن واعادته في حال اختلاله بسبب الظروف والتطورات الحاصلة في المجتمع بمختلف المجالات مما يتطلب إدامته وتحسينه.

ثانياً: التوازن فكرة متغيرة : ويعني ذلك أن التوازن يتصف بدرجة عالية من المرونة والقدرة على مواكبة المتغيرات والتطورات الحاصلة في المجتمع عموماً والمتصلة بمحل التوازن على وجه الخصوص، أي المتغيرات الخارجية والداخلية. وان تحقيق التوازن في موضوع ما يعني اضمحاء نوع من الاستقرار النسبي في مرحلة ووقت معين؛ لأن هذا الاستقرار يمكن ان تؤثر فيه بعض المتغيرات والعوامل من شأنها احداث اختلالات في التوازن، ومن ثم يقتضي إتخاذ الإجراءات اللازمة لإعادته إلى حالة الاستقرار، ولهذا يصف بعض الباحثين هذه الحالة بديناميكية التوازن وهي تمثل جزء من طبيعته. فالتوازن المتحقق خلال فترة زمنية معينة لا يبقى كذلك، إذ قد يختل التوازن المتحقق فيها كلياً أو جزئياً في فترات زمنية لاحقة، ويعود ذلك للتطورات الحاصلة في مجالات الحياة كافة وفي مجال النشاط الإداري بشكل خاص، ولذلك من غير المتصور بقاء التوازن على حاله إذ لابد أن يتأثر بحركة التطور هذه مما يستلزم العمل على إعادة البحث في متطلبات تحقيقه^(٢).

إن هذه الخاصية ليس من شأنها التقليل من القيمة الحقيقية للتوازن وأهميته، فالتوازن يؤدي وظيفة معينة ونجاحه يقاس بمدى تحقق تلك الوظيفة، ولذلك فان اختلاله بفعل متغيرات وعوامل معينة لاحقة لا يعني انه لم يكن ناجحاً أو جدياً أو انه لم يؤدِ وظيفته، فهو يكون ادى هذه الوظيفة في مرحلة معينة وفي ظل الظروف القائمة وقت تحققه. وهذه الخاصية تعكس ضرورة إجراء التعديلات في التشريعات المختلفة ووجوب انسجامها مع الظروف المستجدة ومواكبة التطورات وإيجاد المعالجات السليمة لأسباب الاختلال في التوازن واعادة

(١) د. محمد ابراهيم السعيد: المصدر السابق، ص ٢.

(٢) ينظر: د. يوسف مصطفى رسول: المصدر السابق، ص ٧٥.

فرضه إذ يعد ذلك بمثابة رد فعل على تلك المعطيات الجديدة وبما ينسجم مع التطور الحاصل.

وبهذا فان خاصية عدم الثبات والمرونة تدل على وجود رابطة قوية بين التوازن والتطور الحاصل في المجتمع، ويذهب احد الفلاسفة إلى تحليل طبيعة دور القانون في تنظيم المجتمع واحداث التوازن بين المصالح المتعارضة فيه بقوله (بأنه يوجد في كل مجتمع مجموعة من المصالح المتصارعة، وان هذه المصالح تختلف في مدى أهميتها وفي قيمتها الاجتماعية إلى الحد الذي يمكن معه ان يقال ان بعضها مناهض للمجتمع، وفي ظل هذا الصراع بين المصالح يبرز دور القانون بوصفه حكماً غير متحيز يسعى إلى ربط النظم القانونية بالاحتياجات والمصالح الفعلية ويهدف إلى تطوير النظم القانونية بحيث تسير تطور تلك المصالح ، وهذه الغاية لا يمكن تحقيقها الا إذا كان المسؤولون عن السياسة التشريعية ملزمين إماماً كاملاً بالمجالات والظواهر الاجتماعية المراد تنظيمها بحيث يرى في هذا التنظيم تحقيق التوفيق والتنسيق بين المصالح وإيجاد حلول موفقة تقضي على الصراع القائم بينها ^(١).

ومن الجدير بالذكر أن علماء الاجتماع يشيرون إلى نوعين من التوازن هما: التوازن المستقر والتوازن غير المستقر، ويشير التوازن المستقر إلى تلك العلاقات التي تميل إلى الثبات النسبي كما هو الحال في علاقة النسق أو النظام الاجتماعي بالبيئة وبالعناصر التي يصعب تغييرها، ويمكن تجسيد فكرة التوازن المستقر من منظور معين بانها تلك التي تتصل بالمصالح الراسخة والقيم الأساسية، أما التوازن غير المستقر فيشير إلى التغييرات التي تؤدي إلى اضطراب أو اختلال النسق أو النظام الاجتماعي أو حصول تحولات أساسية أو جوهرية قد تهدم النظام نفسه أو تعمل على ايجاد نوع جديد من العلاقات تختلف عن تلك التي كانت قائمة من قبل على نحو ما يحدث عند الثورات وينتج عن ذلك عدم العودة مرة أخرى إلى حالته قبل حدوث التغيير أو الاختلال، وبذلك تعمل هذه التحولات على هدم النظام كلياً أو اعادة بنائه أو تكوينه بشكل يختلف عن النظام القائم سابقاً، ومع ذلك لا يشترط في التوازن غير المستقر حصول تغير شامل في البنية الاجتماعية للمجتمع رغم حدوث تغييرات فاعلة في المجالات المختلفة ^(٢).

ثالثاً: النسبية : هذه الخصيصة لها صلة وثيقة بخاصية عدم الثبات ومتلازمة معها، فالتوازن المطلق أمر يصعب تحقيقه ان لم يكن مستحيلاً، اذ تؤثر فيه المتغيرات المحيطة في التوازن والتي من شأنها احداث الاختلال فيه، فحالة الاستقرار التي يخلقها التوازن غير ثابتة ونسبية، و القول بوجود التوازن في قانون ما لا يعدو ان يكون أمراً نسبياً يختلف من حيث مداه الزمني ونطاقه واثره باختلاف الظروف والملابسات المحيطة

(١) وهذا ما ذهب اليه الفيلسوف الالماني (رودولف اهرنج)، ذكره د. ابراهيم ابو الغار: المصدر السابق، ص ١٧.

(٢) د. محمد عبد المعبود مرسي : المصدر السابق، ص ١٧٨-١٧٩.

بالحالة التي ينصب عليها، والأمر يعود لطبيعة التوازن الذاتية والغاية منه وطبيعة المصالح المتعارضة (أطراف عملية الموازنة نفسها) .

فمن الناحية الزمنية لا يمكن ضمان استمرار حالة التوازن بحكم تجدد وتغير أو تبدل الظروف المحيطة بفعل التطورات الحاصلة في الحياة والنشاط العام مما يترك اثرا على توازن العلاقات القانونية المختلفة، فالتقدم التكنولوجي والمتغيرات والتطورات الاقتصادية والسياسية ولاسيما في إطار العلاقات بين الأفراد والإدارة، والتحول في القيم والمفاهيم الأساسية في المجتمع التي تحكم علاقات الأفراد مع الدولة وفي إطار علاقاتهم مع بعضهم، وتنوع الحاجات وازديادها في ضوء التطور العلمي والتكنولوجي، فضلاً عن اتساع حجم الهوة بين طبقات المجتمع وعدم العدالة في توزيع الثروات وما نتج عنه من فروقات بين افراد المجتمع، إلى جانب التطورات الحاصلة في مجال التصنيع والتجارة وانتشار الفساد وثورة المعلومات وظهور التقنيات الحديثة وتطور أساليب الإدارة الحديثة وظهور مفاهيم جديدة ومنها الإدارة الالكترونية واثارها على أعمال الإدارة وانشطتها، جميعها عوامل تمنع وتؤثر على تحقيق التوازن المطلق ومتغيرات تؤدي إلى اختلاله مما يقتضي سن تشريعات ووضع قواعد قانونية جديدة تتوافق مع تلك المفاهيم والقيم وتعبّر عنها. أما من ناحية الآثار فان التوازنات متباينة، فكل توازن يختلف عن الآخر من ناحية وسائل ومتطلبات إعماله فضلاً عن اختلاف أساليب تنفيذه باختلاف القائمين على ذلك مما يتطلب اخضاع القائمين على ذلك للرقابة، أما من حيث الجوهر أو النطاق الموضوعي فالتوازنات مختلفة و يعتمد ذلك على مستوى التقدم التشريعي إذ ان التوازن نوع من التطور القانوني ينبغي ان تسعى له دائما التشريعات المنظمة للعلاقات القانونية المختلفة^(١).

رابعاً: التوفيق بين المصالح المتعارضة: تتمثل هذه الخاصية في ان محل التوازن عبارة عن مصالح وقيم ومفاهيم متعارضة أو مضادة لبعضها البعض ، ويستهدف التوازن انهاء الصراع بينها بان يجمع بينها ان كان ذلك ممكناً ومن ثم تحقيق جميع المصالح أو التوفيق والترجيح بينها وفقاً لمجموعة من الأسس والقواعد.

وفي الواقع تحدد هذه المصالح والمفاهيم والقيم المتعارضة والتي تشغل كفتي الميزان الإطار المفاهيمي للتوازن وتشكل جزء منه، كما ان خاصية التعارض بينها تمثل ضابطاً دقيقاً لتحديد نطاق استخدام التوازن وتمييزه عن غيره من المفاهيم نحو المساواة التي تكون بين المراكز المتماثلة وليس المتعارضة. ويمكن تصنيف المصالح المتعارضة بالاستناد إلى معايير معينة نحو تصنيفها بالاستناد إلى مداها فتكون هناك مصالح عامة وأخرى خاصة أو جماعية وفردية، كما يمكن تصنيفها بالاستناد إلى موضوعها كالمصالح السياسية والاجتماعية والاقتصادية والمالية والثقافية . ويعد الفقيه والفيلسوف الالمانى (رودولف ستاملر) ابرز

(١) د. يوسف مصطفى رسول: المصدر السابق، ص ٧٩.

من تناول موضوع التعارض بين المصالح وتفق على غيره في ابرازه التقابل أو التعارض بين الغايات أو الأهداف الفردية و الغايات والأهداف العامة المشتركة، إذ يقرر بأن القانون العادل لا يقتصر على توفير الحرية و المساواة بين افراد المجتمع ولا على توفير الرخاء والسعادة لهم وإنما يتمثل فيما سماه بـ(المثل الاجتماعي الاعلى) ويقصد به جمع الأهداف الفردية ودمجها أو التوفيق فيما بينها، و يرى ان هذه الأهداف تجعلنا أمام اتجاهين مختلفين أولهما الحفاظ على المصالح الخاصة لكل فرد من الأفراد ويطلق عليه (مبدأ الاعتبار) أو الاحترام وهو مبدأ يجيز لكل فرد ان يطالب كل فرد اخر باحترام غاياته وأهدافه وأمانيه ويلتزم باحترام أهداف الآخرين وغاياتهم، والاتجاه الثاني يهدف إلى تغليب مصلحة المجموع عبر تضامن مصالح الجماعة واتحادها ويطلق عليه تسمية(مبدأ التعاون) وهو مبدأ يقضي باتحاد كل افراد الجماعة للنضال المشترك من اجل ابقائها ولا يمكن عزل أو استبعاد فرد من افراد هذه الجماعة تعسفاً من دون مسوغ كافي^(١).

والتعارض قد يكون بين المصالح العامة والخاصة أو مصلحة الفرد ومصلحة المجموع ، أو المنافع والاضرار، أو المصالح والمفاسد، أو بين انواع من المصالح الخاصة أو بين انواع من المصالح العامة إذ يكون هناك مدارج للمصلحة ويستهدف التوازن ازالة التعارض بينها بتحقيقها جميعها أو ترجيح بعضها على بعض نحو ترجيح الأهم على المهم، أو المصالح الكبرى على الصغرى أو المصالح العامة على الخاصة ولكل حالة ظروفها وملابساتها ومن ثم متطلبات توازنها، ومن ذلك الملكية الخاصة فهي وان كانت مصنونة ومكفولة الحماية من كل اعتداء ولصاحبها ان يستعملها أو ينقلها أو يتصرف فيها كيفما يشاء لكن إذا ما تعارضت طرائق استخدامها مع المصلحة العامة قدمت المصلحة العامة واصبحت هي الأولى بالرعاية^(٢).

ورتب القضاء الإداري عدم المشروعية في حال عدم مراعاة مدارج المصلحة عند اتخاذ القرار الإداري وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه (... يكون القرار الإداري أيضاً غير مشروع إذا استند إلى غاية من غايات الصالح العام يكون ظاهراً أو مؤكداً انها ادنى في أولويات الرعاية من غايات و صوالح قومية اسمى واجدر بالرعاية وترتبط بالقيم والمبادئ الأساسية للمجتمع تكون أساساً لسلامة الكيان القومي - إذ تعارضت غاية القرار في الظروف والتوقيت الذي يراد تنفيذه مع السلامة القومية العليا أو مع الوحدة الوطنية أو مع السلام الاجتماعي أو الأمن العام كان القرار غير مشروع يؤكد هذا المبدأ وذلك التفسير لأحكام الدستور وحدود المشروعية ما هو مسلم به من مبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرئيس للتشريع

(١) د. حسن ذنون: فلسفة القانون ، ط١، مطبعة العاني ، بغداد، ١٩٧٥، ص ١٧٠.

(٢) د. محمد ماهر ابو العينين، تطور قضاء الالغاء ودور مجلس الدولة في الرقابة على القرارات المتعلقة بنزع الملكية وعلى بعض مصادر مبدأ المشروعية، المجلد الثالث، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ١٠٤.

طبقا للمادة ٢٥ من الدستور من ان دفع الضرر مقدم على جلب المنافع وان الضرورات تبيح المحظورات وان الضرورة تقدر بمقدارها عند التصرف لرفعها^(١).

خامسا: الإنشاء: يرتب التوازن ويحقق حالة من التعادل والتوفيق بين حالتين أو أكثر بإنشاء حالة جديدة تضاف إلى الحالات السابقة وتتمثل بحالة التوازن غير المخل، اي حالة التوازن التي لا يترتب عليها الغاء لاحد طرفي التوازن فلا تهدر المصلحة الخاصة لتحقيق المصلحة العامة بان تتم التضحية بها نهائيا الا بالقدر اللازم لإقامة التوازن. فالأصل ان يجري تحقيق المصالح كافة الا انه قد يصعب تحقيق ذلك فيجد القائم بالتوازن ضرورة ترجيح احدهما بالاستناد إلى أسس ومعايير معينة نحو ان يجد ان احدى المصلحتين أكثر أهمية أو تأثيرا على المجتمع أو بحسب الضرورة أو بالنظر لقياس حجم المنافع العائدة عليها ومقارنتها بالخسائر التي يمكن التعرض لها والاثار الاقتصادية والاجتماعية المترتبة عليها .

أما في حالة اهمال احد طرفي التوازن فلن يتحقق التوازن المنشود وانما سيؤدي ذلك إلى سيادة طرف على حساب الطرف الاخر، كما لن يؤدي التوازن وظيفته بإزالة التعارض بين أطراف العلاقة، ولهذا يجب وضع القواعد القانونية التي تضمن تحقيق ذلك التوازن دون انتقاص من احدى المصالح أو اهمالها، ويبقى الأمر مرهون بموضوع التوازن والظروف المحيطة المؤثرة على عملية التوازن^(٢).

الفرع الثاني: أهمية التوازن

إن فكرة التوازن من الافكار المثالية التي تستهوي الكافة واثارت انتباه المفكرين إذ تناولته الكتابات الفلسفية من جوانب عديدة مؤكدة اهميته سواء على مستوى علاقة الفرد بنفسه ام على مستوى علاقته بالمجتمع وفي مختلف العصور بحسبانها تمثل مثالا اعلى ونموذج يعتد به في مجالات الحياة العامة الا ان مفاهيمها متباينة^(٣). وتظهر أهمية التوازن بمفهومه العام في النتائج الايجابية التي تترتب على تحقيقه و في

(١)حكما المحكمة الادارية العليا في مصر بالطعنان المرقمان ١٨٧٥ و ١٩١٤ لسنة ٣٠ ق- جلسة ١٩٩١/٣/٩، مذكورة سابقا في ص ١٤ من الاطروحة.

(٢) يوسف مصطفى رسول: المصدر السابق، ص ٨٣-٨٤.

(٣) ومن ذلك ما ورد عن الفكر الفلسفي لدى (افلاطون) في إطار فكرته عن تحقيق العدالة في مدينته المثالية إذ رأى ان تحقيقها من شأنه تحقيق التوازن داخل المجتمع كما تفعل الفضيلة في النفس الانسانية، كما يرى ان خير الحكومات هي الارستقراطية المقيدة بهيئات نيابية تكفل التوازن بين السلطات المختلفة وهي وسط بين الطغيان والديمقراطية، فالطغيان يسرف في حب السلطة والديمقراطية تغلو في حب الحرية فكلاهما ردى في ذاته ولكن المزج بينهما بالقدر اللائم ينتج النظام الامثل في هذه الحياة الدنيا، ويرى (ابيقور) ان غايتنا القسوى يجب ان تكون التوازن التام والطمأنينة التامة بمأمن من كل اختلال =

إطار أعمال الإدارة بشكل خاص، وهذه الأهمية تتبع من التوازن ذاته ومن طبيعته فضلاً عن أهميته العملية المتمثلة بالحفاظ على الحقوق والحريات واحترام سيادة مبدأ المشروعية والثقة التي يولدها في نفوس المواطنين في إطار علاقتهم مع الإدارة وشعورهم بالعدالة بعدم الانتقاص من حقوقهم والمساس بحرياتهم والتضحية بها من دون الاستناد على قواعد معينة، من ذلك سنتولى بيان هذه الأهمية عن طريق البندين الآتيين:

أولاً: الأهمية الذاتية للتوازن

يمكن عن طريق التوازن إيجاد طريقاً للمقارنة بين الأوضاع المتعارضة، والمفاضلة بين حال وحال والموازنة بين المكاسب والخسائر على المديات الطويلة والقصيرة وعلى المستويين الجماعي والفردى ويجري بعد ذلك اختيار ما هو ادنى لجلب المصالح ودرء المفاسد^(١).

ونرى بانه لما كان التوازن يقوم على احداث التوفيق بين المصالح المتعارضة فهو بذلك انما يمنع وقوع الصراعات والتوترات بين أطراف العلاقات القانونية المختلفة مما يساهم في تحقيق السلم المجتمعي وعدم تنامي شعور الظلم لدى الأفراد لاسيما وانهم يمثلون الطرف الاضعف في العلاقات التي تكون الإدارة طرفاً فيها؛ بالنظر للامتيازات والسلطات الواسعة التي تتمتع بها الادارات العامة بغية الوصول إلى أهدافها في اداء وظيفتها الإدارية، ولذلك سيكون للتوازن فيها دور أساسي في حسم النزاعات ومنع وقوعها ابتداءً. وبهذا فان أهمية التوازن تتبع من طبيعته وخصائصه الذاتية وهذه الأهمية موجودة في تكوينه ومتلازمة معه، فالتوازنات باختلاف موضوعاتها تعد ذات أهمية بطبيعتها شرط ان تكون حقيقية وغير صورية و إذا ما احسن اعمالها وتم اتخاذ الإجراءات السليمة لتنفيذها وضمانه عبر ممارسة الدور الرقابي للجهات المختصة.

وفي نطاق القانون الإداري يحتل التوازن أهمية كبيرة بالنظر لما يترتب عليه من اثار و يعد هدفا يسعى المشرع إلى تحقيقه فيما يسنه من تشريعات والإدارة فيما تصدره من قرارات وما تبرمه من عقود ولهذا نجد ان القانون يفرض على الإدارة قيوداً صارمة مقابل ما يمنحه لها من سلطات واسعة في محاولة منه

= أو اضطراب، ويرى (ارسطو) ان توزيع السلطات بين أكثر من جهة وعدم تركيزها في يد واحدة من شأنه ان يؤدي إلى تحقيق توازن عادل في المجتمع. نقلاً عن يوسف كرم: تاريخ الفلسفة اليونانية، بلا رقم طبعة، مؤسسة هنداوي ، مصر، ٢٠١٤، ص ١٣١ وص ٢٦٣. و ينظر: غاستون مير: افلاطون ، تعريب د. بشارة صارجي، ط١، سلسلة اعلام الفكر العالمي، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت -لبنان، ١٩٨٠، ص ٧٣ و ٨١. و نبيل محمد دقيل: العلاقة بين مفهوم التوازن الاجتماعي واستراتيجية السلام، مجلة جامعة شندي - السودان، العدد ٤، ٢٠٠٨، ص ١، متاح على الموقع الالكتروني:

<http://repository.ush.edu.ly/repository.ush>، تاريخ الزيارة: ١٧/٤/٢٠٢١، الوقت: ٩:٠٨ p.m.

(١) د. عارف احمد محمد ماهي الحجري : المصدر السابق، ص ٢٦ - ٢٧.

لتحقيق التوازن بين المصلحة العامة التي تسعى لها الإدارة ومصالح الأفراد في الحفاظ على حقوقهم وعدم الانتقاص منها أو المساس بحرياتهم وعدم التضحية بها كلياً، نحو إجراءات الضبط الإداري التي يوازن فيها المشرع بين حق الإدارة في فرض النظام العام والمحافظة عليه بعناصره والدفاع عن مصالحها الأساسية وحق الأفراد في عدم حرمانهم من ممارسة حرياتهم والتمتع بحقوقهم، وتوضح المحكمة الدستورية العليا في مصر في أحد أحكامها بأن (... ادانة المتهم بالجريمة انما تعرضه لأخطر القيود على حريته الشخصية وأكثرها تهديدا لحقه في الحياة، وهي مخاطر لا سبيل إلى توقيها الا على ضوء ضمانات فعلية توازن بين حق الفرد في الحرية من ناحية وحق الحماية في الدفاع عن مصالحها الأساسية من ناحية أخرى)^(١).

ثانياً: الأهمية العملية للتوازن: تتجسد الأهمية العملية للتوازن في مساهمته في الحفاظ على مبدأ المشروعية وتحقيق العدالة وتحسين العلاقة بين الإدارة والجمهور، وسنبين هذه الأهمية عن طريق الفقرتين الاتيتين:

١- أهمية التوازن بوصفه مبدأ قانوني : يعد التوازن حجر الزاوية للعديد من النظريات والافكار القانونية في فروع القانون المختلفة وفي نطاق القانون الإداري بوجه خاص، إذ يرتبط التوازن في القانون الإداري بشكل وثيق الصلة بالهدف من منح الإدارة السلطات الواسعة في اداء وظيفتها ممثلةً بالمصلحة العامة التي يجب ان تحكم أعمال الإدارة كافة، اذ ينبغي احداث التوازن عند تعارض هذا الهدف مع غيره من الأهداف مادامت جميعها مشروعة وجديرة بالحماية القانونية .

ويلاحظ ثمة توجه حديث نسبياً للقضاء الإداري نحو الأخذ بمبدأ (الموازنة بين المصالح أو توازن المصالح) في تقدير مشروعية القرار الإداري، وهو أمر يتجاوز فكرة الموازنة بين المنافع والاضرار التي يتبناها القضاء والذهاب نحو فكرة أكثر عمومية وشمول وهي (الموازنة بين المصالح)، فإذا كانت استخدامات الموازنة بين المصالح تتدرج في بعض الأحيان تحت وصف الموازنة بين المنافع والاضرار بحسبان ان تغليب مصلحة على أخرى يعد في النهاية موازنة بين المنافع و الاضرار، الا انه في بعض الأحيان لا تكون هناك موازنة بين المنافع والاضرار بقدر تغليب مصلحة على أخرى عبر تقدير المنافع والاضرار الخاصة بكل مصلحة، إذ ان الموازنة بين المصالح قد تكون بين مصلحتين عامتين وهو ما يتجاوز النطاق الضيق للموازنة بين المنافع والاضرار^(٢).

وقد ظهر هذا التوجه لمجلس الدولة الفرنسي في الرقابة على قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة بحكمه

(١) الدعوى رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية، نقلا عن د. يوسف مصطفى رسول : المصدر السابق، ص ٩٩ .

(٢) د. محمد ماهر ابو العينين، المصدر السابق، ص ٥٠-٥١.

الخاص بقضية المدينة الشرقية الجديدة في ٢٨ ايار ١٩٧١ إذ توسع القاضي فيه بالرقابة على قرارات نزع الملكية فلم يكتف بالنظر إلى المنفعة العامة التي يحققها قرار نزع الملكية بشكل مجرد وانما تجاوز هذا الحد ونظر إلى مدى ما يحققه قرار نزع الملكية من فائدة تحقق اكبر قدر من المصلحة العامة وذلك عن طريق الموازنة بين الفائدة التي يحققها المشروع والمصالح التي يمسها والنظر إلى فكرة المنفعة العامة نظرة أوسع وأكثر موضوعية تسمح بتقييم كافة المصالح الموضوعية في الميزان التي يمسها القرار المطعون فيه وبذلك ارسى القضاء الإداري الفرنسي في مجال قرار نزع الملكية مبدأ مؤداه ان أي مشروع لا يمكن ان يتحقق فيه شرط المنفعة العامة قانونا إلا إذا كانت الأضرار التي يلحقها بالملكية الخاصة أو تكلفته المالية أو اثاره الاقتصادية أو الأضرار التي يلحقها بالمنفعة العامة الأخرى ليست باهظة بالنظر إلى المنفعة التي يحققها^(١).

وقد أخذت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في ١٥/٣/١٩٨٥ بشأن قضية (عزبة خير الله)، بمبدأ توازن المصالح اذ جاء في حيثيات الحكم بانه (... انه إذا كان الصالح العام يتفاوت في مدارجه ويتباين في أولوية فيجب عندئذ ان تصدر في تصرفاتها بما يراعي في ذلك ويناسبه، بحيث تعطي لكل وجه من أوجه الصالح العام أهميته، ولا تضحي بوجه منها تتشد وجهها دونه، مع ظهور التفاوت بينها بصورة صارخة أو كبيرة، إذ في هذه الحالة تختلط مناسبة عمل الإدارة بمشروعيتها ويلزم ليكون مشروعاً ان يكون مناسباً وهو ما تنبسط عليه رقابة القضاء للتحقيق منه، ولعل هذا هو المعنى الذي يعتقه القضاء الإداري عندما اباح للإدارة ان تمتنع عند تنفيذ حكم قضائي تضحية بوجه الصالح العام الذي لا يرب فيه والمتمثل في احترام حجية الأحكام القضائية وذلك إذا كانت تستهدف حفظ الأمن العام من ان يختل وتتقادم عقده من ان ينفرط فقد اعتبر القضاء قرار الإدارة بالامتناع عن تنفيذ حكم قضائي عملاً مشروعاً إذا كان القرار بذلك يبغي منع اضطراب خطير في الأمن وهو قضاء امتد في رقابته إلى التحقيق في ان الصالح العام المستهدف أولى من المضحي به، واعتبر القرار في ذلك مشروعاً وبالمثل فانه إذا كان الصالح المعني به أولى من المستهدف بالقرار فانه يكون غير مشروع (...)^(٢).

وبذلك فان تعبير الموازنة بين المصالح بدأ يظهر ويتكرر استخدامه في بعض الحالات بخصوصية ومن ذلك ما ذهبت اليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها في ٢٢/٦/٢٠٠١، وقد تلخصت وقائع

(1) C.E, assemblée, 28 mai 1971, Ville Nouvelle- Est, Publié sur le site: <https://www.conseil-etat.fr> .D: 15-5-2021, T:10:50 p.m .

(٢) حكمها في الدعوى رقم ١٨٣٧ لسنة ٣٨ ق - جلسة ١٥/٣/١٩٨٤. نقلاً عن د. محمد ماهر ابو العينين، تطور قضاء الالغاء ودور مجلس الدولة في الرقابة على القرارات المتعلقة بنزع الملكية وعلى بعض مصادر مبدأ المشروعية، المجلد ٢، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٥٨٦.

القضية محل الحكم في ان المدعين اقاموا دعواهم بطلب وقف تنفيذ والغاء القرار الصادر من الجهة الإدارية بالموافقة على تسليم ٧٢ قطعة اثرية من الاثار المصرية الفريدة لعرضها بالخارج وقضت محكمة القضاء الإداري بوقف تنفيذ ثم الغاء هذا القرار وأقامت حكمها على أساس ان العقد المبرم لعرض الاثار هو عقد ايجار لها وهو ما لا يجوز قانونا بوصفه تصرفا لم يرد نص يجيزه مما يجعل القرار المطعون فيه مخالفا للقانون، وعند الطعن على هذا الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا أخذت بفهم مخالف كسبب للإلغاء اذ استندت المحكمة إلى افتقاد القرار للتوازن المفترض بين المصالح وذهبت إلى انه (... يتعين ان تكون دائما أساس عمل الإدارة والهدف من تدخلها أو استهدافه غاية من غايات المصلحة العامة تكون ادنى في أولويات الرعاية ومدارجها، من غايات تعلق ومصالح تسمو فتبتغي. وإذا كان الثابت من الأوراق في ضوء وأوضاع القرار المطعون فيه انه صدر من رئيس مجلس الوزراء مفوضا في ذلك من رئيس الجمهورية بعرض بعض الآثار في بعض المدن اليابانية بقصد تحقيق الدعاية السياحية لمصر وأثارها حسبما ذكرته الجهة الإدارية، حيث جرى الاتفاق مع شركتين يابانيتين للإعلانات لعرض هذه الآثار في بعض المدن اليابانية وذلك مقابل مبلغ مليون واربعمائة وخمسين ألف دولار أمريكي وبافتراض ان السلطة المختصة قد رأت في ذلك تحقيق مصلحة عامة، فان هناك مصلحة عامة احق بالتغليب تتمثل في وجوب ان يكون عرض آثار مصر القديمة والتي تشهد على عراقة هذا الوطن وتاريخه وعظمته وشموخه في المكان اللائق بها الأمر الذي يتأبى معه عرضها في مكان غير مناسب أو ملائم لما تستحقه هذه الآثار من تقدير واحترام مهما كان العائد المالي الذي قد يدره هذا العرض، فليس العائد المالي، ولا يجب ان يكون هو وجه المصلحة العامة في عرض الآثار في الخارج على نحو ما يجيزه استثناء نص المادة (١٠) من قانون حماية الآثار المشار اليه، اذ لا يصح بحال ان تأكل مصر بآثارها، فوجه المصلحة العامة - ويهيمن عليها قاضي المشروعية الذي يقول في شأنها قول الحق وكلمة القانون - ... فقومية الثروة تتداعى قيودا وتخصيصا لوجه المصلحة العامة التي يتعين ان يدور في فلكها، فلا يخرج عليها أو ينفلت من اسارها ويتناول خارج حدودها الترخيص بعرض الآثار المصرية في الخارج الأمر الذي يستدعى معه في هذا المجال كل الحرص وكل التدقيق من جميع الاجهزة المؤتمنة على هذه الثروة القومية على القيام بصحيح التزاماتها في هذا المضمار...^(١). وطبقت المحكمة في هذا الحكم مبدأ التوازن بين المصالح وباشرت فيه رقابة المشروعية وليس رقابة الملاءمة، فوازنت بين مصلحة عامة وأخرى أولى منها بالتغليب.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٧٥٤ لسنة ٤٤ ق - جلسة ٢٠٠١/٦/٢٢ - دائرة أولى ، نقلا عن د. محمد ماهر ابو العينين: المصدر السابق، ج٣، ص ٥٥-٥٦.

ورحب الفقه المصري المنتبع لأحكام مجلس الدولة المصري بتطبيق المجلس فكرة التوازن بين المصالح الا انه يرى بانه لا يمكن من خلال أحكام معدودة الذهاب إلى ان هناك مبدأ جديد تأخذ به محاكم مجلس الدولة في مصر متمثلاً بضرورة الموازنة بين المصالح، لاسيما وان المحكمة الإدارية العليا ابتعدت عن تطبيق هذه الفكرة في نطاق التراخيص، رغم ان رقابتها واسعة بشأنها و لديها فرصة لتطبيقها الا انها ارتأت تطبيق القواعد العامة بشأن سلطة الإدارة التقديرية واستهداف الصالح العام^(١).

وذهبت المحكمة في حكم آخر لها في ٢٠٠٦/١٢/١٣ إلى الموازنة بين مصالح شركتين وطنيتين في مشروعية أحد قرارات إزالة التعدي فقضت بأن (... مما يتأبى مع العقل والمنطق القانوني السليم ان تتوسع احدى المشروعات الوطنية على حساب مشروع اخر هو أيضاً من المشروعات الوطنية التي تساهم في الانتاج القومي دون ان يتعدى على أملاك الدولة أو يغتصبها مما يتوافر معه ركن الجدية في طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه كما يتوافر أيضاً ركن الاستعجال إذ يترتب على تنفيذ هذا القرار تدمير هذا المشروع الضخم وإزالة وتشريد عماله وحرمان الاقتصاد القومي من انتاجه المطلوب بإلحاح للتعمير فضلاً عن حرمان المطعون ضده الأول من مصنعه وخسارته الفادحة والتي لا يعوض عنها اي تعويض مادي مهما بلغ وعليه يكون القرار المطعون فيه مرجحاً الغاؤه مما يتعين القضاء بوقف التنفيذ)^(٢).

وبهذا يُجري القضاء بعض حالات الموازنة بين المصالح خارج إطار الموازنة بين المنافع والأضرار وهي تمثل بذلك إحدى اتجاهات القضاء الإداري المتطورة في الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية، ويوضح اتجاه فقهي بأن المجلس يؤكد في أحكامه التي يوازن فيها بين مصالح متعارضة على ان الرقابة هنا هي رقابة مشروعية^(٣). وفي حكم صريح اخر أخذت به المحكمة بفكرة التوازن بين المصالح العامة مرجحة مصلحة على أخرى بالنظر إلى أهميتها واثارها الاجتماعية، وقد جاء ذلك في قضية تتلخص وقائعها في ان المدعين وآخرين أقاموا مساكنهم على ارض مملوكة للدولة ملكية خاصة فأصدرت الإدارة قرارها المطعون ضدهم بإزالة هذه المنازل ، فقضت المحكمة بأن (... الجهة الإدارية اصدرت قراراتها المطعون فيهما بإزالة مائة وخمسون منزلاً بمنطقة منشية السلام الجديدة شرق حلوان ويقطن هذه المنازل حوالي ألفي نسمة، حسبما

(١) ينظر: د. محمد ماهر ابو العينين، تطور قضاء الالغاء ودور مجلس الدولة في الرقابة على القرارات المتعلقة بنزع الملكية وعلى بعض مصادر مبدأ المشروعية، المجلد ٢، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٦٢٠. ود. رمضان محمد بطيخ: الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الادارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٣٧٠.

(٢) حكمها رقم ١٨٣٢ لسنة ٧٠ ق-جلسة ٢٠٠٦/١٢/١٣، نقلا عن د. محمد ماهر ابو العينين: المصدر السابق، ج ٣، ص ٦٠.

(٣) د. رمضان محمد بطيخ: المصدر السابق، ص ٣٧٠.

ورد في عريضة الدعوى ولم تنكر الجهة الإدارية، وعليه فإن ثمة ضررا اجتماعيا بالغ الجسامه ترتب على القرارين المطعون فيهما ويتمثل في تشريد عدد كبير من قاطني هذه المنازل، ولاشك ان القرارين المطعون فيهما وان كانا ينطويان على مصلحة عامة تتمثل في حماية الاموال المملوكة للدولة الا ان من شأنهما التضحية بمصلحة عامة أخرى أكثر أهمية تتعلق بالحماية الاجتماعية لعدد كبير من المواطنين يصبحون بلا مأوى وفقا للقرارين المشار اليهما خاصة ان هذا العدد الكبير من المساكن لم ينشأ فجأة وعلى غفلة من الجهة الإدارية واجهزتها وإنما استغرق ذلك بالضرورة فترة زمنية طويلة دون تدخل من الجهة الإدارية في حينه، ومن ثم فان تدخلها بالقرارين المطعون فيهما بعد ان استقرت احوال عدد كبير من المواطنين في هذه المنطقة يكون قرارا غير مشروع وهو ما يتعين معه الحكم بإلغاء القرارين المطعون فيهما (١). وبذلك طبق القضاء فكرة الموازنة بين المصالح وعدّها من قضاء المشروعية معتمدا في تقدير ذلك على العديد من الاعتبارات وليس مقدار ما يحققه المشروع من منفعة وما يترتب من مضار مطورا من رقابته في هذا المضمار، وتطبيق هذه الفكرة كان أمرا اقتضته العدالة وتحقيق المصالح الاجدر بالرعاية والأكثر تعظيما من غيرها.

٢ - أهمية التوازن في تحقيق العدالة وتحسين العلاقة بين الإدارة والجمهور: يتولى القانون التوفيق بين المصالح المتعارضة مع اتاحة المجال للحريات الفردية والجماعية، اذ يمكن للقانون ان يستغني عن المصالح الخاصة تحقيقا وضمانا للمصالح العامة غير ان ذلك لا يكون الا خياره الاخير، اي اذ لم يكن هناك طريقا اخر يمكن الركون اليه لحماية تلك المصالح ، كما لا يجب ان تؤدي تضحية المشرع بالمصالح الخاصة إلى اعاقه قدرات الانسان الخلاقة أو تقييدها وتكبيدها، فلا يمكن حرمان الأفراد من حرية التعبير مثلا بحجة تعارضها مع المصلحة العامة، فهناك مجموعة من المصالح الخاصة التي لا يمكن اهدارها وان بدت خارجياً انها تتعارض مع المصلحة العامة (٢)، ولذلك تعد مسألة تنظيم التوازن بين المصالح المتعارضة من أهم المسائل الواجب مراعاتها من قبل المشرع ؛ لأن النظم القانونية التي يختل فيها التوازن بين المصالح ويظهر الانحياز فيها جلبا لصالح فئة أو طبقة من المجتمع ستفقد قدرتها على الاستقرار وستكون الدولة مرتعا للانتفاضات والثورات الشعبية لفقدان الأفراد العدالة والشعور بالظلم وعدم المساواة .

يسهم التوازن في تحقيق العدالة كونه يسعى إلى تحقيق المعادلة بين المصالح المتعارضة والتوفيق بينها دون اهمال اي منها، فيحفظ للطرفين حقوقهم ومصالحهم، وهذا التوازن هو ما ينبغي ان تقوم عليه

(١) حكمها رقم ١٨٣٧ لسنة ٣٨ ق. جلسة ١٩٩٣/٤/٢٩، نقلا عن د. محمد ماهر ابو العينين: المصدر السابق، ج٢، ص ٥٧٩.

(٢) ينظر: فارس حامد عبد الكريم: القانون والسلم الاجتماعي، مقال منشور بتاريخ ٢٠٠٩/٦/١٤، على الانترنت الاتي :

، تاريخ الزيارة: ٢٠٢١/٦/٢١ ، <http://al-nnas.com/ARTICLE/FHAbdkrem/14pc.htm> ، T:11:48 p.m .

العلاقات ما بين الإدارة والأفراد. و نجد أن فكرة التوازن يتسع نطاقها في القانون الإداري فهي وإن لم يصرح بها أحياناً إلا أنها موجودة بين طيات النصوص القانونية وتقرها قواعد القانون عموماً إدراكاً من المشرع بأهمية أحداث التوازن في إطار علاقة الإدارة بالأفراد تنفيذاً لمقتضيات العدالة، ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر التوازن المالي للعقد الإداري إذ يمثل معادلة بين الأعباء والمزايا التي كانت محل اعتبار المتعاقد وقت إبرام العقد، إذ إن طبيعة العقود الإدارية تتطلب عموماً توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي يتمتع بها انطلاقاً من أن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلاً من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين ، فإذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة في أعبائه المالية فإنه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يتحمل وحده تلك الأعباء بل يكون له في مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد^(١).

و إن اقرار قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية وجعلها رهينة بنص خاص في القانون يستهدف تحقيق التوازن بين نفاذ تلك القرارات وترتيب أثارها وعدم المساس بحقوق المخاطبين المكتسبة فليس من العدالة تطبيق القرارات بحق الأفراد في فترة لم تكن موجودة بها، وهو ما يستلزمه الصالح العام إذ ليس من العدالة في شيء أن تهدر الحقوق كما لا يتفق والصالح العام أن يفقد الناس الثقة والاطمئنان على استقرار حقوقهم لذلك تنص القوانين عموماً على حظر المساس بتلك الحقوق إلا بموجب قانون^(٢). وقاعدة عدم الرجعية كما يرى أحد الفقه الفرنسي من ثمار تطور طويل تهدف إلى تأمين الكرامة للكائن البشري والحرية والمساواة بين الأفراد^(٣)، ونضيف إلى ذلك أنها تستهدف أيضاً تحقيق التوازن بين المصالح.

بينما يرجح المشرع في أحيان أخرى المصلحة العامة فيقرر جواز رجعية القرارات الإدارية وفقاً للشروط والأوضاع التي ينص عليها القانون، وأن أضرت بالمصلحة الخاصة لبعض الأفراد، وأطردت أحكام القضاء الإداري على القول بشرعية ذلك، وهذا ما جاء برأي لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٢/٩/١٩٩٧، وقضى به في حكمه بقضية (Michel de grailly) في ٩ كانون الأول ١٩٧٧ مؤكداً عدم رجعية القرار الإداري

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن رقم ٩٨٣ ق ٣٠ ايار ١٥٧ س ٨١ ق، المجموعة ص ٦٠٧، نقلاً عن د. علي الفحام: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٧٦، ص ٣١٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بالطعن رقم ١٠٥٠ لسنة ٧ ق في ١١/٢٨/١٩٦٥، س (١١)، قاعدة رقم (٣)، ص ١٧، والطعن رقم ٢٢/٧٩ ق عليا، ١٩٨٤/٦/٢٣ س ٢٩، ج ٢، بند ٢٠٣، ص ١٢٨١، نقلاً عن أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي: الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني، ط ١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٧، ص ٣١. و رقم ٢١٤٤٣ س ٥٩ ق - جلسة ٢٦/٣/٢٠١٤، نقلاً عن د. حمدي ياسين عكاشة: المصدر السابق، ص ١٢١٣.

(٣) ذكره د. محمد أحمد إبراهيم المسلماني: القرارات الإدارية، ط ١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٧، ص ٤٣٣.

مالم ينص القانون على خلاف ذلك، اذ قضى بمشروعية الاثر الرجعي لأحد المراسيم استنادا لنص القانون^(١)، كما اكدت المحكمة الإدارية العليا بمصر في ٢٠١٦/١/١٦ بأن (الاصل في نفاذ القرارات الإدارية سواء تنظيمية أو فردية ان يقترن نفاذها بتاريخ صدورها بحيث تسري بالنسبة للمستقبل ولا تسري باثر رجعي الا إذا نص القانون على ذلك تطبيقاً لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة واستقرار الأوضاع والمراكز القانونية...) (٢). وقضت في حكم اخر لها بتاريخ ٢٠٠١/٣/١١ برجعية القرار الإداري لاعتبارات تتطلبها العدالة والضرورات الاجتماعية والصالح العام مغلباً ذلك على المصلحة الخاصة لبعض الأفراد (٣).

وفي العراق اكدت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بتاريخ ٢٠١٧/١/١٩ مبدأ عدم رجعية القرار الإداري وجاء فيه (... وان الغاء العقوبة كان بأمر اداري يرتب اثاره منذ لحظة صدوره ولا يسري على الاثار التي ترتبت قبل صدوره ...) (٤). وقضت في حكم آخر بتاريخ ٢٠١٨/١/٢٥ بأن الغاء القرار الإداري من قبل الإدارة لا يسري باثر رجعي وجاء فيه بان (... اصدر وزير الاعمار والاسكان تعليمات رقم ٢ لسنة ٢٠١٢ ثم اصدر نظاماً للحوافز وضوابطاً للحوافز دون ان تنشر في الجريدة الرسمية، فلا يجوز في هذه الحالة مطالبة الموظف بإعادة المبالغ التي تسلمها بأثر رجعي وانما تكتفي الإدارة بإيقاف صرف المخصصات وتنفيذ الأمر من تاريخ نفاذه...) (٥).

ومن الأمثلة على تحقيق التوازن ما يقرره القضاء من تحصين القرارات بعد فوات مدة الطعن، فيقرر عدم جواز سحب القرارات الفردية غير المشروعة بعد مرور مدة الطعن وهي (٦٠ يوماً) على صدور القرار وذلك بهدف ضمان عدم مساس القرار بالمراكز القانونية للمخاطبين به والحفاظ على حقوقهم المكتسبة التي

(¹)Gweltaz Eveillard : Normes legislatives et réglementaires , Nouveaux Cahiers du conseil constitutionnel No 36-Juin 2012, publié sur le site:: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/observatoire-de-jurisprudence-constitutionnelle-chronique-n-9>, D. 10-4-2021, T: 6: 50 p.m .

(٢) الطعن رقم ٣١٣٢٩ لسنة ٥٨ ق في ٢٠١٦/١/١٦، ورقم ٣١٣٢٠ لسنة ٥٨ ق في ٢٠١٦/٢/٢٠، نقلاً عن حمدي ياسين عكاشة: المصدر السابق، ص ١٢٢٩، و د. احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي: المصدر السابق، ص ٣١.

(٣) د. محمد احمد ابراهيم المسلماني: المصدر السابق، ص ٥٢٧ و ص ٥٣١.

(٤) حكمها المرقم ٩٤ / قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٥ في ٢٠١٧/١/١٩، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٧، وزارة العدل - العراق، ٢٠١٧، ص ٣٨٣.

(٥) حكمها رقم ١١٠٦ / قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٥ في ٢٠١٨/١/٢٥، وينظر حكمها رقم ١٦٥٢ / قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٥ في ٢٠١٨/٢/٢٢، منشورة في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٨، وزارة العدل - العراق، ص ٤٢٨ و ص ٤٨٤ تباعاً. وينظر: حكم الهيئة العامة في مجلس الدولة العراقي بصفتها التمييزية سابقاً المرقم ٤٠٦ / انضباط/ تمييز/ ٢٠٠٩، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٩، وزارة العدل - العراق، لعام ٢٠٠٩، ص ٤٢٣.

تحققت واستقرت على الرغم من عدم المشروعية التي شابت القرار بسبب فقدانه لشروط صحته، الا ان القضاء يوازن في ذلك بين المصلحة العامة ممثلة بالحفاظ على عدم المشروعية وتطهير الحياة القانونية من وجود قرارات غير مشروعة وبين مصلحة الأشخاص في احترام حقوقهم المكتسبة، وبنتيجة الموازنة التي يجريها يتوصل القضاء إلى ضرورة الجمع بينها عن طريق تحديد مدة معينة يجوز خلالها سحب القرار الإداري من قبل الإدارة وبفواتها يتحصن القرار من الطعن والسحب، في حين نجد ان القضاء يقرر في حال بلوغ العيب في القرار درجة كبيرة من الجسامة مما ينحدر به إلى درجة الانعدام عدم تحصن القرار من الطعن بفوات الميعاد وفي هذه الحالة الاخيرة لا يجد القضاء ان هناك مصالح متعارضة اذ لا مصلحة لأحد في تحصين القرار لان عدمه لا يولد الا العدم، وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها بتاريخ ٢٠١٦/٥/٢١ بأن (قضاء هذه المحكمة جرى على ان القرارات الإدارية التي تولد حقا أو مركزا شخصيا للأفراد لا يجوز سحبها في اي وقت ولو كانت غير مشروعة بل يجب ان يتم هذا السحب خلال المواعيد المقررة قانونا لسحب القرارات الإدارية وهي ذاتها مواعيد الطعن بالإلغاء وذلك؛ لأن دواعي المصلحة العامة تقتضي استقرار تلك القرارات الفردية غير المشروعة بعد مضي فترة من الزمن بحيث يسري عليها ما يسري على القرارات الإدارية السليمة ومن ثم فانه بفوات ستين يوما على نشر القرار غير المشروع أو اعلانه يكتسب حصانة تعصمه من اي الغاء أو تعديل)^(١). و ذهبت المحكمة الإدارية العليا في العراق في حكمها بتاريخ ٢٠١٥/١/١٥ إلى انه (... يقتضي التفريق بين حالتين الأولى ان يكون القرار الإداري الذي صحته الإدارة معيبا عيبا جوهريا بلغت درجة جسامة العيب فيه حدا يجرده من صفته الإدارية ويجعله عملا ماديا مجردا مما يتعذر معه القول بان هذا القرار صادر تطبيقا للقانون فيكون في هذه الحالة معدوما مما يستوجب سحبه ذلك ان من حق الإدارة بل من الواجب عليها ان تصحح الخطأ الجسيم الذي وقعت فيه ويكون قرارها الصادر في هذا الشأن صحيحا ولا يجوز للمحكمة في هذه الحالة الغاؤه، الحالة الثانية ان يكون القرار محل التصحيح معيبا عيبا غير جسيم لا يترتب على وجوده انعدام القرار الإداري فان هذا القرار يعامل معاملة القرار الصحيح ويتحصن من الطعن بعد فوات مدته ويكتسب الموظف بمقتضاه حقا لا يجوز المساس فيه ويكون قرار الإدارة بتصحيحه غير صحيح ويتعين على المحكمة الغائه...)^(٢).

وكذلك الأمر عندما يقرر المشرع قاعدة العلم اليقيني فهو بذلك انما يوازن بين المصلحة العامة ممثلة

(١) حكمها في الطعن المرقم ١٢٧١٥ لسنة ٢٠١٦/٥/٢١، في ٢٠١٦/٥/٢١، غير منشور نقلا عن د. احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي: المصدر السابق، ص ٢٩.

(٢) حكمها في الطعن المرقم ١٢٤٥/قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٤ في ٢٠١٥/١/١٥، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٥، وزارة العدل - العراق، لعام ٢٠١٥، ص ٣٤٢.

بحق الإدارة في ضمان نفاذ قراراتها ومواجهة ادعاءات المخاطبين بعدم العلم بها وحق الأفراد بعدم نفاذ القرارات بحقهم الا من تاريخ العلم بها فعلا إذا تعذر حصول العلم لديهم بالطرائق الأخرى.

وتعترف السوابق القضائية بصعوبة علم صاحب الشأن بالقرار إذا كان غير معلنا، ورغم ذلك تتحقق معرفته وعلمه الكامل إذ اظهرت الظروف أو الوقائع بطريقة قاطعة انه لا يمكن له تجاهل علمه بالقرار عندها سيكون لهذه المعرفة المكتسبة التأثير نفسه الذي ينتج عن التبليغ به ^(١). وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر بان قضائها مستقر على الاعتداد بوسيلة العلم اليقيني وبان هذا العلم يقوم مقام النشر وقيدت ذلك بأن يكون هذا العلم (يقينيا لا ظنيا أو افتراضيا، وان يكون شاملا لجميع العناصر والتي يمكن لصاحب الشأن على أساسها ان يتبين مركزه القانوني بالنسبة إلى هذا القرار ويستطيع ان يحدد على مقتضى ذلك طريقه في الطعن فيه... ويثبت هذا العلم من اي واقعة أو قرينة تفيد حصوله دون التقيد في ذلك بوسيلة اثبات معينة وللقضاء الإداري في أعمال رقابته القانونية التحقق من قيام أو عدم قيام هذه القرينة أو تكلم الواقعة وتقدير الاثر الذي يمكن ترتيبه عليها من حيث كفاية العلم أو قصوره وذلك حسبما تتبين المحكمة من أوراق الدعوى وظروف الحال) ^(٢). وجاء في فتوى مجلس الدولة العراقي بان (يبلغ المرشح بأمر التعيين حقيقة أو بالعلم اليقيني أو بإرسال نسخة من أمر التعيين إلى محل اقامته) ^(٣)، كما قضت الهيئة العامة لمجلس الدولة بصفتها التمييزية (سابقا) ^(٤)، في ٢٠٠٦ / ٣ / ٦ بأن من (دواعي تدقيق الدعوى من الناحية الشكلية التثبت من تاريخ تبلغ المدعي بالحكم المعترض عليه أما حقيقة بتوقيع ثابت التاريخ أو حكما بعلم اليقين المفترض ...) ^(٥).

(1) CE, Mars 1998, Assistance publique – Hopitaux de paris, R.81, selon : Michel Rousset et Olivier Rousset : Droit administrative, Tome 1, Deuxième édition ,presses universitaires de Grenoble, 2004 ,p. 155.

(٢) حكمها في الطعن ٦٥٩ لسنة ١٨ ق في ١٩٧٦/١١/٢٣ - مجموعتها في ١٥ سنة - ج - ١ - ص ٥٠٦، نقلا عن د. محمد فؤاد عبد الباسط : القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٤٥٩-٤٦٠.

(٣) قراره المرقم ٢٠١٤/١٠٩ في ٢٠١٤/٩/٢٩، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٤، وزارة العدل - العراق، ٢٠١٤، ص ١٩٣.

(٤) اصبح اختصاص النظر بالطعون على احكام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين للمحكمة الادارية العليا بموجب المادة ٥ من قانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩، منشور في الوقائع العراقية العدد ٤٢٨٣ في ٢٠١٣/٧/٢٩.

(٥) حكمها المرقم ٤٤/انضباط/تمييز / ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٣/٦، وقضت بانه يقطع الراتب يعد الموظف قد علم به علم اليقين، حكمها المرقم ٥٥/انضباط/تمييز / ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٣/٢٠، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام =

وكذلك عندما يقرر المشرع جواز نزع الملكية للنفع العام مقابل تعويض عادل فهو بذلك انما يحاول تحقيق التوازن بين حق الأفراد في الملكية الخاصة وما يرتبط بها من حقوق وحرقات والمصلحة العامة، اذ لم يهمل مصلحة الأفراد بإقراره التعويض العادل وقيد الإدارة في اللجوء إلى هذا الطريق والزمها باتتباع إجراءات معينة تكفل حماية حق الملكية الخاصة من تعسف الإدارة وانحرافها في استخدام هذه السلطة^(١).

وهذه مجرد أمثلة استهدف من خلالها القانون والقضاء الإداري تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة، فالقانون الإداري يقوم أساساً على فكرة التوازن في ضمان عدالة قواعده، اذ يولد الانحراف بالسلطة أو التعسف بها واهدار الحقوق والحرقات شعوراً بالظلم لدى الأفراد و يبعد القضاء عن جادة الصواب لعدم تمكنه من الوصول إلى الحقيقة واليقين، في حين يزيد شعور المواطنين بالعدالة التي يحققها التوازن من ثقتهم بالدولة ويعزز مكانتها لديهم لكونها تسعى لحماية حقوقهم وحرقاتهم بعدم الحرمان أو الانتقاص منها أو اهدارها والتضحية بها الا بالقدر اللازم لمواجهة الضرورة.

ولما كانت الوظيفة الإدارية تستهدف تحقيق المصلحة العامة عن طريق اشباع الحاجات العامة وتقديم الخدمات، فان المشرع يمنح الإدارة في سبيل ادائها هذه الوظيفة بفاعلية سلطات وامتيازات قد تتعارض مع مصالح الأفراد بان تنتقص منها أو تهدرها نحو سلطة الإدارة في إصدار القرارات بإرادتها المنفردة وسلطتها في الضبط الإداري و في التنفيذ المباشر لقراراتها وسلطاتها في فرض الجزاءات.

ولذلك فإن التوازن بين المصالح يعد من المسائل الواجب على المشرع مراعاتها عند سن القواعد القانونية المنظمة للمصالح المتعارضة، فمن شأن ذلك ضمان فاعلية التشريع وجعله أكثر انسجاماً مع الواقع شرط ان يصادفه التطبيق السليم لاستجابة المخاطبين لأحكامه وقناعتهم به وتفهيمهم له لعدالته ولكونه حصناً لحقوقهم وحرقاتهم ما يسهم في بلوغ غاية التشريع وتحقيق العدالة بين أصحاب المصالح المتعارضة تاركاً أثراً طيباً في نفوس المخاطبين بأحكامه.

=٢٠٠٦، وزارة العدل - العراق، ٢٠٠٦، ص ٤٣٥ و ص ٤٤٧. وقضت بانه بتسلم الموظف راتبه يكون قد علم بتتزيل راتبه وتبدأ مدة الاعتراض البالغة ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمه الراتب، حكمها المرقم ١/ انضباط/ تمييز/ ٢٠١٠ في ٢٧ / ١ / ٢٠١٠، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٠، وزارة العدل - العراق، ٢٠١٠، ص ٣٥٣.

(١) ينظر: المادة (٢٣) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، المنشور في الوقائع العراقية العدد (٤٠١٢) بتاريخ ٢٨ / ١٢ / ٢٠٠٥، والمادة (١٠٥٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، والمادة (٢/١) من قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١، المنشور في الوقائع العراقية العدد ٢٨١٧ في ١٦ / ٢ / ١٩٨١. وينظر حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بالطعن رقم ٢٩٠٩ لسنة ٢٦ ق - جلسة ١٦ / ٢ / ١٩٩١، نقلاً عن د. محمد ماهر ابو العينين: المصدر السابق، ج ٣، ص ١٠٨.

إن التوازن يأتي علاجاً لمشكلات واقعية تظهر عند تطبيق القوانين الأمر الذي يتطلب إجراء التعديلات على تلك القوانين لإعادة التوازن في حال اختلاله. كما يسهم التوازن بين المصالح بتقييم مدى نجاح المشرع في مراعاة تلك المصالح والتوفيق بينها بناء على أسس ومعايير واضحة وعادلة ومن ثم يأتي دور القضاء في الرقابة على تنفيذ القوانين وعلى سلطة الإدارة، إذ يظهر دور القضاء الإداري واسعاً في هذا المجال بالنظر إلى طبيعة الدعوى الإدارية ودور القاضي فيها إذ يمارس دوراً مهماً في تحقيق التوازن بين المتقاضي والإدارة.

المبحث الثاني: معايير التوازن بين الشفافية والسرية ووسائل تحقيقه

يرى انصار الشفافية ان السرية ممارسة بيروقراطية غير فعالة وضارة يتطلب تصحيحها السماح بتدفق المعلومات إلى الجمهور، وانصار السرية ينظرون إلى الأمر من منظور معاكس يتمثل بقلقهم على الأمن القومي والعلاقات الخارجية وانفاذ القانون وهذا ما يؤدي بهم إلى القول بالسرية كهدف اداري حاسم، ومثل دعاة الشفافية يوطر دعاة السرية عدم رضاهم على أساسها، وبذلك وازاء المواقف المتعارضة من قضية الشفافية والسرية فضلاً عن المشكلات القانونية التي تثيرها هذه المسألة وتعلقها بحقوق وحريات الأفراد فهي تثير مشكلات ادارية وسياسية واقتصادية أيضاً، فإذا نحن أمام مشكلة قانونية قابلة للحل وان كانت تحمل بين طياتها الكثير من التعقيد والصعوبات، ويرى احد الفقه بان الحل يكمن بتعديل القوانين والهياكل التنظيمية المصممة لحماية امتياز السلطة التنفيذية في السيطرة على المعلومات ومن ثم يمكن اعادة انشاء توازن صحيح بين الشفافية والسرية، والحل لا يكمن في الافصاح والحماية المفرطة للمعلومة ولكن التحكم الكامل في المعلومات من أي نوع هو في الواقع متعلق بالقوانين، وينبغي النظر إلى الشفافية والسرية بعيداً عن مفهوم الابيض والاسود للدولة أو النظر إليها على انها مفتوحة وشفافة أو مغلقة وغير شفافة^(١).

ومن ثم فإن الشفافية ركيزة أساسية في كل مجتمع ديمقراطي لكن في المقابل تعد السرية ضرورية لعمل الجهاز الإداري ولحماية العديد من المصالح العامة والخاصة ما ينبغي ايجاد التوازن الصحيح بين ما يجب ان يبقى سرياً من معلومات وبيانات ووثائق ادارية وغيرها من نماذج المعلومات الإدارية وما يجب اعلانه والافصاح عنه واتاحته للجمهور ولأصحاب المصالح من حيث امكانية الحصول عليه ومشاركته، ولهذا تساهم معايير التوازن في توجيه القائمين على تحقيق التوازن عن طريق التنظيم القانوني الذي يجب تبنيه

(١) Mark Fenster : The implausibility of secrecy ,University of florida Levin college of law,Vol 65 Hasting Law Journal,309(2014).P.314,p.362.

لتحقيق التوازن المطلوب و اخضاع الادارات إلى الرقابة والمسائلة ومتابعة أعمالها، ولأجل ذلك سنتناول في هذا المبحث بيان معايير التوازن بين الشفافية والسرية ووسائل تحقيق هذا التوازن عبر مطلبين الآتيين:

المطلب الأول: معايير التوازن بين الشفافية والسرية

إن الغاية التي يقصدها القانون عن طريق قيامه بوظيفته هو التوفيق بين المصالح والقيم المتعارضة واشباع اكبر قدر من الرغبات الخاصة بأفراد المجتمع وبأقل تضحية ممكنة ضماناً للمصالح الاجتماعية بشكل أكثر شمولية واشد فاعلية ومنع تبديد الموارد وهدارها بشكل فاعل^(١).

ويقوم هذا التوازن على مجموعة من المعايير تمثل مجموعة من الأسس أو القواعد التي يمكن الاستناد عليها عند إجراء عملية الموازنة بين المصالح أو القيم ، وينبغي على القائم بمهمة التوازن الركون إليها للوصول إلى نتائج سليمة، ومن ثم تحقيق التوازن الفعلي وترتيب نتائجه في تحقيق العدالة بين أصحاب المصالح المتعارضة والحفاظ على مبدأ المشروعية.

لهذا سنتناول في هذا المطلب وعبر تقسيمه على فرعين البحث في مفهوم المعيار وأهميته وذلك في الفرع الاول و ومن ثم البحث في معايير تحقيق التوازن وذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم المعيار وأهميته

ان تحديد مفهوم المعيار يعد مقدمة ضرورية ننطلق منها لتحديد معايير تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية ولهذا سنتناول بيان مفهوم المعيار ومن ثم بيان أهميته عن طريق البندين الآتيين:

أولاً: مفهوم المعيار:^(٢) يُعرّف المعيار بوصفه وسيلة لتقييم السلوك الفردي بصفة عامة بانه (مجموعة القواعد التي يضعها المجتمع أي كان مصدرها ويتحدد في ضوئها السلوك الذي يتوقعه المجتمع من افراده في المواقف المختلفة)، أما المعيار القانوني فيعني (تقييم السلوك الفردي وفقاً لنموذج قانوني ينشأ على أساس

(١) د. منى احمد ابو زيد: المصلحة بين الفقه الاسلامي و روسكو باوند، بحث منشور ضمن كتاب الفقه والقانون (تصورات ومقترحات ومعالجات منهجية)، ط١، مركز الدراسات الاسلامية لمجلس الشورى الاسلامي، الجمهورية الاسلامية الايرانية، ٢٠٠٠، ص ٣٠٦.

(٢) المِغْيَارُ لغة هو: العيار وهو ما عايرت به المكايل، والمعيار لا يقال الا في الكيل والوزن، و المِغْيَارُ في الفلسفة: نموذج متحقق أو متصور لما ينبغي ان يكون عليه الشيء. ومنه العلوم المعيارية وهي: المنطق والاخلاق والجمال ونحوها، وجمعها (معايير). ينظر: مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، المصدر السابق، ص ٦٣٩. و بدر بن عائد الكلي: محاولات بناء المعيار الدلالي في الدلالة المعجمية دراسة وصفية تحليلية، ط١، دار الجنان للنشر والتوزيع، الاردن ، ٢٠١٧، ص ٤٣.

معطيات اجتماعية وتاريخية وأخلاقية محددة على أساس أن القيم الاجتماعية والأخلاقية أوسع من نطاق القيمة القانونية مع الأخذ بالحسبان عوامل الاستقرار والملاءمة والمرونة كخصائص يتميز بها المعيار القانوني عن أدوات التقنية القانونية الأخرى^(١). وكثيراً ما يتم تعريف المعيار على أنه مرجع أو نموذج أي أنه وصفاً لما يجب أن يكون وفقاً لوجهة نظر معينة، وهذا التعريف يصلح لأنظمة معيارية غير قانونية نحو الاخلاق و الدين؛ لأنه يختزل مفهوم المعيار بمجموعة من قواعد السلوك أو حتى مجموعة من القيم^(٢).

إن العلوم وفقاً للتقسيم العام تكون طبيعية أو تقريرية و تبحث فيما هو كائن إذ تقوم على مبدأ السببية وبيان لكل سبب نتيجة حتمية لا يُختلف عليها، ومن ثم لا تخرق قوانينها أبداً فلا تحتاج إلى معايير لتقويم نتائجها، ويتحقق جزاء مخالفتها دون تدخل أحد، أو تكون معيارية وهناك العلوم الانسانية و توصف بانها معيارية ولا تعمل وفقاً لقواعد حتمية، فهي غير مضبوطة بمقياس ثابت ولا يحكمها مبدأ السببية وانما يحكمها مبدأ الاسناد، ولذلك يمكن أن تنحرف القواعد المعيارية ما يستلزم وضع جزاء لخرقها كونه لا يتحقق آلياً كما في العلوم التقريرية، ولهذا ستكون فيها بحاجة إلى معايير لضبطها وتقييمها ولهذا تدعى بانها تقييمية هادفة، وينتمي القانون إلى فئة العلوم المعيارية فهو لا يكتفي بإصدار الأحكام على الوقائع وانما يتغلغل إلى ما وراء ذلك فيقدر قيمتها ويزنها وفقاً لما تقضي به فكرة الغائية فالقانون كله يستند على فكرة القيم^(٣)، ولهذا أيضاً يُعطى لفظ (القانون) معنى المعيار والمقياس، تقاس به الأفعال والسلوكيات بغية التحقق منها ومن آثارها وعوارضها والتمييز بين صحيحها وباطلها.

ولذلك نجد أن الفيلسوف (هانز كلسن) يعرف القانون على أنه (نظام الزامي معياري)، وتسمى نظريته في القانون بالمعيارية، والمعيار القانوني هو الذي ينتمي إلى النظام القانوني وفقاً لنظريته الشكلية، ويعد (كلسن) القانون بذاته معياراً؛ لأن الدستور خول البرلمان سلطة إصداره ومن ثم فإن التمكين وحده هو الذي يجعل الأمر أو الأمر الزجري معياراً قانونياً^(٤). ويعرّف العلامة السنهوري المعيار القانوني على أنه (عبارة

(١) امل المرشدي: المعيار القانوني، بحث منشور على شبكة الانترنت بتاريخ ٢٠١٧/٢/١٠، على الرابط الاتي: <https://www.mohamah.net/law> ، تاريخ الزيارة : ٢٠٢١/٦/٢٢ ، الوقت: ١٠:١٠ p.m .

(٢) Eric millard : Qu 'est –ce qu'une norm juridique?, cahiers du conseil constitutionnel, n° 21(dossier: la normativité) – janvier, 2007, Publié sur le site: <https://www.conseil-constitutionnel.fr>,D: 22-5-2021,T: 10:04 p.m.

(٣) د. حسن ذنون: المصدر السابق، ص ١٥٨ .

(٤) (هانز كلسن) فقيه قانوني وفيلسوف نمساوي، ينظر: روبرت الكسي: فلسفة القانون (مفهوم القانون وسريانه)، تعريف الدكتور كامل فريد السالك، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٣، ص ٤٥ .

عن اتجاه عام لا يقيد القاضي بل يهتدي به عند الحكم ويعطيه فكرة عن غرض القانون وغايته). وينتقد الفقيه (هوريو) هذا التعريف على أساس انه يخلط بين الاتجاه والمعيار وهما أمران مختلفان كلياً، فالمعيار وسيلة لمعرفة الاتجاه ، ولهذا يعرف (هوريو) الاتجاه على أنه عبارة عن (نتيجة للمعيار الذي يتبعه القاضي من اجل الوقوف على معرفة العوامل المختلفة لما هو معروض عليه) ، ويعرّف المعيار على انه (وسيلة تحضيرية للتنظيم القانوني تتيح للقاضي معرفة وتنظيم كل المعطيات الخاصة بالمسألة المطلوب حلها ووضعها بثقة وتأكد في أماكنها) ^(١).

وعرّف اتجاه آخر المعيار القانوني على أنه (الأسلوب الذي يفرض على القاضي ان يأخذ في الحسبان النوع المتوسط من السلوك الاجتماعي بالنسبة لفئة التصرفات التي يراد الحكم فيها) ^(٢). وعرّفه الفيلسوف الأمريكي (روسكو باوند) على انه (مقياس للسلوك موصوف في القانون من خلاله يتجنب الشخص مخاطرة المساءلة عن إحداث ضرر أو خسارة)، وأخيراً عرّفه أحد الباحثين بأنه (اداة فكرية للتوجيه القضائي داخلية في ارادة المشرع بهدف تقييم أوضاع قانونية مختلف بشأنها بالاستناد إلى قيم أو مفاهيم اجتماعية سائدة مما يترتب عليه تقرير حق أو فرض واجب) ^(٣).

ويعد المعيار من وسائل البحث عن العدالة ورأى الفلاسفة اليونانيين ان العدالة تقوم على معيار عددي حسابي بين الفعل والمعاملة اي بين الفعل والثواب أو العقاب، و تبنى السفستائيون معايير ذاتية أو شخصية في الحكم على الأمور، فعندهم الانسان معيار كل شيء ولكل انسان نظرتة الخاصة للحقيقة، ولاوجود للحقيقة الموضوعية ولا حتى العدالة المطلقة وأنما العدالة عندهم نسبية وغير ثابتة ولهذا يقول (ايمانويل كانت) بأن (العقل البشري معيار الاشياء). أما (ارسطو) فيرى أن القاعدة القانونية علاج المجتمع والقانون يسمو على إرادة الأفراد ولذلك يتسم بالعمومية والتجريد فهو أساس العدالة والمساواة، مدركا صعوبة تطبيق التشريعات المجردة على الحالات الواقعية التي تتباين من وضع اجتماعي لآخر وهذا ما يؤدي حتما إلى التطبيق الظالم للقواعد القانونية دون مراعاة هذا الجانب وهو ما جعله يقول بفكرة العدل الخاص المتمثل بالإنصاف والملاءمة والعدالة، و عدالة الملاءمة عند ارسطو هي معايير لتطبيق القوانين ويمكن بسببها ان يختلف الحكم من حالة إلى أخرى، والعدالة عنده تقابل الظلم فالسلوك العادل هو السلوك المشروع الموافق

(١) ذكره فارس حامد عبد الكريم العجروش: فكرة المعيار في القانون وتطبيقاتها في القانون المدني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ،كلية القانون ،جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص ١١.

(٢) ذكره محمد بن عمارة : المعيار الذاتي والموضوعي في القانون المدني الجزائري، بحث منشور في مجلة دراسات وابحاث، تصدر عن جامعة زيان عاشور بالجلقة - الجزائر، المجلد ٥، العدد ١١، ٢٠٠٩، ص ٤٨.

(٣) فارس حامد عبد الكريم: فكرة المعيار في القانون، المصدر السابق، ص ١٥.

للقوانين والذي يكفل لكل ذي حق حقه تبعاً لتناسب رياضي في حين أن الفعل الجائر هو الفعل غير المشروع المنافي للمساواة والذي يقوم على عدم التناسب وعدم التوسط بين الإفراط والتفريط^(١).

وأقام الفيلسوف (روسكو باوند) أسلوباً للموازنة بين المصالح والترجيح بينها، محاولاً عند التقييم بينها أن تكون الموازنة بين مصالح من التصنيف نفسه على نحو أن تكون الموازنة بين مصالح فردية أو مصالح عامة مع بعضها البعض أو بين مصالح اجتماعية، وهذا يعني عدم جواز إجراء الموازنة بين مصالح فردية وأخرى عامة وأخرى اجتماعية، ويرى (باوند) بأنه لما كانت المصالح الفردية تعكس مصالح اجتماعية محددة فإنه يكون من الملائم أن تتم الموازنة بين المصالح بعد أن يتم تحويلها إلى صورة أكثر عمومية أي بوصفها مصالح اجتماعية ولا يعني ذلك النظر إلى المصالح كافة على أنها مستوى واحد أو متساوية الأهمية، إلا أن المصالح الاجتماعية لديه تمثل المادة الحقيقية للقانون وأنه إنما يستهدف الوفاء بحاجات اجتماعية أساسية تتمثل بالحاجة إلى الاستقرار والأمن العام^(٢).

أما عن معيار الموازنة بين المصالح وتقييمها والترجيح بينها فإنه يصرح بحقيقة شكوكه في إمكانية وضع معيار معين واضح ومحدد يمكن اعتماده وتطبيقه في التوازن بين المصالح وإنما يعتمد معياراً عملياً عاماً، ويرى (باوند) بأن على القانوني أن يدرك الطبيعة الحقيقية لمسؤوليته في ضوء الأهداف الاجتماعية بغية تحقيقها وإن يذهب في ذلك مذهب العقل وإن يستند على أفضل المعلومات المتاحة محققاً أكبر قدر من المصالح بأقل الخسائر الممكنة، فالمشكلة عنده إذاً متعلقة بحماية المصالح الاجتماعية فيقول: (لا اظن بأنه يتوجب على رجل القانون أكثر من يقر بوجود المشكلة وإن يدرك أن عليه أن يؤمن حماية المصالح الاجتماعية كافة قدر المستطاع وإن يحافظ على إقامة توازن بين المصالح ينسجم ويتلائم مع فكرة ضمانها وحمايتها جميعاً، وإن فقهاء القرن الحالي يميلون إلى تفضيل حماية حياة الفرد الأخلاقية والاجتماعية)^(٣).

إن المعيار القانوني لا يعبر لزوماً عن مقدمات منطقية تؤدي لنتائج موحدة كما هي القواعد القانونية، فالمعيار القانوني غير ثابت كما هي المعايير الأخرى الاجتماعية والاقتصادية والتربوية وغيرها، وهو نسبي من حيث الزمان والأوضاع كما هي متغيرات الحياة في جوانبها المختلفة فأحياناً يتخذ مظهر الأوضاع المستقرة نحو العرف وما جرى عليه التعامل، وفي أحيان أخرى يتخذ مظهر الأوضاع المستجدة أو مظهر الظروف الاستثنائية أو الطارئة، وبذلك تتمكن المعايير من مواكبة عجلة التطورات والمتغيرات في الحياة والقدرة على

(١) نقلاً عن محمد بن عمارة: المصدر السابق، ص ٤٩ - ٤٨.

(٢) نقلاً عن د. منى أحمد أبو زيد: المصدر السابق، ص ٣٠٥ - ٣٠٧.

(٣) د. منى أحمد أبو زيد: المصدر السابق، ص ٣٠٨.

اعادة التوازن في حال اختلاله فتسهم في تطور القانون ومواكبته وانسجامه مع الظروف الواقعية^(١).

ويتميز المعيار القانوني عن القاعدة القانونية من عدة نواحي^(٢): فمن الناحية الفلسفية تعد القاعدة القانونية تكليف بواجب و لا يمكن تحديد هذا الواجب الا عن طريق تقييم الواقع وتحديد ما يجب له وما عليه بالمشاهدة والتجريب وبذلك تدخل في حدود المحسوس قائمة على منهج علمي تجريبي دقيق فيعتمد تطبيقها على أعمال العقل، بينما تعتمد المعايير القانونية على حسن الادراك أو الحس وذلك سابق للاستنباط العقلي فهو ادراك مباشر لا يحتاج إلى استنباط أو استدلال منطقي .

أما من ناحية طبيعة كل منهما فالقاعدة القانونية تتسم بالثبات ووضع حكم معين للوقائع التي ستقع في الحياة الاجتماعية، ولهذا يقتصر عمل القضاء على تطبيق الحكم الموضوع في القاعدة القانونية على الواقعة المعروضة أمامه بعد ان يتأكد من وجود العناصر المكونة للواقعة وانطباق الشروط القانونية عليها ومن ثم اعطاء التكييف القانوني الخاص بها ليطبق عليها القاعدة القانونية الملائمة. أما المعيار القانوني فهو لا يتمتع بثبات القاعدة القانونية وينظر إلى كل واقعة بصورة منفردة عن غيرها ولذلك المعيار يوجه القاضي ويرشده إلى الحكم السليم والعادل، اذ يكفي المشرع في تقريره بإحالة القاضي إلى اصل خارج عن القانون يسترشد به عند الحكم نحو اعتماد سلوك الشخص المعتاد كمعيار يستند عليه أو النظام العام أو العدالة، ومن ثم تتحدد طبيعة المعيار كعامل يساعد القاضي للبحث عن القاعدة القانونية المناسبة وتطبيق الحكم المناسب لها، فطبيعة المعيار مرنة وتستجيب لكل واقعة منفردة عن غيرها على حدا خلافا للقاعدة القانونية .

أما من حيث التطبيق يراعى عند تكوين القواعد القانونية الاستقرار والثبات للمراكز القانونية عن طريق توحيد الحلول عند توافر الشروط المحددة وتطبيقها على الحالات المماثلة مما يحقق العدالة والمساواة، أما المعيار القانوني فيقوم على مبدأ التفريد أي البحث عن كل حالة على حدة للوصول إلى تكييف أكثر عقلانية للقانون مع الأوضاع المختلفة ما يجعل منه أمراً احترافياً ويتطلب الدقة و نوع من التقنية، فالقاعدة القانونية تشير إلى تطبيق معيار مرن ولا تشير إلى تطبيق معيار معين إلا أنها تتضمن فكرة أو مفهوم معياري وهنا سيحتاج القاضي إلى تحديد مضمون تلك المعايير الواجب ان تستمد من اصول غير القانون نحو النظام العام والعدالة. وبذلك القاعدة القانونية يتحدد مضمونها من قبل المشرع أما المعيار القانوني فيتولى القاضي ذلك.

(١) فارس حامد عبد الكريم: فكرة المعيار في القانون، المصدر السابق، ص ١٦

(٢) د. محمد بن عمارة: المصدر السابق، ص ٤٩-٥٠.

ثانياً: أهمية المعيار: للمعايير أهمية في الحياة القانونية ولاسيما في إطار تحقيق التوازن بين المصالح ورفع التعارض والترجيح بينها، بما تقوم به من دور في توجيه المشرع اثناء صياغته للقواعد القانونية ، والقاضي عند الفصل في الوقائع المعروضة أمامه مسترشداً بالقانون نفسه وبأمر خارجة عنه كمقتضيات العدالة ، والإدارة عند إصدار قراراتها وإبرام عقودها وهي تتصدى للحالات الواقعية التي تواجهها مهتدية في ذلك بالمعايير القانونية.

ويعد المعيار من الادوات التقنية التي وصل اليها الفكر القانوني وتعكس مدى تطوره لما يتمتع به المعيار من واقعية ومرونة في التطبيق وتماشى مع المستجدات والتطورات انسجاماً مع الواقع ومراعاة الظروف الخاصة بكل حالة، الا ان ذلك لا يعني ان المعايير فردية دائماً وانما يمكن ان تكون المعايير عامة^(١).

وتبرز أهمية وظيفة المعيار في حماية حقوق الأفراد وحياتهم وتحقيق العدالة في عدم التضحية بمصالحهم دون وجود قواعد وضوابط معينة يمكن الركون اليها مع مراعاة الحالات الفردية وظروف كل حالة وملابساتها ويأتي ذلك عن طريق تبني معايير خاصة وعامة. و تسهم المعايير في تحقيق وضوح القانون، وتعد من وسائل البحث عن العدالة، إذ ان المعيار القانوني يمكن ان يكون مقياساً لمدى عدالة القانون المطبق على الوقائع وهو بذلك يفرض نوعاً من الرقابة الاخلاقية على القاضي عند إصدار حكمه^(٢).

الفرع الثاني: معايير تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية

إن النظام الديمقراطي الحقيقي ليس مغلقاً بإحكام أمام معرفة المواطنين ولا شفافاً يعطى كغذاء لأي فضول خارجي يهدد البلاد، فالتعاضد الفعال القائم على مزيج من الشفافية والسرية يمثل تعهداً باحترام الحريات العامة والخاصة، وأن البلدان المعنية بسلامة الأفراد والمحافظة على المؤسسات يجب ان تضمن بنفس القدر من النشاط ضمان الوصول إلى الوثائق التي يتم فيها تسجيل مصادر وطرائق اتخاذ القرارات المتعلقة بالأفراد ومستقبلهم، ومن ناحية أخرى الحق المطلق للجميع بالسرية، فما يضيف على النظام السياسي طابعة الديمقراطي هو الثقة في المسؤولين المنتخبين ووجود وسائل اعلام يقظة مدعومة بمبادرات تعاونية وجهود السلطة لتوضيح الإجراءات الكامنة وراء القرارات ونشر المراجع والمسؤولين عنها بعيداً عن المطالبة

(١) ينظر: فارس حامد عبد الكريم: فكرة المعيار في القانون، المصدر السابق، ص ١٧ و ص ١٧٩.

(٢) د. محمد بن عمارة: المصدر السابق ، ص ٥٩.

بالشفافية المطلقة، فالشفافية ليست الملاذ النهائي للديمقراطية^(١).

إلا أن الوصول إلى توازن بين الشفافية والسرية في أعمال الإدارة يبدو أمراً صعباً ما يتطلب وضع حدود واضحة للحقوق والمصالح والقيم المتعارضة وإيجاد نقاط التوازن بينها، وذلك لا يتحقق دون وجود معايير محددة يعتمد عليها عند محاولة إجراء التوازن بين المصالح المتعارضة، ولذلك تحرص القوانين على تنظيم ممارسة الأفراد لحقوقهم بوضع القيود والشروط والضوابط التي تكفل عدم التعدي على حقوق الغير، فممارسة تلك الحقوق يجب ان تتم في إطار من الحرية المسؤولة وان تتقيد بواجبات تقتضيها مصالح المجتمع وقيمه ومبادئه والحفاظ على وجوده وهويته من ناحية وتستلزمها حماية حقوق وحريات الآخرين وسمعتهم وحياتهم الخاصة من ناحية أخرى. ومن هذا المنطلق يمكن ان تتنازع أو تتعارض الحقوق والحريات الفردية فيما بينها كما المصالح العامة أيضاً ولتفادي هذا التصادم قدر المستطاع يقع على المشرع واجب إيجاد التوازن بينها بما يضمن عدم تغول احداها على الأخرى وذلك كله تحت رقابة القضاء ، ولإعمال هذه الرقابة يمكن ان يضع تدرجاً أو ترتيباً لمختلف المصالح لمعرفة ايها تسمو على الأخرى وبالنظر إلى اعتبارات معينة مستمدة من القانون نفسه أو من مصادر خارجة عنه نحو قواعد العدل والانصاف تمهيدا لإقامة التوازن بينها وفقاً لأسس سليمة^(٢).

ولهذا يعد تنظيم المصالح ولاسيما المتعارضة من أهم الأمور الواجب على المشرع مراعاتها عند سن القواعد القانونية لضبط سلوك الأفراد وتنظيم العلاقات القانونية ومن قبيل ذلك احداث التوازن بين الشفافية والسرية، وهو في سبيل تحقيق ذلك يقيم معايير يعتمد عليها في تقييم المصالح وترتيبها بحسب أهميتها أو اثرها أو الضرر والمنافع الناجمة عنها ومن ثم ترجيح بعضها على البعض الآخر ويمكن ان يعتمد في ذلك على معيار أو أكثر وصولاً إلى غايته مما يسهم في تحقيق العدالة والمساواة، وإذا تعذر على المشرع ذلك يترك الأمر إلى اجتهاد القضاء وتقديره في الاحوال التي يجد فيها ذلك اجدى لتحقيق العدالة، وسنتناول في البنود الاتية معايير تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية كأحدى الصور التي يظهر فيها التعارض بين المصالح.

(١) Roland – Ramzi Geadah : Fantômes et trésor derrière la baie vitrée . regards sur le secret et la transparence , Dalloz – les cahiers de la justice , no 3, 2014/ 3 , pages p. 366, 368.

(٢) د. بشير سعد زغلول: السرية في التحقيق الابتدائي بين مقتضيات المصلحة العامة ومتطلبات الحق في المعرفة دراسة مقارنة في القانون والواقع المصري والفرنسي نقدية لأحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ١٩٥ و١٨٧.

أولاً: معيار المصلحة العامة : عندما يقرر المشرع الشفافية ويقر بجملة الحقوق المرتبطة نحو حق الحصول على المعلومات أو الوثائق الإدارية وعلانية أعمال الإدارة ونشاطاتها ، والاعتراف للأفراد بحق المشاركة في العمل العام فهو بذلك انما يقدر أنه سيكون ادعى لتحقيق المصلحة العامة ، وكذلك فهو عندما يوجب حجب المعلومات والوثائق واعتماد مبدأ السرية فيها فانه انما يكون ناجم عن رغبة حقيقية وليست تحكمية و لاعتبارات يقدرها ويجدها أولى بالنقضيل على الشفافية منطلقا في ذلك من موازنة منطقية بين المصلحة العائدة من الشفافية والضرر الناجم عنها ولهذا نجده يقدر في بعض الحالات ان الضرر الناجم عن اقرار الشفافية أو احدى عناصرها قد يبلغ مدى يستغرق المصلحة ذاتها فيكون سبيلا للبغي على المصالح العامة أو وسيلة للنيل من المصالح الخاصة ولهذا كان لازماً عليه أن يقيم توازناً منطقياً بينها فلا تنال الواحدة من الأخرى ولا تتغلب عليها فتهدرها^(١).

وترتبط المصلحة العامة بالعمل الإداري لزوما وتعكس مدى مشروعيته، وتمثل محور النشاط الإداري والأساس الذي تستمد منه السلطة العامة مشروعيتها اللازمة لبقائها. وتتعدد استعمالات مصطلح (المصلحة العامة) في القانون الإداري وتظهر فيه بمظاهر متنوعة كمصطلح وفكرة ونظرية ومعيار وهدف ينبغي الوصول اليه ومبررا لامتيازات الإدارة وفرض القيود عليها، ولذلك تحتل المصلحة العامة مكانة خاصة في الفكر القانوني والسياسي. و ساهمت فكرة المصلحة العامة في تطوير قواعد وأحكام القانون الإداري ونادى بها بعض الفقه امثال الفقيه (فيلد) و (فالين) لتكون أساسا له وكانت كذلك لفترة من الزمن^(٢). كما ارتبطت المصلحة العامة بالمرفق العام ارتباطا وثيقا فهي المبرر لإنشاء هذه المرافق والغائها، وبرز الفقه أهمية المصلحة العامة في تعريفاتهم للمرفق العام وربطه بها^(٣). و المصلحة العامة هي المبرر لامتيازات القانون العام الممنوحة للإدارة في نطاق القرار الإداري منذ صدوره وحتى انتهاءه، وتعد شرط لصحة تلك القرارات

(١) د. محمد باهي ابو يونس: التنظيم القانوني لحرية الحصول على الوثائق الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية - مصر ، ٢٠٠٢، ص ٤٢.

(٢) ينظر: د. عصام البرزنجي ود. علي محمد بدير ود. مهدي ياسين السلامي: مبادئ وأحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ١٩٩٣ ص ٦٤. ود. عبد الغني بسيوني عبدالله: النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٣، ص ٩٦.

(٣) عرف الاستاذ (Braibant) المرفق العام على انه (نكون امام وجود المرفق العام عند وجود مهمة ذات مصلحة عامة محققة من شخص عام واما عند وجود مهمة ذات مصلحة عامة عهد بتحقيقها لشخص خاص مع منحه لهذه الغاية الامتيازات وخضوعه ايضا لواجبات)، و وعرفه الاستاذ (Didier Truchet) بانه (نشاط يستهدف مصلحة عامة يستدل عليه من خلال بعض المؤشرات والعلامات)، نقلا عن نادية ظريفي: المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر، ٢٠١١-٢٠١٢، ص ٢١ .

وعدم تحقيقها يفقد تلك القرارات مشروعيتها فتكون جديرة بالإلغاء. و تدور وجودا وعدما مع العقد الإداري بدء من مرحلة الابرار وحتى الانتهاء، وتسهم في تحديد طبيعته، وتأكيدا لذلك قضت المحكمة الإدارية الاستئنافية في ليون الفرنسية في ٢٤ كانون الأول ٢٠٠٣، بأن العقد الموقع في محافظة (RHÔNE) والغير لاستثمار مطعم ومقهى يقدم خدمات لزوار متحف لا يشكل مرفق عام على أساس ان استثمار المطعم لا يحقق المصلحة العامة المحققة اصلا باستثمار المتحف كمرفق عام فوجود المطعم أو عدم وجوده لا يؤثر في وجود المصلحة العامة المرتبطة بالمتحف^(١). وافقت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بأن(العقود الإدارية تختلف في طبيعتها عن العقود المدنية ذلك لأنها تعقد... بقصد تحقيق مصالح عامة ومركز المتعاقدين فيها غير متكافئ اذ يجب ان يراعى دائما تغليب الصالح العام على الصالح الخاص، وهذا الهدف يجب ان يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه وتفسيره...)^(٢).

ولهذا تعد المصلحة العامة معياراً أساسياً يركن اليه عن إجراء الموازنة بين الشفافية والسرية في أعمال الإدارة فعندما تتعارض المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة فيهما فان المشرع يغلب الأولى على الثانية فيميل بكفة الميزان نحوها وان لزم الأمر التضحية بالمصلحة الخاصة عند الضرورة. ويؤخذ على معيار المصلحة العامة عموماً ان المصلحة العامة مفهوم يتسم بالمرونة ومن المفاهيم التي تقتقر للتحديد والحصص فهو مفهوم متطور بتطور النشاط العام، كما ان المصلحة العامة نسبية ومتغيرة من حيث المدى والزمن وتتباين من نظام قانوني لآخر كونها نتيجة لعوامل مشتركة نحو الموقع والتاريخ والعادات والتقاليد والمعتقدات والمذاهب الدينية والنظم السياسية، ويمكن الاكتفاء بتحديدتها عن طريق القانون بالإعلان عنها صراحة أو عن طريق القضاء الإداري عبر ما يضعه من معايير فيحدد نطاقها.

ويرى بعض الفقه ان المصلحة العامة ليست مجموعة المصالح الخاصة فذلك غير معقول؛ لأن المصلحة العامة ستكون مثلاً مجموعة مصالح منتجي الكحول ومجموع مصالح ضحايا ادمان الكحول^(٣)، ولأن المجموع يفترض ان يكون هناك تجانسا بين الاجزاء والعناصر المكونة له في الطبيعة، بينما نجد ان المصالح الفردية تتباين وتختلف عن بعضها فما يعد مصلحة فردية بالنسبة للشخص فهي ليست كذلك

(١) نقلا عن نادية ظريفي : المصدر السابق، ص ٣٨.

(٢) الفتوى المرقمة ٦٧٣ في ٢٣/١٠/١٩٥٦، مجموعة ابو شادي، ط ١٨٦٤ نقلا عن د. حمدي ابو النور عويس :

مقتضيات المصلحة العامة في العقد الإداري (دراسة تطبيقية)، ط١، دار الفكر العربي، الاسكندرية - مصر، ٢٠١٧، ص ٢٥.

(٣) جورج فوديل وبيار دلفولفيه، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، ج ١، بلا رقم طبعة ، المؤسسة الجامعية للدراسات

والنشر والتوزيع، لبنان، ٢٠٠٨، ص ٤٣١ .

بالنسبة لشخص آخر بل لربما تتعارض مع مصلحته الخاصة إلى أبعد الحدود، ووفقا لذلك فان طبيعة المصلحة العامة قد لا تتفق مع طبيعة المصالح الخاصة والا لما قامت لها قائمة متميزة عنها .

ان المصلحة العامة هي التي يجب ان يلتقي عندها الكل وهو المجتمع، والفرد يمثل جزء من المجتمع وهو بذلك يساهم في تكوينه ومن ثم فان المصلحة العامة للمجتمع تعبر في الوقت ذاته عن المصلحة الفردية وأن كان يشاركه فيها جميع افراد المجتمع، فالأفراد يحققون فائدة من المصلحة العامة فهي تساعدهم في تحسين حياتهم والارتقاء بها وتنميتهم، ولهذا تعد المصلحة العامة الأساس الذي يقوم عليه المجتمع والسلطات العامة فيه واخلال الاخيرة في المصلحة العامة انما يفقدها شرعيتها، ففكرة المصلحة العامة تتميز بطابعها الاخلاقي فهي ليست مجموعة من المنافع ولكنها تتضمن أساسا تحقيق الحياة السليمة والطبيعية لمجموع الأفراد المكونين للمجتمع ولذلك تعد العدالة والفضيلة امورا جوهرية بالنسبة للمصالح العام، ولهذا أيضاً يرى بعض الفقه ان المصلحة العامة تنمي الفضيلة والاخلاق في نفوس الأفراد في المجتمع الواحد وكل أمر خلافها انما يؤثر بشكل غير مباشر على كل افراد المجتمع^(١). وانه من الغلط الاعتقاد ان المصلحة العامة ليست لها اي علاقة بالأفراد أو المجموعات الذين يؤلفون الامة لان المصلحة العامة في النهاية هي مصلحة افراد المجتمع الموجودين الان والاجيال القادمة، وقد تبدو المصلحة العامة هي مصلحة المجموعة الأكثر عددا وفي أحيان أخرى تتحدد المصلحة العامة من حيث النوع وليس الكم نحو مصلحة المرضى والفقراء فهؤلاء وان كانوا لا يشكلون النسبة الاكبر من السكان إلا أن قيمة الصحة والحياة تتغلب على قيمة المصالح المادية لمجموع المواطنين.

وقد يتدخل المشرع في تحديد المصالح العامة فتضمنت مقدمة دستور فرنسا لعام ١٩٤٦ مثلا النص على ان الصحة وامن العمال وحماية الاسرة والطفل وغيرها في مصاف أهداف المصلحة العامة، وفي الواقع يرجع للمشرع ابتداء تحديد أكثر العناصر التي تشكل المصلحة العامة ويكون النظام العام بعناصره الفئة الاكبر للمصلحة العامة، زيادة على ذلك أن المشرع عندما يقرر انشاء مرفق عام انما يحدد له موضوعه ومجال عمله وبذلك يضعه في عداد المصلحة العامة، وسيكون للإدارة سلطة تحديد وجوه المصلحة العامة بما لا يخالف أحكام القانون في الحالات التي لا يحدد القانون فيها مظاهر المصلحة العامة^(٢).

وكثيراً ما يجعل المشرع المصلحة العامة قيда على ممارسة الحقوق والحريات، ويعتمد عليها كمعيار لإحداث التوازن بين حقوق الأفراد وحرياتهم ومصلحة الجماعة ولذلك هم يتحملون بعض الابعاء التي يستلزمها تحقيق

(١) د. ابراهيم ابو الغار: المصدر السابق، ص ٢٣-٢٥.

(٢) جورج فوديل وبيار دلفولفيه، المصدر السابق، ص ٤٣١ و ص ٤٣٣ .

مصلحة المجتمع، ولهذا نجد ان الدستور العراقي قد نص على انه (تكفل الدولة و بما لا يخل بالنظام العام والآداب: أولاً: حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل. وثانياً: حرية الصحافة والطباعة والاعلان والاعلام والنشر...) ^(١). ونصّ أيضاً على عدم جواز مراقبة الاتصالات والمراسلات أو التنصت عليها أو الكشف عنها الا لضرورة قانونية وأمنية وبقرار قضائي ^(٢). والضرورات الأمنية هي احدى أهم وجوه المصلحة العامة للحفاظ على كيان الدولة ووجودها واستقرارها محاولا المشرع الموازنة بين الشفافية والسرية بالاعتماد على معيار المصلحة العامة وعن طريق ايراد الاستثناءات على الاصل وهو سرية الاتصالات والمراسلات .

وتتعد وجوه المصلحة العامة التي يراد تحقيقها وابرزها المحافظة على النظام العام بعناصره ولاسيما مقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني وتلك المتعلقة بسياسات أو علاقات الدولة الخارجية وكشف الجرائم ومنع وقوعها ومنها كشف الجرائم الضريبية والكمركية ، والابلاغ عنها فيبيح المشرع للملتزمين بالسر الوظيفي والمهني افشاء الاسرار للإبلاغ عن الجرائم ففي هذه الحالات يرجح المشرع المصلحة العامة على مصلحة الفرد في الحفاظ على سره وحتى لا يأمن مرتكب الجريمة العقاب تحت غطاء الالتزام بالحفاظ على السر ^(٣).

وفي فرنسا لم يجز قانون ٦ كانون الثاني ١٩٧٨ المتعلق بمعالجة البيانات والملفات والحريات، الاطلاع المباشر على البيانات الشخصية لاعتبارات ترجع لأمن الدولة والدفاع أو الأمن العام من قبل أصحابها واحل اللجنة الوطنية للمعلوماتية (CNIL) والحريات محلهم في ممارسة ما كفله المشرع لهم من حقوق الاطلاع على بياناتهم، موازنا بين اعتبارات الصالح العام وحقوق الأفراد في الاطلاع ^(٤)، وذلك عن طريق الاطلاع غير المباشر على تلك البيانات، ومع ذلك حاولت اللجنة المشار اليها التخفيف من هذا الاستثناء بالاعتماد على الغاية التي يراد تحقيقها وراء قيام الإدارة بمعالجة البيانات وليس على صفة أو طبيعة المرفق المحتفظ

(١) المادة (٣٨) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

(٢) المادة (٤٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

(٣) ينظر: المادة (٤٨) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل، منشور في الوقائع العراقية العدد: ٢٠٠٤ في ١٩٧١/٥/٣١. كما تضمنت المادة (٢٦) من قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ المعدل نصا مماثلا. ينظر: احمد عبد الحليم عيسى معوض: المحافظة على اسرار الوظيفة كواجب من واجبات الموظف العام (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة بني سويف، مصر، ٢٠١٥، ص ٤١٢-٤١٥، ود. هشام عبد السيد الصافي: الشفافية الإدارية بين ضرورة مكافحة الفساد وحدود السر الوظيفي دراسة تطبيقية مقارنة، ط١، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٢٢، ص ١٨٢-١٨٧.

(٤) المادة (٣٩) من القانون المذكور. منشور على الموقع الالكتروني: <https://www.legifrance.gouv.fr>، تاريخ الزيارة:

بالبيانات ولهذا فقد حرصت على التأكيد في أكثر من موقف على وجوب الفصل داخل المرفق الواحد (وان كان مرفقاً عاماً مكلفاً أساساً بالسهر على حماية أمن وسلامة الدولة) بين البطاقات المتصلة بالمجالات المحظور الاطلاع على البيانات الواردة فيها مباشرة وتلك غير المتصلة بها، فمرفق الأمن مثلاً يستطيع ان يتعذر بعدم جواز الاطلاع المباشر على البطاقات المتعلقة بسلامة الدولة نحو تلك المتصلة بمكافحة الارهاب غير انه لا يستطيع رفض الاطلاع المباشر على تلك المتصلة بإدارة موظفيه، كما لجأت اللجنة إلى فكرة أخرى وهي (البطاقة المختلطة)، إذ يمكن الاطلاع المباشر على البيانات أو المعلومات المسموح بها ، والاطلاع غير المباشر عن طريق اللجنة لتلك المتصلة بسلامة الدولة، الا ان مجلس الدولة الفرنسي أوقف هذا التوجه المنفتح لاسيما بالنسبة لبطاقات الشرطة الوطنية والمخابرات العامة فقرر عدم جواز الاطلاع المباشر على المعلومات والبيانات كافة التي تتضمنها البطاقة وان كانت مختلطة ^(١).

وانتقد الفقه الفرنسي هذا الموقف للمجلس كونه يعطي مجالا للإدارة للتحايل طالما يكفي مجرد انطواء البطاقات على معلومات أو بيانات تهم سلامة الدولة لإخراجها من الاطلاع المباشر، ولهذا سمح المشرع الفرنسي بموجب مرسوم رقم ١٠٥١ في ١٤/١٠/١٩٩١ بشأن البطاقات المعالجة ليا أو يدويا لإدارة المخابرات العامة بالاطلاع المباشر بالنسبة للمعلومات والبيانات الواردة ببطاقات ادارة المخابرات إذا كانت لا تمس أمن البلاد وسلامتها فيمكن للجنة بالاتفاق مع وزير الداخلية السماح باطلاع وحصول صاحب المصلحة عليها ^(٢).

وتضمن قانون رقم ٧٥٣ في ١٧ تموز ١٩٧٨ بشأن التدابير لتحسين العلاقات بين الإدارة والجمهور أيضاً استثناءات تقرر لاعتبارات المصلحة العامة رغم انه اقر حق كل شخص في الحصول على المعلومات وحرية الوصول إلى الوثائق الإدارية ذات الطبيعة غير الاسمية ^(٣)، ولم يضع المشرع معايير وضوابط معينة عند تحديد هذه الاستثناءات، تاركاً ذلك للإدارة عبر إصدار قرارات وزارية و بعد أخذ رأي لجنة الوصول إلى الوثائق الإدارية. ويتجه القضاء الإداري في رقابته على المصلحة العامة التي تدعيها الإدارة أما إلى توسيع مفهومها ^(٤)، أو إلى تقييد سلطة الإدارة التقديرية ^(٥).

(١) ينظر حكماً مجلس الدولة في ايار ١٩٨٣ وفي ٢٧ نيسان ١٩٨٨، نقلاً عن د. محمد عبد الواحد الجميلي : من السرية إلى الشفافية الإدارية، بلا رقم طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩-٢٠٠٠، ص ٧١.

(٢) د. محمد عبد الواحد الجميلي، المصدر السابق، ص ٧٢.

(٣) المادة (٦) من القانون المذكور. منشور على الموقع الالكتروني: <https://www.legifrance.gouv.fr>، تاريخ الزيارة: ٢٦/١٠/٢٠٢١، الوقت: ٥٤:٥٠ p.m.

(٤) ينظر: حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٠ تموز ١٩٧١ في قضية مدينة (Sochaux).

(٥) ينظر حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٨ ايار ١٩٧١ قضية (Ville Nouvelle Es) المذكور سابقاً في ص ٢٧ من الاطروحة.

وينص المشرع العراقي في قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل على انه (... ومع ذلك فلا عقاب إذا ... كان افشاء السر مقصودا به الاخبار عن جنائية أو جنحة أو منع ارتكابها)^(١). مجيزا بذلك افشاء السر الوظيفي لمصلحة وجدها اجدر بالرعاية من مصلحة صاحب السر. وأجاز المشرع أيضاً إفشاء الأسرار لأغراض حسن سير العدالة كوجه من أوجه المصلحة العامة^(٢).

و ذهبت المحكمة الإدارية العليا في العراق في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠١٩/٣/٧ إلى ان (... ما استندت اليه محكمة قضاء الموظفين بإلغاء الأمر المطعون فيه غير صحيح، ... فالتزام الموظف بالحفاظ على المعلومات والوثائق وعدم افشاء المعلومات التي يطلع عليها بحكم وظيفته مطلق ولا يتعلق بإلحاقه ضرراً بالمال العام، هذا من جانب ومن جانب آخر فان الأمر المطعون فيه ذكر بشكل واضح ومفصل أسباب فرض العقوبة، كما اقر المعارض بعريضة الدعوى انه قام فعلاً بما نسب اليه ارسال نسخة من الوثائق إلى جهات خارج الجهة التي ينتسب اليها بادعاء الكشف عن الهدر بالمال العام، حيث ان الاخبار عن حالات الفساد لا يكون عن طريق تصوير الوثائق والمستندات الرسمية والاحتفاظ بنسخ منها لان هذا يكون مدعاة لإباحة الوثائق والمستندات الرسمية ونشرها على أساس مكافحة الفساد، وان الاخبار يكون باتباع الطرق الاصولية في بيان أوجه المخالفة للرئيس وفي حالة عدم اتخاذ الإجراءات من قبله يمكن اللجوء إلى الجهات الرقابية في الوزارة ...) ^(٣).

وفي إطار التوازن بين الشفافية والسرية فان مبدأ تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة يمثل اصل عام الا ان ذلك لا يعني ان المصالح الخاصة غير جديرة بالحماية القانونية وامكان التضحية بها دونما مسوغ قانوني وتخضع الإدارة في ذلك لرقابة القضاء للتأكد من سلامة تقديرها. والمصالح الخاصة بدورها مظاهر متعددة لا يمكن حصرها الا ان ابرزها الحقوق والحريات، كما أن هناك قيما مختلفة تقترب من جوهر المصلحة العامة أو الخاصة، فعندما يحمي المشرع على سبيل المثال مصلحة خاصة فهو يحمي المصلحة العامة أيضاً وان كانت الأولى هي الغالبة وعندها تتداخل مظاهر تلك المصالح سواء العامة ام الخاصة. وجاء في حكم لمجلس الدولة الفرنسي بانه عندما يقرر المشرع وجوب اعلان الإدارة عن نيّتها ابرام عقد اداري انما يوازن بين المصلحة العامة والمتمثلة بتقديم عروض أكثر من الراغبين بالتعاقد والمصلحة الخاصة

(١) المادة (٤٣٧) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩. منشور في الوقائع العراقية العدد ١٧٧٨ في ١٥/٩/١٩٦٩.

(٢) المادتان (٨٩ و ٨٨) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، منشور في الوقائع العراقية العدد ٢٧٢٨ في ٣/٩/١٩٧٩.

(٣) حكمها المرقم ١٣٢٥ / قضاء موظفين / تمييز / ٢٠١٧ في ٢٠١٩/٣/٧، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٩، وزارة العدل - العراق، لعام ٢٠١٩، ص ٤٤٤.

للأفراد في ضمان حقوقهم في التنافس وتكافؤ الفرص، ولذلك فإن عدم اعلان الإدارة عن نيتها ابرام عقد يمثل اخلالا بمبدأ الشفافية مما يتيح للمرشح امكانية اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة قبل التعاقدية^(١).

واستندت محكمة باريس الإدارية على معيار المصلحة العامة في حكم لها بتاريخ ٢١ شباط ١٩٩٢ وجاء فيه بان(سرية السياسية الخارجية تبرر لوزير الشؤون الخارجية رفض طلب الاطلاع على تعليمات الخارجية الفرنسية إلى موظفي القنصليات الفرنسية بالخارج بشأن أسباب منح أو رفض تأشيرات دخول الاراضي الفرنسية)^(٢). وقضت في ١/٢٥/١٩٨٤ بأن الوثائق المتصلة بتدخل وزير الشؤون الخارجية لدى حكومة غينيا بشأن معرفة مصير ثمانية من السجناء السياسيين الغينيين المتزوجين بفرنسيات تعد وثائق سرية متعلقة بسياسة فرنسا الخارجية ولذا فإن قرار الوزير برفض طلب الاطلاع عليها يكون متفقا مع نص المادة السادسة من قانون الحصول على الوثائق الإدارية. وقضى مجلس الدولة الفرنسي في ٩ شباط ١٩٨٣ بان الوثائق المتصلة بالترخيص أو رفض الترخيص بحيازة الاسلحة الالية يتصل بالنظام العام مما يعني ان الاطلاع أو الحصول عليها يمثل في حد ذاته تهديدا للأمن العام، وقضى بأن الحصول على نسخة من تقرير أعد عن أحد الأشخاص المرشحين لتولي منصب وزير الداخلية يمس بالنظام العام، و اجاز في حكم آخر حصول المدعي على نسخة من العقد المبرم بين ادارة البريد والاتصالات واحدى الشركات الدولية لنقل المراسلات بعد حذف بعض الفقرات الملحقه به والتي يمثل الكشف عنها اعتداء على الأمن العام^(٣)، مقدما بذلك السرية على الشفافية لغايات المحافظة على النظام العام لتكون المصلحة العامة المعيار الذي اعتمده لحل التعارض بين المصالح دون إهمال أي من المصلحتين المتعارضتين وإنما وازن بينهما.

وافتى مجلس الدولة المصري بانه (لا يجوز لمصلحة الضرائب افشاء اسرار الممولين أو بمعنى آخر اعطاء بيانات عن الممولين لإدارة المخابرات العامة، وذلك مراعاة لسر المهنة وللمصلحة العامة)^(٤). معتمدا بذلك على معيار المصلحة العامة في الموازنة بين المصالح المتحققة مرجحا السرية والتزام الكتمان. وارست محكمة القضاء الإداري بمصر مبدأ مهما بحكميها بتاريخ ٢٧/١١/٢٠١٠ و ٢١/٩/٢٠١١ و وازنت فيها بين المصلحة العامة ممثلة بالحفاظ على مصلحة المجتمع وأهدافه وحماية القيم والتقاليد، والمصلحة الخاصة

(١) C.E Assemblée, du 10 juin 1994, n° 141633. publié au recueil Lebon. publié sur le site: legifrance.gouv.fr. D. 26-6-2021, T: 4: 50 p.m .

(٢) حكم المحكمة الإدارية الاستئنافية بباريس في ٢١ شباط ١٩٩٢، نقلا عن د. محمد باهي ابو يونس: المصدر السابق، ص ٤٥.

(٣) حكمه في ١٢ كانون الاول ١٩٨٧، وفي ٣ شباط ١٩٩٢، نقلا عن المصدر السابق، ص ٤٦ و ص ٥٤.

(٤) فتوى المجلس رقم ١٤٤٣ في ١٠ اذار ١٩٥٧، ص ١١، ص ٣٧٤، نقلا عن د. ماجد راغب الحلو: السرية في اعمال السلطة التنفيذية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، المجلد ١٧، العددان الاول والثاني، ١٩٧٥، ص ١١٨.

ممثلة بحماية حقوق الأفراد في المعرفة والحصول على المعلومات الصحيحة والحق في الخصوصية، مؤداه (ان حرية الاتصال السمعي والبصري ... يحكمها (نظرية المسؤولية الاجتماعية)، وهي النظرية التي قامت لتواجه نظرية الحرية المطلقة بما قدمته من مواد الجريمة والجنس والصنف واقتحام خصوصيات الأفراد والتشهير بهم ونشر الاشاعات والاكاذيب والاخلال بقيم وتقاليد المجتمع ولتنبذ اعلام الابتذال والابتزاز والمبالغة، ومن ثم ارتكزت نظرية المسؤولية الاجتماعية على ان للإعلام المقروء والمدني والمسموع والرقمي وظيفة اجتماعية وأنه يتعين إقامة التوازن بين حرية الرأي والتعبير وبين مصلحة المجتمع وأهدافه وحماية القيم والتقاليد والحق في الخصوصية، فالحرية وفقا لهذه النظرية حق وواجب ومسؤولية في وقت واحد والتزام بالموضوعية وبالمعلومات الصحيحة غير المغلوطة وتقديم ما يهم عموم الناس بما يسهم في تكوين رأي عام مستنير والالتزام بالضوابط الاخلاقية والقانونية الحاكمة للعمل الاعلامي^(١). وتضمن الحكم التأكيد على (قيد مراعاة اعتبارات المصلحة العامة وحماية قيم المجتمع وتقاليد دون ان يتخذ معيار المصلحة العامة ستاراً للعصف بالحقوق والحريات وهو معيار يتم مراعاته تحت رقابة القضاء).

أن معيار المصلحة العامة لوحده غير كافٍ أو مجدي، زيادة على كونه مفهوماً مرناً ويكتنفه الغموض، فانه يمكن ان يستغل ليكون أحد الادوات الدكتاتورية لتمرير القوانين والقرارات القائمة على الرغبات الخاصة. ان هذا المعيار يتطلب من الإدارة ان تثبت ان المصلحة العامة في حجب المعلومات المستثناة يفوق المصلحة العامة من افشائها وذلك طبقاً للأحوال ولكل حالة منفردة، نحو أن يكون هناك مصلحة عامة لحجب المعلومات أكثر من مصلحة عامة للإفشاء ان كان هذا الإفشاء للمعلومات سيؤدي إلى إحداث ضرر في تحقيقات الشرطة^(٢).

ثانياً: معيار طبيعة العمل الذاتية: وفقاً لهذا المعيار يجري الركون إلى الخصائص الذاتية للعمل والإجراء الإداري وفيما إذا كانت تحمل طابع السرية أو الشفافية، فإذا كانت طبيعة العمل الذاتية تقتضي السرية فانه

(١) حكم محكمة القضاء الإداري - دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار في الدعوى رقم ٣٤٥٤ لسنة ٦٥ ق والدعوى رقم ٤٨٦١ لسنة ٦٥ ق - جلسة ٢٠١٠/١١/٢٧ والدعوى رقم ٣٤٥١٧ لسنة ٦٥ ق - جلسة ٢٠١١/٩/٢١، نقلاً عن د. حمدي ياسين عكاشة: موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الكتاب الاول، بلا دار نشر، مصر، ٢٠١٨، ص ٤١٣.

وفي المعنى نفسه ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في الطعن رقم ٦ لسنة ١٥ قضائية، جلسة ١٥/٤/١٩٩٥ - المكتب الفني س ٦ - الجزء ذ، ص ٦٣٧.

(٢) د. سامي الطوخي: النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس الشفافية في ادارة الشؤون العامة الطريق للتنمية والاصلاح الإداري دراسة مقارنة، بلا رقم طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٦٧٧.

لا يمكن لأحد ان يحول دونه أو ينتقص منه والا فان القول بخلاف ذلك من شأنه تجريد العمل من كينونته واستحالة ترتيبه اثاره، زيادة على انه سيشكل مخالفة قانونية من الإدارة مما يجعله جديرا بالإلغاء .

وأخذ المشرع في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل بهذا المعيار عندما نص على التزام الموظفين بواجب الكتمان إذا كانت المعلومات والوثائق التي يطلعون عليها بحكم وظائفهم أو اثناء ممارسة مهام وظائفهم سرية بطبيعتها^(١). ومن ذلك سرية اسئلة الامتحانات المدرسية و اسئلة الامتحانات العامة في المدارس والجامعات فهي بطبيعتها تقتضي السرية، وتعد أضاير الموظفين سرية بطبيعتها إذا لا يمكن ان تتاح لاطلاع الغير من الموظفين غير المكلفين بإدارتها أو الإدارات الأخرى أو الأفراد وان لم يكن هناك نص يفرض سريتها، الا انه يُسمح للموظف بالاطلاع على ملفته الشخصية لمقتضيات تمكينه من الدفاع عن نفسه عند تعرضه لعقوبات انضباطية وبالقدر اللازم لذلك.

ويرى بعض الفقه أن من الإجراءات الإدارية تستلزم بطبيعتها العلانية نحو إجراءات المناقصات والمزايدات العامة كأصل عام بغية تحقيق المساواة بين المتنافسين في التقدم بعطاءاتهم وتكافؤ الفرص، وهذا يقتضي العلانية عن طريق الاعلان عنها وعن موعدها وشروطها اذ تمثل دعوى عامة موجهة للجميع ليتسنى للراغبين كافة المشاركة فيها، وكذلك الحال بالنسبة لنتيجة المزايدة والمناقصة العامة، فالعلانية إذا تمثل هنا جزء من الخصائص الذاتية لهما ولإجراءاتهما^(٢)، وبالعلانية تتحقق مصلحة الإدارة في الحصول على افضل المتعاقدين من الناحية الفنية والاقتصادية، كما انها تحقق مصلحة المتعاقدين عن طريق خلق حالة من الطمأنينة بين الأفراد وضمان تكافؤ الفرص والمساواة والعدالة بينهم .

وتعد إجراءات التحقيق العام في فرنسا ذات طبيعة علنية بشأن حالات نزع الملكية للمنفعة العامة تمهيدا لإقامة مشروع معين على الأرض المنزوعة ملكيتها اذ يتعين في هذه الحالات الاعلان عن المشروع في تواريخ وأماكن محددة، كما ان مخطط شغل الاراضي موضوع نزع الملكية هي الأخرى يجب ان يعلن عنها بمقر المجلس الشعبي البلدي المعني بما يسمح للأفراد إبداء ما لديهم من اعتراضات عليها^(٣).

وحاول القضاء الإداري الفرنسي الزام الإدارة بتطبيق الشفافية في بعض الإجراءات والقرارات الإدارية وان لم يكن هناك نصاً يلزمها بذلك بالنظر لطبيعة الإجراء بذاته، ففي مجال الاطلاع والحصول على الوثائق

(١) الفقرة (سابعاً) من المادة (٤) من القانون المذكور . منشور في الوقائع العراقية العدد ٣٣٥٦ في ١٩٩١/٦/٣ .

(٢) احمد محمد المنوفي: واجب عدم افشاء الاسرار الوظيفية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٣، ص ٨٦.

(٣) دليلة بوري: المشاركة : صورة لتجديد العلاقة بين الإدارة والمواطن، اطروحة دكتوراه ، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية - كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر ، ٢٠٢٠، ص ٣١٨.

الإدارية نجده في بعض المناسبات واحتراماً لحق الدفاع - بحسبانه مبدأ قانوني عام- يعترف للأفراد بالحق في المعرفة والاطلاع في بعض المسائل مؤكداً انه وان لم يكن هناك نصاً يلزم الجهة الإدارية بالمواجهة فان بعض القرارات الإدارية سواءً بالنظر لطبيعتها ام لآثارها لا يمكن اتخاذها دون اتباع إجراء المواجهة اي بدون تمكين صاحب الشأن من الاحاطة بمشروع القرار المزمع اتخاذه وابداء ملاحظاته، ويكاد الاجماع ينعقد على ان نطاق المواجهة هو الإجراءات ذات الطابع العقابي و الانضباطي أما في غيرها فلا تلتزم الإدارة بها الا بنص^(١). ويتضمن مبدأ المواجهة اعلام الفرد مقدماً بقرار الإدارة قبل اتخاذه ليتمكن من تقديم الحجج الكتابية أو الشفوية بشأنه من اجل تعديل محتوى القرار ليكون أكثر انصافاً، وهو إجراء لضمان العدالة وديمقراطية القرارات الإدارية وليس فقط لحماية الحقوق الفردية، وأقرت فرنسا هذا المبدأ بموجب مرسوم في ٢٨ تشرين الثاني ١٩٨٣ المنظم لعلاقة الإدارة بمرتقيها ورتب على عدم احترام مبدأ المواجهة الغاء القرار^(٢).

وقضت المحكمة الإدارية العليا في العراق في ٢٠١٨/٦/٧ بوجوب تطبيق مبدأ المواجهة في التحقيق الإداري الذي يتطلب الاستماع للإفادة وليس مجرد التدوين وفقاً للقانون وان عدم اتباع اللجنة لذلك يمثل اخلاقاً بمتطلبات التحقيق الإداري مما يستوجب الغاء العقوبة لهذا السبب^(٣).

إن مبدأ احترام حقوق الدفاع^(٤)، ومبدأ المواجهة من شأنهما السماح بتحقيق الشفافية في أعمال الإدارة وإجراءاتها بتحقيق علم صاحب الشأن بالإجراء المزمع إتخاذه في مواجهته والمآخذ المسندة اليه ومن ثم احاطته بمشروع القرار ومنحه الوقت الكافي لتقديم ملاحظاته، كما انه وبكفالة حق الدفاع يتم اقرار صفة الحضورية في الإجراءات الإدارية فضلاً عن كفالة الحرية الكاملة بتقديم الادلة المؤيدة لمواقفهم والاستعانة بمن يضطلع بمهمة الدفاع عن مصالحهم وتمثيلها في حضور مختلف مراحل وإجراءات العمل الإداري^(٥).

ثالثاً: معيار حقوق الانسان: تمتلك الإدارة المعلومات الخاصة بالأفراد وحياتهم واموالهم ابتداء من احوالهم المدنية في سجل النفوس والولادات والمعلومات العائلية وأوضاعهم المالية وما لديهم من ارصدة في البنوك

(١) د. محمد ماجد ياقوت: شرح القانون التأديبي للوظيفة العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٦، ص ٨٣٠.

(٢) غزلان سليمة: علاقة الإدارة بالمواطن في القانون الجزائري، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة، لعام ٢٠٠٩-٢٠١٠، ص ١٣٥، احمد عبد الحليم عيسى معوض: المصدر السابق، ص ٢٥٨-٢٥٩.

(٣) حكمها المرقم ٦٢٦/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٨ في ٢٠١٨/٦/٧، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٨، المصدر السابق، ص ٤٠٣.

(٤) نص دستور العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة (١٩/ ثانياً) بان (حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة).

(٥) د. سامي الطوخي: الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على التسبب الوجوبي للقرارات الإدارية دراسة تطبيقية مقارنة، بلا رقم طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٢١٩.

ومقادير دخولهم وممتلكاتهم أو عقاراتهم ومعلومات ضريبية، فضلاً عن رسائلهم المحفوظة والمنقولة عن طريق البريد أو المكالمات الهاتفية والبرقية والسوابق القضائية المتصلة بهم و المعلومات المتصلة بأحوالهم الصحية وهذه جميعها معلومات شخصية أو خاصة و تعبر عن مصالحهم الخاصة والتي تحتفظ بها الادارات العامة ذوات العلاقة، ولذلك يوجب القانون المحافظة عليها وحمايتها من العبث بها أو اتلافها فيقرر لها السرية حفاظاً على الحياة الخاصة بالأفراد، و لا يمكن إتاحة الحصول على المعلومات والبيانات المرتبطة بها لغير أصحابها.

وتفرض معايير حقوق الانسان على الدول التزامات عديدة لاسيما على المستوى التشريعي لكفالتها وتوفير الضمانات للأفراد في التمتع بها، اذ اقر المؤتمر العالمي لحقوق الانسان في فينا عام ١٩٩٣ مبدأ عالمية حقوق الانسان كافة وترابطها وتشابكها وعدم قابليتها للتجزئة^(١). كما اكد مجلس حقوق الانسان التابع للام المتحدة في قراره بشأن تعزيز حقوق الانسان على الانترنت في ٢٠١٢ على ان الحقوق التي يتمتع بها الأشخاص خارج الانترنت يجب ان تحظى بالحماية أيضاً على الانترنت ولاسيما حرية التعبير، وكرس تلك الحماية القرار الذي اتخذته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٢٠١٣/١٢/١٨ المتصل بالحقوق في الخصوصية في العصر الرقمي الذي أكد الحقوق ذاتها^(٢).

ولجأ مجلس الدولة الفرنسي إلى الموازنة بين الحقوق من دون الغاء احدهما طالما كان من الممكن تحقيقها ملتزماً بمعايير حقوق الانسان في تحقيق التوازن بين حقوق الأفراد في السرية وحقوقهم في الشفافية ومنها الحصول على الوثائق الإدارية، وذهب في أحد أحكامه إلى أن إنطواء الوثيقة على بيانات اسمية أو معلومات سرية لا يحول دون حصول أو اطلاع الطالب عليها طالما كان من الممكن حذف أو طمس البيانات الاسمية أو المعلومات السرية التي تنطوي عليها^(٣).

وذهبت لجنة الحصول على الوثائق الإدارية في فرنسا في رأيها بتاريخ ٢٠ شباط ١٩٨٦، إلى أنه إذا كان حق الاطلاع على الوثائق لا يمثل اعتداء على حق الخصوصية فلا يجوز أن يحول دون حصول الطالب على الوثيقة المطلوبة شرط ان يحذف منها اسم وموطن ذي الشأن وكل ما يرد بها ويكون من شأنه الاستدلال عليه. ولم يجز مجلس الدولة للإدارة التهرب من ذلك بالتعلل بأن المعلومات السرية التي تنطوي عليها الوثيقة تعد من أعمال السيادة ولو تعلقت في جزء منها بالسياسة الخارجية للدولة، اذ تطلب لإعمال

(١) د. عبد الملك علي محسن: المعايير الدولية لحرية تداول المعلومات، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٨، ص ٢٢٠.

(٢) د. عبد الملك علي محسن: المصدر السابق، ص ٣٩٥.

(٣) حكمه في ٣ ايار ١٩٩٣، نقلاً عن د. محمد باهي ابو يونس: المصدر السابق، ص ٥٤.

ذلك بمناسبة حكمه في ٣٠ تموز ١٩٨٩ ان تكون الوثيقة قابلة للتجزئة والا فيجب أعمال الاصل القاضي بان دفع الضرر أولى من جلب النفع ولهذا سيكون الأولى حجب الوثيقة جميعا وتغليب السرية على الشفافية^(١)، أما سلطة الإدارة في تحديد مدى قابلية الوثيقة للتجزئة فتكون خاضعة إلى رقابة القضاء ولا تستقل بتقديرها على أساس أن هناك نصوصاً قانونية حاكمة للسرية والشفافية يراقب القاضي حسن تطبيقها^(٢).

وفي مصر اتجهت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها بتاريخ ٢٠٠٩/٧/٤، مؤكدة ضرورة التوازن بشأن الموقف من قرارات وزير الداخلية بحظر دخول المحمول إلى أقسام الشرطة وجاء فيه بأنه (... وعن أسباب عدم مشروعية قرار منع المواطنين من دخول أقسام الشرطة حاملين المحمول فان القرار الطعين إذ حظر ارتياد أقسام الشرطة باصطحاب الهواتف المحمولة بما تمثله من وسيلة اتصال هامة وفعالة وأوجب تسليمها للقائمين على أقسام الشرطة عند دخول مقارها لأداء مصالحهم فانه يكون قد انتهك كل من حقوق المواطنين في الاتصال والحق في الخصوصية واخضع المتعاملين مع أقسام الشرطة لتقييد قسري وتعسفي لحريات دستورية لا يجوز تقييدها الا بنص صريح بالقانون وفي حدوده، وساهم في تمكين القائمين على أقسام الشرطة من الاطلاع على هواتفهم المحمولة ورقابتها بغير أمر قضائي مسبب وخاض في مناطق من الحياة الخاصة للمواطنين تمثل بالنسبة لهم اغوارا لا يجوز النفاذ اليها واقتحام حقوق الخصوصية مهدرا ضمانات سريتها ومعتديا على حرمتها وهو ما يلقي بالقرار المطعون فيه في هوة سحيقة من عدم المشروعية ليجعله والعدم سواء خليفا بالإلغاء...)^(٣). وهذا ما يعكس الموازنة التي اجراها الدستور والقانون بين حق الفرد في الحرية وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية من ناحية أخرى .

وتتابع المحكمة قولها بأنه(... لا يقلل القرار المطعون فيه من عثرته ما بررت به الجهة الإدارية إصدارها له ... انه لا يوجد ثمة ضرر أو نتائج يتعذر تداركها من جراء ايداع المواطنين لأجهزة الهواتف المحمولة لمدة دقائق معدودة في مكان معد لذلك خصيصا كأمانات لحين مغادرة المنشأة الشرطة حماية للمصلحة العامة في تأمين المنشأة، وحماية للمتكررين عليها من استخدام تلك المواقف في تصورهم على غير رغبتهم وبدون

(١) C.E., 10/ 9 SSR, du 30 juin 1989, n° 83477, mentionné aux tables du recueil Lebon, publié sur le site: legifrance.gouv.fr. 28/3/2021, T: 4:45 p.m.

(٢) رأي لجنة الحصول على الوثائق الإدارية في ٢٣ تموز ١٩٩٢، د. محمد باهي ابو يونس: المصدر السابق، ص ٥٤ - ٥٥.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري - دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار - في الدعوى رقم ٣٢١٦٧ لسنة ٦١ القضائية بجلسة ٢٠٠٩/٧/٤، نقلا عن د. حمدي ياسين عكاشة: موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الكتاب الرابع، بلا دار نشر، مصر، ٢٠١٨، ص ٥٧٨.

ارادتهم، وان تلك الإجراءات الأمنية تنطبق على كافة ولا تميز بين المواطنين وبعضهم البعض وتتم وفقاً لأسس موضوعية، ... ذلك ان الشرطة كهيئة مدنية نظامية... يكون من أول واجباتها احترام القانون والا تفرض على من تؤدي واجبها في خدمته ما يخالف القانون،... وأمن الوثائق والمعلومات والمحافظة على سريتها انما يكون بحفظها على النحو الذي يكفل لها الحماية وليس بحظر اصطحاب المواطنين المرتادين لأقسام الشرطة والمنشآت للهواتف المحمولة وان ايداع المواطنين لأجهزة الهواتف المحمولة لمدة دقائق معدودة في مكان معد لذلك خصيصاً كأمانات ... ليس من شك أن تلك الدقائق المعدودة كفيلة بسلب تلك المعلومات والبيانات الخاصة أو على الأقل تعريضها للاعتداء على ما بها من حق في الخصوصية،... وان حماية المترددين من المتطفلين الذين يسعون لتصويرهم على غير ارادتهم وان كانت غاية سامية في ذاتها فان غاية توازيها في السمو والرفعة هي غاية حماية من يقبض عليهم أو يعتقلوا أو يقفوا تحت طائلة الاتهام من المواطنين في كفالة حماية حقوقهم الدستورية في الابلاغ عن حالتهم وفي وصول محاميهم مزوداً بوسائل اتصاله الكفيلة بأداء واجبه ولا يجوز للقرار الطعين ان يتخير من يستحق الحماية ومن يخرجها عن إطارها كما لا يجوز ان يعرض القرار المطعون فيه حق الانسان في الحياة والحرية الشخصية والكرامة الواجبة لصون ادميته لمخاطر مترامية في ابعادها عميقة في اثارها بالحيلولة دون محاميه واداء واجبه حياله، وهو ما يعتبر هدماً للعدالة ذاتها بما يحول دون وقوفها سوية على قدميها...).

رابعاً: معيار الضرورة: تبرر الضرورة المساس بحقوق الأفراد وحررياتهم بإفشاء اسرارهم أو حرمانهم من الحصول على المعلومات وممارسة حرية التعبير، إلا أن هذه الضرورة تقف عند حدود معينة يصبح تصرف الإدارة خارجها غير مشروع ومن أعمال الغصب والاعتداء، ولهذا كثيراً ما يرسم المشرع حدود حالة الضرورة والظروف الاستثنائية ويفرض القيود لمنع استغلالها وتجاوز غاياتها وفقاً لقاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) و(الضرورة تقدر بقدرها) ^(١).

وتكفل الدساتير والقوانين حقوق الأفراد وحررياتهم وتعمل على توفير الضمانات لها الا ان المشرع يقدر في حالات الضرورة والظروف الاستثنائية وجود تعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد لاسيما عندما يقع تهديد على كيان الدولة وأمنها وسلامة أراضيها لذلك يجعل المشرع من وجود هذه الظروف معياراً يستند عليه لإقرار بعض الاستثناءات أو الخروج على القاعدة العامة التي قررها سواء بالنسبة للشفافية ام السرية لمواجهة حالة الضرورة أو الظرف الاستثنائي على ان يعود الحال إلى ما كان عليه فور انتهائها

(١) ينظر المادة (٢) و(٣) و(١/٥) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم ١ لسنة ٢٠٠٤ (أمر الدفاع عن السلامة الوطنية)، المنشور في الوقائع العراقية العدد ٣٩٨٧ في ايلول ٢٠٠٤.

بان ينتهي الاستثناء المقرر ويجري أعمال القواعد المقررة في الظروف الاعتيادية، وبذلك ستكون هذه الظروف مسوغا للتضحية بالمصالح الخاصة بالأفراد فتجيز التشريعات على سبيل المثال الاطلاع على البيانات الشخصية للأفراد ومراقبة مراسلتهم أو اتصالاتهم أو تحظر عليهم الحصول على المعلومات لضرورات أمنية أو لمنع وقوع الجرائم أو ان يجري فرض القيود على النشر والافصاح عن المعلومات وفرض السرية على الإجراءات والأعمال المتخذة خلال تلك الظروف، على ان يتم اخضاع الإجراءات والأعمال المتخذة خلالها إلى رقابة خارجية، ولاسيما الرقابة القضائية لضمان حقوق الأفراد والوقوف على مشروعية تصرفات الإدارة والالتزام بقواعد المشروعية الاستثنائية .

ففي فرنسا يحق للسلطات الإدارية والعسكرية في أوقات الاضطرابات الخطيرة وخاصة في فترات الحرب الرقابة على المراسلات وحجزها^(١). واجاز دستور جمهورية مصر لعام ٢٠١٤ ذلك بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة وفي الاحوال التي يبينها القانون^(٢).

وقد نصّ دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على الضرورة القانونية والأمنية كمبرر للخروج على سرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والالكترونية فأجاز مراقبتها أو التنصت عليها أو الكشف عنها بقرار قضائي لضرورة قانونية وأمنية^(٣)، وفي الواقع ان الضرورة الأمنية لا تثير اللبس والهدف منها معروف، الا ان الضرورة القانونية مبهمة وتحتمل العديد من الاجتهادات والتأويلات وهذا ما يتنافى مع طبيعة الاستثناءات التي يجب ان تكون واضحة ومحددة، ومع ذلك نرى ان المشرع انما اراد بذلك ضرورات تحقيق حسن سير العدالة والوصول إلى الحقائق وكشف الجرائم أو الوصول إلى مرتكبيها.

واعتمد المشرع في تقرير الشفافية والسرية معيار الضرورة فأجاز الخروج على القواعد المقررة لهما بالاستناد على ذلك، نحو ما جاء في قانون الدفاع عن السلامة الوطنية العراقي رقم ١ لسنة ٢٠٠٤، الذي خول رئيس الوزراء في حالة الطوارئ وفي حدود منطقة إعلانها الأمر بتفتيش الأشخاص وتفتيش منازلهم وأماكن عملهم وبدون مذكرة قضائية في الحالات الملحة، مما يشكل انتهاكا لسرية الحياة الخاصة للأفراد في

(١) ينظر: المادة (١٦) من دستور فرنسا لعام ١٩٥٨، وينظر: محمد قاسم الناصر: الحق في سرية المراسلات في بعض النظم

الدستورية، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بابل، ٢٠٠٢، ص ٧٨.

(٢) المادة (٥٧) من دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤ .

(٣) المادة (٤٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

الظروف الاعتيادية إلا أنها تصبح مشروعة بتقدير المشرع في حالة الطوارئ^(١). وإجاز اتخاذ إجراءات احترازية على الطرود والرسائل البريدية والبرقيات ووسائل واجهزة الاتصال السلكية واللاسلكية إذا ثبت استخدامها في جرائم التآمر والعصيان المسلح والاضطرابات المسلحة وعمليات الاغتيال والتفجير أو الاشتراك والتعاون فيها والتحريض عليها، ويمكن فرض المراقبة على هذه الوسائل والاجهزة وتفتيشها وضبطها إذا كان ذلك يفضي إلى كشف الجرائم أو منع وقوعها بعد استحصال مذكرة قضائية ولفترة زمنية محددة^(٢).

ولما كانت حالة الضرورة والظروف الاستثنائية مؤقتة فان الاستثناءات التي يقررها المشرع من الشفافية أو السرية تكون قاصرة على الفترة الزمنية المعنية وبانتهائها ينتهي الاستثناء، مع وجوب الخضوع إلى الرقابة عن الإجراءات التي تتخذ في ظل حالة الضرورة و الظروف الاستثنائية، من قبل القضاء والجهات الأخرى للتأكد من وجود الظرف الذي تستدعي الخروج على الاصل العام والهدف منها ومدى تحقيقها المصلحة المرجوة في مواجهة الظرف الاستثنائي .

وقد أكد القضاء المصري بشأن أهمية الالتزام بأحكام الدستور الضامنة لحرمة الحياة الخاصة بهدف احداث التوازن بين حقوق الفرد وحرياته وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية في ظل الظروف الاستثنائية والضرورة ، بان اي إجراء يتخذ من الإدارة ينبغي ان يكون له سنداً من نصوص الدستور ذاته اذ لا يملك المشرع العادي ان يهدر نصوص الدستور بوصفه القاعدة الاعلى والاسمى في بناء القواعد القانونية داخل الدولة. ومن ثم ينبغي التقيد بالضوابط الدستورية، ولهذا فان إصدار الإدارة قرارات برفع السرية عن الحياة الخاصة للأفراد التي كفلها الدستور اي كان نوعه من دون الالتزام بالضوابط الدستورية يعد مخالفاً للدستور ومشوباً بعدم المشروعية حراً بالإلغاء كونه من القرارات الإدارية التي ينبغي ان يختص بنظرها القضاء الإداري لا العادي^(٣).

خامساً: معيار جودة العمل الإداري: قد يكون تحقيق الجودة في العمل الإداري مسوغاً لفرض السرية أو الشفافية فيه، ويأخذ المشرع والقضاء ذلك بالحسبان عند إقرارهما أو ترجيح احدهما على الأخرى، اذ تسعى

(١) البند (اولا) من المادة(٣) من أمر سلطة الائتلاف رقم ١ لسنة ٢٠٠٤، وينظر البند (١٢) من المادة (٤) من قانون السلامة الوطنية رقم ٤ لسنة ١٩٦٥، المنشور بالوقائع العراقية العدد ١٠٧١ في ١٩٦٥/١/٣١.

(٢) الفقرة (رابعاً) من المادة (٣) من الأمر رقم ١ لسنة ٢٠٠٤.

(٣) نقض جنائي - جلسة ١٤ كانون الثاني - يناير ١٩٩٦ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٤٧-١٤ - ص ٧٢، نقلاً عن د. عاصم رمضان مرسى يونس: الحريات العامة في الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة، بلا رقم طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٤١٧.

الشفافية إلى تقديم الحقيقة كاملة في حين أن السرية تقوم على عدم الكشف عنها للغير ومن ثم فإنهما مفهومان متناقضان تنضوي تحتها مصالح متعارضة، ولما كانت الشفافية تعكس مدى تحقيق الديمقراطية الإدارية فيما تقوم به من أعمال و تمارسه من أنشطة، فإن الإدارة ليست مطالبة بتقديم الخدمات العامة فحسب وإنما يجب ان تكون خدماتها ذات جودة وتلبي طموحات الأفراد وتحفظ لهم حقوقهم وحرياتهم، ومن شأن ذلك التأثير على أسلوب الإدارة فيفرض عليها احدث تغييرات في طريقة عملها وإجراءاتها بما يضمن تلك الحقوق، فعند اقرار حق المواطن بالمشاركة في الشؤون الإدارية وفي صنع القرارات وحقه في الحصول على المعلومات والوثائق، فذلك يفرض على الإدارة اتباع أساليب عمل تسمح بمشاركة المواطن نحو اعتماد أسلوب الاستفتاء أو الاقتراح أو الاعتراض الإداري وغيرها من أساليب مشاركة المواطن في الإدارة .

ان التناقض بين الشفافية والسرية ليس مطلقاً وفي بعض الحالات تكون السرية مطلباً واجب تحقيقه وهي موجودة في أكثر الدول ديمقراطية، كما ان التحول صوب الشفافية أيضاً ليس خالياً من العيوب أو المساوئ ففي بعض الحالات تخلق الشفافية بطناً في العمل الإداري بينما تتزايد المطالبات بتبسيطه لما للتأخير من نتائج سلبية تنعكس على جودة العمل العام وعلى حقوق الأفراد، فالشفافية إذا تحمل بذاتها نوعاً من التناقض في بعض الحالات إلا أن ذلك لا يتفوق على ايجابياتها وأهميتها وضرورة تحقيقها في العمل الإداري ، ولأجل ذلك يكتسب التوازن بين الشفافية والسرية أهميته وهنا يكمن التحدي في تحقيقه.

ولهذا فرض المشرع في الكثير من الدول احترام الشفافية رغبة منه في ضمان تحقيق جودة العمل الإداري، فالوصول المتزايد إلى المعلومات بفضل التكنولوجيا الرقمية أدى إلى زيادة الشفافية الإدارية، فغدا المشرع مروجاً حازماً للوصول إلى المعلومات التي تتيحها التكنولوجيا الرقمية فلا يمكن للمشرع ان يتجاهل الانترنت، ولأجل ذلك نجد أن المجلس الدستوري الفرنسي قد قرر في حزيران ٢٠٠٩ بانه في ضوء التطور العام لخدمات الاتصال عبر الانترنت للجمهور وكذلك الأهمية التي توليها هذه الخدمات للمشاركة في الحياة الديمقراطية، وإن حرية الاتصال تعني ضمناً الوصول إلى مثل هذه الخدمات ^(١). وانتقد المجلس الدستوري الفرنسي في تشرين الثاني ٢٠١٠ تنظيم المشرع الفرنسي لإسناد أسماء النطاقات على الانترنت على أساس ان هذا القانون ينتهك حريات الاتصال والمشاريع أو الأعمال، ولوحظ أن المجلس الدستوري ربط تطوير

(1) D.C. 10 JUIN 2009, N° 580. Mentionné : Emmanuel Aubin : La protection constitutionnelle de la transparence administrative, Revue Les nouveaux chiers du conseil constitutionnel, 2018/2, N° 59 , page 42.

التكنولوجيا الرقمية بفاعلية مشاركة الجمهور باسم الشفافية الإدارية، في تطوير القرارات العامة والتي لها تأثير على البيئة^(١).

وبالرغم من الدور المهم لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات التي فرضت الشفافية والتقدم المُحرز في أدوات نشر المعلومات إلا أن الشفافية المطلقة وهم خطير فضلاً عن أنها تبقى وسيلة وليست غاية في حد ذاتها، إذ يكون من الواجب التنسيق بين ضرورة الشفافية ومتطلبات أخرى نحو متطلبات الكفاءة فلا يمكن مشاركة المعلومات الشاملة، كما أن الشفافية تمثل تكلفة وتنتج تكلفتها الاقتصادية بشكل خاص عن حقيقة أن الشفافية لا تعني الوصول المباشر إلى المعلومات، وإنما يجب المرور بوسطاء والذين يجب دفع أجورهم، كما أن التكلفة التنظيمية ترجع إلى الوقت المستغرق في جمع المعلومات لذلك ينبغي الترسخ لشفافية معقولة يلعب التنظيم الذاتي فيها دوراً متميزاً، ولذلك أن الشفافية المطلقة والكاملة أسطورة، إذ يجب أن تكون الإدارة قادرة على التحكم بحجم المعلومات التي يمكن نشرها والإفصاح عنها وتلك التي يجب أن تحتفظ بها من دون عاقبة عملها ونشاطها والإضرار بهما، ولهذا فإن المسألة الحقيقية تكمن في التوازن الذي يجب تحقيقه بين الشفافية المفروضة وآليات التنظيم الداخلي للعمل داخل المرفق العام^(٢).

ولهذا فرض السرية على بعض المعلومات أو الوثائق والبيانات وأعمال الإدارة سيكون ضماناً لتحقيق الهدوء وعدم ارتباك الإدارة وتعرضها للضغط مما يؤثر على جودة أعمالها، وهذا ما يمكن أن يحصل في حال فسح المجال واسعاً لفضول الأفراد والغير عبر السماح لهم بالاطلاع على وثائق أو بيانات لم تكتمل بصورتها النهائية أو أنها لا تعدو أن تكون مرحلة تحضيرية أو تمهيدية وصولاً إلى إصدار القرار النهائي الذي تسهم فيه^(٣).

سادساً: معيار المنافع والأضرار: وفقاً لهذا المعيار يمكن للمشرع أن يلجأ إلى تحديد مقدار الأضرار المترتبة والمنافع المتحققة من الكشف عن المعلومات أو الإفصاح عنها وإتاحتها للأفراد للوصول والحصول عليها أو تقييد ذلك وحجب المعلومات أو الوثائق والبيانات وجعلها سرية ، وبهذا يقوم بإجراء موازنة بين حجم الأضرار وحجم المنافع ومن ثم يقرر ما يصب في تحقيق الهدف المنشود. فقد تكون الايجابيات والمنافع المتحققة من الكشف عن المعلومات تفوق السلبيات والأضرار الناجمة عنها فيمكن مثلاً أن تكون هناك معلومات خاصة

(1)Emmanuel Aubin : op.cit. page 43.

(2)Eudoxe Denis, le grandes entreprises françaises face aux exigences de transparence , Constructif, Éditeur :Fédération française , 2018 /3,no 51, p.34-38.

(٣) د. سامي الطوخي: النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس، المصدر السابق، ص ٦٩٠.

بطبيعتها لكنها في الوقت نفسه تكشف أعلى درجات الفساد فيجب هنا ان يقاس الضرر الذي الحق بالهدف القانوني بمقدار المنفعة العامة التي يمكن ان تتحقق من جراء اعلان المعلومات، وحين تكون هذه المصلحة المتحققة اعظم من الضرر فعلى القانون ان يؤمن كشف المعلومات، ويجري أعمال ذلك بحسبان ان الضرر الذي يلحق بالمصلحة المحمية بالسرية يفوق المصلحة العامة المتحققة في كشف المعلومات^(١).

وان الإدارة قد تفرط في تقدير حجم المنافع العائدة من السرية على حساب الاضرار التي أحياناً تصيب الأفراد جراء الحجب في حين ان القانون يمنحها سلطة تقديرية واسعة في ذلك لاسيما وأنه يترك للإدارة سلطة فرض وازالة صفة السرية عن الوثائق والمعلومات والبيانات و إصدار قرارات ادارية توجب على الموظفين كتمان بعض المعلومات أو الوثائق سواء بموجب انظمة ام تعليمات ام أوامر فردية ام إصدار توجيهات إلى الموظفين بذلك، ولذلك يمكن رقابة سلطتها هذه عن طريق النظر لحجم المنافع والاضرار الناجمة والموازنة بينها وأخذها بالحسبان عند إصدار قراراتها ومن ثم تقرير مدى مشروعية وملاءمة قراراتها في ذلك.

واستنادا إلى ذلك لا نجد ان الاعتماد على معيار الضرر لوحده كافيا في تقرير سرية المعلومات والبيانات او شفافتها وانما ينبغي النظر إلى الضرر والمنفعة على حد سواء والموازنة بينها للوصول إلى قرار سليم يضمن من خلالها احداث التوازن المنشود بين السرية والشفافية .

سابعا: معيار أخلاقي: ان اعتماد مبدأ حسن النية والتحلي بالأخلاق والفضيلة وضرورة اتخاذها مبدأ ومنهج عمل للإدارات العامة وفي التعامل التجاري والمالي في الشركات والمؤسسات، انما يكشف عن النظرة الاخلاقية والدينية لمفهومي الشفافية والسرية وأهمية تحقيق التوازن بينهما، وذلك ما تؤكد عليه الشريعة الاسلامية بما يحقق الخير للناس كافة وفي التعامل بينهم بعيدا عن التلاعب و الغش والتدليس والخداع والتحايل والعمل من الباطن وفي الخفاء فتكون حياتهم مطمئنة متوازنة تُحفظ فيها خصوصياتهم ويأمنون على اسرارهم وحقوقهم لتكون قائمة على قواعد متينة وراشدة تتمثل بالأمانة والمصادقية، فتوفير المعلومات الدقيقة والصادقة والموثوقة عن الأعمال والنشاطات المختلفة وضمان الوصول إلى أعلى درجات الدقة والوضوح انما يساهم في تحقيق النظام في العلاقات ويسمح بالمسائلة الجادة والعمل ضمن ادارة واضحة ومعلنة قائمة على الثقة المتبادلة، ويمنع تضارب المصالح وتنمية القيم الدينية والاخلاقية^(٢)، وهذا يعكس البعد الاخلاقي لأهمية التوازن بين الشفافية والسرية في الوقت نفسه.

(١) د. سامي الطوخي: النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس ،المصدر السابق، ص ٦٦٧.

(٢) د. محمد خلف بني سلامة و سامي محمود دراغمة: معايير الشفافية في الفقه الاسلامي واثرها في الوقاية من الازمات الاقتصادية ، بحث منشور في مجلة الجامعة الاسلامية للدراسات الاسلامية، المجلد ٢٢، العدد ٢، حزيران ٢٠١٤، ص ٤٨٩.

ويتم التأسيس للشفافية في الدول المختلفة لتكون اداة رقابية وقائية وحارساً عاماً للنزاهة في ممارسة مهام الوظيفة العامة، وما يؤكد ذلك وجود مدونات وقواعد للسلوك الوظيفي في الخدمة المدنية أو الوظيفة العامة فيجري تحديد السلوكيات المتوقعة من الموظفين العاملين على أساس يومي تلزمهم بالمسائلة والكشف عن مصالحهم، فيجعل المشرع من الشفافية والسرية معا ادوات اخلاقية وقيمة للخدمة المدنية^(١).

ويعد قانون ٢٠ نيسان ٢٠١٦ الفرنسي الخاص بأخلاقيات وحقوق والتزامات موظفي الخدمة المدنية نقطة تحول في التطور القانوني الفرنسي للأخلاقيات الإدارية ولنهج أكثر وقائية واقل تأديبيا، ومن قبله قانون ١١ تشرين الأول ٢٠١٣ المتعلق بشفافية الحياة العامة واعتماد الشفافية فيه بوصفها حلا لتجديد رابطة الثقة بين الإدارة ومواطنيها، ويكرس قانون ٢٠١٦ لاستخدام الشفافية كأداة اخلاقية تعمل على منع تضارب المصالح وتعزيز السلوك الجيد للموظفين^(٢). ومن جهة أخرى نجد ان المشرع يفرض بالنسبة لبعض المهن السرية كجزء من الاخلاق المهنية فضلاً عن البعد الديني للسرية فيها؛ لان السر في حد ذاته قيمة فالسرية الحقيقية التي يؤكد عليها ويجرم الاعتداء عليها تعد جزء من النظام الانساني؛ اذ تتضمن احترام الآخرين وترتبط بممارسة واجب اخلاقي ذو أولوية، فمجرد تلقي المعلومات الشخصية بسبب كون الشخص ذو مهنة كأن يكون محاميا أو طبيبا أو قاضيا يوجب عليه عدم مشاركتها مع الآخرين. وأن التوازن بين السرية والشفافية يمثل في اعلى مستوياتها مؤشر على درجة الثقة بين المواطنين وتجاه السلطة العامة لان فعاليته تقلل من التحيزات وانعدام الثقة عبر توفير مساحات مضمونة للتفاهم والأمان للجميع وتحقيق العدالة^(٣).

(١) ومن ذلك تعليمات قواعد السلوك الوظيفي الخاصة بموظفي الدولة والقطاع العام ومنتسبي القطاع المختلط لسنة ٢٠٠٦ الملغية، منشورة في الوقائع العراقية العدد ٤٠٢٦ في ٢٨/٩/٢٠٠٦، و لائحة السلوك الوظيفي رقم ١ لسنة ٢٠١٦ الصادرة عن دائرة الوقاية في هيئة النزاهة في العراق .

(٢) Thimas Scapin : entre valeur du service public et instrument d déontologique: quelle place pour la transparence dans la « BONNE » conduit des fonctionnaires en france (1970-2016) ?, Revue française d'administration publique, 2018/1 N° 165 | pages 64 à 65.

(٣) Jean Louis Gillet, secret , opacité transparence, les cahiers de la Justice, Dalloz, 2014- 3, n° 3,p.341.

المطلب الثاني: وسائل تحقيق التوازن

تتمثل أهم أسباب اختلال التوازن بين الشفافية والسرية في قصور التنظيم القانوني لهما، وعدم وجود نصوص قانونية عامة منظمة لهما وتناثر أحكامهما في القوانين المختلفة نحو القوانين العقابية وقوانين الوظيفة العامة وقوانين خاصة أخرى، وهذا ما نلتمس عبره عدم وجود سياسة تشريعية واضحة بهذا الصدد، لكن بالرغم من ذلك فإن المشرع العراقي قد تبنى السرية وعدها اصلاً عاماً في العمل الإداري يضاف إلى ذلك البيروقراطية الإدارية والموروث الإداري والاجتماعي والثقافي والميل نحو عد كل ما يتصل بالمعلومات الإدارية من الاسرار، فضلاً عن غياب التنظيم القانوني حول كيفية التعامل مع تلك المعلومات والوثائق الإدارية عدا ما ورد من أحكام في قانون الحفاظ على الوثائق لسنة ٢٠١٦، إذ يلاحظ ان الكثير من دول العالم لجأت إلى ايراد الاستثناءات المتنوعة ولاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة أو الخاصة بالأفراد لتحقيق التوازن بين الشفافية والسرية ومن ثم تحقيق المصالح كافة وعدم التضحية ببعضها على حساب البعض الآخر.

إن السلطة التقديرية الواسعة التي تمنح للإدارات العامة في تقرير ما يعد سراً وما لا يعد كذلك ومن ثم إمكانية الافصاح عنه وإعلانه، تستلزم وجود رقابة على تلك الادارات والوقوف على معاييرها ومسوغاتها في تحديد السرية والشفافية. ولذلك تتمثل وسائل تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية بوجود تنظيم قانوني سليم ورقابة فاعلة على تنفيذ أحكام القوانين والالتزام بها، لضمان المشروعية وحقوق الأفراد واحترام حرياتهم سواء في نطاق الشفافية ام السرية، وهذا ما سنحاول بيانه عن طريق الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: التنظيم القانوني السليم

يعد القانون وسيلة لتحقيق غاية معينة، ويقيد كل من القضاء والإدارة عند تطبيق وتنفيذ القواعد القانونية فيكونان محكومان به، وفي إطار النصوص القانونية النازمة للشفافية والسرية في العمل الإداري فإن المشرع يعتمد على معايير معينة بغية تحقيق التوازن بينها أو حتى ترجيح احدهما على الأخرى في بعض الحالات مراعيًا بذلك بعض الاعتبارات، فيحدد المسائل والمعلومات من الوثائق وغيرها التي تعد سراً لا يجوز الافصاح عنها وتلك الخاضعة لمبدأ الشفافية.

ويلاحظ أن المشرع في معظم الدول و في إطار سياسته في تنظيم الشفافية والسرية يسلك أحد السبل الآتية :

أولاً: اعتماد مبدأ الشفافية بوصفه القاعدة العامة والسرية كاستثناء على ذلك، بان يورد التزام عام على الإدارات العامة بالشفافية في العمل الإداري، وفي الواقع بدأت الكثير من دول العالم الانفتاح نحو الشفافية وقرار حق الأفراد في الحصول على المعلومات والوثائق الإدارية والزام الادارات بالإفصاح عن المعلومات

الإدارية وعلاقيه أعمالها سواء فيما تصدره من قرارات ام فيما تبرمه من عقود واطاحة المجال للأفراد للمشاركة في صنع القرارات والوصول اليها باقل تكلفة ووقت، بما من شأنه تحقيق متطلبات الشفافية وعناصرها .

ومن ذلك ما فعله المشرع الفرنسي في قانون ١٧ تموز ١٩٧٨ بشأن التدابير المختلفة لتحسين العلاقات بين الإدارة والجمهور ومختلف الأحكام الإدارية والاجتماعية والمالية عبر إقرار الشفافية واعطاء الحق لكل فرد في حرية الحصول على الوثائق الإدارية باستثناء الحالات التي اجاز القانون فيها للإدارة الاحتفاظ بهذه الوثائق سرية وعدم اتاحتها تحقيقا لمصالح معينة عامة وخاصة^(١)، ونصّ قانون ١٢ نيسان ٢٠٠٠ المتصل بحقوق المواطنين في علاقاتهم مع الإدارة أيضاً على (حق كل شخص في الحصول على المعلومات ومنها ما يتعلق بحرية الوصول إلى قواعد القانون المطبقة على المواطنين وعلى السلطات الإدارية تنظيم سهولة الوصول إلى القواعد القانونية التي تسنها، ويعد نشرها مهمة خدمة عامة و للسلطات الإدارية ضمان تحقيقها...)^(٢)، اذ تعد الشفافية في فرنسا مبدأ عام يتسع مجاله لينصرف إلى أكثر جوانب العمل الإداري وتخضع له ادارات الدولة كافة والسلطات المحلية ومؤسساتها وهيئاتها الإدارية العامة والأشخاص الذين يحكمهم القانون العام والخاص المسؤولون عن ادارة مرفق عام بما في ذلك منظمات الضمان الاجتماعي . ولا يعطل ذلك واجب كتمان المعلومات المنصوص عليه في قوانين الوظيفة العامة والتي يطلع عليها الموظف اثناء أو بمناسبة ممارسة وظيفته الا بأذن من الوزير المختص^(٣)، ويمتد حظر الافشاء على جميع من يتصل بهم الموظف فليس له الافشاء حتى لزملائه ولو كانوا يعملون معه في المكتب ذاته سواء بالكشف عن الوثائق ام عما تتضمنه من معلومات وبيانات ، ولهذا فان التزام الموظف بالكتمان يحول دون تحقيق الشفافية، وادرك المشرع الفرنسي ان هذا الالتزام يجرّد حق الحصول على الوثائق الإدارية من جوهره ويفقد القانون المنظم له قيمته، فعمل على الموازنة بين واجب الكتمان وحقوق الأفراد بالشفافية والحصول على المعلومات والوثائق الإدارية بإيراد نص في قانون ١٧ تموز ١٩٧٨ يقرر تطبيق الالتزام بالكتمان ولكن في حدود النصوص المنظمة لحق الحصول على الوثائق الإدارية^(٤)، وهذا معناه أن التزام الكتمان يتعطل إعماله

(١) ينظر: المواد ١-١٩ من القانون المذكور، منشور على الموقع الالكتروني: <https://www.legifrance.gouv.fr>، تاريخ الزيارة: ٢٦/١/٢٠٢١، الوقت: ٥٤:٥٠ p.m.

(٢) المادة (٢) من القانون المذكور، وينظر المواد (٢-١٥) منه.

(3) Art (26) de la Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors. Jorf 115 année, n° 162 ,14 Juillet 1983,p. 2173. publié sur le site: [legifrance.gouv.fr](https://www.legifrance.gouv.fr).D: 2/4/2021,T: 2:45 p.m.

(٤) المادة (١١) من قانون ١٧ تموز ١٩٧٨ الفرنسي بشأن التدابير المختلفة لتحسين العلاقات بين الادارة والجمهور .

في الحالات التي يوجب فيها القانون تنفيذ الالتزام بتلقي طلبات الأفراد بالحصول على الوثائق الإدارية، أما خارج نطاق ذلك فتكون السيادة للالتزام بالكتمان، وقد قضى بهذا الشأن مجلس الدولة الفرنسي بأنه لا يجوز لرئيس لجنة عمليات البورصة وهي جهة إدارية التذرع بالالتزام بالكتمان والحفاظ على السر المهني للتخلص من التزاماته القانونية بتمكين طالب الوثيقة المطلوبة من الاطلاع عليها وفقاً لقانون ١٧ تموز ١٩٧٨^(١).

ثانياً: اعتماد مبدأ السرية بوصفه القاعدة العامة والشفافية كاستثناء، بأن يورد التزام عام على الإدارات العامة بالالتزام السرية واشترط وجود نص قانوني أو اذن من اجل الافصاح عنها أو علانيتها أو السماح للغير بالاطلاع والحصول على المعلومات المتعلقة بها نحو ما فعله المشرع في مصر اذ نصت اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٢١٦ لسنة ٢٠١٧ على حظر افشاء اية معلومات يطلع عليها بحكم وظيفته إذا كانت سرية بطبيعتها أو بموجب تعليمات تقضي بذلك من دون اذن كتابي من الرئيس المختص ويظل هذا الالتزام قائماً بعد ترك الخدمة^(٢). وهو يمثل التزام عام على جميع الموظفين الخاضعين لأحكام هذا القانون فضلاً عن كون قانون الخدمة المدنية يمثل الشريعة العامة في شؤون الخدمة المدنية. وبذلك تكون السرية هي القاعدة العامة بشأن الوثائق الإدارية في مصر نظرياً وعملياً بالرغم من نص الدستور على الشفافية وبأن الافصاح عن المعلومات والبيانات والاحصاءات والوثائق من مصادرها المختلفة حق تكفله الدولة لكل مواطن وتلتزم الدولة بتوفيرها وإتاحتها للمواطنين بشفافية وينظم القانون ضوابط الحصول عليها وإتاحتها وسريتها وقواعد ايداعها وحفظها والتظلم من رفض اعطائها كما يحدد عقوبة حجب المعلومات أو اعطاء معلومات مغلوطة عمداً^(٣).

وهو ما فعله المشرع العراقي ايضاً بإيراده نصاً عاماً يتضمن فرض التزام عام على الموظفين كافة بالكتمان وعدم افشاء المعلومات الإدارية أو تزويد الغير بها الا إذا وجد نص يجيز ذلك أو بعد الحصول على اذن من الرئيس الإداري المختص، وهذا ما نص عليه قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام^(٤)، وكذلك الأمر بالنسبة لقوانين الخدمة المدنية أو الوظيفة العامة الخاصة بفئات أخرى من الموظفين. وبذلك لم يعتمد المشرع العراقي الشفافية بوصفها مبدأً عاماً ولم تشر إلى ذلك القوانين العراقية، كما لم يوجب على الإدارة أو

(١) حكمه في ٢٠ آذار - مارس ١٩٩٢ (David)، نقلاً عن د. د. محمد باهي ابو يونس: المصدر السابق، ص ١١٢.

(٢) المادة (٢/١٥٠) من اللائحة التنفيذية رقم ١٢١٦ لسنة ٢٠١٧، منشورة في الجريدة الرسمية العدد ٢١ (مكرر) في ٢٧ ايار ٢٠١٧.

(٣) المادة (٦٨) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤، منشور في الجريدة الرسمية العدد ٣ مكرر (أ)، في ١٨ كانون الاول (يناير) ٢٠١٤. بينما نجد ان الدستور ذاته تبني في المادة (٢٧) الدستور الشفافية بوصفها مبدأً عام في المجال الاقتصادي، إذ نص على التزام النظام الاقتصادي بمعايير الشفافية و الحوكمة .

(٤) ينظر: الفقرة (سابعاً) من المادة (٤) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل.

الحكومة الالتزام به في عملها. فالقانون العراقي لم يفتح على هذه المبادئ الحديثة في الإدارة والاقتصاد، بالرغم من ان الشفافية تعد مطلباً ضرورياً لتحقيق التنمية ووجود مجتمعا مفتوحا وواعيا وأكثر علما وثقافة ومعرفة بحقوقه ولهذا نجد ان الشفافية وصلت لمراحل متقدمة في مظاهرها وادواتها ووسائلها في الدول الأكثر نموا وبشكل غير مألوف في الدول الأخرى. الا ان ذلك لا ينفي وجود نصوص وقواعد ناظمة للشفافية وللعناصر التي تتكون منها إلا أنها لا ترتقي إلى وصفها مبدأ قانوني عام بالالتزام الشفافية في العمل الإداري في العراق كقاعدة عامة .

ثالثاً: اعتماد قدر متوازن من الشفافية والسرية في كل جوانب العمل الإداري، وهذا الأمر يتطلب وجود سياسية تشريعية واضحة تعتمد معايير واضحة ودقيقة في تقرير كل منهما، وهذا ما لا نجد له تطبيقاً في العراق أو التشريعات المقارنة وهو أمر من الصعب تحقيقه ؛ لأن التوازن بذاته ذو طابع متغير ونسبي من وقت لآخر ومن حالة لأخرى مما يستلزم اعادته في حالة الاختلال نتيجة المتغيرات والتطورات التي تطرأ على النشاط العام، ولأجل ذلك يعد تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية وبين المصالح المتعارضة في نطاق العمل الإداري محل بحث مستمر ويتطلب سياسة تشريعية واضحة ومرنة قادرة على مواكبة التطورات وقابلة للتحديث المستمر للحفاظ على التوازن بين المصالح عموماً قدر المستطاع .

وتعتمد التشريعات في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية على أسلوب الاستثناءات إذ تقر مجموعة من الاستثناءات على كل من مبدئي الشفافية أو السرية لمراعاة اعتبارات معينة وهو أسلوب عام أخذت به الكثير من دول العالم^(١)، ولاسيما تلك التي تعتمد الشفافية مبدأ عام والسرية الاستثناء إذ يتعذر القول بوجود دولة تتبنى الشفافية أو السرية مطلقاً فلا يمكن لأي دولة مهما كانت درجة تقدمها في تحقيق الديمقراطية السياسية والإدارية ان تكون شفافة تماماً من دون قيود أو محددات أو ان تكون دولة منغلقة أو سرية بصورة تامة.

وقد جاء في التقرير العام لمجلس الدولة الفرنسي لعام ١٩٩٥ بشأن السرية والشفافية بانه (من الضروري ايجاد توازن عادل بين الشفافية والسرية والنصوص القانونية الفرنسية في هذا المجال تقدم حلاً نهائياً مطلقاً، إذ تعد كل الوثائق الاسمية مستثناة من الاطلاع، فالاستثناء في القانون الفرنسي يتضمن امكانية الاحتفاظ بالملفات التي قد تشكل اعتداء على الحياة الخاصة إذا تم الكشف عنها فهذه الأحكام تظهر

(١) ينظر في تطبيقات استثناءات مبدأ الشفافية في الدول المختلفة نحو السويد واليابان وكندا وإنكلترا والولايات المتحدة د. سامي الطوخي: النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس ، المصدر السابق، ص ٦٧١- ٦٩٦.

واضحة بما فيه الكفاية لحماية سرية المعطيات الشخصية^(١).

وكثيراً ما تتضمن القوانين جواز الكشف عن المعلومات الداخلة ضمن نطاق السرية الإدارية أو حظر الكشف عن بعضها بالنسبة لتلك الداخلة ضمن نطاق الشفافية إذا كان في تقرير ذلك تحقيقاً للمصلحة بشكل افضل نحو كشف الفساد أو منع الضرر أو وقوع الجرائم أو لتحقيق حسن سير العدالة أو منع تضارب المصالح أو للحفاظ على النظام العام والأمن أو لحماية المصالح الخاصة للأفراد. الا ان اقرار هذه الاستثناءات ينبغي أن يكون خاضعاً لمعايير وضوابط معينة وتحقيق أهداف محددة وتوخي الدقة في تحديدها بما لا ينال من الاصل العام المقرر وينتقص من مضمونه؛ فالاستثناء مقيد بعدم التوسع الا بالقدر اللازم لتحقيق الهدف أو المصلحة المقصودة، على وفق ما سنبينه تباعاً في المحددات الآتية:

١- تحديد الأهداف القانونية للاستثناء : بأن يجري بيان المصالح المراد تحقيقها من تقرير الاستثناء ومدى مساهمته بالمصالح المشروعة كأن تكون مقررة لتحقيق مصالح معينة خاصة أو عامة، وينبغي عندها تحديد وجه هذه المصلحة نحو المساس بالأمن الوطني أو العلاقات الدولية أو المصالح الاقتصادية وغيرها أو الحياة الخاصة للأفراد أو السرية الصناعية والتجارية، ويكون ذلك بتحديد مضمون الاستثناء بدقة بعدم استخدام الصياغات العامة والفضفاضة والتي تعطي للإدارة سلطة واسعة في التحكم بهذه الاستثناءات بان تدخل أو تخرج من نطاق الشفافية أو السرية ما هو غير ضروري أو لا يحقق المصلحة المرجوة، أو ان الضرر الناشئ عن شفافيتها أقل منه في حالة فرض السرية، ولهذا ينبغي على المشرع اعتماد صياغة واضحة ودقيقة والاستناد على معايير معينة عند تقرير الاستثناءات وعدم الخروج على الطبيعة الحقيقية للاستثناء في وجوب عدم التوسع فيه والنيل من القاعدة العامة المقررة للمبدأ ومن ثم صيرورته اجوفاً .

و لا يجوز الاستبعاد الكامل لبعض الادارات من نطاق الشفافية وان كانت أكثر أعمالها تقع ضمن حدود السرية نحو مرفق الأمن أو الدفاع.

٢- تحديد الوقت اللازم للاستثناء : بأن يجري تحديد الفترة الزمنية التي يطبق فيها الاستثناء ان لزم الأمر، كما في حالات تقرير السرية استثناء من الشفافية للمحافظة على الأمن العام وعناصر النظام العام الأخرى في أوقات الضرورة أو الظروف الاستثنائية ومن ثم تخضع المعلومات والوثائق المستثناة إلى الشفافية بعد انتهاء الفترة المحددة، وهذا من شأنه ان يسمح بالرقابة على أعمال الإدارة ومحاسبة المسؤولين عنها بعد

(١) نقلاً عن زكية سايب: العلاقة بين الإدارة والمواطن في القانون المقارن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند اولحاج - البويرة، الجزائر، لعام ٢٠١٧، ص ١١.

انتهاء المدة التي تطلبت تقرير الاستثناء مما يكون رادعا لمن يحاول الخروج على قواعد القانون .

ولهذا يرى بعض الفقه أن من الضروري مسك سجلا خاصا تبوب فيه الوثائق المستثناة ويشار إلى رقمها وتاريخها والفترة الزمنية المستثناة خلالها، ومن ثم خضوعها للرقابة الخارجية والمراجعة القضائية للوقوف على مدى الالتزام بحدود الاستثناءات وتحقيق المصالح التي تقررت لأجلها^(١). كما ينبغي الإشارة إلى أن الإدارات العامة والحكومات كثيراً ما تستغل الاستثناءات في إخفاء نواياها ولاسيما مع حالة اضفاء السرية كلما ارادت اخفاء اخطائها وسياساتها غير المشروعة أو الضارة بمصلحة الدولة ومقدراتها وفسادها وأعمال الارهاب لاسيما في ظل تحكم النظم الدكتاتورية. وقد حرصت لجنة الوصول إلى الوثائق الإدارية الفرنسية (CADA) على التأكيد على أن الإدارة لم تعد كما كان الشأن في الماضي حرة في رفض أو السماح بالاطلاع أو تحديد ما هو سري وما هو مباح استنادا إلى مالها من سلطة تقديرية في هذا الخصوص إذ أصبح المرجع في هذا التحديد منذ صدور قانون ١٧ تموز ١٩٧٨ ما وضعه المشرع من معايير في هذا الشأن، فليس للإدارة حتى وإن كانت تستند إلى اعتبارات مستمدة من حسن سير المرفق أن ترفض اطلاع أو حصول الأفراد على الوثائق طالما لم يتوافر سبب من الأسباب التي حددها المشرع على سبيل الحصر لإمكان الرفض^(٢).

ولذلك ينبغي أن تكون الاستثناءات محدودة رغم أهميتها نحو تلك المقررة للمحافظة على الأمن الوطني أو الدفاع أو السياسات الخارجية أو غيرها من الاستثناءات التي قد تتطلب المصلحة العامة استثنائها من الأصل العام القاضي بالشفافية، إذ يجب أن تقتصر تلك الاستثناءات بعدم اعطاء الإدارة سلطة مطلقة في منع النشر والعلانية واطلاع السلطات العامة الأخرى والجمهور، مع تفعيل الدور الرقابي لضمان خضوع الأعمال المستثناة للمشروعية و التحقق من مدى انطباق شروط الاستثناء على الحالة المقصودة وخطورتها الحقيقية أو ضررها على المصالح العامة على نحو يضمن عدم الخروج على مقتضى القانون وكشف حالات الانحراف والفساد التي تقع تحت غطاء الاستثناء ولاسيما في نطاق السرية الإدارية .

(١) د. سامي الطوخي: النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس، المصدر السابق ، ص ٦٦٩.

(٢) د. سامي الطوخي: المصدر السابق ، ص ٦٨٣.

الفرع الثاني: التنظيم الرقابي

لا توجد ديمقراطية بدون شفافية وبدون سرية، أو بدون رقابة فاعلة على عمل الادارات العامة والتزامها مبدأ المشروعية واحترام حقوق الانسان وحياته، وإخضاع المسؤولين الإداريين للمسائلة بمحاسبته وفرض الجزاءات الرادعة عليهم . وان عدم احترام الإدارة لمبدأ الشفافية مطلقا انما يعد تجاهلا منها لحقوق الأفراد وحياتهم في الحصول على المعلومات واحاطتهم علما بنشاطات الإدارة وأعمالها، و إحاطة الإدارة نفسها بسياج من السرية انما يعني رفضها مشاركة المواطنين لها وانكارها حقهم في ذلك، وهذا ما يجعلها ابعد ما تكون عن تحقيق الديمقراطية الإدارية. وفي المقابل لا يمكن ان تكون أعمال الإدارة كافة مكشوفة فالقانون يرسم حدود السرية وبما يسمح بالحفاظ على كيان وأمن الدولة ومقتضيات النظام العام واحترام الحياة الخاصة للأفراد. وتتعدد صور الرقابة المفروضة على الإدارة فهي فضلاً عن الرقابة الداخلية، هناك الرقابة الخارجية التي تمارسها المجالس النيابية، ورقابة الشعب، والرأي العام، والهيئات والأجهزة الرقابية المستقلة، والرقابة القضائية، وتشكل صور الرقابة هذه ضمانة جوهرية لتحقيق التوازن بين الشفافية والسرية.

ولم يمنع وجود هذه الصور التقليدية من الرقابة الدول من إنشاء أجهزة أو لجان متخصصة للرقابة على تنفيذ القوانين المتعلقة بالشفافية والسرية كما فعل المشرع الفرنسي اذ انشأ لجان ادارية مستقلة لا تخضع لأي سلطة رئاسية أو وصائية كما انها لا تمارس نشاطا قضائيا ولا تتضمن تشكيلا قضائيا بحتا، على وفق ما اكده احد الفقه الفرنسي بالقول ان الضمانة الأساسية لحماية الحريات وفقا للتقاليد الفرنسية هي المحاكم والقوانين المتعلقة بحريات الاعلام لم تلغ تلك الضمانة ولم تعطل دورها الفعال في نطاقها وانما اضافت اليها ضمانة جديدة هي اللجان الإدارية التي تتدخل في ذات الوقت في تطبيق نصوص هذه القوانين^(١).

وتعد لجنة الوصول إلى الوثائق الإدارية (CADA) المنشأة لأغراض تطبيق قانون ١٧ تموز ١٩٧٨ من اللجان المتخصصة التي انشأها المشرع الفرنسي في سبيل ضمان تطبيق القانون وحماية حقوق الأفراد بالشفافية وحرية الحصول على الوثائق الإدارية والمعلومات ورابط مهم في تحقيق الديمقراطية الإدارية وتأكيد حقوقهم عن طريق منحهم امكانية الحصول على المستندات المطلوبة. اذ ينص هذا القانون على ان هذه اللجنة (هي المسؤولة عن ضمان احترام حرية الوصول إلى الوثائق الإدارية في ظل الشروط المنصوص عليها في هذا العنوان، ولاسيما من خلال إصدار الآراء عندما يُشار إليها من قبل شخص يصادف الصعوبات في الحصول على تبليغ مستند اداري من خلال تقديم المشورة للسلطات المختصة بشأن اي مسألة تتعلق بتطبيق هذا العنوان وباقتراح اي تعديلات مفيدة على النصوص التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بتبليغ

(١) وهو ما ذكره الاستاذ (Braibant)، نقلا عن د. محمد باهي ابو يونس : المصدر السابق، ص ١١٣.

الوثائق الإدارية، وتضع اللجنة تقريراً سنوياً يجري نشره على الملأ ويحدد مرسوم من مجلس الدولة تشكيل وعمل اللجنة المنصوص عليها في هذه المادة^(١). ويوضح نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي (جان مارك سوفيه) بأن (لجنة الوصول إلى الوثائق الإدارية بصفتها وصية على القانون قد وضعت مبدأً خلال ثلاثين عاماً تعنى بالحفاظ على التوازن بين الشفافية التي يمكن أن يطمح اليها المواطنون بشكل شرعي وضرورة ضمان سرية بعض المعلومات)^(٢).

ومما يجب الإشارة إليه أن رأي اللجنة لا يلزم الإدارة والتي يمكن أن تبقى محافظة على رفضها بالاطلاع أو الحصول على الوثائق الإدارية وعندها يمكن لصاحب الشأن اللجوء إلى القضاء الإداري، وقضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم قبول الطعن مباشرة أمام قاضي الإلغاء في قرار الإدارة برفض طلب الاطلاع أو الحصول على الوثائق الإدارية قبل استطلاع رأي اللجنة مسبقاً بشأنه، مبيناً بأن هذا الإجراء يعد إجراءً جوهرياً وتخلفه يمثل عيباً إجرائياً جسيماً لا يمكن أن يلحقه تصحيح أثناء سير الخصومة الإدارية، وهذا الأمر يشمل فقط قرارات الإدارة برفض طلبات الحصول على الوثائق التي ينظمها قانون ١٧ تموز ١٩٧٨ دون أن يتجاوز إلى غيرها من الوثائق المنظمة وفقاً لقوانين أخرى^(٣).

و أسس المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر في ٦ كانون الثاني ١٩٧٨، اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات (CNIL)، وتتولى مهمة ضمان احترام أحكام هذا القانون والامتثال له وتمتع الأفراد بما قرره لهم من حقوق وهي لجنة إدارية مستقلة، إذ منحها المشرع سلطات واسعة قبل القيام بالمعالجة للبيانات الاسمية أو بعد القيام بذلك، فضلاً عن تقديم المشورة والتوصية أو ابداء الرأي، ولها أيضاً سلطات تنظيمية في الحالات التي ينص عليها هذا القانون وتتمثل بالمشاركة بإصدار القرارات المتعلقة بمعالجة البيانات الشخصية ويعد ذلك أمراً وجوبياً، ولها سلطة الانفراد في إصدار بعض هذه القرارات، فضلاً عن ضمان عدم تعرض الأفراد لأي إعاقة في ممارسة حقوقهم التي منحها إياها القانون، كما تقوم اللجنة بدور الوسيط للاطلاع على بعض البطاقات حسب القانون^(٤).

(١) المادة (٥) من قانون رقم ٧٥٣ في ١٧ تموز ١٩٧٨ الفرنسي بشأن الاجراءات المختلفة لتحسين العلاقات بين الادارة والجمهور .

(2) Jean-Pierre Leclerc : Le rôle de la commission d'accès aux documents administratifs, Revue française d'administration publique 2011/1-2 (n° 137-138), page 172 .

(٣) حكمه في ١٩ شباط ١٩٨٢ و ٢٧ تموز ١٩٨٤ و ١٠ مارس ١٩٨٨، نقلاً عن د. محمد باهي ابو يونس: المصدر السابق، ص ١٣١.

(٤) فرضت المادة (٤٣) من القانون الصادر في ٦ كانون الثاني ١٩٧٨ عقوبات بالحبس سنة واحدة وغرامة لمن يعرقل عمل اللجنة الوطنية للمعلوماتية والبيانات والحريات ويعارض ممارسة عمليات التحقيق الميدانية، أو رفض ابلاغ اعضائها أو وكلائها أو قضاة الصلح الموضوعين تحت تصرفها بالمعلومات والوثائق المفيدة للمهمة الموكلة اليهم من قبل اللجنة أو بإخفاء =

واستوجب المشرع ضرورة استطلاع رأي اللجنة أو استشارتها قبل اتخاذ السلطات المعنية قراراتها المتصلة بالقيام بمعالجة البيانات الاسمية ويكون رأيها هنا الزاميا ما يجعل من اللجنة شريكا في إصدار القرارات مع الإدارة المختصة نحو تلك المتصلة بمد أو تطبيق أحكام القانون على البطاقات اليدوية لان هذه البطاقات لا تحمل بالنسبة للأفراد الخطورة ذاتها التي تحملها البطاقات المعالجة آليا فلم يشأ المشرع أن يمد إليها جميع مواد القانون وعلق خضوع ما يشكل منها تهديدا على حقوق الأفراد وحررياتهم على مرسوم يصدر بناء على اقتراح اللجنة وبعد استطلاع رأي مجلس الدولة. ويكون رأي اللجنة ملزما بالنسبة لحفظ بعض البيانات الشخصية التي من شأنها الكشف عن الاصول العرقية أو الآراء السياسية أو الفلسفية أو الدينية أو عضوية النقابات العمالية للأشخاص المسجلين بشكل مباشر أو غير مباشر، فهذه البيانات من حيث الاصل لا يجوز حفظها الا بموافقة صريحة من الشخص المعني ويمكن استثناء تجاهل ذلك وفقا لمرسوم يصدر من مجلس الدولة يصدر بناء على اقتراح أو موافقة اللجنة^(١). وحرص المشرع على عدم السماح للإدارات الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عام بالقيام ببعض انواع المعالجات الآلية نظرا لخطورة وحساسية المعالجات التي تتم للبيانات الشخصية المتعلقة بالجرائم والعقوبات والإجراءات الأمنية واثرها على اعادة اندماج الأفراد في المجتمع لذلك لا يجوز لها القيام بهذه المعالجات إلا بعد أخذ رأي اللجنة المسبق وموافقتها على ذلك.

ويكون رأي اللجنة مجرد رأي استشاري غير ملزم في حالات أخرى نحو رأيها بالنسبة لأي مشروع قانون يتضمن انشاء معالجات آلية للبيانات الاسمية وذلك قبل ايداعه بالبرلمان، وكذلك استخدام السجل القومي لقياد الأفراد لغرض القيام بمعالجات اسمية الذي لا يتم الا بمقتضى مرسوم يتم اتخاذه بعد استطلاع رأي اللجنة مقدماً، و عند القيام بمعالجات آلية للبطاقات العامة اذ يجب في جميع الاحوال استطلاع رأي اللجنة مقدما قبل القيام بها، فإذا لم تبد اللجنة اعتراضا على ذلك يكفي لإنشائها مجرد صدور قرار من الإدارة التي تتم المعالجة لحسابها، أما إذا اعترضت فلا تستطيع الجهة الراغبة القيام بالمعالجة الا بمقتضى مرسوم يصدر بناء على رأي بالموافقة من مجلس الدولة^(٢).

وبالنظر لتواجد مستشارين من مجلس الدولة في تشكيلة اللجنة فمن الناحية العملية سوف تفضل الإدارة عدم المخاطرة في حالة رفض اللجنة فمن الراجح انها سوف تواجه الرفض أيضاً من المجلس ومن ثم لن تجني

= الوثائق او المعلومات المذكورة او بإخفائهم، او عن طريق نقل معلومات لا تتوافق مع محتوى التسجيلات في الوقت الذي تم فيه تقديم الطلب او التي لا تقدمه بشكل واضح ومباشر .

(١) المادة (٣١) من قانون رقم ١٧ في ٦ كانون الثاني ١٩٧٨ الفرنسي المتصل بمعالجة البيانات والملفات والحرريات.

(٢) ينظر: د. محمد عبد الواحد الجميلي: المصدر السابق، ص ٨٣-٨٤.

من وراء إصرارها سوى تردّي علاقتها باللجنة . وللجنة من اجل ممارسة مهمتها الرقابية القيام بما يأتي^(١):

- ١- اتخاذ قرارات فردية أو تنظيمية في الأحوال المنصوص عليها في هذا القانون.
- ٢- إصدار تعليمات إلى واحد أو أكثر من أعضائها أو وكلائها بمساعدة الخبراء إذا لزم الأمر لإجراء عمليات التحقق في الموقع فيما يتعلق بأي معالجة وتنفيذ جميع المعلومات والوثائق المفيدة لمهمتها.
- ٣- إصدار اللوائح النموذجية عند الاقتضاء بهدف ضمان أمن الانظمة ويمكن في الظروف الاستثنائية فرض تدابير أمنية قد تصل إلى تدمير وسائط المعلومات.
- ٤- إرسال الإنذارات إلى الأطراف المعنية وإبلاغ النيابة العامة بالجرائم التي تعلم بها وفقاً للقانون .
- ٥- تلقي الشكاوى و الالتماسات أو التظلمات.
- ٦- مواكبة الأنشطة الصناعية والخدمية التي تساهم في تنفيذ تكنولوجيا المعلومات.

ويلاحظ عدم وجود لجان مماثلة أو متخصصة بهذا الشأن في العراق ام في مصر وذلك لعدم وجود قوانين خاصة تُعنى بالشفافية والسرية وانما توجد نصوص متفرقة في القوانين المنظمة لنشاطات الإدارة المختلفة، ولهذا يرى بعض الفقه وجوب ان تكون هناك محاكم متخصصة بذلك أو على الأقل وجود دوائر معنية بمنازعات شفافية وسرية المعلومات، وان تُمنح تلك المحاكم سلطة إصدار أوامر تنفيذية مباشرة للإدارة وفرض جزاءات رادعة على عدم تنفيذ أحكام المحكمة لارتباط الشفافية بقضايا التنمية والاصلاح الإداري والقضاء على الفساد اذ يتوقف على ذلك تقدم الدولة وتطورها وتحقيق النهوض الاقتصادي^(٢).

ولا نتفق مع هذا الرأي اذ نرى ان محاكم القضاء الإداري هي محاكم متخصصة بالعمل الإداري وهي مؤهلة للنظر بمنازعات الشفافية والسرية وتحقيق التوازن بينهما، وكل ما نحتاج اليه هو التكريس القانوني لهذه المبادئ والافكار الحديثة في الإدارة العامة وتوفير الضمانات اللازمة لحقوق وحرّيات الأفراد، إلا أن ذلك لا يمنع من انشاء هيئات متخصصة مستقلة تُعنى بتحقيق الشفافية في الادارات والحياة العامة والحفاظ على السرية في الحالات التي تقتضيها الضرورة وحماية الحياة الخاصة للأفراد.

وفي مصر نص دستورها لعام ٢٠١٤ على مجموعة من الهيئات المستقلة والاجهزة الرقابية وهي اشخاص معنوية عامة تتمتع بالاستقلال المالي والإداري ومنها الجهاز المركزي للمحاسبات وهيئة الرقابة الإدارية والهيئة العامة للرقابة المالية، ويحدد عمل كل منها وضمان استقلالها وحياد موظفيها قانون خاص

(١) المادة (٢١) من قانون رقم ١٧ في ٦ كانون الثاني ١٩٧٨ الفرنسي المتصل بمعالجة البيانات والملفات والحرّيات.

(٢) د. سامي الطوخي: النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس، المصدر السابق، ص ٨٥١.

بذلك^(١). وتلتزم هذه الهيئات والأجهزة الرقابية المختصة بالتنسيق فيما بينها في مكافحة الفساد وتعزيز قيم النزاهة والشفافية ضمانا لحسن اداء الوظيفة العامة والحفاظ على المال العام^(٢)، وتقدم تقريرا سنويا إلى رؤساء السلطات العامة الثلاث فور صدورها، وعلى مجلس النواب ان ينظرها ويتخذ الإجراء المناسب حيالها خلال مدة لا تتجاوز اربعة شهور من تاريخ ورودها اليه وتنتشر للرأي العام، ويقع عليها تبليغ سلطات التحقيق المختصة بما تكتشفه من دلائل على ارتكاب مخالفات أو جرائم وان تتخذ اللازم حيال تلك التقارير خلال مدة محددة وفقا لأحكام القانون^(٣). ويتولى الجهاز المركزي للمحاسبات الرقابة على اموال الدولة والأشخاص المعنوية العامة والجهات الأخرى المحددة قانونا، بينما تختص الهيئة العامة للرقابة المالية بالرقابة والاشراف على الاسواق والادوات المالية غير المصرفية بما في ذلك اسواق رأس المال وبورصات العقود الآجلة وانشطة التأمين والتمويل العقاري والتأجير التمويلي والتخصيم والتوريث على النحو الذي ينظمه القانون^(٤).

وتضمن القانون رقم ٢٠٧ لسنة ٢٠١٧ بشأن إعادة تنظيم الرقابة الإدارية النص على ان هيئة الرقابة الإدارية هيئة رقابية مستقلة تتبع رئيس الجمهورية، وتهدف إلى منع الفساد ومكافحته بكل صوره وإتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة للوقاية منه ضمانا لحسن أداء الوظيفة العامة وحفاظا على المال العام وغيره من الاموال المملوكة للدولة^(٥). وبذلك فان مهام الهيئة تتمثل بالأساس بمكافحة الفساد ومنع وقوعه وهي غير معنية بشكل أساسي بمتابعة مدى شفافية وسرية أعمال الإدارة وتحقيق التوازن فيها، الا ان ذلك يدخل ضمن نطاق عملها لتعلقها بالوقاية من الفساد ومن مستلزماته تحقيق حسن اداء الادارات العامة والحفاظ على المال العام، ولهذا تلتزم الهيئة بنشر قيم النزاهة والشفافية وفقا لأحكام القانون^(٦).

ويوجد في العراق نوعين من الهيئات المستقلة التي تعنى بتحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في العمل الإداري وهما ديوان الرقابة المالية الاتحادي وهيئة النزاهة^(٧)، ورغم انهما جهتان رقيبيتان متخصصتان الا ان

(١) المادتان (٢١٥) و(٢١٦) من دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤.

(٢) المادة (٢١٨) من دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤.

(٣) المادة (٢١٧) من دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤.

(٤) المادتان (٢١٩) و(٢٢١) من دستور جمهورية مصر لعام ٢٠١٤.

(٥) المادة (٢/ الفقرة و) من القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٤ المعدلة بالمادة (٣) من قانون رقم ٢٠٧ لسنة ٢٠١٧.

(٦) المادة (٢/ الفقرة و)، والمادة (٢/ فقرة ح) من القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٤ المعدلة بالمادة (٣) من قانون رقم ٢٠٧ لسنة ٢٠١٧.

(٧) نصت المادة (١٠٢) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ بان تعد هيئة النزاهة مستقلة وتخضع لرقابة مجلس النواب وتنظم اعمالها بقانون، ونصت المادة (١٠٣) منه بانه (اولا: يعد كل من البنك المركزي العراقي، وديوان الرقابة المالية، وهيئة الاعلام والاتصالات ودواوين الاوقاف هيئات مستقلة ماليا واداريا وينظم القانون عمل كل هيئة منها).

الأولى تختص بالرقابة المالية عموماً والثانية بالرقابة على الفساد ومكافحته، لذلك فهما يتدخلان في الرقابة على الشفافية والسرية بالقدر اللازم لتحقيق الهدف الأساسي من انشائهما، ولذلك فإن هاتين الجهتين غير معنيتان أو متخصصتان بشكل منفرد بمسائل الشفافية والسرية كما هو الحال بالنسبة للجنة الوصول إلى الوثائق الإدارية أو اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات في فرنسا ، فديوان الرقابة المالية الاتحادي يمارس على سبيل المثال دوره الرقابي على المال العام اينما وجد ومن قبيل ذلك رقابته على تحقيق الشفافية المالية وكذلك بالنسبة لهيئة النزاهة فمن مستلزمات القضاء على الفساد تحقيق الشفافية واعتمادها في الادارات العامة^(١). ولهذا سيكون لهذه الهيئات دور في الرقابة على الشفافية والسرية في الادارات العامة بما يمكنها من تحقيق أهدافها وفقاً لقانون انشائها.

اذ عدَّ قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم ٣١ لسنة ٢٠١١ مخالفة مالية الامتناع عن تقديم السجلات والوثائق والبيانات اللازمة لأعمال الرقابة والتدقيق الواجب مسكها أو عدم توفيرها للديوان أو الجهات التي يخولها، والامتناع أو التأخير في الرد على تقارير ومراسلات الديوان واعتراضاته وملاحظاته خلال المدة المحددة فضلاً عن خرق القوانين والانظمة والتعليمات^(٢).

ويتولى الديوان الرقابة على المال العام اينما وجد وعلى أعمال الجهات الخاضعة لرقابته وتدقيقه^(٣). ويشمل ذلك الادارات العامة كافة واي جهة تتصرف بالأموال العامة أو ينص قانونها أو نظامها على خضوعها لرقابة وتدقيق الديوان^(٤). ويسعى من خلال رقابته الحفاظ على المال العام من الهدر أو التبذير أو سوء التصرف وضمان كفاءة استخدامه^(٥). وأوجب القانون على الادارات العامة الإفصاح عن البيانات والمعلومات

(١) نصت المادة (٣) من هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١ على ان (تعمل الهيئة على المساهمة في منع الفساد ومكافحته واعتماد الشفافية في ادارة شؤون الحكم على جميع المستويات عن طريق: ثالثاً: تنمية ثقافة في القطاعين العام والخاص تقدر الاستقامة والنزاهة الشخصية واحترام اخلاقيات الخدمة العامة واعتماد الشفافية والخضوع للمساءلة والاستجواب عبر البرامج العامة للتوعية والتثقيف)، نُشر قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١ المعدل في الوقائع العراقية العدد ٤٢١٧ في ١٤/١١/٢٠١١، وجرى تعديل تسميته لتكون بهذه الصيغة بموجب قانون التعديل الاول رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٩ المنشور بالوقائع العراقية العدد ٤٥٦٨ في ٢٣/١٢/٢٠١٩.

وينظر المادتان (٣و٤) من قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم ٣١ لسنة ٢٠١١ المعدل، منشور في الوقائع العراقية العدد ٤٢١٧ في ١٤/١١/٢٠١١.

(٢) الفقرات (اولا) و(ثالثا) و(رابعا) من المادة (٢) من قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم ٣١ لسنة ٢٠١١ المعدل.

(٣) المادة (٣) من قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم ٣١ لسنة ٢٠١١ المعدل .

(٤) ينظر: المادة (٨) من قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم ٣١ لسنة ٢٠١١ المعدل .

(٥) الفقرة (اولا) من المادة (٤) من قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم ٣١ لسنة ٢٠١١ المعدل.

التي يطلبها الديوان^(١)، وتلتزم بتقديم تلك التي تطالبها هيئة النزاهة فيما يتصل بالقضية التي يراد التحري أو التحقيق فيها^(٢). ويعد الديوان خطة سنوية شاملة لإنجاز المهام الرقابية الموكلة اليه طبقاً لأحكام قانون الديوان تتضمن مهام الرقابة والاداء ومجالات التعاون مع هيئة النزاهة والموضوعات والقضايا التي يعدها الديوان ضرورية للتحقق من الشفافية ومستوى اداء الحكومة لواجباتها^(٣).

وتشمل رقابة الديوان فحص وتدقيق المعاملات والتصرفات للإيرادات والنفقات العامة والالتزامات المالية كافة تخطيطاً أو جباية أو إنفاقاً والموجودات بأنواعها للتحقق من صحة تقييمها وتسجيلها في الدفاتر والسجلات النظامية والتأكد من وجودها وعائديتها وكفاءة وسلامة تداولها واستخدامها وإدامتها والمحافظة عليها والمستندات والعقود والسجلات والدفاتر الحسابية والموازنات والبيانات المالية والقرارات والوثائق والامور الإدارية ذات العلاقة بمهام الرقابة^(٤)، وفي حال امتناع الجهة الخاضعة للرقابة عن تقديم السجلات والبيانات اللازمة لأعمال الرقابة والتدقيق يتولى الديوان اشعارها لتقديمها خلال عشرين يوماً وبيان أسباب الامتناع، وإذا لم يقتنع الديوان بأسباب الامتناع عن تقديم السجلات فله اشعار مجلس الوزراء أو هيئة النزاهة لإجراء التحقيق بذلك والزام الجهة الممتنعة على تقديم السجلات والبيانات المطلوبة وفي حالة استمرار الجهة بالامتناع يقوم الديوان بمفاتحة مجلس النواب بذلك^(٥).

وللديوان صلاحيات الاطلاع على الوثائق والسجلات والمعاملات والأوامر والقرارات ذات العلاقة بمهام الرقابة و التدقيق وله إجراء الجرد الميداني أو الاشراف عليه، والحصول على جميع الايضاحات والمعلومات والاجابات من المستويات الإدارية والفنية المعنية في حدود ما هو لازم لأداء مهامه، كما له تدقيق البرامج السرية والنفقات المتصلة بالأمن الوطني، ولرئيس الديوان تخويل من ينوب عنه لإجراء التدقيق واعداد التقارير المتصلة به، وفحص المنح والاعانات والقروض و التسهيلات والامتيازات والاستثمارات والتحقق من كونها موظفة للأغراض التي قدمت من أجلها^(٦). ويقدم المجلس تقرير سنوي إلى مجلس النواب خلال ١٢٠ يوماً من نهاية كل سنة يتضمن الجوانب الأساسية التي أفرزتها نتائج تنفيذ الخطة السنوية للديوان بما في

(١) نصت المادة (٢) من قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم ٣١ لسنة ٢٠١١ المعدل.

(٢) الفقرة (اولا) من المادة (١٥) من قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١ المعدل.

(٣) المادة (٧) من قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم ٣١ لسنة ٢٠١١ المعدل.

(٤) المادة (١٠) من قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم ٣١ لسنة ٢٠١١ المعدل .

(٥) المادة (١٢) من قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم ٣١ لسنة ٢٠١١ المعدل.

(٦) المادة (١٣) من قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم ٣١ لسنة ٢٠١١ المعدل.

ذلك الآراء والملاحظات والمقترحات المتعلقة بالأوضاع المالية والإدارية والاقتصادية والقانونية وتقييم فاعلية وكفاية إجراءات الحكومة اللازمة لضمان الفعالية والشفافية في جباية الإيرادات وانفاق الاموال العامة^(١).

واشرت العديد من تقارير ديوان الرقابة المالية الاتحادي المخالفات للقوانين والانظمة والتعليمات التي من شأنها الاخلال بالشفافية، ومن ذلك عدم الاعلان عن المشروعات في المناقصات العامة، وشكلية الدعوات المباشرة للشركات لتقديم عروضها لغرض التعاقد معها، وابرام عقود رغم انتفاء الحاجة الفعلية لها، وعدم تقديم دراسات الجدوى الاقتصادية لأكثر المشروعات المتعاقد على تنفيذها ، وعدم احتساب لجان تحليل وتقييم العطاءات نسب الترجيح للعطاءات المالية والفنية لأغراض المفاضلة والترشيح واختيار العطاءات خلاف القانون وعد دقة الكلف التخمينية وهذه جميعها تمس بشفافية إجراءات وأعمال الإدارة^(٢).

أما هيئة النزاهة فهي هيئة مستقلة وتخضع لرقابة مجلس النواب، وتعمل على منع الفساد ومكافحته واعتماد الشفافية في إدارة شؤون الحكم على جميع المستويات^(٣)، وتسعى بقدر تعلق الأمر بتحقيق الشفافية إلى:

- ١- تنمية ثقافة تركز للاستقامة والنزاهة الشخصية واحترام اخلاقيات الخدمة في القطاعين العام والخاص واعتماد الشفافية والخضوع للمساءلة والاستجواب عبر البرامج العامة للتوعية و التثقيف.
 - ٢- إعداد مشروعات قوانين فيما يساهم في منع الفساد أو مكافحته ورفعها إلى السلطة التشريعية عن طريق رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء أو عن طريق اللجنة البرلمانية المختصة بموضوع التشريع المقترح.
 - ٣- تعزيز ثقة الشعب العراقي بالحكومة عبر الزام المسؤولين فيها بالكشف عن ذمهم المالية ومالهم من أنشطة خارجية واستثمارات وموجودات وهبات أو منافع كبيرة قد تؤدي إلى تضارب المصالح .
 - ٤- إصدار قواعد سلوك تتضمن قواعد ومعايير السلوك الاخلاقي لضمان الأداء السليم لواجبات الوظيفة.
- وتلتزم الادارات العامة كافة بتزويد الهيئة بما تطلبه من وثائق وأوليات ومعلومات تتعلق بالقضية التي يراد التحري أو التحقيق فيها، وتتعاون معها لتمكينها من أداء مهامها التحقيقية المنصوص عليها في قانون الهيئة^(٤). ويقدم رئيس الهيئة تقريراً سنوياً إلى مجلس النواب ومجلس الوزراء خلال (١٢٠) يوماً من تاريخ

(١) البند (أ) من الفقرة (أولاً) من المادة (٢٨) من قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم ٣١ لسنة ٢٠١١ المعدل.
(٢) ينظر: التقرير نصف السنوي لديوان الرقابة المالية الاتحادي للفترة من ١/١ ولغاية ٣/٦/٢٠٢١، ص ٩ و ١٢ ، والتقرير السنوي لديوان الرقابة المالية الاتحادي لعام ٢٠٢٠، جمهورية العراق، ص ٣٥-٣٦ وص ٩٤. وينظر التقرير السنوي لعام ٢٠١٩ منشورة على الموقع الالكتروني لديوان الرقابة المالية الاتحادي العراقي على الرابط الاتي:

<https://www.fbsa.gov.iq>، تاريخ الزيارة: ٢٠٢٢/٢/١٠، الوقت: ١٠:٢٠ p.m

(٣) المادة (٣) من قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١ المعدل.

(٤) المادة (١٥) من قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١ المعدل.

انتهاء السنة ، يتضمن ملخصاً حول نشاطات الهيئة وانجازاتها في الميدان التحقيقي وفي ميدان تنمية ثقافة النزاهة والشفافية والخضوع للمساءلة واخلاقيات الخدمة العامة، وفي ميدان ملاحقة الكسب غير المشروع و اتاحته لوسائل الاعلام والجمهور^(١).

وتظهر جهود الهيئة بما يصب في إطار تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية عن طريق العديد من الاليات التي منحها القانون لها نحو الإفصاح الدوري عن طريق كشف المصالح أو الذمم المالية، ومنع تعارض المصالح، ووضع مدونات أو قواعد السلوك الوظيفي للموظفين العامين، والتحقيق والمتابعة لقضايا الفساد، التوعية ونشر ثقافة النزاهة والشفافية واحترام أخلاقيات الخدمة العامة^(٢).

ورغم أهمية الدور الرقابي الذي تضطلع به هذه الاجهزة الرقابية في العراق الا ان واقع الحال يثبت ضعفها وعجزها عن تحقيق أهدافها الأساسية ومن بينها مقدرتها في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في العمل والنشاط الإداري عموماً، وذلك يعود لأسباب كثيرة أهمها عدم استقلاليتها رغم النص على ذلك قانوناً إلا أنها تتأثر بالواقع السياسي والخلافات الحزبية وبنظام المحاصصة في اختيار رؤسائها وأعضائها وضعف الدعم الحكومي والقضائي فضلاً عن محاولات الادارات العامة الخاضعة للرقابة إلى اعاقه عمل هذه الاجهزة بالامتناع أو التأخير في تقديم التقارير عن عملها أو ما تطلبه هذه الاجهزة من معلومات وبيانات أو وثائق أو غيرها من متطلبات العمل الرقابي لاسيما بالنسبة لبعض القضايا المهمة أو تلك التي تحمل بين طياتها صفقات الفساد أو التي يتورط فيها موظفين و مسؤولين كبار أو شخصيات معروفة، يزداد على ما تقدم عدم اتسام عملها بالشفافية التي يسعى البحث لتعميمها واتخاذها منهج عمل للإدارات العامة كافة.

(١) المادة (٢٦) من قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١ المعدل.

(٢) ينظر: المواد (٣) و (١٦/أولاً) و (٢٠) من قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١ المعدل.



الفصل الثاني

محل التوازن في أعمال الإدارة القانونية

الفصل الثاني: محل التوازن في أعمال الإدارة القانونية

تتعدد صور التوازن في نطاق القانون الاداري تبعاً لاختلاف محل التوازن وطبيعته والاهداف التي يسعى الى تحقيقها ونطاقه، ولهذا يشكل محل التوازن جوهره ومضمونه و يتمثل بمجموعة من القيم والمصالح والمفاهيم التي تنصب عليها عملية الموازنة إذ تشكل المصالح والقيم المتعارضة كفتي التوازن.

وللبحث في محل التوازن أهمية بالغة إذ يساعد في فهم الغاية منه وأهدافه والوقوف على المسوغات التي تؤدي إلى ترجيح واعطاء الاولوية أو الافضلية إلى إحدى المصالح دون الأخرى وما يترتب على ذلك من نتائج. ومحل التوازن الذي نحن بصده يتحدد في نطاق القرارات والعقود الإدارية، لما يترتب عليها من آثار قانونية تمس حقوق الأفراد وحياتهم، فضلاً عن المصلحة العامة التي تهدف إليها أعمال الإدارة مما يتطلب ايجاد توازن عادل بينها.

ويتحدد محل التوازن في مجال دراستنا بالشفافية والسرية بما يرتبط بهما من مصالح عامة أو خاصة متعارضة أو متباينة الأهمية، فهما فكرتان متناقضتان ولكل منهما اهميتها ومسوغاتها ومن ثم المصالح المرتبطة بهما قد تتعارض، فالشفافية تعد متطلب ضروري في كل مجتمع ديمقراطي لممارسة العديد من الحقوق والحريات المرتبطة بها وتعبر عن مدى انفتاح الادارات العامة على الجمهور، لكن في المقابل تعد السرية ايضاً ضرورية لعمل الجهاز الإداري ولحماية العديد من المصالح العامة والخاصة ما ينبغي ايجاد توازن حقيقي بين المصالح اي بين ما يتاح للجمهور واصحاب المصالح من معلومات وبيانات ووثائق ادارية وغيرها من نماذج المعلومات الإدارية سواء في امكانية الحصول عليه ام مشاركته، وبين ما يجب كتمانها وعدم اتاحته من معلومات حفاظا على المصلحة العامة او المصالح الخاصة للأفراد .

ولهذا لتحديد محل التوازن يقتضي البحث في كل من الشفافية والسرية وبيان مفهومهما ومضمونهما واهميتهما والاساس الفلسفي والقانوني لكل منهما، وبذلك فان دراسة هذا الفصل تتطلب تقسيمه على مبحثين سنتناول في المبحث الاول منهما الشفافية الادارية وسنتناول في المبحث الثاني السرية الادارية .

المبحث الاول: الشفافية الإدارية

تتضمن الشفافية التزام الإدارة بعلانية أعمالها وإجراءاتها وأنشطتها ووضوحها، واحترام حق الأشخاص بالحصول على المعلومات المتصلة بها بسهولة، ومشاركتهم الإيجابية في صنع القرارات، فتنطوي بذلك على مجموعة من الحقوق والحريات الواجب اقرارها لتحقيق الشفافية.

ولذلك فان الشفافية ليست ترفاً بل هي مطلب أساسي ليتمكن المواطنين من المشاركة في المجتمع إذ تعد عامل جوهري لخلق مجتمع قائم على مبادئ الديمقراطية، وهذا ما يدفع إلى القول بان الشفافية مبدأ قانوني عام يتضمن اقرار مجموعة من حقوق الانسان وله علاقة وثيقة مع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية الأخرى، لهذا فان الشفافية ذات طبيعة مزدوجة كونها تدخل ضمن أنواع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية^(١).

وارتبط ظهور الشفافية بالديمقراطية وتقريب المواطنين من ممارسة السلطة بصورة مباشرة أو غير مباشرة، ولهذا تعد اليوم جزء من عملية التحول الديمقراطي، ولهذا تطور مفهوم الشفافية ليضحي تعبيراً عن الديمقراطية الإدارية و فلسفة ومنهج عمل يجب ان تتبعه الدولة، والتزاماً تكفله الدولة لمواطنيها وحق من حقوقهم.

ولما كانت الشفافية تمثل ركناً أساسياً في هذا البحث فيقتضي الأمر التعريف بها وبيان مفهومها وأساسها وأهميتها ، ما يتطلب تقسيم هذا المبحث على مطلبين سنتناول في المطلب الاول منهما البحث في مفهوم الشفافية الادارية وسنتناول في المطلب الثاني الاساس الفلسفي والقانوني للشفافية وأهميتها.

المطلب الاول: مفهوم الشفافية الإدارية

اوضحت الشفافية من المفاهيم المتداولة على نطاق واسع في ممارسة الشؤون العامة وبين أوساط المفكرين والباحثين في العلوم القانونية والإدارية والاقتصادية، ومحط اهتمام فقه القانون العام والخاص على حدٍ سواء، وفي ضوء هذا التطور يقتضي الأمر البحث في مفهوم الشفافية الإدارية.

وتعني الشفافية القدرة على رؤية حقائق الامور و الاشياء وابصارها وكأنها موضوعة خلف ستار

(١) عمر محمد سلامة العليوي: حق الحصول على المعلومات في ضوء القانون الاردني رقم ٤٧ لسنة ٢٠٠٧ دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ،جامعة عين شمس، ٢٠١١، ص٨٧.

يكشف ما ورائه بحيث يمكن معرفتها والوصول اليها دون عناء^(١)، ويقابل مصطلح الشفافية في اللغة الفرنسية لفظ (Transparence) ويعني الوضوح^(٢)، و يعني ان تعمل الإدارة خلف جدران رقيقة إلى الدرجة التي تمكن المواطنين من رؤيتها وتبيان حقيقة عملها بوضوح وسهولة فلا يبذلون جهداً أو يتحملون تكلفة في معرفتها أو العلم بها ومن ثم ستكون لهم القدرة على مراقبتها ومحاسبتها. ويقابلها في اللغة الانكليزية مصطلح (Transparent) وهو شيء يُرى من خلاله، أو هو نوع من الصور المطبوعة على قطعة بلاستيك شفافة التي يمكن رؤية الكتابة أو الرسوم فيها عندما ينظر اليه عبر مصباح أو ضوء الشمس^(٣).

وعلى وفق ذلك سنتناول في هذا المطلب البحث في تعريف الشفافية الادارية وبيان موقف التشريع والقضاء والفقه منها وتحديد عناصرها وأساسها الفلسفي والقانوني وذلك عبر تقسيمه على فرعين سنتناول تعريف الشفافية الادارية في الفرع الاول منهما والبحث في اساس الشفافية واهميتها في الفرع الثاني .

الفرع الاول: تعريف الشفافية الإدارية

يقتضي البحث في تعريف الشفافية بيان موقف التشريع منها فضلاً عن أحكام القضاء وآراء الفقه بهذا الصدد، لنصل منها إلى تعريفٍ وافٍ ودقيقٍ لها، وهذا ما سنتناوله في البنود الثلاثة الآتية:

أولاً: تعريف الشفافية الإدارية في التشريع : لم تتناول التشريعات المختلفة تعريفاً للشفافية وان اقرتها، وتناسب ظهور مفهوم الشفافية في فرنسا وتطوره مع التحولات التي تمر بها الإدارة منذ منتصف السبعينيات بسبب تشريع سلسلة من القوانين التي هاجمت جوانب السرية المختلفة، وترافق مع ذلك ظهور مفهوم الديمقراطية الإدارية الذي يتوافق مع تحول الدولة وطبيعة العلاقات بين الإدارة والمواطنين. ولم يعرف المشرع الفرنسي الشفافية رغم انه من تولى زمام المبادرة في وضع نهايةً لمبدأ السرية كقاعدة عامة في أعمال الإدارة بإصداره جملة من القوانين اعترف فيها بحقوق جديدة للجمهور ولتمثل بداية التحول إلى مجتمع تسوده

(١) جاءت مفردة (الشفافية) في معاجم اللغة العربية بمعنى (شَفَّ) الثوب ونحوه - (شُفُوفاً): رَقَّ حتى يُرى ما خلفه و(شَفَّ)- الشيء: لم يحجب ما وراءه، (استَشَفَّ) الثوب: فُتِّش ما فيه من عيب، واستَشَفَّ الكتاب والامر: بحثه ونبَّه ما فيه، (الشَّفَافُ): ما لا يحجب ما وراءه، مجمع اللغة العربية : المعجم الوسيط، مصدر سابق، ص ٤٨٧. الخليل بن احمد الفراهيدي: كتاب العين، ترتيب وتحقيق د. عبد الحميد هنداوي، الجزء ٢، المحتوى (د-ص)، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ٢٠٠٣، ص ٣٤٣. ومحمد بن ابي بكر عبد القادر الحنفي الرازي (ت ٦٦٦هـ)، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، ط٥، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، لبنان، ١٩٩٩، ص ٣٤٢.

(٢) ينظر: د. سهيل ادريس: المنهل قاموس فرنسي عربي، دار الآداب، ط ٢٢، بيروت - لبنان، ١٩٩٩، ص ١٢٢١.

(٣) جامعة اكسفورد ، قاموس اكسفورد الحديث، ط١، دار الفقه للطباعة والنشر، ١٩٩٨، ص ٧٩٤

الشفافية في أعمال الإدارة وانشطتها وفي إطار علاقتها بالجمهور^(١).

وفي مصر لم يعرّف المشرع الشفافية ولعله اراد في ذلك عدم تقييد سلطة القضاء عند تطبيقه لهذا المبدأ، و قد ورد مصطلح (الشفافية) في دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤ مبيّناً عناصرها وكيفية ضمانها والجهات الملزمة بها واحال إلى القانون تنظيم ذلك، إذ نصّ بان (المعلومات والبيانات والاحصاءات والوثائق ملك للشعب والإفصاح عنها من مصادرها المختلفة حق تكفله الدولة لكل مواطن، وتلتزم الدولة بتوفيرها واتاحتها للمواطنين بشفافية وينظم القانون ضوابط الحصول عليها واتاحتها وسريتها وقواعد ايداعها وحفظها والتظلم من رفض اعطائها كما يحدد عقوبة حجب المعلومات أو اعطاء معلومات مغلوطة عمدا. (...)^(٢). وأقرّ المشرع في هذا النص الشفافية والحق في الحصول على المعلومات والاطلاع على الوثائق الإدارية وهذه تمثل عناصر الشفافية ومظهرا لها، كما تبني الشفافية بوصفها مبدأ عام في المجال الاقتصادي، إذ نصّ على التزام النظام الاقتصادي بمعايير الشفافية والحوكمة^(٣).

وفي العراق تعد السرية من المبادئ الأساسية التي تحكم أعمال الإدارة وانشطتها، فضلاً عن كون السرية أرث تاريخي توارثته الادارات العامة وواجبا استقر في نفوس الموظفين ومن دون تمييز عموماً بين ما يعد سراً وما هو متاح من معلومات ووثائق واتباع الأحوط من الامور بكتمانها بدلاً من افشائها مما حجب الكثير من المعلومات والبيانات المتصلة بأعمال الإدارة عن المواطنين، وهذا النهج مازال معتمدا وزاده تأصيلا عدم اقرار المشرع العراقي مبدأ الشفافية بوصفه مبدأ عاماً. وفي ظل هذا الواقع لم يعرّف المشرع الشفافية، فلم تألفه الدساتير العراقية المتعاقبة، ولم يرد الا حديثا في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ في الفصل الخاص بالهيئات المستقلة وفيما يتصل بتخصيص الاموال الاتحادية^(٤)، وبهذا لم يقر الدستور الشفافية بوصفها حقاً مستقلاً بذاته وكفالتة للمواطنين أو بوصفها التزاماً عاماً على الإدارة والسلطات العامة

(١) ينظر: القوانين رقم ١٧ في ٦ كانون الثاني ١٩٧٨ و رقم ٣٢١ في ١٢ نيسان ٢٠٠٠، و رقم ٧٥٣ في ١٧ تموز ١٩٧٨ ، منشورة على الموقع الالكتروني: legifrance.gouv.fr ، تاريخ الزيارة: D: 20/10/2020 T: 6:00 P.M.

(٢) المادة (٦٨) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤.

(٣) المادة (٢٧) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤ .

(٤) نصت الفقرة (ثالثاً) من المادة (١٠٦) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على (ضمان الشفافية والعدالة عند تخصيص الاموال لحكومات الاقاليم او المحافظات غير المنتظمة في اقليم، وفقاً للنسب المقررة). ونصت الفقرة (سادساً) من المادة (١٣٥) بان (يشكل مجلس النواب لجنة نيابية من اعضائه لمراقبة ومراجعة الاجراءات التنفيذية للهيئة العليا لاجتثاث البعث ولأجهزة الدولة، لضمان العدل والموضوعية والشفافية، والنظر في موافقتها للقوانين وتخضع قرارات اللجنة لموافقة مجلس النواب).

الأخرى، كما لا نجد لها تعريفاً في القوانين التي تبنت مبدأ الشفافية^(١). إذ لا يعد ايراد التعريفات - كما هو معلوم- من واجب المشرع الا انه يكفي ان ينص على اقرار مبدأ الشفافية كاللزام على الإدارة عند مباشرة أعمالها وكفالاته، فضلاً عن كون الشفافية من المفاهيم التي يصعب وضع تعريف جامع مانع لها، لاتساع نطاقها ولكونها تدخل في ادق تفاصيل عمل الإدارة. كما تنص القوانين على الشفافية بشكل غير مباشر بتبني عناصرها وأهمها العلانية والحصول إلى المعلومات والوثائق الإدارية والاجراءات التي تركز لها، وهي بذلك تعتمد الشفافية على نحو معين وان لم تصل إلى درجة متقدمة فيها .

ثانياً: تعريف الشفافية الإدارية قضاءً: سبق المشرع الفرنسي القضاء في تبني الشفافية بإصداره مجموعة من القوانين التي تركز لهذا المبدأ وقلب القاعدة العامة السائدة لتكون الشفافية هي الاصل العام والسرية هي الاستثناء، ويعزو بعض الفقه سبب ذلك إلى الرغبة في اصلاح العلاقة بين الإدارة وجمهورها برؤية عامة شاملة والحد من البيروقراطية وتحقيق الديمقراطية الإدارية بمشاركة الأفراد للإدارة فيما تتخذه من قرارات وما تبرمه من عقود تمس مصالحهم، هذا من جانب ومن جانب آخر أن القاضي الإداري هو من دعم مظاهر السرية المتأصلة لدى الادارات العامة وقدم لها الحجة في مواجهة الأفراد في رفض الاطلاع على المعلومات والبيانات ، وعدم الزام الإدارة بتسبب قراراتها بدون نص فضلاً عن التأكيد على واجب الكتمان المفروض على الموظف وفقاً للقوانين الوظيفية^(٢).

إلا أن ذلك لا ينفي المحاولات القضائية في سبيل تحقيق قدر من الشفافية في إطار العلاقة بين الإدارة والجمهور، ويلاحظ ان القضاء لا يشير في أحكامه إلى شفافية القرار الإداري عموماً، وانما يشير إلى عناصرها فيه والتي تسهم في تحقيق شفافية القرار وفي كل ركن من اركانه، بينما موقفه أكثر وضوحاً في نطاق التعاقدات الإدارية إذ عد الشفافية مبدأ حاكم للعقد الإداري منذ ابرامه وحتى انتهائه، ولذلك نجد أن المجلس الدستوري الفرنسي قد أكد على ان مبدأ الشفافية في اجراءات التعاقد ذو قيمة دستورية في حكمه الصادر في ٢٦ حزيران ٢٠٠٣، عندما قرر بأن على الإدارة الالتزام بالمبادئ التي وضعها الدستور الفرنسي والمعايير الأوروبية والدولية المطبقة، وما نصت عليه المادتين ٦ و١٤ من اعلان حقوق الانسان والمواطن

(١) ينظر: القسم (الاول) و(السادس) من الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤، والبند (٣) من المادة (٤٥) من قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ المعدل. وما يجدر الاشارة اليه ان مشروع قانون حرية التعبير عن الرأي والاجتماع والتظاهر السلمي لسنة ٢٠١٠، عرّف حق المعرفة بأنه (حق المواطن في الحصول على المعلومات التي يبتغيها من الجهات الرسمية وفق القانون وخاصة المعلومات المتعلقة بأعمالها ومضمون أي قرار او سياسة تخص الجمهور)، منشور على الموقع الالكتروني لمجلس النواب العراقي على الرابط الآتي: <https://parliament.iq> ، تاريخ الزيارة: ١٩/١١/٢٠٢٠، الوقت: ٢٠:٣٠ p.m .

(٢) د. محمد عبد الواحد الجميلي: المصدر السابق، ص ١٥

الصادر لعام ١٧٨٩ والالتزام بمبادئ حرية الدخول في المنافسة والمساواة بين المرشحين وشفافية الاجراءات^(١). كما طبق القضاء الإداري الفرنسي الشفافية في العديد من أحكامه دون أن يضع تعريفاً معيناً لها^(٢).

وقاربت محكمة العدل الأوروبية في مجال المشتريات العامة بين الشفافية ومبدأ المساواة وعدم التمييز وحسن سير السوق الداخلية، ففي حكمها الصادر في ١٥ تشرين الاول ٢٠٠٩ عدت الشفافية اداة تسمح بتحقيق المبادئ المذكورة^(٣)، الا ان التزام الشفافية الذي طرحته المحكمة يعد أكثر من مجرد اداة لتحقيق هذه المبادئ إذ تم ربطه بالأداء الديمقراطي للاتحاد الأوروبي، وحق أساسي يجب ضمانه بما يسمح بتطور الديمقراطية، بهدف تسليط الضوء على التوفيق بين المصالح المتعارضة وإيجاد استجابة متوازنة لمعضلة الديمقراطية والكفاءة المثالية للشفافية. وفي مصر قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها بتاريخ ١٣/١٠/٢٠٠٢ بعدم دستورية المواد المطعون فيها بقانون الكمارك لعدم التزامها بالشفافية اللازمة مع تأكيدها على ضرورة الالتزام بإقرار مبدأ الشفافية عند وضع القانون، وكّرس القضاء الإداري المصري لمبدأ الشفافية في العديد من أحكامه وان لم تأتي بصورة مباشرة الا انه عبّر عن مفهوم الشفافية ومضمونها ودورها في مكافحة الفساد وأهمية ان ترسخ لها القرارات الإدارية^(٤). وافقت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري بان أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات قامت على أساس تحقيق مبدئي الشفافية والعلانية في العلاقة بين كافة المتقدمين للتعاقد مع الجهة الإدارية^(٥).

(١) حكمه المرقم ٢٠٠٣ / ٤٧٣ في ٢٦ / ٦ / ٢٠٠٣، منشور في الموقع الالكتروني الرسمي للمجلس الدستوري الفرنسي وعلى الرابط الاتي: <https://www.conseil-constitutionnel.fr>، تاريخ الزيارة: ٢٠٢١/٨/٤ في ١١:٥٣ P.m.
(٢) CAA de Douai 7 juin 2011, n°10DA00232 Publié sur le site : <http://www.marche public.fr>
,D:11/1/2022 ,T:11:4 p.m.

(3) CJCE 3e chambre, 15 octobre 2009, C-196/08, Acoset Spa c. Province de Raguse , Mentionné Nathalie Droin et Elsa forey: La transparence en politique, Collection (Colloques & Essais) – Institut Universitaire Varenne , 2013, p.194.

(٤) حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر في القضية رقم ١٥٩ لسنة ٢٠ ق.دستورية- جلسة ١٣/١٠/٢٠٠٢، وحكم المحكمة الادارية العليا بمصر في الطعن رقم ٥٥٨٥ لسنة ٤٦ ق. عليا- جلسة ٥/٢/٢٠٠٥ نقلا عن د. هشام عبد السيد الصافي: المصدر السابق، ص ٦٨-٧٠.

(٥) الفتوى رقم ٣٧٢ في ٢٩/٦/٢٠٠٠، ملف رقم ٣٦٦/١/٥٤، نقلا عن د. دريد عيسى ابراهيم: الرقابة على ابرام العقد الاداري بطريق المناقصة العامة (دراسة مقارنة)، بلا رقم طبعة، دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية، ٢٠١٨، ص ٤١٥.

وفي العراق قضت المحكمة الإدارية المتخصصة بالعقود (الملغاة)^(١)، في أحد أحكامها بإلغاء قرار الاحالة المطعون فيه لعدم استيفاء المناقصة اجراءاتها الخاصة بأفق فني وقانوني واسع وعلى وفق معايير الشفافية والعدالة التي يهدف اليها القانون^(٢). وذهبت محكمة استئناف الرصافة - بغداد في حكم لها إلى أنه (...). وقد تبين من الجدول الخاص ان هناك عروضاً مقدمة نسبة تقييمها اكبر من نسبة التقييم الذي حصلت عليه الشركة المحال عليها المناقصة، وهذا يعني ان اجراءات المناقصة لم تجر بشفافية ونزاهة وعدالة...^(٣). وبذلك فان القضاء العراقي لم يضع تعريفاً أو تحديداً لمعنى الشفافية في أحكامه رغم انه تبناها في العمل الإداري وعدّها مبدأ قانوني على الإدارة الالتزام به.

ثالثاً: تعريف الشفافية الإدارية فقهاً: ينتقد بعض الفقه كثرة استعمال مصطلح (الشفافية) في الخطاب السياسي العربي المعاصر لاسيما من قبل رؤساء الدول والمسؤولين الحكوميين والاعلام وبمعانٍ متعارضة ما افقد المصطلح معناه الدقيق، إذ اصبحت كلمة (شفافية) تستعمل لغايات غير شفافه فيُقصد به في العلن أمر غير ما يبطنه في السر، فصار معتما لا يساعد في رؤية شيء بوضوح ولا يُنير الذهن، واصبحت وظيفة اللفظ في التداول هي الدفاع عن النفس وتغطية الفساد السياسي والاقتصادي تحت مسمى الشفافية، وعاد مثل غيره من المصطلحات الشائعة في المنطقة العربية ودول العالم الثالث نحو مصطلح (الديمقراطية) الذي اصبح يعني الخصخصة والعولمة والانفتاح على الغرب بدل معناه الحقيقي وهو حرية التعبير وتداول السلطة والمشاركة الشعبية، ومصطلح (المجتمع المدني) الذي اصبح بديلاً عن الدولة الوطنية لصالح المجتمع المفتوح لحرية رأس المال بدل قوة الرقابة الشعبية عن طريق الاعلام المستقل، ومصطلح (الاقليات) الذي نتج عنه تفتيت المجتمع تحت دعوى العرقية والطائفية بدل التعددية السياسية والمساواة بين المواطنين، وغيرها من مصطلحات حقة يُراد بها باطل، وتستعمل لتغطية مظاهر الفساد بصوره المتعددة، ما جعل الشفافية شعاراً أكثر منه لفظ ذو قيمة، بينما في الواقع تعد الشفافية قيمة قانونية مهمة ينبغي ان يتم التكريس لها^(٤).

ومما يجدر الاشارة اليه ان ظهور الشفافية ارتبط ارتباطاً وثيقاً بالتقدم التقني في الثلث الاخير من القرن العشرين، فالعلانية لم تكن ممكنة لولا تقدم الطباعة وتطور الصحافة المكتوبة، ولاحظ الفقيه (جان

(١) الغيت بموجب القانون رقم ١٨ لسنة ٢٠١٣، منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٤٢٨٣ في ٢٩ / ٧ / ٢٠١٣.

(٢) حكمها رقم ٥/ادارية تخطيط/٢٠١٢ في ٢٩ / ٢ / ٢٠١٢، شهاب احمد ياسين و خليل ابراهيم المشاهدي: التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٨، ص ٢٠٣.

(٣) حكم المحكمة الادارية المختصة بالعقود الحكومية المرقم ٢٨٢/م/٢٠١٠ في ١٢ / ٤ / ٢٠١٠، وحكم محكمة استئناف منطقة بغداد - الرصافة المرقم ١٠/ادارية تخطيط/٢٠٠٩ في ٢٧ / ١ / ٢٠١٠، د. دريد عيسى ابراهيم: المصدر السابق، ص ٤١٦.

(٤) د. سعيد علي الراشدي: الإدارة بالشفافية، ط ١، دار كنوز المعرفة، بلا مكان نشر، ٢٠٠٧، ص ٢٢-٢٤.

ريفيرو) بشأن الشفافية بان تطور العلاقة بين الإدارة والمستخدمين اصبح ممكنا بوصول التصوير الضوئي ووسائل الاتصال الجديدة، ولم تعد هناك النسخة الواحدة للوثائق التي تحتفظ بها الإدارة، وانها بذلك اعادت صياغة العلاقة بين الأفراد والإدارة^(١)، وهذا ما يمكن ملاحظته أيضاً فيما يتصل بالثورة الرقمية و سرعة نقل المعلومات صاحبه تغيير كبير في مفاهيم الامن والخصوصية، فالتقنية الرقمية بقدر ما تتيح حجم كبير من المعلومات ونشرها فانها في الوقت نفسه تقرض على الإدارة حماية سرية تلك المعلومات ما ينتج عنه توتر بين الشفافية والسرية^(٢).

ويستخدم مصطلح (الشفافية) في علوم وميادين مختلفة سياسية واقتصادية ومالية وادارية وقانونية، وكل باحث أو متخصص في هذه المجالات ينظر إلى الشفافية من زاوية معينة، لهذا تعددت التعريفات للشفافية فهناك من يعطيها معنى عام واخر يضيق من نطاقها لكنها جميعها لم تخرج عن المكاشفة في التعاملات والسياسات والأهداف والقرارات. فقد عرّف خبراء صندوق النقد الدولي الشفافية بانها (الانفتاح على الجمهور فيما يتعلق بهيكل ووظائف القطاع الحكومي ونوايا السياسة الاقتصادية وحسابات القطاع العام التي من شأنها تعزيز المسالة وتثبيت المصادقية وحشد تأييد قوي للسياسات الاقتصادية من جانب الجمهور الذي سيكون على علم تام بمجريات الامور)^(٣)، وبذلك تعكس الشفافية السياسة الاخلاقية التي من المفروض ان يتحلى بها الحكام وتجذب رضا المحكومين مما يضمن نجاح السياسات التي تتبناها الدولة كونها تحظى برضا الجمهور. غير أنه لا يكفي أن تكون الشفافية سياسة اخلاقية رغم أهمية البعد الأخلاقي في الإدارة وآثاره الإيجابية في نطاق أعمال الإدارة، والارتباط الوثيق بين الشفافية والأخلاقيات الإدارية، فمن مظاهر الشفافية ذات الصلة بأخلاقيات العمل منع تضارب المصالح والحياد وحسن النية في التعامل والإفصاح عن الذمم المالية والكشف عن المصالح وعدم التواطؤ والغش والنزاهة وغيرها الا ان الشفافية رغم ذلك يجب ان تكون التزاماً قانونياً يفرض على الحكام والقائمين على السلطة مقترنا بجزاء يرتب على الاخلال به، وتكون حقا للمحكومين.

(1) Jean Rivero: «Rapport de synthèse», in La Transparence administrative en Europe, Éditions du CNRS, Centre de recherches administratives d'Aix-Marseille, Paris, 1990, p.312.

(2) Grégory Puydebois: La transparence de la vie publique en France, thèse présentée pour obtenir le grade de docteur de l'université de Bordeaux – école doctorale de droit (ED 41) – spécialité droit public, 2019, p25.

(٣) باولو ماورو: (لماذا القلق بشأن الفساد؟)، صندوق النقد الدولي ، سلسلة قضايا اقتصادية، رقم ٦، نقلا عن عبد الفتاح الجبالي: حرية المعلومات والشفافية في مصر، سلسلة اوراق سياسات تعزيز الشفافية ومكافحة الفساد، مركز المشروعات الدولية الخاصة (CIPE)، القاهرة، بلا سنة نشر، ص ١٠.

ومن جانب الفقه الفرنسي تعرّف الشفافية على انها (حق المواطن في معرفة ما قامت به السلطات الإدارية وما تفعله أو ما ستفعله)^(١). ويرى البعض الآخر ان مفهوم الشفافية ومنذ أكثر من ثلاثين سنة كان يستهدف فقط ايجاد اجراءات رقابية جديدة للمواطن على السلطة وهذه الاجراءات تتصل بثلاثة قوانين تتمثل بقانون ٦ كانون الثاني ١٩٧٨ الذي أنشأ اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحرية (CNIL)، وقانون ١٧ تموز ١٩٧٨ الذي انشأ لجنة الوصول إلى الوثائق الإدارية (CADA) وتساعد هذه اللجنة المواطنين في الوصول إلى الوثائق التي يتم حرمانهم منها، وآخرها قانون ١١ تموز ١٩٧٩ - الملغى حالياً - بشأن الزام الإدارة بتسبب قراراتها الفردية الضارة كافة، ويرى بان مفاهيم الشفافية من الناحية الفلسفية متعددة ويترجم المفهوم الليبرالي للشفافية إلى (سيطرة المواطنين على السلطة) وهو بذلك على النقيض من سرية الدولة إذ تتضمن ديمقراطية كبيرة، والمفهوم الآخر مرتبط بالبروتستانتية وينتهي إلى ان الفرد يجب ان يعتمد على نفسه وليس على سلطة أعلى سياسية أو روحية، والشفافية بهذا المعنى هي (السيطرة الاجتماعية للجميع على الجميع) كوسيلة لمكافحة السلوك المنحرف وبشكل خاص للقضاء على الفساد ولهذا ليس من الصدفة تسمية المنظمة غير الحكومية المعنية بمكافحة الفساد بمنظمة الشفافية الدولية^(٢).

إن استخدامات مفهوم الشفافية في الخطاب القانوني متنوعة بتنوع فروع القانون ولذلك من الصعب توحيد المفهوم ووضع تعريف جامع مانع، ويستند بعض الفقه على التحليل والتأصيل التاريخي والموروث الثقافي لتحديد مفهوم الشفافية ويرى انها (مفهوم يتوافق مع توفر المعلومات المتصلة بشخص طبيعي أو معنوي يسمح لسلطة خارجة عنها بممارسة الرقابة أو الاشراف عليها)^(٣)، وهذا التعريف يقدم مزايا متعددة فيأخذ التعريف في الحسبان البعد التقني للشفافية وتنوع تقنيات توفير ومعالجة المعلومات والقدرة على تقييم نوع المعلومات المقدمة والمتاحة، وبذلك اعلى تقنيات الشفافية تلك التي تسمح بتوفير معلومات أكثر للجمهور، ان هذا المعيار ينبع من فكرة ان سياسة الشفافية لا يمكن ان تحقق هدفها إلا إذا كانت تهتم باحتياجات متلقي المعلومات ومدى قدرتهم على استغلال تلك المعلومات^(٤). ويرى جانب آخر من الفقه الغربي ان الشفافية عملية صعبة ومعقدة و تتطلب في أكثر الأحيان تأمين توازن باحتراس فيما بين المصالح المتنافسة

(1)Didier Truchet:Droit administratif,puf,2008,p:147.Mentionné Emmanuel Aubin:op,cit,p. 35.

(2) Noëlle Lenoir, Le droit à la transparence, 30 ans apres, 4 mai 2018, p.1.

(3)Albert Meijer: « Transparency », in The Oxford Handbook of Public Accountability , M. Bovens, R. E. Goodin et T. Schillemans (Dir.), Oxford University Press, Oxford,2014, p. 511., Mentionné : Grégori Puydebois:op.cit.p. 39.

(4) Grégori Puydebois: op.cit.p. 39.

إلى جانب تأمين حكومة منفتحة تسود فيها قيم المحاسبة والمساءلة والمشاركة الديمقراطية^(١)، وحدد احد الفقهاء مضمون الحق في الشفافية بأنه (مجموعة الاجراءات الهادفة إلى تحسين وتطوير العلاقات بين الإدارة والمتعاملين معها بما يؤدي إلى رفع السرية الإدارية والزام الإدارة بنشر اجراءاتها واعلانها للمتعاملين معها واستشارتهم في بعض الأحيان)^(٢). ويرى آخر ان الشفافية بمعناها العام تعني ان يكون التنظيم أو القانون أو الاجراء شفافا إذا امكن رؤيته بسهولة تماماً كما يمكن للمرء ان يرى من خلال نافذة نظيفة، وان تكون آثار النص القانوني مفهومة بسهولة ونطاق الحقوق والالتزامات الناشئة عنه من السهل تقييمها من المخاطبين وأصحاب الحقوق فيها^(٣).

ويعرّف بعض الفقه العربي الشفافية في أعمال الإدارة بأنها (التزام الإدارة بأشراك المواطنين في ادارة الشؤون العامة التي تمارسها الإدارة لصالح الشعب مع الالتزام باتخاذ كافة الاجراءات القانونية لتزويد الشعب بالمعلومات الصادقة عن الخطط والمشروعات والأعمال وميزانياتها ونتائج هذه المشروعات وأسباب القيام بهذه المشروعات حتى لا تتعرض للإلغاء بعد البدء فيها وتوضيح طرق مساءلة الادارات عن أعمالها)^(٤)، وهذا التعريف يعطي للشفافية مفهوما أكثر عمومية، ما دفع واضعه اعطاء الشفافية معنا آخر ضيقاً بتعريفها بأنها (التزام الإدارة باتخاذ كافة الاجراءات والتدابير التي تضمن تزويد المواطنين بالبيانات والمعلومات الصادقة عن كافة خططها وانشطتها وأعمالها ومشروعاتها وموازناتها ومداويلاتها وعلان الأسباب الحقيقية والقانونية الدافعة لها، وتوضيح طرق واجراءات مساءلة الإدارة عن أوجه القصور أو المخالفة وإقرار حقاً عاماً بالاطلاع والوصول غير المكلف لمعلومات ووثائق الإدارة كأصل عام). وهذا التعريف يمثل الحد الأدنى لما يجب على الإدارة الالتزام به تجاه جمهورها ويعد أكثر تفصيلاً، بينما التعريف الاول يمثل المعنى الواسع وما

(١) رودني أي سمولا : حق الشعب في أن يعرف : الشفافية في المؤسسات الحكومية، مقال منشور في موقع مكتب برامج الاعلام الخارجي - وزارة الخارجية الاميركية، على الرابط الالكتروني الاتي:

<https://www.do.ektu.kz/com/Infousa/cd2/languages/usinfo.state.gov/arabic/democracy>

تاريخ الزيارة ٢٧/١١/٢٠١٩، 10:30 p.m

(٢) نقلا عن د. موسى مصطفى شحادة: الحق في الحصول على المعلومات في مجال البيئة حق من الحقوق الاساسية للإنسان، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية، العدد الثلاثون، نيسان لعام ٢٠٠٧، ص ١٦٢.

(3) Carl- swbastian zoellner: Transparency An Analysis of an Evolving Fundamental Principle in International Economic Law , Michigan Journal of International Law – University of Michigan Law School , Volume 27, Issue 2,2006,p.583.

(٤) د.سامي الطوخي: شفافية اعمال الإدارة مدخل رقابي للإصلاح الاداري (دراسة مقارنة) بالتطبيق على تسبيب القرارات الادارية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، مصر، ٢٠٠٥، ص ١٨٩.

يجب على الشعوب ان لا ترضى سواه إذا ما ارادت ان تحقق لنفسها المكانة التي حققتها الدول المتقدمة^(١). وبدورنا يمكن ان نعرف الشفافية بانها(مبدأ قانوني عام يتضمن التزام الإدارة بعلانية أعمالها وإجراءاتها وانشطتها ووضوحها، واحترام حق الأشخاص بالحصول على المعلومات المتصلة بها بيسر ودون تكلفة وبالوقت المناسب، ومشاركتهم الإيجابية في صنع القرارات تُوجب مخالفته تحقق مسؤولية الإدارة). ويتضمن ذلك المعاني الاتية:

- الشفافية الإدارية حق عام للأشخاص كافة بما تتضمنه من عناصر، ويمثل جزء من النظام القانوني للدولة ومن عناصر المشروعية التي يجب على الإدارة احترامها وحرمان الأفراد منه يمثل اعتداء على حقوقهم وحرياتهم ولهم في ذلك رفع الدعاوى أمام القضاء الإداري لاقتضاء تلك الحقوق.
- الشفافية الإدارية التزام قانوني يقع على عاتق الإدارة وهذا الاصل العام، مع الاقرار بوجود السرية كمطلب ضروري في بعض الحالات التي تقتضيها متطلبات التوازن وتحقيق المصلحتين العامة والخاصة.
- يكون الحصول على المعلومات ومنها الوثائق الإدارية بأقل تكلفة وجهد واقصر وقت .
- الشفافية لا تعني تلقي الأشخاص المعلومات والمعرفة فقط وانما تسمح بمشاركتهم في ادارة الشؤون العامة وفي إتخاذ القرارات والمراقبة بما يسمح بتحقيق الديمقراطية الإدارية.

الفرع الثاني: عناصر الشفافية الإدارية

يقتضي لاكتمال مفهوم الشفافية بيان عناصرها وتحليلها بما يسهم في الوصول إلى المفهوم الدقيق والفهم السليم للشفافية، من ذلك فاننا سنتناول هذه العناصر تباعا وفق ما يأتي:

اولا: العلانية: تؤدي العلانية دور مهم في العلاقات القانونية المختلفة، وهي جزء من الشفافية، وسنتناول في الفقرات الاتية تعريفها وبيان دورها في تحقيق الشفافية.

١ - تعريف العلانية^(١): تعد العلانية عموماً ظاهرة اجتماعية وقانونية، يؤسس القانون عليها اكتساب بعض الحقوق وانشاء المراكز القانونية المختلفة، و لا يتناول القانون تعريفها وانما يكتفي بتحديد الوسائل التي تجري بها وطرائقها ومضمون ما يتم اعلانه من بيانات أو معلومات ولاسيما الجوهرية منها.

(١) د.سامي الطوخي، شفافية اعمال الإدارة مدخل رقابي للإصلاح الاداري،المصدر سابق ، ص ١٩١-١٩٢

وتتحدد وظيفة العلانية في نقل وايصال المعلومات للجمهور وأصحاب المصالح و تسهم في الكشف عن الانحراف بالسلطة، وتؤدي دوراً أساسياً في النظام القانوني للقرارات الإدارية وفي تحديد بدء نفاذها وتقييم اثرها الرجعي في بعض الحالات، كما يبدأ من تاريخ اعلان تلك القرارات ميعاد الطعن القضائي ولا تقل عن ذلك أهمية العلانية في نطاق النظام القانوني للعقود الإدارية كما سيتبين لاحقاً عبر هذه الدراسة.

وتناولت أحكام القضاء التأكيد على العلانية في أنشطة الإدارة وأعمالها القانونية، إذ ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الفترة المحددة للتقاضي تبدأ من أول إجراء أو تدبير من تدابير العلانية وذلك في حالة اشتراط القانون النشر أو الاعلان أكثر من مرة لمصلحة الأفراد لضمان اوصول العلم بقرارات الإدارة^(٢). كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن شهر القرار الإداري لا يعدو أن يكون عملاً مادياً لاحقاً لصدور القرار الإداري ولا يقصد به سوى نقل العلم بالقرار الإداري إلى أصحاب الشأن من الأفراد لكي يمكن الاحتجاج به في مواجهتهم، فهو إجراء خارجي وليس عنصراً من عناصر تكوين القرار ولا شرطاً من شروط صحته، ومن ثم لا يترتب على عدم اجرائه بطلان القرار^(٣).

ويذكر أن مصطلح العلانية (de publicité) كان مفضلاً في النصف الثاني من القرن الثامن عشر على مصطلح (الشفافية) الذي كان يظهر بشكل عرضي، إذ وردت الإشارة إليه في كتابات الفيلسوف (جان جاك روسو) الذي لعب دوراً أساسياً في شيوع المصطلح، ومع ذلك فإن شفافية روسو تركزت عموماً في إطار الفرد وضميره و العلاقات الشخصية^(٤). واستخدم الفيلسوف الانكليزي (جيرمي بنتام) مصطلح الشفافية في مسودة القانون الدستوري لتحسين الحكومة التمثيلية واوصى بأن يلتزم كل عضو في البرلمان باحترام أكبر قدر من الشفافية ومن ثم أكبر قدر ممكن من البساطة، ورأى أن هذا هو الشرط الأول لجودة العمل الذي أنجزه المنتخبين، وخارج القانون الدستوري لم يتحدث (بنتام) عن الشفافية، وإنما استخدم مصطلح (العلانية) وكان حاضراً في كتاباته وبالنسبة له تنتمي العلانية إلى ما هو موجود، وأكد في مسودة قانون الإجراءات أن

(١) العلانية لغة هي: المجاهرة، والعلانية: خلاف السر وهو ظهور الأمر، و(علن): يدل على اظهار الشيء والاشارة اليه وظهوره، و(أعلنه) وبه: اظهره وجهر به ، (الاعلان) اظهار الشيء بالنشر عنه في الصحف ونحوها. ينظر: ابن منظور: لسان العرب، ج ٤، دار المعارف ، مصر، بلا سنة نشر، ص ٣٠٨٦.

(2) C.E 27 mars 2020, n°435277, Publié sur le site: legifrance.gouv.fr. D:20-9-2020,T:12:00 p.m.

(٣) حكمها في الطعن رقمي ٣ و ٤ لسنة ١ ق، جلسة ١٩٦٠/٤/٢٦، نقلاً عن د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الاسس العامة للقرارات الادارية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، ٢٠١٢، ص ١٨٢.

(4) Grégori Puydebois : op.cit , p. 19-20.

العلانية (أعظم ضمان لجميع الضمانات)، وهي بالنسبة له تنتمي إلى (الإجراءات التي تسمح للجمهور بممارسة رقابة فعالة)، وبالنسبة لبنثام كانت الشفافية ذاتية في عالم المشاعر، ورغم الجهود المبذولة للتمييز بين مصطلحي العلانية والشفافية إلا أن كثيراً ما يتم عد المصطلحين متكافئين، إذ أن من الضروري الفصل بينهما لفهم النجاح الاستثنائي الذي حققته الشفافية^(١).

ويعرف بعض الفقه العلانية على أنها (اتصال علم الأفراد بقول أو فعل أو كتابة يمكنهم من خلاله معرفة الرأي أو الفكرة المذاعة أو المنشورة دون عائق)^(٢). ويُعرفها آخر بأنها (الاتاحة الجزئية التي تسمح بها الإدارة لفرد أو مجموعة من الأفراد أو حتى للجمهور كافة في معرفة معلومات عن جزء أو مرحلة من انشطتها التي تقوم بها في اثناء ممارسة وظائفها المختلفة، متى الزمها القانون صراحة، أو كشفت هي عن هذا الجزء بمحض ارادتها وسلطانها التقديرية المطلقة ودون أن يكون هناك مبرر منطقي وعقلي لبقاء اجزاء انشطتها أو أعمالها في سراديب السرية عن الكافة)^(٣)، ويقصد بالإتاحة الجزئية أن القانون إنما يورد العلانية لإجراء أو لمرحلة من هذا الاجراء فقط أو لوثيقة أو بيانات أو معلومات معينة بشكل جزئي، ولهذا تمثل العلانية المعرفة والعلم المحدود والمتصل بجزء أو مرحلة فقط من مراحل النشاط أو العمل الإداري.

وبدورنا نعرّف العلانية بصفة أكثر شمولاً بأنها: مجموعة من الاجراءات أو التدابير التي تتخذها الإدارة لإحاطة الأشخاص علماً بما تقوم به من أنشطة وأعمال وفقاً للقانون وبما يكفل إيصال العلم الكافي والمفترض بها وفي المواعيد والوسائل المحددة قانوناً.

٢- دور العلانية في تحقيق الشفافية: هناك ارتباط وثيق بين العلانية والشفافية، إذ تسهم الاولى في تحقيق شفافية العمل الإداري؛ وبموجبها تكون القرارات والسياسات والخطط والاجراءات والشروط التي تضعها الإدارة معلومة للجميع و للراغبين في التعامل مع الإدارة ما يسهم في تحقيق المساواة والمنافسة العادلة وتكافؤ الفرص، والتمكين من الرقابة على أعمالها وانشطتها المختلفة سواء تلك التي يباشرها الرأي العام ام الاجهزة الرقابية الداخلية والخارجية، وهذا ما يجعل الإدارة واضحة لا تخشى شيئاً ما يخلق جواً من المصادقية في التعامل ويزيد من ثقة الجمهور ويحسن علاقته بها.

(1) Élisabeth Zoller: Transparence et démocratie , généalogie d'un succès, Éditions Panthéon – Assas, Colloques 2014. p.13-14.

(٢) د. محمد محي الدين عوض: العلانية في قانون العقوبات، مطبعة النصر، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٢. نقلاً عن نوال طارق ابراهيم العبيدي: الجرائم الماسة بحرية التعبير عن الفكر، ط١، دار الحامد، عمان – الاردن، ٢٠٠٩، ص ١٠٤.

(٣) د. سامي الطوخي: النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس، المصدر السابق، ص ١٨٣-١٨٤.

ولا تتمثل العلانية في صورة الإعلان في وسائل النشر من صحف ونشرات مصلحة ووسائل اعلام فحسب وانما أيضاً تشمل الجلسات الإدارية المعلنة وامكانية الوصول إلى اجراءاتها وشروطها من قبل الجمهور والعلم بها والمشاركة فيها وتحقيق المنافسة الفعلية، ولذلك تمثل حقاً للأفراد يقرره القانون ويفرض له الضمانات اللازمة لكفالاته بالنظر لما يترتب عليه من آثار تمس حرياتهم وحقوقهم الأخرى نحو حقهم في المساواة وتكافؤ الفرص وحقهم في النظم والنقاضي والرقابة على أعمال الإدارة ومساءلتها وحرية المنافسة.

ثانياً: الإفصاح: يعكس الإفصاح قدراً كبيراً من الشفافية ويسهم في تحقيق وضمان مصداقية عمل الإدارة وعدالته وسلامته، وكثيراً ما ينص القانون على إلزام الإدارات العامة بالإفصاح عن البيانات أو المعلومات وعندها يكون واجباً قانونياً الامتناع عنه يحقق مسؤولية الإدارة. وسنتناول في هذا البند البحث في مفهوم الإفصاح عن طريق تحديد مفهومه وبيان أهميته في تحقيق الشفافية الإدارية.

١- مفهوم الإفصاح^(١): يتضمن الإفصاح توفير المعلومات والسماح بالاطلاع عليها و الالتزام بتقديمها وإيصالها بشكل دوري، وكثيراً ما يتناول القانون فرض التزامات على الإدارة بالإفصاح عن المعلومات والبيانات بصورة تقارير تقدم إلى الجهات المختصة و الجمهور، تكشف فيها عن انشطتها وأعمالها وما تتخذه من اجراءات، الا ان المشرع العراقي لا يستخدم هذا المصطلح بشكل واضح رغم انه من المصطلحات الشائعة في المنطق القانوني والمالي والمحاسبي ومن المبادئ التي اتسع نطاق الاهتمام بها ويعد من المعايير المعتمدة لتحقيق الشفافية وتمكين الجهات الرقابية من ممارسة مهامها.

وفي مصر يلاحظ ان لمبدأ الإفصاح عن المعلومات قيمة دستورية وحق تكفله الدولة إذ نص دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤ على ان (المعلومات والبيانات والاحصاءات والوثائق ملك للشعب والإفصاح عنها من مصادرها المختلفة حق تكفله الدولة لكل مواطن وتلتزم الدولة بتوفيرها واتاحتها للمواطنين بشفافية...) ^(٢). و كان المشرع موفقاً بهذا النص إذ ضمن عن طريقه حقوق المواطنين في الحصول على المعلومات بفرضه التزاماً على الإدارات العامة بالإفصاح عن المعلومات والبيانات وفقاً لأحكام القانون.

وفي العراق فرضت بعض النصوص على الإدارات العامة التزاماً بالإفصاح، ومن ذلك ما بينته تعليمات تسهيل قانون المصارف العراقية رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ وبان (الإفصاح الكامل هو من ركائز الإدارة الرشيدة ويتطلب ابلاغ المساهمين وأصحاب المصالح والمتعاملين مع المصرف بالمعلومات الكافية حول

(١) الإفصاح لغة مشتق من (فصح)، و الفصاحة: البيان، وسلامة الالفاظ من الابهام وسوء التأليف، ويقال افصح الأمر: وضع، وافصح عن مراده: بيّنه ولخصه، ابي الحسن احمد بن فارس بن زكريا: المصدر السابق، ص ٥٠٦.

(٢) المادة (٦٨) من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤.

هيكلية المصرف وأهدافه وسياساته التي خلالها يمكن الحكم على فعالية مجلس الإدارة والإدارة العليا^(١). وتعبير (الإفصاح الكامل) الذي استخدمه المشرع لا يعني ان المعلومات المفصح عنها تتضمن جميع دقائق الامور لان الكم الكبير من المعلومات يخفض القدرة على الاستيعاب، ويثير الارباك فضلاً عن تكلفة تلك المعلومات، أما تعبير (المعلومات الكافية) الوارد في النص فتمثل الحد الأدنى من المعلومات الواجب نشرها بما يساعد على اتخاذ القرارات وهو ادنى مستوى من الإفصاح الكامل^(٢). ووضحت التعليمات نوع المعلومات والبيانات المطلوب الإفصاح عنها^(٣)، وجعلت الإفصاح أمراً واجباً على المصارف المحلية الحكومية، واستخدم المشرع في قانون المصارف رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ مصطلح (الابلاغ الدوري) قاصداً به الإفصاح^(٤).

وألزم قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ مجلس إدارة البنك المركزي بالإفصاح بما في ذلك عن بيانات مركزه المالي، والمبادرة بأسرع وقت بنشر الميزانيات العامة في الجريدة الرسمية وعلى موقعه الالكتروني الرسمي بالوقت المحدد قانوناً^(٥). وتلتزم المصارف وغيرها من الجهات الخاضعة لإشراف البنك المركزي بتقديم المعلومات أو البيانات بناء على طلب البنك المركزي ليتولى الأخير تجميع الاحصاءات والبيانات المالية ونشرها وفقاً للقانون^(٦). وفرض قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي على الإدارات العامة الإفصاح عن المعلومات التي يطلبها الديوان^(٧)، ويلتزم الديوان بالإفصاح عن نتائج عمله الرقابي، فيقوم بنشر قائمة بالتقارير الرقابية والتدقيقية المنجزة ويوفر نسخاً منها لوسائل الاعلام ولأي جهة مختصة بناء على طلبها باستثناء التقارير الماسة بالأمن الوطني فلا يجوز نشرها الا بموافقة مجلس النواب، ولرئيس الديوان بموافقة مجلس الرقابة المالية نشر أي من تقارير الديوان في وسائل الاعلام^(٨)، ليحقق بذلك الشفافية في عمله عبر الإفصاح عن المعلومات لتكون الجهات المختصة و الجمهور وكل من يهمه الأمر على علم

-
- (١) المادة (٧٢) من تعليمات ذات العدد ٤ لسنة ٢٠١١، والمنشورة في الوقائع العراقية العدد ٤١٧٢ في ٣/١/٢٠١١.
- (٢) ينظر: فيصل زماط حسن السليم: مقومات الإفصاح الالكتروني وأهميته في قرارات الاستثمار، بحث منشور في مجلة الإدارة و الاقتصاد تصدر عن الجامعة المستنصرية، العدد ٦١، لسنة ٢٠٠٦، ص ٩٧.
- (٣) ينظر: المادة (٧٣) من تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المصارف العراقية رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤.
- (٤) المادة (٤١) من قانون المصارف العراقية رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤، والمنشور في الوقائع العراقية العدد ٣٩٨٦ في ٩/١/٢٠٠٤.
- (٥) البنود (٢ و ١) من المادة (٤٥) من قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤، منشور بالوقائع العراقية العدد ٤ في ٢٠٠٤.
- (٦) ينظر: المادة (٤١) من قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤.
- (٧) نصت المادة (٢) من قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم ٣١ لسنة ٢٠١١ المعدل على ان: (تعد مخالفة مالية لأغراض لأغراض هذا القانون... رابعاً: الامتناع او التأخير في الرد على تقارير ومراسلات الديوان واعتراضاته وملاحظاته خلال المدة المحددة).
- (٨) ينظر: الفقرات (اولاً) و(ثانياً) و(ثالثاً) من المادة (٢٨) من قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي ٣١ لسنة ٢٠١١ المعدل.

بأداء الادارات العامة ومستواها وموقفها المالي سواء كان ذلك تنفيذاً للالتزام قانوني بالإفصاح أم اختيارياً تماشياً مع معايير الشفافية.

وألزم المشرع وكنوع من الإفصاح الداخلي الدوري في الادارات العامة موظفوها بالكشف عن ذممهم المالية وفقاً لأحكام قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١، وحدد القانون المكلفين المشمولين بأحكامه^(١)، وعيّن كذلك المواعيد التي يلتزم المكلف بتقديم استمارات الكشف عن ذمته المالية فيها والجزاءات المفروضة على الممتنع عن تقديمها دون عذر مشروع أوفي حالة عدم مصداقية الإفصاح عن المعلومات المطلوبة^(٢). وإلى جانب ما تقدم يلاحظ ان المشرع العراقي نظم الالتزام بالإفصاح في نصوص متفرقة، ويرجع ذلك لأسباب عديدة أهمها اعتناق السرية، وتخوف الادارات من الإفصاح لعدم وجود ضوابط معينة حول ما يجوز الإفصاح عنه وما لا يجوز، وخشية التعرّض للمسؤولية والمحاسبة، ولهذا ندعو المشرع وهو في طريقه لتبني الشفافية في ادارة الشؤون العامة إلى تنظيم الإفصاح عن المعلومات والبيانات المالية وغير المالية وجعله قاعدة عامة وتحديد نوع المعلومات التي لا يجوز الإفصاح عنها على سبيل الحصر.

وبالنظر إلى الارتباط الوثيق بين الإفصاح والشفافية يجعلهما البعض مبدأ واحدا يطلق عليه تسمية (مبدأ الإفصاح والشفافية) لان كلاهما يتضمن توفير المعلومات وعدم كتمانها^(٣). غير ان ذلك يعد خطأ بين المفاهيم، فالإفصاح يسهم في تحقيق الشفافية وعنصرها أساسياً فيها الا ان الاخيرة أوسع نطاقاً وأكثر شمولاً، ولهذا فان الشفافية تقتض وجود الإفصاح إلا أن ليس كل افصاح يفترض وجود شفافية دائماً. ولا تُنكر صعوبة وضع تعريف جامع وموحد للإفصاح نظراً لاختلاف وجهات النظر حول مفهومه ومستوياته ونوع المعلومات محل الإفصاح وحجمها، واختلاف الزاوية التي ينظر منها المستفيد تجاه المعلومات المفصح عنها، وجاءت أكثر التعريفات في ميدان الفكر المالي والمحاسبي من ذلك تعريفه بأنه (العملية المنهجية الخاصة بتوفير المعلومات وجعل قرارات السياسة معلومة من خلال النشر في الوقت المناسب والفتح)^(٤). و يلاحظ ان هذا التعريف يجعل من الإفصاح منهج عمل مبيناً مقوماته، ونرى ان الإفصاح في مجال العمل الإداري يعني: (التزام الإدارة بتقديم المعلومات إلى المستفيدين كافة ونشرها والاعلان عنها بالوقت المناسب وبالجودة اللازمة لذلك وجوباً أو اختيارياً). ويتنوع الإفصاح بحسب زوايا متعددة فمن ناحية الالتزام هناك

(١) ينظر: المادة (١٦) المعدلة من قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١.

(٢) ينظر المواد: (١٧، ١٨، ١٩) من قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١.

(٣) د. عصام احمد البهجي: الشفافية وأثرها في مكافحة الفساد الاداري، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص ٢٦.

(٤) د. طارق عبد العال حماد: تحليل القوائم المالية لأغراض الاستثمار ومنح الائتمان، الدار الجامعية، الاسكندرية - مصر،

٢٠٠٦، ص ٩، نقلاً عن د. عصام احمد البهجي: المصدر السابق، ص ٢٣.

الإفصاح الوجوبي والاختياري، ومن ناحية الشمول يوجد الإفصاح الكامل والجزئي، ومن ناحية توقيته هناك الإفصاح السابق واللاحق، ومن ناحية الانتظام في تقديمه فيوجد الإفصاح الدوري والفوري، أما من ناحية جودة الإفصاح فهناك الإفصاح المثالي والواقعي^(١).

٢- أهمية الإفصاح في تحقيق الشفافية: يعد الإفصاح مدخلاً أساسياً لتحقيق الشفافية ويقوم بدور تكاملي مع بقية عناصر الشفافية وصولاً إلى تحقيق أهدافها، إذ يعتمد جزء كبير من شفافية الإدارة على مدى ما توفره من معلومات للجمهور. ولهذا فإن الإفصاح عن المعلومات الصحيحة والدقيقة والكافية للجهات المستفيدة سواء بشكل قوائم أم تقارير أم كراسات أم نشرات مختلفة وأياً كانت طريقة النشر أو الاعلان، أداة أساسية لتحقيق الشفافية وضمان مصداقية الإدارة وتدعيم الثقة بالإجراءات الإدارية واتخاذ القرارات الرشيدة.

ويجعل الإفصاح الإدارة تعمل بشفافية عالية، بما يتضمنه من نشر المعلومات عن نشاطها وأعمالها وموقفها المالي وسياساتها وأهدافها وبرامجها وخططها، وسهولة الوصول إليها واتاحتها للمستفيدين كافة وتمكين جهات الرقابة الداخلية واجهزة الرقابة الخارجية من محاسبة الإدارة ومسئولتها، وهذا ما سيجبرها على الإفصاح والشفافية في عملها ونشاطها عموماً بدل الكتمان أو السرية والغموض. وبذلك يمثل الإفصاح ضماناً للإدارة نفسها وحماية للجمهور من التضليل، كما يعد الإفصاح مصدر مهم لاتخاذ القرارات الرشيدة بالنسبة للإدارة نفسها وللمستفيدين، وفي ذلك يوضح التقرير الذي نظّمته اللجنة المنبثقة عن الكونغرس الأميركي للتحقيق في أسباب انهيار شركة (Enron) بسبب القصور في الإفصاح عن العمليات والتعاملات بين هذه الشركة والشركات الاستثمارية وفساد شركة التدقيق لتواطئها الكبير مما ساهم بحصول الانهيار^(٢). ويساعد الإفصاح في عملية تقييم الإدارة ومدى قدرتها على النهوض بمسؤولياتها والحكم على كفايتها، فتساهم التقارير ومنها التقارير الدورية التي تقدمها الإدارات العامة عن أعمالها وإجراءاتها في نشاط معين أو عن مجمل أنشطتها في الحكم على مدى نجاحها في إدارة الأموال العامة وتحقيق التنمية^(٣).

وعلى هذا الأساس فإن عدم قدرة التقارير أو القوائم المتضمنة للمعلومات أو البيانات على عكس

(١) ينظر: عبد العزيز محمد عبد القادر: حرية تداول المعلومات ومردودها على الأمن القومي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٩، ص ١٧٤-١٧٥ و١٦٥

(٢) نقلاً عن د. شاكر عبد الكريم البلداوي : دور ديوان الرقابة المالية بالعراق في تعزيز الإفصاح والشفافية، بحث منشور في مجلة الإدارة والاقتصاد، الجامعة المستنصرية، العدد ٩٠، السنة ٣٤، ٢٠١١، ص ١٠٠-١٠١.

(٣) د. عبد الناصر ابراهيم نور ومحمد ناصر بركة: أثر الإفصاح المالي وغير المالي على أداء البنوك التجارية الاردنية المدرجة في بورصة عمان، بحث منشور في مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، جامعة عمان الاهلية، مج ٢٢، ع ١٤، سنة ٢٠١٩، ص ٤٦.

الانشطة أو البرامج التي تنفذها الإدارة و التكاليف الحقيقية لا يساعد على تلبية احتياجات الجهات الرقابية والجمهور ولا يصب في إطار تعزيز الثقة بالإدارة وبالأهداف المطلوب تحقيقها، لهذا ينبغي ان يعكس الإفصاح الواقع وان يكون موضوعيا وحياديا ما سيضمن تحقيق مستوى عال من الشفافية والوضوح. كما ان الإفصاح في الوقت غير الملائم سيكون مجرد اجراء شكلي ولا يحقق شفافية فعلية، ويجب ان تتسم المعلومات المفصح عنها بالجودة والوضوح وسهولة الفهم بحيث يتمكن مستخدم المعلومة من الاستفادة منها وان يعتمد عليها كمصدر للمعلومات والا فانه سيولد قرارات مبنية على تصورات غير دقيقة^(١).

ان عملية الإفصاح ليست هينة إذ يواجه تطبيقها في الواقع بعض الصعوبات أهمها قصور الإطار القانوني للإفصاح مايزيد من نطاق السرية، ورغبة الإدارة في الاحتفاظ بحياتها الداخلية والزام الموظفين بالكتمان وتعرضهم للمحاسبة والمسائلة في حال الاخلال بذلك، إلى جانب اختلاف أهداف ومصالح الأطراف ذات العلاقة من مستخدمي المعلومات المفصح عنها^(٢). ولهذا يجب الاعتماد عند اجراء عملية الإفصاح على نوع الجهة المستفيدة من المعلومات والاعراض التي تستخدم فيها وطبيعة ونوع المعلومات التي يجب الإفصاح عنها واساليب الإفصاح وطرائقه وتوقيته، وهذه تعد المقومات الأساسية للإفصاح^(٣). وبالنسبة للمستفيدين من عملية الإفصاح فقد تكون الإدارة العليا هي الجهة المستهدفة بالمعلومات المفصح عنها لتمكينها من ممارسة دورها في المراجعة والتدقيق، أو اجهزة الرقابة الخارجية نحو الإفصاح لديوان الرقابة المالية الاتحادي وفقا للقانون. أما الغرض من الإفصاح فقد يكون لإجراء عمليات الرقابة والتدقيق، أو من اجل اطلاع الجمهور على أعمال الإدارة وإجراءاتها وانشطتها وأهدافها وموقفها المالي حتى يتمكن هؤلاء من مشاركة الإدارة في اتخاذ القرارات وتنفيذ مشروعاتها والتعامل معها أو لتمكين المستفيدين من اتخاذ قراراتهم وبناء تصورات سليمة سواء كانوا مستثمرين ام منافسين ام معاونين للإدارة.

ولضبط عملية الإفصاح يجب ان تؤخذ بالحسبان نوع المعلومات المفصح عنها وطبيعتها، وطرائق الإفصاح بان تكون بأساليب سهلة الفهم ومنظمة ولاسيما وان بعض المعلومات والتقارير خاصة المالية منها يتطلب فهم مضمونها قدراً كبيراً من المهارة، ويتوجب على الإدارة اختيار الوقت الملائم للإفصاح والالتزام بالمواعيد المحددة قانوناً للإفصاح في حال جرى تحديدها.

(١) فيصل زماط حسن السليم: المصدر السابق، ص ٩٣.

(٢) د.سالم محمد عبود:الازمة المالية العالمية بين مبدأ الإفصاح والشفافية،بحث مشارك في المؤتمر العلمي الثالث بالأردن للفترة من ٢٨-٢٩/٤/٢٠٠٩، منشور على الموقع الالكتروني الاتي: <http://iefpedia.com>، تاريخ: ٢٠/١١/٢٠٢٠، 4:02p.m.

(٣) ينظر: فيصل زماط حسن السليم : المصدر السابق، ص ٩٣.

ثالثاً: المشاركة: تؤدي المشاركة الإدارية دوراً مهماً في تحقيق الشفافية، وسنبين ذلك عبر الفقرتين الآتيتين:

١ - مفهوم المشاركة^(١): تمثل مشاركة المواطنين في الشؤون العامة ومنها الإدارية مظهراً بارزاً من مظاهر الديمقراطية عموماً والديمقراطية الإدارية بشكل خاص، ولهذا عدت بعض النظم القانونية ان الشفافية والمشاركة في اتخاذ القرارات يمثلان على وجه التحديد ما يسمى بالديمقراطية الإدارية، فإذا كانت الشفافية تتيح مراقبة عمليات صنع القرار فان المشاركة تسمح باتخاذ اجراءات بشأنها^(٢). وتطورت تطبيقات المشاركة خارج النظام الانتخابي التقليدي وبلغت حد مشاركة المواطنين بشكل مباشر في اتخاذ القرارات العامة فتعددت اساليب المشاركة وصورها، وكثيراً ما يكون الاعتراف الرسمي بمشاركة المواطنين خالياً من وضع تعريف له، إذ يكتفي المشرع عموماً بتأسيس آلية يصفها بأنها تشاركية من دون ان يضع معنى محدد لها، وهذا ما يفسح المجال لاجتهادات القضاء والفقه، لهذا يرى جانب من الفقه ان المشاركة ليست مفهوماً قانونياً، و مشاركة المواطنين تكون أمراً واقعاً يفرض بموجب قواعد غير مكتوبة وغير صريحة^(٣).

ولم ينص الدستور الفرنسي على مشاركة المواطنين، كما فعلت بعض دساتير الدول الأوروبية^(٤)، بينما تناولته نصوص القوانين المختلفة وفي مجالات متعددة نحو تلك المتصلة بالبيئة والتعمير وفي مجالات الإدارة الإقليمية أو المحلية وبالنسبة لبعض مستعملي الخدمات العامة، و تم ادخال مبدأ المشاركة في القانون

(١) المشاركة لغة هي الشُرْكة وهو ان يكون الشيء بين اثنين لا ينفرد به احدهما. ويقال شاركت فلاناً في الشيء، إذ صرت شريكه. ينظر: ابي الحسن احمد بن فارس بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، ج٣، المصدر السابق، ص ٢٦٥.

(2) Deirdre Curtin , Joana Mendes : Transparence et participation: Des principes démocratiques pour L'administration de L'union Européenne ,Revue française d'administration publique, 1 n°, 137-138 , 2011, p.103- 104.

(3) E. LE CORNEC: « L'aménagement en attente d'une démocratie de participation », Etudes foncières, janvier 2003, p. 36, Mentionné Florian Pinel: La Participation du citoyen à la décision administrative, Thèse de Doctorat de Droit ,L'Universite De Rennes 1- Comue Universite Bretagne Loire , France ,2018, p.27.

(٤) نصت المادة(٩-٢)من الدستور الاسباني على ان (مطلوب من السلطات العامة... تسهيل مشاركة جميع المواطنين في الحياة السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية)،والمادة (٢٣) منه ايضا نصت على ان (لجميع المواطنين الحق في المشاركة في الشؤون العامة)، ونصت المادة (٩) من الدستور البرتغالي على ان (... الدفاع عن الديمقراطية السياسية ، وضمان وتطوير المشاركة الديمقراطية للمواطنين في حل المشاكل الوطنية)،والمادة (٤٨-١)والتي نصت على ان (لكل مواطن الحق في المشاركة السياسية وفي ادارة الشؤون العامة للبلاد...)،وتضمن الدستور النمساوي نص مماثل في المادة (١١) منه، ينظر : Florian Pinel:op.cit.p.21.

الفرنسي بموجب القانون رقم ١٠١ في ٢ شباط ١٩٩٥ المتصل بتعزيز حماية البيئة^(١). وقر ميثاق البيئة الفرنسي رقم ٢٠٥ في ١ اذار ٢٠٠٥ ذو القيمة الدستورية المشاركة في تطوير القرارات العامة التي لها تأثير على البيئة^(٢). واعترف المشرع الفرنسي رسمياً بمبدأ مشاركة المواطنين في صنع القرار في مجالات جديدة للعمل الإداري وتطوير الياته والحركة مستمرة بهذا الاتجاه، وأهمها القانون رقم ١٢٥ في ٦ شباط ١٩٩٢ بشأن الإدارة الإقليمية، الذي تضمن آليات تسمح بمشاركة الناخبين في القرارات المحلية ومشاركة السكان والمستخدمين في حياة الخدمات العامة أو حتى مشاركة السكان في الحياة المحلية^(٣).

وبرزت المشاركة بوصفها موضوعاً أساسياً في اصلاح الخدمات العامة، إذ اعلن التعميم الصادر في ٢٦ تموز ١٩٥٥ عن ميثاق للمواطنين والخدمات العامة، وتضمن مبادئ جديدة منها مشاركة مستعملي الخدمات العامة، ونظم المشرع مشاركة المستخدمين في العديد من الخدمات العامة، من ذلك القانون الصادر في ٢ كانون الثاني ٢٠٠٢ بشأن العمل الاجتماعي، والقانون الصادر في ٤ اذار ٢٠٠٢ المتصل بحقوق المرضى ونوعية النظام الصحي إذ ينص على (مشاركة المستخدمين في عمل النظام الصحي)، ورغم كل هذه القوانين يرى احد الفقه بانها لا تعط مجالاً لمشاركة المواطنين في صنع القرار الإداري^(٤). وكان ظهور مدونة العلاقات بين الإدارة والجمهور بموجب الأمر ١٣٤١ في ٢٣ تشرين الثاني ٢٠١٥ الوقت المناسب للاعتراف الحقيقي بمفهوم قانوني للمشاركة، ومع ذلك لم يتخذ البرلمان خيار طرح هذه الفكرة مفضلاً استخدام مصطلح (الارتباط العام بالقرارات التي تتخذها الإدارة)^(٥)، وقد يميل المرء إلى اتباع هذه الدلالات الجديدة والتخلي عن فكرة الاعتراف بمفهوم مشاركة المواطنين في صنع القرارات الإدارية، ويرى احد الباحثين

(1) Art (1er) du la Loi n° 95-101 du 2 février 1995, JORF n°29 du 3 février 1995, publié sur le site: legifrance.gouv.fr. 19/12/2020 T: 6:14 p.m

(2) Art (7) Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 , JORf ,n°51 du 2-3-2005 page 3697.

وقضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه رقم ٢٦٤١١٥ بتاريخ ٢٠٠٦/١٢/١٣، بأن (...الغرض من اعتماد جمعيات حماية البيئة هو تشجيع مشاركة المواطنين في المشاورات المحلية بشأن القرارات البيئية، من خلال الجمعيات المعتمدة، إذ منح مصلحة في التصرف ضد أي قرار إداري أيا كان مصدره يمكن أن يؤدي إلى آثار ضارة بالبيئة على الإقليم الذي تمت الموافقة عليه...), منشورة على الموقع الالكتروني : legifrance.gouv.fr. D: 7-12-2020 ,T: 9:51 pm

(3) publié sur le site: legifrance.gouv.fr. D:15-12-2020 ,T: 1:14 pm.

(4) Florian Pinel:op.cit.p.24-25.

(٥) المواد (L131-1 à L135-2) من الامر رقم ١٣٤١ في ٢٣ تشرين الاول ٢٠١٥ ، منشور على الموقع الالكتروني:

legifrance.gouv.fr ، بتاريخ ٢٠٢٠/١٢/١٦ ، الوقت P.M 5:25

بان هذه الحادثة تنبع بلا شك من الحاجة إلى الجمع بين الاساليب المختلفة للمشاركة العامة، ولكن يبدو ان فكرة (المشاركة) هي المفضلة الان وهي مرنة بما يكفي لتشمل الفرضيات المختلفة للتدخل العام في اعداد القرارات الإدارية^(١).

ويستمد مبدأ مشاركة المواطنين أساسه من مبدأ (الشعب مصدر السلطات) والذي يمثل أساس الحكم الديمقراطي والشرعية المستمدة من الشعب، ولهذا نص دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤ على ان مشاركة المواطنين في الحياة العامة واجب وطني^(٢)، كما صادقت مصر على العديد من الاتفاقيات التي تلزم الدول الأطراف بإتاحة الوسائل الكفيلة بمشاركة المواطنين في اتخاذ القرارات.

وفي جمهورية العراق نص دستور عام ٢٠٠٥ على ان (للمواطنين رجالاً ونساءً حق المشاركة في الشؤون العامة...) ^(٣)، وهذا النص العام يشتمل على كفالة حق المشاركة في الشؤون الإدارية ومنها اتخاذ القرارات العامة ويكرس له؛ لان (مصطلح الشؤون العامة) يتسع ليشمل الشؤون الإدارية كونها جزء منه، الا ان الدستور لم يحدد آلية المشاركة سواء بالانتخاب أم الاستفتاء أم عن طريق ممثلين أم جمعيات أم بصورة استشارة، وترك للمشرع العادي تحديد ذلك.

وفي الواقع لا نجد المشرع يولي أهمية لحق المواطن في المشاركة خارج نطاق الاستفتاءات السياسية والانتخابات وعلى المستويين الاتحادي والمحلي، ويؤشر ذلك عدم الرغبة في الإقرار بالمواطنة الإدارية وغياب الارادة الحقيقية لتبني سياسة تحسين العلاقة بين الإدارة والمواطن واشراك الاخير في العمل الإداري واتخاذ القرارات التي تهم الصالح العام رغم وجود الأساس الدستوري. فضلاً عن القصور في التنظيم القانوني للمشاركة الإدارية إذ يفتح الباب واسعاً أمام الإدارة لتغييبه وتجاهل دور الجمهور وتطلعاته وانتهاج اساليب من شأنها التغافل عنه واضعاف فاعليته اعتماداً على سلطتها التقديرية الواسعة، في حين بمقدورها انتهاج اساليب أكثر فاعلية لاستيعابهم وافساح المجال لمشاركتهم بوجود الأساس القانوني العام للحق في المشاركة.

ولهذا إذا ما اراد العراق إحداث نقطة تحول صوب تحقيق الديمقراطية الإدارية والقيام بعملية الاصلاح الإداري وتعزيز التواصل بين الإدارة والمواطن، يجب على المشرع والقائمين على رسم السياسة العامة للدولة وتنفيذها العمل بشكل جاد نحو تحقيق الشفافية في العمل الإداري والاقرار بجملة من الحقوق للأفراد تضمن ذلك ومنها الحق في المشاركة ويمكن الاستفادة من تجارب الدول المقارنة التي مضت بخطوات متقدمة بهذا

(1) Ch. TESTARD, Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative, Thèse de Doctorat de Droit, Université Jean Moulin, Lyon, 2016, p. 32. p. 377.

(٢) المادة (٨٧) من دستور جمهورية مصر لعام ٢٠١٤.

(٣) المادة (٢٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

الشأن، ولهذا ندعو المشرع إلى سن قانون يضمن التأسيس لمشاركة المواطنين في العمل الإداري وفي إتخاذ القرارات الإدارية الهامة المتصلة بالشأن العام وتحديد اساليب و صور مشاركة المواطنين بما يضمن فاعليتها وبما يتناسب وأهمية هذا الحق وانعكاساته الإيجابية .

إن التحديد المجرد لمفهوم المشاركة الإدارية ليس بالأمر السهل، وعلى حد تعبير احد الفقه ان الصعوبة في فهم آليات المشاركة تنبع من عدم التحديد النسبي للإجابة على سؤالين أساسيين هما: ماهي المشاركة ومن هو الجمهور؟ يتبين في الواقع أن المشاركة متعددة الأشكال، والجمهور متعدد الواجه(١). وتعني المشاركة عند بعض الفقه (شكل من اشكال الارتباط والتدخل من قبل المواطنين في الاعداد واتخاذ القرارات الإدارية)(٢). و بانها (العملية التي يتم من خلالها ابلاغ المواطن بمشروع يتم البت فيه في ظل ظروف تسمح له بصياغة وجهة نظره)(٣). وعرفها اخر بأنها (مجموعة الآليات التي ينظمها القانون التي تسمح للأفراد بالتأثير بشكل مباشر ولكن بدون قوة اتخاذ القرارات الإدارية بشأن اعتماد ومحتوى وتنفيذ القرارات الإدارية)(٤). كما عرّفها أحد الباحثين بانها(مساهمة المواطنين في الإدارة وهم يشاركون في إصدار القرارات ليس بصفقتهم عاملين وانما بصفقتهم مستفيدين أو مستعملين للمرافق العمومية باعتبارهم عنصرا مكوناً للإدارة حتى تأتي قراراتها معبرة ومترجمة لحاجياتهم الواقعية)(٥). ويمكن ان نعرف المشاركة الإدارية على انها (مجموعة من الاليات القانونية التي تسمح للمواطن بالتأثير في مضمون العمل الإداري ومساره وعملية صناعته بما يسهم في ترشيده وضمان فاعلية النشاط الإداري وتحقيق الديمقراطية).

٢ - أهمية المشاركة في تحقيق الشفافية: اصبحت مشاركة المواطنين أحد اعمدة الاداء السليم للديمقراطية واخذت في الانتشار على مستوى العالم إذ تعد ضرورة لبناء علاقات مثمرة مع المواطنين ومن نتائجها تحسين نوعية الحياة على المستوى الوطني أو المحلي و شرعية وشفافية وكفاءة عمل الإدارة،، إذ تسمح المشاركة بان يكون للمواطن رأي في عملية صنع القرار والتأثير فيها، ويرى انصار الديمقراطية التشاركية ان للمشاركة وظائف أخرى عديدة في الديمقراطية الاولى تتمثل في انها وظيفة تعليمية، إذ تقوم بتحسين مهارات

(1) P. IDOUX, « Les eaux troubles de la participation du public », Environnement, juillet 2005, étude 26 , Mentionné Florian Pinel:op.cit.p.28.

(2) M .Prieur :Le droit à l, environnement et les citoyens : la participation , Revue juridique de l,Environnement,Année 1988/4,p.398.

(3) Florian Pinel:op.cit.p.31.

(4) Michel Delnoy: La participation du public en droit de l,urbanisme et de l,environnement, préface de Michel pâques, Larcier, france,2007,p. 831.

(٥) غزلان سليمة: المصدر السابق، ص ١١٨ .

المواطنين المدنية ومعارفهم عندما يشاركون في صنع القرار العام، والثانية هي وظيفة تكاملية إذ تسهم المشاركة في تنمية الفضائل المدنية فتمنح المواطنين الشعور بمواطنتهم وبأنهم جزء من مجتمعهم فيتعاظم لديهم شعور المسؤولية تجاه القرارات العامة، وتتمثل الوظيفة الثالثة في تعزيز شرعية القرارات المتخذة^(١). وان تبني المشاركة وتشجيعها تجعل المواطنين أقرب إلى ممارسة السلطة وإلى إصدار قرارات أكثر استنارة عن طريق التحاور مع المجتمع لتحديد احتياجاته و معرفة رؤيته للقضايا التي تؤثر عليه، مما يعزز استدامة القرارات وقبولها من المجتمع ووضع حلول فاعلة وشاملة مما يحقق زيادة الثقة في الإدارة العامة وقدرتها على إتخاذ قرارات جيدة وعقلانية تستند إلى النقاش العام و بناء علاقات أكثر ثراءً وأقوى مع المجتمع^(٢).

ونشير اخيرا إلى ان المشاركة تسمح بخلق ادارة حديثة تركز إلى المواطن ولا تهمش دوره في اتخاذ القرارات وفي ادارة النشاط العام وهذا ما يعزز النظام الإداري، ويتطلب ذلك تغيير اساليب اتخاذ القرارات وتبسيط الاجراءات وتزويد الجمهور بالمعلومات اللازمة والانفتاح نحو الإدارة الالكترونية وتغيير الانماط التقليدية في الإدارة بما يتيح للمواطن المشاركة في ممارسة مهامها مع بقائها محتفظة بامتيازاتها بوصفها سلطة عامة.

رابعا: الحصول إلى المعلومات: يعد الحصول على المعلومات عنصرا جوهريا في الشفافية ومنطلقا لانفتاح الادارات العامة، ولهذا اضحى حقا أساسياً للإنسان تلتزم الإدارة بضمانه، لذلك سنتناول بيان مفهومه ونطاقه وأهميته في تحقيق الشفافية عبر الفقرات الاتية:

١- مفهوم الحصول على المعلومات: يعتمد المجتمع المعاصر على المعلومات كونها المحرك الرئيس للحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وبالمقابل تعددت مصادر حصول الأفراد على تلك المعلومات لاسيما مع اتساع نطاق اعتماد الحكومة الالكترونية وتكنولوجيا المعلومات في العمل الإداري. ولا يخفى ما للمعلومة من قيمة كبيرة في حياة الأفراد والإدارة، ولها قيمة في حد ذاتها بغض النظر عن قيمتها المادية؛ إذ يمكن ان ترد عليها بعض الحقوق نحو حق الملكية، فهي وان كانت لها قيمة معنوية وتستقل عن الشكل

(1) Ank Michels : Les innovations dans la gouvernance démocratique-en qouoi la participation citoyenne contribue –T- elle à l,amelioration de la démocratie ?, Revue Internationale des SCIENCES administrarived,,Année 2011/2, Vol .77,p.279.

(2) Sally Hussey : Comprendrel,importance de la participation citoyenne , publié sur le site : <https://www.bangthetable.com/fr,D:3-12-2020,T:10:11p.m> .

المادي الذي تظهر فيه كالكتابة أو الصورة أو الصوت، الا انها تمثل قيمة اقتصادية كونها قابلة للحياة^(١).

وقد أولت الأمم المتحدة اهتماماً واضحاً بحق الأفراد في الحصول المعلومات وتداولها ومثلت جهودها النواة الأولى لظهوره وتشجيع الدول على إقراره، وحرصت على ذلك الاعلانات العالمية لحقوق الانسان^(٢).

وقد عرّف المشرع الفرنسي المعلومة في القانون رقم ٦٥٢ في ٢٩ تموز ١٩٨٢ بشأن الاتصال السمعي والبصري بأنها اي شيء يتعلق بـ (الاصوات أو الصور أو المستندات أو البيانات أو الرسائل من اي نوع)، وعرفها المرسوم الصادر في ٢٢ / ١٢ / ١٩٨١ المعدل بأنها (عنصر من عناصر المعرفة يمكن تمثيله عن طريق الاتفاقيات من اجل تخزينها أو معالجتها أو نقلها)، وعرف البيانات بانها (تمثيل المعلومات في شكل تقليدي يهدف إلى تسهيل معالجتها)^(٣). ولم يرد في القانون العراقي تعريفاً يبين المقصود بالمعلومة^(٤)، بينما عرّف قانون الحفاظ على الوثائق الوثيقة بوصفها المظهر الأكثر شيوعاً للمعلومات بأنها (جميع اشكال أوعية حفظ المعلومات الورقية والرقمية والالكترونية الفوتوغرافية والفلمية واي وفاء جديد يستحدث لاحقاً وتشمل الوثائق والمراسلات والسجلات والمستندات والخرائط والرسوم والبيانات والمخططات وكل ما يحتوي على حق مثبت فيه لجهة معينة)^(٥). ويلاحظ أن المشرع اطلق تسمية (الوثيقة) على صور المعلومات كافة وشمل الصورة

(١) د.حسام الدين كامل الأهواي: الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الالكتروني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، كانون الثاني وتموز ١٩٩٠، ص ٥، و د. رحاب فريد احمد محمد: الحق في الحصول على المعلومات دراسة مقارنة، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠٢٠، ص ٤٧.

(٢) المادة (١٩) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان ١٩٤٨ والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦، والمواد (١٠) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان ١٩٥٠، و (٩) من الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب ١٩٨١، و (٢٣) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الانسان ١٩٦٩، و (٣٢) من الميثاق العربي لحقوق الانسان ٢٠٠٤، د.ياسر سيد حسين سيد: الحق الدستوري في الحصول على المعلومات والبيانات في الدستور (المصري-الفرنسي-الأمريكي)، دار النهضة العربية، ٢٠١٨، القاهرة، ص ١٣٨، ود. احمد علي اللقاني : الحق في الحصول على المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٨٩-١٠٠.

(3)Thiébaud Devergranne:La propriété informatique, Thèse de doctorat droit privé sciences criminelles,L'Université Panthéon-Assas (Paris II)-Droit -économie -sciences sociales, 2007,p. 67.

(٤) عرفت المادة (١) من قانون الاحصاء العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٧٢ المعلومات الاحصائية بأنها (جميع الارقام والبيانات المتعلقة بالنواحي الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والصحية والسكانية وكل ما يتعلق بأحوال المجتمع ونشاطاته بما في ذلك البيانات المتعلقة بالإجازات والرخص والميزانيات والحسابات الختامية والتصريحات الكمركية والتقارير والوثائق والسجلات الحسابية المتصلة بتلك الاحوال والنشاطات). منشور في الوقائع العراقية العدد ٢١١١ في ٢٣/٣/١٩٧٢.

(٥) الفقرة (ثانياً) من المادة (٢) من القانون المذكور، منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٤٤٢٨ في ١٩/١٢/٢٠١٦.

الرقمية وترك الباب مفتوحاً أمام الأشكال الأخرى التي قد تستحدث مستقبلاً وحسناً فعل بذلك، إلا أنه لم يكشف عن الخصائص الذاتية للمعلومة مضمون الوثائق أو قيمتها^(١).

وتناولت التشريعات الوطنية للدول المقارنة النص على هذا الحق نحو القانون رقم ١٧ في ٦ كانون الثاني ١٩٧٨ في فرنسا إذ نظم إجراءات الحصول على المعلومات باتباع إجراءات تحمي الحقوق والحريات ومنها الحريات الشخصية، مؤكداً على أن تكون تكنولوجيا المعلومات في خدمة كل مواطن ويتم تطويرها في إطار التعاون الدولي، كما يجب أن لا تنتهك هوية الإنسان أو حقوقه أو خصوصيته أو الحريات الفردية^(٢). والقانون رقم ٧٥٣ في ١٧ تموز ١٩٧٨ بشأن التدابير المختلفة لتحسين العلاقة بين الإدارة والجمهور، فنص على حق كل فرد في الحصول على المعلومات، وهو حق محدد و يتصل بحرية الوصول إلى الوثائق الإدارية ذات الطبيعة غير الاسمية^(٣)، وتعد وثائق إدارية بالمعنى المقصود (جميع الملفات والتقارير والدراسات والمحاضر والاحصاءات والتوجيهات والتعليمات والتعاميم والمذكرات الوزارية والردود التي تتضمن تفسير القانون الوضعي أو وصف الإجراءات الإدارية والآراء باستثناء آراء مجلس الدولة والمحاكم الإدارية والتبؤات والقرارات في شكل وثائق مكتوبة أم تسجيلات صوتية أم مرئية أم المعالجة الآلية للمعلومات غير الشخصية)، ووفقاً لأحكام هذا القانون يجري إرسال الوثائق الإدارية تلقائياً إلى الأشخاص الذين يطلبونها^(٤). ومن ثم فقد أقر المشرع بذلك مبدأً عاماً في الحصول على المعلومات ضمن شروط وإجراءات معينة مراعيًا

(١) عرّف مشروع قانون الحصول على المعلومات لسنة ٢٠١٤ المعلومة بأنها (حقيقة ذات قيمة معرفية أو مادية موجودة في أي من السجلات والوثائق المكتوبة والمحفوظة الكترونياً أو الرسومات أو الخرائط أو الجداول أو الصور أو المايكرو فيلم أو التسجيلات الصوتية أو أشرطة الفيديو أو أي بيانات تقرأ على أجهزة خاصة أو أي أشكال أخرى تدخل في نطاق المعلومة وفقاً لأحكام القانون) محدد بذلك طبيعة المعلومات وخصائصها. نقلاً عن د. يمامة محمد ود. وائل منذر: التنظيم الدستوري والقانوني للحق في الحصول على المعلومات قراءة تقويمية في مشروع قانون الحصول على المعلومات، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون - الجامعة المستنصرية، مجلد ١٦، عدد ٢٩-٣٠، ٢٠١٧، ص ١٥.

(٢) ينظر: المواد (١) و(٢) و(٤) و(٨) من القانون المذكور.، وينظر: د. ياسر سيد حسين سيد: المصدر السابق ص ١٤٧. (٣) فرّق القانون بين الوثيقة غير الاسمية والاسمية، إذ انصبّ تحقيق مبدأ الشفافية على الوثيقة غير الاسمية أما الوثيقة الاسمية فقد جعل المشرع حق الاطلاع عليها مقصوراً على الأشخاص الذين تتعلق بهم، نحو دافع الضريبة بالنسبة لملفه الضريبي والموظف بالنسبة لملفه الوظيفي ونزيل المشفى بالنسبة لملفه بها ولا يمكن للغير الاطلاع عليها إلا بموجب وكالة أو صفه تخوله ذلك وفي حالة وفاة صاحب الحق لا ينتقل هذا الحق لورثته بحسب لجنة الوصول الى الوثائق (CADA) إلا إذا كانت لا تشتمل على بيانات يشكل الاطلاع عليها انتهاكاً لسرية الحياة الخاصة و كان الحصول عليها أمر لازم للتمسك بحق أو الاعتراف به أو لاتخاذ خطوات أو إجراءات إدارية أو قضائية، ينظر: د. محمد عبد الواحد الجميلي: المصدر السابق، ص ١١٩. (٤) ينظر المواد ١ و ٢ و ٥ من القانون المذكور.

تحقيق التوازن بين المصالح العامة والخاصة وحماية الحقوق والحريات. وقلب القاعدة العامة التي كانت سائدة بعدم وجود التزام على الإدارة باطلاع الأشخاص على المعلومات وبالتحديد الوثائق الإدارية^(١). كما أقر دستور جمهورية مصر لعام ٢٠١٤ مبدأ عام في حق الحصول على المعلومات والوثائق، واعترف بملكية الشعب للمعلومات، وواجب على الإدارات العامة المحافظة عليها بصورها المختلفة وتنظيم استخدامها وفقا للقانون^(٢). ولم يصدر إلى الان قانون ينظم حق الحصول على المعلومات إذ تفتقد مصر لوجود سياسة تشريعية لتنظيم الحصول على المعلومات و ضمان جودتها ما يؤثر على مصداقيتها والثقة فيها^(٣).

اما في العراق فلم يشر الدستور لعام ٢٠٠٥ إلى الحق في الحصول على المعلومات أو تداولها، وإنما اكتفى بالإقرار بحق المواطن في حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل^(٤)، وهذا ما يعد اعترافا ضمنيا بالحق في الحصول على المعلومات بوصف الاخير من مقتضيات حرية التعبير وأمر لازم لممارسة الحق في حرية التعبير. أما على مستوى التشريعات فنجد ان قانون الحفاظ على الوثائق قد نص على حق الاطلاع على الوثائق بوصفها وعاء للمعلومات المختلفة كأصل عام الا انه قيده ببعض القيود كما حظر بالمقابل الاطلاع على بعض انواع الوثائق وعدّها سرية^(٥). وأقر قانون حقوق الصحفيين حق الصحفي في الحصول على المعلومات والبيانات والانباء والاحصائيات غير المحظورة من مصادرها المختلفة وفي نشرها بحدود أحكام القانون، وله حق الاطلاع على المعلومات الرسمية وعلى الجهة المعنية تمكينه من ذلك والافادة منها مالم يكن افشاؤها يشكل ضررا بالنظام العام ويخالف أحكام القانون^(٦).

وقد عدّ القضاء الإداري الحق في حرية الحصول على المعلومات من الحريات الأساسية، وحاول مجلس الدولة الفرنسي الحد من السرية في العمل الإداري بإقرار حق الأفراد في الاطلاع على الوثائق

(١) د. محمد عبد الواحد الجميلي: المصدر السابق، ص ١٠٧.

(٢) المادة (٦٨) من دستور جمهور مصر العربية لسنة ٢٠١٤.

(٣) د. خليفة محمد عبد البر: حرية تداول المعلومات كوسيلة للرقابة على اعمال الإدارة دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية - مصر، ٢٠١٩، ص ١٦٥ و ص ٢٤١ - ٢٤٦ .

(٤) المادة (٣٨) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥. ونصت المادة (١٠) من اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٤ على الزام الدول الأطراف على اتخاذ تدابير تعزيز الشفافية في الادارات العامة تتمثل بـ (أ - اعتماد اجراءات او لوائح تمكّن عامة الناس من الحصول عند الاقتضاء على معلومات عن كيفية تنظيم اداراتها العمومية واشغالها وعمليات اتخاذ القرارات فيها، وعن القرارات والصكوك القانونية التي تهم عامة الناس مع ايلاء المراعاة الواجبة لصون حرمتهم وبياناتهم الشخصية). صادق عليها العراق بالقانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٧، المنشور في الوقائع العراقية العدد ٤٧٤٠ في ٣٠/٨/٢٠٠٧.

(٥) ينظر: الفقرة (خامسا) من المادة (١)، والمادتين (٣) و(٤) من قانون الحفاظ على الوثائق رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٦.

(٦) الفقرة (اولا) من المادة (٤) و(٦) من قانون حقوق الصحفيين رقم ٢١ لسنة ٢٠١١، الوقائع العراقية العدد ٤٢٠٦ في ٢٩/٨/٢٠١١.

الإدارية بدون نص عن طريق التوسع في تفسير النصوص التي اقرت حق الاطلاع نحو حكمه في قضية (Commune de muret) في ١١/١/١٩٧٨ وافر فيه لسكان القرية الحق في الاطلاع ليس فقط على محاضر المجلس المحلي وفقا لمدونة الإدارة المحلية وانما على ملحقات هذه المحاضر كالعقود، وفي مواقف أخرى كان القضاء أكثر حزمًا عندما ألزم الإدارة باطلاع الأفراد على ما لديها من وثائق دون الاستناد إلى أي نص وتوسع في تفسير النصوص^(١). وأيدت ذلك التوجه محكمة القضاء الإداري بمصر إذ قضت بحكمها في ٢٦/٦/٢٠١٦ بأن (القول باحترام حقوق الانسان ينال من سيادة الدولة ويتجافى مع الواقع والقانون بحسبان ان الدولة في دستورها الصادر عن الشعب هي التي اعطت هذه الاتفاقيات موضع الاحترام والتقدير فمن ينفذ التزامه الدستوري لا يجرح كبريائه بل يؤسس لنظام ديمقراطي يعلي من شأن الفرد وكرامته وحقوقه)^(٢). وقضت بتاريخ ٢٧/١١/٢٠١٠ بأن الحق في تدفق المعلومات وتداولها هو حق ذو طبيعة مزدوجة فهو في وجهه الاول يفرض التزاماً سلبياً مفاده امتناع الإدارة عن اتخاذ اي اجراءات تشريعية أو ادارية للحيلولة دون التدفق الحر للمعلومات أو السماح باحتكار المعلومات ومنع نشرها الا في حدود المحافظة على النظام العام، وهو في وجهه الثاني يفرض التزاماً ايجابياً مفاده التزام الدولة بنشر المعلومات الرئيسية التي تتعلق بالمصلحة العامة على أوسع نطاق لضمان الشفافية والرقابة على اداء السلطات العامة^(٣).

وأعطى احد الفقه مفهومين لحق الحصول على المعلومات أحدهما ايجابي واخر سلبي، ويشمل المفهوم الاول مايسمى بالإفصاح الاستباقي ويعني: قيام الإدارة بإعلام الجمهور بالمعلومات تلقائياً دون حاجة لتقديم طلبات أو اتباع اجراءات معينة قبل الحصول عليها، أما المفهوم السلبي فيعني: حرية البحث عن المعلومات عبر التزام الإدارة بالرد على طلب المعلومة المقدّمة من طرف المتعامل معها مستثنياً من ذلك المعلومات التي لا يجوز الإفصاح عنها بنص صريح^(٤). ونرى ان المفهوم الإيجابي قد انطوى على خلط بين مفهوم الإفصاح الإداري عن المعلومات ومفهوم الحق في الحصول عليها، ولهذا فان المفهوم السلبي هو الأكثر دقة، كما لا نتفق مع القول بأنه منحة قانونية من الإدارة؛ لان هذا الحق يعد من الحقوق الأساسية ومن ثم

(١) ينظر: حكمه في قضية (Rousselot) الصادر في ١٧/١٢/١٩٧١، وحكمه في ١٦ نيسان ١٩٦٢ نقلا عن د. محمد عبد الواحد الجميلي: المصدر السابق، ص ١٨ و ١٩.

(٢) حكم محكمة القضاء الاداري المصرية - الدائرة الثانية ، الدعوى رقم ١٢٠٨٩ لسنة ٦٩ ، ق جلسة ٢٦/٦/٢٠١٦، نقلا عن د. رحاب فريد احمد: المصدر السابق، ص ٣١.

(٣) حكمها في الدعوى رقم ١٤٣٠ لسنة ٦٥ ق بجلسته ٢٧/١١/٢٠١٠ - دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار، نقلا عن د. خليفة محمد عبد البر: المصدر السابق ، ١٧٤ .

(٤) نقلا عن د. رحاب فريد احمد: المصدر السابق ، ص ٥١.

فهو قيد على الإدارة وتلتزم باحترامه وتمكين الأفراد منه.

٢- نطاق الحصول على المعلومات: ان المعلومة تعد ملكا للأفراد وواجب الدولة الحفاظ عليها وتنظيم استعمالها، ومن مقتضيات ذلك تحديد المستفيدين منها وفقا للشروط التي يضعها القانون كتقديم طلب للحصول عليها وتوافر المصلحة. وقد اعطى المشرع الفرنسي لكل شخص الحق في الحصول على المعلومات وحرية الوصول إلى الوثائق الإدارية^(١)، إذ نص قانون ١٢ نيسان ٢٠٠٠ على حق كل شخص في الحصول على المعلومات^(٢)، ليشمل بذلك مواطني الدولة والاجانب وفقا للشروط والالوضاع نفسها والأشخاص المعنوية كافة. كما قرر حق الاجانب بذلك في القانون رقم ٥٣٨ في ١٦ تموز ١٩٨٠ المتصل بالاطلاع على الوثائق أو المعلومات الخاصة بأمر اقتصادي أو تجاري أو تقني إلى الأفراد الأجانب أو الأشخاص القانونيين^(٣). علما ان قانون ١٧ تموز ١٩٧٨ لم يشترط تقديم اي تسوية من المتقدم لطلب الاطلاع أو الحصول على الوثائق، وليس للإدارة ان تسأله عن الغاية من وراء ذلك أو فيما سيستخدمها^(٤).

فيما قصر المشرع المصري الحصول على المعلومات على (المواطن) واستبعد اتاحتها للأجانب، أما في العراق فيمكن تحديد المستفيدين منه بالأشخاص الطبيعية من المواطنين والاجانب والأشخاص المعنوية كافة ويأتي ذلك انسجاماً مع الصياغة التي اعتمدها دستور عام ٢٠٠٥ في كفالاته لحرية التعبير عن الرأي إذ لم يقصره على تعبير (المواطن)، ولهذا يقع على المشرع في إطار توجهه لسن قانون لتنظيم الحصول على المعلومات السير بهذا الاتجاه ويوسع دائرة المستفيدين؛ لأن هذا الحق من الحقوق الانسانية التي تثبت للكافة.

ويمكن لأي شخص وفقا لقانون الحفاظ على الوثائق وبموافقة أو تأييد رسمي من الجهة المختصة الاطلاع على الوثائق الرسمية مع حقه في الحصول على صورة منها بموافقة الدائرة المعنية شرط ان لا يترتب على ذلك ضرر، موسعا من نطاق المستفيدين وجعلها متاحة لأي شخص وقرن ذلك بالحصول على موافقة من السلطة المختصة، مما يعني وجوب تقديم المستفيد طلبا بذلك يخضع لتقدير الإدارة المعنية، كما أجاز القانون حجب وثائق معينة من الاطلاع بموافقة الأمانة العامة لمجلس الوزراء^(٥). و نرى مع ذلك

(١) المادة (1-311 L) من الامر رقم ١٣٤١ في ٢٣ تشرين الاول ٢٠١٥ .

(٢) المادة (٢) من قانون رقم ٣٢١ في ١٢ نيسان ٢٠٠٠ المتصل بحقوق المواطنين في علاقاتهم مع الادارة، منشور على

الموقع الالكتروني: legifrance.gouv.fr ، D: 23/1/2021,T: 7:20 pm

(3)Publié auJORFN°165,17-1-1980,publié sur le site:legifrance.gouv.fr.D:1/2/2021,T:5:25pm.

(٤) د. محمد عبد الواحد الجميلي: المصدر السابق، ص ١١٨.

(٥) الفقرة (اولا وثالثا) من المادة (٤) من قانون الحفاظ على الوثائق رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٦.

ضرورة ان ينص القانون على حق الحصول على المعلومات والوثائق بشكل صريح وعدم وضع القيود والشروط غير المبررة أمام ممارسته نحو اشتراط ان يكون المستفيد من الباحثين أو الاكاديميين فنرى ان الجميع متساوون في التمتع بهذا الحق.

أما الجهات الملتزمة بتقديم المعلومات فهي الادارات العامة كافة المركزية والمحلية، ووسع المشرع الفرنسي من نطاق هذا الالتزام ليشمل الادارات الخاصة التي تدير مرفق عام^(١)، وهذا ما أكدته القضاء الفرنسي في أحكامه وذهب إلى ابعاد من ذلك فشمّل تلك التي تقوم على تحقيق هدف مرفق عام أو تديره ادارة مختلطة مغلبا متطلبات الشفافية الإدارية^(٢)، بينما تتجه لجنة الوصول إلى الوثائق الإدارية (CADA) إلى التضيق من نطاق الادارات الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عام من الخضوع لالتزام الاطلاع بالاستناد على درجة الارتباط بالمرفق فتقتصرها على تلك التي تتمتع بامتيازات القانون العام من دون تلك القائمة ببعض مهام المرفق العام أو تحقيق اغراضه الا انها لاتديره، وسأيرت ذلك بعض المحاكم إذ استبعدت المحكمة الإدارية في ليون خضوع الوكالة الخاصة بتخطيط منطقة ليون لأحكام قانون ١٧ تموز ١٩٧٨ لأنها لا تدير مرفقاً عاماً^(٣).

وهذا التمييز منتقد؛ لأن ما تقوم به هذه الاخيرة انما هو ادارة لمرفق عام فضلاً عن ضرورة توسيع نطاق الحصول على المعلومات والوثائق تحقيقاً للغاية من القانون في الحد من السرية .

أما النطاق الموضوعي ويقصد به المعلومات المختلفة، فانه يضيق ويتسع بحسب الوضع السياسي والاقتصادي والاجتماعي فكلما كانت الدولة متقدمة ديمقراطياً وتسود فيها قيم الشفافية كلما اتسع، هذا النطاق وقلت الاستثناءات، واقرت معظم المواثيق الدولية بوجود حدود لحق الحصول على المعلومات تقرضها ضرورات الحفاظ على النظام العام كما انه يخضع للشروط القانونية التي تضعها القوانين الوطنية لتنظيم استخدامه، ولهذا فقد استثنى المشرع الفرنسي من حق الاطلاع على المعلومات أو الوثائق إذا كان فيها ما يضر سرية البعض منها، وأجاز للإدارات رفض السماح بإرسال الوثيقة^(٤)، ويتم تحديد الوثائق التي لا يمكن ابلاغها للجمهور بسبب طبيعتها أو موضوعها بقرارات وزارية بعد أخذ رأي لجنة الوصول إلى الوثائق

(١) المادة (٢) من قانون ١٧ تموز ١٩٧٨، والمادة (١) من قانون رقم ٣٢١ في ١٢ نيسان ٢٠٠٠ في فرنسا.

(٢) حكمه في ٣ شباط ١٩٩٢، ذكره د. محمد باهي ابو يونس: المصدر السابق، ص ٨٠.

(٣) حكمه في ٣٠ نيسان ١٩٨١، وقضت محكمة باريس الادارية في ٢ ايار ١٩٨٤ بان جمعية دعم ابحاث السرطان التي تهدف الى دعم الدراسات والابحاث العلمية في هذا المجال فهي وان كانت تحقق مصلحة عامة الا انها لا تدير مرفقاً عاماً مباشرة، نقلا عن د. محمد باهي ابو يونس: المصدر السابق، ص ٧٩.

(٤) ينظر: المادة (٦) من قانون ١٧ تموز ١٩٧٨ الفرنسي.

الإدارية، موازنا بذلك بين حق الحصول على المعلومات والسرية الواجبة لبعض الوثائق. واعتمد المشرع معيارا شكليا في تحديد الوثيقة الإدارية، وعدد انواع الوثائق على سبيل المثال لا الحصر^(١).

الا ان القضاء والفقه استقرا على اضافة وثائق أخرى إذا ما توافرت لها الصفة الإدارية، إذ شمل مجلس الدولة ولجنة الوصول إلى الوثائق الإدارية أيضاً الوثائق التي بحوزة الإدارة لأداء مهمتها أو حاجتها لها وان لم تكن صادرة منها نحو أوراق اجابة الامتحانات والاوراق المرفقة بملف التسجيل للحصول على وظيفة أو لقب^(٢). ويلاحظ ان القضاء الإداري اخذ بالمعيار الشكلي و اضاف اليه معيارا ماديا في تحديد الوثيقة الإدارية فتكون كذلك إذا كانت صادرة من ادارة عامة و متصلة بنشاط يخضع للقانون العام مستبعدا بذلك الوثائق المتعلقة بعقود وقرارات اشخاص القانون الخاص غير المتصلة بتنفيذ المرفق العام والحالة المدنية للفرد^(٣).

وقد استثنى القانون رقم ٧٥٣ في ١٧ تموز ١٩٧٨ من امكانية الحصول على المعلومات ما يتصل بآراء مجلس الدولة والمحاكم الإدارية والقرارات في شكل وثائق مكتوبة أو تسجيلات صوتية أو مرئية أو المعالجة الآلية للمعلومات غير الشخصية. ووثائق محكمة المحاسبات والوثائق التي تعدها أو تحتفظ بها الهيئة العليا لشفافية الحياة العامة وفق قانون شفافية الحياة العامة لعام ٢٠١٣، والوثائق السابقة لإعداد تقرير اعتماد المؤسسات الصحية المنصوص عليها في مدونة الصحة العامة^(٤).

ولم ينص دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤ على نطاق تطبيق حق الحصول على المعلومات وحرية تداولها، واستثنى الدستور المعلومات التي تتصف بالسرية عبر عدم اتاحتها للمواطنين للاطلاع والحصول عليها أو تداولها تاركا تنظيم ذلك لأحكام القانون^(٥). أما المشرع العراقي فقد قسم الوثائق إلى عدة اصناف بحسب طبيعتها وامكانية الاطلاع عليها إلى وثائق عامة و يجوز الاطلاع عليها من قبل ذوي المصلحة، ووثائق خاصة وهذه لا يجوز الاطلاع عليها الا في الحالات التي تستوجب ذلك بموافقة الجهة المعنية، واخيرا وثائق سرية وهي لا يجوز الاطلاع عليها لمساسها بأمن الدولة أو ترتيبها ضررا وبحسب مقتضيات

(1) Art (L 300-2) Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015.

(٢) ينظر: أحكام مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٨٧/٤/٨ وفي ١٩٨١/٧/٥ وفي ١٩٨٩/٧/٢٧ وفي ١٩٩٤/٧/٢١، وفي ١٩٨٨/١/٢٠ وفي ١٩٨٩/٧/٢٧، وفي ١٩٨٥/٦/٣، نقلا عن د. محمد عبد الواحد الجميلي: المصدر السابق، ص ١٢٥ - ١٢٦.

(٣) أحكام مجلس الدولة الفرنسي في ٢٦ تموز ١٩٨٥ وفي ٦ حزيران ١٩٨٦ وفي ٩ شباط ١٩٨٣ وفي ٢٦ تموز ١٩٩١، ذكرها د. محمد عبد الواحد الجميلي: المصدر السابق، ص ١٢٧.

(٤) نقلا عن د. رجا فريد احمد: المصدر السابق، ص ١٧٤.

(٥) ينظر نص المادة (٦٨) من الدستور المذكور، و د. هالة الالفي: الحماية الدستورية لتداول المعلومات دراسة مقارنة، ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية - مصر، ٢٠٢١، ص ٣٧ و ٥١.

العمل^(١)، ويؤخذ على هذا التقسيم أنه لم يحدد ماهية الوثائق العامة أو الخاصة، أما الوثائق السرية فحددها بتلك الماسة بأمن الدولة والتي يسبب الاطلاع عليها ضرر، ويترك تقدير ذلك إلى الجهات المعنية وفقاً لمقتضيات العمل ما يفسح المجال واسعاً أمام الإدارة في تحديد ذلك. ومن ثم فإن قانون الحفاظ على الوثائق لم يعتمد معياراً معيناً في تصنيف الوثائق إلى عامة أو خاصة أو سرية ومن ثم تحديد من له حق الاطلاع.

٣- أهمية الحصول على المعلومات في تحقيق الشفافية: ان الحصول على المعلومات انما هو جزء من مبدأ الشفافية واحد مقتضياته، ويسهم في غرس ثقافة الشفافية داخل الادارات الوطنية والمحلية^(٢)، إذ ان السمة البارزة للشفافية تظهر عبر ما يمكنها اتاحته من معلومات وبيانات للجمهور عموماً، فضلاً عن سهولة الحصول عليها من حيث الوقت والتكلفة ومصادقية تلك المعلومات ودقتها مع الاخذ بالحسبان مقتضيات حماية البيانات الشخصية ومتطلبات السرية الواجبة. وهذا ما يعكس مصادقية الإدارة ويمنع انتشار الشائعات والمعلومات المغلوطة وتعدد مصادرها، وتحقيق الرضا وتحسين علاقتها مع الجمهور من افراد ومنظمات مجتمع مدني واعلام، ولهذه الأهمية اخذت الدول تتجه سياسة الانفتاح على المعلومات وتغليب اعتبارات الشفافية بينما مازالت دول أخرى تجر خطاها نحو ذلك رغم التزاماتها الدولية التي توجب عليها اتباعها في مقدمتها اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٤.

ويؤكد القضاء الإداري على أهمية الحصول على المعلومات في تعزيز الشفافية، إذ قضت محكمة القضاء الإداري بمصر بأن (...تتظيم حق المواطنين في الوصول إلى المعلومات والبيانات المتعلقة بالتسويات التي تُجرى على المال العام من شأنه تعزيز مبدأ الشفافية ويضمن طرقاً أفضل لإتمام هذه التسويات على احسن وجه، ويقضي على الفساد ويؤدي إلى اتخاذ قرارات مدروسة من القائمين على أمر هذه التسويات تؤثر تأثيراً مباشراً في حياتهم واطواعهم الاقتصادية ويضع قادتهم أمام المسائلة ومن ثم يتعين

(١) المادة (٣) من قانون الحفاظ على الوثائق رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٦.

(٢) يرى بعض الفقه الفرنسي ان الشفافية لاتزال غير تلقائية بشكل كاف، وان (CADA) تستولي على عدد كبير من الطلبات على المدى الطويل، اذ زاد العدد السنوي للإحالات بشكل مطرد الى حوالي ٧٠٠٠ منذ عام ٢٠١٥ ومع ذلك يشير التقييم محذراً الى انه في أكثر من نصف الحالات يمكن للإدارة الاستجابة بسهولة في ضوء العقيدة الراسخة لهذه اللجنة، وفي أكثر الحالات لا يكون الدافع الراسخ وراء هذا القصور هو رفض الشفافية من جانب المرافق العامة وانما يرجع ذلك الى اللامبالاة المعهودة و بسبب صعوبة الادراك الصحيح ايضا لقواعد القانون الذي اصبح معقدا للغاية بسبب تعدد القوانين الخاصة، ينظر : Entretien avec Marc Dandelot: Évolution et enjeux du droit d, accès aux documents administratifs depuis la loi du 7 octobre 2016 pour une république numérique , Revue française d,administration publique, no 165,2018,, p. 129-130 .

على الدولة ان تنشئ الاطر القانونية القوية التي تحمي حق الأفراد في الوصول إلى المعلومات وبما يضمن الحفاظ على سريتها وبالتالي يؤدي إلى خلق مجتمع مدني نشط قادر على تحقيق رقابة شعبية حقيقية وفعالة على تصرفات الحكومة في أموال الدولة^(١). ولهذا فان كفالة الحصول على المعلومات وإقرار الحق فيه من شأنه تعزيز ودعم الحقوق الأخرى إذ يعد مدخلا لها، فالمعلومة جوهر تلك الحقوق كالحق في المشاركة والعلم والمعرفة وحرية التعبير والرأي وحرية الإعلام والصحافة وتعزيز دور الأفراد في الرقابة والمسائلة وحماية حقوق وحریات اقتصادية واجتماعية أخرى، ما يوضح أهمية المعلومة بالنسبة للأفراد والمجتمع^(٢).

ان النظام القانوني العراقي بحاجة ماسة إلى وجود قانون ينظم الحق في الحصول على المعلومات، لتمكين المواطن من ممارسة دوره الفاعل في المشاركة في ادارة الشؤون العامة وعدم تهميشه وضمان احترام المشروعية وصولاً إلى تحقيق الشفافية وفتح أبواب السرية التي تختبئ وراءها الادارات لإخفاء فسادها وانحرافها من ثم فان اقرار الشفافية من دون ذلك انما يفرغها من محتواها، و تشريع مثل هذا القانون يعد الخطوة الاولى في طريق تحقيق ثورة الاصلاح الإداري وتنظيم علاقة الإدارة بالجمهور واستعادة ثقة المواطن بالإدارة وتحقيق الديمقراطية والحكم الراشد، ويمكن الاستفادة من تجارب الدول المقارنة في ذلك لتكون دليلاً للمشرع يهتدي به في سن هذا القانون. ولهذا ندعو المشرع لسن قانون موحد ينظم عناصر الشفافية الإدارية كافة بحسبانها مترابطة ومتكاملة، و يوازن فيه بين المصالح المختلفة ويحدد حالات السرية في اضيق الحدود وبما يلزم للحفاظ على كيان الدولة وحقوق الأفراد.

خامساً: تبسيط الاجراءات الإدارية: يقصد بالإجراءات الإدارية مجموعة من الخطوات التفصيلية المتتابعة والموضوعة سلفاً والمرتبطة وفقاً لزمان حدوثها والتي يلزم اتخاذها واتباعها ووضعها موضع التنفيذ لإنجاز العمل وفقاً لتصور أو هدف معين^(٣). وسنبين في الفقرتين الآتيتين مفهوم التبسيط وأهميته في تحقيق الشفافية.

١- مفهوم تبسيط الاجراءات الإدارية: ان التبسيط ونقيضه التعقيد في المجالات الإدارية يشكلان مفاهيم متعددة المعاني، ولهذا لا يوجد اتفاق حاسم حول تعريف التبسيط، ولم يتطرق المشرع العراقي عبر البحث في

(١) حكمها في الدعوى رقم ٥٩٤٣٩ لسنة ٦٧ ق- الدائرة الاولى، نقلاً عن د. رحاب فريد احمد: المصدر السابق، ص ١٤٣.

(٢) حكم محكمة القضاء الاداري - دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار - الدائرة السابعة في الطعن رقم ٤٦٧١٧ لسنة ٦٢ قضائية- في ١٦/٥/٢٠٠٩، حكم منشور على الموقع: <https://www.eastlaws.com>، ١٥/١٢/٢٠٢٠، p.m9:٠٤، وينظر: د. احمد اللقاني: المصدر السابق، ص ٢٣.

(٣) ابراهيم الباز مصطفى الباز: تبسيط الاجراءات في مجال العقود الادارية (دراسة تحليلية)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة - مصر، ٢٠١١، ص ١٣.

القوانين المختلفة لذلك والموقف نفسه في الدول المقارنة، كما لم يعرفه القضاء الإداري أيضاً، فيشير التبسيط من وجهة نظر قانونية إلى مفهوم وضوح القانون وفهمه من قبل المواطنين، ومبدأ وضوح القانون هدف ذو قيمة دستورية ومبدأ عام للقانون^(١)، ولهذا يتعارض التعقيد مع اليقين القانوني، إذ يجب ان يُظهر القانون قدراً من الوضوح والاستقرار والقدرة على التنبؤ وهي خصائص حاسمة^(٢)، ويتم تقديم التعقيد على انه حجم اقتصادي وتكلفة قابلة للقياس ويمكن تحليلها بعد ذلك على انها تكلفة عوامل انتاج، وهذا الجانب كان محلاً لنشاط مستمر في السنوات الاخيرة في العديد من الدول وظهور محاولات لتبسيط القانون والاجراءات الإدارية واصبح جزء من نهج شامل ومقياس لتخفيف العبء الإداري.

و قد عرّفت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية التبسيط الإداري بأنه (أداة تستخدم لتمرير ومراجعة وترشيد مخزون اللوائح الإدارية)^(٣). وعرفه البعض بأنه (فن تحقيق الاستخدام الاقتصادي للمجهودات البشرية والامكانيات المادية والوقت بما يحقق أداء العمل بأسرع واسهل وارخص الطرق)^(٤). وهذا مؤدى عملية التبسيط إذ يشير إلى بذل اقل جهد وتكاليف واسرع وقت في اداء العمل الإداري.

إن مشكلة تعقيد الاجراءات ليست حديثة العهد بل هي من المشكلات المتأصلة في النظم الإدارية البيروقراطية، وتبسيطها أحد محاور سياسات التحديث الإدارية، التي تستهدف الوصول إلى تحقيق العدالة وجودة العمل الإداري. ويبرر التعقيد في الاجراءات الإدارية على انه مجرد انعكاس للتعقيد في المجتمعات الحديثة، الا ان مطلب تحقيق التبسيط ليس هدفاً في ذاته وانما وسيلة لتحقيق العدالة الاجتماعية، فالتعقيد المفرط يقوض حقوق الأفراد ويفوّت عليهم الفرص التي يجب ان يسعى القانون إلى ضمانها، ويؤدي إلى شعور الأفراد بالظلم ويفرض صعوبات التفاهم بين المواطنين والإدارة، وربما يكون سبباً لاتباع سلوكيات غير مشروعة وصولاً لاقتضاء الحقوق نحو اتباع اساليب الرشوة والوساطة والتزوير والتهرب الضريبي وغيرها،

(1) C C F . n° 99-421 du 16 décembre 1999 , et C.E, Ass ,24 mars 2006 , n°288460, Mentionné Bertrand du Marais: simplifier le droit : Du mythe de sisyphé À l'horticulture juridique, Revue française d'administration publique, 2016/1, No 157,p.184.

(٢) د. مازن ليلو راضي: اليقين القانوني من خلال الوضوح وسهولة الوصول الى القانون، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون ،جامعة بغداد، مجلد ، العدد ١، ٢٠١٩، ص ٦-٧.

(3) Annie Bartoli ,Gilles Jeannot, Fabrice Larat :La simplification des forms et modalités de l' action publique : origins, enjeux et actualité, Revue française d'administration publique, 2016/1, N° 157,p.17.

(٤) د. نضال عباس ود. سميرة ابراهيم: أثر متطلبات انسيابية العمل في تبسيط الاجراءات الادارية، بحث منشور في مجلة دنانير، الجامعة العراقية – كلية الإدارة والاقتصاد، المجلد ١ ، العدد ٤، ٢٠١٣، ص ٢٧٧ .

وذلك ما أكدته تقارير مجلس الضرائب الاجبارية الفرنسي إذ أوضحت أن أحد الأسباب الرئيسية للتهرب الضريبي والمخالفات التي جرى الكشف عنها أثناء عمليات التدقيق الضريبي هو تعقيد القواعد^(١)، ليكون تعقيد الاجراءات وبطئها سببا من أسباب الفساد. ومن وجهة نظر أخرى قد يجد البعض ان ضمان تحقيق العدالة يتطلب فرض بعض التعقيد وان تأخذ الإدارة وقتها اللازم، فالاهتمام بالمشروعية يشجع على تراكم الاجراءات والضوابط الشكلية مما يؤدي إلى ابطاء عملية إتخاذ القرار، والكتابة تزيد من ادارة الملفات عبر مضاعفة الشكليات والمراسلات الإدارية نسبيا، كما تعمل المركزية على اطالة وتعقيد دوائر صنع القرار وبذلك يظهر التعقيد والتباطؤ كنتاج ثانوي لمنطق مؤسسي؛ إذ تعمل الإدارة على إعطاء نفسها الوقت للتفكير وعدم التسرع وفرض أسلوبها على المواطنين، وهذا ما جرى التنديد به منذ القرن التاسع عشر^(٢).

ان ظاهرة التعقيد والبطء في الاجراءات إحدى السمات الأساسية للنموذج البيروقراطي الذي يولد وفي جوهره البطء والصلابة والتعقيد، لذلك لا يمكن للمرء ان يدعي التصحيح دون مهاجمة هذا النموذج ولا يمكن

للإدارة الا ان تكون نموذج جديد غير بيروقراطي، ورغم هدف سياسات التحديث ورغبتها في تقليل الجمود المتأصل في المنطق البيروقراطي عبر الانتقال إلى نموذج تنظيمي أكثر انفتاحا ومرونة، الا ان معالم هذا النموذج في الواقع مازالت غامضة ومتناقضة إلى حد ما، ولهذا اضحى تبسيط الاجراءات مسار توجه رئيسي شرعت به العديد من البلدان في محاولة الاستجابة للمتطلبات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وقد تضمنت المذكرة التطبيقية لبرنامج الأمم المتحدة الانمائي في تشرين الاول ٢٠٠٣ بان توافر المعلومات لا يعني الشيء الكثير إذا كانت كلفة الوصول اليها غير معقولة فمن الأهمية بمكان إذا أُريد للشفافية ان تكون ذات مغزى ان تأخذ بالحسبان الاحتياجات المعلوماتية للفقراء وكيفية وصولهم إلى المعلومات^(٣).

وتمثل التبسيط في فرنسا بسلسلة من القوانين المتعاقبة^(٤)، وقد ادت المبادرة التي اطلق عليها (صدمة التبسيط) في عام ٢٠١٣ إلى حزمة من الاجراءات تكللت بصدور القانون رقم ١٠٠٥ في ١٢/١١/٢٠١٣

(1) Polina Kouraleva-Cazals: La simplification de l'action publique en matière fiscale, Revue française d'administration publique, 2016/1, No 157, p. 87.

(2) Jacques Chevallier, L'accélération de l'action administrative, Philippe Gérard, François Ost Michel Van de Kerckhove, L'acceleration du temps juridique, Collection générale (83), Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2000, p.489-508.

(٣) نقلا عن سامي الطوخي: شفافية اعمال الإدارة مدخل رقابي للإصلاح الاداري ، المصدر السابق، ص ١٨٨.

(٤) تمثلت بالقوانين الاتية: قانون تبسيط القانون الاول رقم ٩١ في ٢/٧/٢٠٠٣، وقانون تبسيط القانون رقم ١٣٤٣ في ١٩/١٢/٢٠٠٤، وقانون تبسيط القانون رقم ١٧٨٧ في ٢٠/١٢/٢٠٠٧، وقانون تبسيط وتوضيح القانون رقم ٥٢٦ في =

الذي خول الحكومة تبسيط علاقات الإدارة والمواطنين، واعتمد فيه مبدأ (الصمت يساوي القبول) بوصفه مبدأً عام وبموجبه يعد سكوت الإدارة لأكثر من شهرين على طلب مقدم لها قبولاً ولم يعد رفضاً كما كان من قبل، بهدف تقليل المواعيد النهائية التي تمنح الإدارة امكانية تأجيل لحظة إتخاذ القرار، مع امكان استبعاد تطبيق هذا المبدأ في عدة حالات منها تلك التي يكون القبول الضمني فيها غير متوافق مع الالتزامات الدولية والاوربية لفرنسا أو حماية الامن القومي وحماية الحريات والحفاظ على النظام العام والتي يستثنىها القانون من نطاق هذا المبدأ^(١). وقد عالج المشرع حالة التأخير في تنفيذ الأحكام القضائية من الإدارة وتحديد مدة لتنفيذها من قبل المحاكم وفرض غرامة مانحا القاضي الإداري سلطة التنفيذ المباشر على الإدارة^(٢).

وظهرت في العراق محاولات لتبسيط الاجراءات^(٣). إلا أن الواقع القانوني والإداري في العراق لم يشهد أي إصلاحات وغياب أي سياسة للتحديث الإداري في مجال تبسيط الاجراءات، ولا توجد خطوات حقيقية نحو التبسيط عدا ما يتصل ببعض التطبيقات الالكترونية نحو تقديم الطلبات من المواطنين الراغبين في الحصول على خدمة معينة واملاء النماذج الإدارية، و لم يبلغ ذلك المراجعات الإدارية واستغرق المعاملة وقتاً طويلاً لتتجز والمعاونة من روتين وتعقيد الاجراءات ومرورها بمراحل كثيرة وبطئها. ويذكر ان مجلس الوزراء العراقي صادق بقراره المرقم ١٤٨ لسنة ٢٠٢٠ على ما جاء بالورقة البيضاء للإصلاح الاقتصادي والمالي^(٤). وتضمنت اتخاذ بعض الخطوات الاصلاحية، ومن ذلك تطوير الحوكمة والبيئة القانونية والإدارية لتمكين المؤسسات والأفراد من توفير شروط الاصلاح الحقيقي وتطبيقه، ويشمل ذلك مراجعة وتعديل تعليمات تنفيذ العقود الحكومية بهدف تعزيز الكفاءة والشفافية والمسائلة ومكافحة الفساد والهدر واصلاح الإدارة العامة

=٢٠٠٩/٥/١٢، وقانون تبسيط القانون رقم ٥٢٥ في ١٧ ايار ٢٠١١ وتم تبنيه بعد تقرير وارسمان في كانون الثاني ٢٠٠٩، وقانون رقم ٣٨٧ في ٢٢ اذار ٢٠١٢ المتصل بتبسيط القانون وتقليص الاجراءات الادارية المعروف بقانون وارسمان.، وقانون رقم ١٥٢٥ في ٧ كانون الاول - ديسمبر ٢٠٢٠ بشأن تسريع العمل العام وتبسيطه .

(١) القانون رقم ١٠٥٥ في ١٢ / ١١ / ٢٠١٣، وسلسلة المراسيم التنفيذية الصادرة اعتباراً من ١٢ / ١١ / ٢٠١٤، ومنها المراسيم ٢٦٣ و ٢٦٤ و ٢٦٦ في ٢٣ / ١٠ / ٢٠١٤، الموقع الالكتروني: legifrance.gouv.fr. 13/2/2021,T: 12:34 p.m .

(٢) القانون رقم ١٢٥ في ٨ شباط ١٩٩٥ بشأن تنظيم المحاكم والاجراءات المدنية والجنائية والادارية، منشور على الموقع الالكتروني: legifrance.gouv.fr. 27/1/2021,T: 3:01 pm .

(٣) من ذلك خطة الاصلاح الاداري للأعوام (٢٠١٤-٢٠١٨)، ينظر: سحر عناوي رهيو الزبيدي: الشفافية الادارية ودورها في دعم الاصلاح الاداري دراسة تحليلية لآراء عينة من العاملين في المصارف الحكومية في الديوانية، بحث منشور في مجلة الكوت للعلوم الاقتصادية والادارية، كلية الإدارة والاقتصاد - جامعة واسط، المجلد ١، العدد ٢٤، ٢٠١٦، ص ١١.

(٤) وهذا ما قرره بجلسته الاعتيادية في ٩/شباط/ ٢٠٢٠، منشور على الموقع الالكتروني لمجلس الوزراء العراقي : <http://cabinet.iq> ، تاريخ الزيارة: ٢٠/شباط/٢٠٢١، الساعة ١٠:٢٣ .P.M

بههدف الوصول إلى بيئة محفزة للأعمال تسهم في تمكينها ونموها وتحريرها بدل عرقلتها وكبحها عبر تعديل لائحة تعليمات العقود الحكومية بما يحقق تبسيط الاجراءات وتعزيز الالتزام بها وادخال اجراءات الحوكمة الالكترونية في التعاقد الحكومي^(١). الا ان هذه الاصلاحات مازالت لم تحصد اي من ثمارها ونتائجها غير ملموسة حالياً، ويمكن عدّها لفئة أولى باتجاه خطوات اصلاحية جادة، وواقع الحال يثبت ان هذه الورقة ماهي الا ورقة سياسية واعلامية وليست قانونية ولهذا لا تطفو آثارها على السطح وليس لها تأثير على الواقع القانوني والإداري.

٣- أهمية تبسيط الاجراءات الإدارية في تحقيق الشفافية: يسهم تبسيط الاجراءات الإدارية في تعزيز شفافية الادارات العامة ويعد خطوة أساسية لدعم عمليات الاصلاح الإداري فيها، وتنعكس نتائجها الإيجابية على كل من الادارات العامة والمتعاملين معها وتحسين العلاقة بينهما، وإن التبسيط في القواعد القانونية والاجراءات الإدارية له ارتباط وثيق في تحقيق اليقين أو الامن القانوني للمواطن.

ويحقق تبسيط الاجراءات فائدة كبيرة للإدارة والعاملين فيها، فالموظفين هم أكثر ضحايا عبء تعقيد الاجراءات وانعدام وضوح القواعد واستقرارها التي تضطربهم إلى اتخاذ المبادرة والاجتهاد مما يعرضهم للمسائلة عن الاخطاء والقصور في الاداء، وهذا التبسيط يجعل الاجراءات أكثر شفافية وكفاءة مما يقلل من وقت مراجعة وتدقيق تلك الاجراءات واستغلاله في أداء المهام الأخرى^(٢). ووجود قواعد عمل واضحة ومبسطة توفر على الإدارة الوقت ويحقق لها نسب أعلى من الإنجاز ورفع كفاية موظفيها ويبعدهم عن ارتكاب الاخطاء وتجاوز القانون، فضلاً عن أنه يوفر من حجم الانفاق والتكاليف المالية عن طريق ترشيد العمل الإداري وعقلانيته، وتسمح الإجراءات المبسطة في إقامة نظام رقابي متقن والحد من مظاهر الفساد الإداري.

ومن الناحية الاقتصادية يشكل تبسيط الاجراءات عامل جذب مهم للمستثمرين واداة لتحقيق التنمية الاقتصادية، وبالنسبة للمواطن يسهل عليه تلقي الخدمات التي يطلبها، واقتضاء حقوقه القابلة للنفاد دون عناء وتأخير وجهد ونفقات، مما ينعكس على علاقته مع الإدارة، ويعزز ثقته بها والشعور بالعدالة والرضا ويدعم شفافية الإدارة في علاقاتها مع مواطنيها والمتعاملين معها، وبهذا الشأن شجبت الدراسة السنوية لمجلس الدولة الفرنسي لعام ٢٠٠٩ حول الإسكان التعقيد المفرط للتدابير التي وضعت عقبة أمام تنفيذ حق

(١) ينظر: الورقة البيضاء للإصلاح الاقتصادي والمالي، ص٩٣-٩٤، منشورة على الموقع الالكتروني الاتي: <https://gds.gov.iq/ar/iraqs-white-paper-for-economic-reforms-vision-and-key-objectives>

تاريخ الزيارة: ٢٠٢١/٢/٢١، الوقت: ٤:٤٥ p.m.

(٢) ينظر: د. نضال عباس ود. سميرة ابراهيم: المصدر السابق، ص ٢٧٩ .

قابل للتنفيذ في السكن لصالح السكان المعنيين^(١). إن التعقيد الإداري وما يترتب عليه من نتائج كثيراً ما ينشأ عن ممارسات يعززها القانون ويوفر لها الغطاء لذلك ينبغي كبح جماح تلك الممارسات عن طريق تعديل الإطار القانوني الذي يحكم العمل الإداري ومهاجمة سلوك التعقيد والتأخير فيه وتقليل ثقل الاجراءات المفروضة على المواطنين والمتعاملين مع الإدارة، عبر مراجعة المنظومة القانونية وتنقيتها من النصوص غير الضرورية وإزالة الغموض والتعارض، ومواكبتها للتطورات واستخدامات التكنولوجيا الحديثة في الإدارة والاقتصاد ومغادرة النمط البيروقراطي^(٢).

وتجد فكرة التبسيط حدودها في عدم اهدار حقوق الأفراد في مواجهة الإدارة و حرمانهم من الضمانات الجوهرية، وهنا تظهر تناقضات سياسات التحديث والاصلاح الإداري فمن ناحية تسعى لإعطاء الأفراد الضمانات ضد الإدارة وتعزيز سيادة القانون ومن ناحية أخرى تبسيط الاجراءات وتسريعها، ما يتطلب تحقيق التوازن بينها. ان تحقيق التبسيط يكون بالقضاء على عوامل التعقيد نفسها فالعبرة ليس بتكثيف سياسات الاصلاح والتحديث وتناقضاتها وانما يكون بفهم المشكلات ووضع الحلول لها والقضاء على مسبباتها.

المطلب الثاني : الأساس الفلسفي والقانوني للشفافية الإدارية وأهميتها

تستمد الشفافية أساسها من مجموعة الافكار الفلسفية والنصوص التي تضمنتها الاعلانات العالمية والمواثيق الدولية ومن القوانين الوطنية التي أقرتها وفرضت التزامات على الدولة بكفالتها واتخاذ الاجراءات اللازمة لتحقيقها والامتناع عن اتخاذ أي اجراءات تحول دون إعمالها أو احتكار المعلومات وعدم نشرها، وذلك ادراكا للأهمية الواسعة للشفافية، اذ تمكنت الشفافية من فرض نفسها في الخطاب القانوني لدرجة تقديمها إلى جانب الحرية والمساواة ، ومن الطبيعي ان تكون هناك تساؤلات تطرح حول كيفية اكتسابها هذه الأهمية بحيث أصبحت مفهوماً أساسياً في النظم الديمقراطية المعاصرة.

من ذلك فأننا سنتناول بيان أساس الشفافية وأهميتها عبر تقسيم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الاول منهما البحث في الاساس الفلسفي والقانوني للشفافية الادارية، وسنتناول في الفرع الثاني البحث في اهمية الشفافية الادارية.

(1)Bertand du Marais: op. cit .p. 190 .

(٢) ينظر: محمود محمد صالح عبد الفضيل: المدخل القانوني للإصلاح الإداري، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ،جامعة المنصورة، مصر، ٢٠١٩، ص ٤٤٤ .

الفرع الاول: الأساس الفلسفي والقانوني للشفافية الإدارية

يتطلب البحث في أساس الشفافية بيان أساسها في ظل الفكر القانوني الفلسفي والذي ردها الى نظرية العقد الاجتماعي وفكرة الديمقراطية، وكذلك بيان أساس الشفافية في نصوص القوانين المختلفة وبيان منهج المشرع فيها، وذلك عبر البندين الآتيين:

اولا: الأساس الفلسفي للشفافية الإدارية: تتبع الشفافية من الأسس الفلسفية التي روجت إلى فكرة تقييد السلطة واقرار حقوق الأفراد وحياتهم ومشاركتهم في ممارسة السلطة والعديد من الأفكار الديمقراطية، وسنتناول هذه الأسس في الفقرتين الآتيتين:

١ - نظرية العقد الاجتماعي: مؤدى نظريات العقد الاجتماعي التي قال بها العديد من الفلاسفة والمفكرين خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر ان الأفراد تركوا حياتهم الفطرية الاولى وانتقلوا إلى حياة الجماعة المنظمة التي يوجد فيها سلطة حاكمة وطبقة محكومة عن طريق العقد الا انها اختلفت في حالة الأفراد قبل العقد وأطراف هذا العقد ومضمونه، واشهر تلك النظريات ما جاء به كل من (هوبز، وجون لوك، وجان جاك روسو)، الا ان (هوبز) انتهى في نظريته إلى اقامة وتأييد الحكم المطلق وعدم مسؤولية الحاكم المطلق. أما (جون لوك) فينتهي في نظريته للعقد الاجتماعي إلى نبذ الحكم المطلق وتقييد سلطة الحاكم فهو مجرد وكيل عن الجماعة في ممارسة السلطات اللازمة للحفاظ عليها وفقا لشروط العقد واقامة العدل بينهم وعدم المساس بالحقوق التي لم يتنازلوا عنها، ويحق للأفراد المحكومين إذا استبدت بسلطته معارضته ومقاومته والثورة ضده وفسخ العقد المبرم معه لذلك بقاءه مرهون برضا واردة الشعب^(١). ولكي يتمكن الشعب من التحقق من تقييد الحاكم بشروط العقد وفقا لنظرية (لوك) يقتضي ان تكون انشطته وأعماله كافة خاضعة لمبدأ الشفافية، حتى يستطيع ان يعرف ماذا وكيف يفعل الحاكم وهل أن ما يفعله هو الصواب أم لا وبدون الشفافية لا يمكن معرفة مدى مطابقة أعماله لشروط العقد الاجتماعي، فيكون الحاكم بمأمن من المسائلة إذ لن يتمكن الشعب من رقبته وكشف فساد وانحرافه بسلطانه^(٢).

أما نظرية (روسو) في العقد الاجتماعي فكانت أكثر تأثيراً ممن سبقوه، وتوصل إلى أن أي جماعة منظمة لا يمكن أن تستند حقيقة على القوة، فالحاكم بحاجة دائمة إلى رضا الشعب ليبقى في السلطة ولهذا فان العقد عنده كان نتيجة الارادة الحرة للأفراد كافة، وأطراف هذا العقد هم مجموع الأفراد بوصفهم كائن جماعي مستقل

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب: الانظمة السياسية، بلا رقم طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٣٦-٤٠.

(٢) د. سامي الطوخي: النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس، المصدر السابق، ص ٣٤٠.

عنهم والطرف الاخر كل فرد من الأفراد منظورا اليه كفرد حر يتمتع بحريات طبيعية، أما السلطة والسيادة فتكون لمجموع الشعب أو الأمة وليس للحاكم، فالأخير ليس إلا ممثل عن الأمة يمارس مظاهر السيادة لمصلحة الجماعة فإذا ما استبد يحق للشعب عزله ، والقانون يعد تعبيراً عن الارادة العامة للشعب إذ يكفل الحرية والمساواة والعدالة بين الأفراد، وكل من يأبى الخضوع للإرادة العامة يكره عليه من قبل الهيئة الاجتماعية بأسرها^(١)، ولهذا يعد روسو من أشد أنصار الديمقراطية المباشرة ويرى أنها وحدها كفيلة بحماية حقوق الأفراد وحرياتهم. إلا أن ذلك لا يمكن ضمان تحقيقه الا بإرساء مبدأ الشفافية وإعمال الياته وتمكين الأفراد من المشاركة في العمل العام وتوجيهه والرقابة على ممثلي السلطة العامة ومسايلتهم في حال انحرفوا عن تحقيق مصالح الجماعة^(٢)، وهذا يستلزم أيضاً احاطة الأفراد علما بالمعلومات والبيانات عن الانشطة والأعمال التي تهم مصالح المجموع والإفصاح عنها وتمكينهم من الوصول اليها وهذه من عناصر الشفافية وادواته، ويلاحظ على الرغم من ان (لوك) و(روسو) لم يشيرا صراحة إلى مبدأ الشفافية الا انها تعد أمر لازم لضمان تحقيق شروط العقد الاجتماعي وتمكين الشعب من مسائلته حكامه ومحاسبتهم فالحكام ليسوا سوى مفوضون بممارسة السلطة باسم الشعب ويمكن للأخير ان يحدد تلك السلطة ويستردها ويحولها متى اراد.

ورغم الانتقادات التي وجهت لنظريات العقد الاجتماعي وعدها محض افتراض وتتعارض مع المنطق القانوني إلا أنها أسست للعديد من الأفكار الديمقراطية ودعت لتقييد السلطان المطلق واحترام حقوق وحريات الأفراد وتحقيق مصلحة مجموع الأفراد وجعل الشعب أو الأمة مصدر السيادة والسلطات، ومن بين تلك الأفكار الشفافية بوصفها أمراً لازماً لتحقيق شروط العقد الاجتماعي لدى كل من جون لوك و روسو.

٢- الديمقراطية : تقوم الديمقراطية على أساس حكم الشعب لنفسه سواء مباشرة أم عن طريق ممثلين له أو بالجمع بين مظاهر الديمقراطية المباشرة وغير المباشرة، وبذلك يكون الشعب هو مصدر السلطات كافة في الدولة . والمجتمع الديمقراطي يتسم بكونه مجتمع مفتوح تناقش فيه الشؤون العامة علناً تحت حماية القانون ويشاور فيها المواطن ويشارك بفاعلية في النقاش العام وفي التقييم والمسائلة .

وتتعدد مجالات الديمقراطية فإلى جانب الديمقراطية السياسية هناك الديمقراطية الإدارية ويؤدي كلاهما دوراً تكاملياً، ولا يعني ذلك وجود تلازم بينهما فالقول عن دولة ما أنها ديمقراطية سياسياً لا يعني بالضرورة انها ديمقراطية ادارياً، إذ لا تقتصر الديمقراطية على مشاركة المواطن في الانتخابات أو الاستفتاءات

(١) ينظر: جان جاك روسو: العقد الاجتماعي، ترجمة عادل زعيتر، مؤسسة هنداوي ، مصر، ٢٠١٢، ص ٣٧-٤١.

(٢) ينظر: د. محمود حلمي: دور المواطن في المساهمة في العمل الاداري، مجلة العلوم الادارية، العدد الاول، ١٩٦٩، ص

٢١٣، نقلاً عن د. سامي الطوخي: النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس، المصدر السابق، ص ٣٤٥.

السياسية ومن ثم ينتهي دوره ومشاركته لحين موعد الدورات الانتخابية القادمة وانما الديمقراطية تعد عمل مستمر للمواطن بمشاركته في ادارة الشؤون العامة والاستماع إلى رأيه ومشاورته وادخاله في المناقشات العامة ورقابته على نشاط الإدارة وأعمالها، وبظهور المواطنة الإدارية جرى تطوير اشكال مختلفة لممارسة السلطة بهدف استمرار الديمقراطية.

ان فكرة المواطنة التي تقوم عليها الديمقراطية السياسية هي في الاصل النتيجة الطبيعية لممارسة السيادة، وهذه المواطنة ترتبط ارتباطا وثيقا بامتلاك الحقوق المدنية والسياسية التي لا يفصل التمتع بها عن الانتماء إلى الامة، فالمواطن هو الذي له حق التصويت وفي ان يكون ناخبا أو منتخبا، وبهذا ترتبط المواطنة أساسا بالجنسية، و في مواجهة المواطنة السياسية تطورت تدريجيا المواطنة الإدارية^(١). إذ يختلف الشكل الجديد للمواطنة التي يتم التعبير عنها في الديمقراطية الإدارية فهي غير مرتبطة بشكل مباشر بالجنسية، والحقوق التي تعبر عنها ليست حقوقا مرتبطة بدستور الدولة بخلاف الحقوق السياسية، ومن ثم هي ليست حقوقا ممنوحة من الدولة أو متأصلة فيها وانما هي حقوق أساسية يتمتع بها كل انسان، وبهذا تنسب حقوق المواطنة الجديدة إلى الجميع بغض النظر عن جنسيتهم، ويتجلى ذلك عن طريق مفهوم (الجمهور) الذي يتم توجيه الشفافية وعناصرها اليه، ويجري تعريف هذا المصطلح بالرجوع فقط إلى مصالح المتأثرين بإجراءات صنع القرار العام، وعكس ذلك بشكل خاص قرار مجلس الدولة الفرنسي في ٦ تموز ٢٠٠٧^(٢).

ولهذا تبقى الديمقراطية السياسية ناقصة بدون تعميم الديمقراطية على الادارات العامة وجوانب الحياة الاقتصادية والاجتماعية في الدولة، والإدارة تصبح ديمقراطية عبر ممارستها وليس فقط من خلال خضوعها لسلطة مسؤولة أمام جمعية منتخبة من قبل الشعب. فيعرف البعض الديمقراطية بانها (ذلك النظام الذي يسمح بالمشاركة الحرة والمستتيرة للمواطنين في ادارة الشؤون العامة سياسيا واداريا وعلى مستوى كافة الأنشطة والوظائف والأعمال)^(٣). وتعد الشفافية عنصراً أساسياً للديمقراطية فهي شرط لازم لمشاركة

(1) Gilles Dumont: La citoyenneté administrative , Thèse de Doctorat de Droit ,L'Université De Panthéon-Assas (PARIS II), France, 2002,p.131-139.

(2) C E 6 juin 2007, Association le réseau sortir du nucléaire, no 292386, rec ,publié sur le site: legifrance.gouv.fr. D:1/15/2021,T:10:56 pm .

(٣) نقلا عن د. سامي الطوخي: النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس، المصدر السابق، ص ٣٥١.

المواطنين في ممارسة السلطة، الذين لا يتسنى لهم المشاركة إذا لم يكونوا على اطلاع ومعرفة بأعمال تلك السلطات ونشاطها وليتمكنوا من محاسبة حكوماتهم إذا ما انحرفت عن تحقيق مصلحة الشعب^(١).

وارتبطت الشفافية بالعديد من فلاسفة النظرية الديمقراطية ومن بينهم (جون لوك وجان جاك روسو و ستيوارت ميل وايمانويل كانت و جيرمي بنتام) والذين ايدوا الشفافية ودعوا إلى نبذ السرية وان لم يستخدموا مصطلح (الشفافية) بذاته فبعضهم اشار إلى مصطلح (العلانية) بدلا عنها. فعارض الفيلسوف (ايمانويل كانت) نظرية (نيكولاي ميكافيلي) السياسية التي يؤيد فيها سرية أعمال الإدارة والحكومة، مؤكدا على ان الديمقراطية تتطلب العلانية أما السرية فهي مصدر لحروب محتملة، وان اي سياسة تتسم بالسرية تعد بالضرورة غير عادلة والحاجة إلى الشفافية حاجة اخلاقية وليست سياسية فقط ولهذا فان التعارض السياسي مع العلانية هو دليل على الظلم والاستبداد وعدم المصادقية، وايد الفيلسوف (جيرمي بنتام) مبدأ الشفافية في أعمال الإدارة وانتقد السرية بوصفها عقبة أمام الديمقراطية وقد عدها اداة للتآمر، فالعلانية عند (بنتام) تسمح للعامة الوقوف على انتهاكات السلطة وان الاعلام المفتوح جوهر اي عمل ديمقراطي. كما انتقد الفيلسوف (جون ستيوارت ميل) مبدأ السرية مؤكدا على حرية الفكر والتداول أو الحوار الحر بحسبانه الحل النموذجي لمعرفة الصواب الذي يمكن ان يقدمه الطرف الاخر، والعلانية عند (ستيوارت ميل) تتمثل في المشاركة التي تظهر عبر النقاش والحوار الحر^(٢).

وبهذا ارتبط ظهور الشفافية بالديمقراطية وتقريب المواطنين من ممارسة السلطة بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وتعد اليوم جزء من عملية التحول الديمقراطي التي يشار لها في بعض النظم القانونية باسم (الديمقراطية الإدارية)، وتتضمن تحول دور المواطنين في إطار علاقتهم مع الإدارة وهم مدعوون للمشاركة بفاعلية في ممارسة السلطة العامة. وتبرز مظاهر الشفافية في الديمقراطية الإدارية في اساليب عديدة يتمكن عن طريقها المواطن من المشاركة في العمل الإداري مباشرة كما في حالة الاستفتاء الإداري والاقتراح والاعتراض الإداري، كما يمكنه المشاركة بصورة غير مباشرة عن طريق الانتخاب والاستشارة فضلاً عن المشاركة في منظمات المجتمع المدني.

ثانياً: الأساس القانوني للشفافية الإدارية : تستمد الشفافية أساسها من مجموعة النصوص التي تضمنتها الاعلانات العالمية لحقوق الانسان والمواثيق الدولية والقوانين الوطنية، سواء بالنص عليها صراحة ام ضمناً،

(١) ينظر: د. سامي الطوخي: الإدارة بالشفافية، بحث منشور في مجلة البحوث الادارية، تصدر عن اكااديمية السادات للعلوم الادارية- مركز البحوث والاستشارات والتطوير ، مجلد ١٤، العدد ١، كانون الثاني ٢٠٠٢، ص ١١٥.

(٢) د. رجا فريد احمد: المصدر السابق ، ص ٢٩- ٣٠.

فرغم ان الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨ لم يشير صراحة إلى الشفافية الا انه تضمن النص على حرية كل شخص التماس الانباء والافكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين بأي وسيلة ودونما اعتبار للحدود، وكذلك الحال في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ والاتفاقيات المعنية بحقوق الانسان إذ نصت جميعها على حرية تلقي المعلومات ونقلها، وتعد الشفافية مطلبا أساسياً لممارسة حرية التعبير^(١)، إذ نصت اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٤ على التزام الدول الأطراف فيها على اعتماد الشفافية ومبادئها وتعزيزها في قوانينها الداخلية بغرض القضاء على الفساد، وان تسعى كل دولة طرف لاعتماد وترسيخ وتدعيم نظم تقوم على مبادئ الشفافية وتبني معايير موضوعية في نظم الوظائف العامة، وان تتخذ تدابير مناسبة لتعزيز الشفافية والمساءلة في العقود العامة وإدارة الاموال العامة^(٢). وبذلك فان نصوص هذه الاتفاقية تؤسس لتطبيق وتعزيز الشفافية في المجالات الإدارية المختلفة، أما الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد ٢٠١٠، فقد حددت أهدافها بتعزيز النزاهة والشفافية والمساءلة^(٣).

أما في القوانين الوطنية، فقد أقام المشرع الفرنسي قاعدة قانونية مهمة تستند عليها الشفافية بعناصرها كافة عبر سلسلة القوانين التي صدرت في سبعينيات القرن الماضي، ويلاحظ ان الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ لم يتضمن نصاً صريحاً بالشفافية إلا أنه أقر حقوقاً تعد الشفافية إحدى مقوماتها، وفي هذا الصدد كثيراً ما يحتج بما تضمنه إعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي في ٢٦ آب ١٧٨٩ كأساس دستوري للشفافية بوصفه جزء من النظام الدستوري وبيان للمجتمع الحق في ان يسائل اي موظف عام عن تقرير مهام عمله، وأكد المجلس الدستوري بان مفهوم الموظف هنا واسعاً إذ يشمل اعضاء الحكومة^(٤).

فقد تعددت في فرنسا مظاهر الديمقراطية الإدارية وأدوات تحقيق الشفافية قانونياً وفنياً، ومازال هذا النشاط التشريعي مستمراً ومتطوراً عبر الاستجابة للمتغيرات الحاصلة في الحياة الإدارية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية والتكنولوجية بفضل التقدم التقني والتطورات الهائلة في مجال العمل الإداري واعتماد الحكومة

(١) المواد (١٩) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦، و(١٠) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان في ٤ تشرين الثاني ١٩٥٠، و(٩) من الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب في ١٨ حزيران ١٩٨١، و(١٣) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الانسان ١٩٦٩/١١/٢٢، و(٣٢) من الميثاق العربي لحقوق الانسان لسنة ٢٠٠٤.

(٢) ينظر: المواد (٧/١ أ) و(٤/٧) و(٣/٧)، و(٩) و(١٠) من اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٤. (٣) المادة (٢) و(١٠) من اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٤، وصادق العراق عليها بالقانون ٩٤ لسنة ٢٠١٢، منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٤٢٦٨ في ٢٠١٣/٢/١٨.

(4) Emmanuel Aubin: op.cit.p.36.

الالكترونية التي ساهمت بظهور انماط جديدة للعمل الإداري عززت الشفافية واستخدام شبكة الانترنت في الحصول على المعلومات والبيانات ونشرها من قبل الادارات العامة، وتبسيط الاجراءات الإدارية وتعزيز مشاركة الجمهور في عمليات صنع القرارات وفي تنفيذ المشروعات التي تقوم بها الإدارة واستطلاع آرائهم.

وقد سعى المشرع الفرنسي لإعادة تأسيس العلاقة بين الإدارة والجمهور لتكون قائمة على الشفافية و الانفتاح والحد من السرية وتعزيز الثقة بالإدارة عن طريق الاعتراف للجمهور بجملة من الحقوق التي يطلق عليها الفقه الجيل الثالث من حقوق الانسان، وبهذا تعد الشفافية في فرنسا مبدأ عام يتسع مجاله لينصرف إلى أكثر جوانب العمل الإداري، وتخضع له ادارات الدولة كافة إلى جانب الأشخاص الخاصة التي تتولى ادارة مرفق عام بما في ذلك منظمات الضمان الاجتماعي، وتجد أساسها في جملة من القوانين والأوامر التي تغطي مفاصل العمل و النشاط الإداري وأهمها الاتي:

- القانون رقم ٧٨-٧٥٣ في ١٧ تموز ١٩٧٨ بشأن تدابير تحسين العلاقات بين الإدارة والجمهور، واعطى هذا القانون لكل شخص الحق في الوصول الى الوثائق الادارية ذات الطبيعة غير الاسمية وهذا ما يعد عنصرا اساسيا في الشفافية الادارية ، كما وضع احكام خاصة بالشفافية المالية^(١).
- القانون رقم ٧٨-١٧ في ٦ كانون الثاني ١٩٧٨ المتصل بمعالجة البيانات والملفات.
- القانون رقم ١٢٥-٩٢ في ٦ شباط ١٩٩٢ بشأن الإدارة الإقليمية، إذ اشار إلى توفير المعلومات للسكان عن الشؤون المحلية، والعلانية وضمان آليات تسمح بمشاركة الناخبين في القرارات المحلية ومشاركة السكان والمستخدمين في حياة الخدمات العامة أو حتى مشاركة السكان في الحياة المحلية^(٢).
- قانون تعزيز حماية البيئة رقم ١٠١ في ٢ شباط ١٩٩٥ واكد على مبدأ المشاركة والحصول على المعلومات.
- القانون رقم ٣٢١-٢٠٠٠ في ١٢ نيسان ٢٠٠٠ المتصل بحقوق المواطنين في علاقاتهم مع الإدارة ووضع احكام خاصة بالشفافية الادارية^(٣).
- ميثاق البيئة رقم ٢٠٥ في ١ آذار ٢٠٠٥ الذي اقر حقوق الإنسان والمجتمع المدني المتعلقة ببيئته و حق كل شخص في الوصول إلى المعلومات المتصلة بها والمشاركة في تطوير القرارات العامة المؤثرة عليها^(٤).
- الأمر رقم ١٣٤١-٢٠١٥ في ٢٣ تشرين الاول ٢٠١٥ المتضمن الأحكام التشريعية لمدونة العلاقات بين الجمهور والإدارة، وقد نظم العديد من عناصر الشفافية.

(١) المواد (١١ الى ١٣) و المواد (٩ الى ١٥) من القانون المذكور.

(2) Titre II : De la démocratie locale ,Articles (11-53) .

(٣) ينظر: العنوان الاول (الأحكام المتعلقة بالوصول الى قواعد القانون والشفافية) المواد (٢ الى ١٥).

(4) Article (7) Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005

- قانون الجمهورية الرقمية رقم ١٣٢١ في ٧ / ١٠ / ٢٠١٦، وسعى فيه المشرع تكيف الشفافية مع الثورة الرقمية عن طريق اعادة التأكيد على التوازن بين النشر الواسع للبيانات العامة بما يتماشى مع سياسة البيانات المفتوحة التي تريدها الحكومة والبرلمان والحاجة الى حماية بيانات معينة^(١).
- القانون رقم ١٦٩١ في ٩ / ١ / ٢٠١٦ بشأن الشفافية ومحاربة الفساد وتحديث الحياة الاقتصادية^(٢).
- قانون تخطيط المدن ونظم اجراءات الاستفتاء للجمهور من قبل المجلس المحلي والاستشارة^(٣).

أما في مصر فتخضع أنشطة وأعمال الإدارة من حيث الاصل إلى مبدأ السرية، الا انه وبعد التغييرات السياسية والقانونية الحاصلة في مصر وصدر دستور عام ٢٠١٤ بدأ المشرع يخطو خطواته الاولى باتجاه التأسيس للشفافية^(٤)، إذ أقر الدستور حقوق الانسان التي تستلزم الشفافية لضمان تمتع الأفراد بها، وتبني الشفافية بوصفها مبدأ عام في المجال الاقتصادي^(٥)، ونص على التزام الهيئات والاجهزة الرقابية المختصة بالتنسيق فيما بينها بهدف مكافحة الفساد وتعزيز قيم النزاهة والشفافية ضمانا لحسن الاداء في الوظيفة العامة والمحافظة على المال العام^(٦). وجعل قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ من تطبيق معايير العلانية والشفافية هدفا لتطبيق أحكامه، واخضع طرائق التعاقد واجراءاته لهذه المبادئ^(٧). و تجد الشفافية أساسها في التزامات مصر الدولية بوصفها طرفاً في العديد من الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقيات مكافحة الفساد والمتعلقة بالبيئة.

ولم يفرد دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ نصا خاصا بالشفافية، ولم تشر له الدساتير العراقية المتعاقبة ، فالقانون العراقي لم يفتح على هذه المبادئ الحديثة في الإدارة والاقتصاد، بالرغم من ان الشفافية تعد مطلبا ضروريا لتحقيق التنمية، إذ ان وجودها يعني وجود مجتمع منفتح وواعي وأكثر علما وثقافة ومعرفة بحقوقه ولهذا نجد ان الشفافية وصلت لمراحل متقدمة في مظاهرها وادواتها ووسائلها في الدول الأكثر نموا وبشكل غير مألوف عن غيرها^(٨). مع ذلك فان عدم وجود نص صريح في الدستور لتبني الشفافية بوصفها حقا للأفراد أو واجبا على الدولة لا يعني عدم التزام العراق بذلك؛ لان الشفافية تعد متطلب ضروري لممارسة

(١) منشور على الموقع الالكتروني: legifrance.gouv.fr, D: 1/10/2021, T: 5:56 pm

(٢) المواد (٢٥-٣٣) من القانون المذكور، منشور على الموقع: legifrance.gouv.fr, D: 1/10/2021, T: 6:21 pm

(3) Articles (L103-1 – L103-7) Code de l'urbanisme .

(٤) ينظر: المادة (٦٨) من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤.

(٥) المادة (٢٧) من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤ .

(٦) المادة (٢١٨) من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤.

(٧) المادة (٣/٢) و (٦) من القانون المذكور. منشور في الوقائع المصرية العدد ٣٩ مكرر (د) في ٣ تشرين الاول ٢٠١٨.

(٨) ينظر: د. سامي الطوخي: النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس، المصدر السابق، ص ٤١٦.

حقوق وحرّيات أخرى ينص عليها الدستور صراحة ومن ثم لا يمكن ضمان فاعلية تلك النصوص من دون الالتزام بمبدأ الشفافية في عمل الادارات العامة، ومن ذلك النص على حرية التعبير عن الرأي وحق المشاركة العامة والعلانية في عمل السلطات العامة وحق المعرفة.

وقد نص قانون العقود العامة المتمثل بأمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ على التزام الشفافية في الانفاق العام واجراءات التعاقد بالقول (...على دولة العراق من خلال وزاراتها ومؤسساتها الفدرالية الأخرى والاقاليم والمحافظات وكل التقسيمات الفرعية الأخرى لدولة العراق أن تقوم بالإنفاق العام وفقاً للمبادئ الأساسية الآتية: ب- أن تكون بموجب المعايير الدولية للشفافية وأن تسمح بإمكانية التتبُّؤ بالذي سيحصل وأن تتسم بالعدالة والمساواة)^(١). كما تجد الشفافية المالية أساسها في قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ النافذ بالنص على وجوب ان تجري عملية وضع التقارير بشكل كامل وسليم وبأسلوب يتسم بالشفافية^(٢). وينص قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١ على ان الهيئة تعمل على اعتماد الشفافية في ادارة شؤون الحكم على جميع المستويات^(٣)، مما يعني أن الشفافية أمر واجب اتباعه في العمل الإداري إذ تتولى الهيئة الرقابة على تحقيقه عن طريق الوسائل القانونية التي منحها لها المشرع. وقد نص قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم ٣١ لسنة ٢٠١١ على اعتماد مبدأ الشفافية في انجاز المهام الرقابية الموكولة اليه، إذ يعد الديوان سنوياً خطة شاملة لإنجاز مهامه وفقاً للقانون يتضمن الموضوعات والقضايا التي تعد ضرورية للتحقق من الشفافية ومستوى أداء الحكومة^(٤).

الفرع الثاني : أهمية الشفافية الإدارية

تأتي أهمية مبدأ الشفافية بإضفائه طابع المشروعية على العمل الإداري وتحقيق مبادئ الديمقراطية فهو اداة في يد الشعب تمكنه من الرقابة على عمل السلطات العامة وكشف انحرافها وفسادها، وهدم جدار السرية وانهاء عزلتها عن المجتمع مما يسهم في تحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية للبلاد، وعلى هذا الاساس تظهر أهمية الشفافية في جوانب كثيرة، وسنحاول تركيزها في البنود الآتية:

(١) ينظر: القسم (الاول) والقسم (السادس) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل ، منشور في الوقائع العراقية العدد ٣٩٨٤ في ٢٠٠٤/٦/١ .

(٢) البند (٣) من المادة (٤٥) من قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ المعدل.

(٣) المادة (٣) من قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١ المعدل.

(٤) المادة (٧) من قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم ٣١ لسنة ٢٠١١ المعدل.

اولا :أهمية الشفافية الإدارية في مكافحة الفساد: توجد علاقة وثيقة بين الفساد وغياب الشفافية ومعاييرها في العمل الإداري وسرية المعلومات وعدم اتاحتها للجمهور والجهات الرقابية، فعادة ما تقع حالات الفساد في اجواء يحوطها الكتمان وحرص الفاسدين على عدم كشف سلوكياتهم المنحرفة، ولهذا اتجهت الدول إلى الوقاية من الفساد عن طريق خلق بيئة عمل تتسم بالشفافية والحرص على اتاحة المعلومات والإفصاح عنها وعلانية أعمال الإدارة واجراءاتها، فعندما يعلم المسؤولون وصناع القرار انهم تحت المراقبة فان تصرفاتهم سوف تستقيم خشية المحاسبة والمسائلة. وتعد الشفافية أسلوباً وقائياً لمنع الفساد وهي من أسهل الاساليب وأقلها تكلفة.

ويرى بعض الفقه الفرنسي أن (السرية العميقة) تتنافى مع أخلاقيات الإدارة وبالنسبة لأي دولة ديمقراطية، ويقصد بها تلك الأسرار التي لا يعلم بوجودها الجمهور أصلاً إذ يجري تداولها ضمن حدود ضيقة^(١)؛ وعمل الإدارة بسرية أمر غير مرغوب ويقوض ثقة المواطنين في الدولة والنظام القانوني ككل ويرتب نتائج سلبية أهمها: ضعف المساءلة عن الأعمال غير المشروعة والانحراف بالسلطة^(٢)، فهناك تلازم بين زيادة مؤشرات الشفافية وفاعلية المساءلة و تعزيز دور الأجهزة الرقابية في كشف الفساد وفضح الممارسات التعسفية وتمكين الرأي العام من الوقوف على الحقائق ولا يتأتى ذلك إلا عبر السماح للأفراد من التوغل في أروقة الاجهزة الإدارية والولوج إلى المعلومات وحصولهم عليها فضلاً عن علانية أعمال الإدارة وإجراءاتها ووضوحها، بما يسهم في القضاء على أحد أسباب الفساد الرئيسية وهو ضعف الدور الرقابي .

وبالنظر إلى تعدد السياسات المتبعة من الدول في مكافحة الفساد، فقد وضعت الجهود الدولية استراتيجية لمكافحته تقوم على مفاهيم الشفافية ومنها الإفصاح والحصول على المعلومات والعلانية ووسائل المراقبة المختلفة ومدونات السلوك التي تجعل من مظاهر الفساد أمراً مكلفاً للفاسدين^(٣). وتأكد هذا التوجه في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة ٢٠٠٤ إذ جعلت من الشفافية وسيلة أساسية للقضاء على الفساد^(٤). وأكد برنامج الامم المتحدة الانمائي وتقرير عام ٢٠٠٢ بان الوصول إلى المعلومات اداة رئيسية في مكافحة الفساد وكشف المخالفات وأساس المشاركة الفاعلة، إذ تنطوي الديمقراطية على المسائلة والحكم الرشيد والحق في

(1) Mark Fenster : The implausibility of secrecy ,University of florida Levin college of law,65 Hasting,L..J,309(2014),.P.313.

(٢) د. تامر محمد صالح : الحماية الجنائية للحق في المعلومات الرسمية دراسة مقارنة ، دار الفكر والقانون ، المنصورة - مصر، ٢٠٢١، ص ١٠١.

(٣) د. عبد الملك علي محسن: المصدر السابق، ص ٦١٤.

(٤)البند(أ) من الفقرة(١) والفقرتان(٣) و(٤) من المادة(٧)،والفقرة (٢) من المادة (٩) من اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد.

تدقيق تصرفات المسؤولين الحكوميين والقيادات والدخول معهم في نقاش مفتوح وكامل وتقييم اداء الحكومة وهذا يعتمد على الحصول على المعلومات حول المسائل ذات الاهتمام العام، كما تعد واحدة من أكثر الاساليب فاعلية لمعالجة سوء الإدارة عن طريق فتح النقاش المستنير^(١). ولما كان العراق من الدول التي تحتل مراتب متقدمة في مؤشرات الفساد عالميا وعربيا^(٢)، فانه بامس الحاجة لإقامة نظام وطني فاعل للنزاهة تكون الشفافية عماده، واعتماد رؤية وطنية شاملة لعمل الادارات بهدف زيادة مناعتها ضد الفساد، ووضع سياسة عامة للنشر والإفصاح عن المعلومات للجمهور وفسح المجال لمشاركتهم، والقيام بإصلاحات قانونية وادارية في تلك الادارات من ذلك تفعيل آليات الرقابة والمسائلة، فالشفافية تمثل نموذجا لمختلف النظم

الديمقراطية المعاصرة التي لاتقف عند حدود الديمقراطية السياسية وانما تتجاوزها إلى الديمقراطية الإدارية.

ثانيا : أهمية الشفافية بوصفها وسيلة لتحقيق الديمقراطية الادارية: تمثل الشفافية مبدأ أساسي وحاسم في تصنيف العلاقة بين الإدارة والجمهور فبوجودها تقترب الإدارة من الأفراد وتقل حجم الفجوة بينهما وبغيابها فأن الإدارة تخلق عازلاً بينها وبين الجمهور، ويعد تحسين العلاقة بين الإدارة والمواطن من أهم محاور الإصلاح الإداري، وهذا التحسين لا يأتي إلا عن طريق احترام الإدارة لحقوق وحرريات المواطن والجمهور عموماً في إطار اتصالهم بها ، فالإدارة المعاصرة تمتاز بانها أكثر ديمقراطية وانفتاحا على المواطن عن طريق التعامل معه بمصادقية ودقة واحاطته علما بنشاطها وأعمالها والسماح له بالمشاركة في اتخاذ القرارات التي تهم المصلحة المشتركة للمواطنين^(٣). ويعد الحد من مبدأ السرية الإدارية جزء من هذا الإصلاح فضلاً عن السعي إلى تبني رؤية وسياسة جديدة لعلاقة الإدارة بالأفراد.

(١) د. عبد الملك علي محسن: المصدر السابق، ص ٦١٦-٦١٧. وذهبت المحكمة الادارية العليا في مصر في الطعن رقم ١٨٣٤ و ٢٦٧٨ لسنة ٨٥ ق.ع- جلسة ٢٠١٣/١/٢١ الى تأييد حكم محكمة القضاء الاداري ببطلان عقد بيع شركة شبين الكوم للغزل والنسيج بالقول بان(...محاربة الفساد قد غدا التزاما دوليا على الدولة المشتركة في الاتفاقية الصادرة عن الامم المتحدة لمكافحة الفساد ... وما قضت به أحكامها من حق كل دولة طرف في ان تتخذ وفقا للمبادئ الاساسية لقانونها الداخلي التدابير اللازمة لمحاربة الفساد ومنها فسخ العقود وابطالها إذا شابها فساد وتخلي عن إبرامها حسن النية والشفافية...)، نقلا عن د. حمدي ياسين عكاشة، المصدر السابق، الكتاب الرابع، ص ٨٥٣.

(٢) احتل العراق المرتبة ١٦٩ في مؤشرات مدركات الفساد العالمي لعام ٢٠١٢ من أصل ١٧٦ دولة، والمرتبة ١٦٨ من أصل ١٨٠ دولة في العامين ٢٠١٨- ٢٠١٩، والمرتبة ١٦٠ من أصل ١٨٠ دولة في عام ٢٠٢٠، وبذلك يكون العراق احرز تقدماً وتحسناً طفيفاً في مجال الحد من الفساد. ينظر: منظمة الشفافية الدولية على الموقع الالكتروني الاتي: <https://www.transparency.org>، تاريخ الزيارة: ٢٠٢١/٣/٦ في ١١:٥٠ p.m.

(٣) ينظر: زكية سايب: المصدر السابق، ص ٢.

وتبرز مظاهر تحسين العلاقة بين الإدارة والجمهور فيما تتضمنه الشفافية من وجوب اقرار الحقوق الملازمة لها وتبني الاساليب الحديثة في الإدارة التي تقربها من موظفيها والمتعاملين معها. ويعد اشراك المواطن في عمليات صنع القرار الإداري وسيلة لضمان ثقة الأفراد في الإدارات العامة عن طريق استشارة أو اخذ الرأي أو استفتاء المواطنين أو فسخ المجال لهم لتقديم اقتراحاتهم الإدارية أو المساهمة في انتخاب المجالس والموظفين وغيرها من وسائل مشاركة المواطنين في قرارات الإدارة أو أعمالها فتقرب المواطن من ممارسة السلطة ما يعزز استدامة وقبول المجتمع لقراراتها وزيادة ثقتهم بها ومن ثم اقامة علاقات جيدة بين الإدارة العامة والمجتمع، وهذه هي مظاهر الديمقراطية الإدارية التي ظهرت لمعالجة العجز في الديمقراطية التمثيلية وابتعاد الحكومات وممثلي الشعب عن ناخبهم وعدم تمثيلهم بشكل فاعل وانفصام العلاقة بينهم^(١).

وإدراكاً بذلك سعت الدول إلى إجراء إصلاحات تشريعية وسياسية واقتصادية وإدارية بهدف تحسين تلك العلاقة كما في فرنسا ومصر، أما في العراق فلا نجد رؤية جديدة واقعية تلوح في الافق لتحسين وتطوير علاقة الإدارة بالجمهور عموماً وتعزيزها، وتدعم ثقة المواطن بالسلطات العامة عموماً والسلطات الإدارية بشكل خاص هذه الثقة التي غدت شبه منعدمة لأسباب كثيرة أهمها ضبابية الادارات العامة في تعاملاتها مع الجمهور والاتجاه نحو سرية كل ما يتصل بنشاط الإدارة وأعمالها وعدم السماح للمواطن بالاقتراب منها والاختباء خلف جدران سمكية كانت نتيجتها التشكيك بأعمال الإدارة وحملها على شبهة الفساد .

وبالرغم من المتغيرات التي حصلت في العراق بعد عام ٢٠٠٣ نحو ظهور مفهوم الإدارة الالكترونية وتنامي دور منظمات المجتمع المدني والمطالبة بإشراكهم في ادارة شؤون الدولة كشركاء فيها، والمتغيرات الاقتصادية والسياسية وتغير شكل الدولة وتوسيع صلاحيات الادارات اللامركزية، الا انه يفترق لوجود ارادة حقيقة للإصلاح الإداري ، فعلى مستوى التشريعات لا نجد سوى عدد من المحاولات المتفرقة لا تجمعها رؤية وفلسفة موحدة نحو مشروعات القوانين التي لم تر النور حتى يومنا هذا والتي ربما كانت ستشكل خطوة باتجاه اعادة تنظيم القواعد الحاكمة لعلاقة الإدارة بالمواطنين عن طريق تبني مبادئ جديدة تضمن للمواطن فعليا احترام حقوقه بما يتناسب مع تطور النشاط العام نحو مشروع قانون حرية التعبير عن الرأي والاجتماع والتظاهر السلمي، ومشروع قانون الحصول على المعلومات. ولهذا ندعو المشرع إلى ضرورة تجديد وإعادة تنظيم القواعد الحاكمة لعلاقة الإدارة بالمواطنين والجمهور بشكل عام لتكون قائمة على مبدأ الشفافية وتعزيز دولة القانون والديمقراطية والثقة بالإدارات العامة وزيادة قبولها في أوساط المجتمع، إذ اصبحت الثقة شبه منعدمة ويعكس نفور المواطن من دوائر الدولة واجهزتها في العراق مدى سوء هذه العلاقة .

(١) بوراي دليلة : المصدر السابق، ص ١١.

وتعد جودة الخدمة المقدمة وسهولة وتبسيط اجراءات الحصول عليها عامل مهم في تحسين علاقة الإدارة بالمنفعين من خدماتها، إذ تنال بذلك استحسان الجمهور وتزيد من الثقة العامة، وهذا من شأنه ان يعزز الشعور بالمواطنة، بينما يحد تعقيد تلك الاجراءات وطولها وتشعبها وبطئها وفرض التزامات على الجمهور من فاعلية العمل الإداري ويخلق النفور من الإدارة. كما ان مشاركة المعلومات بين مكونات الجهاز الإداري ودقتها وإيصالها في التوقيت الملائم يسهم في تحسين العلاقة بين اعضاء هذا الجهاز وبين القيادات الإدارية والموظفين ويشيع التفاهم ويرتقي بالنشاط العام ويحقق فاعليته ويسمح هذا التواصل والحوار بتوفير الظروف المناسبة لاتخاذ القرارات وتنفيذها، ويعد عاملا مهما في اضافة المشروعات على أعمال الإدارة العامة وجودة القرارات وفهم الموظفين لواجباتهم وتعزيز ثقتهم بالإدارة وبخلافه يغيب الوثام ويسود عدم الرضا والتشكيك بعمل الإدارة وأهدافها ما ينعكس سلبا على مستوى الاداء^(١).

ثالثا: أهمية الشفافية الإدارية في تشجيع الاستثمار: تسهم الشفافية في جذب الاستثمارات إلى البلاد عن طريق توفير البيئة المناسبة للمستثمرين بتزويدهم بالمعلومات والبيانات والتقارير الصادقة والدقيقة عن مركزها المالي وغير المالي، مما يخلق انطباعات جيدة عنها، وهذا ما سيشجع المستثمرين والراغبين بالتعاقد معها في انجاز مشروعاتها والمساهمة بتقديم الخدمات، وشفافية الادارات والشركات العامة يعطي مؤشراً حقيقياً عن مدى نجاحها أو اخفاقها ويسهل من عملية الرقابة ولاسيما المالية منها، ويساعد المستثمرين على اتخاذ القرارات الاستثمارية المناسبة، فالمعلومات انما تعد سلعة اقتصادية يتنافس عليها المستثمرين، ولهذا فإن عدم الشفافية والإفصاح عن المعلومات للمستثمرين قد يدفعهم إلى اتخاذ قرارات غير سليمة و تجنب الدخول في علاقات تعاقدية غير واضحة النتائج أو لا تتوافر عنها المعلومات الكافية.

وتحد الشفافية بما تتضمنه من اتباع سياسة الوضوح والإفصاح الإداري وعلانية نشاطاتها وأعمالها من انتشار الشائعات عن مركزها المالي وتحمي بذلك المستثمرين من المخاطر التي قد يتعرضون لها وتدفعهم إلى اتخاذ قرارات غير صائبة والخوف من عدم قدرة الإدارة على الوفاء بالتزاماتها والعزوف عن الاستثمار. كما ان الإفصاح عن المعلومات دوريا بصورة تلقائية أو بناء على طلب المستثمرين من شأنه ان يحقق المساواة والعدالة بينهم وبناء على ما تقدم فان الشفافية باتت إحدى الوسائل الضرورية لتحقيق الأهداف الاقتصادية لاسيما التنمية الاقتصادية المنشودة التي تسعى لها الدولة سواء بتوفير المعلومات ام السماح للمواطنين بالمشاركة في صنع القرارات التي تهم مصالحهم المشتركة^(٢).

(١) بوراي دليلة: المصدر السابق، ص ٥٢ و ٥٤.

(٢) د. عصام احمد البهجي: المصدر السابق، ص ١٠٤-١٠٥.

المبحث الثاني: السرية الإدارية

نالت السرية أهمية كبيرة في أنشطة وأعمال الإدارة، وإلى وقت قريب كانت تمثل القاعدة العامة التي تحكم عمل الإدارة وما زالت كذلك في العديد من دول العالم ولاسيما المتأخرة ادارياً التي تسود فيها انظمة الحكم غير الديمقراطية والشمولية والاستبدادية والنظم الإدارية الضعيفة والمتوغلة في الفساد، من ثم فان السرية إذا كانت غير سائغة بوصفها مبدأً عاماً فأنها تجد مسوغاتها بوصفها استثناء يركن اليه بناء على ضرورات معينة.

وتتغلغل السرية في مختلف النشاطات الإدارية و تظهر بصيغ و تطبيقات مختلفة تستهدف الحفاظ على مصالح متعددة عامة وخاصة، ويؤكد بعض الفقه ان السرية الإدارية تمثل ميراث تاريخي وظاهرة اجتماعية تعكس نوعاً من العلاقة غير المتوازنة بين الإدارة والجمهور، فالإدارة تمثل السلطة الآمرة والطرف الاقوى وتجد نفسها غير ملزمة بتبرير قراراتها وتفسير تصرفاتها أمام الأفراد كما تعد ملفاتها جزء من ملكيتها الخاصة، أما الأفراد و رغم عدم رضاهم فهم يجدون انفسهم ليس لهم الحق بذلك واعتادوا العيش في ظل حالة الكتمان وعدم التوازن في العلاقة مع الإدارة وبذلك تعبر السرية عن علاقة هيمنة الإدارة على الأفراد^(١).

ولأجل الوقوف على مفهوم السرية وأساسها ومسوغاتها بوصفها محلاً للتوازن في أعمال الإدارة القانونية سنقسم هذا المبحث على مطلبين سنتناول في الاول منهما البحث في مفهوم السرية وسنتناول في المطلب الثاني تطبيقات السرية ومسوغاتها.

المطلب الاول: مفهوم السرية الإدارية

ما زالت السرية حاضرة في الثقافة الإدارية ولها مكانة هامة في القانون الإداري سواء تعلق الأمر بنشاط الإدارة ام وسائلها واجراءاتها ام في علاقاتها مع الجمهور، وتمثل السرية الادارية التزاماً قانونياً فكثيراً ما يفرض القانون على الادارات العامة كتمان المعلومات والبيانات التي بحوزتها وترتيب المسؤولية على مخالفة هذا الالتزام. ورغم ذلك فان مصطلح (السرية) واسع وفضفاض إذ لا ينحصر بمجال معين^(٢)، كما لا يقتصر

(١) J.LAVEISSIER, l'accès aux documents administratifs, in information et transparence administrative, Curapp. PUF, 1988, P. 12-13. نقلاً عن عمر محمد سلامة العليوي: المصدر السابق، ص ٢٨٦ .

(٢) جاء في لسان العرب بأن البَر: ما اخفيت، و أَسْرَ الشيء : كتمته وأظهره، وهو من الاضداد، سرته : كتمته. وسرته : أعلنته، والوجهان جميعاً يُفسران في قوله تعالى (وَأَسْرُواْ النَّدَامَةَ) (سورة يونس الآية ٥٤، وسورة سبأ الآية ٣٣)، قيل: اظهروها، وجاء في مقاييس اللغة بأن: (البَر: خلاف الاعلان . يقال اسررت الشي اسراراً، خلاف اعلنته)، وبذلك فان مصطلح السرية=

على السرية الإدارية فهناك السرية الاقتصادية وتشمل السرية المصرفية وسرية الأعمال و السرية المالية والسرية المهنية فضلاً عن سرية الحياة الخاصة للأفراد.

وتجد السرية اساسها في مجموعة من الافكار التي نادى بها العديد من الفلاسفة والمفكرون، كما تستند السرية على العديد من النصوص القانونية في مجالات العمل الإداري المختلفة، وفقاً لذلك فإنه من الضروري تحديد تعريف السرية وإبراز المكان الذي تشغله وتأصيلها، لهذا سنتناول وعبر تقسيم هذا المطلب على فرعين تعريف السرية وذلك في الفرع الاول منهما وبيان أساسها الفلسفي والقانوني وذلك في الفرع الثاني.

الفرع الاول: تعريف السرية الإدارية

لم تتناول النصوص القانونية التي اقرت وكرّست للسرية تعريفاً لها تاركَةً الأمر إلى الفقه واتجاهات القضاء، وكان للقضاء الفرنسي دور مهم في تعزيز السرية عن طريق اعتماد التفسير الواسع لنصوص القوانين المنظمة لها وتحديد السرية الوظيفية^(١)، فعزف مجلس الدولة الفرنسي في أحد آرائه السرية بقوله بأن السر الخاضع للحماية هو (تلك المعلومات التي تتعلق بوقائع سرية أو تلك المعهود بها تحت خاتم السرية أو التي علم بها الموظفون العموميون بسبب وظائفهم)^(٢). فيما بينت محكمة النقض المصرية صعوبة تعريف السرية بقولها بأن (القانون لم يبين معنى السر وترك الأمر فيه لتقدير القضاة فوجب الرجوع في ذلك إلى العرف وإلى ظروف كل حالة على حده)^(٣).

ولم يتناول القضاء الإداري العراقي تحديد المقصود بالسرية الا انه تناول في بعض الأحكام تحديد ما يعد سرا نحو ما قضت به محكمة قضاء الموظفين في أحد أحكامها بأن (التقارير المقدمة عن سلوك الموظف ومدى شعوره بالمسؤولية وحسن التصرف لأغراض الترقية الوظيفية من الامور السرية فلا يجوز للموظفون الاخرون

= لا ينطوي على الكتمان فقط وإنما أحياناً يقصد به الاعلان والاطهار كما في الآية الكريمة، وبذلك هو من الاضداد لأنه يشمل معنيين متضادين، لذلك سيكون من الادق لغة اعتماد مصطلح الكتمان بدلاً من السرية. ينظر: ابن منظور: لسان العرب، ج٣، دار المعارف، مصر، بلا سنة نشر، ص ١٩٨٩. و ابي الحسن احمد بن فارس بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، ج٣، دار الفكر، بلا مكان وسنة نشر، ص ٦٧.

(1) C E , sect. du 6 mars 1953 delle fauchaux Rec, p. 123, concl.J.Chardeau. selon Claudio parisi: L'accès à l'information dans l'union européenne, Thèse pour Doctorat en Droit public, Université Jean Moulin, Lyon III , 18décembre 2004, p. 123.

(٢) نقلا عن عمر محمد سلامة العليوي: المصدر السابق، ص ٢٨.

(٣) نقض جنائي في ١٩٤٣/٢/٢٠، نقلا عن احمد محمد المنوفي: المصدر السابق، ص ١٤٤.

الاطلاع عليها ويكون ذلك محصورا داخل المؤسسات الحكومية^(١).

وتناول الفقه تعريف السرية، فعرفها اتجاه بأنها (اخفاء حقيقة الأعمال المتصلة بهذه السلطة سواء أكانت هذه الأعمال مادية ام قانونية وسواء تم هذا الاخفاء باتخاذ موقف سلبي عن طريق السكوت عن ذكر الحقائق رغم وجودها ام باتخاذ موقف ايجابي بواسطة الكذب وذكر معلومات مزيفة لتغطية الموضوع المتعلق بهذه الحقائق وبصرف النظر عن الدافع إلى اخفاء الحقيقة وهل هو شريف يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ام وضع يرمي إلى تضليل المحكومين لصالح الحكام وسواء أكانت الحكومة تخفي هذه المعلومات عن جمهور المواطنين فقط ام كانت تخفيها عن اغلب العاملين فيها)^(٢). ونرى ان الكذب بهدف اخفاء الأسرار لأي غرض انما يعد من باب التضليل وليس الكتمان ومن ثم لا يدخل ضمن باب السرية، و يرى البعض بان للسرية ثلاث صور تتمثل بعدم تمكين ذوي الشأن من الاطلاع ورفض الطلب الذي يتقدم به الغير للمعرفة والسكوت الإداري^(٣).

وعرف اتجاه آخر السرية بأنها (صفة تلحق بالشيء أو بالواقعة التي بذيعها يصاب صاحب الحق بضرر يلحق بالحق أو بالمصلحة التي يراد المحافظة عليها وحمايتها)^(٤). واعتمد هذا الاتجاه على الأثر أو الضرر الناشئ عن الافشاء في تحديد السرية. وعرف آخرون السرية على انها (حالة عدم العلم الكافي أو غياب المعلومات الكاملة لدى بعض الأشخاص الذين لا يصح لهم بالاطلاع على هذه المعلومات)^(٥). ويلاحظ ان التعريف يحدد السرية بالاستناد إلى الأشخاص المحظور عليهم الوصول اليها وليس المعلومات أو الإدارة التي تحوزها. واخيرا نشير إلى الاتجاه الذي عرفها بأنها (صفة تخلع على موقفا أو مركزا أو خبرا أو عملا وتؤدي إلى ايجاد رابطة تتصل بهذا الموقف أو المركز أو الخبر أو العمل بالنسبة لمن له حق العلم به ولمن يقع عليه الالتزام بعدم اذاعته أو افشائه للغير)^(٦). وفقا لهذا التعريف فان السرية من شأنها ان تنشأ حقوق لصاحب السر والتزامات على من بحوزته يتمثل بعدم الافشاء. أما السر فقد افاض الفقه في ذكر

(١) حكمها المرقم ٢٧١ في ١٩/٩/١٩٩٨، نقلا عن وسام كاظم صغير، افشاء الأسرار الوظيفية وأثره في المسؤولية الجزائية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون - الجامعة المستنصرية، ٢٠١٣، ص ٣٣.

(٢) د. ماجد راغب الحلو: المصدر السابق، ص ٤٥.

(٣) د. اشرف عبد الفتاح ابو المجد: تسبيب القرارات الادارية امام قاضي الالغاء دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٧، ص ٣٠٣.

(٤) نقلا عن د. سامي الطوخي: النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس، المصدر السابق، ص ٣٣.

(٥) د. اشرف عبد الفتاح ابو المجد: المصدر السابق، ص ٣٠٣.

(٦) د. مأمون محمد سلامة: قانون الأحكام العسكرية العقوبات والاجراءات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٢٣١.

تعريفاته من ذلك تعريفه بانه (كل واقعة أو صفة ينحصر نطاق العلم بها في عدد محدود من الأشخاص إذا كانت ثمة مصلحة يعترف بها القانون لشخص أو أكثر في ان يظل العلم بها محصورا في هذا النطاق)^(١). وتعريفه بانه (الاحتفاظ بالمعلومة بشكل منظم ومبسط وبالتالي فان الادلاء بالسر لا يتم الا داخل دائرة ضيقة من الأشخاص الذين لهم مصلحة في ذلك والملتزمون بعدم افشائه فهو معلومة مخفاة عن الغير)^(٢).

ونرى بدورنا أن السرية الإدارية (التزام قانوني يتضمن كتمان الادارات العامة المعلومات التي تحوزها بنص القانون أو بحسب طبيعتها الذاتية ومخالفته توجب مساءلتها).

الفرع الثاني: الأساس الفلسفي والقانوني للسرية الإدارية

تقوم السرية كفلسفة وأسلوب عمل إداري على العديد من الأسس التي فرضت السرية وعبر مراحل تاريخية مختلفة وقد وجد فيها الفلاسفة والمفكرون أساساً لتبني السرية الإدارية ولتكون وسيلة السلطات العامة في تحقيق مصلحة الدولة ، وتستند السرية على العديد من النصوص القانونية في مجالات العمل الإداري المختلفة، وهذه النصوص التي أسست للسرية بعضها يستند إلى مجموعة القيم الإدارية التي يريد المشرع المحافظة عليها فضلاً عن تلك التي تقرر السرية بوصفها طريقاً لحماية مصلحة الدولة والمصالح الخاصة، وهو ما سنحاول بيانه عبر البنود الآتية:

اولاً: الأساس الفلسفي للسرية الإدارية: يمثل مبدأ السرية أحد الركائز الأساسية التي يقوم عليها نظام الحكم المطلق، وتلازم وجوده مع نشأة الدولة نفسها إذ كان فلاسفة الحكم المطلق يرون بضرورتها لتحقيق المصلحة العامة، وبهذا فان أساس السرية يتمثل بفكرة السلطة المطلقة، كما يُرجع البعض اصول السرية إلى النظام البيروقراطي، ما يدعونا ان نتناول هاتين الفكرتين:

١- السلطة المطلقة : ترجع اصول السرية إلى السلطة المطلقة التي يتمتع بها الحاكم، والذي كان يعد نفسه صاحب الحق الاول في تحديد نوع المعلومات أو الحقائق التي يمكن تزويد الشعب بها، و الاعلام عنها يعد من الامور الخاضعة لسيطرته مباشرة ومن يرضى معاونته من ذوي المعرفة والخبرة نحو الحكماء والعلماء^(٣).

ويوضح (افلاطون) في تحليل الدور الذي يعطى للأوصياء أو الحكام في المدينة انهم لا ينبغي ان

(١) د. محمود نجيب حسني: قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ٦٤١ .

(٢) نقلاً عن د. تهازي حسن عز الدين احمد صالح: الحق في الحصول على المعلومات والقيود والعقوبات وجرائم اساءة استعمال الحق وضمانات حمايته دراسة مقارنة، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٢٠، ص ١٥١

(٣) د. سامي الطوخي: النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس، المصدر السابق، ص ٦٠.

يترددوا في استخدام الكذب لخير الجماعة إذ يذكر بأن (توجد كمية كبيرة من الاكاذيب والخداع التي قد يضطر قادتنا إلى اللجوء إليها في مصلحة أولئك الذين يتم توجيهها اليهم) قاصدا بذلك الشعب أو الجماعة، فالكذب عنده ضروري لذلك بل هو مفيد لتحقيق مصلحتهم، وتلقف هذه الفكرة العديد من الفلاسفة المؤيدين للسلطة المطلقة في القرن السادس عشر فأيدوا ما ذهب اليه افلاطون، فأعلن الفيلسوف (ميشيل دي مونتين) بأن (هناك حاجة للشعب لتجاهل الكثير من الاشياء الصحيحة وان يعتقد في كثير من الاشياء الكاذبة) أو ان (الصالح العام يتطلب الخيانة والكذب)، وفي وقت لاحق كرر (باسكال) ما جاء في فكرة افلاطون، وبالمثل قدّم (تاسيت Tacite) عبارة (اسرار البيت) ذاكراً بأنه (لا ينبغي ان تكشف اسرار البيت الامبراطوري لجميع القادمين: هذه هي القاعدة في السلطة المطلقة والنظام لا يمكن ان يعمل إذا كان أحد مدينا بالمسائلة لشخص واحد فقط) ^(١). وهذه المسوغات للسرية بلغت أوجها عند (ميكافيلي) إذ يرى في السرية وسيلة للحفاظ على الدولة والنظام القانوني وتعد لازمة لممارسة السلطة وتبررها المصلحة العامة باسم الدولة وهي نتيجة للتوازن بين المصالح ، والسياسة تتطلب احلال حاجة ومصلحة الدولة محل قواعد الاخلاق ^(٢).

و قد برر (هوبز) السرية وسوّغ استخدام السلطة المطلقة أيضاً، فالغاية عنده تبرر الوسيلة، إذ يرى بأن الغاية من قيام الدولة نشر السلام والدفاع عن الناس وبأن للشخص الحاكم أو مجموع الأشخاص أصحاب السيادة الحق في الحكم على وسيلة السلام والدفاع معاً؛ لأن من له الحق في تحديد الغاية له الحق في تحديد الوسيلة أيضاً أو الطرق التي لا بد من اتباعها لتحقيق السلام والأمان حتى يمنع النزاع داخل البلاد والاعداء خارجها كما ان الحاكم اقدر على تحديد الوسائل الكفيلة بتحقيق السلام، وبذلك لا يمكن ضمان السلام الا إذا كان صاحب السلطة محتكراً لها، ومن ثم يجب تحييد الشعب عن التدخل في شؤون الحكم، والسياسة عنده لا تحتاج إلى تبرير اخلاقي أو منطقي ^(٣). ويضيف (هوبز) مفسراً الحق المطلق للحاكم بأن للأخير حق تحديد الافكار والآراء والمبادئ والنظريات السيئة والمبادئ والافكار الصالحة المؤدية إلى السلام والتي ينبغي ان تنتشر بين الناس، وتحديد من يكون موضع ثقة بين الناس، ومن الذي يراقب الافكار والنظريات التي تتضمنها الكتب قبل نشرها؛ لأن أعمال الناس تعبر عن آرائهم والآراء السليمة الموجهة هي التي تقود افعال الناس وتقضي إلى السلام وتحقيق الوئام. كما يرى (هوبز) ان الحكومة الديمقراطية عقلاً هي اسبق من حكومة الطغيان؛ لأن تجمع الناس لإنشاء دولة هو نفسه ضرب من السلوك الديمقراطي الا ان صلاحياتها

(١) Claudio parisi: op.cit.p. 11.

(٢) ميكافيلي: كتاب الامير، الفصل ١٧ و ١٨ و ١٩، ترجمة اكرم مؤمن، مكتبة ابن سينا، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٩١ .

(٣) نقلاً عن امام عبد الفتاح امام: توماس هوبز فيلسوف العقلانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٣٨٣ و د. عمر محمد سلامة العليوي: المصدر السابق، ص ١٦ .

على نشر السلام والامن بين الناس اقل من النظام الملكي (وربما كانت المناقشات العلنية والمجادلات بين اعضاء اللجنة في النظام الديمقراطي يجعل قدرتها على حفظ الامن اضعف من النظام الملكي)^(١).

إذا كانت المراجع ومواقف واءاء الفلاسفة توضح ضرورة السرية بوصفها عنصراً أساسياً في وظيفة الدولة المتعددة الا انه من الصعب العثور على المراجع المطالبة بالشفافية كعنصر لا غنى عنه في اداء الدولة، وإذا ما أُريد تطبيق الديمقراطية فاننا سنكون بحاجة إلى شفافية اكبر وهذه الحاجة كما يرى الفيلسوف (كانت) ليست سياسية فقط وانما اخلاقية أيضاً^(٢).

٢- البيروقراطية الإدارية: تمثل السرية العنصر الأساسي في النظام البيروقراطي وفي ذلك يذكر الفقيه الفرنسي (جاك شيفالييه) بأن (السرية جوهر النظام البيروقراطي، وهي حسب (كارل ماركس) تسمح للإدارة استخدام وتطوير قدراتها على التوجيه الذاتي بإجبار المسؤولين أو الموظفين على التزام الكتمان بشأن سير الخدمات وربما النزاعات التي تخوضها، وحتى يظهر الجهاز الإداري كوحدة متجانسة تعمل عن طريق تأمين السرية لبعضها البعض، وحتى تحمي الإدارة نفسها من الضغوط الاجتماعية ولا يمكن المساس بها متمتعة في ذلك بامتياز مقدس وتظهر كقوة وصائية أو رقابية على المجتمع دورها تهدئته وتوحيده بالسعي إلى المصلحة العامة)^(٣).

ويعد عالم الاجتماع والإداري (ماكس ويبر) مؤسس النظام البيروقراطي ومرسي دعائمه، ووفقاً لهذا

النظام فان تدعيم سلطات الإدارة واستقلالها لا يكون إلا عن طريق العمل في دائرة مغلقة غير معلنة، كما يقول بان (السرية تعد بمثابة المعنى الروحي للنظام البيروقراطي فهي تسمح للإدارة بان يستمر ويتطور عملها المستقل وذلك بالزام الموظفين بعدم الإفصاح عن سير العمل في المرفق الذي يعملون فيه)، ويذكر بان (اي حكومة بيروقراطية تتطلع إلى زيادة سلطانها ونفوذها يتوجب عليها ان تحافظ على سرية معلوماتها ونواياها لذلك يجب على الإدارة البيروقراطية ان تحبط كل محاولة يقوم بها البرلمان للحصول على معلوماتها عبر لجانه المتخصصة وما يطلق عليه البحث البرلماني ...) ^(٤). وتعد البيروقراطية وفقاً لتحليل (ماكس ويبر) من اشكال التنظيم الاجتماعي ، تكون السرية فيه مبدأً جوهري تعتمد عليه الإدارة في اداء وظيفتها و

(١) نقلاً عن امام عبد الفتاح امام: المصدر السابق، ص ٣٨٢ و ص ٣٨٩.

(2) Claudio parisi: op.cit.p. 12.

(3)Jacques Chevallier: Le mythe de la transparence administrative, in information et transparence administrative ,Curapp,PUf,1988,p.254.

(4)Jacques Chevallier : op.cit.p. 254.

انشطتها المختلفة، وتصبح السرية ضرورة وظيفية لا غنى عنها للإدارة؛ لأن الإدارات العامة أو الحكومية وحتى الإدارات الخاصة تحتاج في مراحل معينة من أعمالها وانشطتها إلى السرية للحفاظ على القدرات التنافسية بينها وتعزيز كفاءتها وأيضاً فيما يتعلق بالعمليات العسكرية والسياسية التي يجب الحرص على ضرورة عدم افشائها فضلاً عن حماية اسرار الحياة الخاصة للأفراد، كما ان السرية لا تحقق نتائج تتصل بالأهداف التنظيمية للإدارة فحسب وإنما أيضاً للحفاظ على السلطة وقدرة الإدارة على مواجهة السلطات العامة الأخرى إذ يقول (ماكس ووبر) بأن (الإدارة البيروقراطية تسعى إلى زيادة افضليتها من خلال فرض السرية على معلوماتها ونواياها وهي تميل دائماً إلى عقد جلساتها سراً فهي تخفي ما تعرفه وما تفعله لتجعله بعيداً عن النقد وهذا الأسلوب البشرية نابعة من رغبة البيروقراطيين في عزل انفسهم عن الرقابة الخارجية)^(١).

وإلى وقت قريب كان ينظر إلى السرية على انها القاعدة الأساسية للأخلاقيات الإدارية وحجر الزاوية في النظام البيروقراطي الا انه فقد شرعيته في طريق العبور إلى الجمهور ليصبح النظام الإداري أكثر انفتاحاً وإنسيابية، وأدى ذلك إلى كسر تقليد السرية في الإدارات التي كانت تضمن ادامتها فأثر هذا التحول في طبيعة العلاقة بين الإدارة والجمهور، فالسرية بالنسبة للإدارة أكثر الوسائل أماناً لإبقاء الناس على مسافة بعيدة منها لأجل حماية نفسها من الضغوطات والمحافظة على سلامة قراراتها، إلا أن عزلة الإدارة وانفصالها عن المجتمع لم يعد ضماناً للاستقلال الإداري وإنما يدل على وجود خلل لديها؛ فالسرية تقطع العلاقة بين الإدارة والمجتمع وتمنع انشاء تواصل حقيقي بينهما^(٢)، إذ توفر البيروقراطية دعماً لمبدأ السرية وأساساً له.

وتأتي عوامل تدهور النظام البيروقراطي من تنامي أزمة أكثر عمومية ومحاولة اثبات الشرعية ولاسيما

في فرنسا التي بدأت البحث عن أساليب إدارية جديدة أكثر مرونة وانفتاحاً على الجمهور في ظل تعاظم حجم الفجوة بين الإدارة والجمهور؛ إذ أصبحت الإدارة غير مدعومة بشكل كاف وتزايد التشكيك في شرعيتها، فالمواطنون لم يعودوا يقبلون بذلك وبحرمانهم من التأثير الحقيقي في الإدارة ومن ممارسة دورهم الرقابي، فالرغبة بالمشاركة بفاعلية وارتفاع المستوى الثقافي وتطور وسائل الاعلام فرض على الإدارة الاستجابة لهذه التطلعات الاجتماعية الجديدة والافادة من ذلك في تعزيز الشرعية بالاعتماد على جودة علاقاتها مع الجمهور.

ثانياً: الأساس القانوني للسرية الإدارية: ان السلطة التنفيذية ليست بحاجة إلى سن تشريعات تشجعها على الحفاظ على سرية أعمالها كونها سلطة مكيفة بطبيعتها على الحفاظ على سرية المعلومات لديها ومن ثم فهي

(١) نقلاً عن عمر محمد سلامة العليوي: المصدر السابق، ص ١٤١-١٤٢.

(٢) Jacques Chevallier : Le mythe de la transparence administrative, op.cit.p. 242-244.

لا تعلن عنها الا وفقاً لشروطها الخاصة وفي الوقت المناسب، كما ان الرؤساء ليست لديهم حوافز قوية لكي يضغطوا من اجل إصدار تشريعات حول السرية لانهم بحكم التقاليد يمكنهم اداء ما يريدونه بطريقة سرية عبر إصدار قرارات تنفيذية ^(١). وهذا انما يعكس مدى السرية الراسخة في عقلية السلطة التنفيذية والسلطة الواسعة التي تمنح لها في تقرير ذلك، مع ذلك يوجد عدد غير قليل من النصوص القانونية التي كرسّت إلى السرية ومازالت قائمة وهي تمثل القاعدة العامة في كل من العراق ومصر، بينما تعد استثناء في النظام القانوني الفرنسي من مبدأ الشفافية الإدارية بوصفها القاعدة العامة منذ سبعينيات القرن الماضي .

ونظراً لاتساع الأساس القانوني للسرية في النشاط الاداري لذلك سنحاول بيانه في أهم مجالات السرية وذلك عبر الفقرات الآتية:

١- السرية في قوانين الوظيفة العامة وواجب الالتزام بالكتمان: كانت السرية في فرنسا ولمدة طويلة القاعدة العامة التي تحكم العمل الإداري والعلاقة بين الإدارة والجمهور، وقد كرسّت لها مجموعة من النصوص القانونية الواردة في القوانين المختلفة مثل قوانين الوظيفة العامة والتي أوجبت على الموظفين كتمان الأسرار الوظيفية ومن ذلك قانون الموظفين رقم ٢١١-٥٩ في ٤ شباط ١٩٥٩ الذي نص على انه (استقلالاً عن القواعد المقررة في قانون العقوبات في خصوص المهنة يلتزم كل موظف بواجب الكتمان بالنسبة لكافة الوقائع والمعلومات التي يتصل علمه بها اثناء مباشرته لوظيفته. كما يحظر عليه قطعياً الكشف عن مضمون الاوراق أو المستندات المتعلقة بالعمل إلى الغير أو تداولها على خلاف النظم المقررة. كما لا يحق للموظف الخروج على واجب الكتمان المفروض عليه، أو على الحظر المنصوص عليه بالفقرة السابقة في غير الحالات المنصوص عليها صراحة بمقتضى النظام المعمول به الا بتصريح من الوزير المختص)^(٢).

وهذا النص فرض التزاماً عاماً على الموظفين بالكتمان وعدم الكشف أو تداول المعلومات التي تحتويها الوثائق أو المستندات التي يطلعون عليها بسبب الوظيفة، لكنه مع ذلك أجاز الإفصاح والكشف عن هذه المعلومات بموافقة الوزير المختص، وهذا متروك لتقدير الاخير فله أن يوافق على طلبات الكشف عن هذه المعلومات وهذا ما أكدّه فعلاً احد الفقهاء في فرنسا إذ ينتهي بناء على ذلك إلى أن سرية المعلومات تنتج

(١) رودني آ. سمولا: حرية التعبير في مجتمع مفتوح ، ترجمة كمال عبد الرؤوف، ط١، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، مصر، ١٩٩٥، ص ٤٥٠.

(2) Art 10 de la Loi n° 59-211 du 4 février 1959 , Jorf 33année, n° 50 ,4-2- 1959,p. 1745, publié sur le site: legifrance.gouv.fr. 2/4/2021T: 2:45 p.m.

على هذا النحو من التطبيق أو ما جرى عليه العمل الإداري^(١). إلا أن واقع حال الإدارات العامة وكجزء من الثقافة الإدارية القائمة على السرية يدفع إلى القول بأن طلبات الحصول على المعلومات أو الوثائق لم تكن تجد قبولا، وسواء كانت هذه الطلبات من الموظفين أم المواطنين من أصحاب الشأن فتفضل الإدارات الامتناع عن الاستجابة لهذه الطلبات أو رفضها صراحة لتضفي السرية على وثائق ومعلومات ليس لها حتى صفة السرية للاعتقاد الشائع بسرية كل ما يطلع عليه الموظفين اثناء وظائفهم وبأن هذه المعلومات ملك للإدارة وحكراً عليها.

والالتزام بالكتمان لا يقتصر على علاقة الموظفين بالمواطنين وانما يشمل ايضاً الموظفين من الإدارات الأخرى أو زملائهم في الجهة الإدارية نفسها لمن ليس لهم علاقة بالأسرار الواجب كتمانها مما يؤدي إلى اعاقه نشاط الإدارات عن تحقيق أهدافها وضعف التواصل بينها^(٢). وعزز مجلس الدولة الفرنسي في وقت سابق بحكمه في ٦ اذار ١٩٥٣ من التزام الموظفين بالسرية بقوله بان النص الوارد في قانون الموظفين انما يشمل أيضاً (الوثائق التي عرفها الموظف اثناء الخدمة وسواء اكانت متصلة بأداء واجباته ام لا)، موسعا من التزام الموظف عن طريق التفسير الواسع للنصوص المقررة للالتزام بالسرية.

ولا يختلف قانون حقوق وواجبات موظفي الخدمة المدنية كثيراً بشأن اتباع القاعدة نفسها والزام الموظفين بالكتمان إذ نص بان (يلتزم الموظفون المدنيون بالسرية المهنية في إطار القواعد المنصوص عليها في قانون العقوبات. يجب على موظفي الخدمة المدنية ممارسة الالتزام بالكتمان فيما يتعلق بجميع الحقائق أو المعلومات أو الوثائق التي يطلعون عليها اثناء ممارسة وظائفهم أو اثناء ممارستها بصرف النظر عن الحالات المنصوص عليها صراحة في اللوائح السارية لاسيما فيما يتعلق بحرية الوصول إلى المستندات الإدارية، لا يمكن اعفاء المسؤولين من هذا الالتزام بالكتمان الا بقرار صريح من السلطة التي يتبعونها)^(٣). وقد أكد القانون نفسه هذا الالتزام بالسرية بالنص على ان (يلتزم موظفو الخدمة المدنية بتلبية طلبات المعلومات من الجمهور وفق القواعد المنصوص عليها في المادة ٢٦ من هذا القانون). وينطوي القانون المذكور على نوعين من الالتزامات: الأول هو الالتزام بالسرية المهنية ويمثل القاعدة العامة بصدد واجبات الموظفين، والثاني الالتزام بتلبية طلبات الحصول على المعلومات المقدمة من الجمهور وهو الاستثناء وبما لا يتعارض مع التزام السرية .

(١) نقلا عن د. سامي الطوخي: النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس، المصدر السابق، ص ٧٦.

(٢) ينظر: د. سامي الطوخي: المصدر السابق، ص ٧٧.

(٣) المادتان (26-27) من قانون رقم ٦٤٣ في ١٣ حزيران ١٩٨٣ الفرنسي.

وفي مصر كان قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ الملغى ينص على واجب الموظفين بكتمان الأسرار الوظيفية التي يطلعون عليها بحكم وظائفهم إذا كانت سرية بطبيعتها أو بموجب تعليمات^(١)، أما قانون الخدمة المدنية رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ فلم يرد فيه هذا الالتزام^(٢)، إلا ان اللائحة التنفيذية للقانون الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٢١٦ لسنة ٢٠١٧ نصت على ان يحظر على الموظف (افشاء اية معلومات يطلع عليها بحكم وظيفته إذا كانت سرية بطبيعتها أو بموجب تعليمات تقضي بذلك دون اذن كتابي من الرئيس المختص ويظل هذا الالتزام قائماً بعد ترك الخدمة)^(٣). وهو يمثل التزام عام على جميع الموظفين الخاضعين لأحكام هذا القانون فضلاً عن كون قانون الخدمة المدنية يمثل الشريعة العامة في شؤون الخدمة المدنية. وبذلك يكون للسلطة التنفيذية تقرير الالتزام بالسرية من عدمه أو تضيق نطاقه للإدارة كونه لم يرد في القانون وإنما بلائحته التنفيذية. ويقصد بالأعمال السرية بطبيعتها تلك التي تكون السرية جزء من طبيعتها الذاتية وملزمة لها، كما حددها اتجاه فقهي بأنها: تلك التي من شأن افشائها الاضرار بمصالح الجهة الإدارية المشروعة أو الاضرار بالمصالح المشروعة للغير المتعامل مع الإدارة، أما الأعمال السرية بموجب تعليمات فهي : تلك التي تقررها الإدارة بواسطة السلطة المختصة أو بناء على توجيهات الرؤساء في مختلف المستويات التنظيمية إلى المستويات الأدنى^(٤).

ويؤخذ على النص الوارد باللائحة التنفيذية انه أعطى للإدارة سلطة تقدير واسعة في تقرير السرية عبر ما تصدره من تعليمات والزام الموظفين بعدم افشائها ومن دون وضع معايير معينة عليها الالتزام بها عند تقرير ذلك، وبهذا لا يحد سلطة الإدارة فيما تصدره من تعليمات تفرض السرية الا اساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، وكثيراً ما تلجأ الإدارة إلى كتمان أعمالها وما تمتلكه أو تحوزه من معلومات ووثائق بحجة تعارضها مع المصلحة العامة ولكي لا تتعرض للنقد نتيجة اخطائها وانحرافها بالسلطة . كما نصت القوانين الأخرى على التزام الموظفين بالكتمان أو السرية للمحافظة على سرية الحياة الخاصة نحو إلزام الموظفين بالمحافظة على السرية الصحية والسرية الضريبية وسرية المراسلات والبريد وأحكام خاصة بقطاع الامن الوطني على وفق ما سنبينه في تطبيقات السرية.

أما بشأن قوانين الوظيفة العامة في العراق، فنجد أن قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام قد نص على الالتزام بالكتمان وجاء فيه بان يلتزم الموظف بـ(كتمان المعلومات والوثائق التي يطلع عليها بحكم

(١)البند (٨) من المادة (٧٧) من القانون المذكور. منشور بالجريدة الرسمية، السنة ٢١، العدد ٢٩ تابع ب، ٢٠ يولييه ١٩٧٨.

(٢) نشر قانون الخدمة المدنية رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ في الجريدة الرسمية العدد ٤٣ مكرر (أ) في اول نوفمبر ٢٠١٦.

(٣) البند (٢) من المادة (١٥٠) من اللائحة المذكورة .

(٤) د. سامي الطوخي: النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس، المصدر السابق، ص ١٠٤.

وظيفته أو اثباتها إذا كانت سرية بطبيعتها أو يخشى من افشائها الحاق الضرر بالدولة أو بالأشخاص أو صدرت إليه أوامر من رؤسائه بكتمانها ويبقى هذا الواجب قائماً حتى بعد انتهاء خدمته، ولا يجوز له ان يحتفظ بوثائق رسمية سرية بعد إحالته على التقاعد أو انتهاء خدمته بأي وجه كان^(١). ويلاحظ ان المشرع اعتمد في تحديد السرية عدة معايير كمعيار الضرر المترتب على اتاحة المعلومات أو الوثائق للغير سواء كان هذا الضرر يصيب الدولة أم الأشخاص وهو معيار عملي يقع تقديره على الإدارة والقضاء، أما المعلومات السرية بطبيعتها فالضرر فيها مفترض كون السرية جزء من كيانها.

إلى جانب ما تقدم فقد اعتمد معيار موضوعي أو مادي كونه نظر إلى الطبيعة الذاتية للمعلومات أو الوثائق فتكون سرية إذا كانت كذلك بحسب طبيعتها، كما اخذ بمعيار شكلي عندما منح الإدارة سلطة إصدار قرارات ادارية توجب على الموظفين كتمان بعض المعلومات أو الوثائق سواء بموجب أنظمة أم تعليمات أم أوامر فردية أم عن طريق إصدار توجيهات إلى الموظفين بذلك، وفي الواقع أن هذا الأمر منقذ والسرية التي تحدد بقرارات إدارية تمثل أخطر أنواع السرية كون الإدارة بطبيعتها وبحسب الموروث الثقافي والتاريخي تميل إلى إضفاء طابع السرية على أعمالها ومعلوماتها ووثائقها لحماية نفسها من رد الفعل على تلك الأعمال من قبل الجمهور أو لإخفاء مخالقاتها وتجاوزها على مبدأ المشروعية . كما ان هذا النص لا يضع معايير موحدة أو قيود يمكن أن تفرض على الإدارة عند عد معلومة أو وثيقة ما سرية، ولهذا ما سيكون سراً لدى بعض الادارات لا يكون كذلك لدى غيرها، مما يترتب عليه حصول تمايز بين المواطنين في تعاملاتهم مع الإدارة وإخلاقاً بمبدأ المساواة، وعلى الرغم من ان المشرع اراد منح الإدارة قسطاً من الحرية في تقرير ما يجب حمايته من أسرار تتضمنها المعلومات أو الوثائق كونها أكثر تماساً واتصالاً بمتطلبات تنفيذ القوانين وبالواقع العملي إلا أنه ترك لها المجال واسعاً في ذلك، إذ ينبغي أن تركز إلى السرية في أضيق نطاق ممكن وبالقدر اللازم لحماية مصلحة الدولة وحماية الحياة الخاصة للأفراد، وإيجاد توازن بين هذه المصالح المختلفة وحماية حقوق الانسان وحياته وبالتحديد تلك المرتبطة بالشفافية.

ونصت على الالتزام بالكتمان العديد من القوانين نحو قانون التنظيم القضائي^(٢). ولم يتضمن قانون الادعاء العام النافذ نصاً بذلك بخلاف القانون الملغى، الا انه احال في المسائل التي لم يرد بها نص لقانون التنظيم

(١) البند (سابعاً) من المادة (٤) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل، ويلاحظ ان هذا الالتزام كانت تنص عليه ايضا المادة (٤/١/ب) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم ٦٩ لسنة ١٩٣٦ الملغى على وجاء فيها (كتم الامور التي اطلع عليها بمقتضى وظيفته ويخشى ضرر الدولة والأشخاص من افشائها او اوصي من قبل رؤسائه بكتمانها حتى بعد انتهاء خدمته)، منشور في الوقائع العراقية العدد ١٥١٣ في ١٩٣٦/٥/٩.

(٢) البند (ثانياً) من المادة (٧) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩، الوقائع العراقية العدد ٢٧٤ في ١٩٧٩/١٢/١٧.

القضائي^(١). وقانون الاشراف القضائي^(٢)، ونص أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٤ على إلزام موظفي وزارة الدفاع والقوات المسلحة العراقية المحافظة على سرية المعلومات الامنية الوطنية المودعة لديهم بموجب سلطة قانونية^(٣). ونص قانون الاثبات على واجب الكتمان ايضا^(٤)، وتضمن قانون الجهاز المركزي للتقييس والسيطرة النوعية النافذ نصاً بالزام منتسبي الجهاز المحافظة على سرية المعلومات التي حصلوا عليها^(٥).

ونصت تعليمات قواعد السلوك الوظيفي الخاصة بموظفي الدولة والقطاع العام ومنتسبي القطاع المختلط لسنة ٢٠٠٦ على التزامات الموظف ومنها (الحفاظ على سرية المعلومات والوثائق الرسمية التي بحوزته أو التي يطلع عليها بحكم وظيفته وعدم استخدامها خلافاً للقانون)^(٦). وهذا النص منتقد كونه اضعى السرية على الوثائق الإدارية الرسمية كافة وجعل من سرية الوثائق الإدارية القاعدة العامة. وأشارت لائحة السلوك الوظيفي رقم ١ لسنة ٢٠١٦ عن دائرة الوقاية في هيئة النزاهة والتي الغت التعليمات السابقة، إلى سرية المعلومات لكنها أوجبت على الموظف الالتزام بما تحضره القوانين ذات الصلة .

وتؤكد أحكام القضاء على أهمية واجب الموظف بالكتمان، ومن ذلك ما جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا في العراق في ٢٠١٨/٧/١٩ إذ قضت بأن (قيام المعارض بتسريب معلومات ووثائق تخص عمل المؤسسة وقد ثبت للجنة التحقيقية قيام المعارض بتزويد أحد المواطنين بالنسخة الاصلية لأوليات محفوظة لدى المؤسسة وافر المعارض بقيامه بهذا الفعل في التظلم المرفوع للمعارض عليه حيث ورد فيه انه قام بتسليم المواطن الاوليات الموجودة لديه (كونه حصل عليها بجهوده الخاصة) ولكون المواطن قدم طلباً لشموله بقانون المؤسسة وقد رفض بعدم وجود مستندات لديه تثبت الاعتقال، ولقناعته بان تلك الاوليات ستعود إلى المؤسسة عند تقديم المواطن لطلبية مرة أخرى للمؤسسة، وحيث ان قيام المعارض بتسليم الاوليات المحفوظة لدى المؤسسة وانه تصرف على هذا الأساس كونه حصل عليها بجهوده الخاصة، يثبت خطورة

(١) المادة (١٥) من قانون الادعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ في جريدة الوقائع العراقية العدد ٤٤٣٧ في ٦ اذار ٢٠١٧.

(٢) المادة (٦) من قانون الاشراف القضائي رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٦ ومن الجدير بالذكر ان هذا القانون لم يتضمن صورة السرية بأوامر يصدرها الرؤساء التي اشار اليها قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١، منشور في الوقائع العراقية العدد ٤٤١٨ في ٣/١٠/٢٠١٦.

(٣) المادة (٥/ر) أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٤، منشور بالوقائع العراقية العدد ٣٩٨٣ في ١/٦/٢٠٠٤.

(٤) المادة (٨٨) من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

(٥) البند (ثانياً) من المادة (١٤) من القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٩، منشور في الوقائع العراقية العدد ٢٧١٣ في ٤/٦/١٩٧٩ .

(٦) المادة (٨) من التعليمات المذكورة،

فعل المعارض وانه تصرف بالاوليات على انها تعود له وليس للمؤسسة وان فعله هذا يتنافى مع كونه موظف عام ومن واجباته ان يؤدي أعمال وظيفته بأمانة وشعور بالمسؤولية والحفاظ على الوثائق والمستندات التي بحوزته وعدم التصرف بها الا وفقا للقانون ...^(١). وفي حكم آخر لها بتاريخ ٢٠١٩/٣/٧ ذهبت إلى انه (لا يشترط الحاق ضرر بالمال العام لاعتبار الموظف خالف واجباته بالحفاظ على المعلومات والوثائق التي يطلع عليها بحكم وظيفته)^(٢).

٢- السرية المحمية بالقانون الجنائي: تناولت النصوص العقابية السرية من جوانب مختلفة فنصت على التزامات الموظفين بكتمان الأسرار الوظيفية وفرضت العقوبات على من يقوم بإفشاءها وشددت العقوبة على جرائم افشاء الأسرار التي تمس امن الدولة والمصالح العليا للدولة، فضلاً عن السرية المهنية ، كما جرمت الاعتداء على سرية الحياة الخاصة للأفراد ، ولا تكاد تخلو دولة من وجود هكذا نصوص في قوانينها العقابية.

إذ تضمن القانون الجنائي الفرنسي رقم ٨٩ في شباط ١٩٩٤ النص على السرية الإدارية والمهنية بقوله (يعاقب الاطباء، الجراحون، وموظفو الصحة والصيدلة والقابلات وكل الأشخاص الآخرين الذين يحملون حسب الحالة أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة اسراراً عهد اليهم بها والذين افشو هذه الأسرار في غير الحالات التي يسمح فيها القانون بالإفشاء بالسجن من شهر إلى ستة اشهر وبالغرامة...)^(٣). وهذا النص لا يقتصر على الموظفين وانما شمل فئات من أصحاب المهن والذين يطلعون على الأسرار بحسب مهنتهم تأميناً لحسن سير المرافق العامة وتأكيداً للثقة الواجبة بين الادارات التي ينتمي اليها الموظفين مع الأفراد والأشخاص، وحتى لا ينفر الأفراد من اللجوء إلى هؤلاء الأشخاص خوفاً من افتضاح أمرهم وشؤونهم الخاصة ومن ثم تعريض المجتمع للضرر. والالتزام بالسرية المهنية بالنسبة للموظفين ليس التزاماً عاماً كما هو الالتزام بالكتمان وانما هو مقتصر على فئات من الموظفين وهم ما يطلق عليهم (الامناء الضروريين) وهؤلاء بحكم عملهم يتلقون أسراراً من الأفراد^(٤).

وفي مصر عاقب قانون العقوبات كل من كان مودعاً اليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي

(١) حكمها رقم ١٠٦/قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٨ في ٢٠١٨/٧/١٩، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٨، وزارة العدل - العراق ، ٢٠١٨، ص ٣٤٨.

(٢) حكمها المرقم ١٣٢٥/قضاء الموظفين/ تمييز/ ٢٠١٧ في ٢٠١٩/٣/٧، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٩، وزارة العدل - العراق ، لعام ٢٠١٩، ص ٤٤٣.

(٣) المادة (٣٧٨) من القانون المذكور، منشور على الموقع: legifrance.gouv.fr، بتاريخ: ٢٠٢١/٤/٢، p.m. ٢٠:٤.

(٤) عمر محمد سلامة العليوي: المصدر السابق ، ص ٢٦٨.

أو تمن عليه فأفشاه في غير الاحوال التي يلزمه القانون بذلك، ولا يسري ذلك الا في الاحوال التي لم يرخص فيها قانون بإفشاء امور معينة^(١). وفرض السرية المهنية على الأشخاص الذين يعدون من الامناء على السر كافة بحسب صناعتهم أو وظيفتهم، وترك مجالاً تقديرياً واسعاً للقضاء في استخلاص عناصر الجريمة خلافا للمعتاد في النصوص العقابية التي يجب ان تتسم بالتحديد والوضوح^(٢).

أما قانون العقوبات العراقي فلم يختلف عن قوانين العقوبات المقارنة في إقرار السرية وتقرير العقوبات على من يقوم بإفشاءها أو الاعتداء عليها ومنها السرية الوظيفية وأسرار الدفاع فضلاً عن سرية الحياة الخاصة للأفراد. وتضمن القانون تقرير الحماية للأسرار الوظيفية والمهنية إذ نصَّ بأن (يعاقب ... كل من علم بحكم وظيفته أو صناعته أو فنه أو طبيعة عمله بسر فأفشاه في غير الاحوال المصرح بها قانوناً أو استعمله لمنفعته أو منفعة شخص آخر. ومع ذلك فلا عقاب إذا اذن بإفشاء السر صاحب الشأن فيه أو كان افشاء السر مقصوداً به الاخبار عن جنائية أو جنحة أو منع ارتكابها)^(٣). كما عاقب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٢٣٧ لعام ١٩٨٤ كل موظف أو مكلف بخدمة عامة يحتفظ بوثائق رسمية سرية بعد احالته على التقاعد أو انتهاء خدمته بأي وجه كان^(٤).

٣- سرية الوثائق الإدارية: ان السرية مازالت تمثل القاعدة العامة بشأن الوثائق الإدارية في العراق ومصر نظرياً وعملياً، أما في فرنسا فقد تغيرت هذه القاعدة لديها كما اشرنا بعد سلسلة القوانين التي صدرت منذ السبعينيات وأهمها فيما يتصل بالوثائق الإدارية: القانون الصادر في ٦ كانون الثاني ١٩٧٨ المتعلق بمعالجة البيانات والملفات والحريات، وقانون ١٧ تموز ١٩٧٨ بشأن تدابير تحسين العلاقات بين الإدارة والجمهور، والذي أقر حرية الأشخاص في الوصول إلى الوثائق الإدارية، وبموجبه اصبحت الشفافية وحق الاطلاع على الوثائق الإدارية الاصل العام وسريتها الاستثناء، الا ان هذا القانون رغم انه اقر حق كل شخص في الحصول على المعلومات وحرية الوصول إلى الوثائق الإدارية ذات الطبيعة غير الاسمية الا انه نص على العديد من الأعمال والوثائق الإدارية المرتبطة بها وفرض سريتها وهي (سرية مداولات الحكومة والسلطات المسؤولة التابعة للسلطة التنفيذية، وسرية مداولات الحكومة والسلطات المسؤولة التابعة للسلطة التنفيذية، و

(١) المادة (٣١٠) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧، منشور على الموقع: <https://manshurat.org> بتاريخ: ٢٠٢١/٤/٢٠. ٧:١٨p.m.

(٢) د. كمال طلبة المتولي سلامة: دور الدولة في حماية السرية والاستثناءات الواردة عليها مع عرض لأهم الاعلانات والمؤتمرات الدولية وموقف بعض الدساتير والقانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٣٢-٣٣.

(٣) المادة (٤٣٧) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٤) قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٢٣٧ لعام ١٩٨٤، منشور في الوقائع العراقية العدد ٣٠٢١ في ١١/٢٦/١٩٨٤.

سرية الدفاع الوطني والسياسة الخارجية، و المال والائتمان العام وامن الدولة والامن العام، وسير الاجراءات أمام المحاكم أو العمليات التمهيدية لهذه الاجراءات مالم تأذن بها السلطة المختصة، وسرية الخصوصية والملفات الشخصية والطبية، والسرية في الامور التجارية والصناعية، وقيام الادارات المختصة بالبحث عن المخالفات المالية والكمركية، وبشكل عام الأسرار الأخرى التي يحميها القانون^(١). ولتطبيق هذه الأحكام يتم تحديد قوائم الوثائق التي لا يمكن ابلاغها للجمهور بسبب طبيعتها أو موضوعها بقرارات وزارية بعد اخذ رأي لجنة الوصول إلى الوثائق الإدارية. ولم يضع المشرع معايير وضوابط معينة عند تحديد هذه الاستثناءات، تاركا للإدارة عبر إصدار قرارات وزارية تحديد الوثائق السرية بعد اخذ رأي اللجنة المذكورة.

ويرى بعض الفقه الفرنسي ان توجه المشرع هنا يشكل توجه واقعي؛ لان الشفافية المطلقة في العمل والنشاط الإداري يعد أمرا مستحيل التحقق، فكل مجتمع بحاجة إلى منطقة ظل أو متسعا من السرية للحفاظ على بعض المصالح العامة للدولة ومصالح الأفراد الخاصة^(٢)، ولكن ينبغي عدم التوسع بهذه الاستثناءات حتى لا تطغى على القاعدة العامة ومن ثم تغدو تهديدا لحقوق الأفراد وحياتهم وهذا يتطلب توازن بين الشفافية والسرية عن طريق اعتماد معايير معينة واضحة. كما يبرر موقف المشرع بإيراد هذا الاستثناء بالقول بانه لم يتجاوز حدود الاستثناء ولا يمثل رغبة تحكمية في حجب بعض الوثائق عن اطلاع الجمهور وانما تقرر هذا الاستثناء لاعتبارات عدة وجدها المشرع اجدر بالرعاية وعن طريق الموازنة بين الاضرار التي قد تنشأ في الحالتين، فقدّر بانه في بعض الحالات تسبب حرية الاطلاع على الوثائق ضررا على المصلحة العامة أو الخاصة^(٣)، فقرر وضع حدا منطقيا بينهما وكانت نتيجته ما جاء في المادة المذكورة .

وقد حاول مجلس الدولة الفرنسي الاستناد إلى معايير معينة عند رفض أو قبول الطعون المطالبة بإتاحة وثائق ادارية معينة ومن ذلك حكمه في ١٢ حزيران ٢٠٢٠ في قضية (ارشيف الرئيس) بان (السيد... قدم طلبا لوزير الثقافة للحصول على بعض ارشيفات الرئيس فرانسوا ميتران فيما يتصل بسياسة فرنسا في رواندا بين عامي ١٩٩٩-١٩٩٥... ومع الاخذ في الاعتبار من ناحية طبيعة وموضوع الوثائق المتنازع عليها والمعلومات التي تحتويها ومن ناحية أخرى الهدف الذي يسعى له مقدم الطعن في البحث العلمي حول الدور الدقيق لفرنسا في رواندا بين عامي (١٩٩٥-١٩٩٠) وهي طلباته الحالية فيما يتصل بحرية تلقي المعلومات والافكار ونقلها لتغذية البحث التاريخي والنقاش حول مسألة عامة، في حين يرى مدير ابحاث

(١) المادة (٦) من قانون ١٧ تموز ١٩٧٨ الفرنسي.

(٢) Jacques Chevallier : Le mythe de la transparence administrative, op.cit.p. 259-260.

(٣) نقلا عن د. محمد باهي ابو يونس: المصدر السابق، ص ٤٢.

الذي بجورته المحفوظات المتنازع عليها بان ذلك سيؤدي إلى الكشف عن المعلومات المتعلقة بسرية مداولات السلطة التنفيذية والتأثير على سير العلاقات الخارجية، الا ان المجلس وجد ان الوثائق المتنازع عليها لا يوجد فيها ما يقود إلى الاعتقاد بانها تحتوي على عناصر يمكن ان تؤدي إلى ذلك ... وفي نهاية موازنة المصالح المعنية توصل المجلس إلى ان المصلحة المشروعة لمقدم الطلب لا تتعارض مع المصالح التي قصد القانون حمايتها... ويترتب على ذلك ان حالات الرفض لطلبات السيد... مشوبة بعدم الشرعية^(١).

ولتبيد المخاوف من هذه الاستثناءات والآثار المترتبة عليها وبتأييد قضائي حاولت لجنة الوصول إلى الوثائق الإدارية ضبط العبارات الواردة بالنص ووضع المعايير لكل استثناء، ولهذا حرصت على التأكيد بان الإدارة ليس لها رفض الاطلاع على المعلومات والوثائق الإدارية خارج إطار هذه الاستثناءات وان كانت لها سلطة تقديرية تستند على اعتبارات مستمدة من مبدأ حسن سير المرافق العامة طالما لم يتوافر أحد الأسباب التي ذكرها المشرع على سبيل الحصر^(٢). ويرى احد الفقه ان السرية ليست شرا على الدوام وحتى في ظل مجتمع ديمقراطي حر ومفتوح، فالسرية قد تعمل على تحسين المداولات اثناء سريانها وتعمل على تحسين فرص نجاح القرارات السياسية الناتجة عن هذه المداولات بعد انتهائها^(٣).

وأناط دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤ بالقانون تنظيم ووضع ضوابط لشفافية الوثائق الرسمية وسريتها قاصدا بذلك إحداث توازن بين المبدئين^(٤)، الا ان المشرع لم يضع مثل هذا القانون وبقي الحال على ما هو عليه قبل عام ٢٠١٤ وهو سرية الوثائق الرسمية كأصل عام.

وفي العراق تعد الوثائق الرسمية سرية ويمكن الاطلاع والحصول عليها استثناء وذلك الموقف مبرر بتحقيق المصلحة العامة في بعض الأحيان والمصالح الخاصة للأشخاص في أحيان أخرى، فضلاً عن اقرار الالتزام بالسرية كمبدأ عام، وقد جاء في قانون الحفاظ على الوثائق تقسيما للوثائق ومنها الوثائق السرية وعرفها بانها: (الوثائق التي لا يجوز الاطلاع عليها وذلك لمساسها بأمن الدولة أو ان الإفصاح عنها يقود إلى ضرر وحسب مقتضيات العمل)^(٥). تاركا بذلك للإدارة تحديد الوثائق السرية حسب ظروف كل حالة وتقدير نوع

(١) C. E.12 juin 2020, Archives du président, N°S422327 ,431026 , publié sur le site <http://Conseil-etat.fr>. D: 18/3/2021,T: 1:14 p.m.

(٢) د. محمد عبد الواحد الجميلي: المصدر السابق، ص ١٣٨.

(٣) رودني أ. سمولا: حرية التعبير في مجتمع مفتوح، المصدر السابق، ص ٤٥٣.

(٤) المادة (٦٨) من دستور جمهورية مصر ٢٠١٤.

(٥) البند (ثالثاً) من المادة (٣) من قانون الحفاظ على الوثائق رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٦.

الضرر المترتب على الإفصاح عنها سواء كان عاماً أم خاصاً، ومن ثم فإن ذلك يؤكد عدم وجود معايير يمكن اعتمادها لتقرير سرية الوثيقة فليس كل ما يطلع عليه الموظف من وثائق هي سرية مما ينبغي تحديد حالات سرية المعلومات والوثائق الرسمية بان لا تتعدى حالات السرية الواجبة كما حدد القانون الوثائق الخاصة بانها تلك التي لايجوز الاطلاع عليها الا في الحالات التي تستوجب ذلك وبموافقة الجهة المعنية.

وفرضت العديد من النصوص السرية على الوثائق، نحو تعليمات اللجان الطبية التي فرضت السرية على قرارات وتوصيات اللجان الطبية إذ يتم ارسالها إلى الجهات ذات العلاقة عبر البريد السري أو بواسطة معتمد من قبلها^(١). وتعد اضايير الموظفين والتي تضم كل ما يتصل بخدمة الموظف وما يطرأ في حياته الوظيفية ووثائق رسمية سرية وان لم ينص القانون عليها ولا يمكن الاطلاع عليها حتى بالنسبة للموظف نفسه الا في معرض الدفاع عن نفسه أمام السلطات التأديبية أو القضاء^(٢)

المطلب الثاني: تطبيقات السرية الإدارية ومسوغاتها

تظهر تطبيقات السرية في المجالات الإدارية المختلفة، والغاية من بيانها تحديد الفلسفة والمنهج الذي اعتمده المشرع والإدارة في التزام السرية في أعمال الإدارة، كما يسوّغ انصار السرية الإدارية اتباع هذا المنهج بالفوائد التي يمكن تحقيقها وهي على قدر كبير من الأهمية بالنسبة للمرفق العام اذ يتطلب تحقيق المصلحة العامة الحفاظ على سرية بعض المعلومات والوثائق بالنظر لما يترتب على الإفصاح عنها وعلاقتها من ضرر يصيب مصلحة الدولة أو الأفراد؛ لذلك ينبغي إحداث توازن بين المصلحة المتحققة عن شفافية الإدارة بشأن تلك المعلومات وتلك المتحققة من سريتها، وعلى هذا الأساس يمكن ترجيح الواحدة على الأخرى وفقاً لما يجده المشرع أجدر بالرعاية بناء على معايير محددة.

ولهذا سنتناول في هذا المطلب بيان تطبيقات السرية ومسوغاتها عبر تقسيمه على فرعين سنتناول في الفرع الاول منهما البحث في تطبيقات السرية وسنتناول في الفرع الثاني مسوغات السرية الادارية.

الفرع الاول: تطبيقات السرية الإدارية

تتغلغل السرية في مختلف النشاطات والاعمال الإدارية ولهذا تظهر تطبيقات متعددة لها، من ذلك سنتناول أهم هذه التطبيقات عن طريق البنود الآتية:

(١) المادة (٥) من تعليمات اللجان الطبية رقم السنة ١٩٩٥، منشورة في الوقائع العراقية العدد ٣٥٥٠ في ١٣/٢/١٩٩٥.

(٢) احمد محمد المنوفي: المصدر السابق، ص ٥١.

اولا: السرية الواجبة و السرية المرفوضة : لاشك بان الدولة لا يمكن ان تعتمد الشفافية أو السرية على اطلاقهما، ورغم مآخذ السرية وآثارها الضارة إلا ان السرية أيضاً تستدعيها ضرورة الحفاظ على المصلحة العليا للدولة ومتطلبات حماية حقوق الأفراد واحترام حياتهم الخاصة، لهذا فان السرية في بعض الحالات تعد واجبة وفي حالات أخرى تكون مرفوضة عندما تخرج عن الحدود المرسومة لها ما يستدعي وجود تنظيم دقيق لهما، ولهذا سنتناول تطبيقات السرية الواجبة و المرفوضة في الفقرتين الآتيتين:

١- السرية الواجبة : تتحدد تطبيقات السرية الواجبة بتلك التي وجدت القوانين أن السرية فيها أولى بالرعاية من الشفافية نظراً للأضرار المترتبة على افشاءها، وسنتناول بيانها عبر البنود الآتية:

أ- سرية الدفاع الوطني : تتصرف اسرار الدفاع إلى (كل ما يتصل بأمن البلاد ووحدة وسلامة اراضيها نحو الخطط والعمليات الحربية وامكانيات الوحدات العسكرية)^(١). وتعد السرية في نشاط وأعمال الدفاع ضرورية؛ لان استخدام المعلومات المتعلقة بها ينطوي على عواقب امنية وسياسية وادارية كبيرة ويمكن ان يؤدي إلى حدوث انتهاكات خطيرة وضارة بمصلحة الدولة وهذا هو سبب ظهور توازن جديد تدريجيا بين السرية والشفافية في مختلف المجالات المتعلقة بالأمن القومي. وتقع حماية سرية الدفاع على عاتق الإدارة نفسها في مواجهة محاولات خرق أو تسريب المعلومات المتصلة بها، ويكفي لمشروعية سرية الدفاع الوطني احتمال وقوع ضرر من كشف الأسرار المتعلقة بها، إلا انه ينبغي عدم اساءة استعمال الإدارة هذه السرية لتحقيق أهداف أخرى أو لإخفاء انتهاك حقوق الانسان وحرياته كارتكاب أعمال التعذيب والحجز التعسفي والاختفاء والمخالفات الإدارية، ففي فرنسا حدثت العديد من القضايا التي كشفت عن سوء استخدام الإدارة لسرية الدفاع بهدف الابتعاد عن الصحافة أو رقابة القضاء، ومنها واقعة القبض على فريق(DST) ليلا وهم يضعون الميكروفونات في مقر الصحيفة الساخرة (La Canard Enchaîné) إذ تذرعت وزارة الداخلية آنذاك وادارتها بسرية الدفاع الوطني في محاولة لمنع استدعائهم من قبل قاضي التحقيق والتهرب من توجيه الاتهام لهم^(٢). وقد نص قانون العقوبات الفرنسي على أسرار الدفاع إذ تعد المعلومات أو الإجراءات أو الأشياء أو المستندات أو البيانات المحسوبة أو الملفات المتعلقة بالدفاع الوطني الخاضعة لتدابير وقائية تهدف لتقييد نشرها من أسرار الدفاع، إذ قد يضر الكشف عنها بالدفاع الوطني أو يؤدي إلى اكتشاف أسرار الدفاع الوطني موضوع هذه التدابير. ويتم تحديد مستويات تصنيف هذه المعلومات والسلطات المسؤولة عن تحديد

(١) د. تامر محمد صالح: المصدر السابق، ص ٦٨-٦٩.

(2) Bertrand Warusfel : Le secret de defense entre les exigences de l' état et les necessities du droit, publié in cahiers de la fonction publique et de l'administration, no 199, Mars, 2001,P.4-5.

الاجراءات التي يتم بموجبها تنظيم حمايتها بموجب مرسوم من مجلس الدولة^(١). وفرض القانون عقوبات على مخالفة السرية. واعتمد المشرع الفرنسي في تحديد أسرار الدفاع معياراً مادياً يتمثل في الحالات التي يكون الكشف عنها ضار بالدفاع الوطني أو تؤدي إلى اكتشاف سر دفاع، إلى جانب معيار شكلي إذ لا يمكن للإدارة أن تعلن سرية المعلومات غير المصنفة رسمياً في وقت ارتكاب المخالفة المفترضة، ولهذا يرى بعض الفقه أن المشرع الفرنسي أخذ بمعيار مختلط^(٢).

ونظم المشرع الفرنسي في مدونة الدفاع حماية أسرار الدفاع الوطني، وانشأ لجنة سرية الدفاع الوطني وهي سلطة ادارية مستقلة تكون مسؤولة عن ابداء الرأي بشأن رفع السرية عن المعلومات التي تعد من اسرار الدفاع وفقاً لقانون العقوبات، ويصدر رأي لجنة السرية بناء على طلب محكمة فرنسية أو من رئيس إحدى اللجان الدائمة للجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ المسؤول عن شؤون الامن الداخلي أو الدفاع أو المالية^(٣). وصنفت هذه المدونة المعلومات أو الوسائط المحمية وهي (المعلومات أو الإجراءات أو الأشياء أو المستندات أو البيانات المحسوبة أو الملفات ذات الطبيعة السرية للدفاع الوطني) إلى مستوى سري، وسري جداً. ويخصص مستوى الدفاع السري للمعلومات أو الوسائط المحمية التي من المحتمل ان يؤدي الكشف عنها أو الوصول اليها إلى تقويض الدفاع والامن الوطنيين، أما المستوى شديد السرية فمخصص لتلك التي من المحتمل ان يؤدي الكشف عنها أو الوصول اليها إلى الاضرار الجسيمة أو يترتب عليه عواقب وخيمة وبشكل استثنائي على الدفاع والامن القومي، وتخضع المعلومات والمواد المصنفة على مستوى عالي السرية والمتصلة بأولويات الحكومة في مجال الدفاع والامن القومي للتصنيفات الخاصة التي يحددها رئيس الوزراء، وترك للوزراء امتثالاً للإجراءات التي يتخذها رئيس مجلس الوزراء تحديد المعلومات والوسائط المحمية على المستوى السري والسري جداً وتحدد بمراسيم^(٤).

وقد استثنى قانون ١٧ تموز ١٩٧٨ سرية الدفاع الوطني من امكانية الحصول على الوثائق الإدارية، إذ رأى ان مصلحة الدولة تقتضي فرض هذه السرية، تاركا للإدارة سلطة تقديرية في تحديد نطاق ومحتوى سرية الدفاع الوطني، وبهذا الصدد افتت لجنة الوصول إلى الوثائق الإدارية برفض الحصول على نسخة من تقرير امني عن بعض المصانع على أساس انه يكشف البلوتونيوم المستخدمة في الانتاج الحربي والإفصاح عن اساليب اعادة التصنيع المتصلة بمخاطر الانتشار النووي، ورفضها الاطلاع على قائمة بالملاجئ الموجودة

(١) البند (٩) من المادة (٤٣١) من القانون الجنائي الفرنسي.

(2) Bertrand Warusfel: op.cit.p. 8.

(3) Art(L2312-1) du la cod de la defense, le site:legifrance.gouv.fr. D: 3/4/2021,T:6:35p.m

(4) Art (R2311-2 – R2311-3) , du le Code de la defense français.

تحت الارض والتي يمكن استخدامها كمخابئ^(١). وقضى مجلس الدولة الفرنسي بمشروعية قرار رفض وزير الدفاع طلب الحصول على تسجيل صوتي للحوار الدائر بين أحد الطيارين العسكريين وبرج المراقبة الارضية بكل ما جرى قبل واثناء حادث تحطم الطائرة التي كان يقودها^(٢). ووصف المجلس في تقريره عام ١٩٩٥ اسرار الدفاع بانها (بقعة عمياء) للشفافية، كما عدها احد الفقه الفرنسي بانها تمثل انتهاكاً للديمقراطية^(٣).

وفي مصر نص قانون العقوبات على سرية الدفاع وفرض العقوبات على افشائها ولاسيما بقصد الاضرار بالدفاع عن البلاد أو بعمليات القوات المسلحة^(٤). وتوجد العديد من القوانين الأخرى والقرارات الجمهورية التي فرضت السرية على الوثائق المتعلقة بالأمن القومي، ومنها القانون رقم ١ لسنة ١٩٨٩ الذي فرض سرية تامة على كل ما يتعلق بالمخابرات العامة ونشاطها وأسلوب عملها ووسائله وافرادها وكل ما له مساس بشؤونها ومهامها^(٥).

وفي العراق عدد قانون العقوبات العراقي مجموعة من المعلومات والوثائق التي تعد من اسرار الدفاع الوطني الواجب حمايتها، واعتمد في تحديدها معيار مختلط؛ لأنه نظر إلى الطبيعة الذاتية للمعلومة نفسها و المعلومات التي تتضمن أسرار دفاع بطبيعتها، وكل ما يتصل بالشؤون العسكرية والقوات المسلحة من معلومات، وعد الاجراءات المتخذة لضبط وكشف الفاعلين في الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي والمتصلة بسير التحقيق والمحاكمة كافة من اسرار الدفاع^(٦). وجرم القانون وفرض عقوبة السجن على الأفعال الماسة

(١) رأبها في ١١/١١/١٩٨١ وفي ٢٤/١٠/١٩٨٥ تباعاً، نقلاً عن د. محمد عبد الواحد الجميلي، المصدر السابق، ص ١٤٢-١٤٣.
(٢) حكمه في ٣ تشرين الاول ١٩٨٩، نقلاً عن د. محمد باهي ابو يونس: المصدر السابق، ص ٤٥.
(٣) Marc Guillaume : Parlement et secret, Pouvoirs , Revue française d' etudes constitutionnelles et politiques , n° 97, 2001/2,p. 67.
(٤) المادة (٨١) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

(٥) د. تهناني حسن عز الدين: الحق في الحصول على المعلومات، المصدر السابق، ص ٢٧٨.
(٦) نصت المادة (١٨٨) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل على انه: يعتبر سرا من اسرار الدفاع: ١- المعلومات الحربية والسياسية والاقتصادية والصناعية التي هي بحكم طبيعتها لا يعلمها الا الأشخاص الذين لهم صفة في ذلك والتي تقضي مصلحة الدفاع عن البلاد ان تبقى سرا على من عداهم. ٢- المكاتبات والمحركات والوثائق والرسوم والخرائط والتصميمات والصور وغيرها من الاشياء التي قد يؤدي كشفها الى افشاء معلومات مما اشير اليه في الفقرة السابق والتي تقضي مصلحة الدفاع عن البلاد ان تبقى سرا على غير من يناط بهم حفظها او استعمالها. ٣- الاخبار والمعلومات المتعلقة بالقوات المسلحة وتشكيلاتها وتحركاتها وعتادها وتموينها وغير ذلك مما له مساس بالشؤون العسكرية والخطط الحربية مالم يكن قد صدر اذن كتابي من جهة مختصة بنشره او اذاعته. ٤- الاخبار والمعلومات المتعلقة بالتدابير والاجراءات التي تتخذ=

بسرية الدفاع نحو الإفشاء والتسليم والإتلاف والإذاعة أو تنظيم واستعمال اي وسيلة من وسائل الاتصال بقصد الحصول على سر من أسرار الدفاع عن البلاد ^(١).

ومن الجدير بالذكر ان أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٤ قرر ان على وزير الدفاع ان يضمن ان وزارة الدفاع تتقيد بمبادئ الصراحة، وجاء فيه ان: (لشعب العراقي وممثليه المنتخبين الحق في العلم عن سياسات وزارة الدفاع واقسامها وامورها المالية وعملياتها العسكرية. على وزارة الدفاع ان تكون صريحة في شؤونها الدولية بما فيها المساهمة الفعالة في المؤسسات الامنية الدولية وتطوير العلاقات الامنية التعاونية) ^(٢). وهذا النص اقر الشفافية في عمل وزارة الدفاع كأى وزارة أخرى تدير مرفقاً عاماً وتقدم خدمة عامة، والزم في الوقت نفسه موظفي الوزارة واعضاء القوات المسلحة بالمحافظة على سرية المعلومات الامنية الوطنية، مريداً بذلك إحداث التوازن بين الشفافية والسرية وحسناً فعل، لاسيما ان كثير من أعمال وزارة الدفاع لا يخشى من اطلاع الجمهور عليها ولا تشكل مساس بأمن المعلومات المتعلقة بسرية الدفاع الوطني.

وقد تسرف الإدارة في اصفاء السرية على المعلومات أو الوثائق بحجة حماية الامن الوطني، ولهذا ترى لجنة الوصول إلى الوثائق الإدارية في فرنسا انه يجب النظر إلى محتوى الوثيقة دون اسمها أو شكلها فقط ^(٣)، فليس كل ما يصدر عن الادارات القائمة على شؤون الدفاع الوطني والامن هي سرية .

ومهما كانت الطبيعة المشروعة أو التعسفية للممارسات الخاصة والتي تشملها السرية فانه يجب الاعتراف بأن حماية السرية هذه تشكل عقبة أمام فاعلية الاليات الرقابية الإدارية والقضائية ، فأجهزة الدفاع والامن واجهزة المخابرات جميعها تقدم خدمات عامة إدارية ولضمان مستويات أداء مرضية فأنها يجب ان تخضع لتدقيق إداري ومالي بانتظام ويجب أن يكونوا مسؤولوها مراقبين أكثر من غيرهم كونهم مخولين بممارسة صلاحيات خاصة بحسب جسامته وثقل المهام الملقة على عاتقهم، وتتولى لجان التفتيش الداخلية في الوزارات المعنية القيام بمهام الرقابة كما يمكن للهيئات المستقلة وجهات الرقابة الخارجية ذلك، ورغم ذلك تبقى فاعلية الرقابة محدودة بشكل عام فيما يتصل بسرية الدفاع الوطني، وهذا من شأنه ان يؤثر ليس فقط

=لكشف وضبط الفاعلين والشركاء في الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب وكذلك الاخبار والمعلومات الخاصة بسير التحقيق والمحاكمة اذا حظرت سلطة التحقيق او المحاكمة اذاعتها .)

(١) ينظر: البند (٢١) من المادة (١٧٧)، والبند (٣٢) من المادة (١٧٨) والبند (١) من المادة (١٧٩) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٢) البند(ذ) من المادة(٥) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٤. الوقائع العراقية العدد ٣٩٨٣ في ١/٦/٢٠٠٤

(٣) رأيها رقم ٠٨٤٣ - ٢٠٠٨ في ١٢ شباط ٢٠٠٨، نقلاً عن د. تامر محمد صالح: المصدر السابق، ص ٧٥.

على مستوى كفايتها وانما أيضاً على مشروعية أعمالها وانشطتها في نظر الرأي العام، لهذا يتطلب الأمر انشاء اليات رقابية أكثر فاعلية فلا يمكن ان تظل أسرار السلطة العامة مشروعة الا إذا كانت ضرورتها مبررة لان السرية ليست القاعدة العامة انما تشكل استثناء محدود النطاق .

إن الدول الديمقراطية التي ترغب في الحفاظ على سيادة القانون وضمان أمنها في مواجهة التهديدات المعقدة عليها ان تضمن تنفيذ أعمال الدفاع الوطني ضمن إطار القانون وبشكل أكثر احتراماً لسيادته، واللجوء إلى سرية الدفاع يعد في حد ذاته جزء من الصلاحيات أو الامتيازات الممنوحة التي لا يكون استخدامها مقبولاً وفعالاً على المدى الطويل إلا إذا تم في السياق القانوني^(١).

ب- سرية المداوولات الحكومية والأعمال التمهيدية والتحضيرية: تقوم الإدارة بالعديد من الاجراءات والأعمال التحضيرية والتمهيدية قبل اتخاذ قراراتها وتحتاج فيها إلى عدم التطفل عليها من الغير لما يخلقه ذلك من ارتباك في تأدية الأعمال والانشطة الإدارية وتعريض موظفيها للضغوط في اداء واجباتهم، ومن اجل تهيئة مناخ ملائم لاتخاذ القرار تأسيساً على ان القرار الصحيح يتطلب اعداد جيد، ويتوافق هذا الاستثناء مع المعايير الدولية لشفافية العمل الإداري فيما عدا مسوغ التسبب بالإرباك في العمل إذ لا يعد كافياً لحرمان الأشخاص من الحصول على المعلومات فهو عند البعض ذو مفهوم ذاتي^(٢)، لذلك لا يمكن السماح للأفراد بالاطلاع على وثائق غير مكتملة أو مستندات تحضيرية نحو التقارير التمهيدية والمراسلات أو المخاطبات الإدارية اللازمة وفق التسلسل الإداري للوصول إلى اتخاذ القرار النهائي، وهذا الاستثناء يتصل بمعلومات أو وثائق أو بيانات مازالت طور التحضير والتهيئة لاستصدار القرار النهائي.

ومن قبيل هذه الأعمال سرية مداوولات بعض المجالس التنفيذية نحو مجلس الوزراء والمجالس واللجان الإدارية، ومن ذلك أيضاً الأعمال التمهيدية المتعلقة بإبرام المعاهدات الدولية^(٣). أما تحديد ما إذا كانت الوثائق أو المعلومات المطلوبة تعد من الأعمال التحضيرية أو الممهدة كما يبدو متروك لسلطة الإدارة ولها تقدير طبيعتها، ففي قضية وزير البيئة الفرنسي (Ministre de l'urbanisme) ذهب مفوض الحكومة (المقرر العام) إلى عد المشروع المقدم للمداولة في المجلس المحلي بشأن التخطيط العمراني وثيقة مكتملة

(١) Bertrand Worusefel : Secret et renseignement : une relation nécessaire a la recherche d, un nouveau cader, publié sur le site: <https://hestia.hypotheses.org> . D: 23/3/2021 ,T: ١١:٢٢ p.m.

(٢) توبي منزل: حرية الحصول على المعلومات مسح قانوني مقارن، اصدارات منظمة اليونسكو، منشور على الموقع

الالكتروني: <https://yemen-nic.info> ، تاريخ الزيارة: ٢٠٢١/٤/٣ ، في T: 12:00 P.M

(٣) ينظر: د. ماجد راغب الحلو: المصدر السابق، ص١٢٤.

الاركان ومن ثم يجوز الاطلاع والحصول عليها في حين ذهب مجلس الدولة في هذا الحكم إلى عكس ذلك فالمشروع لا يعد كذلك الا من اللحظة التي تتم فيها الموافقة عليه^(١).

واستثنى قانون ١٧ تموز ١٩٧٨ الفرنسي مداولات الحكومة والسلطات المسؤولة التابعة للسلطة التنفيذية من اماكن الحصول على الوثائق الإدارية متى كان من شأن ذلك المساس بها، ونص القانون ذاته بأن حق الحصول على الوثائق ينطبق فقط على الوثائق المكتملة ولا ينطبق على المستندات التحضيرية لقرار اداري طالما انه في طور الاعداد^(٢)، وتبنت لجنة الوصول إلى الوثائق الإدارية معيار مزدوج لتطبيق هذا الاستثناء يتصل بالجهة التي تجري تلك المداولات ومضمون الوثيقة المطلوبة ومدى اتصالها بالسياسة العامة للدولة إذ يجب من الناحية الشكلية ان تكون تلك المداولات مرتبطة برئيس الجمهورية أو رئيس الوزراء أو مجلس الوزراء أو المحافظين أو اللجان الوزارية التي تشكل لمناقشة موضوع معين وما عداها يجوز الاطلاع عليها وعلى مداولاتها ومحاضر اجتماعاتها، أما من الناحية المادية فيجب ان تعكس تلك المداولات توجه الحكومة في رسم السياسة العامة في مجال معين، ولهذا قضت المحكمة الإدارية بباريس في حكمها بتاريخ ١٩٨٥/١/٩ بان تقرير الحكومة الواجب إتخاذه لتنظيم العلاقة بين اعضاء الضبط الإداري ورجال الشرطة يعد من المداولات السرية التي لا تخضع لحق الاطلاع. كما قضى مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٨٧/١٢/٢ بان الاطلاع على تقرير أعد بشأن رواتب موظفي الدولة بمجلس الوزراء يمثل اعتداء على سرية مداولات الحكومة، بحسبان ان ذلك يكشف اتجاه الحكومة بهذا الشأن^(٣).

وفي العراق فقد نص النظام الداخلي لمجلس الوزراء رقم ٢ لسنة ٢٠١٩ على ان تكون اجتماعات المجلس ومداولاته سرية ولرئيس مجلس الوزراء تقرير خلاف ذلك، وتتولى الأمانة العامة للمجلس إبلاغ قراراته ونشرها عدا السرية منها أو ما يقرر الرئيس عدها محدودة^(٤). وبذلك يكون الاصل في جلسات أو اجتماعات المجلس السرية والعلانية هي الاستثناء ويترك تقدير ذلك لرئيس مجلس الوزراء من دون الخضوع لمعايير معينة. أما

(١) حكمه في ١١ شباط ١٩٨٣، نقلا عن د. محمد عبد الواحد الجميلي: المصدر السابق، ص ١٥١.

(٢) المادة (L311-2) من مدونة العلاقات بين الإدارة والجمهور.

(٣) نقلا عن عمر محمد سلامة العليوي: المصدر السابق، ص ٦١١.

(٤) الفقرتين (اولا) و(ثانيا) من المادة (١٠) من النظام الداخلي لمجلس الوزراء رقم ٢ لسنة ٢٠١٩، المنشور في الوقائع العراقية العدد ٤٥٣٣ في ٢٥/٣/٢٠١٩.

مجالس المحافظات غير المنتظمة في اقليم فلم ينص القانون على علانية أو سرية جلساتها إلا أنه أجاز لها وضع نظاماً داخلياً لعمل المجلس ومنها اجتماعاته تاركاً الأمر بذلك لسلطة المحافظة التقديرية^(١).

وجرت العادة في الوزارات العراقية ودوائر الدولة الأخرى على عد اجتماعات ومداولات مجالسها وهيئاتها ولجانها سرية وإن لم ينص القانون على ذلك، وهذا إنما يعكس الموروث الإداري والبيروقراطية الإدارية المتأصلة فيها والاعتقاد الشائع بأن كل ما يجري في داخل ابواب الإدارة يعد سراً، في حين السرية تعد استثناء من اصل عام ينبغي عدم التوسع فيه، ولم تخرج مصر عن هذا التصور واتباع منهج السرية، ومن تطبيقات ذلك نص اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية لسنة ٢٠١٧ بأن (تكون مداولات لجنة التظلمات سرية...) ^(٢).

ج- سرية الحياة الخاصة للأفراد : عرف بعض الفقه الحياة الخاصة للأفراد على أنها (حق المرء في ان يحدد لنفسه مدى مشاركة الآخرين في افكاره وسلوكه إلى جانب الوقائع المتعلقة بحياته الشخصية وهو حق طبيعي وأساس في مواجهة الدولة والأفراد لضمان كرامة الفرد وحرية في تحديد مصيره) ^(٣). وتعد السرية صفة ملازمة للحياة الخاصة للأفراد وجزء من ماهيتها، وأوجب الاعلانات العالمية لحقوق الانسان ^(٤)، وداستير الدول المختلفة عدم التعرض لها أو الاعتداء عليها وانتهاك سريتها مما يشكل اهداراً لحقوق الانسان وحياته ، ولهذا استتشت القوانين المعلومات المتعلقة بها من طلبات الحصول أو الاطلاع عليها وهي بذلك إنما تحاول إحداث توازن بين سرية حياتهم الخاصة وحقوقهم في الحصول على المعلومات أو الوثائق الإدارية.

وتواجه الحياة الخاصة خطر اختراقها نتيجة التطور وغزو التكنولوجيا لحياة الأفراد واصبح نطاق الحماية لسرية الحياة الخاصة يتسع ليشمل حماية الخصوصية المعلوماتية للأفراد عبر الانترنت، وبالرغم من

(١) الفقرة (١٤) من المادة (٧) من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨، منشور بالوقائع العراقية العدد ٤٠٧٠ في ٢٠٠٨/٣/٣١. وبهذا الصدد نذكر ما نص عليه البند (سابعاً) من المادة (٣٥) من النظام الداخلي لمجلس محافظة ديالى لعام ٢٠١٣، وجعلت جلسات مجلس المحافظة علنية وحسناً فعل بذلك وجاء فيها (ب- اقرار آلية تتعلق بحضور المراقبين (المواطنين، منظمات المجتمع المدني، والمنظمات غير الحكومية) الى جلسات المجلس العلنية واعداد الآلية الواجب اتباعها اثناء الجلسة بالتنسيق مع شعبة المشاركة الجماهيرية ومكتب شؤون المواطنين في المجلس)، منشور في جريدة ديالى الرسمية، العدد ١٢٠١٣، ص ٩.

(٢) المادة (٨٣) من اللائحة المذكورة.

(٣) نقلاً عن د. تهاني حسن عز الدين احمد صالح: الحق في الحصول على المعلومات، المصدر السابق، ص ٢٠٧.

(٤) المادة (١٢) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان ١٩٤٨ والمادة ١٧ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦ وجاء فيهما بأنه لا يجوز التدخل لشكل تعسفي أو غير قانوني في خصوصيات احد او عائلته او بيته او مراسلاته كما لا يجوز التعرض بشكل غير قانوني لشرفه وسمعته ولكل شخص الحق في حماية القانون ضد مثل هذا التدخل أو التعرض.

ان الكثير من الدول كفلت الحماية القانونية للبيانات والمعلومات ذات الطابع الشخصي للأفراد الا انها نظمتها في مجموعة من النصوص المتفرقة ولا يوجد فيها تنظيم قانوني خاص لحماية المعلومات الشخصية عموماً والتي يتم معالجتها بطريقة الكترونية بشكل خاص^(١)، وهذا حال كل من القانون المصري والعراقي، اما في فرنسا فتضمن قانون رقم ١٧ في ٦ كانون الثاني ١٩٧٨ الخاص بمعالجة البيانات والملفات النص على ان (تكنولوجيا المعلومات يجب أن تكون في خدمة كل مواطن وان يتم تطويرها في إطار التعاون الدولي ويجب ان لا تنتهك هوية الانسان أو حقوق الانسان أو الخصوصية أو الحريات الفردية أو العامة)، كما نص على انه (لا يمكن ان يستند اي قرار اداري أو خاص يتضمن تقييماً للسلوك البشري إلى معالجة تلقائية للمعلومات التي تحدد صورة الشخص المعني أو شخصيته)^(٢). واستثنى قانون ١٧ تموز ١٩٧٨ بشأن التدابير المختلفة لتحسين العلاقات بين الإدارة والجمهور سرية الخصوصية والملفات الشخصية والطبية من طلبات الحصول على الوثائق الإدارية، وجرم قانون العقوبات الفرنسي الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة^(٣).

وفي جمهورية مصر العربية نص الدستور لعام ٢٠١٤ على ان (الحياة الخاصة حرمة وهي مصونة لا تمس...). واستتبع ذلك بالنص على ان للمنازل حرمة وفيما عدا حالات الخطر والاستغاثة لا يجوز دخولها ولا تفتيشها ولا مراقبتها أو التنصت عليها الا بأمر قضائي مسبب^(٤). كما عاقب المشرع المصري كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن^(٥). فيما نص قانون الاحوال المدنية رقم ١٣ لسنة ١٩٩٤ على عد البيانات والمعلومات المتعلقة بالأحوال المدنية للمواطنين التي تشمل عليها السجلات أو الدفاتر أو الحاسبات الالية أو وسائط التخزين الملحقة سرية، إذ جعل البيانات أو المعلومات أو الاحصائيات المجموعة التي تشمل عليها تلك السجلات أو الدفاتر أو الحاسبات الالية أو وسائط التخزين سرا قومياً^(٦).

وفي العراق نص الدستور على ان (لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين والآداب العامة) وبان (حرمة المساكن مصونة ولا يجوز دخولها أو تفتيشها أو التعرض لها الا

(١) طارق جمعة السيد راشد: الحماية القانونية لخصوصية البيانات الشخصية في العصر الرقمي دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ملحق خاص العدد (الثاني والتسعون)، ص ١٩٣ و ٢٠٨.

(٢) المادة (١) و(٢) من قانون رقم ١٧ في ٦ كانون الثاني ١٩٧٨ الفرنسي.

(٣) المادة (١/٢٢٦) من قانون العقوبات الفرنسي لسنة ١٩٩٤.

(٤) المادة (٥٧) و(٥٨) من دستور جمهورية مصر لعام ٢٠١٤.

(٥) المادة (٣٠٩) مكرر من قانون العقوبات المصري لسنة ١٩٣٧.

(٦) المادة (١٣) من القانون المذكور، منشور على الموقع: <https://elsaftyaw.editboard.com>، ٦/٤/٢٠٢١، A.M٢٠٢١.

بقرار قضائي ووفقا للقانون^(١). وجرم قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ كل سلوك يصدر عن موظف أو مكلف بخدمة عامة يشكل اعتداء أو ينتهك سرية الحياة الخاصة للأفراد نحو تفتيش الأشخاص والمنازل ودخولها أو أحد ملحقاته بغير رضا صاحب الشأن أو حمل غيره على ذلك وفي غير الاحوال التي يجيز فيها القانون ذلك أو دون مراعاة الاجراءات المقررة فيه^(٢). وعاقب المشرع كل من نشر بإحدى طرق العلانية اخباراً أو صوراً أو تعليقات تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد ولو كانت صحيحة إذا كان من شأن نشرها الاساءة اليهم^(٣). وكان قانون الاحوال المدنية العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٢ الملغي ينص على ان (تكون القيود في السجل المدني والايضاحات في سجل الوقائع سرية ...)^(٤)، حفاظاً على سرية الحياة الخاصة للأفراد ومعلوماتهم الشخصية المتعلقة بالاسم والعائلة وحالتهم الاجتماعية الا انه أجاز اطلاع الجهات الرسمية عليها وتوسع في ذكر من يجوز تزويدهم بصور من هذه القيود نحو (الدوائر شبه الرسمية والنقابات والاتحادات والجمعيات ذات النفع العام)، أما قانون البطاقة الوطنية ، فلم يجز تداول البيانات والقيود المدنية والمستندات الالكترونية بدون موافقة مدير الجنسية العام أو من يخوله^(٥)، غير أنه أجاز لمدير الجنسية العام تزويد الجهات الحكومية وغير الحكومية بما يحتاجونه من المعلومات المسجلة في نظام المعلومات المدنية بعد التأكد من أسباب الطلب وله رفض الطلب بقرار مسبب^(٦)، وذلك توسع لا مبرر له كونه جّوز الاطلاع لأشخاص القانون الخاص وفي ذلك انتهاك لسرية الحياة العائلية والخاصة بالأفراد.

و قضى مجلس الدولة الفرنسي أنه يعد من أسرار الحياة الخاصة ما تتضمنه الوثيقة من بيانات شخصية مثل عنوان ذو الشأن أو رقم تلفونه أو حالته الاجتماعية أو مهنته، كما قضى بأن سجل مراسلات الإدارة رغم صفته الإدارية الا انه لا يمكن ان يكون محلاً لحق الاطلاع طالما انطوى على معلومات يمثل العلم بها اعتداء على سر الحياة الخاصة^(٧).

أما فيما يتصل بانتهاك سرية المراسلات فهو يمثل مظهر من مظاهر الاعتداء على الحياة الخاصة للأفراد، ولذلك حرصت الدساتير والتشريعات المختلفة على حمايتها. ففي فرنسا نصت مدونة الاتصالات

(١) المادة (١٧) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

(٢) المادة (٣٢٢) والمادة (٣٢٦) من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٣) المادة (٤٣٨) من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٤) المادة (٧) من قانون الاحوال المدنية العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٢، منشور بالوقائع العراقية العدد ٢١٥٤ في ١٨/٦/١٩٧٢.

(٥) المادة (١٥) من قانون البطاقة الوطنية رقم ٣ لسنة ٢٠١٦، منشور في الوقائع العراقية العدد ٤٣٩٦ في ١/٢/٢٠١٦.

(٦) المادة (١٧) من قانون البطاقة الوطنية رقم ٣ لسنة ٢٠١٦.

(٧) حكمه في ٣٠ اذار ١٩٩٠ وحكمه في ٢٧ نيسان ١٩٨٧، نقلا عن د. محمد باهي ابو يونس: المصدر السابق، ص ٥٠.

البريدية والالكترونية على احترام سرية المراسلات والحياد فيما يتصل بالرسائل والمعلومات المرسلة المتعلقة بالاتصالات وأمن وسلامة الشبكات والخدمات، واعتماد سياسة أمنية تتعلق بمعالجة البيانات الشخصية وحمايتها من الافشاء وامكان الوصول اليها من قبل الأشخاص غير المصرح لهم وفقا للقانون^(١). ونص دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤ على حرمة المراسلات بأنواعها وسريتها مكفولة ولا يجوز الاطلاع عليها أو رقابتها الا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة وفي الاحوال التي بينها القانون^(٢).

ونص دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على ان(حرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والالكترونية وغيرها مكفولة، ولا يجوز مراقبتها أو التنصت عليها أو الكشف عنها الا لضرورة قانونية وامنية وبقرار قضائي)^(٣). وعاقب قانون العقوبات العراقي كل موظف أو مستخدم في دوائر البريد والبرق والتلفون وكل موظف أو مكلف بخدمة عامة افشى سرا تضمنته الرسالة أو البرقية ومن افشى مكالمة هاتفية أو سهل لغيره ذلك^(٤). ونص قانون البريد العراقي رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٣ على كفالة سرية المراسلات البريدية وعدم جواز كشفها إلا لضرورات العدالة والامن وفي الحالات التي يحددها القانون^(٥).

أما فيما يتصل بالسرية الصحية فالقصد منها حماية اسرار المرضى في المعلومات المتعلقة بحالتهم الصحية من الافشاء مما يشكل انتهاكاً لخصوصيتهم فالمعلومات الصحية تعد من أكثر المعلومات حساسية بالنسبة للفرد، ويعرف البعض السر الطبي على انه (كل واقعة أو أمر يعلم به الطبيب سواء افشى به اليه المريض أو الغير أو علم به نتيجة الفحص أو التشخيص اثناء أو بمناسبة ممارسته لمهنته أو بسببها وكان للمريض أو لأسرته أو الغير مصلحة مشروعة في كتمانها)^(٦). واستثنى قانون ١٧ تموز ١٩٧٨ بشأن التدابير المختلفة لتحسين العلاقات بين الإدارة والجمهور الفرنسي الملفات الطبية من طلبات الحصول على الوثائق الإدارية، والغاية من ذلك حماية أسرار المرضى وليس المعلومات الصحية فقط. وفي العراق أكدت تعليمات السلوك المهني للأطباء السرية الصحية ويدخل في نطاقها ما يطلع عليه الطبيب من أحوال مريضه

(١) Art (D 98-5) du code des postes et des communications électroniques, Publié sur le site : legifrance.gouv.fr. 3/4/2021 T: 6:00 P.M.

(٢) المادة (٥٧) من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤ .

(٣) المادة (٤٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

(٤) المادة (٣٢٨) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٥) المادة (٥) من قانون البريد العراقي رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٣، منشور في الوقائع العراقية العدد ٢٢٧٦ في ١٠/٩/١٩٧٣.

(٦) د. طارق صديق رشيد كه ردي: حماية الحرية الشخصية في القانون الجنائي دراسة تحليلية مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت -لبنان ٢٠١١، ص٦٨.

الصحية وما قد يراه أو يسمعه أو يفهمه من مريض في أثناء إتصاله المهني به من أموره وأمور غيره.

أما بشأن السرية الضريبية، فيعد مبدأ سرية المعلومات الضريبية المتصلة بالمكلف التزام قانوني يقع على عاتق الإدارة الضريبية ومن حقوق المكلفين بدفع الضريبة ، وهذا المبدأ مبعث على تحقيق الثقة الواجبة بين الإدارة والمكلفين، وتحقيق لمصلحة المكلف في أهمية الحفاظ على معلوماته الخاصة ومنها ذمته المالية وعناصرها ومقدار دخله ونشاطه الاقتصادي، وبهذه السرية يمكن تحقيق التوازن بين المصلحة العامة في الوصول إلى معلومات دقيقة عن دخل المكلف أو وعاء الضريبة ومصلحة المكلف في الحفاظ على اسراره الخاصة، وفي ذلك توطيد للعلاقة بين الإدارة والمكلف، ومن شأنه ان يمنع أو يقلل حالات التهرب الضريبي ومن ثم ضمان رفد الخزينة بحصيلة الضرائب وتمويل عمليات الانفاق العام^(١). والمعلومات الضريبية التي يحظر افشائها هي كل ما يعد سرا بطبيعته أو يكون كذلك بحسب الظروف المحيطة بها نحو البيانات والمعلومات الشخصية والعائلية، وتلك التي تتعلق بالدخل والذمة المالية والمنازعات التي تنثور بشأنه والتي تصل إلى علم موظفي الإدارة الضريبية.

ولم يشر قانون ١٧ تموز ١٩٧٨ في فرنسا إلى المعلومات الضريبية وانما استثنى الوثائق المتعلقة بقيام الادارات المختصة بالبحث عن المخالفات المالية و الكمركية، لمنع حالات التهرب الضريبي أو الكمركي لان الاطلاع على الطرائق والاساليب المستخدمة للكشف عن التلاعب والتدليس من شأنه ان يحفز الأفراد للبحث عن وسائل لتجنبها أو البحث عن اساليب جديدة وهذا ما من شأنه الاضرار بالصالح العام. الا ان موظفي المالية العامة ملزمون باحترام بالسرية المهنية التي وضعها قانون العقوبات^(٢). و يشير كتاب الاجراءات الضريبية إلى الالتزام بالسرية كما منصوص عليه في قانون العقوبات إذ تنطبق أحكامه على الأشخاص كافة ممن لهم علاقة في تقدير أو مراقبة أو تحصيل أو التقاضي بشأن الضرائب والرسوم المنصوص عليها في قانون الضرائب العام^(٣). وفي مصر جعل قانون ضريبة الدخل رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ السرية مبدأ عام والالتزام على كل شخص يعمل في ربط الضرائب أو تحصيلها أو الفصل في المنازعات المتعلقة بها^(٤). إذ أفتى مجلس الدولة المصري بان السرية الضريبية لا تقتصر على المواطنين فحسب وانما تشمل جهات الإدارة

(١) فضيلة عباس غائب: مبدأ سرية المعلومات الضريبية في قانون ضريبة الدخل العراقي ذي الرقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ المعدل النافذ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٢، العدد ٤٦، السنة ٢٠١٠، ص ٣٠٣-٣٠٤.

(٢) المادة (١٣/٢٢٦) و(١٤/٢٢٦) من قانون العقوبات الفرنسي ١٩٩٤.

(٣) المادة (L103) من كتاب الاجراءات الضريبية، وتم انشائه بموجب المرسوم رقم ٨٥٩ في ١٥ ايلول ١٩٨١، منشور على

الموقع الالكتروني: legifrance.gouv.fr. 3/4/2021,T: 9:27p.m

(٤) د. كمال طلبية المتولي سلامة : المصدر السابق، ص ٢٦.

الأخرى فلا يجوز لمصلحة الضرائب مثلاً افشاء أسرار الممولين ولو لجهة حكومية أخرى مالم ينص القانون صراحة على خلاف ذلك^(١).

اما في العراق فنص قانون ضريبة الدخل على انه (تعتبر جميع الاوراق والبيانات والتقارير وقوائم التقدير ونسخها والمعلومات المتعلقة بدخل المكلفين اسراراً محظور افشائها على من ينفذ أحكام هذا القانون من الموظفين وغيرهم الا ان للسلطة المالية ان تعطي دوائر الدولة والقطاع العام البيانات مما لا ترى محظوراً من اعطائه أو ما كان ضرورياً لتنفيذ أحكام القانون أو من اجل تعقيب اي جرم يتعلق بالضريبة عدا ما يتعلق بمفردات دخل المكلف)^(٢).

٢- السرية المرفوضة : ويقصد بها تلك التي تتنافى مع مقتضيات المصلحة العامة سواء بالخروج عنها كلياً ام ابتغاء تحقيق هدفاً بعيداً عنها، وينص القانون على رفضها صراحة أو ضمناً. ويؤخذ مفهوم القانون هنا بالمعنى الواسع ليشمل القواعد القانونية كافة، وهذا التطبيق للسرية يخرج عن مبدأ المشروعية ويشكل مساساً بحقوق الأفراد وحياتهم وتعتبر أيضاً عن استبداد السلطة وتعسفها بحقوق الشعب، وتتمثل صور هذه السرية بتلك التي تشكل اهداراً للحريات العامة أو للمال العام .

أ- سرية اهدار الحريات العامة: ينطوي اعتداء الإدارة على حقوق الأفراد وحياتهم سرياً على مخالفة جسيمة لمبدأ المشروعية، ومن تطبيقات هذه الحالة الاتي:

- سرية الاعتداء على الحرية الشخصية: تعد الحرية الشخصية من الحريات الأساسية لأهميتها وضرورتها وبالنظر إلى جوهر ومحتوى هذه الحريات إذ تمثل مصالح جوهرية لأصحابها^(٣). ويعرف بعض الفقه الحرية الشخصية على انها (حرية كل فرد في التمتع بالأمن وبحقه في الذهاب والاياب واحترام محل سكناه واقامته ومراسلاته)^(٤). وكثيراً ما يجري الاعتداء على الحرية الشخصية سرا في الدول الدكتاتورية أو الاستبدادية وحتى في بعض الدول التي تدعي الديمقراطية، إذ تقوم سلطات الضبط الإداري بالقبض على الأشخاص وحجزهم سرا دون معرفة أسباب ذلك ودون إصدار مذكرات قبض قضائية وهذا ما يشكل اعتداء جسيم على

(١) فتوى المجلس رقم ١٤٤٣ في ١٠ اذار ١٩٥٧، ص ١١، ٣٧٤، نقلاً عن د. ماجد راغب الحلو: المصدر السابق، ص ١١٨.

(٢) المادة (٥٣) من قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢.

(٣) C E :12-11-2001, contreuil,Bellay,REC,P.551.

نقلاً عن د. احمد محمد مرعي عبد العليم: دور القاضي الاداري في حماية الحريات الاساسية وفقاً لقانون المرافعات الاداري الفرنسي الجديد، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٢٠، ص ٣١.

(٤) د. حسان شفيق العاني، نظرية الحريات العامة تحليل ووثائق، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٦٩.

حرية أساسية للأفراد، فضلاً عن حالات الخطف والتعذيب^(١).

ويجري احتجاز الأشخاص في أماكن غير معلومة وأحياناً في سجون سرية لاسيما في البلدان التي تشهد صراعات مذهبية أو عقائدية أو نزاعات سياسية وعسكرية ما يشكل اعتداء صارخ على أحكام الدستور والقانون، إذ لعبت السرية دوراً أساسياً في اخفاء جرائم الاعتداء على الحرية الشخصية في هذه البلدان، ودلالة ذلك وجود معتقلات وسجون سرية ووجود مقابر جماعية يتم الكشف عنها بين فترة وأخرى من قبل الاعلام^(٢)، إلى جانب العديد من يطلق عليهم بـ (المغييبين) أو المفقودين أو المعتقلين الذين لا تعرف مصائرهم من قبل ذويهم واصبح موضوعهم يشكل ملف مهم من الملفات الحكومية الخلاقية بين الأطراف الحكومية و الاحزاب السياسية ، وفي الواقع ان هذا النوع من الانتهاكات التي تقع سرا تشكل اخطر انواع السرية وأكثر إمعاناً في الظلم وانتهاكاً لحقوق الانسان. وكثيراً ما تقع هذه الأعمال السرية بأوامر شفوية مما يجعل صعوبة في تحديد المسؤولين واثبات وجود مثل هذه الأوامر، وإذا ما وجدت هذه الأوامر فيتم عدها من الوثائق السرية ولا يسمح بالاطلاع عليها . وقد أكد دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على ان لكل فرد الحق في الحياة والامن والحرية ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها الا وفقاً للقانون وبناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصة، كما حظر الدستور الحجز أو الحبس أو التوقيف في غير الأماكن المخصصة لذلك وفقاً لقوانين السجون المشمولة بالرعاية الصحية والاجتماعية والخاضعة لسلطات الدولة، وبشكل عام نص الدستور على ان حرية الانسان وكرامته مصونة^(٣).

(١) ينظر: د. ماجد راغب الحلو: المصدر السابق، ص ٧٩.

(٢) صدرت في العراق عدة قوانين تتعلق بشؤون المقابر الجماعية، وآخرها القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٥ قانون شؤون وحماية المقابر الجماعية، ونص البند (ب) من الفقرة (اولا) من المادة (٢) منه على ان المقبرة الجماعية تعني (الارض التي تضم رفات أكثر من شهيد تم دفنهم او اخفائهم على نحو ثابت دون اتباع الأحكام الشرعية والقيم الانسانية الواجب مراعاتها عند دفن الموتى وبطريقة يكون القصد منها اخفاء معالم جريمة ابادة جماعية يقوم بها فرد او جماعة او هيئة وتشكل انتهاكاً لحقوق الانسان)، ونصت الفقرة (ثانيا) من المادة (٢) على ان (تسري أحكام هذا القانون على جرائم المقابر الجماعية المرتكبة في ظل النظام البعثي الدكتاتوري البائد...)، منشور في الوقائع العراقية العدد ٤٣٦٧ في ٢٠١٥/٦/٨. وجاء في قرار الاصلاح=السياسي للمرحلة القادمة رقم ٤٤ لسنة ٢٠٠٨ بأن (ج- متابعة التحقيق في القضايا المتعلقة بملف حقوق الانسان والمعتقلين بإجراءات غير قانونية والعمل على اطلاق سراحهم سواء اولئك المعتقلين لدى القوات الأمريكية او لدى السلطات العراقية)، منشور في الوقائع العراقية العدد: ٤١٠٢ في ٢٠٠٨/١٢/٢٤.

(٣) ينظر: المادة(١٥)، والبند (ثاني عشر) من المادة (١٩)، والمادة(٣٧/اولا/ أ) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

- **سرية الاعتداء على حق الملكية:** يعد حق الملكية من اقدم الحقوق التي تم اقرارها وقد أكدت عليه الاعلانات العالمية المعنية بحقوق الانسان ودساتير العالم المختلفة ومنها الدستور العراقي^(١). وهذا الحق من الحقوق الأساسية وتندرج تحته العديد من الحريات الأساسية نحو حرية التصرف والاستغلال والاستعمال^(٢).

وبالرغم من أهمية حق الملكية والحريات التي ترد عليه الا انه يعد محلاً لاعتداءات مستمرة ولأسباب سياسية ودينية ومذهبية أو عرقية وهذه الاعتداءات تقع في معظم الاحوال سراً بما يمنحه القانون للسلطات الإدارية من سلطة تقدير المنفعة العامة التي تعد المسوغ لنزع الملكية الخاصة، وذلك أما لتجنب اتباع الاجراءات القانونية لنزع الملكية أو لان المصلحة العامة لا تكون متوفرة فيها فيجري نزعها في طي الكتمان، وهذا ما جرى في العراق ابان فترة نظام الحكم السابق ولهذا صدرت بعد عام ٢٠٠٣ عدة قوانين شكل بموجبها المشرع هيئة دعاوى الملكية بهدف انصاف المظلومين ممن انتزعت ملكيتهم دون وجه حق^(٣).

ب- سرية اهدار المال العام: يعد التصرف بالمال العام خلافاً لأحكام القانون وبعبداً عن انظار الجهات الرقابية من ابرز مظاهر السرية المرفوضة وتتطلب ايجاد آليات رقابية أكثر فاعلية لمحاسبة المسؤولين عن اهدار اموال الخزينة العامة والفساد المالي. ويكون المال العام مجاًلاً خصباً لكثير من الاعتداءات من قبل الإدارة مستغلة الامتيازات والسلطة التقديرية الممنوحة لها عن طريق توجيه الانفاق العام نحو ذلك، وعلى الرغم من ان الإدارة ملزمة بالعمل وفقاً للتخمينات الواردة في قانون الموازنة العامة للدولة إلا انه مع ذلك تحدث حالات انفاق على امور سرية لا يتم الاعلان عنها لاسيما من قبل كبار موظفي الدولة نحو الانفاق على إحداث انقلاب عسكري في دولة أخرى أو لمساعدة فريق ضد فريق اخر متنازعين على سلطة^(٤).

وتعد الموازنة وأسلوب وضعها سبباً في وقوع حالات إهدار المال العام وتشجيع السرية فيها؛ لأن الانحرافات المالية عادة ما تكون غير معلنة وبأساليب ملتوية لإخفاء حالات الانحراف بالسلطة والفساد المالي. ولهذا كثيراً ما ترصد المخالفات الدستورية بشأن الموازنة في حالات فصل موازنة الهيئات الاقتصادية والخدمية عن الموازنة العامة وقصر ارتباطها بها بإظهار حالة العجز والفائض لديها في الموازنة أما باقي

(١) المادة (٢٣) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

(٢) د. احمد محمد مرعي: المصدر السابق، ص ٣٣، ود. محمد باهي ابو يونس: المصدر السابق، ص ٣٦.

(٣) منها القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ الملغى، منشور في الوقائع العراقية العدد ٤٠١٨ في ٦/٣/٢٠٠٦، وقانون هيئة دعاوى الملكية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ ونصت المادة (٢) منه على ان القانون يهدف الى (اولاً: ضمان حقوق المواطنين الذين انتزعت عقاراتهم خلافاً للقانون. ثانياً: الحفاظ على المال العام ومعالجة عدم التوازن بين مصالح المواطنين ومصلحة الدولة).

(٤) د. ماجد راغب الحلو : المصدر السابق، ص ٩٣.

التفصيلات الخاصة بعمليات الانفاق والمشروعات المنفذة وما يرصد لها من مبالغ وما يتوقع تحصيله من ايرادات لا تظهر في الموازنة وهذا ما يسهم في ابعاد هذه الجهات عن الرقابة^(١).

وفي العراق يعد إغفال تقديم الحسابات الختامية للسنوات الماضية إلى مجلس النواب مخالفة دستورية و قانونية ، وتمثل عدم مطالبة البرلمان أو المحاسبة على عدم تقديم الحسابات الختامية من قبل الحكومة تنازلاً منه عن أداة رقابية مهمة ومدعاة لانتهاك حرمة المال العام في إطار من السرية؛ لأن عمليات الانفاق العام وتحصيل الإيرادات التي جرت لا تكون معلومة ما يعد كتماناً وإخفاء لها.

ج- سرية فشل المشروعات العامة: تضع السلطة التنفيذية السياسات والخطط العامة وتتولى الاشراف على تنفيذها ، وتتولى الادارات العامة القيام بالأعمال اللازمة لتنفيذها ضمن إطار هذه السياسات والخطط ومنها تنفيذ المشروعات العامة إلا انها لا تتجح دائماً في ذلك فقد تأتي مشروعاتها بنتائج سلبية أو لا تحقق المصلحة العامة بسبب سوء التخطيط والتنفيذ أو بسبب الفساد في الوقت الذي تكون فيه قد انفقت مبالغ طائلة في سبيل تنفيذ تلك المشروعات ولهذا تعمل الإدارة على عدم تزويد الجمهور أو الرأي العام بنتائج عملها وما حققته من تطورات فيه وانما تفصح فقط عما تجده مناسباً من معلومات بما لا يعرضها للإحراج ومواجهة الجمهور خوفاً من ردود الفعل الشعبية ضدها وسخط الناس من الحكومة، وكتمان فشل المشروعات العامة ونتائج السياسات الخاطئة من شأنه ان يؤدي إلى إهدار أو تبديد المال العام من جهة وإلى حرمان الشعب من الحقائق ورقابة حكومته ومحاسبتها^(٢)، وفي الواقع هذا الأمر ينطبق في العراق على حالات فشل وتلكاً تنفيذ المشروعات العامة واستغراق تنفيذ بعضها العديد من السنوات ولاسيما الحيوية منها أو ذات الأهمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد وعدم تزويد الجمهور بنتائج تنفيذ تلك المشروعات وأسباب توقفها أو تأخيرها أو صرف النظر عنها وبقائها مجرد مخططات على الورق^(٣).

ثانياً: السرية الصريحة والسرية الضمنية : ينص المشرع على التزام الإدارة بالسرية أو عد وثائق معينة بانها

(١) د. عصام احمد البهجي: المصدر السابق، ص ٢٦٠.

(٢) د. ماجد راغب الحلو: المصدر السابق، ص ٩٦-٩٧.

(٣) لا تتوفر ارقام او احصاءات رسمية معلنة في العراق حول عدد المشاريع المتلكئة او التي ثبت فشلها وانما توجد ارقام تتناقلها وسائل الاعلام وهي ليست بالقليلة وعبر تصريحات المسؤولين الحكوميين وفي وزارت الدولة المختلفة لاسيما الخدمية منها نحو التربة والصحة والكهرباء والاسكان والاعمار والقطاع الصناعي والزراعي وغيرها. كما ينظر: الملحق التفصيلي عن بيانات تنفيذ مشاريع الوزارات من التقرير النصف السنوي الاول عن متابعة تنفيذ البرنامج الحكومي ٢٠١٨-٢٠٢٢ لغاية ٣٠ نيسان ٢٠١٩ والصادر عن رئاسة الوزراء. والتقرير نصف السنوي لديوان الرقابة المالية الاتحادي للفترة من ١/١ ولغاية ٢٠٢١/٦/٣، جمهورية العراق، ص ١٩.

سرية إذ يتوجب عدم تداولها لغير المعنيين بها سواء من الموظفين ام الجمهور ، ولا ينص على ذلك صراحة في حالات أخرى وانما تستنتج ضمنا .

١- السرية الصريحة : وتظهر تطبيقات السرية الصريحة بنصوص القوانين والانتظمة والتعليمات والأوامر الإدارية التي يصدرها الرؤساء الإداريون إلى الموظفين بالتزام الكتمان، فضلاً عن حالة الأسرار بطبيعتها والتي تكون صفة ملازمة لها ولا تحتاج إلى نص، ولكن المشرع بالنص عليها انما يؤكد سريتها .

٢- السرية الضمنية : وتظهر عندما لا يفرض القانون السرية صراحة لكن تستنتج من بعض الواجبات والتي يكون من مقتضاها الالتزام بالسرية، ومن ذلك ما نص عليه المشرع في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام من التزامات ومحظورات من مقتضياتها التزام السرية والا عد الموظف مخالفا للالتزامات ومن ذلك حظر افشاء الموظف باي تصريح أو بيان عن أعمال دائرته لوسائل الاعلام والنشر بما يتضمن مساس مباشر بأعمال وظيفته الا إذا كان مصرحاً له بذلك من الرئيس المختص^(١). ومخالفة هذا الحظر يترتب مسؤولية الموظف، ولا يحول دون قيام المخالفة ما يدعيه الموظف من قيامه بالنشر بوصفه مراسلاً للجريدة، فمهمته كمراسل للجريدة لا تحول دون التزامه بما فرضه عليه القانون من حظر الافشاء بأخبار أو بيانات عن أعمال وظيفته بطريق النشر في الصحف ما لم يكن مصرحاً له بذلك من الرئيس المختص^(٢).

ومن السرية الضمنية حظر المشرع على الموظف الاحتفاظ لنفسه بأصل اي ورقة أو وثيقة رسمية أو نزع هذا الاصل من الملفات المخصصة لحفظه للتصرف به لغير الأغراض الرسمية^(٣)، ويشمل ذلك النسخ والصور الالكترونية واي طريق تخزين الكتروني، والغرض من هذا الالتزام منع تسرب محتوى الوثائق إلى خارج الإدارة و ما يتضمنه ذلك من افشاء لأسرار متعلقة بمصالح عامة أو خاصة من خلال منع الاحتفاظ بها. ومن ذلك أيضاً حظر العمل خارج أوقات العمل الرسمي الذي يجد أحد مسوغاته من افشاء الأسرار التي يطلع عليها الموظف وتوظيفها لخدمة جهة أخرى غير ادارته الاصلية^(٤)، وفي ذلك قضى مجلس الدولة

(١) الفقرة (١٤) من المادة (٥) من القانون المذكور، وعدت المحكمة الادارية العليا في العراق بحكمها رقم ١٢١٧/انضباط/تميز/٢٠١٩ في ٢٠٢٠/٢/١٣ مخالفة انضباطية قيام الموظف بالإدلاء بالمعلومات عن اعمال وظيفته دون علم دائرته وان كانت المعلومات مقدمة الى جهة قضائية، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠٢٠، وزارة العدل-العراق، ص ٣٤١.

(٢) حكم المحكمة الادارية العليا في مصر رقم ٢٠٠٠ لسنة ٣٠ ق.ع- جلسة ١٣/٥/١٩٨٩، د. محمد احمد عبد الحميد: شرح قانون قانون الخدمة المدنية في ضوء الفقه وقضاء وإفتاء مجلس الدولة، بلا رقم طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٨، ص ٨٩٤-٨٩٥.

(٣) البند (ثالث عشر) من المادة (٥) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ٤ لسنة ١٩٩١.

(٤) البند (ثانياً) من المادة (٥) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١.

العراقي في حكمه في ٢٠٠٦/٢/٢ بأن (...) وحيث أن الموظف منع من ممارسة الأعمال التجارية بعد أوقات الدوام الرسمي لحكمة تشريعية مقتضاها الحفاظ على اسرار المعلومات والبيانات والوثائق من التسرب إلى خارج الدائرة وان هذه الحكمة متوافرة بالنسبة للمتقاعد المتقاعد مما يقتضي اتخاذ الحيطة والحذر أيضاً تجنباً للإشكالات والملاذبات التي قد تحصل في هذه الحالة وحيث ان درء المفاسد أولى من جلب المنافع^(١). ومن ذلك أيضاً واجب الموظف بالتحفظ أو الحياد وحتى لا يقدم على افشاء الأسرار بسبب انتماءاته^(٢)، أو لتحقيق مصالح للغير ولأي سبب آخر لا صلة له بالمهنية الواجب على الموظف التحلي بها^(٣).

ومن السرية الضمنية أيضاً عدم اشتراط الاعلان عن الوظائف الشاغرة كشرط اجرائي لازم عند التعيين، وفي العراق يجري اشغال الوظائف العليا أو الدرجات الخاصة دون ان يسبقها إعلان إذ لم يشترط القانون ذلك، كما هو الحال بالنسبة للوظائف الأخرى ويشكل ذلك نوعاً من السرية في اشغال الوظائف العامة، ولذلك ينبغي على المشرع اشتراط الاعلان قبل اشغال الوظائف كافة ضماناً لتحقيق الشفافية وتكافؤ الفرص^(٤). و توجد العديد من القوانين التي نظمت آلية تعيين ذوي الدرجات الخاصة^(٥)، إلا أنه لا يوجد نظام موحد لذلك، وذلك منتقده؛ لأنه لا يحقق تكافؤ الفرص في إشغالها إذ يجري الاختيار بناء على مسلك المحاصصة و الولاءات أو الانتماءات السياسية واستبعاد مبدأ الجدارة الوظيفية عند التعيين، ومن ثم حرمان أصحاب الكفايات المهنية من اشغالها عموماً. وقضت المحكمة الإدارية العليا في مصر ببطالان قرار اشغال الوظيفة لإغفال الاعلان عن الرغبة في التعيين في الوظيفة فمن القواعد التي يلزم اتباعها قبل شغل الوظائف الاعلان عنها لتتاح الفرصة أمام أكبر عدد من المتقدمين للتقدم بطلباتهم لشغل الوظيفة^(٦). كما بين مجلس الدولة العراقي بأن الاعلان عن الوظائف الشاغرة قبل التعيين يعد مبدأ عام فيه وشرط أساسي في ملء

(١) حكم رقم ١١/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٢/٢، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٦، المصدر السابق، ص ٤٧.

(٢) حسين مجباس حسين: جريمة افشاء الأسرار والاعتداء على الحياة الخاصة، مطبعة السماء، بغداد، ٢٠١٦، ص ٥٩.

(٣) البندين (٢) و(٣) من لائحة السلوك الوظيفي في العراق رقم ١ لسنة ٢٠١٦.

(٤) تضمنت تعليمات رقم ١١٩ لسنة ١٩٧٩ اسس وضوابط اشغال الوظائف عند التعيين وجوب الاعلان عن الوظائف الشاغرة، ونظم الملحق رقم (١) النص على ان (اولاً: الاعلان عن الوظائف الشاغرة في صحيفة يومية وفي لوحة اعلانات كل من الوزارة والدائرة التي توجد فيها الوثائق الواجب تقديمها والمؤهلات المطلوبة لاشغالها...).

(٥) ينظر في تفصيل ذلك : د. مصدق عادل طالب ومالك منسي الحسيني: النظام القانوني لذوي الدرجات الخاصة في العراق دراسة تحليلية بين النظرية والتطبيق، بيروت - لبنان، ٢٠١١، ص ٩٩-١١٥.

(٦) الطعن رقم ١٢٥١ لسنة ٤٧ ق عليا- جلسة ٢٤/٣/٢٠٠٧، وينظر: الفتوى رقم ٩٩-جلسة ٢٤/١/٢٠٠٧، ملف رقم ٣٣٠/٢/٨٦، نقلاً عن د. محمد احمد عبد الحميد: المصدر السابق، ص ١٢٨ و ص ٢٢٤. وينظر المادة (٣٢) و(٥٢) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية المصري رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦.

الوظائف الشاغرة و من أهم مبادئ اختيار الموظفين وفسح المجال لتكافؤ الفرص بين المواطنين^(١)، إلا ان الادارات العامة كثيراً ما تتجاهل ذلك بحسبانه اجراء شكلي فحسب، وذلك ما يخل بمبدأ الشفافية الذي يراد تحقيقه من الاعلان و بمبدأ تكافؤ الفرص، والأمر نفسه ينطبق على حالة عدم اشتراط الاعلان عند تعيين الموظفين المؤقتين. والاعلان عن الوظائف شرط شكلي في القرار الإداري ومخالفته تبطل القرار إلا أنه بانتهاء مدة الطعن القضائي يكتسب حصانة من الطعن بالإلغاء وفي الواقع هذا ما يسهم في أنتشار الفساد الإداري وإلى تمادي الإدارة أكثر بالتعيين من دون اعلان عن الوظائف الشاغرة .

ثالثاً: السرية المقيدة والسرية التقديرية:

١- السرية المقيدة: وتتحقق السرية المقيدة عندما لا يترك المشرع للإدارة حرية الاختيار فيفرض عليها السرية ومن ثم يتوجب الالتزام بذلك والا تكون قد خالفت القانون، كما في حالة السرية الواجبة الخاصة بالدفاع الوطني وسرية عمل جهاز المخابرات الوطنية وكل ما يتصل به، و سرية اسئلة الامتحانات المدرسية و العامة فهي رغم أنها سرية بطبيعتها الا ان المشرع يؤكد على ذلك بالنص على سريتها كما في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٣٢ لعام ١٩٩٦^(٢)، ونظام الامتحانات العامة رقم ١٨ لسنة ١٩٨٧^(٣).

٢- السرية التقديرية: منح المشرع الإدارة سلطة تقديرية في تحديد ما يعد سرا من عدمه عبر ما تصدره من انظمة وتعليمات وأوامر إدارية إلى موظفيها، تفرض عليهم التزاماً بالسرية أو إضفاء طابع السرية على بعض الوثائق والمعلومات والبيانات، فللإدارة ان تختار ما تراه اجدى لتحقيق المصلحة العامة عن طريق الموازنة بين المنفعة العائدة أو الضرر الحاصل عند تقرير الشفافية أو السرية في مسألة ما وفقاً لما تتطلبه مقتضيات حسن سير المرافق العامة من جهة واحترام حقوق الأفراد وحررياتهم من جهة أخرى.

وقد منح قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام الإدارة السلطة التقديرية ووجب على الموظفين اطاعة ما يصدره الرؤساء من أوامر توجب الكتمان، فضلاً عن ان هذا القانون نطاقه واسع ويخضع له جميع الموظفين العامين الدائمين والمؤقتين، و للإدارة انهاء حالة السرية متى وجدت انه لا داعي لها وعندها يتحلل

(١) حكم الهيئة العامة في مجلس الدولة العراقي بصفتها التمييزية ذو الرقم ٤٥/انضباط/تميز/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٣/٦، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٦ ، المصدر السابق، ص ٤٣٧.

(٢) منشور في الوقائع العراقية العدد ٣٦٤٦ في ١٢/١٢/١٩٩٦.

(٣) منشور في الوقائع العراقية العدد ٣١٦٦ في ١٩٨٧/٩/٧.

الموظفين من التزامهم بأن تأذن لهم بالإفشاء، أو رفع السرية عن بعض الوثائق^(١).

أما عن المعايير التي تعتمدها الادارات في تحديد السرية فهي غير موحدة ولا توجد معايير ثابتة ولذلك فان ما يعد سرا لدى بعض الادارات قد لا يكون كذلك في غيرها وهذا الأمر سيكون موقوفا على القيادة الإدارية فيها وفيما إذا كانت تؤمن بأهمية الشفافية وضرورة احترام حقوق الأفراد وحياتهم ومنها الحصول على المعلومات والوثائق أم لا وعندها ستسعى إلى جعل معظم أعمالها سرية و تتشدد في ذلك، وهذا في الواقع سيجعل من الشفافية أو السرية نسبية ومدعاة لعدم المساواة بين المواطنين والافتقار إلى وجود أسلوب عمل موحد في الادارات العامة. كما تستطيع الإدارة وفقا لمنهج السر التقديري حجب المعلومات التي تتصل بمجريات العمل والنشاط الإداري لدرء مسؤوليتها أمام الرأي العام أو أسباب عدم مشروعية قراراتها أو حتى لمجرد تجنب ما يحدث في حالة الكشف عنها في حد ذاته من مشكلات أو اعباء وظيفية^(٢). ومن تطبيقات السرية في دوائر الدولة والقطاع العام وجود ما يسمى بـ (القلم السري) كشعبة أو وحدة ادارية من مهامها تنظيم وحفظ الوثائق الإدارية الرسمية السرية وفتح سجل خاص بها ومتابعة الاجراءات الخاصة بها، وترتبط بشكل مباشر بالرئيس الإداري الأعلى^(٣).

الفرع الثاني: مسوغات السرية الإدارية

يرى بعض الفقه ان اتساع الشفافية ليس محمودا دائما إذ يترتب عليها أحيانا عدم الاستقرار كما قد تكون سببا في الحد من قدرة المسؤولين الإداريين على اتخاذ القرارات الجيدة أو الفاعلة كونهم يخشون التعرض للنقد وبأن ما يقومون به أعمال ستستخدم ضدهم في وقت لاحق^(٤)، فالشفافية المطلقة ليست ممكنة ويرى البعض الآخر انها غير مستحسنة للتخوف من الحاق الاذى وانتهاك خصوصية الأفراد^(٥).

(١) البند (سابعاً) من المادة(٤) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل، وينظر الفقرة

(ثالثاً) من المادة (٤) من قانون الحفاظ على الوثائق رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٦.

(٢) احمد محمد المنوفي: المصدر السابق، ص ٥٠.

(٣) ينظر على سبيل المثال ما جاء في المادة البند (ج) من الفقرة (أولاً) من المادة (٣) من النظام الداخلي لمكتب وزير العدل رقم ١ لسنة ٢٠١١، منشور في الوقائع العراقية العدد: ٤١٨٥ في ١٨/٤/٢٠١١.

(٤) Cary Coglianese: The transparency president? The Obama administration and open Government, public law and legal Theory Research paper series research paper, N° 09-18, p.530-544.

(٥) ينظر: د. تامر محمد صالح: المصدر السابق، ص ٦٥.

إن الإدارة ليست مخيرة بين الشفافية والسرية وإنما يستدل عنهما تبعاً لكل حالة وضمن إطار القانون. ولا يمكن نكران أهمية السرية في العمل الإداري إلا أنه لا يمكن الاعتماد عليها كقاعدة عامة وإنما ينبغي حصر حالاتها في أضيق نطاق ممكن لما يترتب عليها من مضار فهي زيادة على امكانية مساسها بحقوق الأفراد من شأنها التأثير على أداء الإدارة وكفائتها والإخفاق في قيامها بوظائفها^(١). ورغم ذلك يسوّغ انصار منهج السرية الإدارية بان اتباعها يحقق غايات عديدة أولى بالرعاية من غيرها، ولهذا سنتناول في هذا الفرع بيان مسوغات السرية الإدارية عبر البنود الآتية:

أولاً: حسن سير المرفق العام: يرى انصار السرية أنها تسمح للإدارة بأن تعمل بفاعلية واستقلال وحرية في اتخاذ القرارات المناسبة بما يضمن حسن سير المرافق العامة وانتظام العمل فيه ويجدون في اطلاع الجمهور على تفاصيل عملها من شأنه عاقبة عمل الإدارة وفاعلية ادائها ولهذا ترجح مصلحة ضمان حسن سير عمل المرفق العام على الضرر الذي يصيب الأفراد بسبب السرية^(٢). وأن اتخاذ القرارات وإبرام العقود يمر بالكثير من العمليات والمراحل التي تستدعي إعداد دراسات وتقارير ومذكرات ومخططات ولاشك ان في اعلان ذلك عاقبة للنشاط والعمل الإداري ويمارس ضغطاً على الإدارة التي ينبغي لها ان تعمل باستقلالية وخصوصية لاسيما في المرحلة التمهيدية أو التحضيرية وصولاً إلى اتخاذ القرار المناسب ومن ثم فان العلانية ستؤدي إلى تأخير وتباطؤ اتخاذ الاجراءات ويشكل ضغطاً على الإدارة مما يدفعها للتخلي عن بعض مشروعاتها. كما ان الموظفين سيعملون بحرية واستقلال اقل اذا ما عرفوا بان الآخرين سيطلعون على آرائهم^(٣).

وهذا المسوغ ينتقده جانب آخر من الفقه ؛ لأن الاستناد على مبدأ حسن سير المرفق العام أمر لا يمكن قبوله على إطلاقه، فالإدارة كما يقع على عاتقها واجب تحقيق المصلحة العامة إلا أنها معنية أيضاً بضمان تحقيق مصالح المواطنين ورضائهم وهذا لا يتحقق بعزلة الإدارة واستقلالها بتحديد الأهداف ووسائل تحقيقها بل بجب عليها اشراك الأفراد في ذلك بان تحيطهم علماً بمشروعاتها وأعمالها وان استلزم ذلك التخلي عن بعض المشروعات؛ لان أعمال الإدارة كافة ينبغي ان تأتي في إطار اشباع حاجات المواطنين هذا من جهة ومن جهة أخرى ان السرية لا تمنح ضماناً بعدم إلغاء قرارات الإدارة بعد اتخاذها أو تمنع الطعن بعدم المشروعية، فان لم يجر احباط المشروع قبل صيرورته عملاً نهائياً فان ذلك لا يمنع الغاءه التصرف القانوني

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب ود. ابراهيم عبد العزيز شيجا: اصول الإدارة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية - مصر، ١٩٩٨، ص ١٢٧ - ١٦٧، ود. فوزي حبيش: الإدارة العامة والتنظيم الاداري، ط ٤، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان، ٢٠٠٧، ص ٥١.

(٢) د. اشرف عبد الفتاح ابو المجد: المصدر السابق، ص ٣٠٥.

(٣) د. سامي الطوخي: النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس، المصدر السابق، ص ٣٨.

مستقبلاً لعدم المشروعية أو لانتهاكه حقوق الأفراد وحرياتهم ولهذا ينبغي العمل بمبدأ الوقاية خير من العلاج، كما ان مفاجأة الأفراد ومواجهتهم مباشرة بالقرار دون علمهم بتفاصيل اتخاذه وظروفه لم يعد أسلوباً ناجحاً فهو ليس إلا تعبير عن السلطة الاستبدادية للدولة ومن مخلفاتها^(١). و أن هذا المسوغ يشجع الأفراد على محاولات البحث عن أساليب غير مباشرة وربما غير مشروعة للنفوذ إلى أروقة الإدارة والحصول على المعلومات والوثائق ولاسيما النافذين وذوي السطوة أما المواطن العادي فلا يتمكن من الحصول عليها مما يشكل مخالفة للقانون.

ثانياً: حق الإدارة في الحياة الخاصة: يرى بعض الفقه ان للشخص المعنوي العام حياته الخاصة ومن حقه ان ينأى بها عن اطلاع الغير ما يضيفي المشروعية على سرية أعماله، إذ له الحق في التحكم بالمعلومات التي لديه وتحديد ما يعلن وما يجب الإفصاح عنه في الوقت الذي يجده مناسباً كجزء من التنظيم الداخلي للإدارة، ويعرّف الفقيه (ويستن) الخصوصية للشخص المعنوي بأنها (مطلب الاقرار للجماعات أو المؤسسات بأن تقرر لنفسها متى وكيف وإلى أي مدى يجري نقل المعلومات إلى الآخرين)، وبذلك فان الحق في الحياة الخاصة يمكن ان يشمل الأشخاص الطبيعية والمعنوية على حد سواء، ويطلق (ويستن) عليها تسمية (الاستقلال التنظيمي) ويشمل ذلك حاجتها إلى كتمان اسرارها واحترام حياتها الداخلية، والحفاظ على هذه الخصوصية أمر ضروري لصنع قرارات سليمة، كما ان المعلومات التي تدخل في نطاق السرية سبق وان عُرضت على الجمهور ففي الديمقراطيات الحديثة يتم تقديم البرامج الانتخابية للشعب لكسب ثقته والحصول على دعمه في الانتخابات، وتكشف تلك البرامج عن أسلوب الإدارة الذي سيتم اعتماده وأهدافها وخططها وسياستها، ومن ثم يُفترض علم الأفراد بها^(٢)، وبالرغم من ذلك لا يمكن الاخذ بهذا الرأي؛ لأن حق الشعب في الرقابة على أعمال الإدارة يبقى قائماً للتأكد من مدى تنفيذها لبرامجها ومتابعة انشطتها وموافقتها لقواعد المشروعية وفيما إذا كانت أعمالها تصب في تحقيق الأهداف والبرامج التي وضعتها ابتداء.

كما ان مسوغ الحياة الخاصة للإدارة لا يرقى لان يعطيها الحق في سرية أعمالها كأصل عام إذ لا يمكن مساواة الإدارة بالأفراد، ولا يمكن مساواتها أيضاً بالشخص المعنوي الخاص فإذا كان للأخير اسراره الخاصة والتي يستثنىها القانون من الإفشاء ويقرر لها الحماية وفقاً لأحكام القانون المدني أو التجاري، فان الاعتداء عليها بالتجسس أو إفشاء أسرارها أو الاستماع إلى محادثاته ذات الطابع الاقتصادي أو المفاوضات التجارية يعد جريمة يعاقب عليها القانون. أما الشخص المعنوي العام فلا يمكن الاقرار بان له حياته الخاصة

(١) د. سامي الطوخي: النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس، المصدر السابق، ص ٣٩.

(٢) د. اشرف عبد الفتاح ابو المجد: المصدر السابق، ص ٣٠٥.

المستقلة عن الأفراد أو الشعب؛ لأن الإدارة تعمل باسم ولصالح الشعب ولذلك يبقى للشعب حق رقابتها والتأكد من تحقيق مصلحة الجماعة، ولأن القول بخصوصية حياة الإدارة يمنع كشف الفساد في انشطتها وأعمالها يتيح لها المجال للانحراف بالسلطة، كما لو قامت الإدارة بنزع الملكية للمنفعة العامة دون اعلان أهداف المشروع والفائدة المرجوة منه ما يحول دون معرفة المنزوعة ملكيتهم مدى الحاجة الحقيقية للإدارة لتلك الملكية ومدى تحقيقها للمصلحة العامة أو اعلان نتائج التعيين دون بيان المعايير والأسس المعتمدة في ذلك وهذا ما سيحرم المتنافسين من معرفة مدى احقيتهم في التعيين من عدمه أو في معرفة مدى حياد الإدارة وسلامة قرارها وموافقته للقانون^(١). ولهذا فان فكرة وجود حياة خاصة للإدارة يتعارض مع قيم وحقوق أخرى اجدر بالرعاية تتمثل بحرية الأفراد بالتعبير ومنع الجريمة والمعاقبة عليها وحماية الملكية العامة وكفاءة عمل الإدارة وجودته وحق الرقابة على أعمالها والمشاركة فيها.

ثالثاً: تجنب الإدارة تأثير جماعات المصالح أو الضغط: تُجنب السرية الإدارة ضغط وتأثير ما يسمى بجماعات المصالح أو الضغط نحو المنظمات المهنية أو النقابات والجمعيات والمؤسسات التي تمارس نشاط معارض لبعض انواع النشاط الإداري ومنها جمعيات المستهلكين و جماعات البيئة، وهذه الجماعات تضم فئات من الشعب لها مصالح متقاربة تدافع عنها. وتهدف هذه الجماعات إلى التأثير على عملية صنع السياسة العامة بحيث تتمكن من تحويل مسار سياسة ما بما يحقق مصالحها، وتأتي أهمية التنظيمات المختلفة من دورها في البحث عن مصالح ملحة موجودة لدى الناس الا انهم لم ينظموا انفسهم بشكل جيد ولم يؤسسوا جماعة أو منظمة تدافع عن هذه المصالح نحو جماعات البيئة إذ تقوم بمطالبة الحكومة بفرض ضوابط على الشركات والمصانع التي تلوث الهواء وعندما تستجيب الإدارة لهذه المطالب فان الكثير من ابناء المجتمع ممن هم ليسوا اعضاء في تلك الجماعة سيكونون استفادوا من النفع الذي تحقق^(٢).

وبعض هذه الجماعات قد تكون جماعات مبادئ إلا ان الأكثرية هي جماعات مصالح ولها صفة الدوام، ولهذا فان مصالحها قد تتعارض مع المصلحة العامة وتمارس ضغطاً ضد الخطط والبرامج الحكومية والمشروعات الإدارية والمرافق العامة ما يجبرها على التخلي عن هذه المشروعات أو تغييرها أو تعديل خططها، ولهذا فان قيام الإدارة بأعمالها بسرية يجنبها أو يبعد عنها اي تأثير خارجي فيستطيع موظفيها العمل بحرية ودون خوف، فردود الفعل الجماعية تمارس تأثيراً على الإدارة ولاسيما وان هذه الجماعات عنصر مؤثر في الرأي العام وفي الضغط على ممثلي الشعب ودفعهم للتدخل في أعمال الإدارة واستغلال

(١) د. سامي الطوخي: النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس، المصدر السابق، ص ٥٤ - ٥٥.

(٢) د. عبد الفتاح ياغي: الحكومة والإدارة العامة في الولايات المتحدة الأمريكية، دار الحامد للنشر، الاردن، ٢٠١١، ص ٢٩٨.

وسائل الاعلام وعقد الندوات واللقاءات ونشر المقالات والكتابات في سبيل ذلك، ومن اجل تحقيق تلك الجماعات أهدافها فأنها تتبع أساليب مباشرة بأن تتواصل مباشرة مع اعضاء الحكومة للمطالبة باتخاذ اجراء ما في قضية معينة، أو بطريق غير مباشر عندما تلجأ إلى طرف ثالث حتى يتوسط بينها وبين الإدارة نحو أن يكون الوسطاء من اعضاء البرلمان إذ يدرك المواطنون ومنظماتهم بفاعلية الضغط عن طريق الممثلين السياسيين على الإدارة، أو عن طريق إثارة الرأي العام لخدمة أهداف الجماعة والضغط على الحكومة واجبارها على اتخاذ موقف معين وهو أقل كلفة واسرع تأثيراً^(١).

ولذلك لو مارست الإدارة عملها في إطار من السرية فلن تضع نفسها تحت تأثير الضغوط من الجهات المختلفة، وهذه السرية من شأنها ان تحفظ للإدارة حيادها وابعادها عن هذه التأثيرات وعن المزايدات السياسية^(٢). إلا ان جماعات الضغط لا يكون هدفها دائماً تحقيق مصالح خاصة فقد تعمل جنب إلى جنب مع المصلحة العامة وتمارس تأثيرا ايجابيا وذلك عندما تكون رقبيا على الإدارة في حال اخلالها بواجباتها أو التقاعس عن تحقيق المصلحة العامة أو الانحراف بالسلطة، وكذلك عندما تكون مدافعة عن حقوق الأفراد وحياتهم من اعتداء الإدارة، وهذا ما لن يتسنى لها إذا كانت الإدارة تعمل بسرية.

وعند الموازنة بين كل ذلك فان تأثيرات جماعات المصالح السلبية لا ترقى لان تكون مسوغا للسرية لان التأثير الإيجابي لها يمكن ان يخلق نوع من التعاون بين هذه الجماعات والمواطنين المستفيدين من خدماتها والإدارة ويقرب الإدارة أكثر من المواطنين، كما ان تأثير جماعات المصالح سيكون أكثر قوة و نفوذا عندما تعمل الإدارة في إطار من السرية؛ لأنها تمارس ضغطها أيضاً بعيداً عن الانظار وبسرية، ولذلك فان اعتماد منهج السرية يوفر بيئة صالحة لتنشط هذه الجماعات وليظهر تأثيرها اقوى على الإدارة^(٣).

(١) د. عبد الفتاح ياغي: المصدر السابق، ص ٣٠٨-٣١١.

(٢) د. اشرف عبد الفتاح ابو المجد : المصدر السابق، ص ٣٠٥.

(٣) د. سامي الطوخي: المصدر السابق، ص ٤٨-٤٩.



الباب الثاني

نطاق التوازن في أعمال الإدارة القانونية
بين
الشفافية والسرية

تمهيد وتقسيم

تضطلع الإدارة بنشاطات إدارية متنوعة وفي مختلف المجالات إذ تتولى تنفيذ القوانين وتصريف الشؤون الإدارية وتقديم الخدمات العامة والمحافظة على النظام العام وهي في سبيل اداء هذه الوظائف تقوم بأعمال متعددة تتمثل بأعمال مادية لا تستهدف من ورائها إحداث اثار قانونية مباشرة وأخرى قانونية يترتب عليها اثار قانونية من شأنها المساس بالمراكز القانونية للأشخاص المعنيين بها .

ويدخل ضمن نطاق الأعمال القانونية - وهي نطاق دراستنا - أعمال تصدر بالإرادة المنفردة للإدارة وهي القرارات الإدارية وأخرى تصدر باتفاق ارادتين تكون ارادة الإدارة احداها على الاقل وهي العقود الإدارية، و تستهدف فيهما تحقيق المصلحة العامة بصورها المختلفة .

ولما كانت الإدارة غير قادرة على القيام بنشاطها في اشباع الحاجات العامة وتقديم الخدمات للأفراد وتنفيذ القوانين وتسيير المرافق العامة وانتظامها والحفاظ على النظام العام الا عن طريق هاتين الوسيلتين فقد انصب جل اهتمامات الفقه والكتاب والباحثين عليهما ، ولن نذهب بعيدا عن ذلك في نطاق دراستنا إذ سنتناول البحث في القرار الإداري والعقد الإداري لكن من ناحية مدى شفائيهما وسريتهما ومجالات التوازن فيهما ومظاهر اختلاله وابتداء من عملية صنع القرار الإداري ومرحلة ابرام العقد الإداري مروراً بمرحلة تنفيذهما ووصولاً إلى انقضائهما وأثر كل ذلك على المصالح المرتبطة بهما.

ولضمان تحقيق التوازن المنشود تخضع الإدارة إلى الرقابة بصورها المختلفة، ولأجل ذلك سنتناول في هذا الباب نطاق التوازن بين الشفافية والسرية في كل من القرار الإداري والعقد الإداري وذلك عن طريق تقسيم هذا الباب على فصلين إذ سنتناول في الفصل الاول منهما البحث في نطاق التوازن بين الشفافية والسرية في القرار الإداري وابرار مظاهر الشفافية والسرية في اركان القرار الاداري ودور القضاء في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في القرار الاداري، بينما سنتناول في الفصل الثاني البحث في نطاق التوازن بين الشفافية والسرية في العقد الإداري عبر الوقوف على مظاهر الشفافية والسرية في مراحل العقد واعتباراً من مرحلة الابرار ومروراً بتنفيذ العقد الاداري وانتهائه وبيان دور القضاء في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في العقد الاداري .



الفصل الأول

نطاق التوازن بين الشفافية والسرية
في
القرار الإداري

الفصل الأول: نطاق التوازن بين الشفافية والسرية في القرار الإداري

يعد القرار الإداري محور العمل الإداري وأهم امتيازات القانون العام التي تتمتع بها الإدارة العامة إذ تستطيع عن طريقه وإبرادتها المنفردة ترتيب آثار قانونية من شأنها المساس بالمراكز القانونية للمخاطبين به. ولهذا يمكننا تعريف القرار الإداري على انه عمل قانوني يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة المختصة ويرتب آثار قانونية.

ويشتمل القرار الإداري على خمسة اركان تتمثل بـ(الاختصاص، والشكل والاجراء، والمحل، والسبب، والغاية)، ولهذا يمكن أن يشكل القرار الإداري في بعض الاحوال اعتداء على حقوق الافراد وحرياتهم في أي من أركانه؛ إذ يوجد في كل ركن منها مظاهر للشفافية والسرية و بها ترتبط العديد من المصالح والحقوق، و لابد من تحقيق التوازن بينها في القرار الإداري عبر التوفيق بين هذه المصالح كافة، وللقضاء الإداري دور مهم في ذلك بما يمتلكه من دور ايجابي وسلطة في توجيه الدعوى الادارية والحرية الواسعة في تكوين قناعته عن طريق ما يراه من ادلة الاثبات بما يسمح بإحداث التوازن المنشود.

وفي إطار دراستنا للتوازن في القرار الإداري بين الشفافية والسرية سنتناول كل منها للكشف عن نطاق الشفافية والسرية فيها ومظاهرها وما يمكن أن تحتويه من توازن بينهما، والوقوف على مظاهر اختلاله فيها ، والكشف عن دور القضاء الإداري في ضمان تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في القرار الإداري والوسائل التي يملكها بهذا الصدد، ولأجل هذا سنقسم دراسة هذا الفصل على مبحثين وسنتناول في المبحث الاول نطاق الشفافية والسرية في اركان القرار الإداري، وسنتناول في المبحث الثاني دور القضاء الإداري في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في القرار الإداري.

المبحث الأول: نطاق الشفافية والسرية في اركان القرار الإداري

يتضمن كل ركن من اركان القرار الإداري مظاهر للشفافية ويعكس في جوانبه الأخرى مظاهر السرية، الا ان ذلك يضيق ويتسع بحسب كل ركن وطبيعة العيب الذي يصيبه، ولذلك نجد نطاق الشفافية يتسع في عناصر المشروعية الخارجية ويضيق في عناصر المشروعية الداخلية لتفسح المجال فيها للسرية، ولذلك قد يكون القرار الإداري الواحد متمتعاً بالشفافية في بعض اركانه ويتصف بالسرية في اركانه الأخرى في الوقت نفسه.

وهذا ما سنبينه في هذا المبحث عبر تقسيمه على مطلبين نخصص الأول منهما للبحث في نطاق الشفافية والسرية في اركان القرار الإداري الخارجية والتي تتمثل بركن الاختصاص وركن الشكل والاجراء ونخصص المطلب الثاني للبحث في نطاق الشفافية والسرية في اركان القرار الإداري الداخلية وتتمثل بركن المحل وركن السبب وركن الغاية.

المطلب الأول: نطاق الشفافية والسرية في اركان القرار الاداري الخارجية

إن دراسة نطاق الشفافية والسرية في اركان القرار الخارجية يتضمن البحث في كل من ركن الاختصاص وركن الشكل والاجراء كونهما يمثلان عناصر المشروعية الخارجية، ومن ثم يمكن الوقوف على الجوانب التي يتحقق فيها التوازن بين الشفافية والسرية والتوفيق بين المصالح المتعارضة المرتبطة بهما، ويعد هذان الركبان اكثر اركان القرار الاداري تحقيقا للشفافية ولاسيما ركن الشكل والاجراء والذي قد يكون وسيلة للقضاء على مظاهر السرية المرفوضة والتي تتعارض مع المصالح العامة والخاصة، ولذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الاول منهما البحث في نطاق الشفافية والسرية في ركن الاختصاص وسنتناول في الفرع الثاني نطاق الشفافية والسرية في ركن الشكل والاجراء.

الفرع الأول: نطاق الشفافية والسرية في ركن الاختصاص

من النتائج المترتبة على الاخذ بمبدأ الفصل بين السلطات ان يكون هناك توزيعا للاختصاصات بين السلطات العامة الثلاث (التشريعية والتنفيذية والقضائية). تمارسها كل منها وفقا لأصول وقواعد معينة يحددها الدستور نفسه بالنسبة لكل سلطة، فيكون الدستور المصدر الأساس للقواعد الحاكمة لتوزيع الاختصاص بين السلطات التي تمارس وظيفة الحكم، ثم يأتي دور القانون والانظمة والتعليمات في توزيع الاختصاصات على المستويات الإدارية المختلفة وصولا إلى تحديد اختصاص كل موظف وضوابط ممارسته. و قواعد الاختصاص من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو التنازل عنها، ويكون للقاضي اثاره مسألة الاختصاص من تلقاء نفسه وان لم يطلب الخصوم ذلك في الدعوى.

وبذلك تحدد قواعد توزيع الاختصاص، الإدارات والأعضاء الإداريين الذين يملكون ابرام التصرفات القانونية ومنها اصدار القرارات على وجه يعتد به قانونا، ووجود هذه القواعد ووضوحها يسهم في تحقيق الشفافية في ركن الاختصاص إذ سيكون لكل موظف أو هيئة أو مجلس اختصاصات معلومة ومحددة ، كما ان السرية في توزيع الاختصاص يؤدي إلى ارباك العمل الإداري وصدور قرارات غير مشروعة ما يضر باستقرار الجهاز الإداري ككل، فضلاً عن ان وجود هذه القواعد يسهم في تحديد المسؤولية والمخالفات. ويلتزم كل عضو إداري بممارسة الاختصاص المنوط به وفقاً للقانون دون سواه، ويعد القرار الصادر خلافاً لقواعد الاختصاص غير مشروع ومعيباً بعدم الاختصاص يترتب عليه البطلان أو الانعدام بحسب جسامه المخالفة لتلك القواعد^(١).

(١) نقلا عن د. محمد ماهر ابو العينين: دعوى الالغاء أمام القضاء الاداري (أسباب الغاء القرارات الادارية وفقا لأحكام المحكمة الادارية العليا حتى عام ١٩٩٦، الكتاب الثاني، دار الكتب القانونية شتات ،مصر، ١٩٩٨، ص٢٣-٢٤. ود. ماجد راغب الحلو: المصدر السابق، ص ١٧٩.

ولذلك يجب على الإدارة أن تمارس اختصاصها كما نظمها القانون فلا تستطيع التنازل عنه كونه سلطة قانونية وليس حقاً شخصياً، وينظمه القانون تحت رقابة القضاء، و تخضع في ممارسته للقواعد المفروضة عليها ولا تملك تجاهلها أو جعل ممارستها لها خاضعة للشروط، الا ان القضاء يضطر إلى التخفيف من صرامة قواعد الاختصاص لمراعاة ظروف يفرضها الواقع تتمثل بالظروف الاستثنائية فيقضي بمشروعية قرارات تصدر بالمخالفة لقواعد الاختصاص لان صدورها كان ضرورياً للتعامل مع الظرف الاستثنائي، فعد مجلس الدولة الفرنسي المواطنين الذين قاموا باتخاذ بعض القرارات في الظروف الاستثنائية مختصين فعلياً وليس قانونياً وقضى بمشروعية قراراتهم شرط ان يكون هناك ظرف استثنائي يستدعي تدخلهم فضلاً عن حسن النية في اتخاذ تلك القرارات في مواجهة الظرف الاستثنائي^(١). وكذلك الأمر في نظرية الموظف الفعلي التي أوجدها القضاء مراعاة لظروف معينة ولحماية الأفراد آخذاً بالحسبان الوضع الظاهر للأفراد إذ ليس من السهل عليهم اكتشاف عدم اختصاص الموظف الذي جرى تعيينه بشكل غير قانوني أو لم تكتمل اجراءات تعيينه لذلك قدّر القضاء بان قرارات هذا الموظف المختص ظاهرياً سليمة، وفي الواقع أن تعامل الإدارة مع الأفراد بحسب الظاهر فيه نوع من الشفافية مما يزيد من ثقة الأفراد بها؛ لأنهم تعاملوا على أساس حسن النية إذ لا يتحمل الأفراد خطأ الإدارة في وجود مثل هؤلاء الأفراد غير المختصين.

ويستدعي البحث في نطاق الشفافية والسرية في ركن الاختصاص الوقوف على تحديد نطاقهما في توزيع الاختصاص ومدى شفافية وسرية مصدر القرار، وهذا ما سنتناوله في البندين الآتيين:

أولاً: شفافية وسرية توزيع الاختصاص: يُحدد النص القانوني عادة قواعد توزيع الاختصاص، ويمكن ان تكون القواعد غير المكتوبة مصدراً لتوزيع الاختصاصات أيضاً فضلاً عن المصادر الأخرى غير المباشرة المتمثلة بالتفويض والحلول و الوكالة أو الانابة، وسنتناول بيان هذه المصادر لتوزيع الاختصاص وتحديد مدى تحقيق شفافية وسرية كل منها في توزيع الاختصاصات، ويتطلب توزيع الاختصاصات الشفافية والوضوح بالنظر لما يترتب على خلاف ذلك من ارباك في عمل الجهاز الإداري ككل وانتهاك مبدأ المشروعية.

١- المصادر المباشرة لتوزيع الاختصاص: يجري توزيع الاختصاصات مباشرة بمقتضى قاعدة قانونية عامة مجردة، ويقصد بالاختصاص المباشر ان يعهد القانون مباشرة لموظف معين اصدار قرارات في موضوعات معينة فيكون ذلك الموظف مختصاً مباشرة بإصدار تلك القرارات^(٢)، وتتمثل هذه المصادر

(1) Michel Rousset et Olivier Rousset : Droit administratif, Tome 1, Deuxième édition ,presses universitaires de Grenoble,2004,p. 145.

(٢) د. عبد الحكم فودة: الخصومة الادارية ، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ١٩٩٧، ص ١٣.

بالنص القانوني والمبادئ القانونية العامة ممثلة بقاعدة (توازي الاختصاص)، فضلاً عن العرف الإداري.

أ- النص القانوني: يجري توزيع الاختصاصات عادة بموجب نصوص القانون بين الإدارات العامة والسلطات العامة الأخرى أو بين الإدارات العامة مع بعضها وبين الأعضاء الإداريين سواء وردت هذه النصوص في الدستور^(١)، أم في القوانين العادية^(٢)، أم في القرارات التنظيمية، ولا يتحدد الاختصاص المباشر بمقتضى قرار فردي لأنها لا تتضمن قواعد عامة مجردة^(٣). ولتحقيق شفافية هذا التوزيع يجب أن تكون النصوص القانونية واضحة وغير متناقضة أو متعددة بالنسبة لتنظيم الموضوعات المشتركة.

و يجب أن تكون هذه النصوص معلنة للجميع عن طريق نشرها، و بهذا يمكن ضمان وصول العلم بها إلى الأشخاص كافة فتتحقق علانياتها و شفافيتها، وينص قانون النشر في الجريدة الرسمية على أن الأنظمة والمراسيم الجمهورية والأنظمة الداخلية والتعليمات تنشر في الجريدة الرسمية لجمهورية العراق، وكل ما نصت التشريعات على نشره فيها^(٤)، وذلك يشمل فقط القرارات الصادرة من الأشخاص المعنوية العامة. أما بالنسبة للقرارات التنظيمية التي تصدرها مجالس المحافظات فيجب أن تنشر في جريدة تصدرها هذه المجالس^(٥). وفي الواقع العملي فإن كثير من مجالس المحافظات لم تلتزم بواجبها بإصدار جريدة رسمية خاصة بها هذا من ناحية ومن ناحية أخرى نقص الخبرة القانونية والفنية فيما يتصل بعملية الصياغة القانونية والاختفاء الطباعة والأمور التنظيمية الأخرى، وعدم تمكن مواطني المحافظة من الحصول عليها بسهولة لعدم اتاحتها إلكترونياً.

ويراعي المشرع عند توزيع الاختصاصات اعتبارات معينة نحو الاعتبارات الشخصية والمؤهلات التي يحملها العضو الإداري كما في الاختصاصات التي يعهد بها المشرع إلى الوزير حصراً مما لا يجوز معه القيام بهذا الاختصاص من شخص آخر غيره مالم ينص القانون على ذلك، نحو النص على

(١) نحو نص دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة (٧٣) على اختصاصات رئيس الجمهورية ومنها اصدار العفو الخاص بتوصية من رئيس مجلس الوزراء واصدار المراسيم الجمهورية وقبول السفراء ومنح الاوسمة والنياشين بتوصية من رئيس مجلس الوزراء، ونص الدستور في المادة (٨٠) على اختصاصات مجلس الوزراء نحو اختصاصه بإصدار الأنظمة والتعليمات والقرارات بهدف تنفيذ القوانين.

(٢) من ذلك ما نصت عليه قوانين الوزارات المختلفة من توزيع للاختصاصات الوزراء ورؤساء الدوائر والتشكيلات التابعة لها، وما نص عليه قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل من توزيع للاختصاصات اذ حدد اختصاصات مجلس المحافظة والمجالس المحلية في الفصل الثاني من الباب الاول، وحدد اختصاص رؤساء الوحدات الادارية، ينظر المواد (٣١ و ٤١ و ٤٣) منه.

(٣) د. عبد الحكم فودة: المصدر السابق، ص ١٣.

(٤) الفقرات (ثالثاً ورابعاً وخامساً وسادساً) من المادة (٢) من قانون النشر في الجريدة الرسمية رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل، منشور بالوقائع العراقية العدد ٢٥٩٤ في ٢٠/٦/١٩٧٧.

(٥) ينظر: البند (ثالثاً وثاني عشر) من المادة (٧) من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل.

اختصاص الوزير بفرض عقوبة العزل من الوظيفة العامة^(١)، فالعزل من الاختصاصات الشخصية للوزير المختص^(٢)، ومن ذلك أيضاً قرار التضمين إذ يعد من الصلاحيات الشخصية أو الحصرية للوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة وفقاً لأحكام قانون التضمين رقم ٣١ لسنة ٢٠١٥^(٣).

ويراعي المشرع الاعتبارات المتصلة بالوقت وسرعة الحسم نحو اناطته الاختصاص بموظف فرد بغية السرعة في تصريف الشؤون الإدارية، فضلاً عن اعتبارات الجودة بان لا يصدر القرار إلا بعد تمحيص وبحث ومناقشة ومداولات بين عدد من الموظفين أو الأعضاء الإداريين وصولاً إلى اصدار القرار النهائي فينيط اصدار القرار بمجلس أو لجنة أو يجعل الاختصاص مشتركاً، وفي احيان أخرى لتحقيق ضمانات قانونية اكبر للمخاطبين بالقرار ومواجهة احتمال تعسف الإدارة في استعمال السلطة.

ويتولى القانون توزيع الاختصاصات من الناحية الموضوعية فيسند لعضو الإدارة سلطة اصدار قرارات إدارية معينة ضمن موضوعات محددة ويعد قراره معيباً خارج هذا النطاق، فيحدد مجال اختصاص السلطة الإدارية بالمجال الإداري ومن ثم يتمتع عليها التدخل في مجال عمل السلطة التشريعية او القضائية، وضمن نطاق العمل الإداري يحدد اختصاصات معينة للسلطات الإدارية فيحدد اختصاص الوزارات واختصاص الدوائر والمديريات والتقسيمات الإدارية الأخرى واختصاص الأعضاء الإداريين.

ويحدد القانون ويوزع الاختصاصات بين السلطات المركزية والسلطات اللامركزية، محدداً النطاق الاقليمي لكل منها؛ فمنها يمتد على مستوى البلاد ومنها ما يتحدد بنطاق جغرافي معين، فضلاً عن تحديد نطاق العمل الإداري من ناحية الزمان فلا يمكن ممارسة هذا الاختصاص خارج هذا النطاق، ويحكم ذلك ضابطين أولهما: صدور القرار خلال مدة تقلد الموظف لمهام وظيفته لا قبل ولا بعد ذلك، وثانيهما: صدور القرار خلال الميعاد الذي أوجب القانون صدوره فيه^(٤). وتلك هي حدود ممارسة الاختصاص الإداري من الناحية الشخصية والموضوعية والمكانية والزمانية، ويجب ان تكون تلك الحدود

(١) ينظر نص البند (ثامناً) المادة (٨) من قانون انضباط موظف الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل.

(٢) قضت المحكمة الادارية العليا في العراق بالتصديق على حكم محكمة قضاء الموظفين بإلغاء القرار المطعون فيه لكون قرار العزل صدر بتوقيع وكيل الوزارة وليس بتوقيع الوزير وفقاً للمادة ٨/٨ من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل. حكمها المرقم ٦٠٨/قضاء موظفين/تميز/ ٢٠١٨ في ٢٩/٨/٢٠١٩، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٩، مصدر سابق، ص ٣٨١، كما ينظر حكمها المرقم ١٢٩٢/قضاء موظفين/تميز/ ٢٠١٥ في ١٨/١/٢٠١٨، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٨، مصدر سابق، ص ٤٣٦.

(٣) البند (ثالثاً) من المادة (٢) من قانون التضمين رقم ٣١ لسنة ٢٠١٥، المنشور في الوقائع العراقية العدد ٤٣٨٠ في ١٤/٩/٢٠١٥، وينظر ايضاً حكم المحكمة الادارية العليا المرقم ٨٢/قضاء اداري/تميز/ ٢٠١٨ في ٢٠/٣/٢٠١٩، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٩، مصدر سابق، ص ٥٢٦.

(٤) د. حمدي ياسين عكاشة: المصدر السابق، الكتاب الثالث، ص ٢٨٩.

معلومة للكافة وواضحة غير متناقضة فلا تثير اللبس بالنسبة للإدارة، مما يثير الشك وعدم الثقة لدى الجمهور والمتعاملين معها لعدم وضوح توزيع الاختصاصات.

ب- المبادئ العامة للقانون: يتم احيانا تحديد وتوزيع الاختصاصات بإصدار القرارات بالاستناد على المبادئ العامة للقانون وذلك في الحالات التي لا ينص القانون فيها على قواعد الاختصاص، والمبادئ العامة للقانون قواعد قانونية غير مكتوبة يكشف عنها القضاء ويعلنها في احكامه نحو قاعدة توازي الاختصاصات التي انشأها القضاء الإداري الفرنسي واستقر عليها ووضحت مصدراً للاختصاص، ويقصد بها ان من يختص بسلطة اصدار القرارات الإدارية يختص بسحبها أو الغائها في الميعاد المحدد قانوناً لذلك مالم ينص القانون على اعطاء هذه السلطة لجهة أخرى غير تلك التي اصدرته^(١). فتكون بذلك الإدارة المختصة معلومة ومحددة. وجرت أحكام القضاء الإداري بانه في حالة اقتصار المشرع على تحديد الإدارة المختصة بإصدار القرار دون تحديد الموظف المنوط به الاختصاص فيها فينعقد للموظف الذي تتفق واجباته مع هذا الاختصاص^(٢).

واخذ القضاء الإداري العراقي بقاعدة توازي الاختصاصات ومن ذلك ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا في ٢٣/٧/٢٠١٤ بأنه (...لاحظت المحكمة ان الأمر المطعون فيه صدر بتوقيع الوزير استناداً إلى الصلاحيات المخولة له بموجب البند أولاً من المادة ١٤ من قانون الجامعات والكليات الاهلية رقم ١٣ لسنة ١٩٩٦ إذ نص على (يعين رئيس الجامعة بقرار من الوزير بناء على ترشيح من الجهة المسؤولة ابتداء مدة اربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة...) وحيث ان الجهة المخولة قانوناً بالتعيين هي نفس الجهة التي تمتلك الاعفاء استناداً إلى قاعدة توازي الاختصاص (...)^(٣). و قضت في حكم اخر لها في ١٤/٦/٢٠١٨ بان القرار الإداري يتم انهاءه من الجهة التي اصدرته وفقاً لقاعدة تقابل الاختصاص وجاء فيه بانه (... وحيث ان اجازة عمل المعهد في جمهورية العراق كان بقرار من ديوان الرئاسة (المنحل)، وليس بقرار من وزارة التعليم العالي والبحث العلمي وبالتالي فانها لا تملك صلاحية غلقه أو

(١) ينظر حكم المحكمة الادارية العليا بمصر في الطعن رقم ٢٩٤، بجلسة ٢٨/٣/٢٠٠٥، نقلاً عن د. محمد ماهر ابو العينين: تطور قضاء الالغاء، المجلد الثالث، المصدر السابق، ص ٨٤، وينظر: د. محمد احمد ابراهيم المسلماني : المصدر السابق، ص ١٦٧.

(٢) ينظر مجموعة من احكام القضاء الاداري المصري اشار اليها د. سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الادارية دراسة مقارنة، راجعه ونقحه د. محمود عاطف البناء، طبعة ٧، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٣١٥ - ٣١٦.

(٣) حكمها المرقم ٢٥٣ / اداري / تمييز / ٢٠١٤ في ٢٣/٧/٢٠١٤، منشور على الموقع الالكتروني لوزارة العدل العراقية : <https://www.moj.gov.iq/view.1234>، تاريخ الزيارة : ٢٣/٧/٢٠٢١، T: 1:11 A.m.

وينظر ايضا في هذا المعنى حكم المحكمة الادارية العليا المرقم ٨٩٦ / قضاء موظفين / تمييز / ٢٠١٦ في ٣/١١/٢٠١٦، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٦، وزارة العدل-جمهورية العراق، لعام ٢٠١٦، ص ٤٠٦.

الغائه طبقاً لقاعدة تقابل الاختصاص...^(١).

ج - العرف الإداري: وان تضاءلت أهمية العرف في القانون الإداري عموماً بسبب التوسع في تقنين القواعد الحاكمة للنشاط الإداري وصعوبة انشاء عرف إداري بسبب التطور المستمر لتلك القواعد في حين يتطلب العرف فترة ثبات طويلة نسبياً، فانه يمكن ان يكون مصدراً لتوزيع الاختصاصات وفي مثل هذه الحالات سيكون هذا التوزيع معلوماً ومعلناً للجميع ولأجل السرية فيه، فمن شروط العرف شيوعه بين الناس وتعارفهم عليه حتى يشعروا بإلزامه ومن ثم لا يمكن ان نتصور انه ينصب على شيء غير معلوم فذلك ينتفي وطبيعة العرف ذاته. وبهذا فان توزيع الاختصاص عن طريق هذه المصادر انما يعكس شفافية هذا التوزيع تبعاً لعلانية ووضوح تلك القواعد المستقاة منها سواء بالنسبة للإدارة ام جمهورها.

٢- المصادر غير المباشرة لتوزيع الاختصاص: ويقصد بها ان مصدر القرار لا يستمد اختصاصه في اصدار القرار من القانون مباشرة، فالقانون ينيط هذا الاختصاص بعضو إداري معين وهذا الاخير أو جهته الرئاسية يخولان غيره في إصداره عن طريق أسلوب التفويض أو الانابة، أو ان القانون نفسه يجيز استثناء من الأصل إحلال عضو إداري محل اخر في ممارسة اختصاصه فينتقل الاختصاص من صاحب الاختصاص الأصيل إلى هذا العضو، وهذه الأساليب جميعها تؤدي إلى إعادة توزيع الاختصاص وانتقاله لأسباب وظروف معينة تقتضيها الضرورات العملية وحاجات المرفق العام وسنتناول هذه المصادر في الفقرات الآتية:

أ - التفويض: بالنظر إلى تعدد وتشعب الوظيفة الإدارية واتساع نطاقها، فانه يتعذر على الإدارة المختصة في بعض الاحيان القيام باختصاصاتها كافة دون تقصير ما يدفعها تحت ضغط العمل إلى اللجوء لتفويض جهة أخرى القيام ببعض اختصاصاتها لفترة مؤقتة من دون ان يعد ذلك نزولاً عن اختصاصها الاصيل ، والتفويض يكون بقرار إداري يتضمن نقل بعض الاختصاصات مؤقتاً من إدارة أو عضو إداري إلى آخر بالاستناد على نص قانوني يجيزه.

ويعد التفويض مصدراً لإعادة توزيع الاختصاص الوظيفي بين السلطات الإدارية لفترة معينة، وهو على نوعين، تفويض الاختصاص وبموجبه يقوم الموظف صاحب الاختصاص الاصيل بنقل جزء من اختصاصاته إلى موظف آخر^(٢)، وتفويض التوقيع وبموجبه يجري نقل سلطة التوقيع فقط دون ممارسة

(١) حكمها المرقم ٥٤٢/ قضاء اداري/ تمييز/ ٢٠١٧ في ٢٠١٨/٦/١٤، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٨، المصدر السابق، ص ٥٩٣.

(٢) اجازت العديد من القوانين العراقية تفويض الاختصاص نحو ما جاء في المادة (٤) من قانون وزارة العدل رقم ١٨ لسنة ٢٠٠٥، منشور في الوقائع العراقية العدد ٤٠١٤ في ٢٠٠٦/١/٢، والمواد (٥/٢/ج) و(٤/١٦) و(٤/٢٠) من قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٨ منشور في الوقائع العراقية العدد ٣١٩٦ في ١٩٨٨/٤/٤، والمادة (٥) من قانون وزارة التخطيط رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩، منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٤١٣٩ في ٢٠٠٩/١/١٩.

الاختصاصات إلى موظف آخر تحت اشراف الاصيل ومسؤوليته^(١)، ويختلف عن تفويض الاختصاص في ان السلطة المفوضة تمارس باسم ولحساب الاصيل أو السلطة المفوضة وتحت رقابتها وتدخل ضمن مسؤوليتها وهو ذو طابع شخصي ينقضي بتغير شخص المفوض أو المفوض اليه، بينما يكون تفويض الاختصاص ذو طابع موضوعي لا يرتبط بشخص المفوض اليه. ولهذا فان تفويض التوقيع لا يعد توزيعاً للاختصاص ويقتصر على اضافة الصفة القانونية على القرار ولا يجرى الاصيل من اختصاصاته ولا يجبها^(٢).

ولا يكون التفويض الا بناء على نص قانوني يجيزه بمستوى النص الذي منح الاختصاص المراد تفويضه، و ذلك من شأنه ضمان مشروعية التفويض وتحقيق شفافيته تبعاً لضرورة نشر القوانين والانظمة، كما يجب نشر القرار الإداري الصادر بالتفويض ليعلم الموظفين والمتعاملين مع الإدارة والجمهور عموماً بذلك، و اشترط مجلس الدولة الفرنسي ان يكون هذا النشر سليماً^(٣)، وأن يكون قرار صريحاً ويقتضي ان يجري تحديد موضوع الاختصاص المفوض وحدوده وشكله ونوعه ومدته وشروط ممارسته فيه، وذلك لمنع حصول حالات التفويض المطلق أو التحيز للمفوض اليه، ويجب نشر قرار التفويض لتحقيق علم الكافة وبشكل خاص المواطنين، وبخلاف ذلك فان عدم الالتزام بهذه الشروط أو التفويض غير المنظم يجعل القرارات المتخذة بناء عليه معيبة بعدم الاختصاص^(٤).

إذ قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم له في ١٧ نيسان ١٩٨٧ بانه إذا لم يحدد مرسوم التفويض بدقة كافية موضوع ومدى السلطة المفوضة فانه يكون غير قانوني ومن ثم يكون القرار الصادر استناداً له مشوباً بعيب عدم الاختصاص^(٥). وجاء في حكم اخر له في ٢١ ايار ٢٠٠٨ بان نشر قرار التفويض على لوحات معمة ومجهزة خصيصاً لهذا الغرض يسهل الوصول اليها من قبل الموظفين والمستخدمين

(١) نظم مرسوم ٢٧ تموز ٢٠٠٥ في فرنسا تفويض التوقيع لأعضاء الحكومة، وحددت المادة (١) منه المفوضين بالتوقيع ، منشور على الموقع الالكتروني : legifrance.gouv.fr ، تاريخ الزيارة: ٢٠٢١/٨/٧، الوقت: 12:39 p.m

(٢) د. علي خطار شطناوي: دور القضاء الاداري في تحديد المصدر الحقيقي للقرار المطعون فيه، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد ١٢، شباط ١٩٩٩، ص ٢٩٥ - ٢٩٦.

(٣) حكمه في ٢ كانون الاول ١٩٥٩، نقلاً عن د. سليمان محمد الطماوي: القضاء الاداري، الكتاب الاول (قضاء الالغاء)، ط٧ مزيدة ومنقحة، دار الفكر العربي، مصر ، بلا سنة نشر، ص ٦١٦.

(4) Pierre-laurent frier, Jacques petit: Droit administratif, 12 édition ,précis Domat droit public, 2018-2019, p. 577.

(5) C.E, 10 /3 SSR. Du 17 avril 1987, n° 66036, publié au recueil lebon, publié sur le site : legifrance.gouv.fr. 7/8/2021, T: 12:39 p.m .

يشكل علانية كافية^(١)، كما أكدت المحكمة الإدارية الاستئنافية بمرسيليا في ٢٧ نيسان ٢٠٠٤ بان القرارات التي تنطوي على تفويض التوقيع والتي لها طابع الاجراءات التنظيمية لا يمكن الاحتجاج بها على الأطراف الثالثة قبل نشرها، ويترتب عليه عدم مشروعية القرارات الصادرة استنادا لها لعدم الاختصاص^(٢).

وقضت المحكمة الإدارية العليا بمصر في أحد احكامها بأن (...) التفويض في الاختصاص عندما يجوز قانونا فانه لا يفترض ولا يستدل عليه بأدوات استنتاج لا تعبر عنه صراحة ولا تؤدي اليه باليقين لان التفويض اسناد للسلطة ونقل للولاية ويتعين افرغه في صيغة تقطع بإرادته ويلزم في التعبير عنه ان يكون صريحا لا تشوبه مظنة ولا تعتوره خفية وان يكون استظهاره مباشرة من مسنده...^(٣). ويرى بعض الفقه بأنه في حال لم يشترط القانون شكلا معيناً لقرار التفويض فانه يمكن ان يصدر شفها أو بالهاتف ويقع عبء اثبات التفويض دائما على الإدارة^(٤).

ولا يكون التفويض سليما الا اذا كان بجزء من الاختصاصات الأصلية؛ لان التفويض الكلي بمثابة تنازل عن الاختصاص، ولا يشمل التفويض الاختصاصات المفوضة الا إذا كان هناك نص قانوني يسمح بذلك^(٥)؛ لأن ذلك من شأنه ان يحدث ارباك في العمل الإداري وتداخل الاختصاص لتعدد انتقاله بشكل غير نهائي وتداخله، كما ان التفويض بطبيعته مؤقتا ويمكن انتهائه أو تقييده بأي وقت. وقد افتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري بأنه (...يجوز التفويض استثناء إذا تضمن القانون نصا يأذن بذلك وفي هذه الحالة ينبغي ان يكون قرار التفويض محددا بحيث لا يُفرض به صاحب السلطة في جميع الاختصاصات التي منحه القانون اياها بركيزة ان الاختصاص يمارس ولا يتنازل عنه...)^(٦).

(١) C.E, 21 mai 2008, n° 294711, publié au recueil lebon, publié sur le site : legifrance.gouv.fr. 7/8/2021,T: 10:45 p.m .

(2) CCA de Marseille, 27 avril 2004, centre hospitalier de hyères , et CCA de Lyon, 28 décembre 2001, publié sur le site : legifrance.gouv.fr. 7/8/2021,T: 11:10 p.m .

(٣) حكمها في الطعن رقم ١٢٨١ لسنة ٣٥ قضائية- جلسة ١٩٩٤/١/٢٠- المكتب الفني، س ٤٠، ج ١، ص ٢٧٣. نقلا عن د. حمدي ياسين عكاشة: المصدر السابق، الكتاب الثالث، ص ٣٤٢.

(٤) وهو ما جاء عن الفقيهان الفرنسيان (Drago) و (Auby) ((نقلا عن د. مصطفى ابو زيد فهمي: القضاء الاداري ومجلس الدولة- قضاء الالغاء، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية - مصر، ١٩٩٩، ص ٦٧٨.

(٥) وهذا ما أكده القضاء الاداري الفرنسي عن طريق احكام مجلس الدولة ومن ذلك حكمه في ١٩٧٨/٣/٣، وهذا ما قضت به المحكمة الادارية العليا بمصر ايضا من ذلك حكمها في الطعن ٧٩٨٨ لسنة ٤٥ ، جلسة ٢٠٠١/٢/٢١، نقلا عن د. علي خطار شطناوي: المصدر السابق، ص ٢٩١ و ص ٢٧٠.

(٦) ملف رقم ٣٢٥/١/٥٤ في ١٩٩٥/١/٢٢، نقلا عن د.حمدي ياسين عكاشة:المصدر السابق،الكتاب الثالث،ص ٣٤٤.

ب- الحلول: يعني الحلول قيام موظف يحدده القانون بمباشرة اختصاص معين محل صاحب الاختصاص الاصيل لاستحالة قيام الأخير بها من الناحية القانونية أو العملية، ولمعالجة بعض المشاكل أثناء العمل أو الحاجة إلى اتخاذ إجراءات ضرورية . ويستلزم الحلول وجود نص قانوني يجيزه يحدد فيه الموظف الحال وأسباب الحلول نحو غياب الموظف الاصيل لمرض أو سفر أو في حالات الشغور الدائم أو امتناع الاصيل عن اتخاذ القرار ومباشرة اختصاصاته، فيحل محله في مباشرة اختصاصاته كافة من عينه القانون لذلك ومن بينها تلك المفوضة اليه، فلا يحتاج الحلول إلى اصدار قرار إداري، فيقع الحلول عند توافر شروطه وفقا للقانون وينتهي بزوال أسبابه، وبذلك لا يكون الحلول مخفيا أو حتى سريا؛ لان القانون ينظم احكامه، وشروطه تكون معلومة مسبقا^(١).

ج- الانابة أو الوكالة: ويطلق عليها القانون العراقي تسمية (الوكالة)^(٢)، على الرغم من ان هذه التسمية منتقدة لدى بعض الفقه لتقاربها مع مصطلح الوكالة المعروف في نطاق العقود المدنية والذي يتطلب النقاء ارادتين، بينما الانابة أو الوكالة المقصودة لدينا هي تكليف إداري يفرضه قرار يصدر من الإدارة المختصة لمعالجة حالة شغور الوظيفة العامة ولفترة مؤقتة^(٣). ومن ثم فهي تتم بقرار إداري يصدر من الجهة الإدارية الاعلى يكلف بمقتضاها بصفة مؤقتة موظف آخر من مستوى الموظف الاصيل ذاته أو اعلى منه بالقيام بمهام وظيفته كلا استقلالا أو إلى جانب مهام وظيفته الأصلية^(٤)، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي الطبيعة المؤقتة للوكالة وبأنها تكون بموجب قرار إداري يحدد الشخص المكلف بها ومدة الوكالة ونطاقها^(٥)، وأوضحت فتوى مجلس الدولة العراقي في ٢٧/٢/٢٠٠٨ طبيعة الوكالة المؤقتة وبأنها تكليف

(١) نص المشرع الدستوري في العراق على الحلول في الفقرتين (ثانيا وثالثا) من المادة (٧٥) وجاء فيها (يحل نائب رئيس الجمهورية محل الرئيس عند غيابه) و (يحل نائب رئيس الجمهورية محل رئيس الجمهورية عند خلو منصبه لأي سبب كان وعلى مجلس النواب انتخاب رئيس جديد خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما من تاريخ الخلو)، ونصت الفقرة (رابعاً) من المادة (٥) من قانون وزارة العدل رقم ١٨ لسنة ٢٠٠٥ على ان (يحل وكيل الوزارة الاقدم محل الوزير في رئاسة المجلس عند غيابه لأي سبب كان).

(٢) اجاز قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٧ اشغال وظيفة مدير عام في حال شغورها لأي سبب عن طريق الوكالة لمدة ثلاثة اشهر إلى حين اشغال الوظيفة اصالة، منشور في الوقائع العراقية العدد ٣٦٥٩ في ٣/٣/١٩٩٧. (٣) ينظر: د. ماهر صالح علاوي الجبوري: مبادئ القانون الاداري (دراسة مقارنة)، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل ، العراق، ١٩٩٦، ص ١٧٤، ود. علي خطار شطناوي: موسوعة القضاء الاداري، ج٢، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن - عمان، ٢٠٠٨، ص ٧٠٢.

(٤) ينظر في مفهوم الوكالة: د. منتصر علوان كريم: التنظيم القانوني للوكالة الادارية في القانون العراقي ، ط١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان - الاردن، ٢٠١٩، ص ٢٦ - ٥٢.

(5) C.E, 7/ 5 SSR, du 14 juin 2000,n° 203680, mentionné aux tables du recueil Lebon, publié sur le site : legifrance.gouv.fr. 12/9/2021,T: 8:30 p.m .

بأداء مهام وظيفة معينة وليست تعيينا فيها^(١)، كما قضى المجلس بوجوب ان يصدر بها قرار إداري^(٢). ويرى الفقيه الفرنسي (Auby) ان قرار الوكالة وان كان الأصل صدوره صريحا الا انه يجوز ان يكون ضمنيا^(٣)، ونرى انه تحقيقا للشفافية يجب ان يصدر القرار صريحا.

ويجري اللجوء إلى الوكالة لضمان استمرارية الخدمة العامة وشغل الوظيفة الشاغرة لفترة معينة تنتهي بزوال سبب ذلك وعودة الموظف الاصيل أو شغل الوظيفة الشاغرة بشكل دائم^(٤). ولا يشترط فيها ان تستند إلى نص قانوني^(٥)، إذ يجوز ان يكون مصدرها قاعدة قانونية غير مكتوبة مستمدة من مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد وما جرى عليه العرف الإداري بوصفه أحد مصادر القانون الإداري. وهناك من يرى بعد امكان اللجوء إلى الوكالة الا في حالة غياب النص القانوني بالحلول^(٦).

واطردت الإدارات العامة في العراق على العمل بالوكالة في معالجة شغور الوظائف العامة بصورة مؤقتة ولحين عودة الاصيل أو توافر الظروف الملائمة لإشغالها بإحدى طرائق اشغال الوظيفة العامة الدائمة، ولاسيما في نطاق الدرجات الخاصة^(٧)، الا ان الملاحظ خروج الإدارة في قرار الوكالة على هذا المفهوم بعدم تحديد مدة معينة للوكالة فيه واستمرار اشغال الوظيفة وكالة لمدد قد تصل لسنتين، وفضلاً عن المشكلات العملية التي يخلفها ذلك فهو يعكس أيضاً عدم شفافية قرار الوكالة وخروجاً على الغاية من صدوره، لذلك نرى تحقيقاً للشفافية وتوحيد احكام اشغال الوظائف العامة مؤقتاً ومنها الوكالة ضرورة قيام المشرع بتنظيمها بقواعد عامة موحدة ضمن قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ أو اي قانون آخر

(١) الفتوى رقم ٢٠٠٨/٣٠ في ٢٠٠٨/٢/٢٧، منشورة في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٨، وزارة العدل - العراق، ٢٠٠٨، ص ١٠٢، وينظر فتواه ذات الرقم ٢٠١٣/٣١ في ٢٠١٣/٤/٢٤، منشورة في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٣، وزارة العدل - العراق، ٢٠١٣، ص ٨٢، وحكم المحكمة الادارية العليا رقم ٣٠١/ قضاء موظفين/تميز/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٤/١١، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٩، المصدر السابق، ص ٣٥٨.

(٢) جاء في حكمه المرقم ٢٦١/ قضاء موظفين/ تميز/ ٢٠١٨ في ٢٠١٨/٣/١ بأن يكون قرار العزل صحيحا اذا وقعه الوكيل بصفته وزيرا بالوكالة لإيفاد الموظف الاصيل خارج العراق وصدر به امرا اداريا، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٨، المصدر السابق، ص ٣٧٢.

(٣) نقلا عن د. علي خطار شطناوي: دور القضاء الاداري في تحديد المصدر الحقيقي للقرار المطعون فيه، المصدر السابق، ص ٣٠٨ - ٣٠٩.

(٤) اجازت الفقرتين (أولاً وثانياً) من المادة (٤٠) من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل الانابة او الوكالة، واعطت للمحافظ سلطة تكليف احد مديري النواحي التابعة للقضاء ليقوم مقام القائم مقام الغائب واجاز للقائم مقام تكليف احد مديري النواحي في القضاء ليقوم مقام مدير الناحية الغائب .

(5) C.E, 22 Oct 1971, et C.E, 23 Janv 1983, selon Jean Waline: op , cit , p.428

(٦) د. سامي جمال الدين: الوسيط في دعوى الغاء القرارات الادارية، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٤٢٦.

(٧) ينظر: قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٧، المنشور في الوقائع العراقية العدد ٣٦٧٨ في ١٤/٧/١٩٩٧.

للخدمة المدنية يحل محله يحدد شروطها وآثارها.

مما تقدم يلاحظ ان التفويض والوكالة يتطلبان صدور قرار إداري بهما، مما يفترض تحقق العلم بهما عن طريق اتباع احدى وسائل العلانية، وبذلك يمكن تحقيق الشفافية وفرض الرقابة على القرار الصادر بهما، شرط ان يستوفي محتوى هذا القرار الشروط القانونية بان يكون محددا ومعينا بدقة لاسيما من ناحية نطاق الاختصاص والمدة. أما الحلول فهو يكون بحكم القانون ومن ثم تكون شروطه معلومة للكافة.

ثانيا: شفافية وسرية مُصدر القرار الإداري: يثور الشك في بعض الحالات حول مُصدر القرار الفعلي على الرغم من نسبة القرار بحسب الظاهر إلى صاحب الاختصاص المحدد قانونا وسواء بالنسبة للقرارات المكتوبة ام الشفهية، إذ تصدر تلك القرارات سليمة ظاهريا من ناحية الاختصاص في حين انها من حيث الواقع معيبة بعدم الاختصاص من دون ان يتولد العلم لدى الجمهور بذلك واهينا حتى دون علم صاحب الاختصاص نفسه. ففي القرارات المكتوبة يلاحظ ان صدور القرار دون ان يحمل اسم مُصدره صراحة أو توقيع من شأنه ان يمنع معرفة المُصدر الفعلي له، فهذه الشكليات تمنح القرار وجوده القانوني وتسهم في الكشف عن المُصدر الحقيقي وترفع السرية والشك عنه، ومن ثم الكشف عن عيب عدم الاختصاص الخفي. كما قد يصدر القرار في بعض الحالات دون علم صاحب الاختصاص نفسه، بان يجري استخدام امضائه أو الاختام أو التوقيعات الالكترونية من قبل امناء السر أو مديري المكاتب أو الوكلاء أو عن طريق التوقيع على بياض، وهذه الحالات جزما تدخل ضمن نطاق التزوير. أما القرارات الشفهية فهي بطبيعتها تكون معلنة وصريحة ومن صاحب الاختصاص مباشرة للمخاطب به، الا انه في بعض الحالات قد تنقل بالواسطة من الغير عن طريق وسطاء أو موظفين اخرين يحتمل ان يكونوا محرفين فيما ينقلون^(١)، وهذا ما يحقق عدم الشفافية لعدم معرفة المُصدر الحقيقي للقرار وصاحب الاختصاص فيه قانونا فضلاً عما يكتنف ذلك من صعوبات تتصل بإثبات صدور القرار .

وهذا ما يدعو إلى الحديث عن مدى خفاء عيب عدم الاختصاص في القرار الإداري، بالرغم من ان اكثر قواعد الاختصاص صريحة ومعلنة، ويتحقق عيب عدم الاختصاص الخفي وغير المباشر في القرار الإداري في عدة حالات يمكن بيانها في الفقرات الآتية:

١- انفراد أحد أصحاب الاختصاص المشترك بإصدار القرار دون ان يشترك اصحاب الاختصاص الاخرين الذين عينهم المشرع لممارسة ذلك الاختصاص المشترك، وبذلك يعد القرار معيبا؛ لأنه لم يصدر تعبيرا عن ارادتهم جميعا ويمكن اكتشاف ذلك من خلال الأعمال التحضيرية للقرار أو عدم التوقيع عليه، كأن يجعل المشرع اختصاص نقل أحد الموظفين مشتركا بين الادارتين المنقول منها واليها.

(١) ينظر: د. ماجد راغب الحلو: المصدر السابق، ص ١٨١.

٢- إصدار قرارات بناء على أوامر من جهة إدارية أخرى، وهنا تبدو مظاهر سرية عدم الاختصاص أكثر وضوحاً، فيظهر القرار من الناحية الشكلية انه صادر من صاحب الاختصاص الذي خوله القانون ذلك، غير ان المصدر الفعلي للقرار هو تلك الجهة الآمرة فنكون أمام عدم اختصاص خفي، فالموظف يؤدي واجباته ومهامه المكلف بها وفقاً لأحكام القوانين والتعليمات والتوجيهات التي يصدرها الرؤساء الإداريين، فكما هو مسلم به يوجد في كل تنظيم إداري تدرج هرمي للموظفين فالمرؤوس يلتزم بأوامر رئيسه بناء على واجب الطاعة المكلف به، الا ان ذلك لا يعني ان الرئيس الإداري يملك الحلول محل المرؤوس في مباشرة اختصاصاته التي يستمدّها من القانون مباشرة بان يصدر أوامر بإصدار القرار بتوجه معين، وذلك ما يجعل من هذا العيب سرياً أو خفياً، مما يتوجب على القضاء عدم الاكتفاء بالمظاهر الخارجية للقرار الإداري المطعون فيه والتعمق أكثر بحثاً عن المصدر الفعلي للقرار الإداري وان تضمن القرار توقيع الموظف المختص قانوناً، ولا سيما ان للقاضي الإداري البحث في ذلك من تلقاء نفسه ودون دفع من أحد^(١).

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بهذا الصدد في ٤ نيسان ١٩٦٢ بأنه (يتبين من الظروف المحيطة باتخاذ القرار ان دور صاحب الاختصاص اقتصر على تنفيذ التعليمات التي تلقاها من المحافظ والتي تضمنتها رسالته المؤرخة في ١٩٥٨/٦/٢٧ والتي اعتقد بأنه غير ملزم بها... وبذا يعتبر كأنه تصرف باسم المحافظ وتحت رقابته في مجال خارج نطاق اختصاصه)، كما طبقت المحكمة الإدارية بمرسلياً ذلك في حكمها الصادر في ٢٧ نيسان ١٩٦٦ في قضية تتلخص وقائعها في ان وزير التربية والتعليم بعد البحث بموضوع ضياع شهادات البكالوريا في مرفق التعليم الاعدادي أو الثانوي قرر اعفاء مدير إدارة البكالوريا السيد (choux) من وظيفته، وطلب من رئيس اكاديمية (Aix) اصدار قرار بهذا الشأن، فقام الاخير بإصدار القرار المطلوب والتوقيع عليه الا ان المحكمة الإدارية قررت عد هذا القرار مشوباً بعيب عدم الاختصاص لصدوره من موظف غير مختص رغم ان رئيس اكاديمية (Aix) هو صاحب الاختصاص قانوناً في اصداره؛ وانما لكونه اتخذ هذا القرار بناء على تعليمات صدرت من سلطة إدارية عليا وهي غير مختصة بإصداره^(٢). وبالاتجاه ذاته قضى المجلس في ٨ حزيران ٢٠٠٥ بإلغاء قرار رئيس بلدية راماتويل في ٢٧ اذار ٢٠٠٠ المتضمن عدم تجديد عقد الامتياز لجزء من شاطئ (بامبلون)

(١) د. علي خطار شطناوي: موسوعة القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٧٣٦-٧٣٥. ومؤلفه دور القضاء الاداري في تحديد المصدر الحقيقي للقرار المطعون فيه، المصدر السابق، ص ٣٣٠-٣٣٢.

(٢) TA Marseille, 17 avril 1966, Sieur Choux c, Ministre de l, Educatin nationale, AJDA 1966,II,p.517,note, p.GUERIN. mentionné Sébastien Saunier : La droits des administrés, Juge et apparence, Actes du colloque des 4 -5 mai 2009,L.G.D.j , presses de l, university Toulouse 1 Capitole, Toulouse ,2010, P. 267-292

ومغادرة السيد (M. Paul Y) المبنى واعادته إلى حالته الطبيعية. وبالنظر إلى ان مداولات مجلس بلدية (راماتويل) في ٣٠ ايار ٢٠٠٠ لم تمدد فقط العقد من الباطن الذي تم الانتهاء منه سابقا بل أكدت أيضاً قرار عدم تخصيص المنطقة رقم (٦) التي كان يديرها السيد (M. Paul Y) واعادتها إلى حالتها الطبيعية، إذ يتبين من المداولات ان هذا القرار تم اتخاذه وفقاً للتعليمات الواردة برسالة من نائب المحافظ بتاريخ ١٦/١٢/١٩٩٩، ومن ثم فإن المجلس البلدي قد تجاهل اختصاصه باتباعه تعليمات المحافظ^(١).

إن صدور القرار بناء على طلب من جهة إدارية عليا أو جهة أخرى وإملاء مضمون القرار على صاحب الاختصاص القانوني واقتصار دور الأخير على التوقيع يعد تنازلاً خفياً أو مبطناً عن ممارسة الاختصاص القانوني إلى جهة أخرى خلاف إرادة المشرع وغايته من وضع قواعد توزيع الاختصاص وتنظيم عمل الإدارة على أساس التخصص في المهام ومن ثم يعد تعديلاً غير مشروعاً لتلك القواعد، فالرئيس الإداري وإن كان له سلطة الرقابة والتوجيه إلا أنه ليس له الحلول محلهم في مباشرة اختصاصاتهم التي خولهم القانون ممارستها، وهنا تتحقق سرية مصدر القرار والتي تعد تطبيقاً مرفوضاً وغير مشروعاً للسرية، ومن ثم فإن صاحب الاختصاص القانوني بإصدار القرار لا يملكه من الناحية الواقعية أو أنه يتجاهل اختصاصه. ويظهر هذا السلوك الإداري في الإدارات التي تهيمن فيها شخصية الرئيس على مرؤوسيه فتغدو اللجان والمجالس مجرد أدوات مسخرة في خدمته وتنفيذ إرادته، ويكون هو المصدر الفعلي للقرار الأمر الذي ينفي الحكمة من وجود تلك اللجان والمجالس لأن دورهم سيكون مجرد الموافقة على رأي ذلك الرئيس، ولا شك أن ذلك يعد سلوك غير مشروع وضار بالمصلحة العامة ويعبر عن تحكم إداري تعاني منه الإدارات العامة، الأمر الذي يضع الإدارة أمام مسؤوليتها في الرقابة وأعمال قواعد الاختصاص وفق ما يتطلبه القانون وإن يمارس القضاء دوره في الكشف عن المصدر الفعلي للقرار المطعون فيه^(٢).

٣- تبني صاحب الاختصاص القانوني لقرار صادر من سلطة غير مختصة، إذ يعد القرار معيب بعدم الاختصاص لأن صاحب الاختصاص يكون قد استلهمه من قرار مماثل صادر عن سلطة غير مختصة واقامه على المسوغات ذاتها التي قام عليها هذا القرار بينما كان يجب عليه أن يمارس اختصاصه حقيقة، ومن ثم فإن القرار الجديد يعد معيباً وبهذا قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه في قضية (Bonnet) بتاريخ ٢٥ مايو ١٩٦٢^(٣).

(1) C.E, 7ème et 2ème sous-sections réunies, du 8 juin 2005, no 255987, mentionné aux tables du recueil Lebon, publié sur le site : legifrance.gouv.fr. 14/9/2021, T: 5:35 p.m .

(٢) ينظر: د. علي خطار شطناوي: دور القضاء الإداري في تحديد المصدر الحقيقي للقرار المطعون فيه، المصدر السابق، ص ٣٣٧. ومؤلفه موسوعة القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ٧٢٨.

(٣) د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ٦٠٨.

٤- صدور القرار بناء على توجيه السلطة الرئاسية المنوط بها التصديق عليه، وقيامها بتوجيه المرؤوس ورسم مضمون القرار له والاذن له بإصداره فعندها يأتي القرار الصادر تعبيراً عن ارادة الجهة الرئاسية المُصادقة وليس ارادة صاحب الاختصاص القانوني، فيكون هناك مصدر فعلي للقرار وآخر قانوني^(١).

٥- صدور القرار بناء على التوصيات أو الاقتراحات المقدمة، إذ يستلزم القانون في بعض القرارات استيفاء بعض الاجراءات قبل صدورها ليأتي بعدها القرار بوصفه نتاج تلك الاجراءات التي تعد لازمة لمشروعية القرار، إلا أن ذلك لا يؤثر على سلطة الإدارة في اصدار القرار، إذ ان اشتراط المشرع وجود التوصية أو الاقتراح انما يضيق من السلطة التقديرية للإدارة صاحبة الاختصاص في اتخاذ القرار و لا يلغيها فلها الاختصاص الكامل في اصدار القرار من عدمه ولا تشاركه في اصداره الجهة المخولة بتقديم الاقتراح أو التوصية إذ يجب ان يصدر القرار معبراً عن إرادتها فحسب وليس عن ارادة مقدم التوصية أو الاقتراح لذلك فان الاخذ بتلك التوصيات أو الاقتراحات دون مناقشة في مضمونها انما يجعل من صاحب الاختصاص القانوني مصدراً ظاهرياً للقرار وأما المصدر الفعلي فهو مقدم الاقتراح أو التوصية، وهذا الأمر كثيراً ما يجري إعماله في مجال الوظيفة العامة، نحو صدور قرار باستبعاد مرشح للتعيين بسبب وجود توصية من الجهات الامنية أو غيرها بعدم التعيين فالقرار جاء تعبيراً عن ارادة تلك الجهات وليس صاحب الاختصاص القانوني عندها يختلف مصدر القرار الحقيقي عن مصدره الظاهري، فتلك الجهة ليس لها الايصاء بعدم التعيين وانما فقط بيان موقف المرشح من الناحية الامنية.

وقد تعتقد سلطة إدارية انها ملزمة برأي سلطة أخرى اثناء اتخاذ القرار، و فعلياً هي بذلك تسمح لهذه السلطة الأخرى باتخاذ القرار^(٢)، نحو قيام وزير العدل في فرنسا بربط سلطته التقديرية بتأديب المدعين العامين بسلطة المجلس الاعلى للقضاء، إذ قضى مجلس الدولة الفرنسي بهذا الصدد في حكمه الصادر في ٢٠ حزيران ٢٠٠٣ بانه (...) عندما ينظر المجلس الاعلى للقضاء في الانتهاكات المزعومة ضد المدعي العام فانه لا يتمتع بصلاحيه اتخاذ القرار ولكن يجب ان يُصدر رأياً بشأن مبدأ العقوبة والأمر متروك لوزير العدل لممارسة سلطته التأديبية... في ضوء رأي المجلس الاعلى للقضاء ... فان وزير العدل قد اعلن صراحة انه سيمثل لرأي المجلس مهما كان وان مدير الخدمات القضائية أكد هذه النية عندما استمع اليه مجلس المحافظين في ١٩ اذار ٢٠٠٢، ويتبين من شروط القرار المطعون ان وزير العدل اخذ بالكامل بأسباب ونطاق الرأي الصادر في المجلس الاعلى للقضاء ومع مراعاة الظروف هذه

(١) جاء في حكم للمحكمة الادارية العليا في العراق بالرقم ٢٠٧٤/قضاء موظفين/تميز/ ٢٠١٨ في ٢٠١٩/٢/١٤، بأن توجيه الإدارة للجنة التحقيق للسير بإجراءات التحقيق بما يؤدي إلى مصادرة قناعتها يجعل التحقيق باطلاً اذ وجهت الوزارة بتشكيل لجنة لعزل المميز وهذا الامر يعد توجيهها للجنة التحقيق قبل السير بإجراءاتها، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٩، المصدر السابق، ص ٤٧٧.

(٢) Georges Dupuis, Marie- José Guédon, Patrice chrétien : Droit administratif, 10 e édition, Dalloz, 2007, p. 471.

كافة يجب عد وزير العدل متنازلاً عن ممارسة سلطته التقديرية وفقاً للدستور والمرسوم الصادر في ٢٢ كانون الأول ١٩٥٨، ومن ثم تجاهل اختصاصه وشوّه قراره بخطأ في القانون (...)^(١). وهذه الحالة يتم بحثها أحياناً من قبل القضاء على أنها وسائل حقيقية للإخلال بقواعد الاختصاص أي في نطاق المشروعية الخارجية^(٢)، وأحياناً أخرى تُبحث في إطار المشروعية الداخلية بوصفها إخطاء قانونية^(٣).

وفي هذه الحالات جميعها تكون للقرار مظاهر القرار الإداري السليم لكنها غير حقيقية تزول بمجرد الكشف عنه، إذ يستطيع القضاء القيام بذلك بعدم الاكتفاء بالمظاهر الخارجية لعيب عدم الاختصاص التقليدية والتعمق في البحث عن المصدر الفعلي للقرار بوصفه قاضي مشروعية، إذ كثيراً ما يأتي القرار تعبيراً عن إرادة جهة أخرى غير صاحبة الاختصاص القانوني، ويقتصر دور الأخير على تجسيد هذه الإرادة ومنح القرار وجوده القانوني بالتوقيع عليه، وفي الواقع هذا ما يخالف الغاية من توزيع الاختصاصات وناطتها بجهة دون غيرها، و يجعل القرار معيباً بعدم الاختصاص لأن القرار يجب أن يكون تعبيراً عن إرادة مصدره القانوني وتجسيدا لها، ومن ثم يجعل القرار سرياً من ناحية مصدره.

إذا تتجلى مظاهر الشفافية في ركن الاختصاص بوضوح قواعد الاختصاص ومصادرها وعلانياتها ووصول العلم بها عن طريق النشر أو التبليغ، أما مظاهر السرية فيه فتتمثل بصورة عدم الاختصاص الخفي واختلاف المصدر الفعلي للقرار الإداري عن مصدره الظاهري.

الفرع الثاني: نطاق الشفافية والسرية في ركن الشكل والاجراء

تمثل الشكليات والاجراءات في القرار الإداري ضماناً لتحقيق الشفافية فيه والقضاء على السرية المرفوضة التي تلجأ إليها الإدارة في محاولة إخفاء انحرافها وإخلالها بضمانات الأفراد، ولذلك يعد عنصر الشكل والاجراء من أكثر عناصر القرار الإداري تحقيقاً للشفافية أو العلانية والمشاركة في عملية صنع القرار الإداري ويضمن حقوق الأفراد في الاطلاع والحصول على المعلومات فيتسع نطاق الشفافية فيه على حساب السرية، وقد أكد الفقيه (أهرنج) بهذا الشأن بأن (الشكليات والاجراءات تعد الاخت التوأم للحرية وهي العدو للدود للتحكم والاستبداد)^(٤)، وهي ليست مجرد روتين ونوع من التعقيد الإداري إلا أن الاغراق

(1) C.E. 20 juin 2003, n° 248242. publié au recueil Lebon, publié sur le site : legifrance.gouv.fr. D: 8/8/2021, T: 2:35 p.m .

(2) C.E. 16 Décembre 2008, n° 297808, selon Aurélie Bretonneau: L'incompétence négative, (faux ami) du juge administratif ?, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2015/1 (N° 46), P. 23-24.

(3) C.E. section, 16 septembre 1983, Mme saurin, p.390, ou encore stilinovic précitée, Aurélie Bretonneau: op.cit, p.24.

(٤) نقلاً عن د. محمد ماهر أبو العينين: دعوى الالغاء أمام القضاء الإداري، الكتاب الثاني، المصدر السابق، ص ١٣٣.

فيها من شأنه ان يعيق عمل الإدارة ويزيد من البيروقراطية والبطء في الاجراءات ويبعدها عن الشفافية بفسحه المجال للفساد وتجاوز السلطة، ناهيك على ان بعض الشكليات تكون مكلفة ماديا وتستغرق وقتا وجهدا، لذلك يجب تحقيق قدر متوازن من الشكليات الضرورية التي تعد ضمانات حقيقية للأفراد.

والأصل أن الإدارة لها الحرية في افرغ قراراتها بالشكل الذي تريده، إذ يكون لها التعبير عن ارادتها كتابة أو شفويا، صراحة أو ضمنا، غير أن المشرع يقرر أحيانا شكليات واجراءات معينة على الإدارة احترامها عند إصدار القرار لتحقيق المصلحة العامة والخاصة بالمخاطبين بالقرارات، ولدفع الإدارة على التروي في إصدار قراراتها وتحقيق جودتها، ومن تلك الغايات تحقيق الشفافية في القرارات الإدارية أيضاً، ويترتب على عدم احترام الإدارة لهذا العنصر بطلان قراراتها غير ان هذا الاثر لا يتحقق بالنسبة لحالات الشكل والاجراء كافة التي يتطلبها القانون في القرار الإداري، إذ يفرق القضاء والفقه الإداري بين شكليات جوهرية وأخرى غير جوهرية مرتباً البطلان بالنسبة للصورة الأولى دون الثانية بالنظر لمسوغات عدة^(١).

وتتعدد الشكليات والاجراءات التي يتطلبها القانون في القرار الإداري، فهذا العنصر يتكون من شقين هما الشكل الذي يمثل الغالب الذي يجب افرغ محتوى القرار فيه، والاجراء ويتصل بالتكوين الداخلي للقرار محددا محتواه ويعد خطوة سابقة على الشكل وافرغه بصورته النهائية .وسنتناول بيان هذه الشكليات والاجراءات ومدى تحقق الشفافية والسرية فيها وذلك عبر البندين الآتيتين :

أولاً: نطاق الشفافية والسرية في حالات الشكل : يذهب الفقيه (لأفريير) إلى ان كل شكلية لها أهميتها الخاصة في نظر القانون فهي تكون احيانا وسيلة لتجنب خطأ أو تعسف أو لتأمين اختيار القرار الجيد في الظروف والوقت المناسبين، وهذا لا يحصل إذا لم تراعى الاشكال المطلوبة بدقة^(٢). والأصل ان القرار الإداري ليست له صيغ معينة لابد من انصبابه في أحداها بصورة ايجابية وانما يكون كل ما يحمل معنى اتجاه ارادة جهة الإدارة في نطاق سلطتها الملزمة إلى إحداث اثر قانوني متى كان ذلك ممكنا وجائزا منطقيا على قرار إداري^(٣). وتتمثل أهم حالات الشكل بالاتي:

(١) قضت محكمة القضاء الاداري في مصر في حكمها بتاريخ ٢٠١٠/٤/١٠ بأن (كل اجراء يتعلق بإعمال مبادئ الشفافية والافصاح انما هو اجراء جوهري لا تتحقق الشفافية والافصاح في غيبته او الاخلال به ...) (حكمها- دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار - الدعوى رقم ١٢١٤٩ لسنة ٦٤ ق - جلسة ٢٠١٠/٤/١٠، نقلا عن حمدي ياسين عكاشة، المصدر السابق، الكتاب الثالث، ص ٧٧.

(٢) عقيلة بوتة: الشكل والاجراءات في القرار الاداري، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٢-٢٠١٣، ص ٣٩.

(٣) حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في ١٩٧٠/٣/٢٢، نقلا عن د. سليمان الطماوي: القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٦٤١.

١- شكل القرار الإداري ذاته: الأصل ان الإدارة لا تتقيد بشكل معين تصب فيه قرارها فلها ان تصدره مكتوباً أو شفهيّاً أو بالإشارة كما بالنسبة للقرار الذي يصدره رجل المرور والاشارات الضوئية، ولذلك كتابة القرار لا تلزم الإدارة إلا إذا تطلّبتها المشرع عندها يجب احترام تلك الارادة والا بطل قرارها، وفي الواقع العملي تعد الكتابة الشكل الأكثر شيوعاً فيما تصدره الإدارة من قرارات وان لم يلزمها القانون بذلك ، وتكفل الكتابة ضمانات هامة بالنسبة للأفراد المخاطبين بتلك القرارات والإدارة ذاتها. و تعد من افضل وسائل التعبير عن الارادة والاثبات في المعاملات الإدارية والمدنية والتجارية، وتحقق كتابة القرار قدراً كبيراً من الشفافية لما تحقّقه من علانية لمحتوى القرار الإداري وافصاح عن أسباب القرار الإداري في حال التزام الإدارة بالتسبيب، والكشف عن دوافعها واغراضها فيسهل على الأفراد الاطلاع والعلم بها ومن ثم تحديد موقفهم من القرار، أما ان يقبلوه أو يرفضوه فيمكن لهم الاعتراض والطعن فيه، و تمثل الكتابة تسجيلاً لمحتوى القرار على الورق أو في مستند الكتروني تعبر فيها الإدارة عن ارادتها صراحة بما يسهل الوصول اليه والعلم به وانتقاله والاحتفاظ به، ولهذا تكون الكتابة وسيلة أساسية لتحقيق الشفافية في القرار وشكلاً جوهرياً فيه يترتب على تخلفه بطلان القرار .

ويوجب المشرع في بعض الحالات صدور القرار مكتوباً كما بالنسبة للعقوبات الانضباطية^(١)، وعندما يوجب نشر القرار. ورغم أهمية الكتابة إلا أن ذلك لا يعني ان القرارات كافة تصدر مكتوبة وصريحة فهي ليست الوسيلة الوحيدة للتعبير عن الارادة، فهناك عدد غير قليل من القرارات الشفهية التي تصدرها الإدارة يومياً، فضلاً عن القرارات الضمنية والسلبية، و تغيب في هذه الصور الشفافية إذ تلجأ الإدارة اليها لإخفاء حقيقة اغراض وأسباب قراراتها لعدم مشروعيتها وتجاهل ضمانات الأفراد فيها، ولذلك تحمل القرارات غير المكتوبة وغير الصريحة جانباً كبيراً من السرية وتثور حولها الشكوك فضلاً عن الصورة النمطية المأخوذة عنها وعدّها نوعاً من الانحراف بالسلطة تحاول الإدارة اخفائه بإصدارها. ولبيان مدى ذلك سنتناول كل هذه القرارات من ناحية مدى توافقها أو تعارضها مع الشفافية والسرية.

أ - القرار الإداري الشفهي: يدخل القرار الإداري الشفهي ضمن نطاق القرارات الصريحة والايجابية كونه يعد افصاحاً من الإدارة عن نيتها ترتيب اثر قانوني معين، الا انها لا تُفرغ محتوى قرارها بالكتابة أو بالإشارة أو بالسكوت أو بالامتناع، اي ان مُصدر القرار يتلفظ بعبارات من شأنها ترتيب اثر قانوني ما .

ولم ينظم القانون أحكام القرار الشفهي، كما لم يولِ الفقه اهتماماً بتعريفه والاكتفاء بالقول بإمكانية اصدار القرار بصورة شفعية مباشرة أو بإحدى وسائل الاتصال كالهاتف، ومن ذلك الأمر الذي اصدره رئيس البلدية في فرنسا بإقالة سكرتيرة البلدية بناء على تفويض أُعطي له عبر الهاتف^(٢). وعزّف أحد

(١) ينظر: المادة ٨ من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل.

(٢) Georges Dupuis, Marie- José Guédon, Patrice chrétien, op.cit, p. 472.=

الباحثين هذا القرار الشفهي بأنه (افصح جهة الإدارة الشفهي عن ارادتها الملزمة بقصد إحداث اثر بمركز قانوني متى لم يقتض النص أو العرف الكتابة أو التسبب ومتى كان هذا الافصح الشفهي غير مناف لطبيعة الاشياء)^(١).

ويتناقض القرار الشفهي مع العديد من الشكليات التي يقرها القانون وتكفل تحقيق الشفافية والقضاء على السرية في القرار ومن ثم ضمان وصول القرار لهدفه في تحقيق المصلحة العامة نحو الكتابة والتوقيع والتسبب وغيرها من الشكليات، ولذلك عندما يكون هناك الزام صراحة أو ضمنا بوجوب الكتابة أو النشر أو التسبب أو توقيع مصدر القرار فان الإدارة لا يمكن لها اصدار القرار شفهيًا، فمكنة الإدارة في اصداره مقيدة بأحكام القانون أولاً وبطبيعة القرار نفسه، فكثرة عدد المخاطبين به مثلاً تحول بين الإدارة وقدرتها على اصداره شفهيًا، وقد افتى مجلس الدولة العراقي في ٢٠١٩/٦/١٧ بأن الشكر والتقدير لكي يرتب اثاره القانونية يجب أن يصدر مكتوباً ولذلك فان صدره شفهيًا لا يرتب أي أثر قانوني^(٢).

إن نطاق القرارات الشفهية يتحدد بالقرارات الفردية التي تكون الإدارة فيها حرة في اختيار الشكل المناسب للقرار طالما لم يلزمها القانون بصدوره مكتوباً، أما بالنسبة للقرارات التنظيمية فلا تصدر إلا مكتوبة ؛ لأن القانون يتطلب نشرها لكونها تتضمن قواعد عامة مجردة وإلا عدت مخالفة للقانون، كما أنها بطبيعتها تقتضي المرور ببعض المراحل التي تستلزم ان تكون مكتوبة نحو وجوب عرضها على مجلس الدولة وبيان رأيه بصدها .

ولا تكون القرارات الشفهية الا صريحة فلا تقع القرارات الضمنية أو السلبية شفاهاً فالقرار الضمني هو قرار مفترض أو حكمي وليس له كيان مادي فهو ناتج عن سكوت الإدارة، أما القرار السلبي فهو عبارة عن امتناع أو رفض و ينطبق عليه الحكم نفسه. وذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر في قضية تنازع الاختصاص بحكمها في ١٩٩٢/٥/١٦ بشأن قرار شفهي اصدريته الإدارة (محافظ الوادي الجديد) يقضي ببيع الاراضي الواقعة ضمن نطاق المدينة الإداري بان هذا القرار اصدريته المحافظة إعمالاً للسلطة المخولة لها وفقاً للقوانين واللوائح مستهدفة بإصداره إحداث مركز قانوني معين ممكن و جائز

=وينظر: د. ماهر صالح علاوي الجبوري: الوسيط في القانون الاداري، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، ٢٠٠٩، ص ٣٤٨.

(١) فائز صالح لامين السحيل: القرارات الادارية الشفهية، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية ، مصر ، لعام ٢٠١٦-٢٠١٧، ص ٨٠.

(٢) رأيه القانوني المرقم ٢٠١٩/٥٤ في ٢٠١٩/٦/١٧، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٩، المصدر السابق، ص ١٣٨.

قانونا ابتغاء مصلحة عامة، ويعد تصرفا قانونيا توافرت له خصائص القرارات الإدارية ومقوماتها^(١).

وكثيرا ما يتسع نطاق لجوء الإدارة إلى القرارات الشفهية في حالة الظروف الاستثنائية التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرارات فلا يكون أمامها الوقت الكافي لكتابة القرار لذلك تتجاهل الإدارة الشكليات التي يفرضها عليها القانون في الظروف العادية على ان يكون الظرف كافيا لتبرير ذلك.

ويصدر القرار الشفهي بشكل مباشر في مواجهة المخاطب به اي بحضوره فيكون مبلغا به مباشرة، غير انه يمكن ان يصدر بغياب صاحب الشأن فينقل اليه بوساطة الغير من موظفين اخرين، والقرار الشفهي مثل اي قرار لا يحتج به إلا من تاريخ العلم به رغم ما يثيره ذلك من صعوبات من الناحية العملية.

ويفضل المسؤولون الإداريون إصدار قرارات شفهية على القرارات المكتوبة للتهرب من المسؤولية والالقاء بها على الموظفين الاخرين لسهولة التنصل من تلك القرارات حيث لا يتركون خلفهم وثائق تثبت وجودها و انحرافها مما يجعل القرار مطبوعا بسوء النية ووسيلة لكتمان أسباب القرار واغراضه الحقيقية بغية الوصول إلى غايات غير مشروعة والقيام بعمل غير مشروع فتصبح القرارات الشفهية مدخلا للفساد وتجاوزا للسلطة^(٢). كما ان القرار الشفهي يعد أمرا واقعا في الإدارات العامة في ظل غياب شفافية العمل الإداري وصعوبة اثبات القرار الشفهي ما يزيد من تداعياته واثاره السلبية وهي اكبر من الدفع بحسن النية أو السرعة في حسم الامور وضرورات العمل، لذلك يمكن ان يكون القرار الشفهي أحد ادوات الفساد وملاذا للتهرب من المسؤوليات والخروج على أحكام القانون لسهولة نكرانه وصعوبة اثباته ومراقبته وما يترتب على ذلك من ضياع للحقوق وتشجيعا للسرية وكتمان القرارات.

ان اللجوء إلى القرارات الشفهية انما تقتضيه ظروف معينة، فالأصل ان يصدر القرار مكتوبا للضمانات الهامة التي تحققها الكتابة للمخاطبين بالقرار والغير، ومنها تحقيق الشفافية ولهذا ينص القانون على كتابة القرار صراحة، ولاسيما بالنسبة للقرارات التي تتضمن تقييدا للحقوق والحريات أو عقوبات انضباطية أو جزاءات إدارية عامة ادراكا من المشرع لأهمية المصلحة المتحققة من اصدار القرارات مكتوبة.

ولكل ما تقدم نرى وجوب عدم اللجوء إلى القرار الشفهي عدا حالات الظروف الاستثنائية على ان يتم تعزيزها بالكتابة خلال فترة محددة.

ب- القرار الإداري الضمني: لا يصدر القرار الإداري في بعض الحالات صريحا وانما يستخلص ضمنا من سكوت الإدارة عن الرد على الطلبات التي يقدمها الأفراد والأشخاص الأخرى ومضي فترة زمنية

(١) حكمها في القضية رقم ٧ لسنة ١١ ق، جلسة ١٦/٥/١٩٩٢، نقلا عن فائز صالح لامين السحيل: المصدر السابق، ص ٩٤.

(٢) ينظر: عبدالله العتيبي: القرارات الشفهية مدخل للفساد وتهرب من المسؤولية، مقال منشور في جريدة القبس في ١٦

تشرين الاول ٢٠٠٦، على الموقع الالكتروني: <https://alqabas.com> تاريخ الزيارة: ١٣/٨/٢٠٢١، T: 12:35 A.M

معينة يرتب القانون على انتهائها اثرا بالقبول أو الرفض لتلك الطلبات، فالقرار الضمني إذا لا يصدر فعلا من الإدارة وليس له كيانا ماديا ملموسا وإنما هو أمر يفترضه المشرع ويحدد اثره القانوني بالرفض أو القبول، فهو قرار غير صريح وغير مكتوب ويثير العديد من الاشكاليات و يعكس نوعا من السرية بسبب صمت الإدارة وعدم التعبير عن ارادتها ويستتبع ذلك انه لا يتضمن افصاحا عن أسبابه واغراضه ولا يمكن نشره أو تبليغه والعلم به أمر مفترض أيضاً. ورغم ذلك فان القرار الضمني جاء حلا لمواجهة صمت الإدارة ولإجبارها على اصدار قرار لاسيما إذا ما ارادت اثرا غير الذي رتبته المشرع.

ولذلك يمثل هذا النوع من القرارات أحد تطبيقات السرية الإدارية وفيه يختل التوازن بين الشفافية والسرية في اركان القرار الإداري لاسيما الشكل والسبب والغاية، أما ركن الاختصاص فيفترض ان الأفراد قدموا طلباتهم إلى الإدارة المختصة وبسكوتها فان المشرع يعد القرار صادرا منها والا فان القرار الضمني يعد معيبا بعدم الاختصاص أما بشأن محل القرار فالمشرع حدده بالقبول لما جاء بطلبات الأفراد أو الرفض فيكون محددا أو معينا بشكل واضح وقائم في الحالات كافة.

ويُرتب المشرع أحد هذين الأثرين وهما القبول أو الرفض بالنظر إلى طبيعة الطلب المقدم ومتطلبات حسن سير العمل في المرفق العام وانتظامه وتحقيق المصلحة العامة موازنا ذلك مع مصلحة صاحب الشأن، نحو ما يقرره المشرع بقبول طلب الموظف بالاستقالة بانتهاء مدة ٣٠ يوما وسكوت الإدارة خلالها^(١)، إذ افترض ان المدة المذكورة كانت كافية بالنسبة للإدارة لتدبير أمرها وسد الشاغر المترتب على طلب الموظف بترك العمل، وبذلك لا يبقى الموظف رهينا لاحتمال تعسف الإدارة بسلطانها والاضرار به كما أن البقاء في الوظيفة العامة ليس إجبارياً. والأمر نفسه في حالة تقديم تظلم إلى الإدارة وسكوتها عن الرد ومضي ثلاثين يوماً على تقديمه إذ عدّه المشرع قراراً ضمناً بالرفض ضماناً لاستقرار المراكز القانونية ولحقوق الأفراد بالطعن أمام القضاء لعدم الاستجابة لطلباتهم وسكوت الإدارة عن الرد رغم مضي مدة عدّها المشرع كافية للنظر بتلك الطلبات^(٢).

ووضع المشرع الفرنسي قاعدة عامة و جعل من سكوت الإدارة خلال مدة شهرين على الطلب المقدم إليها قرار ضمني بالقبول^(٣)، عدا الحالات التي رتب المشرع عليها قرارا ضمنيا بالرفض، وحدد هذه الحالات بالآتي: (

١- إذا كان الطلب المقدم تُمثل الاجابة عليه بمثابة قرار فردي

(١) المادة (٣٥) من قانون الخدمة المدنية العراقي رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠. منشور بالوقائع العراقية العدد ٣٠٠ في ٢/٦/١٩٦٠.
(٢) ينظر: الفقرة (ثانيا) من المادة (١٥) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل، والمادة (٧/سابعاً/ب) من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل منشور في الوقائع العراقية العدد ٢٧١٤ في ١١/٦/١٩٧٩.
(٣) المادة (L231-1) من الأمر رقم ١٣٤١ في ٢٣ تشرين الاول ٢٠١٥ بشأن الأحكام التشريعية لمدونة العلاقات بين الجمهور والإدارة.

٢- إذا كان الطلب لم يشمل تنظيمه نص قانوني أو لائحي أو كان الطلب يمثل في حد ذاته تظلماً إدارياً أو التماساً.

٣- إذا تضمن الطلب طلبات مالية بخلاف طلبات الضمان الاجتماعي.

٤- في الحالات التي نص عليها مرسوم مجلس الدولة والتي يكون القبول الضمني فيها لا يتواءم مع الالتزامات الدولية أو الأوروبية التي وقعت عليها فرنسا أو لا يتلائم مع حماية الأمن الداخلي للبلاد وحماية الحريات والمبادئ ذات القيمة الدستورية أو يتعارض مع حماية النظام العام.

٥- الطلبات التي تربط الإدارة بموظفيها^(١).

هذا ويمكن بمراسيم تصدر من مجلس الدولة وضع مدد مختلفة في حالة الاستعجال وتعقيد الاجراءات^(٢). وجاء القانون باستثناء اخر من تطبيق قاعدة عد سكوت الإدارة قراراً ضمناً إذا كان يتعارض تطبيقها مع بعض الموضوعات أو بسبب حسن سير الإدارة بانتظام واطراد^(٣). ويرى بعض الفقه ان هذه الاستثناءات و الحالات التي رتب المشرع عليها قراراً ضمناً بالرفض افرغا المادة 1-231 L من محتواها على أساس أن الحالات التي ذكرها المشرع وعدها قرارات ضمنية بالرفض تستوعب اكثر انواع القرارات فنالت من الأصل العام^(٤). وبهذا يكون المشرع الفرنسي وضع تنظيمًا خاصاً لأحكام القرار الضمني يضمن عبره حقوق الأفراد وعدم لجوء الإدارة إلى هذا القرار تعسفاً أو تهرباً من احترام بعض قواعد الشكل في القرارات الإدارية وحتى لا يكون طريقاً للسرية التي تخفي ورائها الإدارة انحرافها ودوافعها غير المشروعة ولتلافي الآثار السلبية الناتجة عن صمت الإدارة، ولذلك ندعو المشرع العراقي تبني ما تقدم في تنظيم القرار الضمني بما يضمن الحقوق والحريات وعدم تجاهل أحكام القانون.

ولم يضع المشرع العراقي قاعدة عامة بان يكون كل سكوت للإدارة هو قرار ضمني وانما نظم بعض الحالات ورتب عليها أثراً قانونياً بالقبول أو الرفض، ولهذا كثيراً ما يقع الخط لدى القضاء والفقه بين القرارين الضمني والسلبي ومن ذلك حكم مجلس الدولة العراقي بأنه (إذا سكنت الإدارة عن اجابة الطلب يعد القرار سلبياً يصلح ان يكون محلاً للطعن)^(٥)، وهذا أمر ينبغي تلافيه لوجود الفارق بينهما

(١) المادة (4-231 L) من الأمر رقم ١٣٤١ في ٢٣ تشرين الاول ٢٠١٥ .

(٢) المادة (6-231 L) من الأمر رقم ١٣٤١ في ٢٣/١٠/٢٠١٥. ومن امثلة ذلك المادة (4-321 R) من قانون التأمين اذ عدت سكوت الإدارة لمدة ستة شهور قبولاً ضمناً، والمادة (10-720 L) من قانون التجارة وعدت سكوت الإدارة اربعة شهور قراراً ضمناً بالرفض على التظلم ضد قرار لجنة، ووردت المدة نفسها في المادة (6-436 R) من قانون العمل.

(٣) المادة (5-231 L) من الأمر رقم ٢٠١٥-١٣٤١ في ٢٣ تشرين الاول ٢٠١٥ .

(٤) بدر محمد عبد الحافظ القيسي: الرقابة القضائية على القرارات الادارية غير الصريحة (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، مصر ، ٢٠١٩، ص ١٨.

(٥) (حكم رقم ٣٦/انضباط/تميز/٢٠١١ في ٢٤/٢/٢٠١١، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٢، وزارة العدل - العراق، ص ٢٤٦.

فالأول ناتج عن سكوت الإدارة ويرتب عليه المشرع اثرا بالقبول أو الرفض بينما ينتج القرار السلبي عن امتناع الإدارة وهذا يحمل معنى الرفض فقط، كما يلاحظ ان المشرع العراقي حدد تطبيقات القرار الضمني بحالات معينة بينما وضع قاعدة عامة بالنسبة للقرار السلبي فكل امتناع عن اصدار قرار كان واجبا على الإدارة اصداره يعد قرارا سلبيا^(١). ولا يختلف موقف المشرع المصري عن نظيره العراقي^(٢).

وما يؤكد عدم شفافية القرار الضمني عدم قابليته للنشر فهو غير مكتوب ومفترض وناتج عن سكوت الإدارة وهو نوع من الكتمان، لذلك فهو غير قابل للنشر أو التبليغ الا ان صاحب الشأن تتحقق لديه قرينة العلم بالقرار بانتهاء الفترة الزمنية المحددة للرد على طلبه وعدم صدور قرار صريح خلاله.

ومما تجدر الإشارة اليه ان سكوت الإدارة لا يشكل مخالفة قانونية وانما يدخل ضمن نطاق سلطتها التقديرية، بخلاف القرار السلبي وفيه تمتنع الإدارة عن اصدار قرار تلزم بإصداره وفقا للقانون وفيه تكون سلطة الإدارة مقيدة^(٣)، وعلى العكس من ذلك يرى البعض ان القرار الضمني عملا غير مشروع ويجب إذا ما اريد القضاء على الفساد والحد من حالات الانحراف بالسلطة عده كذلك ومحاسبة الموظف المسؤول عنه لان الصمت اخلال بالواجب الوظيفي ولا يشمل ذلك القرارات الضمنية بالقبول على منح ميزة أو رخصة أو حق للأفراد لان الإدارة مقيدة عند منح الرخص والمزايا والحقوق بوجوب توافر الشروط القانونية والا كان قرارها غير مشروع^(٤).

وان القرار الضمني غير قابل للتسبيب وهذا متصل بعدم اتخاذه مظهراً مادياً فليس له أسباب وأهداف معلنة، ومع ذلك أوجد المشرع الفرنسي حلواً لذلك ادراكاً منه لخطورة القرار الضمني على حقوق الأفراد ولاسيما القرار الضمني بالرفض وذلك بصدر قانون ١١ تموز ١٩٧٩ الملغى حالياً^(٥)، فقبل صدور هذا القانون لم يجز القضاء الطعن بقرار ضمني بالقبول لعدم التسبيب، واجاز ذلك بالنسبة للقرار الضمني بالرفض فحسب^(٦)، و بعد عام ١٩٧٩ أجاز المشرع ايضا لصاحب الشأن أن يطلب من الإدارة

(١) الفقرة (سادسا) من المادة (٧) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل .

(٢) الفقرة (ثانيا) من المادة (١٤) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، منشور في الجريدة الرسمية العدد ٤٠ في ٥/١٠/١٩٧٢. نقلا عن اسامة احمد الشتات، قوانين النيابة الادارية ومجلس الدولة والمحكمة الدستورية العليا وإدارة قضايا الحكومة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦، ص ١٢٧.

(٣) سعد عبدالله المطلق: القرار الاداري الضمني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة اليرموك، الاردن، ٢٠١٤، ص ٤٢.

(٤) د. سامي الطوخي: الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على التسبيب الوجوبي، المصدر السابق، ص ٣٣١-٣٣٢.
(٥) الغي هذا القانون بدءاً من ١ كانون الاول ٢٠١٦ بصدر الأمر رقم ٢٠١٥-١٣٤١ في ٢٣ تشرين الاول ٢٠١٥ والذي نظم احكام تسبيب القرارات الادارية في الباب الاول من الكتاب الثاني.

(٦) C.E, sect, 30 juin 1978, C.E, 7 Novembre 1975, et C.E, 16 Novembre 1976,

نقلا عن نوال دايم: القرارات الادارية الضمنية والرقابة القضائية عليها (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة بكر قايد - تلمسان، الجزائر، ٢٠١٠، ص ٧٧.

الافصاح عن أسباب قرارها الضمني بالرفض وذلك خلال مدة الطعن القضائي وعلى الإدارة ان تجيب على طلبه خلال مدة شهر من تاريخ تقديم الطلب فإذا لم تجبه على ذلك الطلب كان له اللجوء إلى القضاء^(١)، وبناء على ذلك فقد الغى مجلس الدولة الفرنسي قرارات ضمنية لعدم التسبب^(٢).

ومن ثم فإن القرار الضمني بالقبول غير واجب التسبب^(٣)، أما بالنسبة للقرار الضمني بالرفض فواجب التسبب إلا أن تسببه يكون لاحقاً على صدوره، بناء على طلب يتقدم به صاحب الشأن فلا يكون تلقائياً من الإدارة، وذلك ينسجم مع المنطق؛ لأن الإدارة ابتداء لم تتخذ قراراً صريحاً، ونص القانون بان القرار الضمني الذي يصدر في الحالات التي يجب فيها ذكر أسباب القرار لو كان صريحاً لا يعد غير مشروع لمجرد انه غير مصحوب بتلك الأسباب، ومع ذلك وبناء على طلب صاحب الشأن وضمن المواعيد المحددة يجب اعلان أسباب اي قرار ضمني بالرفض في الشهر التالي لهذا الطلب وفي هذه الحالة يتم تمديد مدة الطعن ضد القرار حتى انقضاء شهرين من اليوم الذي جرى فيه اعلان الأسباب^(٤).

وعد مجلس الدولة الفرنسي في حكم تيستا (Testa) في ٢٥ آذار ١٩٨٥ بان رفض الإدارة طلب صاحب الشأن بالاطلاع على أسباب القرار الضمني لا يعد قراراً جديداً مستقلاً عن القرار الأصلي يمكن الطعن به استقلاً الا ان هذا الرفض يجيز لصاحب الشأن الطعن بالقرار الضمني الأصلي دون التقيد بمدة الطعن؛ لأنه اصبح بسبب عدم الافصاح عن أسبابه قرار غير مشروع ومن وقت صدوره^(٥)، وهذا الموقف من شأنه ان يشكل وسيلة ضغط على الإدارة يدفعها إلى الاستجابة لطلبات الحصول على أسباب القرار الضمني وإلى عدم المبالغة ابتداء باللجوء إلى القرارات الضمنية. وقضت أيضاً المحكمة الإدارية بفرساي في حكمها بتاريخ ١٦ شباط ٢٠١٨ بان سكوت الإدارة عن بيان الأسباب التي قام عليها قرارها الضمني بالرفض لا يمثل قراراً إدارياً جديداً بالرفض منفصلاً عن القرار الأول^(٦).

(١) CCA de marseille, 8 éme chamber – formation a3,4-11-2014, n° 13MAO1275. publié sur le site : legifrance.gouv.fr. 18/9/2021,T: 10:19 p.m .

(٢) C.E, 14 Décembre 2001, Mme farida, n° 204761. et T.A. De Lille. E juillet 2004,préfet du nord, n° 041145. publié sur le site : legifrance.gouv.fr. 18/9/2021,T: 10:37 p.m .

(٣) C.E,21 July 2009,AGDA,2009,P.1465, selon Jean-louis Autin, La motivation des actes administratifs unitatéraux, entre tradition nationale et nationale et evolution des droit européens, Revue française d, administration publique,2011/1-2/n° 137-138,p.85-99.

(٤) المادة (4-232L) من الامر ١٣٤١-٢٠١٥ في ٢٣ تشرين الاول ٢٠١٥.

(5)C.E. 25 Mars 1985, publié sur le site : legifrance.gouv.fr. 18/9/2021,T: 7:48 p.m .

(٦) T A de Versailles, ordonnance de référé du 16 février 2018, n° 1800479. publié sur le site : legifrance.gouv.fr. 18/9/2021,T: 10:07 p.m .

من كل ما تقدم يتضح أن عنصر الشكل في القرار الإداري الضمني يبقى يمثل مشكلة في إطار العلاقات بين الإدارة والمواطن، فإن الإدارة بسكوتها تتجاهل طلبات الأفراد ولا تهتم بمشاكلهم رغم التطور الايجابي لنظام القرارات الضمنية الا ان تأثيرها في هذه العلاقات مازال قائماً، ويرى بعض الفقه ان القرار الضمني بالقبول أو الرفض يتعارض مع مبدأ الشفافية ولا يمكن تسببه بشكل معاصر ومن ثم يجب عده غير مشروع؛ لان القول بمشروعيته يوفر بيئة من السرية والعمل في بيئة مظلمة يمكن للإدارة فيها الانحراف بالسلطة ومخالفة القانون في اكثر الاحيان^(١).

ج- القرار السلبي: يقصد بالقرار السلبي رفض الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً لأحكام القانون^(٢). وعرف مجلس الدولة الفرنسي القرار السلبي بأنه امتناع جهة الإدارة عن الرد على الطلبات المقدمة على الرغم من وجوب الرد^(٣)، كما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا في مصر في أحد أحكامها بأن (...القرار السلبي هو تعبير عن موقف سلبي ترفض أو تمتنع به الإدارة عن اتخاذ موقف معين في موضوع يلزمها القانون باتخاذ موقف بشأنه)^(٤). وبذلك لا تعبر الإدارة عن ارادتها بالرفض أو الامتناع صراحة في الوقت الذي يفرض عليها القانون ذلك لكن من دون ان يحدد لها مدة معينة تصدره خلالها كما في حالة القرار الضمني^(٥)، فاذا لم تكن الإدارة ملزمة بإصداره فلا نكون أمام قرار سلبي^(٦)، وقد تناولت أحكام القضاء الإداري في العراق القرار السلبي وبينت خصائصه ومن ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في ٣٠/٩/٢٠٢٠ وجاء فيه بأن (...قرار الإدارة بالامتناع عن تنفيذ أحكام القانون يعد قراراً سلبياً وحيث ان الغاء القرار السلبي بالامتناع لا يتقيد بميعاد طالما ان الامتناع مستمر...) ^(٧).

(١) يرى السيد (Lasry) المقرر العام بمجلس الدولة الفرنسي بان القرار الضمني مجرد حيلة قانونية، ينظر: د. اشرف عبد الفتاح ابو المجد محمد: المصدر السابق، ص ٢٣٧.

(٢) ينظر: الفقرة (سادساً) من المادة (٧) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل، والمادة ١٠ من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

(٣) C.E, 2 / 1 SSR, du 14 février 2001, N° 202830, mentionné aux tables du recueil Lebon, publié sur le site : legifrance.gouv.fr. 20/2/2021, T: 11:53 p.m .

(٤) الطعن رقم ١٠٠٨١، س٤٦، ق.ع، جلسة ٢١ حزيران ٢٠٠٣، نقلاً عن بدر محمد عبد الحافظ: المصدر السابق، ص ٢٨٦.

(٥) ينظر في التمييز بين القرار السلبي والقرار الضمني د. خالد الزبيدي: القرار الاداري الضمني في الفقه والقضاء الاداري دراسة مقارنة في ضوء قضاء محكمة العدل العليا، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون- الجامعة الاردنية، المجلد ١٣، العدد ١، ٢٠٠٨، ص ١٩٢-١٩٤.

(٦) حكم محكمة القضاء الاداري بمصر في الدعوى رقم ٥٦٨٩٥ لسنة ٦٥ ق جلسة ٢٠١٦/٢/٢٠١٦، نقلاً عن حمدي ياسين عكاشة: المصدر السابق، الكتاب الثالث، ص ٥٠٠.

(٧) حكم رقم ٣٠٣٩/قضاء موظفين/تمييز/٢٠١٩ في ٣٠/٩/٢٠٢٠، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠٢٠، المصدر السابق، ص ٣٨٠.

فالقرار السلبي افتراض قانوني وليس له وجود مادي وانما تتخذ الإدارة موقفا يعبر عن رفضها أو امتناعها نحو حفظ الطلب المقدم من صاحب الشأن، وعدم تمكين الموظف من استلام عمله بعد عودته من الاعارة، فتكشف عنه ظروف الحال وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري بمصر بانه (أما القرار الإداري السلبي فهو تعبير عن موقف سلبي للإدارة، فهي لا تعلن عن ارادتها للسير في اتجاه أو آخر بالنسبة لموضوع الأمر الواجب عليها اتخاذ موقف بشأنه وان كانت في ذات الوقت تعلن عن ارادتها الصريحة في الامتناع عن اصدار قرار كان يتعين عليها اصداره...)^(١). ولهذا فان افتراض القانون وجود قرار سلبي ناتج عن الموقف الذي اتخذته الإدارة بالرفض أو الامتناع انما يأتي لحماية المصلحة العامة وتتيقن الحياة القانونية من قرارات غير مشروعة، ولحماية حقوق الأفراد عند رفض الإدارة أو امتناعها عن تمكينهم من التمتع بها وتحقيق المساواة بينهم بما يضمن تحقيق الشفافية في القرار. ويعد بعض الفقه في العراق السكوت في نطاق السلطة المقيدة للإدارة قرارا سلبيا^(٢)، إذ يوجب المشرع على الإدارة اتخاذ القرار الا انها ترتأي السكوت فيعد ذلك بمثابة رفض أو امتناع عن اصداره ، وقضت تأييدا لذلك الهيئة العامة لمجلس الدولة بصفقتها التمييزية سابقاً بانه (إذا سكتت الإدارة عن اجابة الطلب يعد القرار سلبيا يصلح ان يكون محلا للطعن)^(٣). ويشكل القرار الإداري السلبي حالة مستمرة ويجوز الطعن به في اي وقت طالما حالة الامتناع قائمة وبقيت الإدارة على موقفها كقرار منع السفر أو الامتناع عن تجديد رخصة، في حين أن القرار الضمني قرار ايجابي يتقيد بالطعن في الميعاد المقرر قانونا^(٤). وقضت المحكمة الإدارية العليا في العراق بان (... قرار الامتناع عن منح العلاوة أو الترفيع هو من القرارات المتجددة وبالتالي يجوز الطعن فيه في اي وقت...)^(٥).

-
- (١) حكمها في الدعوى رقم ١٠١٤ لسنة ٦٥ ق، في ٢١/٥/٢٠١١، نقلا عن بدر محمد عبد الحافظ: المصدر السابق، ص ٣٧٤.
- (٢) د. غازي فيصل مهدي: القرار السلبي والرقابة القضائية، مجلة الحقوق، جامعة النهدين، المجلد ٢، العدد ٣، لسنة ١٩٩٨، ص ٦٧، و د. حسن محمد علي البنان: التكييف القانوني لسكوت الإدارة في ظل سلطتها التقديرية دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، المجلد ٨، العدد ١٣، لعام ٢٠١٩، ص ٤٧. وعبد القادر صالح عبدول: القرارات الادارية الضمنية واهم تطبيقاتها في مجال الوظيفة العامة دراسة تطبيقية، ط١، السليمانية- العراق، ٢٠١٨، ص ٢٨.
- (٣) حكمها المرقم ٣٦ / انضباط / تمييز / ٢٠١١ في ٢٤/٢/٢٠١١، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١١، وزارة العدل - العراق، ص ٢٤٦.
- (٤) حكم المحكمة الادارية العليا بمصر في الطعن رقم ٣٦٨٨ لسنة ٣٦ ق.ع. جلسة ٢٤/١١/١٩٩٢، نقلا عن د. شعبان عبد الحكيم سلامة: القرار الاداري السلبي دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية - مصر، ٢٠١١، ص ١٩٨.
- (٥) حكمها المرقم ١٠٠٨ / قضاء موظفين / تمييز / ٢٠١٧ في ١٩/١٠/٢٠١٧، وينظر حكمها المرقم ٦٧٥ / قضاء اداري / تمييز / ٢٠١٥ في ١٩/١/٢٠١٧، منشوران في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٧، المصدر السابق، ص ٤٧٨، وص ٥٩٦ على التوالي.

و يمثل هذا النوع من القرارات أحد تطبيقات السرية الإدارية كما هو الحال بالنسبة للقرار الضمني وفيه يختل التوازن بين الشفافية والسرية في أركان القرار الإداري؛ لأنه لا يتخذ مظهر مادي ملموس فتتخلف به معظم الشكليات التي يوجبها القانون، كما انه يجب ان يقوم على سبب يبرره الا ان هذا السبب وان كان موجودا فهو لا يظهر في القرار إذ لا يتصور تسببيه رغم أهمية ذلك، أما من ناحية الغاية في القرار السلبي فهو بلا شك ينطوي على انحراف بالسلطة عند توافر شروط استحقاق الميزة أو الحق الا ان الإدارة تعتمد إلى الرفض أو الامتناع عن اصدار قرار بذلك.

أما ركن الاختصاص فيفترض ان الأفراد قدموا طلباتهم إلى الإدارة المختصة ورفضها أو امتناعها عن اصدار القرار بعد مدة معقولة هذه المشرع قرارا سلبيا صادر منها أو انها اتخذت موقفا يعبر عن ذلك الرفض أو الامتناع، أما بشأن محل القرار السلبي فيكون محددا أو معينا بشكل واضح إذ يتمثل الاثر القانوني الناشئ عنه برفض منح ميزة أو حق قرره القانون لصاحب الشأن، ولهذا القرار السلبي يأتي دائما معيبا بعيب المحل لان الإدارة فيه تمتنع عن اتخاذ قرار يوجب القانون اتخاذه فسلطتها هنا مقيدة، ولهذا فان القرار السلبي مخالف للقانون^(١).

ويتعارض القرار السلبي مع فكرة العلانية في القرار الإداري؛ لأنه لا يتجسد بشكل مادي، الا انه يعد قرار إداري مستمر ومتجدد الاثر فيمتد فيه ميعاد الطعن، ولذلك يرى بعض الفقه انه ليس بحاجة دائما لإعلانه ومن ثم يمكن الطعن فيه باي وقت دون التقيد بميعاد الطعن القضائي^(٢). واخيرا نجد انه من الضروري تنظيم أحكام القرار الإداري الضمني والسلبي قانونا، وندعو المشرع العراقي إلى وضع قاعدة عامة بهذا الشأن بان يعد كل سكوت عن اصدار قرار خلال مدة معينة كأن تكون (٣٠) يوما قرار إداريا ضمنيا بالقبول، مع تحديد الحالات التي يعد السكوت فيها رفضا حماية للمصالح العامة كما في حالة المساس بالنظام العام والمصالح الخاصة للأفراد كما في حالة التظلم على القرارات؛ لان السكوت لا يعبر عن رفض أو قبول بحد ذاته وانما المشرع من يحدد ويرتب عليه هذا الاثر، كما ان قانون مجلس الدولة لم يجعل السكوت قرارا سلبيا وانما فقط الرفض أو الامتناع. وبذلك يمكن أيضاً التقليل من لجوء الإدارة إلى السكوت وعدم الاجابة على الطلبات التي يقدمها الأفراد.

٢ - التوقيع : لا يتصور وجود التوقيع الا حين يكون القرار مكتوباً، ويعكس وجوده على صحيفة القرار شفافية مصدره، فهو لا يمنح القرار وجوده القانوني وتأكيد مضمونه واختصاص مصدره فحسب وانما

(١) احمد علي ابراهيم متولي: القرارات السلبية والرقابة القضائية عليه دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، مصر، ٢٠١٩، ص ٢٩٢ و ٢٩٥، و خالد الزبيدي : المصدر السابق، ص ١٩٦.

(٢) ينظر: د. محمد جمال جبريل: السكوت في القانون الاداري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١١٦، نقلا عن د. شعبان عبد الحكيم سلامة: المصدر السابق، ص ١٩٩.

يحقق شفافيته وتحمل الإدارة مسؤولية الآثار المترتبة عليه، ويعكس مدى نزاهتها واحترامها لقواعد الاختصاص، أما عدم وجوده فيثير العديد من الشكوك حول مدى اختصاص مُصدره بالمحتوى الذي ورد في صحيفة القرار، فليس هناك قيمة في الواقع العملي أو أي وثيقة رسمية لا تتضمن توقيعاً أو ختماً من الجهة المُصدرة، وهو ما يجري عليه العمل في دوائر الدولة والقطاع العام، ورغم أهمية التوقيع على القرار إلا أن الاتجاه الغالب لدى الفقه يذهب إلى أن عدم وجوده لا يبطل القرار ويعد من الأخطاء المادية التي يمكن تصحيحها؛ لأن الإدارة يمكن أن تصدر قراراتها شفهيّة أو ضمنيّة أو سلبية ومن ثم لا تتلاءم طبيعة هذه القرارات مع شكلية التوقيع الذي يفترض الكتابة لزوماً، علماً أن هذه القرارات تواجه إشكالية فيما يتصل بعنصر الشكل على العموم وليس فقط التوقيع.

ولم يتضمن القانون المصري نصوصاً صريحة بشأن شكلية التوقيع على القرار الإداري، وكذلك الحال بالنسبة للقانون العراقي^(١)، بينما نجد أن الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ قد أكد على ضرورة وجود التوقيع فنص على توقيع رئيس الجمهورية على الأوامر والمراسيم^(٢)، ونص تقنين الإدارة البلدية أيضاً على أن (مداوالات المجلس البلدي تسجل حسب ترتيبها الزمني في سجل يرقمه ويؤشره المحافظ ويوقع عليها كل الحاضرين في الجلسة أو ذكر السبب الذي منعهم من التوقيع)^(٣). ونصت مدونة العلاقات بين الجمهور والإدارة على أن (يتضمن أي قرار تتخذه الإدارة توقيع مُصدرها وكذلك الإشارة بأحرف واضحة إلى الاسم الأول واسم وصفة هذا الشخص). واستثنى المشرع بعض القرارات من توقيع مُصدرها طالما أنها تتضمن الاسم الأول واسم العائلة والصفة يضاف إلى ذلك ذكر الخدمة التي ينتمون إليها^(٤). ويمكن أن تكون قرارات الإدارة موضع توقيع الكتروني على أن يجري تثبيت ذلك بشكل صحيح وفقاً لقواعد نظام مرجع الأمان العام التي تسمح بتحديد هوية الموقع والربط بين التوقيع والقرار وتضمن نزاهة القرار^(٥).

(١) قضت المحكمة الإدارية العليا في العراق في حكمها المرقم ١٧٣٩/قضاء موظفين/تميز/٢٠١٧ في ١٩/١٠/٢٠١٧، بأنه لا يشترط لصحة اجراءات اللجنة التحقيقية توقيع رئيس اللجنة واعضاءها على افادات الموظف المحال على التحقيق لان القانون في الفقرة (ثانياً) من المادة (١٠) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ لم يشترط ذلك ، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٧ ، المصدر السابق، ص ٥١٧.

(٢) المادة (١٣) من دستور فرنسا لعام ١٩٥٨.

(٣) المادة (٣٣) من التقنين المذكور نقلاً عن سمية محمد كامل، الشكل في القرارات الإدارية (دراسة مقارنة)، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٤، ص ١٦٣.

(٤) المادة (L212-1) و (L212-2) من مدونة العلاقات بين الجمهور والإدارة بالامر ١٣٤١ في ٢٣ تشرين الثاني ٢٠١٥.

(٥) المادة (L212-32) من مدونة العلاقات بين الجمهور والإدارة. ونصت المادة (٩) من الأمر رقم ١٥١٦ في ٨ كانون الاول ٢٠٠٥ المتصل بالتبادل الالكتروني بين المستخدمين والسلطات الإدارية بأن (يحدد المرجع الأمني العام القواعد التي يجب أن تراعيها وظائف نظام المعلومات التي تساهم في أمن المعلومات المتبادلة الكترونياً، مثل وظائف تحديد الهوية والتوقيع الالكتروني والسرية وختم الوقت وتحدد شروط اعداد هذا النظام المرجعي واعتماده وتعديله ونشره بمرسوم). الامر =

واشترط المشرع الفرنسي في بعض الحالات أن يرفق التوقيع باسم ولقب المُوقِّع، إذ نص قانون ١٢ نيسان ٢٠٠٠ بأنه (يحق لأي شخص معرفة الاسم الأول واللقب والوظيفة والعنوان الإداري للوكيل المسؤول عن فحص طلبه أو التعامل مع القضية التي تخصه تظهر هذه العناصر في المراسلات الموجهة إليه، ويتم احترام سرية هوية الوكيل إذا كانت أسباب السلامة العامة أو سلامة الأشخاص تبرر ذلك)^(١). وذهبت المحكمة الإدارية الاستئنافية في نانسي إلى أن القرار الذي صدر ولم يذكر فيه الاسم واللقب يعد مشوباً بغييب جوهري في الشكل، بينما ذهبت نظيرتها بمدينة نانت إلى أن ذلك ليس من شأنه التأثير على مشروعية القرار^(٢). ولم يكن المشرع الفرنسي قبل قانون ١٢ نيسان ٢٠٠٠، يولي أهمية للتوقيع ولشكل القرار الإداري عموماً ما يتصل بوظيفته في التعبير عن ارادة مُصدر القرار ولم يكن له وجود قانوني متميز بوصفه أحد شكليات القرار إلا أنه بعد صدور هذا القانون منح المشرع مظهراً جديداً لعنصر الشكل في القرار ونظم القواعد المتصلة بالتوقيع ولم يعد مقبولا التوقيع بالاسم المستعار أو علامات استدلال غير واضحة أو بالأحرف الأولى فقط لاسم الموقع على القرار.

ولذلك يقول رأي بان الشكلية اليوم تنال اهتمام المشرع لدورها في تحقيق سيادة القانون بأبعادها كافة ومساهمتها في تحقيق الديمقراطية الإدارية فهي معنية بشكل كبير في تحقيق الامن القانوني عن طريق اقناع وطمأنة المتلقي والمخاطبين بالقرارات وتعزيز شفافية الإدارة، وقواعد الشكل لم تعد نتيجة النصوص التنظيمية والممارسات الإدارية أو السوابق القضائية فحسب وإنما أصبح المشرع يهتم مباشرة بشكل القرار مما يكشف عن تغيير في مصادر الشكل بالرغم من أن القاضي يتجه حديثاً نحو تحديد قواعد الشكل ومنها التسبب والتوقيع^(٣). والهدف المنشود من تنظيم المشرع هو تحسين الشفافية ورفع السرية وتكريس مبدأ اضعاف الطابع الشخصي على العلاقات بين السلطات الإدارية والمواطنين، وبذلك فإن غياب التوقيع أو الاشارات الواجب تسجيلها في القرار يؤدي إلى الغاءه لعبب الشكل رغم أن عقوبة البطلان غير منصوص عليها صراحة، ويؤكد التقرير المقدم للجمعية الوطنية في ١٧ تشرين الثاني ١٩٩٩ بمناسبة مناقشات قانون ١٢ نيسان ٢٠٠٠ على أن التوقيع اجراء شكلي جوهري، ومع ذلك تبدو الأحكام الأولى

legifrance.gouv.fr. D:20/9/2021,T: 10:27 p.m

= منشور على الموقع الالكتروني:

(١) المادة (٤) من القانون ١٢ نيسان ٢٠٠٠ والتي الغيت بموجب الامر رقم ١٣٤١ لسنة ٢٠١٥ في ٢٣ تشرين الاول ٢٠١٥ وحل محلها النص المذكور، ينظر: المادة (2-111L) من مدونة العلاقات بين الجمهور والإدارة .

(٢) CAA Nancy, 17 Novembré 2005, M.Julien Bastien,AJDA,2007. P.816. CAA Nantes, 3 mais 2005, Epoux. versavel,AJDA,2007. P.816. ص ١٦٠ .

(٣) Sébastien Saunier : op,cit. P. 274.

لمجلس الدولة الفرنسي صارمة فيما يتصل بالامتثال لهذه الشكلية^(١)، إلا أن بعض محاكم الدرجة الثانية الإدارية ذهبت باتجاه مغاير بحسبان أن اغفال الاسم الأول أو الأخير لمصدر القرار ليس له أي تأثير على مشروعيته بينما احتفظت المحاكم الأخرى بجزء البطلان لعييب الشكل كما في حكم المحكمة الإدارية الاستئنافية بنانسي في ١٧ تشرين الثاني ٢٠٠٥ المشار إليه سابقاً.

ويرى بعض الفقه الفرنسي بأنه إذا كانت الوقائع يمكن أن تكشف عن مصدر القرار فإن عدم وجود التوقيع المنصوص عليه في قانون ١٢ نيسان ٢٠٠٠ لا يؤثر على مشروعية القرار دفاعاً عن قراءة غير شكلية لهذا القانون، وكتب في ذلك المقرر العام (مفوض الدولة سابقاً) (أنطوان جيل) بأن (المظاهر يجب أن تفسح المجال للواقع)^(٢)، فيجب على القاضي أن يكون مراقباً واقعياً وعملياً لحقوق المواطنين، وأن القضاء لا يقف عند حد التمييز بين شكلية جوهرية وغير جوهرية وإنما يفسر القانون لتبرير الحكم الذي وصل إليه معتمداً على سلطته في التفسير، وبهذا المعنى قضت المحكمة الإدارية الاستئنافية في ليون بتاريخ ١٢ حزيران ٢٠٠٨ بأن (النص الذي تم الاستشهاد به يجب تفسيره بأن الإدارة ملزمة فقط بتزويد المستخدمين بالمعلومات الضرورية والتعريف من المسؤول الذي اتخذ القرار بحقهم)^(٣). ويهدف التوقيع إلى إظهار مصدر القرار إلى العلن ومن ثم الحكم على اهلية مصدر القرار الظاهر، وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ ٢١/٤/٢٠١٣ بأنه (أن رئيس الجمهورية أصدر القرارات... ولم يتضمن أي إشارة إلى العرض على مجلس الوزراء أو موافقته، كما لم يتضمن توقيع مجلس الوزراء أو الوزير المختص إلى جانب توقيع رئيس الجمهورية الأمر الذي يكون معه رئيس الجمهورية قد انفرد دون مجلس الوزراء بإصدار القرارات المطعون فيهما ولم يباشر اختصاصه المشار إليه بواسطة مجلس الوزراء وهو ما يشكل مجاوزة لاختصاصه في هذا الشأن وعدواناً على اختصاص مجلس الوزراء)^(٤).

٣- ذكر الاسانيد القانونية: إن ذكر الاسانيد القانونية في صحيفة القرار من الشكليات غير الجوهرية وهي اختيارية كأصل عام ونطاقها القانوني محدود للغاية، فلا يلزم القانون عادة بذكر النص القانوني

(١) C.E, 25-1-2001, N° 228392 et C.E, 5-12-2005, N° 280070, C.E, 29-6-2005, N°224, C.E, 15-11-2006, M,Devois, C.E,27-7-2005,M.martineau,selon Sébastien Saunier :op,cit, p. 274.

(٢) Sébastien Saunier :OP,CIT, P. 292.

(٣) CAA Lyon, 12juin 2008, n°05LY00316, publié sur le site:legifrance.gouv.fr. 20/2/2021,T: 10:07 p.m .

(٤) (حكمها بالطعن رقم ١٣٨٤٦ س ٥٩ ق.ع- جلسة ٢١/٤/٢٠١٣، نقلاً عن د.حمدي ياسين عكاشة:المصدر السابق، الكتاب الثالث، ص ٣٤.

المتوافق مع موضوع القرار أو الذي جرى إعماله وعدم ذكره لا يبطل القرار^(١)، وذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الخطأ في ذكر النصوص القانونية المتصلة بموضوع القرار لا يؤثر على صحة القرار كما لو أغفل القرار الإشارة إلى قرار التفويض الذي خول مُصدر القرار إصداره^(٢). وإن انطواء القرار على هذه الاسانيد له فائدة عملية تتمثل في تسهيل الرقابة على القرار ومحتواه وفي الكشف عن سببه إذ تعكس دوافع الإدارة ومدى اتفاقها مع أحكام القانون، مما يسهم في تحقيق الشفافية .

٤- تاريخ القرار : يحمل كل قرار إداري بحسب العادة تاريخ صدوره واغفاله في القرار وإن كان لا يعيب القرار بذاته إلا أنه يعكس شفافيته، فالتاريخ يعول عليه في تحديد اختصاص مُصدر القرار وفي تحديد تاريخ نفاذه بحق الإدارة أما نفاذه بحق الأفراد فلا يكون إلا من تاريخ العلم به ، وعدم ذكره أو الاختلاف بين التاريخ الحقيقي والتاريخ الظاهري يمكن أن يثير الشك بمشروعية القرار كما أنه يعول عليه في تطبيق قواعد السحب والالغاء الإداري واحتساب المدد اللازمة بهذا الشأن.

٥- تسبب القرار الإداري: تتمثل القاعدة العامة في العراق ومصر بعدم وجوب التسبب إلا بنص، فلا تلتزم الإدارة بالتسبب إلا في الحالات التي ينص القانون عليها كتسبب القرار الانضباطي والعقوبات الإدارية وقرارات النقل الوظيفي وقرار اعلان حالة الطوارئ وقرارات رفض منح الاعانات الاجتماعية^(٣). ومؤدى عدم التسبب عدم الافصاح أو الاعلان عن أسباب القرار وحرمان أصحاب الشأن من معرفة ذلك فمن حقهم مطالبة الإدارة بالإفصاح عنها وتوضيحها قبل تنفيذ القرار أو من الحصول على الوثائق الإدارية والمعلومات الواردة في المذكرات والتقارير التي سبقت صدوره^(٤). وقضى مجلس الدولة الفرنسي بأن عدم التسبب ليس عيبا يبطل القرار إلا إذا كان ذكره وجوبياً إذ يعد عندها من الشكليات الجوهرية التي يؤدي تخلفها أو عدم كفايتها إلى إلغاء القرار^(٥). وقد بينت المحكمة الإدارية العليا بمصر معنى التسبب بالقول بأنه (تحديد وصف الوقائع وصفا قانونيا مع بيان ما احاط بها من مؤثرات وتكييفها التكييف القانوني وصحة اسناده للأشخاص ومواد القانون أو اللوائح أو التعليمات بعد مناقشة الادلة

(1) Georges Dupuis, Marie- José Guédon, Patrice chrétien, op.cit, p. 473.

(٢) حكمه في ٢٥ شباط ١٩٤٣، نقلا عن سمية محمد كامل : المصدر السابق، ص ١٥٥.

(٣) ينظر:المواد (٨) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١، و (٣٦) من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠، و(٢) من الامر رقم ١ لسنة ٢٠٠٤، و (١٠/أولا و١٢/ثانيا) من قانون الحماية الاجتماعية رقم ١١ لسنة ٢٠٠٤، منشور في الوقائع العراقية العدد ٤٣١٦ في ٢٤/٣/٢٠١٤. ونصت المادة (٥٩) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ على وجوب تسبب قرار الجزاء التأديبي.

(٤) د. سامي الطوخي: الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على التسبب الوجوبي، المصدر السابق، ص ٣٠.

(٥) حكماه بتاريخ ١٩٨٦/٥/٥، و بتاريخ ١٩٨٧/٣/٢٠، نقلا عن صفيان بوفراش:مبدأ التعليل الوجوبي للقرارات الادارية في الجزائر، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو،الجزائر، ٢٠١٥، ص ١٩.

والدفع بحيث تكشف الأسباب عن الالمام بكافة العناصر والاحاطة بجميع الوقائع المنتجة في الاثبات^(١). وجرى قضاء هذه المحكمة على ان الإدارة ليست ملزمة بذكر أسباب قرارها ما لم يلزمها القانون بذكر هذه الأسباب^(٢).

وتكرس قاعدة (لا تسبب الا بنص) مبدأ السرية الإدارية وتعد امتداداً له وتستمد أساسها منه، فعلى الرغم من ان كثير من دول العالم تبنت الشفافية وسنت قوانين حرية الحصول على المعلومات الا انها تقع في تناقض بتبنيها لهذه القاعدة وتقتصر التسبب على بعض القرارات المهمة فحسب، وهي بذلك انما تقر بأهمية التسبب في هذه القرارات الا انها مع ذلك ترفض تعميم التسبب الوجوبي على القرارات كافة مما يضيق من نطاق الشفافية في القرار؛ لأن الإدارة بذلك تمنع الاطلاع على أسباب القرار وتقييم مدى مشروعيتها وملابستها لظروف اصداره فلا يمكن للمخاطبين بالقرار وجهات الرقابة كافة من مراقبة الإدارة ومحاسبتها عن قراراتها، ولأجل ذلك هجرت الدول المتقدمة هذا المبدأ تزامناً مع تبنيها لمبدأ الشفافية.

إذ أوجد المشرع الفرنسي تنظيمًا خاصاً بتسبب القرارات الإدارية^(٣)، واخضع للالتزام التسبب إدارات الدولة كافة والسلطات المحلية والمؤسسات الإدارية العامة وهيئات الضمان الاجتماعي وغيرها من الهيئات المسؤولة عن إدارة خدمة عامة إدارية إذ تعد هيئات إدارية لهذا الغرض، ومن ثم فان المواطنين كافة ومنهم الاجانب مستفيدون من هذا الالتزام وذوي الشأن المتأثرين بالقرارات مباشرة والمعنيين من منظمات المجتمع المدني نحو النقابات والجمعيات الاهلية والمنظمات العامة المتمتعة بالشخصية القانونية وفقا للقانون، ما يشير إلى اتساع نطاق الملزمون بالتسبب والمستفيدون منه أيضاً من افراد واشخاص معنوية. أما النطاق المادي للالتزام بالتسبب فقد قصره المشرع على القرارات الإدارية الفردية التي تلحق ضرراً بالمخاطبين بها^(٤).

(١) حكمها في الطعن رقم ١٣٦٣٦ لسنة ٣٤ ق. عليا، جلسة ١٧/٦/١٩٨٩، نقلا عن محمد سليم امين : تسبب قرار فرض العقوبة الانضباطية على الموظف العام في التشريع العراقي، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون - جامعة كركوك، المجلد ٣، العدد ٨، لعام ٢٠١٤، ص ٣٢٦.

(٢) ينظر: د. محمد ماجد ياقوت: المصدر السابق، ص ١١٦١.

(٣) قانون رقم ٥٨٧ في ١١ يوليو ١٩٧٩ الملغى بموجب الامر رقم ١٣٤١ لسنة ٢٠١٥ في ٢٣ تشرين الاول ٢٠١٥ اعتباراً من ١ كانون الثاني ٢٠١٦ وينظر: المواد من (L211-1 إلى L211-8)، من هذا الامر.

(٤) وتتضمن القرارات المقيدة لممارسة الحريات العامة أو بشكل عام تدابير للشرطة، و التي تتضمن فرض عقوبة، والقرارات التي تتضمن اخضاع منح التراخيص لشروط مقيدة أو تلك التي تفرض قيود، وقرارات سحب أو الغاء وانشاء الحقوق، وقرارات معارضة التقادم أو حبس الرهن أو المصادرة، والتي تتضمن رفض منفعة يعد منحها حقاً لمن تتوفر فيهم الشروط القانونية للحصول عليها، ورفض ترخيص إلا إذا كان من المحتمل انتهاك أحد الاسرار أو المصالح المحمية بموجب القانون، ورفض تظلم إداري يكون تقديمه الزامياً. المادة (L211-2) من مدونة العلاقات بين الجمهور والإدارة.

هذا ويكون بيان الأسباب كتابيا ويتضمن الاعتبارات القانونية والواقعية التي تشكل أساس القرار^(١). و نجد أن المشرع حدد القرارات الفردية الضارة المشمولة بالتسبيب وهي تتسع لتشمل أكثر المجالات ، مستبعدا بذلك القرارات التنظيمية من نطاق تطبيق قاعدة التسبيب الوجوبي، كما ان تحديد ماهية القرار الضار تبدو سهلة إلا ان الأمر يكون أكثر تعقيدا عندما تظهر علاقات يمكن القول عنها أنها ثلاثية، إذ قضى مجلس الدولة في ذلك بوجوب تسبيب القرار وإن كان غير ضار بصاحب الشأن إلا أنه كذلك بالنسبة لطرف ثالث أو الغير نحو فصل موظف بناء على طلب صاحب العمل رغم أنه إجراء غير ضار بصاحب العمل ولا يلزم بتسبيبه إلا أنه ضار بالموظف^(٢).

كما لزم المشرع تسبيب القرارات المختلطة التي تتضمن قرارات تنظيمية وفردية نحو تقرير المنفعة العامة تمهيدا لنزع الملكية، لكن مجلس الدولة الفرنسي حسم أمرها وأخرجها من نطاق تطبيق القانون^(٣)، واستبعد القرارات التنظيمية لأنها تتضمن قواعد عامة مجردة ولا تشكل تهديدا مباشرا وخصوصا على المراكز القانونية للأفراد، وبرر البعض ذلك بان تسبيبها من شأنه عرقلة نشاط الإدارة وتأخير اصدار الانظمة وبان التسبيب ينطوي على اسهاب طويل، كما ان اللائحة تتضمن نصوصا تشرح بعضها البعض وتتكامل فيتبين سبب صدورها، بينما انتقد أعضاء الجمعية الوطنية استبعاد الانظمة من الالتزام بالتسبيب لأنها كثيرا ما تتضمن تقييدا للحقوق والحريات مما يستلزم ان تكون مسبقة ببيان الأسباب التي دعت لصدورها وذلك لتسهيل فهمها وتطبيقها والاقتناع بمسوغاتها، ولهذا فان تسبيب القرارات التنظيمية لا يقل أهمية عن تسبيب القرارات الفردية^(٤)، وهذا ما نجده أكثر صوابا فتسبيبها له أهمية سواء فيما تتضمنه من تقييد للحريات والحقوق وأيضا لتحقيق الرضا من قبل المواطنين بها.

ويجب على هيئات الضمان الاجتماعي الالتزام بتسبيب القرارات الفردية التي تتضمن رفضا بمنح اعانة، ويمتد الالتزام إلى قرارات رفض تخصيص مساعدات أو اعانات في إطار عملها الصحي والاجتماعي^(٥). كما يجب ان تكون القرارات الفردية المستثناة من القواعد العامة الواردة في القوانين واللوائح مسببة^(٦).

(١) المادة (L211-5) من مدونة العلاقات بين الجمهور والإدارة بالامر ١٣٤١ في ٢٣ تشرين الثاني ٢٠١٥. (2)C.E,25/11/2009,association promote,AGDA,2010,P.614.selon Jean-louis Autin,op,cit,p. 96.

(٣) حكمه في ١١ شباط ١٩٨٣، وحكمه في ٥ اذار ١٩٨٨، نقلا عن د. سامي الطوخي: الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على التسبيب الوجوبي ، المصدر السابق، ص ٢٥٥.

(٤) د. سامي الطوخي: الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على التسبيب الوجوبي ،المصدر السابق، ص ٢٥٣-٢٥٤.

(٥) المادة (L211-7) من مدونة العلاقات بين الجمهور والإدارة بالامر ١٣٤١ في ٢٣ تشرين الثاني ٢٠١٥.

(٦) المادة (L211-3) من مدونة العلاقات بين الجمهور والإدارة، وهذا النوع من القرارات متكررة في مجال التخطيط الحضري وقانون العمل . Georges Dupuis, Marie- José Guédon, Patrice chrétien, op.cit, p. 473.

وتعفى الإدارة مؤقتاً من التسبب في حالة الاستعجال المطلق على ان تلتزم ببيان مسوغات قرارها بناء على طلب الطرف المعني خلال الميعاد المحدد للطعن وإعلانها لذوي الشأن والمهتمين خلال شهر واحد من طلب الإبلاغ بها^(١). كما لا تنتقص أحكام التسبب المذكورة من النصوص القانونية التي تحظر إفشاء أو نشر الحقائق التي تكون مشمولة بالسرية^(٢)، فمن شأن التسبب أن يشكل مساساً بسرية بعض المعلومات التي فرض القانون الحماية لها ومن صور تلك الحماية الاعفاء من التسبب إلا أن ذلك لا يعني صدور القرار من دون سبب وإنما ستكون معفية من الإفصاح عنه فحسب، وبذلك وازن المشرع الفرنسي بين الإفصاح وهو جزء من مبدأ الشفافية وسرية أسباب القرار في الحالات التي نص القانون على استثنائها من الشفافية في قانون ١٧ تموز ١٩٧٨ وفي قانون العقوبات نحو سرية الدفاع الوطني.

وأجاز مجلس الدولة الفرنسي للإدارة التحل من الالتزام بالتسبب لقرارها الصادر برفض الترخيص بحمل سلاح، والاتجار بالمعدات الحربية لمساس ذلك بالأمن العام^(٣).

وبذلك يكشف التنظيم القانوني للتسبب في فرنسا عن انه نال بشكل كبير من قاعدة (لا تسبب الا بنص) التي كانت سائدة قبل صدور قانون ١١ تموز ١٩٧٩ من حيث الجوهر فشمّل أكثر أنواع القرارات الإدارية وفي أوسع المجالات، ورغم انتقادات الفقه لهذا التنظيم ولاسيما فيما يتصل بالاستثناءات التي أوردها المشرع الا انه وضع نصب عينيه حماية مصالح المخاطبين بالقرارات الإدارية وكفالة حقهم في الدفاع عنها عن طريق تمكينهم من الوصول إلى أسباب تلك القرارات لدرجة تفضيل تلك المصالح على حماية مبدأ المشروعية ذاته فقصر التسبب على القرارات الفردية دون التنظيمية والضارة دون النافعة^(٤)، كما انه تضمن استثناءات مؤقتة من التسبب تمثلت بحالتي القرار الضمني والاستعجال المطلق، واستثناء دائم تمثل بحالة السرية التي يحميها القانون.

أما في العراق فلا يوجد تنظيم قانوني خاص بالتسبب كما هي معظم شكايات القرار، والقاعدة السائدة هي (لا تسبب الا بنص) ولا تلتزم الإدارة بالتسبب الوجوبي الا في بعض القرارات، على الرغم من الصلة الوثيقة بين الشفافية وتسبب القرارات، لما يتضمنه التسبب من عناصر الإفصاح والعلانية والمشاركة وما يؤديه من دور في تحقيق النزاهة وتعزيز الثقة العامة وتحقيق الرضا لدى الأفراد، فالتسبب يقوم على أسس ديمقراطية ومشاركة أسباب القرار مع أصحاب الشأن والمهتمين والابتعاد عن العمل

(١) ويقصد بحالة الاستعجال المطلق (الحالة التي تجد فيها الإدارة نفسها ملزمة بالقيام بعمل ما بسرعة بحيث أي تأخير في القيام بهذا العمل يترتب عليه نتائج سيئة تكون الإدارة في غنى عنها ويصعب تداركها)، د. اشرف عبد الفتاح ابو المجد محمد : المصدر السابق، ص ٢٢٦.

(٢) المادة (L211-6) من مدونة العلاقات بين الجمهور والإدارة بالامر ١٣٤١ في ٢٣ تشرين الثاني ٢٠١٥.

(٣) حكمه بتاريخ ١٠ نيسان ١٩٩١ و في ٨ تموز ١٩٩٤، نقلاً عن د. محمد عبد الواحد الجميلي: المصدر السابق، ص ٢١٢.

(٤) د. سامي الطوخي: الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على التسبب الوجوبي، المصدر السابق، ص ٢٤٠ و ٢٥٦.

بكتمان إذ تنثور الشكوك حول وجودها ومصداقيتها ومشروعيتها وحيادها وعدالتها ويثير السخط لاسيما في نطاق سلطتها التقديرية، فضلاً عما يشكله ذلك من إنكار لحقهم في الرقابة على تلك القرارات كونهم مصدر السلطات لاسيما بالنسبة للقرارات ذات الاثار الاجتماعية والاقتصادية والسياسية فعدم التسبب يسمح بانتشار الشائعات وتزييف الحقائق مما يعكس آثاراً سلبية على المجتمع.

ولذلك ندعو المشرع العراقي إلى تبني الشفافية في القرار بأن يقر مبدأ التسبب الوجوبي للقرارات كقاعدة عامة بوصفه خطوة في طريق الاصلاح الإداري وفي مكافحة الفساد وتحقيق النزاهة وتحسين العلاقات بين الجمهور والإدارة، ولا يمكن تسويغ قاعدة لا تسبب إلا بنص بالقول بأن التسبب يعيق عمل الإدارة و يتعارض مع حريتها في اصدار قراراتها بالشكل الذي تراه مناسباً أو انه يتعارض مع فكرة السلطة العامة للإدارة^(١)، أو يتعارض مع فكرة القرار غير الصريح أو مع سرية بعض المعلومات، فهذه المسوغات لا يمكن ان تبقى صامدة ازاء أهمية تبني الشفافية في العمل الإداري والفوائد الجمة التي يمكن حصدتها من تسبب القرار الإداري.

ثانياً: نطاق الشفافية والسرية في حالات الاجراء: يلزم المشرع الإدارة اتخاذ بعض الاجراءات عند إصدار قرارها لغرض توفير ضمانات كافية للأفراد والإدارة معاً، يترتب على عدم احترامها بطلان القرار، ومن أهم هذه الاجراءات اخذ الرأي قبل اصدار القرار والاجراءات التمهيدية له، وتسهم هذه الاجراءات بشكل كبير في تحقيق الشفافية ويضيق فيها نطاق السرية، وهذا ما سنتناوله في الفقرات الآتية:

١- اخذ الرأي قبل صدور القرار: يفرض المشرع في بعض الحالات على الإدارة اخذ رأي أو استشارة جهة معينة قبل اصدار قرارها ويستوي ان تكون تلك الجهة مجلس أو هيئة أو منظمة مركز أو لجنة، وقد يكون طلب الرأي والأخذ به الزامياً أو اختيارياً، ويكون طلبه في حالات أخرى الزامياً الا ان الاخذ به اختيارياً، وعلى هذا الأساس يتحدد أثر عدم استيفاء هذا الاجراء على مشروعية القرار، ولا تلجأ الإدارة من الناحية العملية إلى الاستشارة إلا عندما يفرض المشرع عليها ذلك، أما إذا لجأت إليها اختيارياً فعادة ما تأخذ بالرأي تفادياً للمسؤولية^(٢).

وتوجد صلة وثيقة بين هذا الاجراء والشفافية إذ يسمح أخذ الرأي بتحقيق الشفافية والسماح بالمشاركة في عملية صنع القرار سواء من قبل الأفراد مباشرة أم عن طريق عضويتهم في المؤسسات

(١) يقول الفقيه (Rivero) بان (القرار الاداري يتم تحضيره في غياهب المعبد الاداري وحين يتجلى في البهو الخارجي فلن يكون بحاجة إلى التسبب بينما يزهو في موكبه المهيّب)، نقلاً عن د. سامي الطوخي: الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على التسبب الوجوبي، المصدر السابق، ص ٦٨.

(٢) ينظر: حمدي ابو النور السيد عويس: الإدارة الاستشارية ودور القضاء الاداري في الرقابة عليها دراسة مقارنة، ط ١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٥ ص ٢٧٩.

والجمعيات والنقابات أو المنظمات المهنية ومنظمات المجتمع المدني ويضمن عدم احتكار الإدارة له دون ان يمس ذلك سلطتها في اصدار القرار، فضلاً عن ضمان جودة القرار وتصويبه من الناحية القانونية والفنية؛ لأن الجهة التي يجري استشارتها تكون متخصصة في مجال القرار المطلوب اتخاذه فيصدر القرار أكثر عقلانية وملاءمة وتوافقاً مع القانون في ضوء الظروف المحيطة به، علماً ان اخذ الرأي يكون اختيارياً كقاعدة عامة إلا في الحالات التي يجعل المشرع فيها الاستشارة الزامية وبحسب أهميتها وموضوعها، نحو نص المشرع في قانون مجلس الدولة على عرض القرارات التنظيمية على مجلس الدولة واخذ رأيه بشأنها وعادة ما يكون رأيه الزامياً وان لم ينص المشرع على ذلك صراحة^(١).

وتتعدد الإدارات الاستشارية في العراق التي تقدم خدمات استشارية قانونية واقتصادية وفنية للإدارة العامة كمجلس الدولة^(٢)، والمركز الوطني للتطوير الإداري وتقنية المعلومات^(٣)، ومراكز الاستشارات الهندسية^(٤)، والمكاتب الاستشارية في مؤسسات التعليم العالي^(٥)، فضلاً عن اللجان والهيئات الإدارية وتكون عضوية تلك الجهات أما دائمة عن طريق التعيين فيها أو بالانتداب من إدارات أخرى، وقد يكون تشكيل الجهات الاستشارية مؤقتاً وتتغير حسب كل حالة كما في تشكيل لجان لإبداء الرأي.

٢- الاجراءات التمهيدية لصدور القرار: يفرض القانون على الإدارة اتخاذ بعض الاجراءات تمهيداً لصدور القرار ومن شأن هذه الاجراءات توفير ضمانات للأفراد وكفالة حقوق الدفاع والمنافسة والمساواة وتحقيق العلانية نحو اجراء الاعلان عن المناقصة والمزايدة قبل اتخاذ قرارات الإحالة أو الإرساء وبخلافه تعد تلك القرارات غير مشروعة إلى جانب اجراء الانذار الذي يستلزم القانون توجيهه للمخالف قبل فرض العقوبة الإدارية وبذلك يعلم بوجه المخالفة والجزاء الذي تنوي الإدارة اتخاذه حياله ومن ثم لن يفاجأ بقرار العقوبة وتتاح له الفرصة لإزالة المخالفة وتجنب العقوبة^(٦).

(١) المادة (٥) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٢) المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٣) البند (سادساً) من المادة (٢) من تعليمات رقم ٣ لسنة ٢٠١٢، منشورة في الوقائع العراقية العدد ٤٢٥٨ في ٢٠١٢/١٢/٣.

(٤) المادة (٤) من قانون مراكز الاستشارات الهندسية رقم ٦٣ لسنة ١٩٨٧، منشور في الوقائع العراقية العدد ٣١٥٩ في ١٩٨٧/٧/٢٠.

(٥) المادة (٢) من قانون مكاتب الخدمات العلمية والاستشارية في مؤسسات التعليم العالي رقم ٧ لسنة ١٩٩٧، المنشور في الوقائع العراقية العدد ٣٦٧١ في ١٩٩٧/٥/٢٦.

(٦) قضت المحكمة الادارية العليا في مصر بأنه (يجب ان يسبق قرار الحل انذار الجمعية بازالة المخالفات .. وبغير هذا يغدو قرار الحل باطلا)، الطعن رقم ٥١٢ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٩٢/٧/١٢، نقلاً عن د. محمد ماهر ابو العينين: تطور قضاء الالغاء، المجلد الثاني، المصدر السابق، ص ٣٢٠.

و توجيه الإنذار أيضاً قبل انتهاء خدمة الموظف، فقرار إنهاء خدمة الموظف لا يكون متفقاً وصحيحاً حكم القانون إلا إذا قامت الجهة الإدارية بإنذاره كتابة خلال المدة المقررة وفقاً للقانون بضرورة العودة إلى عمله حتى يكون على بصيرة بالآثار الخطيرة المترتبة على انقطاعه عن العمل، وإذا أهملت الإدارة القيام بهذا الاجراء الجوهري على النحو الذي أوجبه القانون كان القرار الصادر بإنهاء الخدمة مخالفاً لصحيح حكم القانون^(١). وبهذا قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر بأنه (يجب لاعتبار العامل مقمداً استقالته مراعاة اجراء شكلي حاصله الزام جهة الإدارة بإنذار العامل كتابة بعد انقطاعه عن العمل وهذا الاجراء جوهري القصد منه ان تستبين الجهة الإدارية مدى إصرار العامل على ترك العمل وعزوفه عنه وفي ذات الوقت أعلانه بما يُراد اتخاذه من اجراء حياله بسبب انقطاعه عن العمل وتمكين له من ابداء عذره قبل اتخاذ هذا الاجراء حتى لا يفاجأ بقرينة الاستقالة وإنهاء خدمته^(٢)).

وبالنظر لأهمية الاجراءات التمهيدية ودورها في تحقيق الشفافية في نطاق القرارات الانضباطية ارتأينا دراستها عبر اجراء المواجهة والتحقيق، فهذه الاجراءات تمثل ضمانات أساسية مقررة لحماية الموظف الخاضع للتأديب، وهي تعكس شفافية الإدارة واحترامها لحقوق الدفاع بعدم معاقبة الموظف إلا بعد إعلامه بالتهمة المنسوبة اليه وإفهامه نوع المخالفة ومنحه فرصة الاطلاع على ملفه الوظيفي والحصول على المعلومات التي يحتاجها ومنحه مهلة مناسبة لتهيئة دفاعه.

أ- المواجهة : يعد مبدأ المواجهة من المبادئ القانونية العامة في توقيع العقوبات الانضباطية ويجب إعماله فيها وإن لم ينص القانون على ذلك، إذ لا يمكن توقيع العقوبة دون أن يحاط صاحب الشأن علماً بالتهمة المنسوبة اليه حتى يعد دفاعه، ولذلك يجب اخطاره مقدماً بالالتهامات الموجهة اليه، وهذا ما أكدته أحكام مجلس الدولة الفرنسي^(٣)، وقضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن (...مواجهة المتهم بما هو منسوب إليه وسماع دفاعه وتحقيقه يعتبر من الأسس الجوهرية للتحقيق القانوني حيث يجب احاطة العامل بحقيقة المخالفة المنسوبة اليه واحاطته أيضاً بمختلف الادلة التي يقوم عليها الاتهام وذلك

(١) حكم محكمة القضاء الاداري بمصر بالطعن رقم ٢٧٦٧٣ لسنة ٦٦ق- جلسة ٢٠١٤/٦/٢، نقلا عن د. حمدي ياسين عكاشة: المصدر السابق الكتاب الثالث، ص ٩٦. وحكمها رقم ٧٩٠١ لسنة ٥٠ جلسة ٢٠٠٦/٥/١٣، نقلا عن د. محمد ماهر ابو العينين: تطور قضاء الالغاء، المجلد الثاني، المصدر السابق، ص ٣٦٧.

(٢) حكمها في الطعن رقم ٧٦٤٦ لسنة ٤٤ق. عليا- جلسة ٢٠٠٠/١١/١٨، نقلا عن د. حمدي ياسين عكاشة: المصدر السابق، الكتاب الثالث، ص ١٠٥.

(٣) حكمه في قضية (Maillon) في ١٩٦٤/٥/٢٢، وحكمه في ١٩٨٥/٥/٢٩ نقلا عن د. سعد نواف العنزي: الضمانات الاجرائية في التأديب دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠٠٧، ص ٢٠٢-٢٠٣.

حتى يستطيع الدفاع عن نفسه فيما هو منسوب اليه...^(١). وبهذا تفرض المواجهة على الإدارة التعامل مع الموظف المتهم بشفافية وضمان حقه بالدفاع، وأوضحت المحكمة الإدارية العليا في العراق أهمية مبدأ المواجهة في التحقيق الإداري مع الموظف وعدت التحقيق باطلا في حال عدم إعماله لمبدأ المواجهة مما يستوجب إلغاء قرار العقوبة لهذا السبب^(٢). ومن مقتضيات المواجهة تمكين الموظف المتهم من الاطلاع على ملفه الوظيفي ليتمكن من الاستعداد للدفاع عن نفسه، ومؤداه ذلك تمكينه من الاطلاع على الوثائق التي يحتويها ملفه، و يعد ذلك جزء من حق الحصول والاطلاع على الوثائق الإدارية والمعلومات الذي تتطلبه الشفافية، وضمانة جوهرية للموظف ويشمل نطاقه موظفي الدولة كافة، ويعبر عن شفافية الإدارة واستقامتها وحيادها وبخلافه تعكس سوء نيتها وبأنها تريد معاقبة الموظف بأي حال.

ولأهمية حق الاطلاع على الملف فقد اقرته قوانين الوظيفة الفرنسية المتعاقبة كافة^(٣)، كما لم يجز القضاء الإداري تعطيله لأي سبب ويترتب على اغفاله بطلان الجزاء طالما لا توجد ضرورة تبرر ذلك^(٤). ونرى ان أهميته لا تقتصر على حالة التأديب وانما تمتد لتشمل المسائل الوظيفية الأخرى، ولم تنص قوانين الوظيفة العامة في مصر والعراق على حق الموظف بالاطلاع على ملفه الوظيفي وهو بلا شك قصور وانتقاص لضمانة مهمة فضلاً عن كونه أحد ادوات تحقيق الشفافية في القرار الانضباطي، وفي الواقع العملي لا تجيز الإدارات العامة في العراق أكثر الأحوال اطلاع الموظف على ملفه، بل وتعد تلك الملفات من الأسرار ومن ثم لا يُسمح للموظفين بالاطلاع عليها عدا من يعملون على تنظيمها وهذا يعكس إحدى تطبيقات السرية غير الهادفة، و حرمان الموظف من هذا الحق يفسح المجال واسعا أمام الإدارة لفرض عقوبات على الموظفين دون علمهم ويشجع على التعسف في استعمال السلطة .

لكن ما الحكم لو تضمن الملف معلومات ووثائق سرية فهل يجوز اطلاع الموظف عليها؟ ذهب البعض إلى ان حق الموظف بالاطلاع يكون شاملاً للملف بالكامل، بينما ذهب جانب آخر إلى القول بان هذا الحق لا يجب ان يؤدي إلى علانية الاسرار الوظيفية المتصلة بالمصلحة العامة للدولة إذ يقتصر على

(١) حكمها في الطعن رقم ٢١٨٠ - لسنة ٣٣ق - جلسة ١٠/٢٩/١٩٨٨، كما قررت المحكمة نفسها بأنه (يجب اعلان المحال أمام مجلس التأديب بالتهمة المنسوبة اليه وادلتها وميعاد المحاكمة للحضور بنفسه او بوكيل عنه ليتمكن من الدفاع عن نفسه) حكمها في الطعن رقم ٢٣٦٣ لسنة ٥٠ ق. عليا- جلسة ١٨/٣/٢٠١١ - س ٥١ ص ٥٩١، نقلا عن د. حمدي ياسين عكاشة: المصدر السابق، الكتاب الثالث، ص ٢٢٠. وينظر حكمها بالطعن رقم ١٦٢٠ لسنة ٣٤ق. جلسة ٢٢/٥/١٩٩٠، نقلا عن د. سعد نواف الغنزي: المصدر السابق، ص ٢٠٦.

(٢) حكمها المرقم ٦٢٦/قضاء موظفين/تميز/٢٠١٨ في ٧/٦/٢٠١٨، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٨، مصدر سابق، ص ٤٠٣. وينظر حكمها المرقم ١٠٤٥/قضاء موظفين/تميز/٢٠١٤ في ٩/٦/٢٠١٦، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٦، مصدر سابق، ص ٤١٦.

(٣) المادة (١٨) من قانون رقم ٨٣-٦٣٤ في ١٣ تموز ١٩٨٣ بشأن حقوق وواجبات موظفي الخدمة المدنية الفرنسي .
(٤) C.E, 24-7-1987, Vaulot, Rec, p.623. et C.E, 29 Juillet 2002, AJDA, 4 nov 2002, p.1144.

نقلا عن سعد الغنزي: المصدر السابق، ص ٢١٣.

تمكين الموظف من الاطلاع على ما يفيد في دفع الجزاء عن نفسه من دون ان يؤدي ذلك إلى المساس بأسرار الدولة،^(١) لا أن هذا الرأي من شأنه ان يفسح المجال للإدارة لحرمان الموظف من الاطلاع على بعض الوثائق والمعلومات ليكون حجة لها للانتقاص من هذه الضمانة، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن بأن حق الاطلاع على الوثائق الموجودة في الملف الوظيفي يشمل الوثيقة شكلاً ومضموناً ومن ثم لا يكفي للقول بتحقيقه وقوعه على شق منها دون الآخر والا فان ذلك يعني الخروج على ارادة المشرع واختزال لهذا الحق، إذ قضت محكمة استئناف ليون الإدارية بان حضور مندوب من الإدارة لا ينال من حق الموظف في الاطلاع على ملفه شرط ان لا يحول دون تمكنه من الاطلاع على الملف كاملاً والحصول على صورة جيدة منه وإلا فذلك يعد إخلالاً بحق الموظف بالاطلاع ويصيب قرار العقوبة بعدم المشروعية^(٢).

ج- التحقيق: يعد التحقيق اجراء جوهري من شأن تخلفه أو فقدانه مقوماته الأساسية ان يبطل قرار العقوبة، والتحقيق الذي يعتد به قانوناً هو الذي يجري بمواجهة الموظف وليس في غيابه إذ لا يجوز للإدارة اجراء تحقيقات صورية أو في غياب الموظف، كما ان هناك مجموعة من الضوابط التي يجب مراعاتها اثناء التحقيق تشكل في مضمونها ضمانات أساسية للموظف في الدفاع عن نفسه و شفافية التحقيق والوصول إلى غايته في الكشف عن وجود المخالفة ومرتكيها ومن ثم تحقيق العدالة^(٣). ومن أول متطلبات الشفافية في التحقيق اخطار الموظف بالتهمة واستدعائه للتحقيق معه، ويستفاد ذلك من نص المادة (١٠/ثانياً) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل^(٤). وهو اجراء جوهري ومن دونه لن يتمكن الموظف من تهيئة دفاعه إذا ما تمت مفاجأته بالتحقيق مباشرة. وليس للإخطار شكل معين، إلا أنه من المهم أن يضمن إتاحة معلومات كافية حول المخالفة المنسوبة للموظف وان يتحدد مكان وزمان التحقيق والجهة التي ستقوم به^(٥).

(١) C.E, 15 Mai 1991, et CAA Lyon, 22 mai 2001.

نقلاً عن د. سعد نواف العنزي: المصدر السابق، ص ٢١، وينظر: صقر عبد فارس الرويس: القيمة القانونية للملف الوظيفي تشريعاً وقضاء دراسة مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، مج ١٦، ع ٢، ديسمبر ٢٠١٩، ص ٧٩١ و ٧٩٤.

(٢) الفقرة (ثانياً) من المادة (١٠) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل .

(٣) ينظر: د. عدنان عاجل عبيد: ضمانات الموظف السابقة لفرض العقوبة التأديبية دراسة قانونية مقارنة فرنسا- مصر - الاردن - العراق، ط ١، المركز العربي، مصر، ٢٠١٨، ص ١٩٤.

(٤) قضت المحكمة الادارية العليا في مصر بتاريخ ٢٢/٢/١٩٨٣ بأن (الاخطار الذي ارسل للجهة التي يعمل بها الطاعن قد جاء خلواً من تحديد سبب هذه المقابلة فلم يشر من قريب او بعيد للتحقيق الذي سيجري معه فيما هو منسوب اليه وهو بذلك يكون قد اغفل اجراء جوهري) نقلاً عن د. سعد العنزي: المصدر السابق، ص ١٠٨.

ومن متطلبات الشفافية أيضاً التزام الجهات القائمة بالتحقيق بكتابته^(١)، فتدون مجريات التحقيق بموجب محضر لضمان سلامة اجراءات التحقيق وحماية حق الدفاع^(٢)، وتتميز الكتابة بسهولة الرجوع اليها ولها أهمية في الاثبات، ويجب ان يستوفي محضر التحقيق البيانات المطلوبة كافة والشكليات اللازمة لصحته وان يكتب بلغة واضحة متضمنا توقيع رئيس وأعضاء لجنة التحقيق وتاريخه ومكانه وتوقيع الموظف على افادته، ومع ذلك فقد اجازت القوانين التحقيق الشفهي كما فعل المشرع المصري بالنسبة لعقوبي الانذار والخصم من الاجر لمدة لا تزيد على ثلاثة ايام على ان يثبت مضمون التحقيق في القرار الصادر بتوقيع الجزاء^(٣)، ورتب القضاء الإداري البطلان للقرار الذي لم يتضمن اثبات مضمون التحقيق الشفهي بحسبانه اجراء جوهري وللمحكمة من تلقاء نفسها ان تقضي به لتعلق هذا الدفع بالنظام العام ويمكن الدفع به في اي حالة تكون عليها الدعوى التأديبية^(٤). واجاز المشرع العراقي للوزير ورئيس الدائرة استجواب الموظف مباشرة دون تحقيق وذلك بالنسبة لعقوبات (لفت النظر والانذار وقطع الراتب)^(٥). ولم يبين شكل الاستجواب شفهي ام مكتوباً الا انه وفقاً لهذا الاطلاق من الممكن ان يكون شفهي^(٦)، ومن ثم لن تتوفر للموظف ضمانات في الاستجواب تضمن شفافيته و كفالة حق الدفاع والمواجهة وضمان الحياد، ومن المتصور ان لا تقوم الإدارة بالاستجواب أصلاً وتصدر العقوبة في غياب الموظف ناهيك على أن الإدارة تكون قد كوّنت حكماً مسبقاً بفرض احدى العقوبات الثلاث المذكورة، وليس مسوغاً القول بانها عقوبات بسيطة؛ لأنها جميعها ترتب أثراً لا يستهان به على المركز المالي للموظف فضلاً عن الأثر المعنوي الذي يمثل عنصراً مشتركاً في جميع العقوبات والذي يبدو أكثر جسامة عند فرض عقوبة متسعة على موظف لا يستحقها.

(١) الفقرة (ثانياً) من المادة (١٠) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل ،
 (٢) قضت المحكمة الادارية العليا بحكمها ١٩٢١/قضاء موظفين/تميز/٢٠١٨ في ٢٨/٢/٢٠١٩ ببطلان العقوبة المفروضة لعدم تدوين اقوال الموظف المحال إلى التحقيق، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه ٢٠١٩، المصدر السابق، ص ٤٧٥.
 (٣) المادة (٥٩) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ النافذ.
 (٤) حكم المحكمة الادارية العليا بالطعن رقم ٢١٣١ جلسة ٢٤/٣/١٩٨٧، نقلاً عن د. سعد العنزي: المصدر السابق، ص ١٥٣.
 (٥) الفقرة (رابعا) من المادة (١٠) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ النافذ.
 (٦) د. ماهر صالح علاوي الجبوري: المصدر السابق، ص ٢٤٩.

المطلب الثاني: نطاق الشفافية والسرية في اركان القرار الداخلية

تتمثل عناصر المشروعية الداخلية بالمحل والسبب والغاية، وترتبط بمحتوى القرار وجوهره ولذلك شفافيته أو سريتهما لهما تأثير كبير على حقوق الأفراد، ويمكن القول أن نطاق السرية فيها أوسع من نطاق الشفافية.

ولتوضيح ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الاول منهما البحث في نطاق الشفافية والسرية في ركن المحل وسنتناول في الفرع الثاني البحث في نطاق الشفافية والسرية في ركني السبب والغاية .

الفرع الأول: نطاق الشفافية والسرية في ركن المحل

لكل تصرف قانوني محل معين يقع عليه سواء اكان ذلك في نطاق القانون العام ام الخاص، ويقصد بمحل التصرف القانوني الاثر القانوني المترتب عليه، أما المحل في القرار الإداري فهو الاثر القانوني المتعين المترتب حالا ومباشرة على صدور القرار متى كان ممكنا ومشروعاً. وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في العراق إلى ان ركن المحل في القرار يتمثل بالأثر الذي ينتج حالا ومباشرة على المراكز القانونية لحظة صدورها^(١). ويظهر محل القرار قدرة الإدارة على إحداث آثار قانونية وإجراء التغيير في المراكز القانونية العامة والخاصة، ويعد وجوده في القرار ركناً أساسياً فيه وليس شرطاً لصحته فلا يمكن ان يولد القرار من دون محل، لكن يمكن صدوره متضمناً اثراً قانونياً معيباً نحو مخالفته للقانون؛ لان موافقته للقانون شرطاً لازماً لصحته ويترتب على مخالفته بطلان القرار وليس انعدامه^(٢). ويشترط في محل القرار الإداري ان يكون ممكناً وجائزاً من الناحيتين القانونية والواقعية، إلى جانب ان يكون معيناً ويترتب حالا ومباشرة على صدور القرار.

وتبرز مظاهر الشفافية في ركن المحل في اشتراط ان يكون الاثر القانوني المترتب على صدور القرار محدداً أو متعيناً وفي اشتراط ان يترتب حالا ومباشرة على صدوره، فالشرط الأول يجعل محل القرار واضحاً ومعلوملاً لاسيما في نطاق السلطة المقيدة للإدارة؛ إذ يحدد القانون الاثر القانوني الواجب ترتيبه ولا يكون للإدارة سوى تنفيذ ارادة المشرع عند تحقق الأسباب، حتى في حالة السلطة التقديرية رغم ان المشرع يترك للإدارة سلطة اختيار فحوى القرار أو الاثر القانوني الذي تريد ترتيبه الا انه يجب ان

(١) حكمها المرقم ٥٩٦ / اداري / تمييز / ٢٠١٤ في ٢٣ / ١١ / ٢٠١٥، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٥، وزارة العدل - العراق، ص ٣٨٨.

(٢) د. محمود حلمي: القرار الاداري، ط١، بلا دار نشر، مصر، ١٩٧٠، ص ٥٦.

يكون محددا أو متعينا^(١). أما بالنسبة للشرط الثاني المتمثل في ان يكون محل القرار حالا ومباشرا، فيلاحظ ان قرينة الصحة المفترضة التي يتمتع بها القرار تؤدي إلى ان يسري اثر القرار بشكل مباشر منذ تاريخ صدوره ولا يسري باثر رجعي كقاعدة عامة ويمكن للإدارة البدء بتنفيذه وان طعن الأفراد بصحته ولحين صدور الحكم بإلغائه وثبوت عدم مشروعيته. إلا أن القول بترتيب القرار اثاره حال صدوره لا يعني انه يكون نافذا بحق الأفراد، فبالنسبة لهم لاينفذ القرار ولا يرتب آثاره الا من تاريخ علمهم به، ولذلك فان القرار المخفي أو غير المعلن لايمكن ان يرتب آثاره بحق الأفراد وسواء كان القرار تنظيمي ام فردي الا بعد ان يعلموا به عن طريق احدى وسائل العلم المقررة قانونا^(٢)، ومعنى ذلك ان القرار غير المعلن أو الخفي أو السري له وجود قانوني الا انه غير نافذ في مواجهة الغير لعدم تحقق علمهم به وتعد ترتيب الاثر القانوني للقرار. أما بالنسبة للإدارة فقراراتها تنفذ بحقها منذ صدورها ؛ إذ يفترض علمها بها.

لذلك قد يحصل من الناحية العملية ان تصدر الإدارة قرارات ترتب حقوقا للأفراد الا ان الإدارة المنوط بها ايصال العلم بصدورها امتنعت عن ذلك لأسباب شخصية أو سياسية أو نتيجة لخطأ منها فتقرر عدم نشرها أو تبليغ المعنيين بها وتحجبها عنهم فهذه القرارات وان كانت غير معلنه لكنها تبقى قرارات سليمة منتجة لآثارها الا انه لا يحتج بها على الأفراد الا من تاريخ نشرها أو إعلانها، ويشكل كتمانها مخالفة قانونية توجب مسؤولية الإدارة^(٣).

ويعكس عدم تبليغ الأفراد بالقرارات الإدارية الماسة بمصالحهم عدم شفافية الإدارة ويخفي ورائه شبهة الانحراف بالسلطة وعدم صحة الأسباب التي بُني عليها القرار أو انعدامها، وكثيرا ما يحصل ان تتجاهل الإدارة هذا الأمر، فالتبليغ وان كان لا يمس سلامة القرار الا انه يمنع ترتيب اثاره القانونية أو نفاذه، وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في العراق في أحد أحكامها بأن (... يتحصل للمحكمة بأن المميز (المدعى عليه) قد امتنع عمدا عن تبليغ المدعية بالقرار الصادر باعتبارها مستقلة، كما امتنع عن تمكينها من الاطلاع عليه وتزويدها بنسخة منه رغم المطالبة، فتكون المدعية بذلك غير مبلغة بقرار الاستقالة، ولا يجدي نفعا بعلمها بالأمر طالما لم ينصب العلم بالقرار على حقيقته انما يقتضي لصحة التبليغ علم الموظف بالقرار على حقيقته بأن يحيط العلم بجميع العناصر الجوهرية التي يشتمل عليها هذا القرار، وبخلافه يبقى حق الموظف بالطعن قائما ومصونا مهما طال به الزمن، ... من جانب آخر ان

(١) ينظر: حكم المحكمة الادارية العليا بمصر بالطعن رقم ٤١١ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٩٥/٦/٢٤ نقلا عن د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: دعوى الغاء القرار الاداري وطلبات تنفيذه، دار المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ١١٢.

(٢) ينظر: د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الادارية، المصدر السابق، ص ٦٢٨.

(٣) اجاز مجلس الدولة الفرنسي للأفراد التمسك قبل الإدارة بالقرارات الفردية التي ترتب لهم حقوق من تاريخ صدورها وان لم تعلن، احكامه في ١٩/١٢/١٩٥٢ و ١١ ايار ١٩٥٤، نقلا عن د. ماجد راغب الحلو: المصدر السابق، ص ١٤٠-١٤١.

دائرة المدعى عليه تعاملت مع المدعية في الاجراءات الإدارية معاملة غير عادلة مما يتعارض وحق كل فرد في المعاملة الإدارية العادلة التي نصت عليها المادة (١٩/سادسا) من الدستور...^(١). كما يؤدي عدم النشر أو التبليغ إلى وقف سريان ميعاد الطعن ولا تبدأ المدة الا من تاريخ العلم به^(٢).

وبالنظر لأهمية وسائل العلم بالقرار في ترتيب القرار اثاره القانونية ونفاذه بحق المخاطبين به ومن ثم تحقيق شفافيته سنتناول هذه الوسائل، فعلائية القرار تمثل أحد عناصر الشفافية الإدارية وتمنع وجود قرارات سرية أو غير معلنة ومن ثم عدم نفاذها فهذا الأمر من شأنه عرقلة نشاط الإدارة ويعوقها عن تحقيق أهدافها، ولضمان ذلك يجب أن تكون تلك الوسيلة متناسبة مع حجم المعلومات أو البيانات محل العلانية ونوع الأشخاص الواجب علمهم بها وأن تتسم بسهولة وإمكان وصولها إلى أكبر عدد ممكن من دون تكلفة إذ يعد ذلك حقا للأفراد. ويعد خرقا للشفافية اعتماد الإدارة على وسائل نشر مغمورة أو غير معروفة كونها لا توفر العلم إلا لعدد محدود من الأشخاص، فوسائل تحقق علانية القرار يجب ان تؤمن اتصال علم ذوي الشأن بصدوره على نحو يمكنهم من الوقوف على حقيقة الآثار القانونية المترتبة عليه ومن ثم تحديد موقفهم منه. ويمكن تصنيف هذه الوسائل عموما إلى وسائل قانونية وأخرى فعلية وسنتناول هذه الوسائل وفق ما يأتي:

أ- الوسائل القانونية لتحقيق العلانية في القرارات الإدارية: تتعدد وسائل تحقيق العلانية في ظل عدم وجود نص عام ينظمها، الا ان هناك العديد من النصوص القانونية التي اشارت اليها، ويراقب القاضي بدقة مدى احترام الإدارة لوسيلة تحقيق العلانية والغاية منها، إذ تختلف متطلبات تحقيقها بحسب طبيعة القرار إذ تنتشر الانظمة والتعليمات في الجريدة الرسمية وتستكمل احيانا بالنشر في النشرات المصلحية التي تصدرها بعض الإدارات العامة، كما تتحقق العلانية بالتبليغ أو الاعلان أو الاخطار وهذا ما يتبع بالنسبة للقرارات الإدارية الفردية. ويقصد بالوسائل القانونية تلك التي ينص عليها القانون لإحاطة الأشخاص علما بما تقوم به الإدارة من أنشطة وأعمال وبما يكفل ايصال العلم الكافي والمفترض بها، والأصل العام ان يكون للإدارة حرية اختيار الوسيلة المناسبة أو التي ترتأياها لتحقيق العلانية الا انه إذا نص القانون على اسلوب محدد للنشر فيجب اتباعه، ولا يمكن للإدارة استبدال الوسيلة المحددة قانونا بوسيلة أخرى حتى لو كانت اكثر فاعلية في تحقق قرينة العلم^(٣). ونتناول في النقاط الآتية وسائل تحقق

(١) حكمها المرقم ١٦٥٠/قضاء موظفين/ تمييز / ٢٠١٨ في ١٣/٩/٢٠١٨، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٨، المصدر السابق، ص ٤٨١-٤٨٣ .

(٢) حكم محكمة القضاء الاداري المصرية في القضية رقم ١٥٤٣ لسنة ٢٢ القضائية في ٢٤ اذار ١٩٧١، ذكره د. ماجد راغب الحلو: المصدر السابق، ص ١٤٣-١٤٤.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الادارية، المصدر السابق، ص ٦١٨.

العلانية التي تنص عليها القوانين:

الوسيلة الأولى: النشر في الجريدة الرسمية والنشرات المصلحية: تكون القرارات الإدارية التنظيمية موضوع النشر في الجريدة الرسمية، وتستبعد القرارات التي ليست لها هذه الصفة من النشر فيها ومن ذلك الانظمة التي تصدر من هيئة خاصة وان كانت مسؤولة عن تنفيذ خدمة عامة مالم يشر القانون صراحة على ان تكون موضوعا للنشر، ولا يشمل النشر الأعمال التي تسبق اصدار القرار نحو الأعمال التحضيرية^(١)، والنشرات والتوجيهات^(٢). وهذا النشر يعد قرينة قانونية قاطعة غير قابلة لأثبات العكس، ولهذا يجب ان يكون كافيا وشاملا لمضمون القرار بما يُمكن المخاطبين به من معرفة حقيقة مراكزهم القانونية ومن ثم تحديد موقفهم منه بالقبول أو الرفض.

وتنشر في فرنسا القرارات بقوانين أو اللوائح في الجريدة الرسمية^(٣)، أما إذا لم يحدد القانون وسيلة نشر معينة أو لم يتعلق الأمر بقرارات بقوانين عندها ستكون للإدارة حرية نشرها بالوسيلة التي تراها مناسبة وفقا لسلطتها التقديرية^(٤). ومع ذلك على الإدارة ان تأخذ في الحسبان طبيعة وموضوع ونطاق القرار عند اختيار وسيلة النشر وفي ذلك ذهبت المحكمة الإدارية الاستئنافية في نانت إلى ان عرض أو نشر المرسوم في قاعة المحافظة لا يشكل علانية كافية بالنظر إلى موضوع ونطاق هذا القرار^(٥).

وفرض القانون التزاما بالنشر في النشرات الرسمية المصلحية، فأوجب نشر التوجيهات والتعليمات والتعاميم والمذكرات والردود الوزارية التي تتضمن تفسير القانون الوضعي أو وصف الاجراءات الإدارية في نشرة رسمية كل ثلاثة شهور على الأقل^(٦). وبينت المحكمة الإدارية الاستئنافية في فرساي بحكمها في ٣ تموز ٢٠٠٨ بانه يشكل علانية كافية للتعميم المؤرخ ٢٠٠٥/١٢/٦ بشأن نشر صور الهوية على رخص القيادة إدراجها في النشرة الرسمية لوزارة النقل والسياحة، وعلى موقع وزارة الدفاع على شبكة

(1) C.E, 11 juill 1975, n°1975-600109 Clément et Assoc. défense culture et musique contemporaine, Publié sur le site: legifrance.gouv.fr. D: 27/10/2020 T: 9:00 P.M

(2) C. E 29 Juin 1973, n° 82870 Publié sur le site : legifrance.gouv.fr. D: 27/10/2020 T: 9:48 P.M

(٣) المادة (2-221 L) من مدونة العلاقات بين الجمهور والإدارة بالامر ١٣٤١ في ٢٣ تشرين الثاني ٢٠١٥.

(٤) د. محمد فؤاد عبد الباسط : القانون الاداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٤٥٧.

(٥) حكمها في ٢٩/١٢/٢٠٠٦، رقم NT ٠١٧٠٣٠٦، منشور على الموقع الاتي: <https://www.labase-lextenso.fr>

، D: 28/10/2020 T: 11:48 P.M

(٦) المادة (4-312 R) من مدونة العلاقات بين الجمهور والإدارة - الجزء التنظيمي.

الإنترنت للسلامة على الطرق؛ ولم يكن نشرها في الجريدة الرسمية ضرورياً^(١). وتختلف قيمة النشر في النشرات الرسمية المتخصصة، وفقاً للسوابق القضائية بحسب المستفيدين فيما إذا كانوا ينتمون إلى الإدارة نفسها أو هم اجانب عنها، فهي تعد كافية بالنسبة للموظفين ولا تعد كذلك بالنسبة للأشخاص الاجانب عن الإدارة كقاعدة عامة، و قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن النشر في النشرة الرسمية للبريد والاتصالات السلكية واللاسلكية للتعليمات المتصلة بتسجيل المشتركين في ادلة الهاتف ليس كافياً فيما يتعلق بالمستخدمين^(٢)، إلا ان منهج القضاء في هذا المجال ليس ثابتاً إذ قضى المجلس في حكم اخر بأن النشر في النشرة الرسمية لوزارة التعليم العالي فيما يتصل بتخصيص منح التعليم العالي يكون كافياً بقدر المعلومات المستفيضة التي تم توفيرها للمعنيين من قبل الخدمات الجامعية^(٣). أما نشر قرارات المحافظات فالقضاء يتبنى الموقف نفسه لنشرها في مجموعة الاجراءات الإدارية للمحافظة أو في نشرة بلدية رسمية، ويكون النشر في مجموعة إدارية واجب النفاذ ضد أطراف ثالثة إذا كان الالتزام بنشره فيها فرضه قانون أو نظام منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، أما إذا لم يكن هناك التزام بذلك فيتم ربط هذا التأثير بالنشر فقط إذا كان من الممكن اعتبار المجموعة الإدارية في ضوء مدى وطرق توزيعها سهلة البحث من قبل أطراف ثالثة^(٤).

أما في مصر فتتشر القرارات التنظيمية في الجريدة الرسمية وفي النشرات المصلحية التي تنشرها المصالح العامة^(٥)، وأكد القضاء الإداري عدم الاحتجاج بكل قرار إداري فردي استندت الإدارة في إصداره إلى قرار تنظيمي لم ينشر في مواجهة الأفراد وبطلانه^(٦). وفي العراق نص قانون النشر في الجريدة الرسمية على ان الانظمة والمراسيم الجمهورية والانظمة الداخلية والتعليمات تنشر في الجريدة الرسمية،

(1) CAA Versailles 3 juill 2008, n°07ve00215 . Publié sur le site : legifrance.gouv.fr.D: 28/10/2020 T: 11:48 P.M .

(2) CE, Sous-sections réunies, 31 janvier 1979, de Barnier, requête n° 06748, Publié sur le site : <https://www.revuegeneraledudroit.eu> .D: 4/11/2020, T: 4:41 p.m.

(3) CE, 22 févr. 1995, n° 1995-041497. Selon Jean-Yves Vincent : Actes administratifs-publicité des actes administratifs unilatéraux, 18juillet 2010, Publié sur le site: <https://dicopac.wordpress.com> D: 6/11/2020, T:8:43.

(4) CE , 10ème et 9ème sous-sections réunies, du 4 août 2006, N° 278515, inédit au recueil Lebon , Publié sur le site : legifrance.gouv.fr. 4/11/2020 T: 10:30 p.m.

(٥) المادة (١/٢٤) من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢. وينظر: حكم المحكمة الادارية العليا في مصر بالطعن رقم ١٧٣٥س ٣٣ ق، جلسة ١٩٩٦/٧/٢٠، ورقم ٣٢٤٣س ٤٠ ق، جلسة ١٩٩٧/١٢/١٣، نقلاً عن د. عبد العزيز عبد المنعم: المصدر السابق، ص ١٨٧

(٦) حكمها في الطعن رقم ٧٣ لسنة ٨ ق، جلسة ١٩٩٦/١١/٢٧، وفي القضية رقم ٢٧٤ لسنة ٢٤ ق، جلسة ٢٠٠٧/٥/١٣، نقلاً عن د. عبد العزيز عبد المنعم، المصدر السابق، ص ١٨٣

وكل ما نصت التشريعات على نشره فيها^(١)، أما بالنسبة للقرارات المحلية التي تصدرها مجالس المحافظات فيجب أن تنشر في جريدة تصدرها هذه المجالس^(٢). وبهذا الصدد يلاحظ عدم الالتزام الكامل من قبل مجالس المحافظات في إصدار جريدة رسمية خاصة بها، ما يثير التساؤل عن الحكم والاثار القانونية في هذه الحالة؟ وكيف يتم إيصال العلم بالقرارات التنظيمية المحلية للجمهور وأصحاب الشأن؟ وفي الواقع أن ذلك يشكل مخالفة قانونية ويتعارض مع العلانية الواجبة للقرارات الإدارية، بينما التزم البعض الآخر منها حكم القانون وقامت بإصدار جريدة خاصة بها تنشر فيها الأنظمة المحلية والأنظمة الداخلية والأوامر والتعليمات والبيانات^(٣).

وأجاز المشرع العراقي نشر بعض القرارات الفردية في الجريدة الرسمية خلاف الأصل نظراً للطبيعة الخاصة للقرار نحو نشر قرارات لجنة تجميد أموال الإرهاب المشكلة في الأمانة العامة لمجلس الوزراء في الجريدة الرسمية^(٤)، كما نص نظام اللجنة على نشر قرارها بتعديل التجميد في الجريدة الرسمية والموقع الالكتروني لمكتب مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب^(٥). والنشر هنا لا يغني عن التبليغ^(٦). ولا يمكن استبدال النشر بالتبليغ^(٧)، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أحل التبليغ محل النشر للأنظمة في الظروف الاستثنائية أو بسبب السرية وحماية المشروعية^(٨).

الوسيلة الثانية: النشر الالكتروني: يسهم النشر الالكتروني في تحقيق العلانية والشفافية في العمل الإداري بشكل فعال لسهولة الوصول والولوج في المواقع الالكترونية، والنشر عن طريقها وسيلة واسعة وسريعة الانتشار ويصل إلى أكبر عدد ممكن من الأشخاص، واصبح المشرعين يلزمون الإدارة بالنشر الالكتروني كوسيلة نشر إضافية إذ لا يمكن الاستغناء عن النشر الاعتيادي، ولهذا فأن النشر الالكتروني

(١) الفقرات (ثالثاً و رابعاً وخامساً وسادساً) من المادة (٢) من القانون المذكور. واجازت العديد من التشريعات العراقية الأخرى النشر بالجريدة الرسمية على وجه الخصوص نحو نشر البيانات الصادرة من الوزارات والاعلانات نحو اعلانات تأسيس الجمعيات التعاونية ونشر الميزانيات العامة والبيانات السنوية عن المركز المالي للبنك المركزي العراقي وفقاً لقانونه رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ والنشر على موقعه على الانترنت، ينظر: المادة ٢/٤٥ و٥ من هذا القانون.

(٢) البند (ثاني عشر) من المادة (٧) من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل.

(٣) ينظر على سبيل المثال اعداد جريدة دىالى الرسمية .

(٤) المادة (١٨) من قانون مكافحة غسيل الاموال وتمويل الارهاب رقم ٣٩ لسنة ٢٠١٥، منشور في الوقائع العراقية العدد ٤٣٨٧ في ٢٠١٥/١١/١٦.

(٥) الفقرة (ثالثاً) من المادة (٧) من النظام رقم ٥ لسنة ٢٠١٦، منشور في الوقائع العراقية العدد ٤٤١٩ في ٢٠١٦/١٠/١٠.

(٦) الفقرة (ثانياً) من المادة (٧) من نظام لجنة تجميد اموال الارهاب رقم ٥ لسنة ٢٠١٦.

(٣) C.E, 12 Juin 1987, n°73292 , le site:legifrance.gouv.fr.D:28/10/2020 T: 10:10 p.m.

(8) CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 17/03/2010, N° 310744, et CE, 7 / 5 SSR, du 24 juin 2002, N° 227983, Publié sur le site : legifrance.gouv.fr.D:2/11/2020 T:12:8p.m.

لا يُعتمد عليه بصفة أصلية، وفي بعض الحالات لا تكون الإدارة ملزمة بالنشر الإلكتروني إلا أنها تلجأ لهذه الوسيلة لضمان تحقيق العلانية والشفافية في أعمالها وانشطتها وأحياناً كوسيلة إضافية.

ففي فرنسا تكون الجريدة الرسمية متاحة للجمهور الإلكتروني بشكل دائم ومجاني؛ إذ جرى انشاء موقع الكتروني متخصص لذلك (legifrance.gouv.fr) بموجب الأمر الصادر في ٦ حزيران ١٩٩٩، ويجري نشر القوانين والمراسيم باليوم نفسه ورقيا والإلكتروني شرط ضمان صحتها^(١). والنشر بالشكل الإلكتروني كافيا لدخول القرارات حيز النفاذ مع مراعاة طبيعتها ونطاقها ومن تنطبق عليهم، وحدد المشرع القرارات التي يكفي نشرها بالشكل الإلكتروني لضمان دخولها حيز التنفيذ^(٢). واستثنى أيضاً بعض القرارات الفردية من النشر الإلكتروني، وحدد فئات هذه القرارات الفردية التي لا يمكن نشرها إلكترونياً في الجريدة الرسمية بموجب مرسوم ومنها المراسيم المتصلة بتغيير الاسم، وقرارات اكتساب الجنسية والتجنس والمراسيم المتصلة بإعادة الجنسية وفقدانها واسقاطها والمراسيم الخاصة بمنح اللقب أو الاسم الأول، ومن ذلك أيضاً طلبات تغيير الاسم والإعلانات القضائية والقانونية التي تذكر بالإدانات الجنائية^(٣).

وتنشر التعاميم والتعليمات الصادرة من إدارات الدولة العاملة في حدود الدائرة التي يرسلها الوزراء إلى دوائر الدولة ومؤسساتها ويجب ان تكون متاحة للجمهور بنشرها على الموقع الإلكتروني بإشراف رئيس الوزراء، وتُصنف لتسهيل اطلاعهم عليها، ولا يمكن للإدارة الاحتجاج بتلك التي لا تظهر على الموقع الإلكتروني وتعد غير المنشورة منها في الموقع المذكور ملغاة واعتباراً من ١ أيار ٢٠٠٩، وذلك دون المساس بأشكال النشر الأخرى التي قد تنطبق على هذا النوع من القرارات، وقد أكد ذلك مجلس الدولة الفرنسي بحكمه الصادر في ٢٣ شباط ٢٠١١^(٤).

وفي العراق يتيح الموقع الإلكتروني لوزارة العدل العراقية (moj.gov.iq) الحصول على اعداد جريدة الوقائع العراقية بالشكل الإلكتروني مجاناً فضلاً عن موقع (قاعدة التشريعات العراقية)، وتقوم الوزارات الاتحادية والمواقع الحكومية التابعة للأشخاص المعنوية العامة بنشر قراراتها التنظيمية المختلفة من

(١) المادة (10-221 L) من مدونة العلاقات بين الإدارة والجمهور - الجزء التشريعي.

(٢) المادة (12-221 R) من مدونة العلاقات بين الإدارة والجمهور - الجزء التنظيمي

(٣) المرسوم رقم ٤٥٩ في ٢٨ ايار ٢٠٠٤، منشور على الموقع: legifrance.gouv.fr. 15/10/2020 T: 3:00p.m

(٤) وجاء فيه بان التعميم الصادر في ٢٤ تموز ٢٠٠٨ عن وزير الهجرة ملغياً بمجرد عدم نشره على شبكة الانترنت، وليس لنشره على الموقع نفسه في تاريخ لاحق لتاريخ ١ ايار ٢٠٠٩ تأثير في ادخال النص الاصلي حيز التنفيذ، لهذا السبب لا يمكن ان يكون موضوع للطعن القضائي او الالغاء أمام المجلس.

C.E, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 23 -2-2011, n° 334022 , et C.E, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 16/04/2010, n° 279817, Publié du recueil Lebon, évr 2003, n° 226247. Publié sur le site : legifrance.gouv.fr. D:29/10/2020 T: 4:12 p.m

الانظمة والتعليمات والضوابط والاعمامات والبيانات والتقارير على مواقعها الالكترونية بما يسمح للمواطن الاطلاع عليها والعلم بها ولكن من دون وجود تنظيم قانوني لذلك ما يستدعي تدخل المشرع لتنظيم النشر الالكتروني للقرارات الإدارية ضمن قانون النشر في الجريدة الرسمية رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل أو قانون خاص ورسم آلية لذلك وتحديد نطاقه. ولضمان فاعلية وسيلة النشر الالكتروني في تحقيق العلانية ينبغي وجود مراقبة ومتابعة للمواقع الالكترونية الحكومية لتسهيل الولوج اليها وصيانتها ودوام تحديثها وامدادها بالبيانات اللازمة، وفرض عقوبات رادعة محددة على الجهات المتقاعسة عن القيام به أو تقوم به بشكل معيب^(١).

الوسيلة الثالثة: التبليغ: يعد التبليغ الوسيلة التي تنقل بها الإدارة إلى فرد أو افراد معينين بذواتهم العلم بقراراتها، ويشترط فيه حتى يحقق العلانية الكافية ان يكون شاملا متضمنا البيانات الأساسية للقرار ناقلا لحقيقة مضمونه بما يمكن المُبلَّغ من التعرف على مركزه القانوني^(٢). ويقدم التبليغ فائدة مزدوجة إذ يسهم في تقديم المعلومات إلى الجمهور وبه يبدأ الحد الزمني للاعتراض، وقضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الإدارة ملزمة بإبلاغ القرار إلى الشخص المعني حتى في حالة عدم وجود نص يفرض ذلك صراحة^(٣). والإدارة كأصل عام غير مقيدة باتتبع شكلية معينة للتبليغ فالمهم ان تكون كافية لوصول العلم إلى الأفراد بموضوع الأمر المبلغ، ويقع عبء إثبات ذلك على الإدارة. ونرى أن تلتزم الإدارات العامة بالتبليغ تحريريا بان يوقع صاحب الشأن على ظهر الأمر الإداري أو ورقة التبليغ وفقا لقواعد قانون المرافعات المدنية؛ لأنه قد يحصل ان تكتفي الإدارة بالتبليغ الشفوي ما يثير منازعات مستقبلا بشأن مسألة اثباته.

ويجيز المشرع الفرنسي نشر القرارات الإدارية الفردية في الجريدة الرسمية أو النشرات أو الصحف المحلية بحسب نوع القرار وفقا لأحكام القانون الذي ينص على ذلك بهدف إعلام الأطراف الثالثة، كقرارات الترقية ورخص البناء وعند مخاطبة القرار عدد كبير من الأشخاص إذ يعد القاضي النشر كافياً لذلك^(٤). وقد

(١) ينظر: د. خالد احمد حسن: الاجراءات السابقة على العقد الاداري (دراسة مقارنة) مصر - فرنسا وفقا لأحكام المحكمة

الإدارية العليا وإفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع حتى ٢٠١٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٨، ص ٣٠٦.

(٢) ينظر: حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر رقم ٥٨٨ لسنة ٧ق، جلسة ١٩٦٢/١٢/٨، والطعن رقم ٤٦٥ لسنة ٢٧ ق،

جلسة ١٩٨٦/٢/٤. نقلا عن د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: دعوى الغاء القرار الاداري، المصدر السابق، ص ١٨٧.

(3) CE, 5/3 SSR, du 22 octobre 1986, n° 35666, publié sur le site: legifrance.gouv.fr.D:

1/11/2020 T: 9:04p.m.

(4) Michel Rousset et Olivier Rousset : op.cit. p. 154.

يشكل التبليغ وسيلة علانية كافية فيما يتصل بالأطراف الثالثة^(١). إلا ان بعض القرارات وبسبب طبيعتها أو الظروف القاهرة لا يمكن تبليغها، ويصعب تصور التبليغ بالقرارات الضمنية والسلبية^(٢).

ب - الوسائل الفعلية لتحقيق العلانية في القرارات الإدارية: الوسائل الفعلية هي تلك الوسائل التي لم ينص عليها القانون إلا انها تقوم مقام الوسائل القانونية في تحقق العلم الفعلي والغرض من العلانية وتتمثل بوسيلة العلم اليقيني، عن طريق ايصال العلم الحقيقي والكافي بمضمون قرارات الإدارة. إذ ان العلم يجب ان ينصب على مضمون القرار بطريقة مؤكدة لا ظنية وفي تاريخ معين حتى يمكن اعتماد هذا التاريخ في احتساب ميعاد الطعن بالإلغاء^(٣). وكان مجلس الدولة الفرنسي مترددا ومتشددا في قبول فكرة العلم اليقيني وقيامها مقام النشر أو التبليغ؛ لأن هذا العلم يصعب أن يحقق الاحاطة بتفاصيل القرار وأسبابه. ويبدو ان مجلس الدولة الفرنسي بدأ بتضييق تطبيق هذه الوسيلة اكتفاء بالنشر و التبليغ^(٤). وقضت الهيئة العامة لمجلس الدولة العراقي في ٢٠٠٦/٣/٦ بصفتها التمييزية سابقاً بأن من(دواعي تدقيق الدعوى من الناحية الشكلية التثبت من تاريخ تبلغ المدعي بالحكم المعترض عليه أما حقيقة بتوقيع ثابت التاريخ أو حكما بعلم اليقين المفترض وعدم مراعاة المجلس لهذا الجانب يوجب نقض الحكم)^(٥).

الفرع الثاني : نطاق الشفافية والسرية في ركني السبب والغاية

وستتناول في هذا الفرع البحث في نطاق الشفافية والسرية في كل من ركن السبب وركن الغاية، وذلك عبر البندين الآتيين:

أولاً: نطاق الشفافية والسرية في ركن السبب

سبب القرار الإداري هو الحالة القانونية أو الواقعية التي تدفع الإدارة إلى اصداره، ويجب قيام كل

(١) قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن(...الحصول على نسخة كاملة من القرار ... الذي يأذن لـ SOCIETE DEFI FRANCE بتركيب جهاز إضاءة على سطح مبنى في بلدية ليفالوا- برسالة من رئيس البلدية في ٢٤/١١/٢٠٠٣ مرفقة بها وأن السيدة أ قد أبلغت بهذا القرار...و أن فترة التقاضي بدأت ضدها وهي الطرف الثالث اعتباراً من هذا التاريخ ..).

C.E, 2ème et 7ème sous-sections réunies, 11/04/2008, N° 307085, publié sur le site: legifrance.gouv.fr. 2/11/2020, T: 11:04 P.M.

(2) CE, 10/ 1 SSR, du 12 mars 1986, n° 76147, et CE, 4/1 SSR, du 1 avril 1998, n° 169280, publié sur le site: legifrance.gouv.fr. D:1/11/2020 T:9:30p.M.

(٣) ينظر: د. محمد فؤاد عبد الباسط : المصدر السابق، ص ٤٥٩.

(٤) ينظر: د. ماجد راغب الحلو، الدعاوى الادارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٨٩.

(٥) حكمها المرقم ٤٤/انضباط/ تمييز / ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٣/٦، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٦ المصدر السابق، ص ٤٣٥.

قرار على سبب صحيح يسوّغه وان يكون هذا السبب قائماً وقت صدور القرار ويبقى كذلك، ويشترط فيه ان يكون قائماً من الناحية الواقعية ومشروعاً من الناحية القانونية وان ينطبق عليه الوصف القانوني الصحيح ومتناسباً مع محل القرار، ويراقب القضاء الإداري مدى توافر الاعتبارات القانونية والواقعية التي تدفع إلى اصدار القرار واستيفائه شروط صحته وملائمته .

ويتطلب ان لا تكون المعلومات المتصلة بركن السبب سرية حتى في ظل غياب الالزام بالتسبب، ولا يجوز ان يكون السبب اسراراً ادركت بطريق غير مشروع، ولهذا قضى مجلس الدولة الفرنسي وفي حكم قديم عام ١٩٣٩ بإلغاء القرار الصادر استناداً على معلومات افشيت بغير وجه حق^(١). وتكتنف السرية ركن السبب عندما لا تكون الإدارة ملزمة بالإفصاح عن أسبابها في صحيفة القرار فيترك لها حرية ذكرها من عدمه، أو عندما تلجأ إلى ذكر أسباب وهمية أو صورية لإخفاء حقيقة أسبابها أو لعدم وجود أسباب من حيث الأصل، وهنا يأتي دور القضاء في الكشف عن أسباب القرار الحقيقية بما لديه من وسائل.

وقد تمتع الإدارة عن ذكر أسبابها في بعض الحالات خشية المساس بالمصالح العامة أو الخاصة التي تقدرها، وهنا تكون الإدارة حسنة النية في إخفاء أسبابها كعدم ذكر أسباب قرارها برفض اقامة احتفال عام استناداً إلى ما وصل إلى علمها من ان الاحتفال سيساء استغلاله ويتحول إلى مظاهرة يخشى منها على النظام العام أو عدم ذكر أسباب فصل موظف من القيادات الإدارية كونها تمس السمعة والشرف بالنظر إلى ما قدمه هذا الموظف للدولة من خدمات، وفي هذا الإطار قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر بأن قيام الإدارة بنقل موظفاً في السلك الدبلوماسي في وزارة الخارجية إلى هيئة البريد وجعلت لقرارها سبباً وهمياً وهو ان هذا الموظف يزيد عن حاجة العمل بينما كان السبب الحقيقي للقرار ان الموظف لا يصلح لتولي وظائف السلك الدبلوماسي، فلما طعن الموظف في قرار نقله وحاول ان يثبت عدم صحة السبب، توصلت المحكمة الإدارية العليا إلى السبب الحقيقي فبسطت عليه رقابتها وقالت في حكمها انه لا جناح على الإدارة فيما فعلت فهي ارادت ان تحقق مصلحة مشروعة للموظف تتمثل في حرصها على سمعته الوظيفية في الهيئة المنقول إليها، وعلى المحكمة ان تبسط رقابتها على السبب الحقيقي للقرار دون السبب الظاهري، ولا يعد ذلك منها من قبيل احلال سبب مكان آخر لأن السبب في الواقع سبب واحد لم يتبدل ويتمثل بعدم الصلاحية لتولي وظائف السلك السياسي^(٢).

وأن مجلس الدولة الفرنسي يتمتع عن مطالبة الإدارة بالإفصاح عن أسبابها أو تقديم الوثائق المتصلة بها

(١) حكمه في ٢٧ يناير ١٩٣٩ في قضية (Ronouf)، مجموعة دالوز سنة ١٩٣٩، ص ٢٢٥. نقلاً عن د. ماجد راغب الحلو: السرية التنفيذية، المصدر السابق، ص ١٥٣ .

(٢) الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ١١ ق- جلسة ١٩٦٨/١/٦، حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الكتاب الثالث، بلا دار نشر، مصر، ٢٠١٨، ص ٥٨٧.

في الحالات التي يُوجب فيها القانون المحافظة على سرية هذه المستندات، ولذلك ألغى المجلس حكم المحكمة الإدارية لمدينة (Caen) بالزام الإدارة بتقديم المستندات المتعلقة بقرار فصل أحد عمال الانتاج الحربي وذلك لتعلق الأمر بأسرار الدفاع الوطني التي يعاقب قانون العقوبات على افشائها^(١).

إلا أن عدم الافصاح عن الأسباب وحمل القرار على قرينة الصحة لا يغل يد القضاء ولا يمنعه من التحري عن أسباب القرار في ضوء ما يرد في أوراق الدعوى أو من ظروف اصداره وملابساته وبذلك تتحقق سيادة القانون، فيعد دليلاً على عدم مشروعية أسباب القرار أو عدم كفايتها عدم قدرة الإدارة على نقض القرائن التي قدمها المدعي أو امتناعها عن تقديم الوثائق أو المستندات التي تكلفها المحكمة بتقديمها، وهذا ما ينقض قرينة الصحة التي حمل عليها القرار، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر بهذا الصدد بأن (...قرار الغاء الترخيص فضلاً عن شبهة عدم استيفاء الشكل القانوني الذي يتعين ان تتخذ به أن يكون مسبباً يبدو بحسب الظاهر انه لا يقوم على سند من واقع اعتبارات امنية خاصة أو دواعي مصالح عامة تبرره، فإذا كان ذلك ومع تقدير هذه المحكمة القابل والجازم بضرورة النزول على اعتبارات الأمن الذي له التقدير الأوفى فيما يتصل بالترخيص بحياسة الاسلحة إلا أنه وفقاً لأحكام التشريعات التي تنظم هذا الأمر فان الجهة الإدارية يتعين ان تنزل على صحيح حكم تلك التشريعات التي تقيم توازناً بين اعتبارات الامن وبين الحق المقرر للأفراد في هذا الصدد)^(٢).

وقد ألزم القضاء الإداري العراقي في بعض أحكامه الإدارة بالإفصاح عن أسبابها وتقديم ما يسند موقفها وعدّ عجزها عن إبراز السند القانوني الذي يدعم ادعائها سبباً لإلغاء القرار الإداري^(٣).

وما يشجع الإدارة على كتمان أسبابها وبقيائها سرية عدم اشتراط ان يكون سبب القرار الإداري ثابتاً في الأوراق، مما يؤدي إلى امكان ان يكون السبب سرياً وغير ظاهر في صحيفة القرار أو في الملفات، فتبقى أسباب القرار مجهولة لاسيما عندما تكون مبنية على مجرد قناعة أو عقيدة مصدر القرار دون وجود دلائل على ذلك، إذ ينبغي ان تكون قرارات الإدارة مستمدة من اصول تتجنبها وتؤدي إليها وان يجري اثبات ذلك وتسجيله ليس فقط للوصول إلى الأسباب الحقيقية للقرار وانما لتمكين الجهات الرقابية من الوقوف على صحتها. وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر في ذلك إلى انه إذا كان ملف خدمة

(١) ذكره د. اشرف عبد الفتاح ابو المجد: المصدر السابق، ص ٤٨٢.

(٢) حكمها في الطعن رقم ٤٥٥ لسنة ٤٤ قضائية عليا - جلسة ٢٤/٢/٢٠٠١، مجموعة الاحكام السنة ٤٧، ج ١، المبدأ ٦٦، ص ٤٦٦، نقلاً عن د. محمود حمدي عطية: القيمة القانونية لقرينة صحة القرار الاداري، دار ابو المجد، مصر، ٢٠١٨، ص ٩٣.

(٣) حكم رقم ٢٧/انضباط/تميز/٢٠٠٦ في ٦/٢/٢٠٠٦، وينظر الحكم المرقم ٢١٨/انضباط/تميز/ ٢٠٠٦ في ١١/٩/٢٠٠٦، نشر الحكمين في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٦، المصدر السابق، ص ٢٧١ ص ٤٤٤-٤٤٥ تباعاً.

الموظف هو الوعاء الطبيعي الذي تستمد منه المعلومات التي يقوم عليها التقرير السنوي الا انه ليس المصدر الوحيد لبيان حالة الموظف بل ان من بين المصادر التي تستمد منها حالته ما يعلمه رؤسائه وأعضاء لجنة شؤون الموظفين عن شخصيته بحكم صلات العمل، فإذا كان ما يعلمونه عنه ولد عندهم عقيدة ارتضاها وجدانهم واقتنعت بها ضمائرهم فان النتيجة المترتبة على هذه العقيدة تكون قد استخلصت من أصول موجودة مادام لم يقدّم الدليل الايجابي على الانحراف بالسلطة أو اساءة استعمالها^(١).

كما انه وفي الحالات التي لا يشترط فيها القانون وجوب قيام القرار على أسباب محددة فان للإدارة سلطة تقديرية في اختيار ما تشاء من أسباب تراها صالحة لبناء قرارها فان هي افصحت عن سبب قرارها بإرادتها كان للمحكمة أن تراقب صحة قيام هذا السبب، أما إذا لم تعلن عن السبب ولم يكن هناك نصا يلزمها بذلك فنتيجة ذلك صعوبة رقابة السبب، فالسبب موجود وقائم الا انه يعيش في كوامن الإدارة كما انه يتمتع بقرينة الصحة المفترضة لحين إثبات العكس، وكثيرا ما يصعب على المدعي ذلك إذ لا تيسر له معظم وسائل الإثبات، وهذا ما يضعف إمكانيات الرقابة على السبب وما يضطر القضاء إلى اللجوء إلى فكرة الباعث واساءة استعمال السلطة، أما إذا كانت سلطة الإدارة مقيدة عن طريق تحديد المشرع الوقائع التي يجب ان تبني عليها قرارها وأن لم يفصح عنها في صحيفة القرار؛ فسلطة الإدارة مقيدة بتبني السبب أو أحد الأسباب التي يعينها القانون وبذلك يمكن للقضاء أن يراقب قيام تلك الوقائع وتقديرها.

ثانياً: نطاق الشفافية والسرية في ركن الغاية

يتسع نطاق السرية في عنصر الغاية في القرار الإداري بسبب طبيعة هذا العنصر والمتصل بنية مصدر القرار وارتباطه بعناصر نفسية يصعب الغور في اعماقها والتعرّف على القصد الحقيقي لمصدر القرار، فيظهر القرار أهدافا غير ما يُبطن مما يجعل السرية تتال حيزا كبيرا فيه، فيعد انحرافا بالسلطة تحقيق غايات وهمية أو ظاهرية خلاف الواقع وكتمان الإدارة للأهداف الحقيقية، وذلك من تطبيقات السرية المرفوضة. ويقصد بعنصر الغاية في القرار الإداري النتيجة النهائية المقصود تحقيقها بصور القرار الإداري، وتتمثل غاية القرار بتحقيق المصلحة العامة وهي الهدف من أعمال الإدارة كافة، أو تحقيق الهدف الذي حدده المشرع لها وبخلافه يكون قرارها معيبا بغيب الانحراف بالسلطة وجديرا بالإلغاء.

وتزداد محاولات الإدارة كتمان أهدافها الحقيقية عندما تكون سلطتها تقديرية؛ إذ يترك المشرع لها حرية اختيار وجه المصلحة العامة الذي تراه ملائما وحرية التدخل من عدمه واختيار وقت التدخل وفحوى القرار ولا يقيد بها في ذلك الا عدم الانحراف بالسلطة فتتبنى أهدافا صورية بعيدة عن المصلحة العامة نحو اصدار القرار بهدف الانتقام أو لأغراض شخصية أو سياسية، أما في حالة السلطة المقيدة فالمشرع

(١) (حكمها في ١٦/١/١٩٦٦، ص ١١، ٣٣٤، نقلا عن د. ماجد راغب الحلو: السرية التنفيذية، المصدر السابق، ص ١٥٦).

يحدد للإدارة هدفا مخصصا ينبغي عليها تحقيقه لذلك يصعب عليها كتمان هدفها الحقيقي ومع ذلك قد تتستر وراء هذا الهدف للوصول إلى هدف غير ظاهر نحو التباطؤ في رفع الحجز عن البضاعة أو تحديد تاريخ متأخر للإفراج عن البضاعة المحتجزة قصد الاضرار بصاحبها وتعريضها للتلف^(١)، وكذلك الحال عند اساءة استعمال الادارة الاجراءات بهدف تحقيق اهداف لم توضع تلك الاجراءات من اجلها.

ويسهم إفصاح الإدارة عن أهدافها في صلب القرار الإداري في الكشف عن الهدف الحقيقي له ويسهل من مهمة القضاء في الرقابة على هذا العنصر الا ان الإدارة عادة لا تذكر ذلك وان ذكرته فتستخدم عبارة (المصلحة العامة) وهي فكرة عامة وغامضة ولا تقدم معيارا منضبطا لقياس تحقق انحراف الإدارة من عدمه، ولذلك لا يمكن الركون اليها للكشف عن الأهداف الحقيقية للقرار، ومع ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها في ٢٠٠٨/١١/١٢ إلى انه (... ومن ثم يكون هذا القرار فيما تضمنه من تعيين المدعي في وظيفة اخصائي ثالث بإدارة أوسيم دون بقية زملائه دون بيان الأسباب أو الباعث الذي استندت اليه جهة الإدارة في ذلك - مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة حيث خلت الأوراق تماما ولم تقدم جهة الإدارة ثمة سبب أو باعث لقرارها أو انها تغيت وجه المصلحة العامة في اصداره مما يكون معه هذا القرار قد صدر مخالفا للقانون)^(٢).

ولذلك يمكن الاعتماد على عناصر القرار الأخرى كشكل القرار نفسه وما يرد فيه من عبارات و تسبيب في الكشف عن الهدف الحقيقي من القرار، فهناك ارتباط وثيق بين أسباب القرار وأهدافه فكلما فسد السبب في القرار فسدت أهدافه في اكثر الاحوال، ويعني ذلك ان الغاء القرار سيكون لعيب في السبب وليس الغاية على أساس أن العيب الذي يصيب غاية القرار هو عيب نفسي. ولهذا ونظرا لصعوبة أو عدم قطعية القول بتحقيق الصالح العام إذا ما اعتمدنا على الرقابة الذاتية اي على نية مُصدر القرار فإنه يمكن الركون إلى العنصر الموضوعي في القرار وهو السبب وتستطيع سلطة الرقابة التأكد من صحة قيامه لتقييم قرينة على استهداف القرار لغرضه الموضوعي دون حاجة إلى البحث عن نية مُصدر القرار، فالعبرة في تحقيق الصالح العام هو ان يأتي القرار استجابة لمتطلبات الواقع واحتياجاته و ذلك يكفل للقرار تحقيق غرضه المنشود، فيستطيع القاضي عن طريق فحص الوقائع المبررة لإصدار القرار التثبت من مدى تحقيق القرار لغايته والكشف عنها^(٣). أما في نطاق السلطة المقيدة إذ يحدد المشرع سبب

(١) د. ماجد راغب الحلو: السرية التنفيذية ، المصدر السابق، ص ١٦٩.

(٢) الطعن رقم ١٢١٧٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ٢٠٠٨/١١/١٢، نقلا عن د. محمد ماهر ابو العينين، تطور قضاء الالغاء، المجلد ٢، المصدر السابق، ص ٩٠٥.

(٣) قضت المحكمة الادارية الاستئنافية في نانت بأن (أسباب رفض منح ترخيص هو ان طلب الحصول على الترخيص لتطوير حديقة ترفيهية سكنية في منطقة غير مصرح بها في المنطقة المطلوب اقامة المشروع عليها اي المتنزهات الترفيهية السكنية ، ومن جانب آخر انه بموجب احكام ...لائحة التخطيط العمراني المحلي، يجب ان يكون لأسطح=

القرار وباستيفائه سيحقق القرار هدفه المحدد حتما، وتخلف السبب يؤدي إلى عدم تحقيق الصالح العام أو الهدف المقصود، أما في نطاق السلطة التقديرية وعندما تبلغ رقابة الوقائع أوجها فإذا ذكرت الإدارة أسبابها راقب القضاء تلك الأسباب وصحة تكييفها وملائمتها، وفي وجوه هذه الرقابة ما يكفي للكشف عن هدف القرار ومدى تحقيقه للارتباط الوثيق بين أسباب القرار وأهدافه. أما إذا لم تفصح الإدارة عن أسبابها ولم يكن هناك التزام بالتسبب الوجوبي ففي مثل هذه الحالات وعند تعذر رقابة الوقائع تظهر رقابة الغرض الذاتي بوصفها وسيلة للرقابة على الغرض الموضوعي فيأتي دور عيب الانحراف بالسلطة ليمارس دوره الاحتياطي في الكشف عن هدف القرار و رقابة تحقيقه لغايته^(١).

إن عيب الانحراف بالسلطة هو عيب خفي أو مستتر ومن الصعوبة الكشف عنه وإظهاره للعلن إذ يستقر في بواضع الإدارة الكامنة في نفس مصدر القرار، وذلك يأتي انسجاما مع طبيعته. ونظرا لذلك فإن القضاء الإداري توسع في نطاق المصادر التي يستند إليها في إزالة الستار عن أهداف القرار وأثبت مدى انحراف الإدارة من عدمه ومنها الرجوع إلى نصوص القرار ذاته وهو الأمر الذي كان مجلس الدولة الفرنسي يتمسك به في أوائل أحكامه على أن يكون القرار صريحا، ثم تطور قضائه بعد ذلك إلى إمكان الكشف عن أهداف القرار عن طريق الرجوع إلى سائر أوراق الدعوى والقرائن المحيطة بالنزاع^(٢).

=المباني المخصصة للاستخدام السكني منحدرين رئيسيين مع منحدر بين ١٦ و ٢٦ درجة وان منحدر اسطح المباني المفترضة هو ٣٠ درجة...وفي ذلك تجاهل لأحكام اللائحة اعلاه... كما انه لا يوجد اي شرط معين كان من شأنه ان يجعل من الممكن الامتثال لهذه الاحكام الامر الذي كان يتطلب تعديلا جوهريا في المشروع...ولم يتم اثبات ان الغرض الوحيد من القرار المطعون فيه هو اعاقه بيع البلدية لأرض قاعدة المشروع وبالتالي سيكون مشوبا بإساءة استخدام السلطة...).

CAA de Nantes, 2^{eme} chambre, 2-7-2013, 12NT00101, Inédit au recueil Lebon, publié sur le site: legifrance.gouv.fr. 30/8/2021 T: 12:22A.M.

(١) د. محمد ماهر ابو العينين، تطور قضاء الالغاء، المجلد ٢، المصدر السابق، ص ٨٥٤-٨٥٦.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الموسوعة الادارية الشاملة في الدعاوى والمرافعات الادارية (أصول اجراءات التقاضي والاثبات في الدعاوى الادارية)، الكتاب الثاني، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٣، ص ٤١٠-٤٢٢.

المبحث الثاني: دور القضاء الإداري في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في القرار الإداري

لاشك أن رقابة القضاء هي اكمل انواع الرقابة واكثرها ضمانا للحقوق والحريات وصونها والذود عنها، وللأفراد حقوقا مرتبطة بالشفافية نحو حق الاطلاع على المعلومات والوثائق وفي العلانية والافصاح والمشاركة وغيرها من الحقوق المتصلة بها ، كما لهم الحق في سرية بعض المعلومات المتصلة بحياتهم الخاصة والسرية الصحية وغيرها من صور السرية الواجبة، ولذلك يمكن أن يشكل القرار الإداري في بعض الاحوال اعتداء على تلك الحريات والحقوق في أي من أركانه؛ إذ يوجد في كل ركن منها مظاهر للشفافية والسرية، ولهذا كان لابد من قيام القضاء بالتوفيق بين المصالح كافة. ما يدعونا ان نتناول الدور الايجابي للقضاء الإداري في تحقيق التوازن بين المتقاضين ووسائله في تحقيق هذا التوازن بين الشفافية والسرية في القرار الإداري وذلك عبر المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: الدور الايجابي للقضاء الإداري في تحقيق التوازن بين المتقاضين

يختلف دور القاضي في الدعوى الإدارية عنها في الدعاوى الأخرى، إذ يؤدي القاضي الإداري دوراً إيجابياً فيها عن طريق توجيه الخصومة وتيسير دور أطراف الدعوى فيها بما يراه ضرورياً وفي توزيع عبء الاثبات عليهم بحسب مجريات الدعوى ومن دون أن يؤثر ذلك على حياده بغية تحقيق التوازن بين أطراف الدعوى ولبلوغ الحقيقة وانصاف المتقاضين وتحقيق العدالة ومبدأ سيادة القانون الذي يجب ان يسود روابط القانون العام.

و يبرز الدور الايجابي للقاضي في تعامله مع قرينة صحة القرار الإداري لما لها من أهمية في الاثبات، ولأجل ذلك سنتناول بيان هذا الدور الايجابي للقاضي الإداري عن طريق بيان عبء الاثبات في الدعوى الإدارية وكيفية توزيعه بين أطرافها وحرية القاضي في الاثبات التي تسهم في تمكنه من القيام بهذا الدور وذلك في الفرع الأول وبيان قرينة صحة القرار الإداري ودور القاضي ازلها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: عبء الاثبات في الدعوى الإدارية

يقصد بعبء الاثبات المسؤولية عن إقامة الدليل على صدق الادعاء أمام القاضي وهو يقع كأصل عام على المدعي في الدعوى الإدارية كما هو الشأن في كل من الدعوى المدنية والجنائية^(١). إلا ان

(١) حكم المحكمة الادارية العليا بمصر رقم ٢٠٢٩ لسنة ٣٤ ق . جلسة ٢٠٠٠/٢/١، نقلا عن د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الموسوعة الادارية الشاملة في الدعاوى والمرافعات الادارية، المصدر السابق، ص ٢٥١.

القاضي الإداري يمارس دوره الايجابي في توزيع هذا العبء بين أطراف الدعوى، الأمر الذي سنتولى بيانه عن طريق البندين الآتيين:

أولاً: توزيع عبء الإثبات في الدعوى الإدارية: تتسم العلاقة بين أطراف الدعوى الإدارية بأنها علاقة غير متعادلة أو متوازنة، ويعود ذلك لما تتمتع به الإدارة من امتيازات القانون العام المتمثلة بسلطتها في اصدار القرارات الإدارية بإرادتها المنفردة، و امتلاكها كل ما يتصل بمراحل صنع تلك القرارات من أعمال تحضيرية أو تمهيدية ووثائق من مخاطبات إدارية وطلبات واستشارات والآراء المقدمة بشأنه، فضلاً عن امتيازات الإدارة بالتنفيذ لقراراتها في حق الأفراد، كما ان الطعن بهذه القرارات لا يوقف تنفيذها كأصل عام، إلا أن هذه الامتيازات ليس من شأنها إهدار حقوق الأفراد ولهذا يؤدي القضاء دوراً حاسماً في تحقيق التوازن بين المتقاضين.

وتظهر الإدارة عموماً في الدعوى الإدارية بمركز المدعى عليه أما الأفراد والأشخاص الأخرى فيظهرون بمركز المدعي، وكقاعدة عامة يقع عبء الإثبات على المدعي استناداً للقاعدة الاصولية التي تقول بأن (البينة على من ادعى واليمين على من انكر)^(١)، كما يؤكد قانون المرافعات المدنية العراقية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل على وجوب أن يقدم المدعي مع عريضة دعواه الادلة كافة المتوفرة لديه لإثبات طلباته وعدم مشروعية القرار أو على الاقل التشكيك في تلك المشروعية، إذ ينص على ان عريضة الدعوى يجب أن تشتمل على (... وقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيدها)^(٢).

وهذا الأمر يزيد من العبء الملقى على عاتق المدعي في الدعوى، فضلاً عن قرينة الصحة التي تتمتع بها القرارات الإدارية لحين اثبات عكس ذلك، وإزاء عدم التوازن بين طرفي الدعوى فان القاضي الإداري يؤدي دوراً ايجابياً في محاولة تحقيق التوازن بينهما منذ بدئها وحتى صدور الحكم النهائي فيها .

والأصل أن من يدعي خلاف الأصل يقع عليه عبء اثبات ما يدعيه، غير ان هذا العبء ونتيجة الدور الايجابي للقاضي الإداري ينتقل بين طرفي الدعوى إلى ان يستقر عند الطرف الذي يعجز عن اثبات عكس الادعاء مما يعني خسارته للدعوى. فالقاضي وبهدف تخفيف العبء عن المدعي يلزم الإدارة بتقديم ما تحت يدها من وثائق أو مستندات ومعلومات متعلقة بالقرار المطعون به ولها أثراً في حسم الدعوى وفي إثبات صحة الادعاءات، فإذا لم تمثل الإدارة لذلك بأن أمتنعت عن تقديمها قامت

(١) يقع عبء الإثبات في بعض الحالات على الإدارة وليس المدعي، اذ يقع على الإدارة عبء اثبات نشر القرار الاداري او تبليغ صاحب الشأن او علمه في تاريخ معين اذا ما دفعت الإدارة بعدم قبول الدعوى او في اثبات التفويض بالتوقيع، ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا في مصر بالطعن رقم ٤٢٨٦، لسنة ٣٥، ق، جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٦. نقلاً عن د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الموسوعة الادارية الشاملة في الدعاوى والمرافعات الادارية، المصدر السابق، ص ٢٥٣.

(٢) المادة (٦) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩. منشور بالوقائع العراقية العدد ١٧٦٦ في ١٠/١١/١٩٦٩.

قرينة لصالح المدعي ينتقل بموجبها عبء الاثبات إلى الإدارة وهذه القرينة فاعليتها تبقى قائمة على استجابة الإدارة لطلب القاضي وتقديم ما لديها من معلومات أو وثائق لدفع ادعاء عدم المشروعية عن قرارها والا فان ذلك الامتناع يعد بمثابة تسليم بطلبات المدعي^(١).

ولا ينتظر القاضي من الإدارة ان تبادر من تلقاء نفسها بتقديم تلك الأوراق أو ان تقر بخطئها وعدم مشروعية قرارها فهي نادرا ما تفعل ذلك، ولذلك يكفي حتى يلزمها بتقديم تلك الأوراق ونقل عبء الاثبات اليها بان يقدم المدعي أولا ما يزعم قرينة الصحة التي يتمتع بها القرار ويثير الشك في مشروعيته.

وعلى الرغم من تأييد اكثر الفقه لمبدأ القاء عبء الاثبات على المدعي^(٢)، الا ان هناك من يرى توزيع هذا العبء على أطراف الدعوى بحيث يتحمل كل طرف نصيب منه يتولى القاضي تحديده عند ادارته للدعوى للتخفيف عن كاهل المدعي؛ لأن عجزه على الاثبات يوصله إلى خسارة دعواه في كل مرة لعدم قدرته على الاثبات بسبب حيازة الإدارة الادلة التي من شأنها حسم الدعوى لصالحه، فضلاً عن ان ذلك يمنع الدعوى الإدارية من الوصول إلى غايتها في الحفاظ على مبدأ المشروعية وحماية الحقوق والحريات وانصاف المتقاضين وإزالة الأوضاع غير المشروعة من الحياة القانونية، ورغم ان هذا الرأي هدفه حماية المدعي بالدعوى ومواجهة عجزه على الاثبات الا ان الدور الايجابي للقاضي الإداري كفيل بإعادة التوازن بين طرفي الدعوى وفقاً لظروفها وملابساتها دون حاجة إلى فرض اسلوب معين عليه^(٣).

ثانياً: حرية القاضي الإداري في الاثبات: الأصل ان طرائق الاثبات واسعة أمام القضاء الإداري مما يعطي للقاضي حرية واسعة في تكوين قناعته عن طريق ما يراه من ادلة الاثبات، وهذه الادلة متساوية كأصل عام في مجال الدعوى الإدارية والتي يوصف الاثبات فيها بأنه قضائي، ويمكن اثبات الوقائع المادية والقانونية بكافة طرائق الاثبات المقبولة أمام القضاء الإداري.

وهذا يعني ان للقاضي دور ايجابي يسوغ له تقدير الادلة التي لم يحدد لها القانون قيمة معينة بالمقارنة مع الادلة الأخرى، واستخلاص القرائن التي تساعد في الاثبات واستنباط الحقيقة والكشف عنها، ومنحه هذه الحرية يساعده في تحقيق هدفه في احقاق الحق والوصول إلى العدالة بما يكفل موافقة الحقيقة

(١) ينظر: احكام المحكمة الادارية العليا بمصر في الطعون رقم ٢١٧٢ لسنة ٣٧ ق- جلسة ١٩٩٦/٥/٢٨، ورقم ٦٧٧٧ لسنة ٤٢ ق، جلسة ٢٠٠١/١٢/٣٠، ورقم ٣٦٢٧ لسنة ٣٧ ق، جلسة ١٩٩٧/٣/١. نقلاً عن د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : المرافعات الادارية أمام القضاء الاداري، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠٠٨، ص ٢٦٢.

(٢) ومنهم كل من الفقهاء ريفيرو ودي لوبادير ودباش، ينظر: د. برهان خليل زريق: نظام الاثبات في القانون الاداري، ط١، مطبعة الداودي، دمشق- سوريا، ٢٠٠٩، ص ٢٩٣

(٣) مرعي محمد عبدالله الفلاح: الاثبات بالقرائن أمام القضاء الاداري دراسة تحليلية مقارنة ، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ٢٠١٨، ص ٨٦- ٨٧ وص ٩٠.

القضائية مع الواقع، كما يسمح له ذلك الموازنة والترجيح بين الأدلة المختلفة ليكون ميزان عدل بين الطرفين من غير ان يفقد حياده بينهما فلا يحل محلها ولا ينحاز لأيهما^(١). وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا بمصر اعتناق القضاء لمذهب الاثبات الحر بالقول بأن (للقاضي ان يحدد بكل حريته طرق الاثبات التي يقبلها وأدلة الاثبات التي يرتضيها وفقا لظروف الدعوى المعروضة عليه)^(٢).

وتبعاً لذلك يتمتع القاضي الإداري بسلطة تقديرية واسعة في اختيار ما يراه مناسباً من وسائل الاثبات غير مقيد في ذلك بطلبات الخصوم كونه هو من يوجه الدعوى والمسؤول عن تحقيق العدالة فيها ومن ثم سيكون من المناسب عدم تقييد حريته في اختيار الوسيلة التي توصله إلى تلك النتيجة، فالخصومة الإدارية أمانة في يد القاضي يشرف عليها وعلى حسن سيرها وتحضيرها ويقوم بدور ايجابي فيها ولا يترك أمرها إلى الخصوم، وله اختيار وسيلة الاثبات التي يراها كافية وملاءمة في الدعوى ابتداءً إلا أنه لا يلزم بنتيجتها انتهاء فله الاخذ بما افرزته من نتيجة أو الاخذ بجزء منها أو طرحها كلياً إذا لم يقتنع بها، إلا أن حرية القاضي في ذلك مقيدة بالاستجابة إلى طلبات أطراف الدعوى وبعدم الأمر بوسائل غير مجدية في الاثبات^(٣).

ويرى بعض الفقه أن هذه الحرية التي يتمتع بها القاضي الإداري من شأنها اطلاق يده في الاخذ بالأدلة أو استبعادها وطرحها جانباً وفقاً لقناعته ما يؤدي إلى اصدار أحكام مختلفة باختلاف المحاكم رغم وحدة الوقائع ومن ثم اضعاف الثقة بأحكام القضاء الواجب تحقيقها^(٤)، غير أنه يمكن الرد على ذلك بالقول بأن هذه الحرية تأتي انسجاماً مع الطبيعة الخاصة للدعوى الإدارية والتي يختل التوازن فيها بين أطراف الدعوى لصالح الإدارة، ولذلك لا بد من تدخل القاضي بشكل ايجابي وتحقيق التوازن بين الطرفين، وذلك الدور لا يمكن أن يضطلع به القاضي دون منحه الحرية اللازمة في الاثبات وفي تقدير الأدلة المتاحة والاخذ بما يراه لازماً وفقاً لقناعته ويترك ما عداه دون أن يفرض عليه دليل أو أسلوب عمل معين في ذلك، وهذه الحرية منحت القاضي الإداري القدرة على خلق القواعد القانونية وابتكار الحلول والاجتهاد وصولاً إلى احقاق الحق وحماية الحقوق والحريات، ناهيك على أن هذه الحرية لا يمكن أن يتصور أن

(١) د. طعيمة الجرف: رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة قضاء الالغاء، بلا رقم طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٣١٨. د. احمد كمال الدين موسى: نظرية الاثبات في القانون الاداري دراسة مقارنة، ط ١، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٤٤.

(٢) حكمها في الطعن رقم ٣٠٦٣ لسنة ٣١ ق، جلسة ١٩٨٨/٢/٢٠، نقلاً عن د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : المرافعات الادارية أمام القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٢٦٦ و ص ٢٧٢.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الموسوعة الادارية الشاملة، المصدر السابق، ص ٣٦٢.

(٤) د. احمد كمال الدين موسى: المصدر السابق، ص ٤٩، وينظر: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : المرافعات الادارية أمام القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٢٦٧.

تكون مطلقة فهي رغم اتساعها تخضع لرقابة المحاكم الإدارية العليا هذا من جانب ومن جانب آخر ترد بعض القيود على سلطة القاضي والتي لا يجوز تجاهلها أهمها احترام الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي فيه، وعدم جواز استعانتة بأدلة الإثبات التي لا تتسجم وطبيعة دعوى الإلغاء نحو اليمين التي يعتمد عليها القضاء في الدعاوى الأخرى، كما يلتزم القاضي بالمبادئ العامة للتقاضي وضماناته وحقوق الدفاع وتطبيقاً لذلك لا يجوز له الحكم بناء على علمه الشخصي، وهذا أصلاً من اصول التقاضي و يجب ان يؤسس قناعته على ادلة يقدمها اصحاب الشأن ويتمكنوا من مناقشتها وفقاً لقواعد المرافعات الإدارية فضلاً عن اتباع قواعد العقل والمنطق في تكوين عقيدته وان تكون تلك العقيدة مستمدة من اصول تنتجها أوراق الدعوى^(١).

وبهذا يتبين مدى حرية القاضي في مجال الأثبات في الدعوى الإدارية وما يتمتع به من سلطات واسعة تأتي انسجاماً مع طبيعة هذه الدعوى ومركز المتقاضين فيها ، وهذه الحرية تساعد في تقييم ادلة الإثبات وتكوين قناعته والتوفيق بين المصالح العامة والخاصة وتحقيق التوازن في العلاقات القانونية.

الفرع الثاني: قرينة صحة القرار الإداري

سنتناول في هذا الجانب من الدراسة بيان مفهوم هذه القرينة ودورها في الإثبات وسلطة القضاء الإداري إزائها وذلك عن طريق البندين الآتيين:

أولاً: مفهوم قرينة صحة القرارات الإدارية : صحة أو سلامة القرار الإداري هي قرينة قضائية فرضتها الثقة الواجبة في أعمال الإدارة وبأن الأصل في الأشياء الصحة، وتتضمن هذه القرينة افتراضاً بان القرارات الإدارية كافة ومنذ صدورهم تكتسب المشروعية وهذا الافتراض يبقى قائماً لحين اثبات ما ينقضه عندها تفقد هذه القرينة قيمتها، فالقرارات الإدارية انما تكون نتيجة التزام موظفي الإدارة بالإخلاص والنزاهة والمسؤولية في اداء الواجبات ومراعاة الحيدة التامة فيها، وأن القرار يصدر بعد المرور بالعديد من المراحل والالتزام ببعض الاجراءات وخضوعه للرقابة الرئاسية.

وتجد هذه القرينة أساسها القانوني في مبدأ حسن سير المرفق العام ووجوب استمراره في تقديم خدماته بانتظام واطراد فضلاً عن ضرورات الحفاظ على النظام العام، وليس ذلك فحسب إذ هناك افكار أخرى يمكن ان تكون أساساً قانونياً لهذه القرينة تتمثل بنظرية الظاهر في القانون الإداري وضرورة الحفاظ على استقرار المعاملات وحماية الغير حسن النية، فضلاً عن انها تأتي تطبيقاً مباشراً لمقتضيات الامن القانوني وضرورة استقرار المراكز القانونية والمحافظة على الحقوق المكتسبة للأفراد^(٢).

(١) نصت على ذلك المادة (٨) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ النافذ.

(٢) د.محمود عطية:المصدر السابق،ص٢٧،ود.محمد ماهر ابو العينين: تطور قضاء الالغاء،مج٣،المصدر السابق،ص١١.

ويمتد نطاق قرينة الصحة للقرارات كافة وان كانت معيبة مادام العيب لم يبلغ من الجسامة ما ينحدر بها به إلى مستوى الانعدام، وتتأتى أهمية قرينة الصحة في ظل التطور المستمر لرقابة القضاء الإداري على مشروعية القرار الإداري وبحث الوقائع التي يقوم عليها والتي وصلت إلى رقابة ملاءمة القرار والرقابة على الموازنة بين المنافع والاضرار والموازنة بين المصالح مما يقلص من السلطة التقديرية للإدارة، وقرينة الصحة المقررة لصالح القرارات الإدارية لم تنص عليها التشريعات الإدارية المختلفة وانما هي قرينة قضائية استقر عليها القضاء، وقضت في ذلك المحكمة الإدارية العليا بمصر بان (الأصل في القرارات الإدارية صحتها وانها بذاتها دليل على هذه الصحة وعلى توافر الاركان القانونية الموجبة للصحة وان الغاية فيها المصلحة العامة مالم يقدم المتضرر من القرار الإداري عكس هذه القرينة ومن ثم يقع عبء الاثبات عليه)^(١).

وتؤدي قرينة صحة القرارات الإدارية دوراً أساسياً في عملية الاثبات في الدعوى الإدارية وتفرض على المدعي وجوب تقديم ما يثبت عدم مشروعية القرار أو على الأقل زعزعة هذه القرينة ليتمكن القاضي من الاستمرار في نظر دعواه وفحصها، فهي تفرض عليه ان يبدأ بأول خطوة في الدعوى، ولهذا تمثل هذه القرينة ضماناً مؤقتة لعدم المساس بالقرارات واستمرارها في ترتيب آثارها القانونية. ويترتب على تمتع القرار بقرينة الصحة عدة نتائج مهمة تتمثل بالآتي:

١- اكتساب القرار المشروع منذ صدوره وهذا الأمر يخول الإدارة تنفيذه مباشرة ومن تاريخ صدوره، والمخاطبون به ملزمون باحترام ما جاء به من أحكام، وهذا هو الأصل إذ لا يجري وقف تنفيذه وان طعن بها أمام القضاء، ويعد ذلك نتيجة مباشرة لتمتع القرار بقرينة الصحة. ودرج المشرعين الفرنسي والمصري على تأكيد الاثر غير الموقف للطعن في القرارات الإدارية أمام مجلس الدولة مع جواز الخروج على ذلك في حالات معينة عند توافر شروط محددة تتمثل بشرط الاستعجال والجدية في طلب الالغاء مع وجوب طلب ذلك من صاحب الشأن^(٢)، أما في العراق رغم ان المشرع في قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل لم ينص على ذلك إلا أن ما جرى عليه العمل في محاكم مجلس الدولة هو عدم وقف

(١) حكم المحكمة الادارية العليا بمصر بالطعن رقم ٩٨١ لسنة ٤٤ ق.ع، بجلسة ٢٧/١١/٢٠٠١، والطعن رقم ٣٣٩٩ لسنة ٣٨ ق.ع-جلسة ٢٩/١/٢٠٠٢، نقلا عن د.محمد ماهر ابو العينين:تطور قضاء الالغاء،مج ٣،المصدر السابق،ص٩-١٠.
(٢) نصت المادة(14-811R) من قانون القضاء الاداري الفرنسي على انه (مالم ينص على خلاف ذلك ليس للاستئناف اثر ايقافي مالم يأمر قاضي الاستئناف بخلاف ذلك وفقا للشروط المنصوص عليها) واجازت المادة (15-811R) منه وقف التنفيذ بناء على طلب المستأنف اذا ظهرت الجدية في طلب صاحب الشأن ويحتمل ان يبرر الغاء القرار المطعون فيه او تعديله. كما ينظر نص المادة (٤٩) من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

التنفيذ إلا في بعض الحالات اقتداء بموقف القضاء الإداري المقارن^(١).

٢- إن عدم تسبب القرار يعد نتيجة غير مباشرة لقرينة الصحة التي تتمتع بها القرارات الإدارية إذ يفترض ان القرارات كافة تصدر بناء على أسباب مشروعة، وأوضح مجلس الدولة الفرنسي ذلك في حكمه الصادر بتاريخ ١٣/٤/١٩٦٢ في قضية (Clermont-Felrand) بوجوب تسبب القرارات الصادرة عن لجنة الشهرة الطبية استناداً إلى انها تتماثل في التشكيل مع لجنة تجميع الاراضي التي انتهت مجلس الدولة الفرنسي إلى تقرير مبدأ التسبب الوجوبي على قراراتها وذلك بصدد تعرضه لدعوى (بيلارد) سنة ١٩٥٠، واخذت المحكمة بالرأي الذي انتهى إليه المقرر العام (مفوض الحكومة) وقررت ان مثل هذه القرارات واجبة التسبب، وكانت الفرصة سانحة للمجلس لتقرير التسبب الوجوبي الا انه رأى عدم الانساق وراء المحكمة الإدارية وألغى حكمها السابق تأسيساً على ان مبدأ (لا تسبب الا بنص) يعد نتيجة غير مباشرة لقرينة الصحة التي تتمتع بها القرارات الإدارية^(٢).

ويرى رأي فقهي ونتفق معه بان سياسة الشفافية الإدارية يجب أن تسود أعمال الإدارة كافة وان تكون قراراتها خاضعة لقاعدة التسبب على الرغم من تمتعها بقرينة الصحة إذ لا يجب ان تكون هذه القرينة سبباً للتهرب من التسبب؛ لأن النظر إلى تمتع القرار بهذه القرينة يكون بعد ان يتبين من مظهره الخارجي صدوره مستكملاً عناصر المشروعية وهو ما لا يتحقق الا بصدر القرار متضمناً أسبابه، وبذلك لا يحتاج التسبب نصاً صريحاً يقرره فهو واجبا تفرضه متطلبات المشروعية وسيادة حكم القانون إذ يعد مؤشراً على احترام الإدارة للقانون^(٣).

٣- حمل القرار على أصل الصحة في حالة تعدد الأسباب والغايات .

إن تطبيق قرينة الصحة يجب ان يراعي ابتداء مدى استيفاء القرار مظهره الخارجي السليم قانوناً وفقاً للقواعد الحاكمة للشكل، وان لا يخالف أحكام القانون بشكل واضح نحو مخالفة قواعد الاختصاص لاسيما وانه يعد من النظام العام والا افتقد القرار تلقائياً ما يلزمه من قرينة الصحة. لذلك لا ينبغي بالقاضي ان يجعل من قرينة الصحة ستاراً للإدارة لدفع عدم المشروعية عن قراراتها، وان يضمن وصول

(١) قضت المحكمة الادارية العليا في العراق بانه (يشترط لإصدار امر ولائي بإيقاف تنفيذ قرار اداري توافر عنصر الجدية في الدعوى وعدم امكانية تدارك الآثار المترتبة على تنفيذ القرار الاداري) حكمها المرقم ١٥٨/ قضاء موظفين - تمييز/٢٠٢٠ في ٦/٢/٢٠٢٠، وينظر: ٧٣٩/ قضاء اداري- تمييز/ ٢٠١٥ في ٧/٤/٢٠١٦، منشورة في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠٢٠، المصدر السابق، ص ٢٩٢. وقرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٦، المصدر السابق، ص ٥١٣ تباعا.

(٢) د. محمود حمدي عطية: المصدر السابق، ص ١٢.

(٣) د. محمود حمدي عطية: المصدر السابق، ص ١٣٦.

حق التقاضي لأهدافه ويحقق فوائده العملية وعدم الاتجاه بقرينة الصحة إلى تحصين القرار الإداري من الرقابة القضائية لاسيما في نطاق السلطة التقديرية للإدارة وعدم التزامها بالتسبيب؛ لأننا بذلك انما ننتهي إلى النتيجة ذاتها التي تنتهي إليها فكرة تحصين القرارات الإدارية من الطعن القضائي.

ثانيا: سلطة القضاء الإداري ازاء قرينة صحة القرارات الإدارية: ان القاضي ووفقا للسلطات الممنوحة له ودوره الايجابي في إدارة الخصومة الإدارية يظل ملتزما بإعمال أوجه الرقابة القضائية على القرار الإداري المطعون فيه وان كان القرار يتمتع بقرينة الصحة فلا تعارض بينها وبين ممارسته لدوره في الرقابة لاسيما عندما يأتي القرار خاليا من أسبابه. كما ان إعمال الرقابة على وجهها الصحيح يسهم في تحقيق فاعلية قرينة الصحة، وهذا ما يمكن للقاضي تحقيقه عبر ما يمارسه من دور إيجابي في التعامل مع هذه القرينة، والذود عن حقوق الأفراد في التقاضي في مواجهة اي محاولات من الناحية العملية لتحسين القرارات الإدارية من رقابة القضاء تحت اي مسمى.

وعلى الرغم مما يقال من مسوغات لتمتع القرارات الإدارية بقرينة الصحة ولاسيما فيما يتصل بالضمانات المحيطة بإصدار القرار وما يجتازه من اجراءات قبل صيرورته نهائيا، إلا أن الواقع العملي ينبئ احيانا عن عدم تحقق تلك الضمانات والاعتبارات عن طريق ما تسجله أحكام القضاء من اعتداءات صارخة على القانون، ولذلك على القاضي ان يقوم بدوره في الزام الإدارة بتسبيب قراراتها والكشف عن أسباب القرار واشباتها بتقديم ما يؤكد وجودها وصحتها من ادلة تتمثل بالوثائق الإدارية وتقديم المعلومات المتصلة بالدعوى.

وبالنسبة لعيب عدم الاختصاص فيمكن للقاضي اثارته من تلقاء نفسه دون دفع من أحد الخصوم ، نحو عدم الاشارة في القرار إلى التفويض الذي صدر بناء عليه ما يقيم قرينة مضادة تدحض قرينة الصحة وهي صدور القرار من جهة غير مختصة، وهذا ما يمكن ان يتوصل اليه القاضي من نص القرار نفسه، وبذلك يستطيع القضاء ان يدحض هذه القرينة ويمارس دورا ايجابيا في ذلك^(١). ويتبع القاضي الإداري فهما متوازنا أو معتدلا بالنسبة لعيب الشكل والاجراء في القرار الإداري فهو ينظر إلى الهدف الحقيقي الذي يقصده المشرع من فرض تلك الشكليات والاجراءات فلا يقضي ببطلان القرار لتخلفها الا إذا كان هناك نصا بذلك، وعلى هذا الأساس يميز بين شكليات جوهرية وأخرى ثانوية^(٢).

(١) قضت المحكمة الادارية العليا في مصر بأن (...لم تقدم جهة الإدارة اثناء مرحلة الطعن ما يفيد وجود هذا التفويض ومن ثم فان القرار المطعون فيه سيكون صادرا من غير مختص بإصداره جديرا بالإلغاء...)، الطعن رقم ٦٨٨٤ لسنة ٤٥، ق.عليا، جلسة ٢٧/٤/٢٠٠٥، الدائرة السادسة ، عليا، نقلا عن د.محمود حمدي عطية:المصدر السابق، ص ٨٣.

(٢) ينظر حكم المحكمة الادارية العليا بمصر في الطعن رقم ٦١٩٦ لسنة ٤١ قضائية، عليا، بجلصة ٢/٤/٢٠٠٢، نقلا عن د.حمدي ياسين عكاشة: المصدر السابق ، الكتاب الثالث، ص ٣١.

أما بالنسبة لركن المحل فان من يدعي عدم مشروعيته يمكنه اثبات ذلك عن طريق تقديم السند

القانوني الذي يثبت مخالفة المحل له وهو أمر يسير على المدعي ويمكنه بسهولة دحض قرينة الصحة ، أما بالنسبة لركن السبب فإعمالاً لقرينة الصحة فأن كل قرار يفترض انه صدر استناداً إلى أسباب صحيحة، ومن يدعي خلاف ذلك عليه دحض هذه القرينة أو زعزعتها على الأقل، الا ان ذلك يتسم بالصعوبة لاسيما مع عدم الزام الإدارة بالتسبب كأصل عام، لذلك يحاول القضاء اقامة التوازن بين تمتع القرار بقرينة الصحة من جهة ووجوب قيامه على سبب صحيح من جهة أخرى، وأنه سواء كان لازماً تسبب القرار كأجراء شكلي أم غير لازم فإنه يجب ان يقوم على سبب يبرره صدقاً أي واقعاً وقانوناً. أما عند وجود الزام بالتسبب فأغفاله يؤدي إلى عدم مشروعية القرار، ومن ثم يسهل ذلك على المدعي اثباته وإزالة قرينة الصحة المفترضة^(١). وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الذي جاء فيه بأن (من المبادئ المقررة ان القرار الإداري إذا لم يشتمل ذكر الأسباب التي استند اليها يفترض فيه انه صدر وفقاً للقانون وانه يهدف لتحقيق المصلحة العامة وهذه القرينة التي تصحب كل قرار إداري إذا لم تذكر أسبابه تبقى قائمة إلى ان يثبت المدعي ان الأسباب التي بُني عليها القرار المطعون فيه هي الأسباب غير مشروعة ولا تمت بصلة إلى المصلحة العامة وللمحكمة كامل السلطان في تقدير الدليل الذي يقدمه المدعي في هذا الصدد ولها إذ رأت وجهاً لذلك ان تطلب بيان المبررات التي بُني عليها القرار المطعون فيه، وهذا عن طريق اعتبار الدليل الذي قدّمه المدعي كافياً على الأقل لزحزة قرينة المشروعية التي يتمتع بها القرار الإداري فينتقل عبء الاثبات عن عاتق المدعي إلى عاتق الحكومة)^(٢).

أما قرينة الصحة المرتبطة بعنصر الغاية في القرار فانه لا يمكن اثبات عكسها الا بإثبات الانحراف بالسلطة وعلى من يدعيه اثبات وجوده عن طريق الوقائع أو تقديم قرائن قوية مضادة لها، لاتصال عيب الانحراف بالسلطة بقصد مُصدر القرار، إذ قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن(....وفي الاحوال كافة فان البحث في الانحراف من عدمه يفترض ابتداء صدور قرار إداري سليم في عناصره وظاهر الصحة في غايته وتضحى مخالفة القرار لهدف استلزمه القانون وصم القرار بعدم المشروعية بالمعنى

(١) حكم الادارية العليا في مصر بالطعن رقم ٥٨ لسنة ٤ قضائية عليا بجلسة ١٢/٧/١٩٥٨، وحكمها رقم ١٨٣٤ لسنة ٤٣ ق بجلسة ١٨/٥/٢٠٠٣، نقلا عن د. محمد ماهر ابو العينين، تطور قضاء الالغاء، المجلد الثالث، المصدر السابق، ص ١٣.
(٢) حكمها رقم ٥٢٥ لسنة ٦ قضائية بجلسة ١٦/٦/١٩٥٣، ص ٧، ١٥٨٢، نقلا عن د. حمدي ياسين عكاشة: المصدر السابق ، الكتاب الثالث، ص ٥٧٢.

الواسع^(١). ويمكن دحض قرينة الصحة المرتبطة بعناصر المشروعية الداخلية عن طريق ما يوجه من طعون ودفع واعتراضات يقدمها المدعين وامتناع الإدارة عن تقديم ما يطلبه منها القضاء وتتمثل بالآتي:

١- إدعاءات يقدمها المدعي ويقيم عليها دليل مقبول، تعجز الإدارة عن دفعه أو الرد عليه برد منطقي أو أن ردودها واهية مما يزعج قرينة الصحة التي تتمتع بها القرارات الإدارية، وهذه الادعاءات يستمدّها المدعين من ظروف اصدار القرار وملابساته، وقد درجت أحكام مجلس الدولة الفرنسي ومنذ حكم (Barel) لسنة ١٩٥٤ على الاكتفاء بزعة قرينة الصحة عبر قيام المدعي إبتداءً بتقديم أي قرينة وأن كانت بسيطة إلا أنها تكون كافية لإثارة الشك بمشروعية القرار، نحو ان يتمسك بظروف ووقائع محددة تشكل قرائن جادة، ومن ثم فإن قرائن بسيطة يمكن ان يقدمها المدعي يقابلها انكار أو امتناع أو تأخر الإدارة في الرد يكون كافيا بالنسبة للقاضي ليخفف من عبء الاثبات على المدعي وينقله للإدارة ومن ثم دحض قرينة صحة القرار الإداري. وقد طبق القضاء الإداري هذا المعنى ووفق مفهوم المخالفة للحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها (... فقرار النيابة العامة المطعون فيه كأى قرار إداري آخر تلازمه قرينة الصحة ولا تزعم هذه القرينة الا بإثبات ما ينقضها وهو ما لم يفعله المدعي ولم يقدم اي دليل جدي يشكك في سلامته)^(٢). وقضت في حكم اخر لها بشأن الطعن بقرارات الاستبعاد من التعيين في اكااديمية الشرطة بأن المشرع لم يلزم لجنة القبول بتسبيب قرارها لأن مثل هذا النص يتعلق بشكل القرار وعدم وجوده لا يعني إعفاء الإدارة من أن يكون قرارها قائماً على سببه بوصفه أحد اركان القرار ويمثل الحالة الواقعية أو القانونية التي استندت اليها في اصداره ولا يجوز في هذا المقام افتراض قيام القرار على سبب صحيح؛ لأنه وفي ضوء ما فصله القانون واللائحة الداخلية من شروط وضوابط ومعايير للقبول يكون من شأن توافرها في الطالب المائل أمام اللجنة ان تتزحزح قرينة الصحة المفترضة في قيام قرار اللجنة على أسبابه وينتقل عبء الأثبات فيما قام عليه قرار الاستبعاد من أسباب جديدة ومغايرة ليكون على عاتق اللجنة وليس على عاتق الطالب^(٣).

٢- امتناع الإدارة عن تقديم الأوراق والمستندات المتصلة بموضوع الدعوى أو القرار المطعون فيه، ومن بينها القرار نفسه في حال طلبها من القاضي، عندما يقدر الأخير أن الادعاءات التي قدمها المدعي كانت كافية لزحزحة قرينة الصحة المفترضة في القرار فيوجه الإدارة لتقديم ما لديها من وثائق أو مستندات متصلة بموضوع الدعوى أو يطلب منها بيان أسباب قرارها فتمتنع الإدارة عن ذلك فهذا ما يعده

(١) حكم المحكمة الادارية العليا في الطعينين رقما ٥٧٣٠ و ٦٥٨٥ لسنة ٥٥ قضائية عليا- الدائرة الاولى، في ٢٠١٢/٢/٦، نقلا عن د. محمود حمدي عطية: المصدر السابق، ص ٧٨.

(٢) الطعن رقم ٦٥٣ و ٢٧٣٥ لسنة ٢٩ ق.ع، جلسة ١٢/١٢/١٩٨٧، د. محمود حمدي عطية: المصدر السابق، ص ٦٩.

(٣) حكمها في الطعن رقم ١٠١٢ لسنة ٤٥ قضائية عليا، بجلسته ٢٠٠٢/٧/٤، نقلا عن د. محمد ماهر ابو العينين: تطور قضاء الالغاء، المجلد الثالث، المصدر السابق، ص ١٧-٢٠.

القاضي دليلاً ضدها وبصحة ادعاءات المدعي ومن ثم يحكم بعدم مشروعية قرارها مزيلاً قرينة الصحة المؤقتة نظراً لإثبات عكسها وبذلك فإن هذه القرينة لا تزول آلياً وكل ما يحصل هو انتقال عبء الإثبات إلى الإدارة فإن عجزت أو امتنعت أو كان ردها غير مقنع بالنسبة للقاضي زالت تلك القرينة، وقضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Mony) في ٢٢ نيسان ١٩٦٦ بأن النكول قرينة مضادة وتعمل بشكل عكسي لقرينة الصحة متى توافرت شروط إعمالها انتفى مناط إعمال قرينة الصحة^(١).

كذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه (...) من المبادئ المستقرة في المجال الإداري أن الإدارة تلتزم بتقديم سائر الأوراق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع والمنتجة في اثباته إيجاباً ونفياً متى طلب منها ذلك سواء من هيئة مفوضي الدولة أو من المحاكم وقد رددت قوانين مجلس الدولة المتعاقبة هذا المبدأ فإذا نكلت الحكومة عن تقديم الأوراق المتعلقة بموضوع النزاع فإن ذلك يقيم قرينة لصالح المدعي تلقي بعبء الإثبات على عاتق الحكومة^(٢). وفي الاتجاه نفسه قضت محكمة القضاء الإداري في العراق في حكم لها بتاريخ ١٩/٧/٢٠٠٦ بأن (...) لكل ما تقدم ولامتناع المدعى عليه عن عرض دفعه أمام المحكمة على الرغم من الكتابة إليه لعدة مرات وعدم استجابته لطلبات المحكمة مما يعد ذلك عجزاً عن إثبات دفع أصولي في رد ادعاءات المدعي قررت المحكمة إلغاء قرار المجلس البلدي في الشنافية... إعادة المدعي إلى عضوية المجلس البلدي في الشنافية...^(٣).

المطلب الثاني/ وسائل القضاء الإداري في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في القرار الإداري

تتعدد الوسائل التي يستعين بها القضاء الإداري في سبيل تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في القرار الإداري وعن طريق هذه الوسائل يمكن للقضاء مواجهة السرية في القرار؛ إذ تلجأ الإدارة إلى كتمان المعلومات والاحتفاظ بالوثائق بشكل سري دون مسوغ قانوني رغم أن تلك المعلومات قد تشكل الأساس الذي استندت عليه في إصدار قرارها، ويمكن عبر الاطلاع عليها الكشف عن أسبابها وأهدافها الحقيقية التي تحاول كتمانها ومدى اختصاصها في إصدار القرار كما في حالات التفويض الذي تدعي الإدارة وجودها دون أن تكشف عن قرار التفويض، فضلاً عن لجوء القضاء إلى الاعتماد على وسيلة مهمة أخرى وهي القرائن القضائية المتنوعة لتحقيق ذلك التوازن في عناصر القرار.

(١) نقلاً عن د. محمود حمدي عطية: المصدر السابق، ص ٩٥.

(٢) حكمها في الطعن رقم ١٤٩٠ لسنة ١٩٤٠ ق.ع، بجلسة ٣٠/١٢/١٩٧٣، س ١٩، و الطعن رقم ١٨٧٣ لسنة ٣٣ ق. جلسة ٢٤/١١/١٩٩١، نقلاً عن د. محمد ماهر أبو العينين: تطور قضاء الإلغاء، المجلد ٣، المصدر السابق، ص ١٠.

(٣) الطعن رقم ٥٠ في ١٩/٧/٢٠٠٦، نقلاً عن صباح صادق جعفر الانباري: مجلس شورى الدولة للأعوام ٢٠٠٤-٢٠٠٥، الجزء الأول، ط١، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٤١٥.

ولأجل ذلك سنتناول بيان هذه الوسائل عن طريق تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع سنتناول في الفرع الاول وسيلة الزام الادارة بالإفصاح عن المعلومات وتقديم الوثائق الادارية، وسنتناول في الفرع الثاني وسيلة الزام الادارة بتسبيب قراراتها، وسنتناول في الفرع الثانية وسيلة القرائن القضائية.

الفرع الأول : الزام الإدارة بالإفصاح عن المعلومات وتقديم الوثائق الإدارية

يسهم القضاء الإداري في تحقيق شفافية القرار وهو بصدد الفصل في النزاع المعروض أمامه والوصول إلى مشروعيته من عدمه. وللمعلومات أهمية كبيرة في اثبات مشروعية القرار الإداري المطعون فيه ولاسيما بالنسبة للمدعي إذ توثق هذه المعلومات والوثائق نشاط الإدارة وتتضمن قدرا كبيرا من الصحة يمكن الوثوق بها واعتمادها في اثبات ونفي الحقوق، وعادة ما تكون بحوزة الإدارة سواء اتخذت تلك المعلومات صورة بيانات ام وثائق ام قرارات ام طلبات ام محاضر لجان ام تقارير ام جداول ترقيات ام استشارات، وسواء كانت هذه المعلومات مثبتة لتصرف قانوني ام واقعة مادية متصلة بالإدارة.

وفي الواقع ان الزام الإدارة بالإفصاح عن المعلومات وتقديم الوثائق عند طلبها من المحكمة يعد حقا للمدعي لتعذر حصوله عليها ولهذا يعد جزء من حقه في التقاضي وتحقيق العدالة والتوازن بين طرفي الدعوى نظرا لما تتمتع به القرارات من قرينة الصحة.

وتمتاز الوثيقة الإدارية بانها دليل اثبات قوي سواء كانت مكتوبة بخط اليد ام مطبوعة ام الكترونية نحو ان تتخذ شكل البريد الالكتروني أو الفاكس فلا يؤثر على طبيعتها الإدارية الوعاء الذي تتخذه^(١)، لكن يجب ان تتضمن ما يثبت إداريتها بأن تحتوي على اسم وتوقيع مصدرها أو منظمها ورقم تاريخ الوثيقة واسم الجهة الإدارية، أو مؤشرا عليها من موظف مختص نحو تأشير مستلم الطلب المقدم من صاحب الشأن أو ختم الإدارة أو تتضمن هامش للموظف المختص ومن ثم تكتسب الصفة الإدارية.

والوثائق التي يطلبها القضاء أما أن تكون بحوزة الإدارة لكونها هي من اصدرتها عبر ايداعها في سجلاتها واضابيرها ومحفوظة وفق تصنيف معين وبتسلسل ورقم وتاريخ محدد وبحسب الالية المعتمدة في حفظ الملفات فنيا، أو ان تكون الوثيقة صادرة من جهة أخرى خارجة عنها الا انها انتقلت اليها لسبب وغرض ما. ولا يهم ان كان لتلك الوثائق حجة وانما قد يستعين القضاء بها في بعض الحالات للاستدلال فحسب ويعتمد عليها كقرينة تساعده في اثبات الحقيقة والكشف عن نية الإدارة وأسباب اصدار القرار. وتعد حيابة الإدارة لهذه الوثائق عائق كبير أمام الأفراد في اثبات صحة ادعاءاتهم، وتزداد حاجة المتقاضين اليها في الدول التي لا تتضمن قوانينها الحصول على المعلومات أو تسمح بالحصول على الوثائق الإدارية إلى جانب واجب الكتمان الملقى على عاتق موظفي الإدارة.

(١) ينظر: الفقرة (ثانيا) من المادة (٢) من قانون الحفاظ على الوثائق في العراق رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٦.

ويرى بعض الفقه ان القضاء مستقر عموماً على حظر توجيه أوامر للإدارة، والزام القاضي الإدارة المدعى عليها بتقديم الوثائق والإفصاح عن المعلومات انما يعد جزء من ذلك وتدخلها بعملها ومساسا باستقلالها، ويرى آخرون انه لا فائدة من توجيه أوامر للإدارة أو الحلول محلها عملياً طالما ان القاضي ليس له من الوسائل القانونية ما يمكنه من فرض احترام تلك الأوامر والأحكام^(١)، ونرى عدم صواب ذلك لان ذلك من متطلبات عمل القضاء ولجؤه إلى هذه الوسيلة انما بهدف تحقيق العدالة والوصول إلى الحقيقة وحسم المنازعات الإدارية والحكم على القرار المطعون فيه ولا يعد ذلك تدخلاً في عمل الإدارة لاسيما وان المرافعات الإدارية تنسم بكونها كتابية، أما عن حالة امتناع الإدارة عن تقديم تلك الوثائق فرغم ان القاضي لا يملك إجبارها الا انه يمكن له ان يعد ذلك الامتناع قرينة على صحة ادعاءات المدعي ومن ثم الحكم بعدم مشروعية القرار والغائه.

ولهذا إذا ما عمدت الإدارة إلى عدم الاستجابة لطلب القضاء سواء بالإفصاح عن المعلومات ام تقديم الوثائق متخذة موقفاً سلبياً من ذلك بالامتناع كلياً عن تقديمها أو التعمد في التباطؤ أو التأخير أو تقديمها ناقصة أو انكار حيازتها فتكون ردودها غير مقنعة للقاضي، وهو ما يعده القضاء قرينة لصالح المدعي في دعوى الإلغاء، وهذا ما اخذت به أحكام القضاء الإداري. ونص عليه المشرع الفرنسي صراحة فرتب على امتناع الإدارة عن تقديم ذلك عدم تنفيذ ادعاءات المدعي وبأن الإدارة تسلم بالوقائع المدعى بها^(٢)، ولهذا استقرت أحكام القضاء على عد هذا الامتناع تعسفاً وللقاضي الغاء القرار المطعون فيه، أما استناداً إلى انها سلمت بتلك الوقائع المدعاة أو لانها حالت بين القضاء ورقابة المشروعية^(٣)، ونرى الأمرين متحققين في مثل هذه الحالات؛ لان النكول بمثابة قرينة يقيّمها القضاء.

ونص قانون مجلس الدولة المصري بان يقدم صاحب الشأن طلبه بعريضة تتضمن بياناً بالمستندات المؤيدة لطلبه ويرفق بالعريضة صورة أو ملخص من القرار المطعون فيه، وللطالب ان يقدم مع العريضة مذكرة يوضح فيها اسانيد الطلب ، وتعلن العريضة ومرفقاتها إلى الإدارة المختصة خلال ميعاد لا يتجاوز

(١) ماهر زيبان الشمري: وسائل الاثبات في الدعوى الادارية دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري ، بيروت - لبنان، ٢٠١٨، ص ٧٧، وعائشة غنادرة: دور القاضي الاداري وحدود سلطاته في رقابة المشروعية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ١٤٣.

(٢) المادة (٣٤) من مرسوم ٣٠ تموز ١٩٦٣ الخاص بمجلس الدولة الفرنسي والتي اعطت للقسم الفرعي المختص بتحضير الدعوى الزام الإدارة بناء على اقتراح المقرر بتقديم اي وثائق تكون في حيازتها، ويقرر القسم القضائي انها منتجة في الدعوى، ويكون ذلك بتوجيه خطاب إلى الإدارة صاحبة الشأن بذلك. ينظر: عائشة غنادرة: المصدر السابق، ص ١٥٣.

(٣) اوضح السيد (Letourneur) المقرر العام (مفوض الحكومة سابقاً) في قضية (Barel) لعام ١٩٥٤ ان القضاء حكم بإلغاء القرار في حال امتناع الإدارة عن التسبب لاحد الأساسيين المذكورين، وفي قضية (Barel) اسس مجلس الدولة الفرنسي حكمه بالإلغاء على أساس ان الامتناع عن التسبب حال بين القضاء واعمال رقابته ، د. اشرف عبد الفتاح ابو المجد: المصدر السابق، ص ٤٨٠.

٧ ايام من تاريخ تقديمها إلى المحكمة، وعلى الجهة الإدارية المختصة أيضاً ان تودع قلم كتاب المحكمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ اعلانها مذكرة بالبيانات والملاحظات المتعلقة بالدعوى مشفوعة بالمستندات والأوراق الخاصة بها. كما نص أيضاً على ان لمفوض الدولة في سبيل تهيئة الدعوى الاتصال بالجهات الحكومية ذات الشأن للحصول على ما يكون لازماً من بيانات وأوراق وان يأمر باستدعاء ذوي الشأن لسؤالهم عن الوقائع أو تكليف ذوي الشأن بتقديم مذكرات أو مستندات تكميلية وغير ذلك من اجراءات التحقيق في الاجل الذي يحدده لذلك^(١).

ونص قانون المرافعات المدنية العراقي بان(على الخصم ان يجيب على الدعوى بعد تبليغه بعريضتها وقبل حلول الجلسة المحددة لنظرها، وللمحكمة ان تستخلص من عدم اجابته قرينة تساعد على حسم الدعوى)^(٢). ونص قانون الاثبات العراقي بان (للقاضي ان يأمر ايا من الخصوم بتقديم دليل الاثبات الذي يكون بحوزته فان امتنع عن تقديمه جاز اعتباره امتناعه حجة عليه)، وبان (للمحكمة أن تأمر او تأذن بإدخال الغير لإلزامه بتقديم دفتر او سند تحت سده ولها كذلك ان تطلب من الجهات الإدارية ان تقدم ما لديها من المعلومات والوثائق اللازمة للفصل في الدعوى متى رأت المحكمة ان ذلك لا يضر بمصلحة عامة)^(٣).

وقضى مجلس الدولة الفرنسي بأن للقاضي ممارسة سلطاته في توجيه الإجراءات وان يأمر باتخاذ التدابير التي يراها ضرورية لحل المنازعات المعروضة أمامه ومطالبة الأطراف وعند الاقتضاء الأطراف الثالثة وبشكل خاص الإدارات المختصة بإرسال الوثائق التي تسمح بالتحقق من صحة ادعاءات مقدمي الطلبات أو نفيها فمن مسؤوليته ضمان احترام حقوق الأطراف وتكافؤ وسائل الدفاع بينهم وضمان الاسرار التي يحميها القانون وفقاً للشروط الخاصة بكل منهم. وان الإدارة بعدم الاستجابة تمنع القاضي والأطراف في الدعوى من معرفة ان اجراء التحقيق الذي أمرت به قد جرى تنفيذه مع احترام سرية المعلومات المتعلقة بالأشخاص الذين يلتمسون اللجوء في فرنسا إذ ان ضمان سرية المعلومات المتصلة بهم تشكل ضماناً أساسية للحق الدستوري في اللجوء وشرطاً ناشئاً عن اتفاقية جنيف المعنية بوضع اللاجئين^(٤).

وجاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا بمصر بأن (...من المبادئ المستقرة في المجال الإداري ان الإدارة تلتزم بتقديم سائر الأوراق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع والمنتجة في اثباته ايجاباً أو نفياً متى طلب

(١) المواد (٢٥) و(٢٦) و(٢٧) من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

(٢) البند (٢) من المادة (٤٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

(٣) المادة (٩) والمادة (٥٧) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، وينظر: البند (١) من المادة (٦٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

(4) C E, 1/110/2014, N°349560, publié sur le site: legifrance.gouv.fr. D:28/9/2021, T:3:50P.M.

منها ذلك سواء من هيئة مفوضي الدولة أو من المحاكم ...^(١). ويترتب على امتناع الإدارة عن الكشف عن تلك المعلومات أو عن تقديم الوثائق الإدارية التي يطلبها القضاء قرينة على عدم مشروعية القرار، ويجعل القضاء من نكول الإدارة سببا للحكم بعدم المشروعية، وبهذا قضت المحكمة الإدارية بمصر في ١٧/١/١٩٩٨ بأنه (...بناء على مسؤولية السلطة القضائية وبصفة خاصة مجلس الدولة عن تحقيق سيادة القانون ومباشرة الرقابة على مشروعية تصرفات وقرارات الجهات الإدارية فانه يتعين على هذه الجهات ان تقدم لمحاكم مجلس الدولة سائر الأوراق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع والمقيدة في إظهار وجه الحق فيه اثباتا ونفيا متى طلب اليها ذلك - إذا نكلت تلك الجهة عن تقديم الأوراق المتعلقة بموضوع النزاع وكان المدعي يعتمد في تعييب قرارها على ما تضمنته المستندات التي تحتفظ بها وامتنعت عن تقديمها انهارت قرينة الصحة التي تتمتع بها القرارات الإدارية - أثر ذلك تقوم لصالح المدعي قرينة جديدة على صحة إدعاءاته أمام القضاء وسلامة ما قدمه من مستندات والقت عبء الإثبات من جديد على عاتق الإدارة)^(٢).

وقد التزم القضاء الإداري العراقي بوجهة النظر هذه في العديد من أحكامه ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في العراق في ٢٤/١٢/١٩٩٤ وجاء فيه بأنه (... وعند دعوة المدعى عليه (مدير بلدية بعقوبة) للحضور... وطلبت المحكمة منه إرسال نسخة من التعليمات الخاصة بالبناء في منطقة بعقوبة فلم يستجيب ولم يبين للمحكمة المناوبة ... ماهية هذه التعليمات والسند القانوني لتوجيه الإنذار للمدعية، فاضطرت هذه المحكمة إلى مفاتحة مديرية البلديات العامة لإرسال نسخة من التعليمات ان وجدت، وعلى الرغم من وصول الطلب بدفتر اليد والتأكيد عليه ثلاث مرات فلم تستجب مديرية البلديات العامة لطلب المحكمة، لذا تتلخص المحكمة واستناداً إلى أحكام المادة (٢/٤٩) من قانون المرافعات المدنية قرينة تساعد على حسم الدعوى وهذه القرينة هي الإنذار .. الصادر من المدعى عليه ولم يكن له سند من القانون وكان المدعى عليه متعسفاً في إصداره)^(٣).

(١) حكمها في الطعن رقم ١٠٥٩ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٢/٢/١٩٨٦، نقلا عن ماهر ذيبان الشمري: المصدر السابق، ص ٨١.

(٢) حكمها في الطعن رقم ٤٠٣٣ لسنة ٣٧ ق، بجلسته ١٧ يناير ١٩٩٨، نقلا عن د. محمود احمد عطية: اجراءات التقاضي أمام محاكم مجلس الدولة المرافعات الادارية والمحكمة الدستورية العليا دراسة تحليلية على ضوء احكام المحكمة الادارية العليا والمحكمة الدستورية العليا، ط٢، دار الفتح، الاسكندرية - مصر، ٢٠١٧، ص ١٣٦.

(٣) حكم رقم ١١٦/قضاء إداري/ ٩٤ في ٢٤/١٢/١٩٩٤، نقلاً عن بيداء إبراهيم قادر، التنظيم القانوني لتسبيب العقوبات الانضباطية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهدين، ٢٠٠٨، ص ٣٩.

وهذه القرينة تزول حال تقديم الإدارة لتلك المعلومات أو الوثائق لينتقل عبء الإثبات مرة أخرى إلى ساحة المدعي، إذ قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه (...متى نشطت الإدارة وعادت إلى جادة الصواب ووضعت الأوراق والمستندات تحت نظر المحكمة فيغدو من المتعين اسقاط تلك القرينة...)^(١).

وتسقط القرينة المترتبة على نكول الإدارة في حالة تواطؤ الأفراد مع موظفي الإدارة على حساب المصلحة العامة أو وقوع غش أو إهمال من قبل الأفراد أو إذا كان الاعتداد بهذه القرينة من شأنه تهديد سير وانتظام مرفق عام أو تعريض الأمن أو الصحة أو السكينة العامة للخطر أو انهيار أحد المقومات الأساسية مثل القيم الاجتماعية والاخلاقية للمجتمع^(٢).

أما في حالة ضياع الملفات أو الوثائق المطلوبة أو تلفها أو استحالة العثور عليها من قبل الإدارة، فذهبت محكمة قضاء الموظفين في العراق في أحد أحكامها بتاريخ ٢٠٠١/٢/١٥ إلى ان للموظف ان يجد مخرجا لذلك بان يثبت فقدان ملفه أو الأوراق المتلاعب بها بكافة وسائل الإثبات^(٣)، وبهذا فقد القت عبء الإثبات على المدعي، وهذا الموقف غير سليم لأن الإدارة هي من تحوز تلك الوثائق والملفات فيقع عليها عبء اثبات ضياع أو تلف تلك الوثائق، وتبقى لكل قضية ظروفها وفق تقدير القضاء لأدلة الإثبات المتاحة لديه، وقضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن (فقد ملف خدمة الموظف لا يعني ضياع الحقيقة ويتعين الوقوف على ما لدى الإدارة من سجلات ومستندات للحكم على صحة الواقعة من عدمه وثبوت الادعاء أو نفيه ووجوب التحقيق من صدق الادعاء بدلا من عد خلو ملف الخدمة من أصل الطلب قرينة على عدم تقديمه)^(٤).

وتمتع الإدارة في بعض الحالات عن تقديم المعلومات والوثائق المطلوبة بحجة كونها سرية، ففي مثل هذه الحالات لم يتردد القضاء الإداري الفرنسي في ادانة الإدارة عند رفضها رفع السرية في بعض الحالات التي لا يحدث رفعها اضراماً، إذ من السوابق القضائية لمجلس الدولة قضائه بأن (للقاضي الإداري دعوة السلطة المسؤولة لتزويده بأي معلومات من المحتمل ان تمكنه دون الاضرار بأي أسرار

(١) حكم المحكمة الادارية العليا بمصر بالطعن رقم ١٨١٥ لسنة ٣٣ ق. بجلسة ١٨/٥/١٩٩٣، و رقم ٦٦٠ لسنة ٣٢ ق. بجلسة ٧/١/١٩٩٥، ورقم ٨٨٩٠ لسنة ٥١ ق. بجلسة ١٣/١/٢٠٠٩، نقلا عن ماهر ذيبان الشمري: المصدر السابق، ص ٨٤.
(٢) ينظر: حكم المحكمة الادارية العليا بمصر في الطعن رقم ٣٦٥ لسنة ٣١ ق. عليا، بجلسة ٢٤/١/١٩٨٧، نقلا عن ماهر ذيبان الشمري: المصدر السابق، ص ٨٥.

(٣) حكمها المرقم ٢٤/٢٠٠١ في ١٥/٢/٢٠٠١، ذكره د. عدنان عابد عجيل: المصدر السابق، ص ٢٠٥.

(٤) حكم رقم ١٩٥٤ بجلسة ٢٢/٥/١٩٩٣، نقلا عن خديجة عبد السلام: دور القاضي في ضمان التوازن بين المتقاضي والإدارة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر، ٢٠١٤، ص ١٦.

مباشرة أو غير مباشرة التي يكفلها القانون لاتخاذ قرار بمعرفة كاملة بالحقائق...، وهذه السوابق مكنت مجلس الدولة من استخلاص النتائج الضارة التي يمكن ان تترتب على رفض تقديم معلومات سرية^(١).

الفرع الثاني : الزام الإدارة بتسبيب قراراتها

تعد سلطة القضاء في إلزام الإدارة بالإفصاح عن أسبابها من أهم مظاهر التوازن في القرار بين الشفافية والسرية، وذلك في إطار رقابتها على القرار ومدى مشروعية وملاءمة أسبابه إذ يمكن عن طريق رقابة الوقائع الوصول إلى أهداف الإدارة الحقيقية والكشف عن عيب الانحراف بالسلطة.

ويستمد القضاء الإداري سلطته في إلزام الإدارة بالتسبيب من سلطته في توجيه اجراءات الدعوى ووجوب حسم الدعوى والوصول إلى الحكم العادل، والا فان القاضي لن يتمكن من ممارسة دوره في الرقابة على مشروعية القرار فيما لو كانت الإدارة قادرة على الاحتفاظ لنفسها بدوافعها الحقيقية من اصدار القرار، وستكون رقبته نظرية ومجردة من اي قيمة فعلية، فضلاً عن ايصال المدعي إلى حالة العجز عن اثبات عدم مشروعية السبب الذي بنت عليه الإدارة قرارها، وهذا يتنافى مع مقتضيات العدالة والانصاف وإخلال بالتوازن بين أطراف الدعوى، ولذلك نجد ان مجلس الدولة الفرنسي قد حرص حتى قبل صدور قانون ١١ تموز ١٩٧٩ بشأن تسبيب القرارات الإدارية بالزام الإدارة بالكشف عن أسبابها الأمر الذي أكدته في العديد من أحكامه، بخلاف موقف القضاء الإداري في مصر والعراق فلم نجدهما متحمسين كثيراً لممارسة دورهما الايجابي في هذا الشأن والتزامهما بقاعدة (لا تسبب الا بنص)، بالرغم من أهمية الإفصاح عن أسباب القرار في تمكين القضاء من الوقوف على مشروعية القرار وتمكينه من ممارسه دوره في الرقابة على ركن السبب والغاية ، فضلاً عن ذلك ان الالتزام القضائي بالتسبيب من شأنه ضمان تحقيق شفافية القرار .

ولم يتشدد مجلس الدولة الفرنسي في طلب إثبات المدعي لادعائه بان القرار مؤسس على أسباب غير صحيحة وطالب الإدارة بالكشف عن أسباب القرار رغم ان الطاعن لم يتقدم بأي وقائع محددة تدعم دعواه كما في حكمه بقضية (Barel) في ٢٨ ايار ١٩٥٤ وفي قضية (Grange) في ٣ كانون الثاني ١٩٥٩، ولو تمسك المجلس بموقفه السابق من وجوب تقديم المدعي ما يثبت صحة ادعائه لكان ذلك بمثابة مكافأة للإدارة على صمتها ورفضها الكشف عن حقيقة أسباب قرارها فادرك المجلس ذلك فلما امتنعت الإدارة عن الافصاح عن أسبابها حكم بإلغاء القرار، وحرص المجلس على تأكيد هذه النزعة التحريرية وطالب الإدارة بالإفصاح عن أسبابها في الحالات التي قدر فيها لزوم هذا الاجراء دون ان

(١)C.E, Assemblée, 11 mars 1955, Rec., p. 149, aux conclusions du président Grevisse

,Marc Guillaume: op,cit,p.72.

يتشدد في مطالبة المدعي بتقديم وقائع وملابسات محددة تدعيها لدعواه^(١). فإذا امتنعت الإدارة عن الإفصاح عن أسبابها عد ذلك دليلاً على صحة ادعاءات الطاعن يبرر للقاضي الغاء القرار في ظل عجز الإدارة عن اثبات عكس ما يدعيه الطاعن.

وكان القضاء الإداري المصري متردداً في قضائه بشأن التسبب الوجوبي^(٢)، ما يفرض عليه ان يكون له موقفاً ثابتاً يوحي من خلاله انه مازال حامياً للحقوق والحريات ضد اي تعسف أو جور من الإدارة ويحقق دوره المنشود في تنبيه المشرع إلى أهمية إقرار مبدأ التسبب الوجوبي، ليجد المشرع طريقاً سانحاً للإقدام على الإصلاح التشريعي في هذا المجال كما فعل القضاء الإداري الفرنسي إذ ساعد بالإلزام الإدارة بتسبب قراراتها في الحد من غلواء مبدأ لا تسبب الا بنص فكان ذلك بمثابة خطوة لتهيئة المناخ الملائم للإصلاح التشريعي الذي جاء به المشرع بدءاً بقانون ١١ تموز ١٩٧٩^(٣).

وإذا كان عدم التسبب يمثل عيباً شكلياً في القرار إلا أنه في بعض الحالات يسهم في الكشف عن عيوب أخرى فيه كعيب السبب و عيب الانحراف بالسلطة ما يؤدي إلى الغاء القرار لعيب في عناصر المشروعية الداخلية، ويبسط القضاء الإداري المصري رقابته على جوانب عدم المشروعية الداخلية بافتراض عدم المشروعية الشكلية، ومن ذلك قضاء المحكمة الإدارية العليا بأنه (وان كان عيب عدم الاختصاص الذي شاب القرار المطعون فيه يكفي بذاته للحكم بإلغائه الا ان المحكمة ترى استكمالاً لبحث كافة جوانب النزاع ان تنظر في الأسباب التي قام عليها، لذا ففي واقعة الاضراب يتضح ان المدعي سبق ان جوزي عنها تأديبياً وكذلك بالنسبة للواقعتين الأخريين المتحصلتين في غياب المدعي ومفاد توقيع هذه الجزاءات البسيطة ان المخالفة كانت في تقدير جهة الإدارة مخالفة هيئة لا تشكل خطراً من جانب المدعي على حسن سير العمل^(٤). ويبدو ان المحكمة ارادت قطع الطريق على الإدارة بإصدار قرار جديد بفصل المدعي وهذا ما يبرر الفصل في موضوع القرار إلى جانب عناصره الشكلية .

وأوضحت المحكمة الإدارية العليا في العراق في حكمها الصادر في ٢٢/١/٢٠١٣ أهمية التسبب في التحقق من الوجود المادي للوقائع ورقابة المشروعية وأيضاً في التحقق من ملاءمة تلك الأسباب والقرار إذ جاء في حيثيات الحكم بأن (الأمر الصادر بفرض العقوبة قد اغفل بيان المخالفة التي ارتكبتها

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢١ كانون الاول ١٩٦٠ (Premier minister c. Vicant Blanc)، نقلاً عن د. اشرف عبد الفتاح ابو المجد: المصدر السابق، ص ٤٨١.

(٢) قضت محكمة القضاء الاداري الدعوى رقم ١١٣٨ بجلسة ٨/ مايو/ ١٩٥٨ بان الإدارة تتمتع بسلطة في اختيار سبب القرار وتقدير ملاءمته وتتمتع بسلطة في عدم الاعلان عنه فهو موجود وقائم ولكنه يعيش في كوامن الإدارة، نقلاً عن د. محمود حمدي عطية: المصدر السابق، ص ٧٤.

(٣) د. سامي الطوخي: الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على التسبب الوجوبي، المصدر السابق، ص ٤٤.

(٤) حكمها في ١٠ نيسان ١٩٧٦، س ٢١، ص ١٢٦، نقلاً عن د. اشرف عبد الفتاح ابو المجد: المصدر السابق، ص ٣٩٩.

الموظف وعوقب من أجلها وهو نقص جوهري لا يصح القرار الصادر بفرض العقوبة بوجوده، ذلك ان المشرع تطلب في القرار الصادر بفرض العقوبة بيان الواقعة المستوجبة لها ... وعلة هذا البيان ان يتاح التعرف على سبب العقوبة كي يتجنبها الموظف ويحسن سلوكه الوظيفي على مقتضاها وان لا تتداخل العقوبات وتختلط فيما بينها، ويتيح هذا البيان للجهة التي يطعن أمامها في القرار الصادر بفرض العقوبة ان تتحقق في حقيقة الوجود المادي للمخالفة وفيما إذا كانت تبرر توقيع العقوبة والتحقق من الملاءمة بين العقوبة وما اسند للموظف من فعل، كما يوفر ذلك للموظف المعاقب الدفاع عن نفسه عن ما اسند اليه من فعل ولا يصح للمجلس كما ذهب في قراره المميز ان يستنتج المخالفة التي استوجبت العقوبة من أوراق التحقيق الإداري ويقيم قراره على أساس وجودها لان المشرع اشترط بيان ذلك في القرار الصادر بفرض العقوبة ولا يملك المجلس ان ينزل عن الشروط التي يتطلبها القانون في قرار فرض العقوبة...^(١).

وقد التزم مجلس الدولة العراقي بقاعدة (لا تسبب الا بنص) التي تبناها المشرع وحصر التسبب الوجوبي ببعض الحالات فقط ورتب البطلان على مخالفته^(٢)، ولذلك لم يتخذ موقفاً حازماً بشأن تسبب القرار وكثيراً ما ترفض المحاكم الغاء القرار لعيب التسبب بالاستناد إلى أن الإدارة غير ملزمة بذكر السبب في صحيفة قرارها، ومن ذلك قضاء المحكمة الإدارية العليا الذي نقضت فيه حكم محكمة قضاء الموظفين بإلغاء القرار المطعون فيه وجاء فيه (...قضت محكمة قضاء الموظفين بإلغاء الأمر المطعون فيه لكونه خلا من بيان الأسباب التي استدعت نقل المدعية من مقر عملها مما يجعله معيب بعيب السبب وحيث ان نقل الموظف من مكان عمله إلى آخر سلطة تقديرية للإدارة تستعملها على الوجه الذي تراه مناسباً وبما يتفق ومصلحة العمل، كما ان الدائرة غير ملزمة بذكر السبب وحيث ان محكمة قضاء الموظفين لم تلتزم بوجهة النظر القانونية المتقدمة مما يجعل الحكم المميز قد جانب الصواب ...)^(٣). وتثبت على هذا الحكم عدة مأخذ فهو من ناحية خلط بين التسبب كشكل في القرار وركن السبب، ومن ناحية أخرى لم يلزم الإدارة بالإفصاح عن أسبابها ليتمكن القضاء من الوقوف على دوافعها الحقيقية ومدى تحقيق مصلحة العمل، فالسلطة التقديرية للإدارة ليست مطلقة وانما تخضع لرقابة المشروعية والملاءمة، وتجدر

(١) حكمها رقم ٢٢٠/انضباط/تميز/٢٠١٣، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٣، المصدر السابق، ص ٣٢٢.

(٢) قضت المحكمة الادارية العليا بأنه (يكون قرار فرض العقوبة باطلا إذا جاء خاليا من أسباب فرضها)، حكمها ٩٦٩/قضاء موظفين/تميز/ ٢٠١٩ في ٣٠/٥/٢٠١٩، منشور في قرارات مجلس الدولة لعام ٢٠١٩، المصدر السابق، ص ٤٢٣، وينظر حكمها أيضاً بالرقم ١٤٧/قضاء موظفين/تميز/ ٢٠١٦ في ١٣/٩/٢٠١٨، وحكمها رقم ٣٥٨/قضاء موظفين/تميز/ ٢٠١٧، منشورة في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٨، المصدر السابق، ص ٣٥١ و ص ٣٨٤.

(٣) حكم رقم ٩٣٢/قضاء موظفين/تميز/ ٢٠١٩، في ٨/٨/٢٠١٩، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٩، المصدر السابق، ص ٤٩١.

الإشارة إلى أن المشرع في قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل الزم الإدارة بتسبيب قرارات النقل وبذلك تكون المحكمة قد خالفت قاعدة التسبيب الوجوبي^(١).

ويراقب القضاء التسبيب من حيث وجوده ومدى كفايته، ويرتب القضاء الإداري الفرنسي على مخالفة التسبيب بطلان القرار، وفي حالات نادرة قضى بانعدام القرار مؤكداً فيه ان التسبيب وان كان عنصراً شكلياً في القرار إلا أنه يمارس دوراً أساسياً في تسهيل ممارسة القاضي رقابته على القرار وعدم استيفائه يؤدي إلى انعدام القرار في الحالة التي يكشف فيها عن عيب جسيم، فقضى بهذا الحكم بأن القرار الصادر باستكمال التسبيب لقرار سبق للمحكمة الغاؤه يكون منعماً، وهذا يعني ان غياب التسبيب لذاته لا يؤدي إلى الانعدام وإنما اقترانه بعيب آخر جسيم ساهما معاً في انعدام القرار^(٢). ومن المستقر عليه ان القرار الإداري المبني على أسباب عامة أو غامضة أو مجهولة يعد قراراً خالياً من الأسباب ومن ثم يغدو القرار المطعون فيه معيباً بعيب شكلي، فضلاً عن افتقاده إلى ركن السبب الصحيح المبرر له، الأمر الذي يستوجب القضاء بإلغائه^(٣). وقضت في ذلك المحكمة الإدارية العليا في العراق بأن (...). وحيث ان أسباب ومبررات العقوبة جاء بشكل عموميات وحيث ان اللجنة التحقيقية أهدرت إجابات المعترض في إفادته والمستندات التي قَدّمها وحيث ان ذلك يتعارض مع ضمانات الموظف وحقوقه في الدفاع عن نفسه اتجاه الأفعال المنسوبة له، وحيث ان أسباب فرض العقوبة وفق المستندات المقدمة في الدعوى غير كافية بفرض العقوبة وعدم وجود سند قانوني صحيح لها (...)^(٤).

الفرع الثالث : القرائن القضائية

تعد القرائن القضائية في مقدمة طرائق الأثبات أمام القضاء الإداري وما المستندات إلا قرائن مكتوبة قابلة لإثبات العكس تتألف وتترابط مع بعض لإثبات الوقائع المتنازع عليها، لذا كان من الطبيعي ان يقيم القضاء حكمه بالاعتماد على القرائن لوحدها دون اشتراط دليل آخر، ويرجع ذلك إلى الحرية التي يتمتع بها القاضي الإداري في الاثبات فلا يتقيد بدليل معين ولا يفرض عليه المشرع دليلاً دون آخر وله

(١) نصت المادة (٣٦) من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ بأن (لا ينقل الموظف من محل وظيفته ... الا بمقتضى المصلحة العامة او ضرورة صحية ويجب ان تستند مقتضيات المصلحة العامة إلى أسباب معينة تذكر في امر النقل أما الضرورة الصحية فيجب ان تؤيد تقارير الهيئات الطبية الرسمية).

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٠ ايار ١٩٨٨، نقلاً عن د. أشرف عبد الفتاح أبو المجد: المصدر السابق، ص ٤٠٥-٤٠٦.
(٣) حكم المحكمة الادارية العليا بمصر الطعن رقم ٦٢٠٦ لسنة ٤٥ ق.ع، بجلسة ٢٠٠١/١٢/٨. وينظر حكمها في الطعن رقم ١٢٤٩٢ لسنة ٥٩ ق.ع. بجلسة ٢٠١٤/٣/٢٦، وحكم محكمة القضاء الاداري بمصر رقم ١٥٦ لسنة ٦٠ ق- بجلسة ٢٠٠٩/٥/١٩، نقلاً عن حمدي ياسين عكاشة: المصدر السابق، الكتاب ٣، ص ٣٩ و ٦٣.

(٤) حكمها المرقم ٤٢٥ / قضاء موظفين/تميز / ٢٠١٣ في ٢٠١٣/١١/٢٨، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٣، المصدر السابق، ص ٣٣٨.

استنباط القرائن التي تعين المدعي في دعواه وتخفف عنه عبء الاثبات الملقى على عاتقه، ولذلك عندما يخلو ملف الدعوى من أدلة الاثبات الكافية أو عندما يتعذر على الطرف المكلف بالإثبات تقديم ما يؤيد طلباته فيتجه القاضي إلى تأسيس حكمه على الأمارات والشواهد والدلائل التي يستقيها من أوراق الدعوى ويعتمد عليها في نقل عبء الاثبات من طرف إلى آخر وصولاً إلى تكوين عقيدته وبناء قناعاته في الدعوى^(١). ويرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأن القرائن القانونية في الأصل قرائن قضائية تواترت واطرد وقوعها فاستقر عليها القضاء ومن ثم لم تصبح هذه القرينة متغيرة الدلالة من قضية إلى أخرى،

فوجد المشرع في ذلك ما يجعلها جديرة بالنص على توحيد دلالتها فتغدو قرينة قانونية^(٢).

ونص القانون المدني الفرنسي بأن (تترك القرائن التي لم ينص عليها القانون لتقدير القاضي، الذي يجب ان يقبلها إذا كانت جدية ودقيقة ومتوافقة وفي الحالات التي يسمح فيها القانون فقط بالإثبات بأية وسيلة)^(٣). كما عرّف المشرع العراقي في قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ القرينة القضائية على انها (استنباط القاضي أمراً غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعاوى المنظورة)، وبأن (للقاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون وذلك في نطاق ما يجوز اثباته بالشهادة)^(٤)، ونص القانون على ان للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية^(٥). ولم يتناول قانون مجلس الدولة العراقي طرائق الاثبات وادلته في مجال الدعاوى الإدارية وإنما نص على تطبيق أحكام قانون الاثبات وقانون اصول المحاكمات الجزائية وقانون المرافعات المدنية في كل ما يتصل بالإجراءات التي تتبعها محاكمه^(٦)، وبذلك يفتقر القضاء الإداري إلى وجود قانون خاص بالإثبات والمرافعات الإدارية يراعي الطبيعة الخاصة للدعوى الإدارية وطرائق الاثبات فيها أو أي تنظيم للإجراءات القضائية ولذلك ندعو المشرع العراقي إلى معالجة ذلك ووضع تنظيم قانوني خاص بالإثبات والمرافعات الإدارية.

ويرى احد الفقه ان القرينة من وسائل التكتيك القانوني تؤدي إلى حل معقول وملائم وليس لها ادنى قيمة قانونية خارج الحلول التي تؤدي اليها فما هي إلا أداة مجردة^(٧). وتعرّف القرينة القضائية من قبل الفقه

(١) د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني: قرينة الخطأ في مجال المسؤولية الادارية دراسة مقارنة، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية - مصر، ٢٠٠٨، ص ١٠٢.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٣١٠.

(٣) المادة (٤) من الامر رقم ١٣١ في ١٠ شباط ٢٠١٦، والمعدلة للمادة (١٣٨٢) من القانون المدني على النص المذكور .

(٤) المادة (١٠٢) من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، والمادة (١٠٠) من قانون الاثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

(٥) المادة (١٠٤) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

(٦) البند (حادي عشر) من المادة (٧) من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل .

(٧) الفقيه (Geny) ، نقلا عن د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني: المصدر السابق، ص ٤٣.

على أنها (استنباط القاضي أمراً غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة) أو هي (استنباط أمر مجهول من أمر معلوم)، وتقوم القرينة القضائية على عنصرين مادي، ويتكون من وقائع ثابتة في الدعوى تسمى الدلائل والأمارات، وثانيهما معنوي يتمثل بعملية الاستنباط التي يقوم بها القاضي ليصل من خلال تلك الشواهد أو الأمارات إلى اثبات الوقائع المجهولة، وللقاضي حرية واسعة في اختيار الوقائع الثابتة التي يستنبط منها القرينة حتى يكون عقيدته ^(١).

ولكي يكون ما استنبطه القاضي من وقائع الدعوى المعروضة أمامه قرينة يؤسس عليها حكمه يجب ان تكون تلك القرينة واضحة ووثيقة الصلة بالواقعة محل الاثبات ومستخلصة بشكل سائق وتؤدي عقلا ومنطقا إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم، إذ يجب ان يكون هناك ارتباط وثيق بين الواقعتين المعلومة أو الثابتة والواقعة المجهولة أو غير الثابتة؛ إذ يتولد الاستنتاج من هذا الارتباط وثيق بين الواقعتين المعلومة يعتمد القاضي على قرينة واحدة يجدها قوية وكافية بذاتها لان يؤسس عليها حكمه أو يعتمد على عدة قرائن يؤدي ترابطها مع بعضها إلى اثبات الواقعة أو لا يأخذ بها مجتمعة، وهذا أمر يدخل ضمن تقديره، فللقرينة قوة ثبوتية كافية للحكم في الدعوى بالاستناد إليها وحدها، الا ان القرائن القضائية غير قاطعة الدلالة وللخصم اثبات عكسها بطرائق الاثبات كافة، وانها تعد حجة على أطراف الدعوى كافة ^(٢). وبهذا يمكن للقاضي ان يستنبط القرائن من الوقائع الثابتة أمامه والتي تختلف من دعوى إلى أخرى، ولذلك لا تدخل ضمن حصر معين وتتعدد تطبيقاتها في القضاء الإداري وللقاضي سلطة واسعة في الاخذ بها وسنتناول أهم هذه القرائن ذوات العلاقة .

أولاً: قرينة نكول الإدارة : وتتحقق عندما يلزم القضاء الإدارة بالإفصاح عن بعض المعلومات وتقديم الوثائق المتصلة بالدعوى والتي بحوزتها إلا أن الإدارة تمتنع أو تتعمد التأخير أو التراخي في ذلك وهذا ما يستنتج منه القضاء قرينة على تسليم الإدارة بصحة ادعاءات المدعي وتجعل المحكمة في حل من الاخذ بما قدمه من أوراق أو بيانات، وطبق القضاء الإداري هذه القرينة في مناسبات كثيرة، إذ اعتمدها للتخفيف من التطبيق الكامل والجامد لقرينة صحة القرارات المفترضة كأصل عام، والقرينة الناشئة عن النكول هي وسيلة مقابلة للحد من امتيازات الإدارة لاسيما قرينة الصحة وحيازتها للمعلومات والوثائق وامتناعها عن تقديمها، إذ يقدر القاضي ان ادعاءات الطاعن كانت كافية لرحضة قرينة الصحة ويطلب من الإدارة ما يثبت عدم صحة ذلك بأن تقدم ما لديها من أدلة حتى يتفحصها ويصل إلى سلامتها من عدمها غير ان الإدارة تمتنع عن تقديم ما يطلبه القضاء، ومن ثم يمكن بوساطة هذه القرينة ان يحقق القاضي التوازن بين حقوق الأفراد في الحصول على المعلومات والوثائق المتصلة بالقرار والاطلاع على

(١) مرعي محمد عبدالله الفلاح: المصدر السابق، ص ٥٠-٥٢.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : المرافعات الادارية، المصدر السابق، ص ٣٩٠-٣٩٣.

أسبابه وشفافيته وبين قرينة الصحة وامتناع الإدارة عن تقديم ما يطلبه القضاء وكتمانها المعلومات والوثائق وعدم الإفصاح عن أسباب القرار وأهدافها وسريتهما.

وبناء على ذلك فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بانه (وحيث ان الجهة الإدارية لم تقدم لا خلال تداول الدعوى بالجلسات أمام محكمة القضاء الإداري ولا بمرحلة الطعن أمام هذه المحكمة صورة من القرار المطعون فيه والمطلوب وقف تنفيذه والغاؤه، كما انها لم تقدم المستندات اللازمة للفصل في الطعن حسبما قررت بتقرير الطعن المائل تعهدها بتقديمها وعليه فان خلو الأوراق من القرار المطعون من شأنه التشكيك في صحة استيفاء القرار للأوضاع التي يتعين ان يتضمنها... هذا المسلك يحجب عن قاضي المشروعية إمكانية إنزال رقابته على القرار المطعون فيه من الناحية الشكلية ابتداء ثم من الناحية الموضوعية أيضاً بالتحقق من أن السبب الفعلي للقرار يقوم في الواقع والقانون سنداً لصحته... وكان ما ابتدته الجهة الإدارية لا يعدو اقوالاً مرسلة تتحصل في أنه لا يوجد ما يهدد المطعون ضده في نفسه وماله وان مبررات اصدار الترخيص اصبحت غير كافية لاستمراره وما تبديه الجهة الإدارية في هذا الصدد يعدم السند الذي يرجح على حمله على محمل الصحة، فلم تقدم عنه مستندات تؤيد ما ادعته الجهة الإدارية للتدليل على عدم كفاية المبررات اللازمة لاستمرار الترخيص...^(١) وبذلك فان نكول الإدارة عن تقديم الأوراق المتصلة بموضوع النزاع وسببه المنتجة في اثباته ايجاباً ونفياً يقيم قرينة لصالح المدعي تلقي عبء الاثبات على عاتق الإدارة وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري^(٢).

من ثم توجد علاقة عكسية بين قرينة نكول الإدارة وقرينة صحة القرار متى توافرت شروط أعمال قرينة النكول لا يمكن تطبيق قرينة الصحة ومن ثم لا يمكن إعمال القرينتين معا في الوقت نفسه، ويرى بعض الفقه ان إعمال قرينة النكول كثيراً ما يكون في نطاق ركني السبب والمحل في القرار، ولا يتصل بعنصر الغاية والذي تلازمه قرينة الصحة على نحو أكثر من سائر عناصر المشروعية نظراً للطبيعة القصدية للعبء الذي يتصل به وكونه عيباً احتياطياً ولا تلتفت المحكمة اليه إلا في حال استنفاد البحث في مشروعية العيوب الأخرى فعيب الانحراف يجب اقامة الدليل على ثبوته من جانب من يدعي وجوده^(٣).

ثانياً: قرينة العلم اليقيني : تقرر التطبيقات القضائية بصعوبة ادراك المخاطب بالقرار غير المعلن ومع ذلك يمكن الحكم بأن المخاطب بالقرار تكونت لديه معرفة كاملة بالقرار ومضمونه بأن يتمكن من تحديد موقفه منه في حال اظهرت الظروف أو الوقائع بطريقة واضحة وبما لا يقبل الشك علمه بالقرار ومحتواه،

(١) الطعن رقم ٤٥٠٥ لسنة ٤٤ ق. ع، جلسة ٢٤/٢/٢٠٠١، نقلاً عن د. محمود حمدي عطية: المصدر السابق، ص ٩٣.

(٢) حكم المحكمة الادارية العليا بمصر بالطعن ١٤٩٠ لسنة ١٤ ق عليا بجلسته ٣٠/١٢/١٩٧٣ - س ١٩، نقلاً عن د. حمدي ياسين عكاشة : المصدر السابق ، الكتاب الثالث ، ص ٥٧٤.

(٣) د. محمود حمدي عطية: المصدر السابق، ص ٩٥.

عندها سيكون لهذا العلم الحكم نفسه المترتب على النشر والتبليغ^(١)، وأراد القضاء بابتداع هذه القرينة تحقيق التوازن بين حقوق الأفراد بالعلم بالقرارات والشفافية وحقوق الإدارة بنفاذ قراراتها وترتيب آثارها مباشرة بصدر القرار، ويقع عبء اثباتها على الإدارة كونها هي من تدعي حصوله، وتزداد أهمية هذه القرينة بالنسبة للقرارات الشفهية وغير الصريحة إذ لا يتجسد القرار فيها بشكل مادي ومكتوب.

وبالنسبة للقرار الضمني فانتفاء المدة وسكوت الإدارة يستنتج منه قرينة على صدوره ومن ثم حصول العلم به بشكل يقيني، أما القرار السلبي فهو وبحسب طبيعته يتسم بعدم قابليته للتبليغ أو النشر ولا تبقى سوى وسيلة العلم اليقيني طريقاً لإيصال العلم بامتناع أو رفض الإدارة هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن القرار السلبي يعد قراراً مستمراً ومن ثم فإن مدة الطعن بالنسبة إليه تكون غير محددة فيجوز الطعن فيه باي وقت على وفق ما أكدته القضاء الإداري^(٢)، إذ قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر بأن (...القرار الإداري السلبي يعتبر قراراً مستمراً يجوز الطعن عليه في اي وقت طالما كانت حالة الاستمرار قائمة أما القرار الضمني فهو قرار ايجابي يتقيد بالطعن بالميعاد المقرر قانوناً لذلك.)^(٣). أما بالنسبة للقرار الشفهي فيمكن اثبات حصول العلم به عن طريق ظروف معينة يعدها القضاء قرينة على علم صاحب الشأن اليقيني به نحو تنفيذ الإدارة للقرار أو تظلم صاحب الشأن منه .

وعلى الرغم من أن العلم اليقيني قرينة قضائية طبقها مجلس الدولة الفرنسي في قراراته من اجل اثبات ان الطاعن علم بالقرار المطعون به، يستنتجها من دراسته للوقائع والظروف المحيطة بإصدار القرار، الا انه بدأ يتراجع في تطبيقها فقضى بان العلم اليقيني الذي لا يعتمد على النشر أو التبليغ لا يؤدي إلى بدء سريان مدة الطعن، وأتجه مجلس الدولة في قضائه الحديث إلى التشديد في تطبيقها - الا انه لم يهجرها نهائياً- إذ قضى في حكمه بتاريخ ٢٠١٣/١٢/١١ بان العلم اليقيني يتحقق في يوم تقديم الاستئناف كأقصى حد بحسبان ان الطاعن بتقديمه الطعن يكون قد علم بالقرار على اقل تقدير^(٤). ويرى بعض الفقه أن هذا التوجه إنما جاء لمراعاة مصلحة الأفراد ولأن الركون إلى العلم اليقيني لا يتفق مع

(1) Michel Rousset et Olivier Rousset: op.cit.p. 155.

(٢) الطعن رقم ٦٥٣٦، لسنة ٤٥ ق.ع. في ٢٠٠٣/٥/٣١، نقلاً عن بدر محمد عبد الحافظ القيسي: المصدر السابق، ص ٣١٧.

(٣) الطعن رقم ١٧٠١٧، س ٥٠، ق.ع. في ٢٠٠٧/٢/٢٤، وحكم محكمة القضاء الإداري بمصرفي الدعوى رقم ٣١٧٦٠ لسنة ٦٢ ق، في ٢٠٠٩/١/١٣، نقلاً عن المصدر السابق، ٣٦٧.

(4) C E, 7ème/2ème SSR, 11/12/2013, n° 365361, et C.E, 13 -3-1998, Mme Mauline, N°175199, 180306, et C.E, 13 Mars 1998, Assistance publique-Hopitaux de paris., et C.E, 18-12- 2002, M.Haagen et Mme Stocky, n°244925, le site:legifrance.gouv.fr.

رغبة المجلس في تلمس الاعذار لهم عند تأخير سريان ميعاد الطعن^(١). أما القضاء الإداري في مصر فقد طبق هذه القرينة في كثير من أحكامه ومازال يواظب عليها، إذ أكدت المحكمة الإدارية العليا بمصر بان قضائها مستقر على الاعتداد بوسيلة العلم اليقيني وبأن هذا العلم يقوم مقام النشر وقيدت ذلك بأن يكون (يقينيا لا ظنيا أو افتراضيا، وأن يكون شاملا لجميع العناصر والتي يمكن لصاحب الشأن على أساسها ان يتبين مركزه القانوني بالنسبة إلى هذا القرار ويستطيع ان يحدد على مقتضى ذلك طريقه في الطعن فيه... ويثبت هذا العلم من أي واقعة أو قرينة تفيد حصوله دون التقيد في ذلك بوسيلة اثبات معينة وللقضاء الإداري في أعمال رقابته القانونية التحقق من قيام أو عدم قيام هذه القرينة أو تلك الواقعة وتقدير الاثر الذي يمكن ترتيبه عليها من حيث كفاية العلم أو قصوره وذلك حسبما تتبين المحكمة من أوراق الدعوى وظروف الحال)^(٢). فمن المستقر عليه في مصر بان ميعاد الطعن بالإلغاء على القرارات الإدارية الفردية يسري من تاريخ علم اصحاب الشأن بها أما بإعلانهم وأما بعلمهم بها علما يقينيا^(٣).

وفي العراق نجد الاتجاه ذاته إذ أفتى مجلس الدولة العراقي بأن (يبلغ المرشح بأمر التعيين حقيقة أو بالعلم اليقيني أو بإرسال نسخة من أمر التعيين إلى محل اقامته)^(٤)، وقضت الهيئة العامة لمجلس الدولة في ٢٧/١/٢٠١٠ بصفتها التمييزية سابقاً بأنه بقطع الراتب يعد الموظف قد علم علم اليقين به^(٥)، وقضت أيضاً بأنه إذا تسلم الموظف راتبه فيكون قد علم بتنزيل راتبه و تبدأ مدة الاعتراض البالغة ثلاثين يوما من تاريخ تسلمه الراتب^(٦)، وجاء في حكم المحكمة الاتحادية العليا (بوصفها جهة تمييزية لأحكام محكمة القضاء الإداري آنذاك) بأن إرفاق نسخة التظلم من القرار المطعون فيه تحمل التاريخ نفسه يكون هو تاريخ العلم اليقيني بالأمر المطعون فيه^(٧). كما قضت المحكمة الإدارية العليا بان الموظف يعد مبلغا

(١) د. خالد الزبيدي: نظرية العلم اليقيني في الفقه والقضاء الاداري مع التركيز على محكمة العدل العليا دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة دراسات ، علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣٤، العدد ١، لعام ٢٠٠٧، ص ١٥١-١٥٢.

(٢) حكمها في الطعن ٦٥٩ لسنة ١٨ ق في ٢٣/١١/١٩٧٦، نقلا عن د. محمد فؤاد عبد الباسط : المصدر السابق، ص ٤٥٩-٤٦٠. وينظر: حكم محكمة القضاء الاداري رقم ٤٠٣٣٤ لسنة ٦٧ القضائية جلسة ٢٠١٦/٣/١٥، نقلا عن د.

حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، الكتاب الثاني، بلا دار نشر، مصر، ٢٠١٨، ص ٩٧١.

(٣) الطعن رقم ١١٠٩٩ لسنة ٤٦ ق. ع. جلسة ٢٠٠٧/٧/٩، نقلا عن مرعي محمد عبدالله الفلاح: المصدر السابق، ص ١٣٦

(٤) فتواه المرقمة ٢٠١٤/١٠٩ في ٢٩/٩/٢٠١٤، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٤، وزارة العدل - العراق، ٢٠١٤، ص ١٩٣.

(٥) حكمها المرقم ٥٥/انضباط/ تمييز/ ٢٠٠٦ في ٢٠/٣/٢٠٠٦، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة، المصدر السابق، ص ٤٤٧.

(٦) حكمها المرقم ١/ انضباط/ تمييز/ ٢٠١٠ في ٢٧/١/٢٠١٠، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٠، المصدر السابق، ص ٣٥٣.

(٧) حكمها المرقم ٣٧٠/ قضاء اداري/ ٢٠١٢ في ١٧/١٢/٢٠١٢، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٢، المصدر السابق، ص ٣٥٤.

بالأمر المطعون فيه إذا وجدت أدلة ووقائع تثبت علمه بالأمر^(١). وقضت أيضاً بأن تظلم الموظف من الأمر المطعون فيه يعد دليلاً على علمه به^(٢) وذهبت أيضاً بأن انفكاك الموظف بناء على الأمر المطعون فيه دليل على علمه به^(٣).

ثالثاً: قرائن الانحراف بالسلطة: لا يحكم القاضي بعيب الانحراف بالسلطة الا إذا اقام المدعي الدليل على ذلك فان عجز عن ذلك خسر دعواه^(٤)، وبالنظر لصعوبة الاثبات عموماً وإثبات عيب الانحراف بالسلطة على وجه الخصوص بسبب طبيعته المحاطة هذا العيب المحاطة بالسرية؛ فالإدارة إذا ما قصدت هدفاً آخر غير المصلحة العامة فأما ان تعلن هدفاً سورياً لقرارها أو تحتفظ به لنفسها ولا تعلن عنه، لذلك حتى يتمكن المدعي من إزالة قرينة الصحة المقترنة بهذا العيب فعليه إقامة قرائن مضادة جدية وحقيقية كافية لإثباته وتحقيق قناعة القاضي بها لينتقل عبء الاثبات بعد ذلك على الإدارة، ويعتمد القضاء على عدة قرائن لإثبات هذا العيب والتخفيف عن كاهل المدعي، وأهم هذه القرائن يتمثل بما يأتي:

١- قرينة التفرقة في المعاملة بين الحالات المتماثلة: يتوجب على الإدارة ان تتحلى بالحياد وان تعامل المواطنين المتواجدين في مراكز متماثلة بشكل متساوي دون تمييز؛ لأن الحياد سلوك يبعث على الطمأنينة ويحقق العدالة ويعبر عن شفافية الإدارة^(٥)، لذلك فان التمايز في المعاملة ينم عن انحراف بالسلطة نحو اجابة طلبات البعض دون البعض الآخر رغم انهم في مراكز متماثلة؛ إذ يعد ذلك بمثابة قرينة على عدم حياد مصدر القرار وانحرافه عن هدفه المشروع فتكشف هذه القرينة عن هدف الإدارة المستتر بالمحاباة والإضرار، وتأكيد لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن قرار أحد العمد بمنع المسيرات والمظاهرات الا واحدة انحرافاً بالسلطة لتفرقتها بين طوائف وانتماءات المتظاهرين^(٦)، وكذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في أحد أحكامها بانحراف قرار عدم قبول طالب حاصل على

(١) حكمها المرقم ١١٧٩/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٦/١٣، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٩، المصدر السابق، ص ٤٣١.

(٢) حكمها ١٧٥١/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٩ في ٢٠١٩/١٠/١٠، المصدر السابق، ص ٤٦٣.

(٣) حكمها ٣٠٤/ قضاء اداري/ تمييز/ ٢٠١٧ في ٢٠١٩/٤/١٨، المصدر السابق، ص ٥٦٢.

(٤) قضت المحكمة الادارية العليا في العراق بانه (لا يجوز الحكم بانحراف الإدارة في استخدام سلطتها التقديرية بلا دليل)، حكمها المرقم ٢٧١٧ و ٢٧١٩/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٧ في ٢٠١٨/١/١٨، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٨، المصدر السابق، ص ٥٢٥.

(٥) عمر مرزوقي: دور القاضي في حماية مبدأ الشفافية الادارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة اليرموك، الاردن، ٢٠١٧، ص ٦٩.

(٦) نقلاً عن ماهر عباس ذيبان الشمري: المصدر السابق، ص ٢٣٧.

بكالوريوس العلوم شعبة تشريح بتقدير جيد بالسنة الثالثة بها بالرغم من قبولها لأقرانه الحاصلين على التقدير ذاته ومن الشعبة نفسها انحرافا بالسلطة^(١).

٢- قرينة ظروف وملابسات اصدار القرار وتنفيذه: يستتبط القضاء انحراف الإدارة بسلطتها من الظروف التي صاحبت صدور القرار أو من الكيفية التي نفذت القرار فيها نحو تنفيذه بسرعة غير اعتيادية أو مبررة كتنفيذه في اليوم التالي مباشرة لصدوره، فيعد ذلك بمثابة قرينة على الانحراف بالسلطة، ومن ذلك استخلص مجلس الدولة الفرنسي انحراف الإدارة بالسلطة وذهب إلى الغاء قرار الإدارة المتضمن رفض منح السيد (Arrista) ترخيصاً بممارسة مهنة الطب وجراحة الحيوان في فرنسا نظراً لما في القرار من اساءة في استعمال السلطة استشفه المجلس من دراسة ملف الدعوى إذ تبين أن رئيس اللجنة كان قد وافق في المداوالت على معادلة شهادة المدعي ولكن بقية أعضاء اللجنة خالفوه الرأي من دون تقديم حجج مبررة لهذا الرفض، كما لاحظ تردد بعض الأعضاء في اتخاذ قرار حاسم في الموضوع، وقد استخلص المجلس من كل تلك الظروف ان قرار الرفض غير مسوّج بشكل كافٍ ومن ثم فإنه يتضمن انحرافاً واضحاً في استخدام السلطة^(٢). وذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر إلى أن تلاحق قرارات نقل الموظف مكانياً بغير مقتضى من الصالح العام، وذلك في اعقاب رفعه تقريراً إلى رئيس مجلس الوزراء لا ترضى عنه الإدارة يؤكد انها قصدت مجازاة المدعي وتكون قد انحرفت بسلطتها^(٣).

بالمعنى نفسه قضت المحكمة الإدارية العليا في العراق بتاريخ ٢٠١٥/١/١٥ بانه (ان وكيل المدعي عليه لم يقدم سبب للنقل مما ينطوي تحت نطاق المصلحة العامة، وحيث يستنتج من كل ما تقدم بان نقل المدعي كان رداً على دعواه التي اقامها ضد الوزارة مما يخرج الأمر الإداري عن نطاق المصلحة العامة ويفقده ركناً من أركان صحته إذ لا يصح أن يكون سبب القرار غير تحقيق المصلحة العامة ويكون بذلك غير صحيح ويستوجب الغائه...) ^(٤). ويلاحظ ان المحكمة مارست رقابة الوقائع وصولاً إلى الكشف عن هدف القرار وأن خلطت بين السبب والغاية؛ فالمصلحة العامة هي هدف القرار وليست سبباً له.

٣- قرينة انعدام الدافع المعقول: يستتبط القضاء من عدم وجود باعث ظاهر ومعقول لدى الإدارة من اصدار القرار قرينة على انحرافها بالسلطة باستهدافها غاية غير مشروعة، فتكشف هذه القرينة عن هدف

(١) حكمها بالطعن رقم ٢٥٠٩ لسنة ٣٢ ق.ع في ١٩٩٣/٨/٢٢، وينظر حكمها رقم ١٢١٧٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ٢٠٠٨/١١/١٢ نقلاً عن ماهر عباس ذيبان الشمري: المصدر السابق، ص ٢٣٧، ود. محمد ماهر ابو العينين، تطور قضاء الالغاء، المجلد الثاني، المصدر السابق، ص ٩٠٥.

(٢) حكمه في قضية (Arrista) في ٥ شباط ١٩٧٣، نقلاً عن خديجة عبد السلام: المصدر السابق، ص ٩٦.

(٣) طعن رقم ٤١٩ لسنة ١٥، ق بجلسته ١٨/٤/١٩٧٠، د. عبد العزيز عبد المنعم: المرافعات الإدارية، المصدر السابق، ص ٤٢٢.

(٤) حكمها المرقم ١١٧٢/قضاء موظفين/تميز/٢٠١٤ في ٢٠١٥/١/١٥، منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٥، المصدر السابق، ص ٣٣٢.

الإدارة الحقيقي من وراء الهدف الظاهر في قرارها أو على الأقل انحرافها بالسلطة^(١)، على وفق ما قضت به الهيئة العامة لمجلس الدولة العراقي بصفتها التمييزية آنذاك بأن (...أمر نقل الموظف من دائرة إلى أخرى يقع ضمن السلطة التقديرية للإدارة لضمان سير المرفق العام إلا أن تلك السلطة غير مطلقة وإنما مقيدة بحدود المصلحة العامة وعدم التعسف في استخدام هذا الحق، وحيث أن أمر نقل المدعي من محافظة بغداد إلى محافظة بابل بعيداً عن أهله ومنطقة سكناه يكلفه أجوراً ومصاريف مما يجعل الأمر المذكور بمثابة عقوبة مقنعة الأمر الذي يستلزم إلغاؤه)^(٢).

٤ - قرينة عدم الملاءمة الظاهرة و الغلو: ويجد القضاء من عدم الملاءمة بين الخطأ والجزاء قرينة على الانحراف بالسلطة فالغلو في فرض الجزاء أنما يدل على تعسف الإدارة في استعمال سلطتها^(٣)، وكثيراً ما تظهر تطبيقات هذه القرينة في نطاق فرض العقوبات الانضباطية وسلطات الضبط الإداري وفرض الجزاءات الإدارية عموماً^(٤).

(١) لم تعتد محكمة القضاء الاداري بمصر في حكمها رقم ٢١٠٤١ لسنة ٥٦ ق جلسة ٢٠٠٩/٥/٥، بانعدام الدافع المعقول كأحد مناعي المدعي على القرار المطعون فيه، نقلا عن د. حمدي ياسين عكاشة: المصدر السابق، الكتاب ٣، ص ١١٣٠.

(٢) حكمها المرقم ٧٢/ انضباط/ تمييز/ ٢٠١٢ في ٢٦/٤/٢٠١٢، وحكمها المرقم ٣٤٥/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٣ في ٢٨/١١/٢٠١٣، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٢، المصدر السابق، ص ٢٣٨ و ٣٢٩.

(٣) حكم المحكمة الادارية العليا في مصر بالطعن رقم ٢٠٥ لسنة ٣٥ ق. بجلسته ١٩/٥/١٩٩٠، والطعن رقم ٧٩١ لسنة ٢٤ ق، بجلسته ١/٤/١٩٨٤، نقلا عن د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني: قرينة الخطأ، المصدر السابق، ص ١٠٨.

(٤) حكم المحكمة الادارية العليا في مصر بالطعن رقم ٥٨٨٩٤ لسنة ٦٠ ق. ع - جلسته ١٦/٤/٢٠١٦ - س ٤٦، ج ١، ص ٤٧٣، ورقم ١٠٧٠٨ لسنة ٥٩ ق. ع، في ٩/١/٢٠١٦، والطعن رقم ٣٨١ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٣/١/٢٠٠١ نقلا عن د. حمدي ياسين عكاشة: المصدر السابق، الكتاب الثالث، ص ١١٣٣ و ١١٣٢.



الفصل الثاني

نطاق التوازن

بين

الشفافية والسرية في العقد الإداري

الفصل الثاني: نطاق التوازن بين الشفافية والسرية في العقد الإداري

تخضع العقود الإدارية لنظام قانوني مستقل عن العقود التي تبرمها الإدارة كشخص خاص أو عقود القانون الخاص، ولها خصائصها الذاتية المميزة وتخضع لقواعد قانونية مستقلة^(١).

ويعد مبدأ الشفافية من أهم الأدوات اللازمة لمكافحة الفساد في العقود الإدارية ومنع إهدار المال العام والتلاعب بمقدرات الدولة واقتصادها ومنع الإدارة من اساءة استعمال مايمنحها القانون من سلطات، إذ تخلق الشفافية بيئة معلنة يصعب الاختباء فيها، فمعرفة فرص المنافسة في السوق الحكومية وعلانية القواعد والسياسات التي تخضع لها التعاقدات العامة ووضوح معايير اختيار المتعاقدين وتقييم العطاءات جميعها عناصر تسهم في تعزيز الثقة والأمان وخلق بيئة مؤاتية لجذب الفاعلين الاقتصاديين وتحقيق المنافسة العادلة وتحسين جودة الخدمة التي يقدمها المرفق العام ويزيد من فرص التمويل من المؤسسات المالية الدولية للمشروعات العامة إذ تبنى البنك الدولي سياسات وقواعد خاصة بالعقود الحكومية تتصف اجراءاتها بالشفافية وجعل منها شرطاً للحصول على التمويل^(٢).

أما السرية في نطاق العقود الإدارية فتعني التزام الإدارة بعدم الإفصاح عن بعض المعلومات المتصلة بعطاءات المتقدمين للمنافسة وكل ما من شأن اعلانه أو اتاحته الاضرار بالمساواة وتكافؤ الفرص. ورغم ان السرية لازمة في بعض الحالات نحو سرية العطاءات وعدم تسريب المعلومات عن عروض المرشحين قبل عملية فتحها أمام اللجان المختصة، الا انها في نطاق العقود الإدارية تتسبب بنتائج ضارة فتشكل ثغرة ومدخلا للفساد عبر حجب المعلومات المتصلة بعملية التعاقد والركون إلى اساليب تعاقد لا تحقق المنافسة وتكافؤ الفرص بين المرشحين، والتواطؤ ومحاباة البعض على حساب غيرهم، وهذا ما جعل كفة الميزان تميل في اكثر الحالات نحو توسيع نطاق الشفافية على حساب السرية في العقود بما يصب في تحقيق المصلحة العامة. من ذلك سنتناول في هذا الفصل نطاق الشفافية والسرية في مراحل العقد كافة، ودور القضاء في تحقيق التوازن بينهما عبر تقسيمه على مبحثين سنتناول في المبحث الاول

(١)افتى مجلس الدولة العراقي بان (الفقه والقضاء قد استقرا على ما يميز العقد الإداري عن عقد القانون الخاص ليس المعيار الشكلي في كون شخص من اشخاص القانون العام طرفا فيه بل يلزم بالإضافة إلى ذلك توفر أساسين يتصلان بموضوع العقد من حيث وجوب اتصال العقد بمرفق عام وإن تستخدم الإدارة وسائل القانون العام في شأن العقد ...). قراره المرقم ٣٨ لسنة ٢٠٠٦، نقلا عن صباح صادق الانباري: المصدر السابق، ص٢٠٤.و ينظر: د.سليمان الطماوي: الاسس العامة في العقود الإدارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، ٢٠١١، ص٥٨.

(٢) د.حسن عبد الرحيم السيد: الشفافية في قواعد واجراءات التعاقد الحكومي في دولة قطر(دراسة مقارنة مع قانون اليونسسترال النموذجي للمشتريات الحكومي)، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد ٣٩، يوليو ٢٠٠٩، ص ٦٠ - ٦١.

منهما البحث في نطاق الشفافية والسرية في مراحل العقد الإداري، وسنتناول في المبحث الثاني دور القضاء في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في العقد الإداري.

المبحث الأول/ نطاق الشفافية والسرية في مراحل العقد الإداري

يعد العقد الإداري من أهم الوسائل التي تستعين بها الإدارة في القيام بوظائفها وتنفيذ مشروعاتها ، ويفرض القانون قواعد ومبادئ معينة يجب مراعاتها عند إبرام العقود الإدارية وتنفيذها وانهاؤها لضمان تحقيق الإدارة الهدف الذي تسعى إليه من إبرام العقد وتحقيق أكبر وفرة مالية الى الخزينة العامة، وللشفافية والسرية نصيب وافر من هذه المبادئ ايماناً بأهميتها في تحقيق المنافسة العادلة والمساواة والقضاء على الفساد وإهدار المال العام، ولتمكين الرقابة على الانفاق العام وتوجيه العقد بما يخدم المجتمع وتحقيق أهدافه التنموية.

من ذلك لا بد لنا من بيان حدود كل من الشفافية والسرية في مراحل العقد الإداري المتمثلة بالإبرام والتنفيذ والانتهاء ولكي يتسنى لنا ذلك سنقسم دراسة هذا المبحث على ثلاث مطالب، إذ سنتناول في المطلب الأول البحث في نطاق الشفافية والسرية في مرحلة إبرام العقد الإداري، وسنتناول في المطلب الثاني نطاق الشفافية والسرية في اجراءات التعاقد، وسنتناول في المطلب الثالث البحث في نطاق الشفافية والسرية في مرحلتي تنفيذ العقد الإداري وانهاؤه.

المطلب الأول: نطاق الشفافية والسرية في مرحلة إبرام العقد الإداري

يلزم المشرع الإدارة باحترام مبدأ الشفافية وتحقيق المنافسة العادلة والمساواة، عن طريق مراعاة العديد من الاجراءات السابقة للتعاقد ومن ذلك الزام الإدارة بالحصول على اقرار بتوافر الاعتماد المالي لضمان قدرة الإدارة على الايفاء بالتزاماتها، واخذ رأي جهة معينة قبل الدخول في التعاقدات الادارية وبمراعاة جهات التعاقد صلاحياتها الادارية والمالية وفقاً للقواعد النافذة، وفي الالتزام بإعداد دراسات الجدوى الاقتصادية والفنية، وفي التزام أسلوب تعاقد معين يضمن تحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة والتعاقد مع اكفأ المتقدمين للإيفاء بالخدمات التي تسعى إلى تحقيقها في ضوء الاحتياجات الفعلية للإدارة، ورغم ذلك فان مرحلة إبرام العقد قد تكتنفها السرية ولاسيما بالنسبة للعقود التي تتطلب السرية فيفرض المشرع فيها بعض الاستثناءات على مبدأ الشفافية .

ولهذا سنتناول في هذا المطلب وعبر تقسيمه على فرعين البحث في نطاق الشفافية والسرية في الإجراءات السابقة على التعاقد في الفرع الأول و سنتناول في الفرع الثاني نطاق الشفافية والسرية في اختيار أسلوب التعاقد .

الفرع الأول/ نطاق الشفافية والسرية في الاجراءات السابقة على التعاقد

يمكن بيان مظاهر الشفافية والسرية في الاجراءات التي تسبق إبرام العقد الإداري في البنود الآتية:

أولاً: الحصول على اقرار بتوافر الاعتماد المالي: يعكس الحصول على اقرار بتوافر الاعتماد المالي أو اشتراط الحصول على تأييد بتوافره نوعاً من الشفافية في تعاملات الإدارة فمن خلاله يمكن للراغبين بالتعاقد مع الإدارة والمتعاملين معها التعرف على الموقف المالي لها ومدى قدرتها على الايفاء بالتزاماتها لضمان عدم تعرضهم لمعوقات اثناء تنفيذ العقد والاطمئنان لحقوقهم، ولهذا يجب الاعداد لخطّة التعاقدات العامة مسبقاً وتوفير الاعتمادات المالية اللازمة في ضوء الحاجات الفعلية للإدارات العامة ووفقاً لخطط التنمية الوطنية والسياسة الاستثمارية للدولة، وإعلانها لاطلاع الجمهور والفاعلين الاقتصاديين عليها لتحديد أولوياتهم وتقييم فرصهم في المشاركة فيها وإتاحة الفرص المتساوية للجميع في المشاركة . ومن ثم فإن كتمان الموقف المالي ورفض الكشف عنه يثير الشكوك في مشروعية اجراءات الإدارة، على الرغم من ان أحكام القضاء^(١)، وآراء الفقه استقرت على أن عدم وجود هذا الاعتماد أو عدم كفايته لا يؤثر على مشروعية العقد ويرتب فقط مسؤولية الإدارة وموظفيها القانونية لارتكابها خطأ بعدم احترامها القواعد المتعلقة بالمالية العامة^(٢). وذهبت محكمة تمييز العراق آنذاك في حكم قديم لها على خلاف ذلك وقضت بان تجاوز الإدارة الاعتماد المالي فان التزاماتها بالنسبة للجزء الذي يتجاوز ذلك الاعتماد يكون غير مشروع ورتبت البطلان بالنسبة له ومن ثم عدم قابليته للنفاذ^(٣).

ان اشتراط الحصول على اقرار بالاعتماد المالي فضلاً عن انه يمثل وسيلة للرقابة على وحدات الانفاق العام فهو مبعث للاطمئنان والثقة ويعبر عن شفافية الإدارة وعلانية موقفها المالي وتعاملها بحسن النية، ولهذا يجب اتخاذ اجراءات رادعة لمنع ابرام العقود في ظل غياب الاعتماد المالي أو تجاوز حدوده، بتفعيل الرقابة المعاصرة لإجراءات التعاقد وعدم السماح للإدارة بالمضي قدماً فيها وتلافي النتائج المترتبة

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم ٦٣١٦ لسنة ٤٣ ق. جلسة ٢٠٠٢/٦/٦، ورقم ٩٦٤٧ لسنة ٤٧ ق. جلسة ٢٠٠٥/١١/٢٢، وينظر: فتوى مجلس الدولة المصري رقم ٧٨ في ٢٩/١/٢٠٠٣، ملف رقم ٣٢٥٣/٢/٣٢، نقلاً عن حمدي ياسين عكاشة: موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الإدارية، الكتاب الثاني، دار ابو المجد للطباعة، مصر، ٢٠١٦، ص ٢٧٨.

(٢) د. فاروق احمد خماس و محمد عبدالله الدليمي: الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، ١٩٩٢، ص ٧٣.

(٣) حكمها المرقم ١٥٨ خ/ ١٩٦٦ في ٢٨/٧/١٩٦٦، نقلاً عن عثمان ياسين علي: تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة ابرام العقود الإدارية دراسة مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٥، ص ١٨١-١٨٣، ود. جواد كاظم جبار الحساني: وسائل الإدارة للحد من الفساد الإداري والمالي في العقود الحكومية والرقابة عليها في القانون العراقي دراسة مقارنة، ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢١، ص ١٣٥-١٣٦.

على ذلك، ومنها الاضرار بالمتعاقدين معها الذي قد يباشر بتنفيذ العقد ما يدفعه لمطالبتها بالتعويض عما اصابه من ضرر وبذلك يتم تحميل الخزنة العامة بمبالغ اضافية. وقد نصت القوانين المقارنة على وجوب توافر الاعتماد المالي قبل البدء بإجراءات التعاقد و الاعلان وتوجيه الدعوات لأي عملية تعاقد^(١). وقد الزم مجلس الدولة الفرنسي الإدارة بالإعلان عن كيفية تمويل العقد والاشارة ولو بإيجاز إلى طبيعة الموارد التي تعتزم حشدتها لتمويل العملية التي يغطيها موضوع العقد^(٢)، أما الاشارة فقط إلى الشروط الأساسية للدفع في العقد فلا يفي بالالتزام وانما يجب أن يتضمن الاعلان بياناً وان كان موجزاً بشروط التمويل الأساسية^(٣).

أما في العراق فقد نص قانون الإدارة المالية الاتحادي على انه لا يجوز الدخول بالتزام الا بعد التأكد من توفر التخصيص المالي اللازم^(٤). كما لا يجوز للإدارة الدخول بالتزامات تؤدي إلى التجاوز على التخصيصات المرسدة لها في الموازنة العامة الاتحادية^(٥)، ويجب ان تحصل وحدة الانفاق على موافقة وزارتي التخطيط والمالية الاتحاديتين قبل الدخول في التزام متعدد السنوات يتطلب صرف مبالغ من الموازنة الاتحادية لسنة مالية مستقبلية^(٦). وهذه الأحكام تشمل كل انواع العقود التي ترتب التزامات مالية على الخزنة العامة للدولة، وحسنا فعل المشرع بعدم ايراد الاستثناءات على ذلك لمنع استغلالها من قبل بعض الجهات. وتضمن الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ النص على عدم جواز نشر اعلان اي مناقصة مقدمة قبل الحصول على مصادقة الموظف المختص الاقدم أو من ينوب عنه بالنسبة للإدارة التي تطرح المناقصة على توفر الاموال الكافية لاستيفاء التكاليف المقدرة للحكومة بالنسبة لأي عقد، وعدم جواز منح العقد دون اثبات الاموال الكافية والمخصصة لهذا الغرض (المقصود ان لا تستخدم لأغراض أخرى)

(١) المادة (٣٤) من دستور جمهورية فرنسا لعام ١٩٥٨ وينظر: نص المادة (١٢٧) من دستور جمهورية مصر لعام ٢٠١٤، والمادة (١١) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨، والمادة (١٥) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون رقم ٦٩٢ لسنة ٢٠١٩، منشورة في الوقائع المصرية العدد ٢٤٤ تابع (ب) في ٣١ تشرين الأول ٢٠١٩. وينظر: الفقرة (ثالثاً) من المادة (٨) من قانون المحاسبة الحكومية المصري رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨١، والمادة (٦) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٨٢. منشوران في الجريدة الرسمية العدد ٣١/تابع في ٣٠ يونيو ١٩٨١، والعدد ٤٥ في ٢٣ يونيو ١٩٨٢.

(2) C.E, 7ème et 2ème sous-sections réunies, du 25 juin 2004, N° 261264, inédit au recueil Lebon, publié sur le site : legifrance.gouv.fr. 18/10/2021, T: 6:01 p.m .

(3) C.E, 11 Mai 2007, n° 298863, Région Guadeloupe, publié sur le site:

<http://www.marche-public.fr>, 21/11/2021, T:11:27 p.m.

(٤) البند (أ) من الفقرة (اولاً) من المادة (١٦) من قانون الإدارة المالية الاتحادي رقم ٦ لسنة ٢٠١٩ المعدل، الوقائع العراقية العدد ٥٥٠ في ٥/أب/٢٠١٩.

(٥) الفقرتان (اولاً وثانياً) من المادة (١٥) من قانون الإدارة المالية الاتحادي رقم ٦ لسنة ٢٠١٩ المعدل.

(٦) الفقرة (ثانياً) من المادة (١٦) من قانون الإدارة المالية الاتحادي رقم ٦ لسنة ٢٠١٩ المعدل.

على ان تكون مبالغ كافية لاستيفاء ثمن العقد كاملة^(١). وقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ على التزام جهات التعاقد قبل اعداد وثائق المناقصات للتعاقدات الممولة من الموازنات الجارية والتشغيلية باستكمال متطلبات توفير التخصيص المالي لتجهيز السلع أو الخدمات أو المقاولات بتأييد الدائرة المالية في جهة التعاقد^(٢)، أما بالنسبة للمشاريع الممولة من الموازنة الاستثمارية فلم ينص على ذلك، ونرى أن التعليمات اشترطت اعداد دراسة جدوى فنية واقتصادية بالنسبة لها وضرورة الحصول على مصادقة وزارة التخطيط عليها لإدراجها في الموازنة الاستثمارية الاتحادية، وبذلك فان الموافقة على الموازنة الاستثمارية يتضمن رصد الاعتمادات المالية لها.

وأوجب اعمام وزارة التخطيط ذو العدد ٢٤٢٣/٧/٤ في ٢٠١١/٢/٢٠ منع الاحالة والتوقيع على العقود بعد تاريخ (١٢/١٥) من كل عام، وتستنفذ تخصيصات المشاريع ضمن الموازنة الجارية في السنة نفسها، وذلك لمنع ابرام العقود بقصد استنفاد الاعتماد المالي، ويلاحظ عدم الالتزام بهذا المنع بسبب الاستثناءات منه^(٣)

ثانيا: الاستشارات السابقة على التعاقد: وتعني التزام الإدارة بأخذ رأي جهة معينة قبل ابرام العقد وسواء كان هذا الرأي قانوني ام فني، ويمثل العمل الاستشاري افصاحا من الجهة الاستشارية بعد المداولة والتصويت عن رأيها الاستشاري بناء على طلب من السلطة الإدارية سواء الزمها القانون بذلك الطلب ام لم يلزمها وسواء كان الرأي مقيدا لها ام لم يكن كذلك^(٤). ويحقق الالتزام بالاستشارة شفافية العقود، نظرا لما ترتبه هذه العقود من التزامات مالية على الدولة واتصالها بالمرافق العامة مما يتطلب الوقوف على أهميتها وموازنة ذلك مع ما يقابلها من فوائد عائدة على الدولة، وبذلك يمكن صيانة المال العام وحفظه والوقوف على سلامة العقد من الناحية القانونية وتدارك الاخطاء، كما تسمح الاستشارة بالرقابة على اجراءات التعاقد، وبالنظر لهذه الأهمية تعد الاستشارة اجراء جوهري واغفاله يرتب بطلان العقد .

ويعد المجلس الاقتصادي والاجتماعي المستشار الأول للإدارة الفرنسية في المجالين الاقتصادي والاجتماعي ويؤدي دورا استشاريا على المستوى المركزي، كما ألزم القانون اخذ رأي اللجنة الاستشارية

(١) المادة (١٠) من الامر ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل.

(٢) المادة (٢/ ثانيا/ ج) من التعليمات المذكورة، منشورة في الوقائع العراقية بالعدد ٤٣٢٥ في ٢٠١٤/٦/١٦.

(٣) من ذلك قرار مجلس الوزراء رقم ٤٠٧ لسنة ٢٠١٧ وأجاز إبرام التعاقدات بعد تاريخ ٢٠١٧/١٢/١٥ شرط توافر التخصيص المالي ولغاية ٢٠١٧/١٢/٣١. نقلا عن الدليل الاسترشادي الخاص بالتعاقدات الحكومية لسنة ٢٠١٧، وزارة التخطيط العراقية/ دائرة العقود الحكومية، ص ١٧. منشور على الموقع الالكتروني الاتي: <https://mop.gov.iq>، تاريخ الزيارة: ٢٠٢١/١١/١٠، الوقت: ٢٣:١١ P.M. وينظر: المادة (١١) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

(٤) حمدي ابو النور السيد عويس: الإدارة الاستشارية، المصدر السابق، ص ٢٤٠.

للخدمات العامة المحلية بالنسبة لعقد تفويض المرفق العام^(١). و القاعدة العامة في فرنسا أن الاستشارة السابقة على التعاقد اختيارية، وفي مصر يناط بإدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة مراجعة العقود وتقديم الرأي الاستشاري للإدارات التي تروم التعاقد، وذلك استناداً إلى قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ الذي نص على أنه (... لا يجوز لأي وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة ان تبرم أو تقبل أو تجيز اي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة الاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة)^(٢). وأوضحت فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بالمجلس الغاية من اناطة هذا الدور بمجلس الدولة وهي رقابة مدى مطابقة مشروع العقد للقانون من دون التطرق لمسائل الملاءمة والتقدير التي يتقصد القضاء برقابتها في ضوء ما يُقدم اليه من ادلة واقعية، وتمتد هذه الرقابة إلى مشروع العقد وكل ما اصبح جزء منه من مستندات سابقة على ابرامه، وإلى الاجراءات التي سبقته وادت إلى ابرامه فهي رقابة مشروعية لا ملاءمة، وعلى جهة الافتاء التي تتولى هذه المراجعة ان تفصل في سلامة كل ذلك وتبدي رأيها في مراجعة نصوص العقد ذاته رغم تبلغ الجهة طالبة الرأي بكافة ما ارتأته في هذا الشأن سواء ما تعلق بالإجراءات ام بنصوص العقد أو بما اصبح جزء منه من مستندات سابقة عليه وبذلك تضع الإدارة المتعاقدة أمام مسؤوليتها القانونية كاملة بعد ايضاح الموقف القانوني كاملاً وتحمل مسؤوليتها إذ لم تر الاخذ بالرأي القانوني، ومهما بلغت المخالفات التي تشوب الاجراءات السابقة فلا يجوز الامتناع عن المراجعة بسببها لان المراجعة هي التي تكشفها^(٣). كما اتجهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى جواز ابرام الإدارة عقود مماثلة لنموذج عقد سبق وان تمت مراجعته مالم تنطو على تغيير في الشروط الواردة بالنموذج محل المراجعة السابقة وبمراعاة الالتزام بجميع الاجراءات القانونية اللازمة للتعاقد^(٤).

وفي العراق لم يرد مصطلح (الاستشارة) كإجراء سابق في القواعد الحاكمة للتعاقد، كما لم ترد في قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل الذي استبعد العقود الإدارية من نطاق اختصاصه قضاءً وافتاءً^(٥). وبذلك تكون الاستشارة قبل الشروع في ابرام العقود كقاعدة عامة اختيارية، و تمارس العمل الاستشاري في العراق جهات عديدة يمكن للإدارات العامة الرجوع إليها لاستظهار رأيها الفني نحو

(١) المادة (٥) من القانون رقم ٢٧٦ في ٢٧ شباط ٢٠٠٢ المتصل بالديمقراطية المحلية بفرنسا.

(٢) المادة (٥٨) و(٦١) من القانون المذكور، والمادة (١٩٠) من دستور جمهورية مصر لعام ٢٠١٤.

(٣) فتاها بجلسة ٢٠/٣/١٩٨٥ - ملف رقم ٢٥٣/١/٥٤، نقلا عن حمدي ياسين عكاشة: موسوعة المشكلات العملية، الكتاب الثاني: المصدر السابق، ص ٣٠٠.

(٤) فتوى رقم ٦٢ في ٢٠٠٨/٢/٦، وفتوى رقم ٢٤٧ لسنة ٥٥ في ٢٠٠١/٥/٧، نقلا عن حمدي ياسين عكاشة: موسوعة المشكلات العملية، الكتاب الثاني، المصدر السابق، ص ٣٢٣ و ٣١٩.

(٥) نصت المادة (٣/٣) من قانون ديوان التدوين القانوني رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٣ الملغى على اختصاصه بإبداء الرأي والمشورة في المقاولات وذلك كلما رأته الحكومة وجوب استشارته بشأنها. منشور بالوقائع العراقية العدد ١٢٨٠ في ١٩٣٣/٣/٨.

المركز القومي للاستشارات الهندسية والمعمارية، وقسم الاستشارات والعقود في الدائرة القانونية التابعة لوزارة التخطيط الذي يتولى تقديم الاستشارات في مجال العقود لكافة دوائر الدولة^(١).

وأصدرت وزارة التخطيط ضوابط رقم (٨) بعنوان آلية اعداد الدراسات والتصاميم والمخططات والكلف التخمينية والتعامل مع المكاتب الاستشارية، الا ان هذه الضوابط تتصل بالاستشارات الفنية دون القانونية، و تضمنت النص على اعتماد الادارات على ملاكاتها بالنسبة للمشروعات أو الأعمال الصغيرة نسبياً والتي تتسم بالنمطية ولا تحتاج إلى تخصص دقيق ولا تتضمن تفاصيل فنية معقدة شرط توفر الملاك الفني المتخصص، وكذلك بالنسبة للمشروعات أو الأعمال المتوسطة والكبيرة شرط ان يتضمن الهيكل التنظيمي لجهات التعاقد جهات متخصصة ذات خبرة علمية وعملية في مجال تقديم الاستشارات الفنية، وقد أوجبت فيما عدا ذلك على جهات التعاقد ابرام عقود مع جهات استشارية متخصصة لتقديم الاستشارات الفنية. ونرى انه من الضروري النص على الزام الادارات العامة باستشارة مجلس الدولة العراقي قبل ابرام العقود الإدارية التي تصل قيمتها حد معين ليتولى مراجعتها من الناحية القانونية، فذلك ادعى لتحقيق الشفافية أيضاً وضمان مشروعية العقد والرقابة عليه، اذ يعد من اختصاص المجلس ابداء الرأي و المشورة القانونية في الامور القانونية لدوائر الدولة والقطاع العام^(٢).

ثالثاً: دراسة الجدوى الفنية والاقتصادية: لدراسة الجدوى الفنية والاقتصادية أهمية في تحقيق الشفافية في عمليات التعاقد الإداري كونها تعطي صورة متكاملة عن أهمية مشروع العقد والفوائد المرجو تحقيقها في حال المضي فيه فيما يتصل بتقديم الخدمة ونوعها وأهميتها بالنسبة للمرفق العام المرتبط به موضوع العقد وانعكاسات ذلك على المصلحة العامة فضلاً عن مخاطره المتوقعة، وتعكس دراسة الجدوى الحاجة الفعلية للإدارة إلى تنفيذ هذا المشروع وكلفته ومقدرة الإدارة المالية على تغطيته، بما تتضمنه من تفاصيل المواد وكلفها ولكل مراحل المشروع وتحليلها، بما يتيح للجهات الرقابية ممارسة عملها ويضمن تحقيق الشفافية والعلانية في عمل الإدارة.

وتسمح دراسات الجدوى بإتاحة المعلومات والبيانات الكافية وبيان مدى دقتها وتغطيتها لجوانب المشروع الفنية والإدارية والمالية والاقتصادية، والنتيجة عن اجراء دراسات مستفيضة لهذه الجوانب وبشكل خاص بالنسبة للعقود ذات الأهمية أو التي تتصل بخدمة أساسية تمس حاجة عدد كبير من

(١) البنود (ن، ع، ض) من الفقرة (أولاً) من المادة (١٩) من تعليمات رقم السنة ١٩٩٠، منشورة في الوقائع العراقية العدد ٣٣٢٢ في ٢٧/٨/١٩٩٠. وناطت المادة ٨/ ثانياً / أ من تعليمات تشكيلات ومهام دوائر واقسام وزارة التخطيط رقم ١ لسنة ٢٠١٢ يقسم الاستشارات والتدريب في دائرة العقود العامة الحكومية مهمة إبداء الرأي والمشورة القانونية لدوائر الدولة والجهات الأخرى المتعلقة بإجراءات التعاقد الحكومي ، نشرت التعليمات في الوقائع العراقية العدد ٤٢٣٩ في ٢١/٥/٢٠١٢.

(٢) ينظر: المادة (٤) والبنود (أولاً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

المواطنين والمنتهقين أو ذات التكلفة الكبيرة، كما في عقود الالتزام أو الاشغال العامة والتوريد، فتسمح دراسة الجدوى الموضوعية بدقة مناقشة الخيارات والبدائل المتاحة لإنجاز مشروع العقد، فتكون هذه المعلومات وسيلة لتحقيق الشفافية وضمان سلامة العقد المزمع ابرامه وتحقيق أهدافه وضمان عدم إهدار المال العام وعلى أساس ذلك يمكن اتخاذ القرار بالمضي قدماً بالعقد أو الرجوع عنه لعدم فائدته أو جدواه أو انه غير ضروري في ظل الطرف القائم أو لأن كلفته غير متناسبة مع أهميته فيمكن تعديله على هذا الأساس واتخاذ القرار المناسب للتعاقد من عدمه، وبخلاف ذلك فان الفائدة المرجوة منه تبقى غير معلومة وتثور حوله شبهات الفساد واهدار المال العام.

وبالنسبة لموقف التشريعات فيلاحظ ان اللائحة التنفيذية لقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ المصري قد اناطت بإدارة التعاقدات في السلطات المختصة مهمة إعداد دراسات الجدوى الاقتصادية تمهيدا للطرح إذا تطلبت طبيعة العملية ذلك^(١). بينما لم يتضمن الأمر ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل في العراق نصا يوجب اعداد دراسات الجدوى الفنية والاقتصادية لمشروعات العقود، الا ان تعليمات تنفيذه رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ أوجبت ذلك على جهات التعاقد قبل اعداد وثائق المناقصات للمشاريع الاستثمارية باستثناء مشاريع تفكيك ومعالجة المنشآت النووية المدمرة والمخلفات الكيماوية، ولا يجوز للوزارة المعنية ادراج اي مشروع في الموازنة الاستثمارية الاتحادية دون استحصال مصادقة وزارة التخطيط على دراسة الجدوى وتحمل الوزارة والجهة طالبة ادراج المشروع المسؤولية بخلاف ذلك، وحسنا فعلت التعليمات بالزام جهات التعاقد بذلك، الا انها قصرتها على المشاريع الاستثمارية من دون المشاريع الممولة من الموازنة الجارية والتشغيلية، ولا نجد مسوغا لهذا التمييز وتحديد الحاجات الفعلية لهذه الأخيرة لا يغني عن وجود دراسة الجدوى، ومن ثم حريا بالمشروع العراقي تلافي ذلك واشتراط وجود دراسات جدوى لكافة مشروعات العقود. كما أوجبت تعليمات وزارة التخطيط رقم السنة ١٩٨٤ المعدلة خضوع مشاريع خطة التنمية القومية الانتاجية والهيكلية الأساسية والخدمية الاقتصادية إلى دراسات الجدوى الفنية والاقتصادية^(٢).

ويرى اتجاه بأن دراسة الجدوى ليست الا توجيه للإدارة تستير به لاتخاذ القرار بشأن مشروع التعاقد، ولهذا لا يترتب على عدم وجودها بطلان العقد وانما تتحقق مسؤولية الإدارة أمام السلطة الرئاسية^(٣). وعدها آخر على انها أذنا بالتعاقد مادام المشرع قد اشترط مصادقة وزارة التخطيط^(٤)، ونجد أن المشرع عدها اجراء سابق الزامي الا انه لم يحدد اثر عدم وجود تلك الدراسة على العقد سوى تقرير المسؤولية

(١) المادة (١١) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

(٢) الفقرة (اولا) من التعليمات رقم ١ لسنة ١٩٨٤.

(٣) د. وسام صبار العاني: القيود الواردة على اجراءات التعاقد بأسلوب المناقصة العامة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص الثالث، ج ١، ٢٠١٧، ص ٢٧٦.

(٤) د. عثمان ياسين علي: المصدر السابق، ص ١٣٣.

أمام الجهات العليا ولا يمس ذلك مشروعية العقد في حال إبرامه من دون إعداد تلك الدراسة رغم حجم المضار المترتبة على ذلك، والتسبب بإبرام عقود لا تعود بفائدة على المرفق العام رغم كلفها المرتفعة، كما يؤدي عدم وجودها أو عدم دقتها إلى استحصال عروض أعلى من الكلف التخمينية و التأخر في تنفيذ المشاريع وتكرار إعادة الاعلان أو تأجيل المشروع إلى السنة القادمة^(١)، ورغم ذلك يلاحظ عدم وجود اجراءات رادعة بشأن التغافل عن اجراء دراسة الجدوى من قبل جهات التعاقد وهذا ناتج عن ضعف نصوص القانون وعدم كفايتها وضعف الرقابة الإدارية والقضائية سواء من ناحية وجود الدراسة أو الرقابة على مضمونها ولاسيما في العراق مع ضبابية النصوص الحاكمة وعدم كفايتها وردائة الصياغة القانونية تحديدا في الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤، والركون إلى التعليمات والضوابط الصادرة من وزارة التخطيط وقرارات مجلس الوزراء عوضا عن سن قانون جديد لتنظيم العقود الإدارية، كما اقتصر هذا الأمر على تنظيم المناقصات العامة دون المزايدات التي يحكمها قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣.

وأشر ديوان الرقابة المالية الاتحادي في تقريره السنوي لعام ٢٠٢٠، ظاهرة عدم وجود دراسة الجدوى لأكثر المشاريع المتعاقد على تنفيذها ما يشكل مخالفة لأحكام القانون^(٢)، ومدخلا للفساد.

والزم مجلس الدولة الفرنسي الادارة بوضع دراسة جدوى للمشاريع التي تنفذها، ومن ذلك حكمه عام ١٩٨٣ بإلغاء ترخيص بناء مساحة كبيرة في منطقة عمرانية إذ جاء مخالفا للقانون لانه كان مصحوبا بدراسة جدوى لم يكن مضمونها كافيا بالنسبة لمتطلبات قانون ١٠ تموز ١٩٧٦ الذي فرض على الإدارة تقديم دراسات جدوى لمشاريع الاشغال التي تنفذها أو ترخص بها^(٣).

رابعا: الأذن بالتعاقد ومراعاة قواعد الاختصاص: يتطلب القانون قبل ابرام العقد وجوب الحصول على أذن بالتعاقد من الجهة المختصة، والمقصود بذلك الأذن الخاص بمشروع عقد معين وليس الأذن العام، دون ان يكون ذلك ملزما للإدارة بإبرام العقد حتما، وتتص القوانين المنظمة للعقود الإدارية على وجوب استحصال الأذن بالتعاقد سواء الأذن التشريعي لاسيما بالنسبة لعقد القرض العام والتزام المرافق العامة في فرنسا ومصر^(٤)، والأذن الإداري ممثلا بموافقة الوزراء المعنيين والمجالس المحلية والجهات الإدارية

(١) كتاب الامانة العامة لمجلس الوزراء عدد د.ت/١٣٦٨/٣ في ١٦/١١/٢٠١٣، نقلا عن محمد سالم لهيمص: الفراغ التشريعي في أحكام المناقصات العامة رسالة ماجستير، كلية القانون بالجامعة المستنصرية، ٢٠١٥، ص ٧٢

(٢) التقرير السنوي لديوان الرقابة المالية الاتحادي لعام ٢٠٢٠، جمهورية العراق، ص ٣٥.

(٣) نقلا عن حمزة خضري: آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الجزائر ١، ٢٠١٤-٢٠١٥، ص ٣٦.

(٤) المادتان (١٢٧ و ٣٢) من دستور جمهورية مصر لعام ٢٠١٤.

المختصة وفقاً للقوانين والقرارات^(١). ولم يرد في دستور العراق لعام ٢٠٠٥ نصاً يوجب استحصال موافقة البرلمان على إبرام العقود، كما لم ينص الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ على الأذن السابق بالتعاقد، إلا أن تعليمات تنفيذه رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ استلزمت من أجل إدراج مشروع معين في الموازنة الاستثمارية الاتحادية الحصول على مصادقة وزارة التخطيط على دراسات الجدوى الفنية والاقتصادية وتتحمل الوزارة والجهة طالبة الإدراج المسؤولية خلاف ذلك، أما بالنسبة للتعاقدات الممولة من الموازنتين الجارية والتشغيلية فلم يستلزم ذلك^(٢)، ويعد اتجاه فقهي هذه المصادقة بمثابة أذن بالتعاقد^(٣)، ونصت على التزام جهات التعاقد قبل اعداد وثائق المناقصات للمشاريع الاستثمارية باستحصال موافقات الجهات المعنية لتنفيذ المشروع بما في ذلك موافقة الجهات المعنية كالبينة والسياحة والآثار ومديرية الدفاع المدني وغيرها^(٤).

وأوجب قانون بيع وإيجار اموال الدولة استحصال موافقة مسبقة من الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو من يخوله أي منهما عندما تقرر الإدارة بيع أو إيجار اموالها وفي حالات استثنائية استحصال موافقة مجلس الوزراء^(٥). واستلزم أيضاً استحصال الموافقات من الجهات المعنية في حالة بيع العقار لأغراض المشاريع الصناعية أو الخدمية أو أي مشروع آخر والا فان قرار الاحالة يكون معيباً بعيب شكلي، وقد تتأخر الادارات العامة المعنية في منح تلك الموافقات ما يفوت المصلحة من بيع وإيجار المال لذا يجب تحديد مدة لها.

ويعد الحصول على الأذن بالتعاقد اجراء جوهري لاتصاله بالصالح العام اتصالاً وثيقاً وينبغي ان يتناوله المشرع صراحة بعيداً عن الاجتهادات لمنع الوقوع في فراغ تشريعي يمكن إساءة استعماله لتحقيق أهداف بعيدة عن المصلحة العامة أو لتغطية سلوكيات غير مشروعة أو الدخول في تعاقدات سرية، إذ يسهم الأذن بالتعاقد في تحقيق الشفافية ومنع إبرام عقود سرية بعيدة عن انظار السلطة العامة أو الجهات الرقابية أو عقوداً تحمل بين طياتها إهداراً للمال العام وتحوم حولها شبهات الفساد. ومن ثم فان اشتراط الأذن بالتعاقد يسمح بالوقوف على العقد ومدى أهميته والمنفعة المتحققة منه وموافقته للقانون وجدواه. ولذلك يترتب على إبرام العقد من دون أن بطلانه مطلقاً؛ لأنه من النظام العام، ويكون للمتعاقد مع الإدارة الحق بالمطالبة بالتعويض في حال إصابته بضرر من جراء ذلك استناداً إلى المسؤولية التقصيرية

(١) المادة (١٦) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة بمصر رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

وينظر: د. سليمان الطماوي: الاسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٣٣٣.

(٢) البند (ب) من الفقرة (أولاً) من المادة (٢) وينظر: الفقرة (أولاً) من المادة (٢) من التعليمات رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

(٣) د. عثمان ياسين علي: المصدر السابق، ص ١٣٣.

(٤) البند (و) من الفقرة (أولاً) من المادة (٢) من التعليمات رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

(٥) المادة (٢) والمادة (٤٠) من قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل.

أو الاثراء بلا سبب؛ لأنه لا يعلم بشؤون الإدارة والإجراءات الواجب عليها اتباعها وصولاً لإبرام العقد^(١). وقد اتجهت أحكام القضاء الإداري الفرنسي إلى عدم ترتيب البطلان على أغفال الموافقة السابقة التي يستلزمها القانون عدا العقود التي تتطلب إذن البرلمان، كما ذهب إلى إبطالها إذا كانت هناك أسباب جدية مهمة أخرى في العقد توجبه مع الاحتفاظ للمتعاقد المتضرر بالرجوع على الإدارة بالتعويض^(٢).

ومن ثم يجب على الإدارة مراعاة قواعد الاختصاص بإبرام العقود بأن تكون مخولة في اجرائها قانوناً وضمن الشروط والصلاحيات المحددة فيه، إذ يضع المشرع حدوداً مالية معينة يجعل من الإدارة المتعاقدة غير مختصة في حال تجاوزها مما يتطلب الحصول على إذن سابق من السلطة المختصة في ذلك قبل إبرام العقد. وإذ يعكس احترام قواعد الاختصاص في التعاقد شفافية الإدارة و يسهم في تحديد المخالفات والمسؤولية. وبناء على ما تقدم نجد ان القاعدة العامة في فرنسا تقضي باختصاص الوزير المختص أو من يخوله في إبرام عقود الدولة والتوقيع عليها كل ضمن وزارته، كما حدد المشرع في مصر السلطة المختصة بالوزير ومن له سلطاته أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة أو الصندوق أو من يعادلهم في الجهات المنصوص عليها في القانون كل في نطاق اختصاصه^(٣). ويملك الوزير في العراق أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو من يخوله أي منهما بيع أو إيجار اموال الدولة عند تحقق المصلحة العامة، على ان تحدد بالقرار انواع واصناف وكميات الاموال المراد بيعها أو إيجارها^(٤)، أما بالنسبة للتعاقدات الناشئة عن المناقصات العامة فيعد رئيس جهة التعاقد المختص بالتوقيع على تلك العقود وهو كل من الوزير ورئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة والمحافظين ومن يخولونهم وفقاً للقانون^(٥). مع جواز تفويض الاختصاص في مجال التعاقد الإداري^(٦).

(١) د. سليمان الطماوي: الاسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٣٢٣، و د. فاروق عبد البر ومحمد عبدالله الدليمي: المصدر السابق، ص ٧٥ و د. عثمان ياسين علي: المصدر السابق، ص ١٤٧-١٥٠.

(٢) CAA Nancy, 9-5-2011, N°10NC01276, le site:legifrance.gouv.fr. 23/11/2021, T: 6:32 p.m

(٣) المادة (١) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة بمصر رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

(٤) المادة (٢) من قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل، منشور في الوقائع العراقية العدد ٤٢٨٦ في ٢٠١٣/٨/١٩.

(٥) نصت الفقرة (١) من المادة (٣) من الامر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ على ان (تمارس حصراً المؤسسات الحكومية المؤهلة أو اللجان في الوحدات الحكومية أو المؤسسات المشكلة بموجب هذا الامر صلاحية الالتزام بالوفاء بأموال الحكومة وارساء وتوقيع العقود والدخول فيها وقرار التعديلات الهامة لمثل هذه العقود).

(٦) نصت الفقرة (٢) من المادة (٣) من الامر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل على (في كل العقود العامة سيكون هناك معايير شروط ترشد مسؤولي التعاقد المؤسسة العامة أو اللجنة ويتضمن ذلك الشرط التفويض ومداه...)، ونصت المادة (٣) من تعليمات رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ على انه (لرئيس جهة التعاقد أو من يخوله...).

وتلتزم جهات التعاقد أيضاً بمراعاة صلاحياتها المالية وفقاً للقواعد النافذة، وفي حال تجاوز مبلغ العقد صلاحيات الوزير أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة فعليه استحصال موافقة اللجان القطاعية لمجلس الوزراء وفقاً لأحكام قرار مجلس الوزراء رقم ٥٦ لسنة ٢٠١٢^(١). وقد رسم قرار مجلس الوزراء رقم ٩٠ لسنة ٢٠٠٩ الحدود المالية لممارسة الاختصاص في المصادقة على إحالة العقود^(٢).

وفي حالة زيادة مبلغ العقد على الحدود المذكورة في القرار أو من أجل الحصول على موافقات وإجراءات معينة لتسهيل تنفيذ العقود التي تقع خارج صلاحيات جهات التعاقد فيجب مفاتحة الأمانة العامة لمجلس الوزراء/ دائرة الرقابة الداخلية والتدقيق، لدراسة الموضوع وإبداء الملاحظات والتوصيات لعرضه على مجلس الوزراء لاتخاذ الاجراء المناسب. وكان الأولى ان يتم تنظيم صلاحيات التعاقد والاستثناءات منها بالقانون بدلاً من تثارها ما بين النصوص الواردة في التعليمات والقرارات والإعامات الصادرة من رئيس الوزراء ووزارة التخطيط، فضلاً عن الاستثناءات الكثيرة التي تتمكن جهات التعاقد من استحصالها ما يخلق تداخلاً في الصلاحيات وعدم الوضوح والتعقيد وعدم اليقين القانوني بالنسبة للمتعاملين والراغبين بالتعاقد مع الإدارة.

الفرع الثاني: نطاق الشفافية والسرية في اختيار أسلوب التعاقد

وسنعرض في هذا الفرع لمظاهر الشفافية والسرية في اختيار أسلوب التعاقد عبر البندين الآتيين:

أولاً: مظاهر الشفافية في اختيار أسلوب التعاقد: تضيق وتتسع سلطة الإدارة في اختيار أسلوب التعاقد وفقاً للشروط التي يتطلبها القانون، إلا أنها لا تملك حرية في اتباع غيرها فهي واردة على سبيل الحصر ولا يكون للإدارة ابتداءً أساليب تعاقد جديدة أو تحويلها إلى طرائق تعاقد أخرى ما لم ينص القانون على ذلك وضمن الشروط والضوابط المحددة^(٣)، إذ قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه في قضية (Million)

(١) د. عثمان سلمان غيلان العبودي: الأحكام التفصيلية في شرح التعاقدات الحكومية دراسة مقارنة، ط١، مكتبة القانون والقضاء، العراق، ٢٠١٥، ص ٢٦١.

(٢) وحددها وفق الآتي: لغاية (١٠٠) مائة مليون دولار للوزراء ورؤساء الجهات غير المرتبطة بوزارة، ولغاية (٥٠) خمسون مليون دولار للمحافظين، وللرئيس الأعلى تحويل رؤساء التشكيلات المرتبطة به مراجعة ومصادقة العقود بما لا تتجاوز (١٠) ملايين دولار بالنسبة للوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة و(٥) ملايين دولار بالنسبة للمحافظات. القرار منشور على الموقع الإلكتروني لوزارة التخطيط العراقية على الرابط الآتي: <https://mop.gov.iq>، تاريخ الزيارة: ٢٠/١٠/٢٠٢١، الوقت: ٩:٥٠ P.M.

(٣) جاء في اعمام وزارة التخطيط العدد ٧/٢٤ في ٢٤/٤/٢٠١٢، بعدم جواز تغيير اسلوب الدعوة المباشرة او الاساليب الأخرى المنصوص عليها في أحكام المادة (٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة إلى العرض الاحتكاري الا بعد توافر شروطها ومبررات اللجوء إلى العرض الاحتكاري، منشور على الموقع الإلكتروني لوزارة التخطيط على الرابط الآتي: <https://mop.gov.iq>، تاريخ الزيارة: ٢٠/١٠/٢٠٢١، الوقت: ١:٢٩ P.M.

et Marais) عام ١٩٩٧ بأن الإدارة لا تملك صلاحية تقديرية في اختيار المتعاقد معها وعليها ان تراعي بعض القواعد، فهي ملزمة بمبدأي الاعلان والمنافسة في ظل رقابة قاضي الاستعجال السابقة للتعاقد^(١).

والغاية من تعدد اساليب التعاقد هو تحقيق اكبر وفر مالي للخزانة العامة وضمان اختيار اكفاً وافضل المتعاقدين فنيا واقتصاديا، وبما يتلائم وموضوع العقد وأهميته وطبيعة المرفق الذي يرتبط به وسريته. وقد اعتمد المشرع العراقي أسلوب المزايدة العلنية كقاعدة عامة^(٢). وتكون المزايدة علنية بحضور المتقدمين المزايدة وتنافسهم بشكل علني إذ يتحقق علم كل مزاييد بالعرض الذي تقدم به غيره فيزيد الواحد على الآخر إلى ان يرسو المزايد على صاحب أعلى سعر، إلى جانب ذلك اعتمدت بعض الادارات أسلوب المزايدة السرية استثناءً وفقاً لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٢٢٤ في ١١/٤/١٩٨٧ بشأن تخويل وزير النفط تأجير محطات التعبئة وساحات الغاز للقطاع الخاص بالصيغة التي تترأها الوزارة استثناءً من القوانين والقرارات والتعليمات الصادرة بهذا الشأن^(٣)، وتعد المزايدة سرية إذا كان التقدم بالعطاءات بوساطة ظرف مغلق لا يفتح الا في اليوم المخصص لفتح العطاءات فيرسو المزايد على من تقدم بأعلى سعر ويطلق عليها تسمية (المزايدة بالمظاريف المغلقة). أما اساليب التعاقد بطريق المناقصات العامة، فلم يتناولها الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ وهذا نقص ينبغي معالجته كونها من المسائل المهمة التي لا يجوز ان يترك تنظيمها للإدارة، فيما اعتمدت التعليمات رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ أسلوب المناقصة العامة بوصفه القاعدة العامة أما الأساليب الأخرى فهي في الواقع تعد استثناء منه وتتحسر فيها الشفافية ويضيق نطاقها وتتمثل بكل من أسلوب (المناقصة المحدودة، المناقصة العامة بطريق التأهيل الفني، المناقصة بمرحلتين، الدعوة المباشرة، العطاء الواحد) (العرض الوحيد)، الشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة، لجان المشتريات^(٤)، ورغم ذلك حصرت التعليمات حالات اللجوء لهذه الأساليب الاستثنائية وقيدت سلطة الإدارة فيها وهذا ما يصب في إطار تحقيق الشفافية، وكان الافضل لو الزم القانون الإدارة بتسبيب قرار اختيار أسلوب التعاقد، كما يعكس اختيار الإدارة أسلوب التعاقد المتناسب مع احتياجاتها الفعلية شفافيتها، وهذا ما سنبينه في الفقرات الآتية:

-
- (١) دومنيك بويو وبروسبيرويل، القانون الإداري، ترجمة د. سليم حداد، ط١، المؤسسة الجامعية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٦٠.
 - (٢) نصت المادة (٣) من قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل على ان (يجري بيع وايجار اموال الدولة عن طريق المزايدة العلنية وفق الاجراءات المرسومة في هذا القانون مالم ينص القانون على خلاف ذلك) .وينظر: د. ياسر باسم ذنون السباعوي، واحمد موفق الحيايلى: المفيد في شرح أحكام قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠٢١، ص ٢٦.
 - (٣) منشور في الوقائع العراقية العدد ٣١٤٧ في ١٩٨٧/٤/٤٧، وينظر: عبدالله محمود محمد اللهيبي: النظام القانوني للمزايدات العامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة تكريت، ٢٠١٦، ص ٣١.
 - (٤) المادة (٣) من تعليمات رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

١ - التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية : ألزمت القوانين الإدارة المتعاقدة باختيار أسلوب التعاقد في ضوء الاحتياجات الفعلية لها، بأن يكون متناسباً لمتطلبات واحتياجات المرفق العام، وتعد (الاحتياجات الفعلية) جوهر عملية التعاقد لذلك يجب أن تكون محددة بدقة وواقعية فهي المسوغ للتعاقد.

وتلتزم الإدارة بتحديد احتياجاتها الفعلية قبل التعاقد، وذلك بهدف الوقاية من ظاهرة تنفيذ مشروعات شكلية لا تعكس حاجة حقيقة ما يتسبب بإهدار المال العام بأبرام عقود ذات تكلفة عالية لا تنسجم وحجم الحاجة الفعلية، ويغل يد الإدارة في اختيار متعاقدين حسب هواها من دون توافر المعايير اللازمة لتنفيذ العقد^(١). فقد تقوم الإدارة بتقديم معلومات غير صحيحة وغير دقيقة عن احتياجاتها بقصد اتباع أسلوب تعاقد معين وإفادة مرشح ما عند الطرح للمنافسة أو بقصد استنفاد الاعتمادات المالية المخصصة لها^(٢).

و الحاجات التي تتطلبها الإدارات العامة متنوعة ومتشعبة ويؤثر ذلك حتماً على قدرة المتعاقدين على الإيفاء بها ومدى استعدادهم للدخول في المنافسة، لهذا ينبغي تحديد الاحتياجات المطلوب اشباعها ومبالغها بناءً على تقدير صادق وعقلاني، وتصنيفها وفق طبيعتها وكمياتها بدقة قبل الشروع بأي إجراء لإبرام العقد. أما التحديد العمومي فكثيراً ما يؤدي إلى إبرام أكثر من عقد لتلبية الحاجات نفسها، أو إبرام عقود جديدة لتلبية لحاجات غير ضرورية أو غير حقيقية^(٣). ولهذا يجب في فرنسا تحديد طبيعة ومدى الاحتياجات التي يجب تلبيتها بدقة قبل إطلاق المشاورة مع مراعاة أهداف التنمية المستدامة^(٤)، وقيد المشرع الإدارة بضوابط دقيقة تتمثل على وجه الخصوص بضرورة أن لا يترتب على هذا التحديد عوائق غير مبررة أمام فتح التنافس للظفر بالعقود العامة أو بتحقيق المساواة، وبناءً على ذلك أكدت محكمة الاستئناف الإدارية لمدينة بوردو في ٢١/١٠/٢٠٠٥ بأن تضمين دفتر الشروط مجالات تدخل التعاقد لإنجاز المشروع، أو تقديم محل العقد، وشكل الأشغال والخدمات، وأنماط القيام بها وآجال تنفيذها كان للتأكد من أن المصلحة المتعاقدة قد احترمت مقتضيات المادة ٥ من قانون العقود العامة المتعلقة بضرورة تحديد الحاجات المراد تلبيتها^(٥).

(١) خيرة بن سالم: حماية المنافسة في المرحلة السابقة للتعاقد على ضوء المرسوم ١٥-٢٤٧ المنظم لعقود الصفقات العمومية، بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد ٤٦، مارس- اذار ٢٠١٧، ص ٢٢٣. وحمزة خضري، المصدر السابق، ص ٢٠.

(٢) ماجد شهاب الرمضان: المصدر السابق، ص ١٦٤.

(٣) خيرة بن سالم : المصدر السابق، ص ٢٢٣.

(4) Art (L2111-1), Décret n°2018-1074 du 26 novembre 2018. publié sur le site : legifrance.gouv.fr. D: 20/10/2021, T: 12:39 p.m .

(٥) نقلاً عن خيرة بن سالم: المصدر السابق، ص ٢٢٥، وحمزة خضري: المصدر السابق، ص ٢٥.

وبالنسبة للمشرع المصري قد أكد أيضاً على ضرورة تحديد الاحتياجات الفعلية عند التخطيط والاعداد لأي عملية، ونص على انشاء إدارة للتعاقدات أيا كان مستواها الوظيفي بالهيكل التنظيمي في الجهة الإدارية، وتتألف من عناصر مؤهلة ومدربة تتولى تخطيط الاحتياجات السنوية للإدارة واتخاذ الاجراءات اللازمة للتعاقد عليها تنشر على بوابة التعاقدات العامة لغرض اطلاع الجمهور عليها، ويستثنى من النشر الحالات التي تقتضي اعتبارات الامن القومي عدم نشرها وفقا لما تدره السلطة المختصة^(١). ويتوجب التحقق من الحاجة إلى محل التعاقد وبالتنسيق مع القطاعات والادارات والوحدات وغيرها داخل الجهة وتحديد متطلباتها بشكل واضح، ويشمل ذلك التحقق من توافر محل التعاقد بمخازن الجهة أو الجهات التابعة لها أو توفيرها بموجب اتفاقية إطارية متى كانت شروطها تسمح بذلك^(٢).

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري في ٢٠٠٩/٤/١٥ بأن المشرع أوجب ان يكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية على أساس دراسات واقعية موضوعية تعدها الإدارة المختصة، على ان يتم الصرف في حدود الاعتمادات المالية المقررة. واستهدف من ذلك النظام ان يكون تعاقد جهة الإدارة تعبيرا صادقا عن احتياجاتها الفعلية التي تستلزمها انشطتها، وان يجري في حدود امكاناتها المالية بما يتيح لها الوفاء بالتزاماتها طبقا لأحكام العقد حتى لا تتزعزع ثقة المتعاملين معها في ملاءتها فيعزفون عن هذا التعامل مما يعزز الشفافية في ابرام العقود واستهدف في ذات الوقت الحفاظ على المال العام ان يكون تعاقد الجهة الإدارية مع صاحب العطاء الافضل شروطا والاقل سعرا^(٣).

وفي العراق نص الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ على ان كشوفات العمل وخواص العقد يجب ان تعبر بشكل دقيق عن احتياجات الحكومة ولا بد أن تكتب بطريقة ليس فيها ما يقيد المنافسة بشكل تعسفي^(٤)، موجبا بذلك تحديد الاحتياجات الفعلية للجهة المتعاقدة، وهذا يشمل جميع انواع العقود وعلى هذا الأساس يمكن اختيار أسلوب التعاقد المناسب لتلبية تلك الاحتياجات سواء من ناحية حجمها وطبيعتها أو نوعها، وان يثبت ذلك في اعلان الدعوة للمنافسة ليتمكن الراغبين بالتعاقد من تحديد مقدرتهم على الايفاء بها، وتثبت مواصفاتها بطريقة مناسبة لا تقيد من المنافسة نحو تثبيت مواصفات احتكارية أو قاصرة على علامة تجارية معينة أو منتج معين أو شكل تصنيفي معين. والزمّت التعليمات رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ جهة

(١) المادة (٣) و(٩) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

(٢) المادة (١٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري لعام ٢٠١٩ .

(٣) وينظر فتاها ايضا بالرقم ٦٢ في ٢٠٠٨/٦/١٨، نقلا عن د. حمدي ياسين عكاشة: موسوعة المشكلات العملية، الكتاب الثاني، المصدر السابق، ص ٢٥٦.

(٤) المادة (٧ / ١) من الامر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ .

التعاقد قبل اعداد وثائق المناقصة للتعاقدات الممولة من الموازناتين الجارية والتشغيلية بضرورة وجود دراسة للحاجة الفعلية أو لتجهيز جهة التعاقد بالسلعة أو الخدمة^(١).

ويلاحظ على القواعد المنظمة للتعاقدات الإدارية في العراق انها لم تول أهمية لتحديد الاحتياجات الفعلية والمواصفات الفنية الدقيقة لها، فضلاً عن عدم وجود معايير لتحديد أو ضوابط لوضعها تاركا ذلك لسلطة الإدارة في اختيار الآلية المناسبة، رغم أهميتها في تحقيق الشفافية ومنع اهدار المال العام والتواطؤ بإبرام عقود لا تغطي حاجة فعلية للإدارة أو إبرام عقود متشابهة تغطي غرض واحد لتحقيق مكاسب مالية أو محاباة للبعض والتواطؤ بان يتم تحديد بعض الحاجات مقدما بطريقة تتلائم مع بعض المرشحين، أو اختيار أسلوب تعاقد يضمن عن طريقه ارساء العقد على متعاقد معين مما يعكس السرية.

٢- تسبب قرار اختيار أسلوب التعاقد: ان اشتراط تسبب القرارات الإدارية المتخذة بشأن العملية التعاقدية كافة والإفصاح عن المسوغات القانونية والواقعية التي أدت إلى اتخاذ القرار ومنها قرار اختيار أسلوب التعاقد أو التحول من أسلوب إلى آخر عند تحقق شروطه، من شأنه تحقيق الشفافية الإدارية والسماح بالرقابة على مشروعية قرارات الإدارة واجراءاتها عن طريق الوقوف على احتياجاتها الفعلية ومتطلبات المرفق العام التي أدت إلى اتباع أسلوب تعاقد دون غيره، فضلاً عن ان ذلك يزيد من التفاهم ويعزز الثقة بين الإدارة والمتعاملين معها. والقاعدة المعمول بها في فرنسا هي تسبب القرارات الإدارية الفردية الضارة كقاعدة عامة^(٢) ومن ذلك تلك الصادرة في إطار عملية التعاقد الإداري.

وفي مصر الزم القانون الإدارة بتسبب قرار اختيار أسلوب التعاقد، أو عند اختيار أسلوب تعاقد استثنائي للتأكد من سلامته قانوناً ومدى ملائمته^(٣)، وعلى الجهة الإدارية تحديد أسباب القرارات الصادرة بشأن أي من اجراءات التعاقد ونشرها على موقع بوابة التعاقدات العامة^(٤). وقد أفتى مجلس الدولة المصري بان (...المشرع رسم طريقاً أصلياً للتعاقد يجب على الجهات الإدارية ان تسلكه في تعاقداتها... وخروجاً على هذا الأصل أجاز المشرع استثناءً وبقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة وأخيراً الاتفاق المباشر...)^(٥).

أما في العراق فلم يرد في القواعد الحاكمة للتعاقد الإداري سواء بطريق المناقصات أم المزايدات نصاً يلزم الإدارة بتسبب قراراتها ومنها قرار اختيار أسلوب التعاقد، تماشياً مع القاعدة العامة (لا تسبب الا بنص).

(١) البند (أ) من الفقرة (ثانياً) من المادة (٢) من تعليمات رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

(٢) ينظر: مدونة العلاقات بين الجمهور والإدارة - القسم التشريعي المواد من (1-211 إلى 8-211).

(٣) المادة (٣٩) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

(٤) البند (٦) و(٤) من المادة (٩) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة بمصر لعام ٢٠١٩.

(٥) الفتوى رقم ١١٥ في ٢٠٠٣/٢/١، ملف رقم ١٩٩٩/٢/٥٥٦، نقلاً عن دريد عيسى إبراهيم: المصدر السابق، ص ٨٦.

بينما أوجب اعمام وزارة التخطيط عدد ٥٩٠٩/٧/٤ في ١٠/٣/٢٠٢٠ تزويد مكتب رئيس الوزراء بالمبررات والدواعي الخاصة باستخدام أسلوب الدعوة المباشرة وفقاً لقرار مجلس الوزراء رقم ٣٥٠ لسنة ٢٠١٩^(١)، وذلك يعود لكونه أسلوب استثنائي لا تراعى فيه قواعد المنافسة العادلة والعلانية، وذلك لا يُنشئ قاعدة عامة بالتسبب لقرارات اختيار أسلوب التعاقد. ويلاحظ ان القضاء العراقي ملتزم بقاعدة عدم تسبب القرارات في مجال العقد الإداري بشكل خاص، ويؤكد ذلك قضاء محكمة الاستئناف في العراق بانه (...وحيث تجد المحكمة ان شروط المناقصة...الخاصة بالمشروع... تتضمن في الفقرة ٢٢ منه بان الدائرة غير ملزمة بقبول أوطأ العطاءات سعرا ولها الحق برفض اي عطاء دون الحاجة إلى بيان الأسباب...)^(٢). رغم ان ذلك يتعارض مع مبادئ الشفافية والعلانية التي تبناها المشرع في اجراءات التعاقد الإداري والتي تفرض على الإدارة التزام كل ما يؤدي إلى تحقيقها إذ لا يخفى مدى أهمية التسبب في الكشف عن أسباب الإدارة وتحقيق أهدافها من اختيار أسلوب تعاقد معين دون غيره.

ثانياً: مظاهر السرية في اختيار أسلوب التعاقد: يتطلب ابرام بعض العقود قدر من السرية مما يتنافى والعلانية في اساليب التعاقد، فضلاً عن دور الاستثناءات في فرض هذه السرية، وسنتناول توضيح ذلك عبر الفقرتين الاتيتين:

١- سرية بعض انواع العقود واثرها على اختيار أسلوب التعاقد: تؤثر طبيعة العقد ومتطلباته على حرية الإدارة في اختيار أسلوب التعاقد، فإذا اقتضت طبيعة محل العقد عدم علانيته فان على الإدارة اختيار أسلوب تعاقد يوفر ذلك، ويتم اللجوء في مثل هذه الحالات وفقاً لتعليمات رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ إلى أسلوب توجيه الدعوة المباشرة مجاناً إلى ما لا يقل عن ٣ ثلاثة من المقاولين أو المجهزين المعتمدين لرصانتهم وقدرتهم وكفاءتهم الفنية والمالية لتنفيذ مشاريع أو تعاقدات الجهات الرسمية إذا تطلب العقد السرية في اجراءات التعاقد والتنفيذ، وبذلك يتضمن أسلوب الدعوة المباشرة تطبيقاً ضيقاً للشفافية والعلانية والمنافسة، فينحصر تطبيقها على عدد محدود من المتنافسين، فالسرية لا تعني عدم علم الجمهور أو السلطات العامة بوجود العقد وانما السرية من الناحية الفنية بما يتلاءم وطبيعة محل العقد.

ولم تحدد القواعد المنظمة للعقود العامة المقصود بالعقود التي تتصف بالسرية أو طبيعة موضوعها، الا انها تشمل عادة عقود الدفاع أو الامن الوطني وكل ما يتصل بها من توريد للمعدات وقطع غيارها نحو الاسلحة والذخيرة والمواد الحربية وتوريد المعدات المخصصة للأمن والتي تتضمن أو تتطلب وسائل أو معلومات محمية أو سرية لصالح الامن القومي، وهذا ما نص عليه قانون المشتريات العامة الفرنسي

(١) وتضمن الاعمام كتاب مكتب رئيس الوزراء في ٣٠/١٢/٢٠١٩ منشور على الموقع الالكتروني الاتي: <https://mop.gov.iq>، تاريخ الزيارة: ٢٥/١٠/٢٠٢١، الوقت: ٤:٢٩ P.M.

(٢) حكمها بالدعوى رقم ٧٤٥/س/٢٠٠٩ في ٣٠/٩/٢٠١٠، ذكره د. عثمان سلمان غيلان العبودي: المصدر السابق، هامش رقم ٧٢٤، ص ٢٦٤.

لسنة ٢٠١٨ عند تحديده المقصود بعقود الدفاع أو الامن^(١). ويمكن القول أن العقود التي تتصف بالسرية هي تلك التي تتضمن معلومات اضى عليها المشرع طابع السرية أو هي كذلك بحسب طبيعتها ومن شأن علانيتها الاضرار بمصالح الدولة العليا نحو الدفاع والامن القومي .

إلا ان عدم وجود ضوابط ومعايير لتحديد ماهية العقود التي تتطلب السرية ونطاقها ومضمونها، ومنح الإدارة سلطة تحديد تلك العقود وفق تقديرها من شأنه ان يفسح مجالا لاستغلالها، وكثرة التجائها إلى الأساليب التي تنحسر فيها الشفافية والعلانية متعلقة بطبيعة العقد السرية، لاسيما وان المشرع لم يلزم الإدارة بتسبب قرار اختيار أسلوب التعاقد كقاعدة عامة. من ذلك يشير التطبيق العملي إلى استغلال الإدارة لحالة الفراغ التشريعي وحالة الكثير من المشروعات التي تشوبها شبهة الفساد بحجة ان العقد يتطلب اجراءات سرية^(٢). كما يلاحظ اتساع لجوء الإدارة إلى أسلوب الدعوة المباشرة من دون توافر شروطها، ما يستدعي تفعيل الدور الرقابي لمنع التوسع في ذلك والتأكد من توافر مسوغاته؛ لأنه أسلوب يفتقر إلى المساواة والعدالة في التنافس يضاف إلى ذلك احتمال اتفاق من توجه اليهم الدعوة على اسعار معينة فيما بينهم^(٣)، وهذا ما اكدته وزارة التخطيط في اعاماتها^(٤). وديوان الرقابة المالية الاتحادي^(٥)، ولهذا ينبغي التشدد في اشتراطات اللجوء إلى هذا الأسلوب لضمان عدم مخالفة مبدأ الشفافية والمنافسة العادلة بتحديد نطاق السرية وانواع العقود التي تتطلب ذلك وموضوعاتها.

ومن التطبيقات القضائية لما تقدم ما قضت فيه الهيئة التمييزية في محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية بان (...جهة الاحالة وجهت دعوة مباشرة إلى (٤) شركات لتنفيذ المناقصة المذكورة - المتعلقة بهدم المدارس الطينية وغير النظامية-...ودون أن تلاحظ بأن الدعوة المباشرة توجه من جهات التعاقد على ان لا يقل عن (٥) خمسة من المقاولين أو المؤسسات المعتمدة لقدرتها وكفاءتها الفنية والمالية ولوجود أسباب مبررة تدعو لذلك منها العقود ذات الطابع التخصصي أويتطلب السرية بإجراءات التعاقد

(١) Art (L1113-1), Art (L3122-3), Décret n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 .

(٢) د. جواد كاظم جبار الحساني: المصدر السابق، ص ٢٠٧.

(٣) جاء في فتوى اللجنة الثالثة بمجلس الدولة المصري رقم ٤٧٤ في ١٨/٤/٢٠١٣ - ملف ٦٧/١٦٨ ق - جلسة ٢٠١٣/٣/٢٠ (لجوء الإدارة إلى التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر لإسناد العملية المذكورة بدلا من اتباع الاصل العام في قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وهو اللجوء للمناقصة العامة او الممارسة العامة مع خلو الاوراق مما يفيد توافر حالة الضرورة العاجلة المنصوص عليها بالمادة ٧ من القانون سالف الذكر يخالف أحكام القانون)، نقلا حمدي ياسين عكاشة: موسوعة المشكلات العملية، الكتاب الثاني، المصدر السابق، ص ١١٣٥.

(٤) اعامام وزارة التخطيط ذو العدد ١٨١٢٨/٧/٤ في ٢٠ / ٩ / ٢٠١٢، منشور على الموقع الالكتروني لوزارة التخطيط على الرابط الاتي: <https://mop.gov.iq>، تاريخ الزيارة: ٢٠ / ١٠ / ٢٠٢١، الوقت: ٣:٢٩ P.M.

(٥) ينظر: التقرير السنوي لديوان الرقابة المالية الاتحادي لعام ٢٠٢٠، ص ٣٦، والتقرير نصف السنوي للفترة من ١/١٠ لغاية ٣/٦/٢٠٢١، ص ٩، وينظر ايضا التقرير السنوي لعام ٢٠١٩.

والتنفيذ أو اية أسباب ضرورية أخرى واردة بالفقرة رابعا من المادة ٤ من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في حين ان المناقصة موضوع الدعوى ذات طابع مدني وعمراني ويحتاج لخبرات وامكانيات فنية ومالية ذات طابع عام تتوفر لدى الشركات والمقاولين الممارسين لتلك الأعمال في جميع مناطق العراق الأمر الذي يتطلب توجيه دعوة عامة للمناقصة موضوع الدعوى...مما يقتضي والحالة هذه الغاء الاحالة وإعادة اعلان المناقصة...^(١).

٢- اثر الاستثناءات على اختيار أسلوب التعاقد: ان كثرة الاستثناءات على الأساليب العامة للتعاقد من شأنه احداث مشكلات في التطبيق وصعوبة الرقابة عليها ما يجعلها سببا للفساد واهدار المال العام والانحراف بالسلطة عن طريق التخفي بستار الحاجة الضرورية لاتباع اجراءات تعاقد سرية وان لم يكن موضوع العقد يتطلب ذلك أو اعتماد اساليب تعاقد يضيق فيها نطاق الشفافية والعلانية، إذ ان درجة الشفافية وتحقيق المساواة والمنافسة العادلة ليست واحدة إذ تتباين من أسلوب إلى آخر فيتسع نطاقها في أسلوب المزايدة والمناقصة العامة وهي الاصل وتضيق في الأساليب الأخرى لاسيما في أسلوب الدعوة المباشرة والتعاقد المباشر والعطاء الواحد، ويكون مسوغا في تحقيق المرونة والسرعة في اجراءات التعاقد وتحقيق مواصفات تقنية ونوعية لإنجاز موضوع العقد، لهذا سعى المشرع إلى تحديد حالات اللجوء إلى هذه الأساليب الاستثنائية بشكل دقيق لمنع التوسع فيها والاحتفاظ بصفاتها الاستثنائية.

ولضمان عدم خروج الإدارة عن الهدف المرسوم لها ولتعزيز الشفافية والثقة في اجراءات التعاقد ينبغي توثيق الأسباب التي دفعها إلى اختيار أسلوب تعاقد دون آخر استثناء من الأصل العام. وهذا ما اكده قانون اليونسيترال النموذجي إذ الزم جهة الإدارة بتدوين الأسباب والظروف التي املت عليها عدم اتباع الاصل العام في السجل التوثيقي الخاص بالشراء الحكومي، ولإضفاء الشفافية يجب ان يجري تحقيق شروطها قدر الامكان ضمن هذه الأساليب الاستثنائية، ولهذا فان القول بان بعض العقود سرية نحو عقود نقل التكنولوجيا أو المتصلة بالأمن والدفاع فذلك لا يعني انعدام الشفافية فيها وانما انحسارها واقتصارها على عدد معين من المتنافسين. وأوجب قانون اليونسيترال بالنسبة للعقود ذات الطبيعة السرية بان يتم الاعلان عنها لاحقا وبغض النظر عن أسلوب التعاقد المعتمد لتعزيز الشفافية واعلام الجمهور بوجود هذه العقود ومن ثم تأمين امكانية مسألتهم للجهة الحكومية المتعاقدة في هذه العقود^(٢).

وأجاز المشرع الفرنسي إحالة العقود دون علانية أو منافسة وصنفها إلى عقود ممنوحة دون اعلان

(١) حكم رقم ١٤٠١/م/٢٠١١ في ١٤/١١/٢٠١١، شهاب احمد ياسين و خليل ابراهيم المشاهدي: المصدر السابق، ص ١٢٩.

(٢) المواد (٤٨، ٤٩، ٥٠، ٥١) من القانون النموذجي بشأن المشتريات الحكومية الصادر عن لجنة قانون التجارة الدولي بالأمر المتحدة (اليونسيترال)، وصدر هذا القانون بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في الجلسة رقم ٨٤ بتاريخ ٩ كانون الاول ١٩٩٤، نقلا عن د. حسن عبد الرحيم السيد، المصدر السابق، ص ٦٨.

أو منافسة بسبب قيمتها أو موضوعها نحو الحالات الطارئة الناتجة عن ظروف خارجية والتي لا يمكن تجنبها بالحد الأدنى من المواعيد النهائية التي تتطلبها الاجراءات الرسمية ليتم الوفاء بها ويقتصر العقد في هذه الحالة على الخدمات الضرورية للغاية للتعامل مع حالة الطوارئ نحو العقود الممنوحة للتعامل مع المخاطر الصحية، فضلاً عن استثناءات أخرى تتصل بقيمة العقد. وأجاز احالة العقود دون علانية أو منافسة لمقتضيات الجودة^(١). وقد استثنى المشرع المصري من النشر على بوابة التعاقدات العامة العمليات التي تتطلب اعتبارات الامن القومي عدم النشر عنها وفقاً لما تدره السلطة المختصة^(٢).

وفي العراق نص الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ على جواز احالة العقود الحكومية من دون التقيد بإجراءات المنافسة الكاملة والعلنية في احدى الحالات الآتية^(٣):

- أ- لأسباب تقنية أو فنية أو لأسباب تتعلق بحماية الحقوق الحصرية أو عندما تكون السلع أو الخدمات المراد شرائها بموجب العقد تُصنع أو تُجهز من قبل كيان واحد أو متوفرة من كيانات محدودة العدد.
- ب- لوجود أسباب ملحة جداً بسبب احداث لا تعزى إلى سلطة التعاقد، أو ان المصلحة العامة لا تسمح بإحالة العقد على اسس تنافسية كاملة.
- ت- حينما تكون السلع المراد شرائها يتطلب تبديلها جزئياً أو اضافتها للسلع المشتراة من المصدر الاصلي الذي جهز السلع الموجودة، أو عندما يتطلب انسجامها أو قابليتها للاستبدال مع السلع المشتراة من المصدر الاصلي الذي جهز السلع الموجودة.
- ث- عندما تكون الاجراءات الأخرى غير اجراءات المنافسة الكاملة والعلنية للعقود العامة الحكومية ضرورية لتعزيز الاقتصاد أو التطوير المؤسساتي في قطاع سكاني مهم أو في منطقة جغرافية في دولة العراق أو المؤسسات المملوكة للدولة.
- ج- عندما يكون العراق طرفاً في اتفاقيات (ثنائية أو متعددة الاطراف) أو معاهدات تتطلب استخدام إجراءات غير اجراءات المنافسة الكاملة والعلنية للعقود العامة الحكومية سواء أكانت بموجب شروط صريحة أو ضمنية.
- ح- إن كانت القيمة المتوقعة للعقد العام تقل عن الحد النقدي المحدد في هذه الحالة تستخدم الاجراءات الاصولية المتعلقة بتوريد السلع والخدمات ذات الاقل سعراً.

ولم تتضمن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية تفصيلاً لذلك ولم يصدر اي نظام أو تعليمات بتنظيم أحكام هذه الاستثناءات، كما جاءت التعليمات ببعض العبارات الفضفاضة العامة والقابلة للتأويل نحو عبارة

(1) Art (R2122-1 – R2122-11), Décret n° 2018-1075 du 3 dec 2018 .

(٢) المادة (٢٠) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

(٣) الفقرة (١) من المادة (٤) من الامر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل .

(أسباب ملحة جدا) و(المصلحة العامة) في الفقرة ب من اعلاه و في الفقرة ث، بينما يجب ان يكون الاستثناء محدد بدقة وغير قابل للتأويل والقياس كي لا يجري استغلاله وشمول حالات لم تُقصد بما ينال من القاعدة العامة يمثل خروجاً على قواعد الشفافية والعلانية والمنافسة العادلة ويفسح المجال لوقوع حالات الفساد، و لاسيما وان هذه الاستثناءات تعد تكريسا صريحا للسرية.

وزيادة على ذلك، كثيراً ما تسعى جهات التعاقد إلى الحصول على استثناءات منها أو من اجراءات التعاقد والحصول على موافقة الجهات المختصة، ولوضع حد لذلك فقد اصدر مكتب رئيس مجلس الوزراء كتابه في ١٣/٨/٢٠١٥ متضمنا الغاء الاستثناءات كافة من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية باستثناء عقود التسليح في وزارة الدفاع وتخويل رئيس مجلس الوزراء منح الاستثناءات في الحالات الطارئة، وجاء ذلك بناء على ما ورد في حزمة الاصلاحات التي قدمتها الحكومة وصادق عليها مجلس النواب والصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم ٣٠٧ لسنة ٢٠١٥^(١). وقد أجاز المشرع بيع وإيجار اموال الدولة مباشرة من دون النشر في الصحيفة ومن دون مزايدة بقرار من الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو من يخوله اي منهما وبالقائمة التقديرية في حالات محددة بالنص، وذلك ادعى لضمان عدم التوسع فيها^(٢).

المطلب الثاني: نطاق الشفافية والسرية في اجراءات التعاقد

تلتزم الإدارة باتباع العديد من الاجراءات القانونية والفنية وصولاً إلى ابرام عقد سليم من الناحية القانونية ومجد من الناحية الفنية والاقتصادية ومحققا الغاية من ابرامه، وينبغي لتحقيق ذلك ان تتصف تلك الاجراءات بالشفافية لضمان نزاهتها وتحقيق المنافسة العادلة والمساواة بين المرشحين للتعاقد، كما يتطلب الامر أيضاً ضمان احترام سرية المعلومات والتي من شأن الإفصاح عنها انتهاك الاسرار الصناعية والتجارية أو الإضرار بالمنافسة العادلة بين المرشحين أو ان طبيعة العقد ذاته تتطلب التزام السرية كالعقود المرتبطة بالدفاع والامن، وهذا ما يتطلب إيجاد التوازن بين الشفافية والسرية في اجراءات التعاقد.

ومن ذلك سنتناول في هذا المطلب وعبر تقسيمه على ثلاثة فروع البحث في الشفافية والسرية بوصفهما مبدآن حاكمان لإجراءات التعاقد الاداري، وسنتناول في الفرع الثاني نطاق الشفافية والسرية في تشكيل اللجان وعملها، وسنتناول في الفرع الثالث البحث في نطاق الشفافية والسرية في اتمام التعاقد والغاءه.

(١) منشور على الموقع الالكتروني الاتي: <https://mop.gov.iq>، تاريخ الزيارة: ٢٠/١٠/٢٠٢١، الوقت: ٢٩:٣٣ P.M.

(٢) ينظر: نص المادتان (٣٤ و ٣٧) من قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل.

الفرع الأول: الشفافية والسرية مبدأ حاكمان لإجراءات التعاقد الإداري

سنتناول في هذا الفرع دراسة الشفافية والسرية بوصفهما مبدأ حاكمان للتعاقد عبر البنود الآتية:

أولاً: الشفافية مبدأ حاكم لإجراءات التعاقد الإداري: يعد مبدأ الشفافية من المبادئ الأساسية الحاكمة للتعاقدات العامة في مراحلها كافة، وهذا ما اكدت عليه النصوص القانونية المنظمة للعقود الإدارية وأحكام القضاء، ففي فرنسا أوجب القانون على الإدارة تطبيق مبادئ حرية الوصول وشفافية الاجراءات في ظل الشروط المحددة في القانون، وهي تضمن فاعلية المشتريات العامة والاستخدام السليم للأموال العامة^(١)، وعد المجلس الدستوري مبدأ الشفافية في المشتريات العامة مبدأ دستورياً ومتطلباً متأسلاً فيها^(٢).

وفي مصر فرض المشرع على الإدارة اتخاذ ما يلزم من تدابير لضمان تحقيق معايير ومبادئ تكافؤ الفرص وتعزيز الشفافية والنزاهة والعدالة والمساواة في المنافسة^(٣). وبذلك افتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بان(مبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة هي التي تظل المناقصات جميعها وتحيطها بسياج من الضمانات لمنع العبث في اجراءاتها والتلاعب بنتيجتها فإذا ما حجبت هذه المبادئ عن مناقصة من المناقصات التي تطرحها الجهات الإدارية فلا يمكن الاطمئنان إلى اجراءاتها والثقة في نتيجتها بعد ان غابت عنها المبادئ التي تحكمها والضمانات التي تكفل صحتها وسلامتها)^(٤). وفي العراق تبنى الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ الخاص بالعقود العامة مبدأ الشفافية في عمليات التعاقد الإداري، فجاء في ديباجته بان (...قوانين العقود العامة لا بد ان تطابق المعايير الدولية للشفافية وامكانية التنبؤ بالذي سيحصل والمساواة في المعاملة وكذلك وجود آلية لحل النزاعات وان تكون هذه المتطلبات خالية من الفساد والتدخل غير المشروع وان ترتب عملية حصول الحكومة على السلع والخدمات بأفضل الاقيام. آخذاً بعين الاعتبار ان مبدأ المنافسة العادلة والعلنية والكاملة أمر ضروري لاقتصاد العراق والتي هي هدف للتجارة الحرة تسعى له كل الامم). واستتبع ذلك بالنص على ان (...على دولة العراق من خلال وزاراتها ومؤسساتها الفدرالية الأخرى والاقاليم والمحافظات وكل التقسيمات الفرعية الأخرى لدولة العراق ان تقوم بالإنفاق العام وفقاً للمبادئ الأساسية الآتية: أ- ان تكون اجراءات

(١) المادة (L١٣) من قانون المشتريات العامة لسنة ٢٠١٨، و المادة (١٢) من التوجيه الاوروبي رقم ١٨ لسنة ٢٠٠٤ .
(2) D C C, 20/1/1993,et 26/6/2003 et 24 /7/2008, selon Jean-marc peyrical: La transparence dans les marchés publics, La transparence dans vie économique,2018/3 (No 51), éditeur,fédération française du bâtiment, p. 18.

(٣) المادة (٦) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨، والمادة ٩ من لائحته التنفيذية.
(٤) فتوى رقم ٥٠٠ في ١٩/٦/١٩٩٣، وينظر: فتوى رقم ٢٧٠ في ٣٠/٣/٢٠٠٤ - ملف رقم ٤١٣/١/٥٤، نقلاً عن دريد عيسى ابراهيم: المصدر السابق، ص ٤١٠، و د. خالد احمد حسن: المصدر السابق، ص ٣٠١.

الدعوة العامة تنافسية وتامة وعادلة وعلنية إلى أقصى حد ممكن وان تتضمن كذلك على سبيل المثال لا الحصر الاعلان عن الدعوات بشكل واف والموضوعية في معايير تقييم العطاءات والعلنية في فتح العطاءات. ب- ان تكون بموجب المعايير الدولية للشفافية وان تسمح بإمكانية التنبؤ بالذي سيحصل وان تتسم بالعدالة والمساواة^(١). ونصّ على وجوب اتسام عمل الجهاز المعني بالعقود بالشفافية عن طريق العمل بمعايير وممارسات دولية مقبولة ومتبعة كالموجودة في هيئة الامم المتحدة بشأن قانون التجارة الدولية (يونيسترال)، وانظمة الاتحاد الأوروبي ومنظمة التجارة العالمية (اتفاقية الشفافية في المشتريات الحكومية)^(٢). كما اعتمد قانون بيع وإيجار اموال الدولة مبدأ علانية المزايدة^(٣).

ويذكر أن المشرع العراقي قد فرض بعض الالتزامات على الإدارة التي من شأنها تمكين المتعاقد من الحصول على المعلومات المتصلة بالعملية التعاقدية وتحقيق الشفافية الإدارية، من ذلك علانية الكلفة الخمينية^(٤)، وعلانية الثمن في المزايدات العامة^(٥)، والرد على استفسارات الراغبين بالتعاقد^(٦)، والالتزام بوضع الوثائق القياسية^(٧)، إذ تعد الأخيرة عامل مهم في تحقيق الشفافية لما تحقّقه من علانية اجراءات التعاقد وشروطها وتبسيطها وسهولة الوصول اليها بما يضمن اعتماد أسلوب موحد للتعاقدات في الموضوعات المماثلة وخلق بيئة عمل ومعايير اداء مثالية بما يحقق نزاهة التعاقد والوقاية من الفساد وتجنب هدر المال العام، وتصدر هذه الوثائق من وزارة التخطيط/دائرة العقود الحكومية^(٨)، وتحتوي تنظيمًا

(١) المادة (١) من الامر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل.

(٢) المادة (٦) من الامر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل.

(٣) المادة (٣) من قانون وبيع ايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل. والزمّت المادة (١/٩) من اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد ٢٠٠٤ بان (تقوم كل دولة طرف وفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني بالخطوات اللازمة لإنشاء نظم اشتراء مناسبة تقوم على الشفافية والتنافس وعلى معايير الموضوعية في اتخاذ القرارات وتتسم ضمن جملة امور بفاعليتها في منع الفساد ...)

(٤) نص البند (د) من الفقرة (أولاً) من المادة (٢) من تعليمات رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ على (وجود كلفة تخمينية علنية محدثة للمقابلة او لمقاولات المشروع معدة من جهة فنية مختصة مبنية على أساس الدراسة الشاملة لأسعار السوق السائدة عند اعدادها لأغراض الاحالة معززة بجدول الكميات المسعر لاعتماده كمقياس لتحليل العطاءات ومدى توازن اسعار فقراته...).

(٥) المادة ١٢/ثانيا من قانون بيع وإيجار اموال الدولة لسنة ٢٠١٣ المعدل.

(٦) الزم البند (د) من (أولاً) من الضوابط رقم (١) الصادرة عن وزارة التخطيط جهة التعاقد تضمين التعليمات إلى مقدمي العطاءات المرافقة لوثائق المناقصة تحديد تاريخ انعقاد المؤتمر الخاص بالإجابة على استفسارات المشتركين في المناقصة قبل موعد لا يقل عن (٧) سبعة ايام من تاريخ غلق المناقصة.

(٧) ينظر: ابراهيم سالم عبد الكاظم: اثر الوثائق القياسية على سلطات الإدارة في تنفيذ عقود الاشغال العامة، ط ١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢١، ص ٢٨.

(٨) المادة (١/٢) من الامر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤، والبند (ج) من الفقرة (ثالثاً) من المادة (٨) من تعليمات تشكيلات ومهام دوائر واقسام وزارة التخطيط رقم ٢ لسنة ٢٠١٢.

تنظيماً لجميع اجراءات التعاقد والشروط العامة والخاصة للعقد، وتسري على جميع العقود^(١). وكان الافضل لو فرض المشرع عرض الوثائق القياسية بعد اعدادها على مجلس الدولة العراقي والاستعانة برأيه بهذا الشأن فهو جهة قضاء إداري وإفتائي ويضم اعضاء ذوي خبرة وتخصص بمجال العمل الإداري والقانوني. وإلى جانب ماتقدم سنعرض عبر الفقرات الآتية المظاهر الأساسية للشفافية في اجراءات التعاقد:

١ - الالتزام بالإعلان عن العقد: يعد الاعلان من أبرز ادوات تحقيق الشفافية في إجراءات التعاقد، وعن طريقه يمكن ضمان المشاركة الفعلية وتحقيق المنافسة العادلة بين المشاركين وخلق بيئة تتسم بالمصادقية وتجنب أجواء الشك والريبة، وزيادة عدد المشاركين ما يسمح بإحالة العقد على أفضل العطاءات^(٢)، وأكدت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على العلانية كواحدة من بين جملة امور تتسم بفاعليتها في منع الفساد^(٣). كما نص الأمر ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل على العلانية في اجراءات التعاقد^(٤).

ويتضمن الاعلان جملة من المعلومات تمثل الحد الأدنى لتكوين فكرة عن العقد المعلن عنه نحو وصف موضوعه بدقة وبشكل موجز وواضح، والإدارة التي تقوم به ومدة الاعلان ومواعيد تسليم العروض ومكان وتاريخ اجراء المناقصة أو المزايدة وموعد الغلق وغيرها من البيانات الجوهرية مع امكان اضافة الإدارة ما تراه مناسباً من معلومات أخرى^(٥). وبناء على ذلك تكون عمليات البيع والإيجار وعمليات الشراء معلومة للكافة، مما يحول دون ابرام عقود سرية بعيداً عن انظار الجمهور والجهات الرقابية.

وتوجب مخالفة إجراء الاعلان بطلان العقد سواء بإغفال الاعلان كلياً أم جزئياً أم اجرائه بشكل معيب كعدم تحديد موضوع العقد بدقة، وهذا ما اكده مجلس الدولة الفرنسي في احد احكامه اذ قضى بان

(١) لا ينطبق التزام وضع الوثائق القياسية على العقود التي تساوي او تقل قيمتها عن (١٠٠,٠٠٠,٠٠٠) مليون دينار، واصبح العمل بالوثائق القياسية في العراق ملزماً للإدارات كافة وابتداءً من ٢٠١٦/٧/١ وفقاً لاعمام وزارة التخطيط بالعدد ٤١٨٥/٧/٤ في ٢٠١٦/٢/٢٤، واعمامها رقم ٩١٢٨/٧/٤ في ٢٠١٧/٤/٣٠، اذ اصدرت وزارة التخطيط نوعين من الوثائق القياسية وهي الوثائق القياسية القطاعية التخصصية وأخرى غير تخصصية. نقلاً عن الدليل الإرشادي للاستشارات التعاقدية الحكومية لعام ٢٠١٨، وزارة التخطيط - دائرة العقود الحكومية، ص ٣٧، منشور على الموقع الالكتروني الاتي: <https://mop.gov.iq>، تاريخ الزيارة: ٢٠٢١/١٠/٢٢، الوقت: ٤:٤٤ P.M.

(٢) خيرة بن سالم: الاعلان ودور المعاملات الالكترونية في تعزيز المنافسة وترشيد الصفقات العمومية على ضوء مرسوم ٢٤٧/١٥، مجلة صوت القانون، ج ٢، العدد ٧، ٢٠١٧، ص ٢٩. وحزمة خضري: المصدر السابق، ص ١٢٠.

(٣) المادة (٩) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ٢٠٠٤ .

(٤) المادة (١/أ) من الامر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل ، والفقرة (أولاً) من المادة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

(٥) ينظر: البند (ثانياً) من الضوابط رقم (٢) اجراءات الاعلان عن المناقصات والاحالة) بشأن مضمون الاعلان .

الإعلان عن ان الهدف من العقد هو توسيع أو بناء مرافق مدرسية لم يراع متطلبات العلانية ذلك لان موضوع العقد الدقيق هو تحديث مؤسسة مدرسية، وبذلك لم يكن الاعلان دقيقا في وصف موضوع العقد^(١)، مخالفا بذلك واجب الإفصاح ويؤثر على المنافسة بين المرشحين وعلى إرساء العقد، وجاء بحكمه في ٢٠٠٩/١/٣٠ بان (على الإدارة المتعاقدة تضمين اعلانها بعض المعلومات المهمة نحو موضوع العقد وماهية الإدارة المتعاقدة وكيفية الاتصال بها والمعايير الموضوعية التي ستحسم من خلالها الإدارة العطاء الافضل)^(٢). كما ذهب إلى بطلان اجراءات التعاقد في حال عدم تضمين الاعلان مدة تنفيذ العقد أو التاريخ المحدد ولو بصورة تقديرية لبداية تنفيذه أو ان تكون المعلومات المقدمة للمرشحين حول تواريخ تنفيذ العقد متضاربة بين الدعوة العامة لتقديم العطاءات المنشورة في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي ولوائح استشارات العقد^(٣).

وتأكيدا على تقدم قضت المحكمة الإدارية في نانت بان (مبدأ الشفافية يحتم على الإدارة ان تبلغ المرشحين المحتملين نيتها اجراء التفاوض منذ بداية الاجراءات سواء في الاعلان عن العقد أو في وثائق التشاور)^(٤). وذهب مجلس الدولة العراقي إلى بطلان العقد لعدم مراعاة قواعد الاعلان ولو تم تنفيذ العقد وتوثيقه بشكل رسمي إذ تتم اعادته بحكم قضائي^(٥).

ويعد مخالفة لمبدأ الشفافية إذا لم يجر الاعلان بالصورة المطلوبة أو اجرائه بغير الصورة التي حددها القانون حصرا، أو إذا لم يتضمن المعلومات والمواصفات المطلوبة، ويمثل ذلك تكريسا للسرية المرفوضة والتفافا على مبدأ العلانية وبابا من ابواب الفساد، ومن ذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في العراق بانه (...ونظرا لعدم النشر في احدى دور النشر المؤيد ذلك بكتاب الدار الوطنية للنشر والاعلان... فان البيع يعتبر باطلا لمخالفته لنص قانوني...)^(٦)، وقضت محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية

(١) C.E, 7 /10 SSR, du 29 décembre 1997,n° 159693, publié au recueil Lebon, publié sur le site : legifrance.gouv.fr. 7/11/2021,T: 10:47 p.m .

(٢) نقلا عن جواد كاظم الحساني: المصدر السابق، ص ٢٢٠-٢٢١.

(3) C.E, 7ème et 2ème sous-sections reunites, 15 avril 2005 , ville de paris ,req ,no 273178 c/ Société SITA inédit au recueil Lebon, et C.E, 19septembre 2007. publié sur le site : legifrance.gouv.fr.D: 7/11/2021,T: 3:51 p.m .

(4) CAA Nantes, 7 juin 2013, n° 11NT03240, Société phytorem SA,AJDA,2013,P.2128, publié sur le site : legifrance.gouv.fr.D: 9/11/2021,T: 6:30 p.m .

(٥) قرار رقم ١٩٩١/٣٢ في ١٩٩١/٩/٢٣، نقلا عن عبدالله محمود محمد اللهيبي: المصدر السابق، ص ١٦٩.

(٦) حكمها المرقم ١٥٥ / اولى / ١٩٩١ في ١٩٩١/١١/١٦، نقلا عن عبدالله محمود محمد اللهيبي: المصدر السابق، ص ١٥٧.

بان الاعلان اجراء جوهري ويعد النشر في ملحق الصحيفة اليومية وليس في متنها اعلانا باطلا^(١).

ويفسر القضاء المتطلبات الاجرائية للتعاقد ومخالفتها على أساس مدى تأثيرها على الشفافية والمساواة بين المرشحين، لذلك تمثل رقابة القضاء الإداري على البيانات والمعلومات التي يجب تضمينها في الاعلان حجر الزاوية في تحقيق الشفافية^(٢). لهذا يميز القضاء الإداري الفرنسي بشأن بيانات الاعلان بين شكليات جوهريه وأخرى غير جوهريه فيرتب البطلان على الأولى دون الثانية ، وكذلك في تقريره وجوب إعادة الاعلان من عدمه^(٣)، فتكون جوهريه إذا اثرت على شفافية الاجراءات والمنافسة والمساواة بين المرشحين المحتملين^(٤). وقد ذهبت فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري إلى أن الاعلان إذا شابه عيبا يفوت الغرض منه يمكن الحكم ببطلان المناقصة العامة كما لو لم يتضمن الاعلان موعدا للغلق أو لم يذكر البيانات الأساسية، أما إذا لم يفوت غرض الاعلان ولم يؤد إلى تخلف العدد المتقدم من راغبي التعاقد فليس من شأنه ان يؤدي إلى البطلان^(٥). وتبطل إجراءات التعاقد إذا جرى الاعلان عن العقد بوسائل غير معروفة أو لا توفر العلم إلا لعدد محدود من الأشخاص، أو الاعتماد على وسائل نشر مغمورة، ما يستتبع ذلك انحسار عدد المتنافسين على التعاقد. ويجب أن تؤمن وسائل تحقيق العلانية اتصال علم ذوي الشأن عن عزم الإدارة القيام بعمل ما أو نشاط معين وإحاطتهم بموضوعه بما يمكنهم من تحديد موقفهم منه، وعلى هذا الأساس يمكن تحديد وسائل الاعلان القانونية بالاتي:

أ- الاعلان في الصحف المحلية: وهذه الصحف متنوعة إذ ان هناك الصحف المحلية العامة وأخرى

(١) حكمها المرقم ١١٤٣/١١٤ هـ ٢٠٠٠/٢ في ١٠/٦/٢٠٠٠، نقلا عن المصدر السابق، ص ١٦٧.

(2) C.E, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 15 décembre 2008, n° 312350 et C.E, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 4 février 2009, vill d Arras, req, n° 324111. publié sur le site : legifrance.gouv.fr.D: 7/11/2021,T: 6:51 p.m .

وجاء في هذين الحكمين ان الإدارة تجاهلت التزامات العلانية والمنافسة لغياب الدقة فيما يتصل بالمدة الدقيقة للعقد في الاعلان ولم تمنح الشركات المتقدمة معلومات كافية حول معايير تقييم العروض مع مراعاة مدة تنفيذ العقد المقترح مما يبرر بحد ذاته الغاء الامر المطعون فيه، وبان الإدارة ادخلت المتقدمين في حالة من عدم اليقين فيما يتصل بمدة العقد مما يشكل مخالفة لقواعد العلانية والمنافسة.

(٣) C.E, 29 avril 2002, n° 216902, et C.E, 21 juin 2000, n° 209319, publié au recueil Lebon, publié sur le site : legifrance.gouv.fr. 9/11/2021,T: 5:50 p.m .

(٤) C.E, 18/12/2002, ville de paris, n°241187, et C.E, 18/11/2005, ville de paris, n°278646. publié au recueil Lebon, publié sur le site: legifrance.gouv.fr. 24/11/2021,T: 6:20 p.m .

(٥) الفتوى المرقمة ١٢٢ في ٣١/١/١٩٨٨، ملف رقم ٨٦٠/٢٩/٣١، وفتوى اللجنة الثانية جلسة ١١/٩/١٩٨٩، ملف رقم ٢٦/١/٦٧، نقلا عن د. محمد ماهر ابو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات في قضاء واقتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤، الجزء الأول، دار ابو المجد للطباعة، مصر، ص ٣٦٥.

خاصة بإقليم معين وهناك الصحف المتخصصة بنشر الاعلانات بأنواعها وأخرى تكون متخصصة بنشر اعلانات لقطاعات اقتصادية معينة. وتتعدد في فرنسا وسائل نشر الاعلانات ما بين الصحيفة القانونية(JAL) وهي تلك الحاصلة على ترخيص بنشر اعلانات قانونية وتقوم بنشر طبعة واحدة اسبوعيا على الأقل، والصحف المتصلة بالمشتريات العامة(BOAMP) وتقوم بنشر كل ما يتصل بعقود الإدارة العامة، والصحف المتخصصة التي تكون معنية بالنشر بالنسبة لقطاع اقتصادي معين، ولهذا عند النشر فيها على الإدارة ان تقوم بالاختيار الدقيق للصحيفة المناسبة لغرض العقد^(١). وتؤدي قيمة العقد المالية المقدرة في فرنسا دورا أساسيا في تحديد وسيلة النشر المعتمدة إذ كلما زادت هذه القيمة اتسع نطاق الاعلان مع الاخذ بالحسبان موضوع العقد عند النشر أيضاً^(٢). والزم المشرع المصري النشر عن العمليات التي يتم طرحها على بوابة التعاقدات العامة، ويجب الاعلان مرة واحدة بإحدى الصحف اليومية واسعة الانتشار، وإحدى الصحف الدولية بالنسبة للمناقصة والممارسة العامة الخارجية والإعلام عنها عبر السفارات والقنصليات، ويمكن الاعلان في اكثر من صحيفة عند الاقتضاء^(٣).

وفي العراق ألزم قانون بيع وإيجار اموال الدولة أن يكون الاعلان عن المزايدات العامة في صحيفة يومية تصدر في بغداد ولم يشترط ان تكون متخصصة^(٤). أما الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ وتعليمات تنفيذه رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ فلم ينظما آلية الاعلان وشروطه، وانما نظمتها الضوابط الصادرة عن وزارة التخطيط، وحددتها بالنشر في ثلاث صحف وطنية واسعة الانتشار كحد ادنى بالنسبة للمناقصات الوطنية، وتنتشر بالنسبة للمناقصات العامة في لوحة اعلانات جهة التعاقد، وعلى الموقع الالكتروني لتلك الجهة. أما المناقصات الدولية فزيادة على هذه الآلية يجري نشر الاعلان الخاص بها في الملحقيات التجارية في السفارات العراقية في الخارج وفي موقع الامم المتحدة لتنمية الأعمال^(٥). ونجد ضرورة تنظيم اجراءات الاعلان بأنواعها في القانون بحسابه اجراءً جوهرياً، وله أهميته في تحقيق الشفافية وضمان المنافسة

(١) قضت محكمة الاستئناف الإدارية في ليون في ١٩ نيسان ٢٠٠١ بان الصحيفة المتخصصة بالأعمال لم تكن من الوسائل المناسبة للإعلان عن عقد يتصل بالخدمات التركيبية لشبكة كابلات تلفزيونية وان كانت هذه الصحيفة قد نشرت بعض المقالات التي تتصل بشبكات الكابلات وان ذلك يشكل عيباً جوهرياً. منشور على الموقع الالكتروني:

legifrance.gouv.fr. 9/12/2021,T: 9:51 p.m

(2) Art (R 2131-12), Décret n° 2018-1075 du 3 dec 2018 .

(٣) المادة (٢٠) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ .

(٤) ينظر : الفقرة (ثالثاً) من المادة (١٢) والفقرة (أولاً) من المادة (٣٠) من قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٣ المعدل، واستثنى البند (ب) من الفقرة (ثالثاً) من المادة (١٢) المال غير المنقول الذي يقل بدل ايجاره المقدر عن خمسمائة الف دينار من ذلك اذ يتم نشره بوسائل أخرى مناسبة وفق تقدير الإدارة

(٥) البنود (أ، ب، ج) من (أولاً) من الضوابط رقم (٢) اجراءات الاعلان عن المناقصات والاحالة).

الفعلية والمساواة بين المتقدمين وتحقيق الاستقرار القانوني ومنع الاجتهادات من قبل الإدارة فضلاً عن سهولة الغاء الضوابط وتعديلها باي وقت.

ب- الاعلان الالكتروني: تتيح الوسائل الالكترونية الاطلاع على الفرص الاستثمارية وتحقيق الشفافية والمساواة وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص واجتذاب اكبر عدد من الراغبين بالتعاقد مع الإدارة، وعدم قصر الاعلان على فئة معينة نظراً لاتساع رقعة شبكة الانترنت ووصول ما ينشر فيها بسرعة فائقة إلى كافة.

وتلتزم الادارات العامة في فرنسا ومنذ عام ٢٠١٠ بالنشر على الموقع الالكتروني الذي تستخدمه لعقودها في حال تجاوزت القيمة المقدرة للعقد مبلغ معين، وقد يكون النشر الالكتروني الوسيلة الوحيدة للإعلان إذا كان عدد متابعي الموقع كبير، وبخلافه فهو لا يعدو ان يكون وسيلة اضافية^(١)، ويتم إرسال الاعلانات المعدة للنشر في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي الكترونياً إلى مكتب المنشورات التابع للاتحاد وتحفظ الإدارة المتعاقدة بإثبات تاريخ ارسالها^(٢). وبالنسبة للمشرع المصري فقد فرض على الإدارة النشر على بوابة التعاقدات العامة^(٣).

ونرى أهمية انشاء موقع الكتروني متخصص للنشر عن التعاقدات العامة في العراق يكون بمثابة صحيفة الكترونية متخصصة بإعلانات العقود لأهمية الاعلان الالكتروني في تحقيق سرعة الوصول والانتشار فيتسع نطاق المشاركة وتمكن الجميع من الاطلاع على تلك الاعلانات ببسر ودون تكلفة، ولا يعني ذلك الاستغناء عن الصحف الورقية، فوجود صحف متخصصة ورقية كانت أم الكترونية أمر له فائدة كبيرة لاسيما مع تزايد الصحف وبأعداد هائلة مما يصعب حصرها والحصول عليها.

٢- تبسيط اجراءات التعاقد: يستهدف تبسيط الاجراءات الحد من الروتين الناتج عن التضخم في عدد الانظمة والتعليمات والضوابط في مجال التعاقد الإداري ما يستلزم اتباع بعض الحلول نحو حذف الاجراءات والخطوات الزائدة أو دمجها، واستخدام تقنيات حديثة والاستفادة من تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وتنظيم قاعدة بيانات وتوحيد مصادر المعلومات لسهولة الرجوع اليها واستخراج المطلوب منها، وتزويد الراغبين بالتعاقد بما يحتاجون اليه للاشتراك بالمنافسة، فضلاً عن ضرورة التقريب المكاني بين الوحدات الإدارية أو مكاتب الموظفين لأداء الخدمة المتجانسة، وعدم تركيز السلطة بيد جهة واحدة^(٤).

ومن مظاهر تبسيط الاجراءات تحديد مدد معينة للقيام بها وعند استلام العطاءات وفتحها والبت

(١) ماجد شهاب الرمضان: المصدر السابق، ص ٢٤٠.

(٢) Art (R2131-19), Décret n° 2018-1075 du 3 dec 2018 .

(٣) ينظر: المادة (٢٠) والمادة (٧) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ في مصر

(٤) لنا مأمون البيلاوي: اثر تبسيط الاجراءات في القطاع الحكومي على تكلفة الخدمة العامة دراسة التجربة اللبنانية، اطروحة دكتوراه، كلية الاقتصاد، جامعة دمشق، ٢٠١٥، ص ٤٢-٥٤.

فيها واصدار قرار الاحالة، وحسم عملية التعاقد ومنع امتدادها لوقت طويل يستغرق شهوراً مما يعطل عمل المرفق العام المستفيد من العقد ولا سيما في مجال تقديم الخدمات الحيوية لأن عدم تحديد مدة لإنجاز اللجان مهامها أو الخروج عنها في حال وجودها ما يسمح بإطالة امد الاجراءات ما يعكس عدم شفافية الإدارة وانحرافها، كما يجب اعتماد طرائق متطورة كالوسائل الالكترونية والاستفادة من التكنولوجيا وإنشاء قاعدة بيانات لاختزال الوقت وتقديم الخدمات وتسهيل الاجراءات.

وأجاز المشرع الفرنسي التعاقد الالكتروني واعتماد تقنيات شراء الكترونية نحو تقنية الكاتالوج الالكتروني والذي يسمح بتقديم العطاءات أو أحد عناصرها الكترونياً وبشكل منظم، فضلاً عن المزادات الالكترونية التي تهدف إلى الاختيار بالوسائل الالكترونية^(١). ويمكن في اجراءات الشراء تبادل المعلومات الكترونياً أو عن طريق انتاج وسائط مادية الكترونية، كما يمكن للإدارة ان تأذن أو تفرض نقل العطاءات بالوسائل الالكترونية، و بطريقة تضمن سلامة البيانات وسرية التطبيقات والعطاءات فضلاً عن امن وسرية المعلومات وفقاً للشروط الواردة في أمر وزير الاقتصاد^(٢)، ويستثنى من الإرسال الالكتروني عقود الدفاع ذات الطابع السري، والعقود التي تقتضي طبيعتها السرية لوجود احتمال تعرض العطاء المرسل للحرق، أو إذا كانت الملفات ذات حجم كبير ويصعب ارسالها^(٣)، وفي مصر فقد أسس المشرع للتعاقد الالكتروني بموجب قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨^(٤).

أما في العراق فلم تبين القواعد المنظمة للعقود الإدارية امكانية التعامل بهذه الوسائل^(٥). ولذلك بات من الضروري التأسيس في ظل قانون جديد للعقود العامة لنظام تعاقدات يعتمد على الوسائل الالكترونية كوسائل مقبولة لتبسيط اجراءات التعاقد واقامة الارضية المناسبة لنجاحه ومواكبة التطور في هذا المجال، مع مراعاة توفير الوسائل الكفيلة بالمحافظة على السرية الواجبة لتحقيق المنافسة العادلة وحماية سرية المعلومات المتصلة بعطاءات المتقدمين ومنع تعرضها للتسريب والذي يعد من أهم عوائق اعتماد الوسائل الالكترونية في الادارات العامة، ففي فرنسا الزم المشرع المتنافسين بتوفير الية للحفاظ على سرية عطاءاتهم عن طريق حماية الإرسال بإعتماد آلية تشفير معينة، كما يتطلب التعامل الالكتروني إعتماد

(1) Art (L2125-1), Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 .

(2) Art (R-2332-6 – R-2332-12) Décret n° 2018-1075 du 3 dec 2018.

(3) Art (R2132-12), Décret n° 2018-1075 du 3 dec 2018.

(٤) ينظر: المادة (٨٤) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ في مصر.

(٥) لم يجر البند (أولاً / أ / ٥) من الضوابط رقم (٣) مهام لجان فتح وتحليل العطاءات) إرسال العطاءات بالبريد الالكتروني باستثناء حالة اعتماد اسلوب العطاء الواحد على ان يجري تعزيزه بنسخة اصلية بتوقيع حي في موعد يوفر حصوله إلى الجهة المعنية قبل رفع توصيات لجنة التحليل وعلى مقرر اللجنة تسجيل هذه العطاءات في السجل حال تسلمها .

نظام معين لأرشفة الوثائق المرسله والمنجزة إلكترونياً وسريان ضوابط حفظ الوثائق عليها^(١).

ومما يجدر ذكره بهذا الصدد ان قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ وفر الإطار القانوني لاستعمال الوسائل الإلكترونية في اجراء المعاملات الإلكترونية، وأجاز ابرام العقود الإلكترونية ومنحها الحجية لمثيلاتها الورقية إذا كانت المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والتخزين بحيث يمكن استرجاعها في اي وقت وامكانية الاحتفاظ بها، والمعلومات فيها دالة على من أنشأها وتسلمها وتاريخ ووقت ارسالها وتسلمها^(٢).

٣- منع تضارب المصالح: تعد الشفافية من أهم آليات القضاء على تضارب المصالح عن طريق تبني تدابير قانونية تعالج هذا التضارب وتُلزم بالإفصاح عن المصالح والكشف المبكر عنه. ومن ذلك النص على حظر اشتراك الموظفين في المناقصات والمزايدات العامة تعبيراً عن شفافية الإدارة ونزاهتها والنأي بها عن مواطن الريبة والشك في أعمالها واجراءاتها ولتعزيز الثقة بها، فدخل الموظف في علاقة تعاقدية مع الإدارة من شأنه التأثير على مبدأ المساواة إذ يمنحه ذلك ميزة تنافسية مقارنة بالمرشحين الآخرين، وذلك من شأنه منع تضارب المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة لهم إذ تكون لهم مصلحة مباشرة أو غير مباشرة من شأنها التأثير على اتخاذ القرارات الإدارية واجراءات التعاقد^(٣).

وقد حظر مرسوم رقم ٢٤٤ في ٤ شباط ١٩٥٩ في فرنسا على الموظفين الدخول في مناقصات أو مزايدات في دائرة اختصاصهم بالذات أو بالواسطة^(٤)، وللإدارة استبعاد أولئك الذين تشكل مشاركتهم حالة من تضارب المصالح لا يمكن معالجتها بوسائل أخرى، أو تؤثر على النتيجة بشكل مباشر أو غير مباشر^(٥). وأكد قضاء مجلس الدولة الفرنسي على وجوب تحقيق الحياد في عمل اللجان المكلفة بإجراءات التعاقد، ويعد اخلالاً بهذا الحياد عمل عضو اللجنة سابقاً مستشاراً وموظفاً في شركة وكانت هذه الشركة من بين المعارضين فضلاً عن أنها ملكاً لوالده^(٦)، وقضت المحكمة الإدارية في رينز بأنه (لا يكفي النظر إلى كون عضو اللجنة صاحب صوت استشاري إذ يجب النظر إلى عمله فإذا كان له دور مهم في تقييم العروض وفي صياغة تقرير لجنة العطاءات بحيث كان له مصلحة بطريقة أو بأخرى في

(١) خيرة بن سالم: الاعلان ودور المعاملات الإلكترونية في تعزيز المنافسة، المصدر السابق، ص ٣٩.

(٢) الفقرة (أولاً) من المادة (١٣)، والمواد (١٨ إلى ٢١) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢، منشور في الوقائع العراقية العدد ٤٢٥٦ في ٢٠١٢/١١/٥.

(٣) ماردين دنيا محمد علي: تضارب المصالح في الوظيفة العامة والآليات القانونية لمكافحته:، ط١، منشورات زين الحقوقية والأدبية، لبنان، ٢٠١٨، ص ٥٣ و ص ٧٩.

(٤) المادة (٨) من مرسوم ٤ شباط ١٩٥٩.

(٥) Art (L2141-10) , Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 .

(٦) حكمه في ٣ تشرين الثاني ١٩٩٧، نقلاً عن ماجد شهاب الرمضان: المصدر السابق، ص ٣٨٣.

إبرام العقد فهذا يشكل خرقاً لمبدأ الحياد ومبدأ الشفافية^(١). وقد حظر دستور جمهورية مصر لعام ٢٠١٤ على أي من أعضاء مجلس النواب إبرام عقود إدارية ويقع باطلاً أي تصرف بخلاف ذلك^(٢)، واخذ قانون الإدارة المحلية المصري بالحظر ذاته بالنسبة لأعضاء مجلس الشعب المحلي وأجاز رفعه في حالة الضرورة بعد موافقة أعضاء المجلس المذكور والمحافظ المختص^(٣)، وفرض القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٨ الحظر ذاته على الموظفين^(٤).

وحرص دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على ذلك فحظر إبرام عقود مع الدولة على كل من رئيس الجمهورية ورئيس وأعضاء مجلس الوزراء ورئيس مجلس النواب ونائبيه وأعضاء المجلس وأعضاء السلطة القضائية وأصحاب الدرجات الخاصة بوصفهم ملتزمين أو موردين أو مقاولين^(٥). ويؤخذ على نص الدستور انه لم يشر إلى شمول نائب رئيس الجمهورية، وأعضاء مجلس الاتحاد، وأعضاء مجالس المحافظات والمجالس المحلية بالحظر رغم اتحاد الغاية، كما لم يشر إلى ذلك قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ بالنسبة للأعضاء المنتخبين المحليين. والغاية من هذا الحظر هو حماية المصلحة العامة وتحقيق شفافية وعدالة اجراءات التعاقد الإداري وابعادها وهؤلاء الأعضاء المنتخبين عن الشبهات وتنزيها عن الظن وهذا ازكى لهم واكفل بقيامهم بواجبات عضويتهم وعدم الافادة خلال مدة العضوية من اي منفعة شخصية وان في ذلك لتوطيد للثقة العامة بهم^(٦).

وحظر قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل، والأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ الخاص بالعقود العامة على الموظفين الاشتراك بالمناقصات والمزايدات العامة^(٧)، ولم يجر قانون بيع وإيجار اموال الدولة للموظفين الذين اتخذوا قراراً بالبيع أو إيجار اموال الجهة التي ينتسبون اليها وكذلك أعضاء لجنتي التقدير والبيع والإيجار شراء أو استئجار هذه الاموال بطريق المزايدة العلنية ويسري ذلك على ازواجهم واقاربهم حتى الدرجة الرابعة^(٨).

(1) T.A. Rennes 19 Janv 1995, n° 911419. legifrance.gouv.fr.28/11/2021, T:10:37 p.m .

(٢) المادة (١٠٩) من دستور جمهورية مصر لعام ٢٠١٤.

(٣) المادة (٩٢) من قانون الإدارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩، منشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٥/تابع في ٢١ يونيو ١٩٧٩.

(٤) نصت المادة (٢٦) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ في مصر.

(٥) المادة (١٢٧) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

(٦) وهذا ما جاءت به فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري بجلسة ٥ كانون الأول

١٩٩٠، ملف رقم ٧/١/٧١، نقلاً عن خالد حسن احمد: المصدر السابق، ص ١٨٢-١٨٣

(٧) الفقرتين (ثالثاً) و(رابعاً) من المادة (٥) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١، والمادة

(٨) ٢/ب من الامر ٨٧ لسنة ٢٠٠٤.

(٨) المادة (٤) من القانون المذكور، وأجاز في المادة (١٥) بيع العقارات العائدة للدولة والقطاع العام إلى موظفيها استثناءً.

ثانياً: السرية مبدأ حاكم لإجراءات التعاقد الإداري: إذا كانت الشفافية تتخلل مراحل الاعداد للعقود وتنفيذها الا انها يجب ان تكون مؤطرة ومحدودة حتى لا تتسبب في الاخلال بالمبادئ الأخرى وأهمها مبدأ السرية مما يتطلب تحقيق التوازن بينهما إذ يؤكد القانون على احترام سرية المعلومات والتي من شأن الإفصاح عنها انتهاك الاسرار الصناعية والتجارية أو الإضرار بالمنافسة العادلة بين المرشحين أو في حالة العقود المرتبطة بالدفاع والامن. إلا أن الصعوبة تكمن في رسم الحدود بين ما هو سري وما ليس كذلك وإيجاد التوازن في احترام مبدأي الشفافية والسرية، إذ قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن تداول الوثائق الإدارية لا يكون في الحالات التي تؤثر على المنافسة بين المشغلين الاقتصاديين عبر انتهاك السرية الصناعية والتجارية بالمعنى المقصود في المادة ٦ من قانون ٧٥٣ في ١٧ تموز ١٩٧٨ فيما عدا قواعد المشتريات العامة الخاضعة للأسرار المحمية بموجب القانون فيجب عدها قابلة للتداول^(١). الا انه خفف من هذا النهج عندما قرر بأن السماح بشكل خاص بالوصول إلى السعر الاجمالي لعطاء الشركة المتنافسة يمكن ان يقوّض السر التجاري، وهذا الحل جرى توسعته من قبل لجنة الوصول إلى الوثائق الإدارية (CADA) والتمييز بين السعر الكلي والجزئي وتفاصيل الكمية المقدّرة، أما المعلومات المتصلة بتحليل العطاءات فلا يمكن اتاحتها الا جزئياً، كما يجب الاحتفاظ بعناصر التحليل الخاصة بعطاءات المرشحين الآخرين التي من المحتمل ان يؤدي نقلها إلى إعاقة احترام السرية الصناعية والتجارية^(٢). وبذلك فان حتمية الشفافية المفروضة على الإدارة يجب ان تستجيب لمنطق العمل واضفاء الطابع المهني على العقود العامة، ووجوب تحقيق التوازن بين الحصول على المعلومات المتصلة بالعقود والمحافظة على السرية لضمان عدم الاضرار بأصحاب العطاءات وعدم المساس بالمنافسة العادلة.

وقد الزم المشرع الفرنسي الإدارة بتوفير المعلومات المتصلة بعقود الشراء العام التي تروم ابرامها أمام الجمهور كموضوع العقد وهدفه ومدته والعناصر الأساسية فيه، إذ يجب على الإدارة في ظل الشروط ورهنا بالاستثناءات إتاحة الوصول إلى بيانات السوق الأساسية بشكل مفتوح وقابل لإعادة الاستخدام بحرية باستثناء تلك التي قد ينتهك الكشف عنها السرية المحددة في القانون^(٣)، فلا يجوز لها نقل المعلومات التي علمت بها اثناء اجراءات الاحالة إذا ادى الكشف عنها المساس بأسرار العمل الصناعية أو التجارية، أو الإضرار بالمنافسة كالكشف عن القيمة الاجمالية للعقد أو السعر التفصيلي للعطاءات^(٤).

(1) C.E, 30 Mars 2016, centre hospitalier de Perpignan, n° 375529, selon Jean-marc peyrical: op.cit, p. 19.

(2) Avis du 9 juin 2016, department de l'eure n° 20161778. et . Avis CADA du 9 juin 2005, n° 20052295. selon Jean-marc peyrical: op.cit, p. 19-20.

(3) Art (L2196-2) , Décret n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 .

(4) Art (L2132-1), (Art L3122-3), Décret n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 .

ويمكن رغم ذلك للإدارة ان تطلب من المتنافسين الموافقة على الكشف عن بعض المعلومات السرية التي قدموها والمحددة بشكل دقيق، كما لها ان تفرض على المتنافسين عدم الكشف والحفاظ على سرية بعض المعلومات في سياق اجراءات الشراء. ويشير بعض الفقه إلى ان الوثائق التي يمكن الاطلاع عليها في مجال العقود وفي ضوء ما سارت عليه التطبيقات العملية في فرنسا تتمثل بـ (الوثائق المتصلة بعملية طرح اجراء التعاقد، ومحاضر لجان طلب العطاءات أو العروض ولجان التحكيم، ووثيقة العقد ذاته والتي تحتوي بنود العقد أو حقوق والتزامات الاطراف والموقع عليها، وبدون التوقيع ستكون مجرد عمل تحضيرى لا يمكن الاطلاع عليه، والوثائق المتصلة بتنفيذ العقد)^(١).

ولم ينص المشرع في مصر على حق الحصول على المعلومات والوثائق المتصلة بالعقود، إذ لا يجوز افشاء اي من المستندات والبيانات المتصلة بعمليات التعاقد أو الاطلاع عليها من اطراف أو افراد غير معينين بها الا لجهات التفتيش والفحص والمراجعة وفقاً للقوانين والقرارات المنظمة^(٢).

وبالنسبة للمشرع العراقي فقد أكد على المحافظة على السرية المتعلقة بالمنافسة خلال عملية الطرح^(٣). إلا أنه لم يفرض التزاماً على الإدارة بإتاحة المعلومات والوثائق المتصلة بالعقود المبرمة مع الغير أو التي تروم ابرامها والنشر عن خطط التعاقدات العامة بما يُمكن الجمهور والراغبين بالتعاقد من الاطلاع عليها والاستفادة منها والوقوف على اجراءات الإدارة فيها وتقييمها ومدى التزامها بالمساواة وتكافؤ الفرص وتحقيق المنافسة العادلة والصعوبات التي تواجه العقود اثناء التنفيذ وتلافي الوقوع في الاخطاء نفسها، فضلاً عن أن ذلك يعزز الثقة و يسهل الرقابة عليها، لذلك ندعو المشرع إلى تبني هذا المنطق في إطار التعاقد الإداري مع مراعاة متطلبات السرية الضرورية للحفاظ على سلامة اجراءات التعاقد وتحقيق المنافسة، فغياب المعلومات وكتمانها قد يسهم في وقوع حالات الفساد في العقود ومخالفة مبدأ الشفافية.

الفرع الثاني : نطاق الشفافية والسرية في تشكيل اللجان وعملها

تتولى اجراءات التعاقد عدة لجان يحدد المشرع آلية تشكيلها وممارسة عملها، وهذا الأمر يفرض بيان نطاق الشفافية والسرية سواء في تشكيل هذا اللجان أم في طريقة عملها.

أولاً: نطاق الشفافية والسرية في تشكيل اللجان: تحرص القوانين على تنظيم آلية تشكيل اللجان المعنية بإجراءات التعاقد بطريقة تضمن شفافيتهما، إذ تتكون لجنة التحكيم في قانون المشتريات العامة الفرنسي من

(١) ماجد شهاب الرمضان: المصدر السابق، ص ١٤٣.

(٢) المادة (٨٢) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

(٣) المادة (٨/٢/أ) من امر ٨٧ لسنة ٢٠٠٤.

اعضاء مستقلين عن المشاركين بالمنافسة^(١). وتشكل هذه اللجان في مصر بقرار من السلطة المختصة وتضم عناصر فنية ومالية وقانونية وفقا لأهمية وطبيعة التعاقد، ويكون البت في المناقصات بأنواعها عن طريق لجنتين أحدهما لفتح المظاريف والأخرى للبت فيها، وبالنسبة للمناقصة التي لا تتجاوز قيمتها ثلاثمائة ألف جنيه يكون فتح المظاريف والبت فيها عن طريق لجنة واحدة، ولا يجوز الجمع بين رئاسة هذه اللجان واعتماد أعمالها. ويجب ان تضم هذه اللجان في عضويتها ممثل عن وزارة المالية وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة عند بلوغ قيمة التعاقد نصابا معيناً^(٢). ويترتب على عدم حضور أي منهما الاخلال بإجراء جوهري اشترطه القانون ما يترتب عليه بطلان انعقاد اللجنة وإجراءات المناقصة^(٣).

وفي العراق تشكل في جهة التعاقد لجنة أو أكثر لفتح العطاءات بالنسبة للمناقصات وتتألف من ذوي الخبرة والاختصاص برئاسة موظف لا تقل درجته الوظيفية عن الثالثة وعضوية ممثل عن كل من الدوائر القانونية والمالية وتشكيلات العقود فيها وموظف فني مختص ومقرر لا تقل درجته الوظيفية عن السادسة، ولجنة أو أكثر لتحليل وتقييم العطاءات من الجوانب الفنية والمالية والقانونية وتكون برئاسة موظف لا تقل درجته الوظيفية عن الثانية من ذوي الخبرة والاختصاص وعضوية عدد من الفنيين المختصين بما فيهم قانوني ومالي ومقرر للجنة لا تقل درجته الوظيفية عن السادسة^(٤). ولهذه اللجنة الاستعانة بخبرة موظفين مختصين أو جهة مختصة بطبيعة المناقصة، ولم ينص المشرع على تسبب قرار الاستعانة بذوي الخبرة وذلك ادعى لتحقيق الشفافية والوقوف على مدى الحاجة إلى ذلك. وكما تشكل وفقا لقانون بيع وإيجار اموال الدولة لجنة للتقدير وأخرى لبيع وإيجار اموال الدولة^(٥). ولا يجوز الجمع بين رئاسة وعضوية اللجان لضمان تحقيق الحياد في عملها^(٦)، وابعادها عن مواطن الشك وتحقيق

(1) Art (R-2162-22), Décret n° 2018-1075 du 3 déc 2018.

(٢) المادة (٢٨) و(٢٩) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨. ونصت المادة (٣٠) منه على تشكيل لجنة التعاقد المباشر في حالة التعاقد بالاتفاق المباشر بقرار من السلطة المختصة من اهل الخبرة تضم عناصر فنية ومالية وقانونية وفقا لأهمية التعاقد وطبيعته.

(٣) فتوى مجلس الدولة المصري رقم ٤٠٨ في ٢٠/٤/٢٠١٠، وفتوى إدارة فتوى الزراعة ملف رقم ١٤٤٢/١/٢٥ صادر ١٢٣ في ٢٢/٣/٢٠٠٣، وفتوى رقم ٦٠١ في ١٧/٨/٢٠٠٣، ملف ١٤/٢/١٠٠، نقلا عن ماجد شهاب الرمضان: المصدر السابق، ص ٣٤١، ود. محمد ماهر ابو العينين: العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، المصدر السابق، ص ٣٨٨. وافقت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بان تشكيل اللجان خلاف القانون يترتب عليه بطلان انعقادها لان المضي بلجنة مشكلة خلاف ارادة المشرع يهدر النص وغايته، فتوى رقم ٦٠١ في ١٧/٨/٢٠٠٣، ورقم ٩٠ في ٢١/٢/٢٠٠٢، دريد عيسى ابراهيم: المصدر السابق، ص ٣٣٢.

(٤) الفقرات (اولا) و(ثانيا) و(رابعا) من المادة (٦) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

(٥) المادتان (٩ و ٧) من قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل.

(٦) المادة (١٠) من قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل. والفقرة (رابعا) من المادة (٦) من تعليمات رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

الثقة بإجراءات التعاقد، لذلك نجد ان المشرع يحظر اشتراك أقارب الموظف في المزايدة إلى الدرجة الرابعة، وهذا النوع من الحظر لم يرد في الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤^(١).

ويجب حضور اعضاء اللجنة جميعا عند انعقادها؛ لان شخصيتهم محل اعتبار بما يمكن اللجنة من اداء واجباتها وتحقيق غاية المشرع من اختيارهم ولضمان سلامة الاجراءات وشفافيتها، وفي حالة الغياب يستكمل الأعضاء من الموظفين بالاخصاص نفسه^(٢). ويشهد الواقع مخالفة ذلك والاكتفاء بحضور بعض الأعضاء ومن ثم توقيع محضر اللجنة لاحقا من قبل الأعضاء الآخرين ممن لم يحضروا^(٣). وبصدد وجوب حضور اعضاء اللجنة كافة قضت في ذلك المحكمة الإدارية المختصة بالعقود في العراق (الملغاة) بان (...ما يقارب نصف اعضاء لجنة الفتح وكذلك لجنة التحليل قد تغيبوا عن اجتماع الفتح والتحليل والاحالة بدليل خلو المحاضر من توقيعاتهم، اضافة لتحفظ عضو اللجنة الممثل القانوني بشأن الاحالة المذكورة وبيان رأيه بإحالتها على المدعين...) ^(٤)، وهذا لا يعكس أن عملية التعاقد جرت وفقا لمعايير الشفافية والعدالة التي يهدف اليها قانون العقود الحكومية وتعليمات تنفيذه، و قد ذهبت فتاوى مجلس الدولة المصري إلى صحة انعقاد لجنة فتح المظاريف من دون حضور العضو القانوني وان لها مباشرة عملها ولو غاب بعض اعضائها، على أساس أن المشرع لم يوجب ذلك وما منعه ان أراد النص على ذلك كما فعل بالنسبة لإلزامية حضور ممثل إدارة الفتوى ووزارة المالية في اعمال لجنة البت^(٥).

ثانيا: نطاق الشفافية والسرية في عمل اللجان: سنتناول في هذا البند مظاهر الشفافية والسرية في عمل لجان الفتح وتحليل وتقييم العطاءات عبر الفقرات الآتية:

١ - مظاهر الشفافية في عمل اللجان: وتتمثل هذه المظاهر بعلانية جلسات لجنة فتح العطاءات، والتزام اللجان بتنظيم محضر كتابي وبمعايير المفاضلة بين العطاءات، وفق ما يأتي:

أ- علانية الجلسات: تتحقق الشفافية في اجراءات التعاقد بعلانية جلسات لجان فتح العطاءات، إذ لايتضمن عملها التطرق إلى التفاصيل الدقيقة للأوضاع المالية والفنية لمقدمي العطاءات، ويقتصر على

(١) المادة (٤) من قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل.

(٢) البند (اولا / ٧ / ب / ١) من الضوابط رقم (٣ مهام لجان فتح وتحليل العطاءات).

(٣) ينظر: عبدالله محمود محمد الهبيي: المصدر السابق، ص ١١٥ وص ١٢٣

(٤) حكمها رقم ٥/إدارية تخطيط/٢٠١٢ في ٢٩/٢/٢٠١٢، نقلا عن شهاب احمد ياسين و خليل ابراهيم المشاهدي: المصدر السابق، ص ٢٠٣.

(٥) فتوى إدارة الفتوى لوزارة الصحة والاقواق وشؤون الازهر رقم ٨٠٧ في ٨/١٢/١٩٨٧ ، ملف رقم ٣٤/٣/٢، وينظر فتوى اللجنة الأولى بقسم الفتوى بجلسة ١٠/٢٤/١٩٩٠، ملف فتوى الرئاسة رقم ٩٣/٢٢/٤٧، نقلا عن حمدي ياسين عكاشة: موسوعة المشكلات العملية ، الكتاب الثاني، المصدر السابق، ص ٥٦٣.

اثبات حالة العطاءات وسلامتها وموافقتها للمواصفات المعلنة وبيان ما تشتمل عليه من مستندات دون الإفصاح عن محتوياتها، ولهذا تنص القوانين على علانية جلسات لجان فتح العطاءات واجتماعاتها^(١)، ومن ذلك ما نصت عليه ضوابط وزارة التخطيط بأن تجتمع لجنة فتح العطاءات في حال انتهاء الوقت المحدد لغلق المناقصات أو في بداية الدوام الرسمي لليوم التالي بموافقة رئيس جهة التعاقد أو من يخوله عند اقتضاء الحاجة وذلك للمباشرة بعملية الفتح العلني وبحضور الراغبين من مقدمي العطاءات أو ممثليهم المخولين في المكان المحدد ويتم انجاز المهمة في مدة لا تتجاوز (٣) ثلاثة ايام ويتم اتخاذ ما يلزم بشأن غلق السجل الخاص بالمناقصة^(٢). ويعد ذلك تحقيقاً للشفافية لأن بحضور مقدمي العطاءات أو من يمثلهم يمكنهم الوقوف على مدى سلامة الإجراءات. أما بالنسبة للمزيدات فجلساتها جميعها علنية فيفسح المجال فيها لمقدمي العطاءات بالحضور واطلاعهم المباشر على كافة مراحلها وصولاً لإعلان نتائجها وارسائها^(٣).

ب- الالتزام بتنظيم محضر: تدون اللجان المكلفة بفتح العطاءات وتحليلها وتقييمها الاجراءات التي اتخذتها كافة بمحاضر يوقع عليها الأعضاء جميعهم وتثبت فيها حالة اختلاف الآراء بينهم، وهذا أمر متفق عليه لدى كل من التشريع الفرنسي والمصري والعراقي^(٤). وتظهر أهمية المحضر في انه يعكس شفافية عمل اللجنة و وسيلة للرقابة على مشروعية وسلامة اجراءاتها، وغيابه يضفي طابع السرية على عملها بسبب عدم قدرة الجهات الرقابية التأكد من ذلك، ويميز مجلس الدولة الفرنسي بين نوعين من المعلومات الواجب ادراجها في محضر اجتماع اللجان فهناك معلومات جوهرية وأخرى ثانوية إذ يترتب البطلان على اجراءات التعاقد والغاء العقد بالنسبة للأولى دون الثانية^(٥). ومن المخالفات الجوهرية اغفال محضر اللجنة ذكر جميع العطاءات التي دخلت في المنافسة، أو عدم تدوين القرارات التي جرى اتخاذها أو معايير التفضيل بين العطاءات أو عدم توقيع اعضاء اللجنة وكلها مخالفات جوهرية يؤدي غيابها إلى الغاء العقد ويعود للقضاء تقدير ذلك^(٦).

(١) ينظر: المادة (٢٣) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة بمصر رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

(٢) البند (اولا/ج) من الضوابط رقم (٣) مهام لجان فتح وتحليل العطاءات) .

(٣) المادة (٣) من قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل .

(٤) ينظر: المادة (18-2162R) من قانون المشتريات العامة الفرنسي، والمادة (٣٥) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة بمصر رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨، والبند (اولا/ح) من الضوابط رقم (٣) مهام لجنة فتح وتحليل العطاءات في العراق).

(٥) حكمه في ١٦ حزيران ١٩٩٧، نقلا عن ماجد شهاب الرمضان: المصدر السابق، ص ٣٧٩.

(٦) وجاء في حكم للهيئة التمييزية في محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية بان (...) اربعة اعضاء من هذه اللجنة لم يوافقوا على محضر جلسة التحليل دون بيان سبب عدم التوقيع فيما اذا كان يعود إلى عدم موافقتهم على الاحالة او ان هناك تحفظ عليهم ... وحيث ان احالة مناقصة مشروع... قد شابها اخطاء قانونية واجرائية ولم تكن اجراءات الاحالة=

وقد نص قانون بيع وإيجار أموال الدولة العراقي على وجوب توقيع المحضر من جميع الأعضاء ومن الخبراء في حال وجودهم، ولا يكتمل النصاب الا بحضور الأعضاء جميعاً، وتتخذ القرارات بالإجماع وفي حالة تحفظ أو اختلاف الآراء يثبت العضو المخالف أو المعارض توقيعاً وتحفظه في المحضر^(١). فيما نصت ضوابط وزارة التخطيط بان يقوم رئيس لجنة فتح العطاءات بإعداد وتنظيم محضر اللجنة وتوقيعه من رئيسها وأعضائها مع بيان اية ملاحظات عن عمل اللجنة. وأشارت إلى ما يجب تدوينه في محضر اللجنة^(٢)، إذ تلتزم لجنة تحليل العطاءات بعد انتهاء أعمالها بتنظيم محضر نهائي يتضمن حقلاً خاصاً يبين توصياتها ويذكر فيه اسم مقدم العطاء المرشح للإحالة وجنسيته بموجب الجدول المرافق معه ومبلغ العطاء وعملته ومدة التنفيذ أو التجهيز بالأيام والاسس التي استندت إليها اللجنة في هذه التوصية، وكون العطاء متوازن ومبلغه ضمن الحدود المقبولة للكلفة التخمينية ويختم المحضر بتاريخه بعد التوقيع عليه من رئيس وأعضاء اللجنة^(٣).

وبعد الانتهاء من عملية التحليل ينظم جدول مفصل بالعطاءات تذكر فيه جميع التفاصيل المتعلقة بها والنواقص (ان وجدت) مع اجراء المقارنة والتقييم من النواحي الفنية والقانونية والمالية، وإذا حصل خلاف في الرأي بين الأعضاء فيجب تثبيت وجه الخلاف في التقرير النهائي ويحسم من رئيس جهة التعاقد^(٤). إذ قضت المحكمة الإدارية المختصة بالعقود بان (... دائرة المدعى عليه لم تراعي اصول فتح العطاءات وتحليلها حيث لم تتضمن محاضر ذلك نقاط وفقرات الترشيح والمفاضلة وغيرها من معايير الاختيار الفنية حيث جاءت بشكل مجمل عام مما اخل بصحة الاختيار والاحالة حيث لاحظت هذه المحكمة بان شروط المناقصة لم تتضمن مدة للإنجاز وكذلك لم تتضمن صنف المقاول... وهذه مخالفة اخلت بالسير الصحيح لإجراءات الاحالات في المناقصات الحكومية العامة...)^(٥).

ج- الالتزام بمعايير المفاضلة بين العطاءات: تعتمد لجنة تحليل وتقييم العطاءات على معايير معينة معلنة للمفاضلة بين العطاءات وصولاً إلى العطاء الافضل سعراً وشروطاً من الناحية الفنية والاقتصادية، فتكون هذه المعايير بمثابة قاعدة عامة تنطبق على العطاءات عند تحليلها وتقييمها تحت رقابة القضاء،

=سليمة مما يقتضي عدم الاعتداد بإجراءاتها...، حكمها المرقم ١٥٠٥/م/٢٠١١ في ٢٨/١٢/٢٠١١، نقلاً عن شهاب احمد ياسين و خليل ابراهيم المشاهدي: المصدر السابق، ص ٣٢٥.

(١) المادة (٨/ ثانياً) من قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل.

(٢) البند (ح) و(ج) من (اولاً) من الضوابط رقم (٣) مهام لجان فتح وتحليل العطاءات).

(٣) البند (احد عشر) من الضوابط رقم (٣) مهام لجان فتح وتحليل العطاءات).

(٤) البند (ثاني عشر) و(عاشراً) من الضوابط رقم (٣) مهام لجان فتح وتحليل العطاءات).

(٥) حكمها المرقم ٥١/إدارية تخطيط/٢٠١١ في ٢٩/١١/٢٠١١، نقلاً عن شهاب احمد ياسين و خليل ابراهيم المشاهدي:

المصدر السابق، ص ١٨٦.

إذ يحق للمرشحين الاعتراض على قرار الاحالة المعتمد على غير المعايير المعلنة أو الخروج عليها.

ويُمنح العقد في القانون الفرنسي أما بالاستناد على معيار واحد وهو السعر شرط ان يكون الغرض الوحيد من العقد شراء خدمات أو توريدات معيارية لا تخضع جودتها للاختلاف من مشغل اقتصادي إلى آخر^(١)، أو التكلفة التي يتم تحديدها باستخدام أسلوب شامل، أو اعتماد معايير غير تمييزية مرتبطة بموضوع العقد أو شروط ادائه بما في ذلك معيار السعر أو التكلفة، وواحد أو أكثر من المعايير الأخرى، وتتمثل : بمعيار الجودة بما في ذلك الجدارة الفنية والخصائص الجمالية أو الوظيفية، وإمكانية الوصول والتنوع، وظروف الانتاج والتسويق، وضمان العدالة في الاجور للمنتجين، والشخصية الابتكارية، والاداء من حيث حماية البيئة، وتطوير الامدادات المباشرة للمنتجات الزراعية، والتكامل المهني للأشخاص الذين يواجهون صعوبات، والتنوع البيولوجي، الرفق بالحيوان، وهذا يدل على اعتماد المشرع الفرنسي على المعيار الاجتماعي الذي أولاه أهميه واضحة، و معيار أوقات التنفيذ وشروط التسليم وخدمة ما بعد البيع والمساعدة الفنية وأمن التوريد وقابلية التشغيل البيئي والخصائص التشغيلية، ومعيار تنظيم ومؤهلات وخبرات الموظفين المكلفين بتنفيذ العقد عندما يكون لجودة الموظفين المعنيين تأثير كبير على مستوى تنفيذ العقد، ويمكن ان يؤخذ بمعايير أخرى إذا كان هناك ما يبررها حسب موضوع العقد وأشروط تنفيذه^(٢).

ولم يلزم المشرع المصري الإدارة بتحديد معايير معينة في بداية الطرح يتم على أساسها ترجيح العطاء، إذ أوجب تحديد اسس المقارنة بين العطاءات الا انه لم يرسم لذلك سبيلا محددا وتركه للجنة البت التي لها وصولا لتحقيق هذه الأهداف تحديد سبيل معين في كل مناقصة على حده^(٣)، ما يتطلب من الإدارة تحقيقا لمبدأ الشفافية تحديد معايير اختيار العطاءات في بداية الطرح بحسب طبيعة العقد وأهدافه و الاعلان عنها في دفاتر الشروط والمواصفات أو في اعلان الدعوة إلى التعاقد.

وفي العراق لم يبين الأمر ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ وتعليمات تنفيذه رقم ٢ لسنة ٢٠١٤، هذه المعايير وانما جرى تنظيمها بموجب ضوابط اصدرتها وزارة التخطيط، وهذا نقص ينبغي تلافيه فهي على قدر كبير من الأهمية وعلى أساسها يمكن الحكم على مدى شفافية الإدارة واحترامها للقانون وبناء قرار الاحالة على اسس موضوعية سليمة، ومن ثم فان عدم الاعتماد على معايير معينة معلنة ابتداء أو مخالفتها أو عدم مراعاة الدقة في تقييم العطاءات المقدمة على أساسها يوصم اجراءات التعاقد بعدم الشفافية وعدم النزاهة

(1) C,E, 6 Avril 2007, n°298584. publié sur le site: legifrance.gouv.fr. D:29/11/2021, T:7:14 p.m.

(2) Art (R2152-7) et (R2152-9), Décret n° 2018-1075 du 3 dec 2018.

(٣) فتوى رقم ٢٦٢/في ٥/٦/٢٠٠٠، ملف رقم ٢٥/١/٨٩٢، نقلا عن ماجد شهاب الرمضان: المصدر السابق، ص ٣٥٠.

والعدالة^(١). إذ نصت ضوابط وزارة التخطيط على اعتماد لجنة تحليل وتقييم العطاءات على الضوابط والمؤشرات الآتية بهدف الوصول للعطاء الافضل فضلاً عن الضوابط المثبتة في وثائق المناقصة:

- ١- حجم الالتزامات المالية للمقاول أو المجهز خلال السنة ولا يجوز احواله اكثر من مناقصة واحدة على مقدم العطاء الا عند التأكد من قدرته وكفاءته المالية بما فيها تحقق الارباح في حساباته الختامية المدققة لآخر سنتين وكذلك كفاءته الفنية المتمثلة في توفر الملاكات الفنية والمعدات التخصصية المطلوبة.
- ٢- الكفاءة المالية عبر تقديم الحسابات الختامية لآخر سنتين المصادق عليها من مراقب حسابات.
- ٣- توفر المهارات والقدرات الفنية لتنفيذ العقد (ملاكات هندسية وفنية ومعدات تخصصية).
- ٤- الاعمال المنجزة أو المماثلة ومبالغها ومستوى تنفيذها على ان يتم تأييدها من قبل جهات التعاقد.

وهذه المعايير يجب مراعاتها عند تحليل وتقييم العطاءات اضافة إلى ما يعلن في وثائق المناقصة من معايير أخرى ارتأت جهة التعاقد ان تعتمد عليها بحسب موضوع العقد وقيمتها، مع مراعاة عدم جواز احواله اكثر من مناقصة على مقدم العطاء الا عند توافر معايير معينة تكون مبرراً لذلك^(٢)، وهذا أمر في غاية الأهمية ويتطلب تفعيل الجانب الرقابي والتمحيص والدقة في اتخاذ قرار الاحالة. ولتحقيق شفافية الإدارة في المفاضلة بين العطاءات يجب ان يتحقق في تلك المعايير الشروط الآتية:

١- ان تكون معلنة في اعلان الدعوة إلى التعاقد وإذا ما أرادت الإدارة التعديل عليها فيتوجب ان تعلن عن ذلك في وقت مناسب إذ لا يتسنى لها التعديل اثناء اجراءات منح العقد والا ستكون قد انتهكت المبادئ العامة للعقود الإدارية^(٣). لهذا الزم المشرع الفرنسي الإدارة بالإعلان عن هذه المعايير ولها سلطة تقديرية بالإعلان عن كيفية ترجيح هذه المعايير وترتيبها بما يتناسب مع غرض العقد وشروط تنفيذه^(٤).

وتأكيداً لذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بانه لضمان الامتثال لمبادئ حرية الوصول إلى المشتريات العامة والمعاملة المتساوية للمرشحين وشفافية الاجراءات، فان السلطة المتعاقدة ملزمة بالإشارة في وثائق التشاور إلى معايير منح العقد وشروط تنفيذه^(٥). وقضت المحكمة الإدارية الاستئنافية في

(١) ينظر: حكم محكمة استئناف بغداد الرصافة المرقم ١٠/إدارية تخطيط/٢٠٠٩ في ٢٧/١/٢٠١٠، نقلاً عن دريد عيسى ابراهيم: المصدر السابق، ص ٤١٦.

(٢) البند (٥/أ) من الضوابط رقم (١٢) الصادرة عن وزارة التخطيط بشأن ضوابط ومعايير التأهيل والترسية في العطاءات الحكومية لعقود الاشغال والتجهيز وعقود الخدمات الاستشارية.

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٣٠ تموز ٢٠١٤، نقلاً عن ماجد شهاب الرمضان: المصدر السابق، ص ٢٢٨.

(4) Art (R2152-11), Décret n° 2018-1075 du 3 déc 2018.

(5) C.E, 31 mars 2010, n°334279, collectivité territoriale de corse – Mentionné dans les tables du recueil Lebon, le site: <http://www.marche-public.fr>, D:5/1/2022, T:4:42 p.m. =

نانت في ٢٠١٧/٧/٦ بأنه يجب ان تكون معايير الحكم على العطاءات وشروط تطبيقها دقيقة بما فيه الكفاية بان يتم تطبيق المعايير المعلنة في وثائق الاستشارة، و كان يجب على الإدارة ان تبلغ المرشحين بترتيب المعايير الفرعية حسب طبيعتها وأهميتها في الترتيب بين العطاءات والتي من المحتمل ان يكون لها تأثيرا على تقديم العطاءات من قبل المرشحين، ولا يتضمن ذلك ابلاغهم بطريقة تسجيل العطاءات^(١). كما قضى المجلس بأنه لضمان احترام مبدأ الشفافية فان معايير منح العقود يجب ان تكون معلومة للمرشحين منذ بدء إجراءات منح العقد في الدعوة العامة أو في المواصفات المعلنة، و على الإدارة الإشارة إلى معايير ارساء العقد وشروط تنفيذه بما يتناسب وموضوع العقد وخصائصه ومقداره^(٢). إذ جاء في حكمه بقضية (Beentyes) في ٢٠٠٠/٩/٢٦ بأنه (إذا لم تعتمد الإدارة المتعاقدة على معيار السعر الاقل كمعيار وحيد للاختيار بل اعتمدت على معايير عدة فكان يجب عليها ذكر هذه المعايير بالتفصيل وعدم الاكتفاء بذكر معيار السعر الاقل)^(٣). كما اكدت فتوى مجلس الدولة المصري على ضرورة استناد لجنة البت على أساس موضوعي فيما يتصل بالمفاضلة بين العطاءات بما يحقق المساواة بين المتنافسين وصولا إلى صاحب اقل عطاء وترتيب أولويته بين العطاءات تبعا لذلك^(٤).

أما في العراق قد بينت ضوابط وزارة التخطيط بان يتم تحليل وتقييم العروض الفنية والمالية لعطاءات المناقصين الخاصة بعقود تنفيذ المقاولات أو تجهيز السلع والخدمات غير الاستشارية وفقا للإجراءات المعلنة في التعليمات لمقدمي العطاءات^(٥). ويجب على جهات التعاقد مراعاة تحديد معايير التأهيل أو نسب الترتيب المنصوص عليها في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ وحسب الضوابط التي تصدرها وزارة التخطيط وتضمينها في شروط المناقصات ابتداء وتلتزم لجان التحليل عند دراسة وتقييم عطاءات المناقصين عند الترشيح والترسية للعطاءات العمل بموجبها، وللإدارة

وقضى في ٢٠١٠/٦/١٨ بأن البلدية انتهكت قواعد العلانية والمنافسة لأنها لم تعلم المرشحين بالمعايير الفرعية وكان عليها اخطارهم بذلك اذ كانت مرجحة للاختيار، منشور على الموقع الالكتروني: legifrance.gouv.fr، بتاريخ: ٣٠/١٠/٢٠٢١، T:12:44P.M.

(1) CAA Nantes, 6 juillet 2017, n° 16NT01702, Société EERI, publié sur le site: <http://www.marche-public.fr>, D: 5/1/2022, T:5:50 p.m.

(2) C.E, 7 éme et 2 éme sous-séctions réunies, 29-6-2012, n° 357976, publié sur le site: legifrance.gouv.fr, D: 23/10/2021, T:10:10 p.m.

(٣) نقلا عن سلوى بزاحي بومقورة: مخالفة مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية دراسة مقارنة، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد ١٥، العدد ١، الجزائر، لسنة ٢٠١٧، ص ٤٩٣.

(٤) ملف رقم ٥٤/١/٣٦٠ في جلسة ١٩٨٧/٢/٩، نقلا عن د. محمد ماهر ابو العينين: العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، ج ١، المصدر السابق ص ٦٥٦.

(٥) البند (خامسا) من الضوابط رقم (٣) مهام لجان فتح وتحليل العطاءات).

المتعاقدة سلطة وضع معايير التأهيل حسب ما تراه ملائماً مع مراعاة أهمية كل معيار في تحديد كفاءة مقدمي العطاءات الفنية والمالية لغرض تنفيذ العقد، ولا يجوز لها أو للجان التحليل مخالفة هذه المعايير بأنواعها كافة لتحقيق العدالة والشفافية في التنافس بين مقدمي العطاءات عند المشاركة في المناقصات الحكومية^(١)، وعلى جهة التعاقد تضمين التعليمات المرافقة لوثائق المناقصة معايير التأهيل المعتمدة لأغراض التحليل والاحالة من جهة التعاقد مع الأخذ بالحسبان المعايير الموضوعية من قبل وزارة التخطيط، ولا تكون جهة التعاقد ملزمة بقبول أوطاً العطاءات^(٢).

٢- ان لاتتضمن تلك المعايير عناصر تمييزية أو عنصر تفضيل فذلك يعد اخلاقاً بمبدأ الشفافية والمساواة والمنافسة العادلة وتكافؤ الفرص بين المرشحين^(٣)، وقد قضت المحكمة الإدارية الاستئنافية في ديوي بان اعتماد الإدارة على معيار خبرة المرشح ادى إلى منح ميزة اضافية مفرطة أو غير عادلة لأحد المرشحين ما شكل انتهاكا لمبادئ الشفافية والمساواة وحرية الدخول في المنافسة وفقاً للقانون^(٤). كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بانه للإدارة أن تتبنى بشكل قانوني معياراً للتكامل المهني للأشخاص الذين يعانون من صعوبات، شرط الا يكون هذا المعيار تمييزياً وان يتيح تقييم العروض بموضوعية^(٥).

٢- مظاهر السرية في عمل اللجان: تبرز مظاهر السرية في عمل اللجان التي تتولى اجراءات التعاقد فيما تقوم به من اجراءات تهدف للمحافظة على المنافسة العادلة وتحقيق المصلحة العامة والحصول على افضل العطاءات، فتلتزم لجنة فتح العطاءات بعدم اعطاء اي معلومات تتصل بمقدمي العطاءات نحو اسمائهم وعناوينهم أو وكلائهم خلال مرحلة استقدام العطاءات للمحافظة على سرية الاجراءات^(٦)، كما يقع على رئيس لجنة فتح العطاءات التأكد من وجود الاختام الموضوعية على اغلفة العطاءات أو التشفير

(١) البند (٣ و ٢) من (أولا) من الضوابط رقم (١٢) ضوابط ومعايير التأهيل والترسية في العطاءات الحكومية لعقود الاشغال والتجهيز وعقود الخدمات الاستشارية.

(٢) البند (و) و(هـ) من (أولا) من الضوابط رقم (١) المتضمنة تعليمات لمقدمي العطاءات في وثائق المناقصة، وينظر حكم محكمة استئناف بغداد الرصافة / محكمة البداية المختصة بدعاوى عقود المقاولات رقم ١٠ / ب مقاولات/ ٢٠١٤ في ٢٤/٧/٢٠١٤، نقلاً عن محمد سالم لهيمص: المصدر السابق، ص ١٩٩.

(٣) البند(٤) من (أولا) من الضوابط رقم (١٢) بشأن ضوابط ومعايير التأهيل والترسية في العطاءات الحكومية لعقود الاشغال والتجهيز وعقود الخدمات الاستشارية.

(٤) CAA de Douai 7 juin 2011, n° 10DA00232, publié sur le site :<http://www.marche-public.fr>, D:11/1/2022,T:11:4 p.m.

(٥) C.E ,25 mars 2013, n° 364950, Département de l'Isère – Publié au recueil Lebon, publié sur le site :<http://www.marche-public.fr>,D: 11/1/2022,T:10:37 p.m.

(٦) البند (٦) من (أولا) من الضوابط رقم (٣) مهام لجان فتح وتحليل العطاءات).

السري عليها^(١)، أما جلساتها فهي علنية.

أما بالنسبة للجنة تحليل وتقييم العطاءات فيجب ان تتم عملية تحليل العطاءات سرياً، ويقدم التقرير النهائي إلى الجهة المخولة بالمصادقة على الاحالة وحسب الصلاحيات المالية على ان يتم الالتزام بمدة نفاذية العطاءات المقدمة أو مدة تمديدتها^(٢). وعلى اللجنة الالتزام بالشفافية والموضوعية في عملها، وفي ذلك قضت الهيئة التمييزية بمحكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية بأنه (...أما بشأن الاتفاق اللاحق بين رئيس لجنة تحليل العطاءات وممثل الشركة الدوح على زيادة النسبة إلى (٣٠/٢) بدلا من النسبة البالغة (٢٧%) التي عرضها عند تقديم العطاء ومنحه الامتيازات المثبتة في عرض الشركة المميزة...فانه بالإضافة إلى عدم قانونية هذا الاتفاق لحصوله بعد فتح العطاءات وتحليلها فانه لا يستقيم مع قواعد العقود الحكومية المنصوص عليها في القسم ١ من قانون العقود الحكومية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ ومنها الموضوعية في معايير تقييم العطاءات والعلنية في فتحها...)^(٣). وأن ذلك يعد بابا للفساد وإخلالاً بمبدأ الشفافية وتكافؤ الفرص والمساواة، وبهذا فان جلسات لجنة فتح العطاءات هي التي تتحقق فيها العلانية أما جلسات لجنة تحليل العطاءات فتكون سرية إذ لا يتصور ان تكون بحضور مقدمي العطاءات؛ إذ تقع فيها مناقشة صلاحية العطاءات من الناحية الفنية والمالية واشتراط علانيتها من شأنه التسبب بإفشاء بعض الاسرار العائدة لمقدمي العطاءات، ولهذا يمكن الاكتفاء بتسبيب اللجنة توصياتها، التي تعد ضمانة لأصحاب العطاءات لتسهيل الطعن بقرارات اللجنة^(٤).

الفرع الثالث : نطاق الشفافية والسرية في اتمام التعاقد والغاءه

بعد ان تنتهي لجنة تحليل وتقييم العطاءات من عملها ترفع توصياتها إلى الجهة المختصة، لتبدأ مرحلة جديدة تتمثل بإتمام التعاقد وتوقيع العقد أو الغاء اجراءات التعاقد وفقا لمقتضيات المصلحة العامة لذا سنتناول في هذا الفرع بيان نطاق الشفافية والسرية في هذه المرحلة عبر البندين الآتيين:

أولاً: نطاق الشفافية والسرية في اتمام التعاقد: إن توصيات لجنة تحليل وتقييم العطاءات بالإحالة على أحد المتقدمين لا يمثل الخطوة الاخيرة في عملية التعاقد وانما مجرد اجراء تمهيدي، إذ تتبعه خطوة لاحقة

(١) البند (اولا / ٧/ب/٤) من الضوابط رقم (٣ مهام لجان فتح وتحليل العطاءات).

(٢) البند (أ) من (ثالثا) من الضوابط رقم (٣ مهام لجنة فتح وتحليل العطاءات)، وقضت المحكمة الإدارية المختصة بالعقود رقم ٣٠/إدارية تخطيط/٢٠١٠ في ٢٩/٢/٢٠١٠ والمصادق عليه تمييزاً بان المطالبة بإلغاء الاحالة لها سندها من حكم القانون؛ لانها جاءت بعد انتهاء مدة نفاذية عطاء المدعي، نقلا عن شهاب احمد ياسين و خليل ابراهيم المشاهدي: المصدر السابق، ص ٣٠.

(٣) حكم رقم ١٥١٦/م/٢٠١١ في ٢٩/١٢/٢٠١١، نقلا عن شهاب احمد ياسين و خليل ابراهيم المشاهدي: المصدر السابق، ص ٣٣٤.

(٤) د. محمد ماهر ابو العينين: العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، المصدر السابق، ص ٣٨٨.

وهي المصادقة على الإحالة من الإدارة المختصة وهي جهة التعاقد التي تملك وحدها إصدار القبول^(١). ويمكن إبراز مظاهر الشفافية والسرية في هذه المرحلة في العديد من المسائل نوجزها بالاتي:

١ - صدور قرار الإحالة من الإدارة المختصة والتبليغ به: ان صدور قرار الإحالة من الإدارة المختصة بإبرام العقد يتضمن الإفصاح عن ارادة الإدارة في ابرام العقد مع الفائز في المنافسة وبه يقترن الايجاب بالقبول، إذ ان رسو المناقصة أو المزايدة يحتاج إلى تصديق من الجهة المخولة بالتعاقد^(٢)، ومن ثم فان القرار يصدر مكتوباً، إذ تقوم جهة التعاقد بإصدار كتاب الإحالة خلال مدة سبعة ايام عمل من تاريخ مصادقة اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الإحالة متضمناً المدة المطلوبة لتوقيعه على العقد مع مراعاة مدة نفاذية العطاء فضلاً عن المناقص المحال اليه العقد، عنوانه، رقم هاتفه، البريد الالكتروني، اسم ورقم المناقصة أو الدعوة، مبلغ الإحالة، مدة التنفيذ، تاريخ بدء سريان العقد، التأمينات النهائية واية امور أخرى تقتضيها طبيعة الإحالة^(٣). ومما يجدر ذكره انه في حالة تجاوز قرار الإحالة صلاحية رئيس جهة التعاقد فيمكن له مخاطبة الأمانة العامة لمجلس الوزراء لاستحصال الموافقات الاصولية^(٤)، ونجد ان ذلك منتقد؛ إذ يعد استثناء من قواعد الاختصاص ومدعاة للخروج عليها .

ويعد قرار الإحالة نافذاً من تاريخ تبليغ الفائز به واستلامه رسمياً، والتبليغ يعد من اجراءات التعاقد الجوهرية ينبنى عليه اتخاذ بعض الاجراءات سواء من المتعاقد الفائز ام من الإدارة المتعاقدة واستكمال توقيع العقد، وعلى جهة التعاقد اشعار بقية المناقصين بذلك تحريراً وفقاً لأحكام القواعد المنظمة للمناقصات. وعلى المناقص الفائز المبلغ رسمياً بالإحالة توقيع العقد خلال مدة لا تتجاوز (١٤) اربعة عشر يوم عمل من تاريخ التبليغ بالإحالة^(٥). ويلاحظ ان المشرع العراقي لم يحدد مدة معينة لتبليغ المتعاقد بقرار الإحالة سواء في المناقصات ام المزايدات العامة وكان الافضل لو حدد ذلك لتسريع الاجراءات، رغم انه حدد مدة لتوقيع العقد خلالها، حتى لا تتراخى الإدارة في التبليغ بهدف عد الفائز ناكلاً لتحقيق مصالح خاصة أو لإعطاء فرصة لغيره، وقضت في ذلك محكمة التمييز الاتحادية بان (...البلدية لا تملك الغاء المزايدة للسبب المذكور... كما لم يثبت تبليغه (المشتري) بحصول المصادقة

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بالطعن رقم ١٢٠٠٢ س ٤٧ ق، جلسة ٢٠٠٥/٥/٣، نقلاً عن حمدي ياسين عكاشة : موسوعة المشكلات العملية ، الكتاب الثاني، المصدر السابق، ص ٦٥٥.

(٢) نصت المادة (١٤) و(٣٢) من قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل على (لاتعد الإحالة عند البيع او الايجار قطعية الا بتصديق الوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة او من يخوله اي منهما) .

(٣) البند (ثالث عشر/ب) و(رابع عشر) و(خامس عشر) من الضوابط رقم ٣ مهام لجان فتح وتحليل العطاءات.

(٤) اعمام الامانة العامة لمجلس الوزراء ذو العدد ش.ز/١٠/١٠٣٠٣/١ في ٨/٤/٢٠٠٩، نقلاً عن: د.عثمان سلمان غيلان العبودي:الأحكام التفصيلية في شرح التعاقدات الحكومية دراسة مقارنة، مكتبة القانون والقضاء، بغداد، ٢٠١٥، ص ٢٥٦.

(٥) الفقرة (سادس عشر) من الضوابط رقم (٣) مهام لجان فتح وتحليل العطاءات.

على الاحالة ليتمكن من تسديد البذل خلال المدة القانونية...^(١). وجاء في حكم آخر لها في ٢٠١٩/١٢/٨، بأن عدم قيام المدعي عليه بدعوة شركة المدعي للتوقيع على العقد واكمال اجراءات التوقيع بعد الاحالة دون استحصال موافقة الجهات العليا المختصة، يجعله مخلا بالاتفاق ويترتب على ذلك احقية الشركة بالتعويض، بسبب الاضرار التي لحقت بها بعد احالة المناقصة المتمثلة بمصروفات تهيئة مستلزمات المباشرة بالمشروع وتأمين الاجهزة والمعدات والكوادر الفنية المتخصصة لغرض التنفيذ والالتزامات المالية والقانونية مع الشركات العالمية التي تم التعاقد معها^(٢).

وإن التبليغ لا يكون فقط لصاحب العطاء الفائز وإنما يجب ابلاغ بقية المرشحين بقرار الاحالة تحريرياً، إذا اعطى المشرع لهم حق الاعتراض على قرارات الاحالة أمام لجنة مركزية مشكلة في جهة التعاقد، وتمتتع جهة التعاقد عن توقيع العقد لحين حسم الاعتراض من رئيس جهة التعاقد^(٣).

وفرض المشرع الفرنسي على المرشح المقبول عطائه وخلال مدة زمنية تحددها الإدارة تقديم الوثائق كافة التي تطلبها الإدارة وبخلافه يستبعد عطائه، ولم يحدد المشرع مدة زمنية معينة لتقديم الوثائق المطلوبة تاركاً ذلك لتقدير الإدارة، ومن ثم قد تسيء الإدارة استعمال ذلك فتقوم بتقصير المدة حتى لا يتمكن المرشح من استكمال المطلوب ومن ثم استبعاده من التعاقد لانتهاء المدة أو تطيلها محاباة له ليتمكن من استخراج الوثائق المطلوبة؛ لأنها لم تكن موجودة لديه ابتداءً، وفي مصر استقر القضاء الإداري بعدم تمام العقد الا بعد التصديق على قرار لجنة البت واخطار المتعاقد بذلك، ولا يتحقق وجوده القانوني ولا ينتج القبول اثره الا إذا اتصل بعلم من وجه اليه^(٤). ويخطر صاحب العطاء الفائز بقبول عطائه خلال مدة لا تجاوز يومين بعد انقضاء مدة السبعة أيام المخصصة لمقدمي العطاءات لتقديم الشكاوى كتابية، كما يخطر باقي مقدمي العطاءات بذلك^(٥)، و يلزم اعتماد الإدارة وسيلة تساعد على اثبات تاريخ الوصول، فإذا عجزت عن الاثبات؛ فذلك يدل على أن عملية التعاقد لم تتم، وقد اكدت ذلك المحكمة الإدارية العليا بمصر مشيرةً إلى انه... ومن ثم فإن الهيئة المطعون ضدها تكون قد عجزت عن تقديم ما يفيد اخطار الشركة الطاعنة بقبول عطائها وبالتالي فإن الرابطة التعاقدية بينهما في هذا الشأن لا تكون

(١) حكمها المرقم ٣٠٢٨ في ٢٠٠٦/١٢/٥، نقلاً عن عبدالله محمود محمد اللهيبي: المصدر السابق، ص ٢٢٠.

(٢) حكم رقم ٧٤٠٩/٧ الهيئة المدنية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/١٢/٨، محمد علي محمود نديم: منازعات العقود الحكومية والاستثمارية والتجارية في تطبيقات القضاء بداءة واستئنافاً وتمييزاً، ج ١، ط ١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢١، ص ٤٨٨.

(٣) المادة (٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

(٤) رقم ٦٨٠ لسنة ٢٧ ق. جلسة ١٩٩٣/٤/١٣، وينظر حكمها رقم ١٦٦٨ لسنة ٣٣ ق- جلسة ١٩٩٤/١/٤ نقلاً عن

د. محمد ماهر ابو العينين: العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، المصدر السابق، ص ٨٠٦، وص ٦٨٣.

(٥) المادة (٣٩) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

قد تمت...^(١).

٢ - الالتزام بتوصيات لجنة تحليل وتقييم العطاءات: تلتزم الإدارة بالأخذ بتوصية لجنة تحليل العطاءات والتعاقد مع من رست عليه المناقصة وكذلك الحال بالنسبة للمزايدة، وإلا فأن التعاقد مع غير المرشح الفائز يعد خرقاً جسيماً لمبدأ الشفافية والمنافسة العادلة، وذلك يعني أنه ليس للإدارة إلا اعتماد توصية اللجنة فسلطتها مقيدة في ذلك، وأكدت ذلك الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في إحدى فتاوها بقولها بأنه (... لا يكون أمام الجهة الإدارية المختصة من سبيل سوى اعتماد توصية لجنة البت والتعاقد مع صاحب أفضل العطاءات المقدمة فنيا وأقلها سعراً وهذا التزام لا يقابله سوى سلطتها في العدول على التعاقد وإلغاء الممارسة بكاملها شريطة ثبوت ملائمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة...)^(٢).

في حين اناطت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ باللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الاحالة مراجعة اجراءات الاحالة والتعديل أو المصادقة أو عدم الاخذ بتوصيات لجان التحليل مع مراعاة الصلاحيات المالية المعتمدة لأغراض الاحالة^(٣)، وبذلك لا يقتصر عملها على المصادقة من عدمه فهي غير ملزمة بالأخذ بتوصيات اللجنة ولها الاحالة على غير المرشح الفائز فتكون لها سلطة تقدير واسعة في ذلك، ونجد ان في ذلك تجاهلاً لأحكام القانون المنظمة لإجراءات التعاقد وحلولاً محل لجنة تحليل وتقييم العطاءات، لذلك ندعو الى تعديل تعليمات رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ والحد من هذه السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة لها. وفي ذلك قضت محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية في حكمها التمييزي عام ٢٠١٢ بأنه (... كما ان لجنة تحليل العطاءات في محضر اجتماعها... وجدت ان الشركة المميزة قد حصلت على (٨٤) درجة فيما استبعدت شركة صقر الوادي للمقاولات العامة المحدودة التي احيلت المناقصة عليها لأسباب تتعلق بسعرها المتدني ولا يمكنها تنفيذ العمل بالجودة والنوعية المطلوبة، الا ان لجنة المراجعة والمصادقة اتخذت قرارها بإحالة المناقصة إلى الشركة المذكورة باعتبارها الشركة الوحيدة التي قدمت ضمن المدة القانونية دون ان يؤخذ بنظر الاعتبار رأي لجنة التحليل كما لم يستجد في عرض الشركة المذكورة ما يدفع إلى تبني رأي جديد بشأنها، وحيث ان كل تلك الاجراءات لم تبني على أسس سليمة وان احالة العقود العامة يجب ان تكون إجراءاتها قائمة على أساس المنافسة الكاملة

(١) حكمها بالرقم ٣٧٩١ لسنة ٤١ ق - جلسة ١٦/٢/١٩٩٩، والطعن رقم ٤٣٦٠ لسنة ٤٩ ق - ٢١/١١/٢٠٠٦، والفتوى الصادرة عن اللجنة الثالثة بجلسته ١/١/٢٠٠٣، ملف ٤٩/٥٧، نقلاً عن ماجد شهاب الرمضان: المصدر السابق، ص ٣٩٧.

(٢) فتوى رقم ٨٠ ملف ٧٨/٢/٥٦ في ٣١/١/٢٠٠٢، نقلاً عن د. محمد ماهر ابو العينين: العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، المصدر السابق، ص ٦٨٥.

(٣) المادة (٥) من التعليمات رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

والعلنية وان تتسم بالعدالة والمساواة...^(١) وقضت محكمة القضاء الإداري في حكم لها بتاريخ ١٩٩٢/٦/٦ بأنها لا تختص بالزام الوزير المختص بالمصادقة على الاحالة نتيجة المزايدة؛ لان ذلك يخضع لسلطته التقديرية^(٢).

٣- تسبب قرار الاحالة: يعكس التسبب شفافية قرار الاحالة، لذلك في فرنسا يوجب المشرع على الإدارة القيام بإبلاغ الفائز عن الأسباب التي أدت إلى اختيار عطائه والتاريخ الذي من المحتمل ان يوقع فيه العقد، وتخطر الإدارة على الفور كل مرشح معني بقرارها برفض طلبه أو عطائه، ويجوز لأي مرشح أو صاحب عطاء رفض عطائه الحصول على أسباب هذا الرفض خلال خمسة عشر يوما من استلام الإدارة طلبه، وتقوم الاخيرة بإبلاغ خصائص ومزايا العطاء المختار بالإضافة إلى اسم المناقص الفائز^(٣). ولذلك فان عدم افصاح الإدارة عن أسباب رفض العطاءات رغم طلب ذلك من قبل اصحابها يشكل انتهاكا للالتزامات الشفافية والعلنية والمنافسة^(٤). هذا ويراعي القضاء الإداري الموازنة بين الإفصاح عن الأسباب وضرورة احتفاظ الإدارة بحقها في عدم الاعلان عن أسباب استبعاد المرشحين في الحالات التي يترتب عليها الاضرار بالمصالح التجارية للشركات والمنافسة الحرة بين المرشحين، وحالة العقود التي تتسم بالسرية نحو عقود الامن والدفاع^(٥). وقضى مجلس الدولة الفرنسي بان تبليغ الإدارة احدى الشركات التي رُفض ترشيحها بتقرير عرض مشروع العقد المعني وتقرير لجنة تحليل العطاءات، واحتواء هذا التقرير الاخير على معلومات مفصلة لم يتم حجبها تتصل بأسعار وتفاصيل العطاءات التي لم يتم قبولها وكذلك الملاحظات والتقييمات التي تم اجراؤها على كل منها، وارسال هذه المعلومات بشكل ينتهك التزام السرية المهنية، فقواعد المشتريات العامة تمنع ارسال المعلومات التي يكون الإفصاح عنها ضارا بالمصالح التجارية المشروعة للشركات والمنافسة العادلة بينهم لمساسه بالأسرار التجارية^(٦).

(١) حكمها المرقم ٢٠٣ م/ ٢٠١٢ في ٢٢/١/٢٠١٢، شهاب احمد ياسين و خليل ابراهيم المشاهدي: المصدر السابق، ص ٣٤١.

(٢) حكمها المرقم ٩٠ ق/ ٩٢ في ١٩٩٢/٦/٦، نقلا عن آمنة عباس حسن الجابري: الطعن بقرارات الاحالة في عقود الاشغال العامة في القانون العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة كربلاء، ٢٠١٣، ص ٥٩.

(3) Art (R2181-1 - R2181-3), Décret n° 2018-1075 du 3 déc 2018.

(4) C.E, 21 janvier 2004, n°253509, Société Aquitaine de demolition, publié sur le site: <http://www.marche-public.fr>, D: 6/1/2022, T:10:02 p.m.

(5) C.E, 20 oct 2006, no278601, Syndicat des eaux de Charente-Maritime, publié sur le site: <http://www.marche-public.fr>, D:1/12/2021, T:9:41 p.m.

(6) C.E, 4 juillet 2005, n° 269177, publié sur le site: <http://www.marche-public.fr>, D:1/12/2021, T:10:10 p.m.

وبالنسبة للمشرع المصري فقد أوجب نشر نتائج قرارات اللجان ونتيجة الترسية للكافة في لوحة الاعلانات المخصصة لهذا الغرض في مكان ظاهر والنشر على بوابة التعاقدات العامة متضمنا نتائج القرارات وأسبابها بالقبول أو الاستبعاد أو الالغاء أو الترسية^(١).

وفي العراق لم تتضمن القواعد المنظمة للتعاقد الإداري إلزاماً بتسبيب قرار الاحالة سواء في المناقصات ام المزادات، وبذلك يخضع هذا القرار للقاعدة العامة في تسبيب القرارات وهي (لا تسبب الا بنص)، مع ذلك يجب ان يصدر قرار الاحالة صريحا مكتوبا لا ضمنيا أو شفهيًا، وقد ألزم الأمر ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل السلطة صاحبة المناقصة ان تبلغ جميع مقدمي العطاءات الذين أخفقوا بالحصول على المناقصة العامة في المنافسة، ولهم الحق في طلب تفسير عن أسباب اخفاقهم^(٢).

٤ - توقيع العقد وتحريه: يعد التوقيع على العقد ختاماً لما تم اتخاذه من اجراءات وتسجيلا لما جرى الاتفاق عليه^(٣)، وحدد المشرع الفرنسي مدة لا تقل عن أحد عشر يوماً بين تاريخ إرسال التبليغ للفائز وتاريخ توقيع العقد من قبل الإدارة ويتم تمديد هذه الفترة إلى ستة عشر يوماً في حالة عدم ارسال هذا التبليغ الكترونياً، ويمكن توقيع العقد الكترونياً وفقاً للشروط المحددة بأمر من وزير الاقتصاد^(٤). وتلتزم السلطة المختصة وفقاً للمشرع المصري خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ سداد التأمين النهائي بتوقيع العقد مع المتعاقد^(٥). وألزم القانون والقضاء الفرنسي والمصري كتابة العقد إذا كانت قيمته تساوي أو تزيد على مبلغ معين، وإن كان الاصل تحرير العقد الا انهما أجازا ابرامه شفهيًا، وعدم كتابته لا ينفي وجود العلاقة التعاقدية فهو يتكون من عدة خطوات يتم توثيقها كتابة وإن لم يفرغ في النهاية بالكتابة، فضلاً عن ان الوثائق المتبادلة بين الأفراد والإدارة والتي تدل على وجود الرابطة العقدية^(٦).

(١) المادة (٣٩) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

(٢) المادة (١٢ / ١ / ث) من الامر ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل ونصت على انه (وعلى السلطة صاحبة المناقصة ان تبلغ جميع مقدمي العطاءات الذين اخفقوا بالحصول على المناقصة العامة خلال المنافسة، ويكون لهم ان يطلبوا تفسير عن أسباب اخفاقهم. تقدم هذه الأسباب فوراً مع جميع الاعتبارات المتعلقة بطبيعة امتلاك للمعلومات المقدمة إلى الحكومة من اصحاب العطاءات الاخرين بما فيهم صاحب العطاء الذي رست اليه المناقصة).

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بالطعن رقم ٦١٨٣ لسنة ٤٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٦، نقلاً عن ماجد شهاب الرمضان: المصدر السابق، ص ٤٠٤.

(4) Art (R-2182-1) et (R-2182-3), Décret n° 2018-1075 du 3 déc 2018.

(٥) المادة (٨٨) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

(٦) حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بالطعن رقم ٢٢٨٩ لسنة ٣٠ ق/٢٠/١٩٩٠، والطعن رقم ٥٩٥٥ لسنة ٤٣ ق جلسة ٢٠٠١/٥/٨، نقلاً عن د. محمد ماهر ابو العينين: العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، المصدر السابق، ص ٣٠، و ص ٧٧٦

وفي العراق يلتزم المرشح الفائز المبلغ رسمياً بتوقيع العقد خلال مدة معينة لا تتجاوز (١٤) اربعة عشر يوم عمل من تاريخ التبليغ بالإحالة^(١)، ويعد المتعاقد ناكلاً إذا امتنع عن توقيع العقد بعد التبليغ بقرار الاحالة بعد ان يتم اذاره رسمياً خلال (١٥) يوماً من تاريخ اذاره ومن دون عذر مشروع قانوناً^(٢). وينبغي الالتزام بالمواعيد المحددة لتوجيه الانذار وتوقيع العقد، فبعض الادارات تعتمد على التأخير والتلاعب في المدة المحددة للتوقيع بهدف جعل المتعاقد ناكلاً وذلك محاباة لغيره، ومن جانب اخر تأخر المناقصين الفائزين بالإحالة والمبلغين بصور أوامر الاحالة عن التوقيع على العقد^(٣).

ويتم مصادقة العقود بعد توقيعها بأنواعها كافة من التشكيلات القانونية المخولة قانوناً في جهة التعاقد. كما يجري تنظيم صيغة العقد من قبل التشكيل الإداري للعقد في جهة التعاقد بالتنسيق مع التشكيلات القانونية والمالية والفنية والجهة المستفيدة على ان تتضمن الفقرات الواردة في شروط المناقصة أو الدعوة مضافاً إليها اية شروط اضافية يتفق عليها طرفي العقد بما يضمن سلامة التنفيذ^(٤).

وأجاز القضاء إبرام العقد ضمناً إذ يستنتج من سلوك أطراف العقد والظروف المحيطة بالعملية التعاقدية نحو التجديد الضمني للعقد رغم انتهاء مدته والاستمرار في تنفيذه، كعقود المعاونة التي تعد المجال الخصب للعقود الضمنية^(٥)، وجاء عن القضاء العراقي بأن (... المدعي كان قد وافق على العرض الذي قدّمه المدعى عليه فان العقد يكون انعقد شفويًا وأن عدم تحريره كتابياً لا يحول دون المطالبة بالفسخ وفقاً لأحكام المادة ١/١٧٧ من القانون المدني...)^(٦)، وجاء في حكم آخر بأن (عقد المفاوضة في دوائر الدولة ينبغي ان ينظم بشكل تحريري... فإذا تم تنفيذه بعقد شفهي فلا يقع العقد باطلاً ويعد نافذاً لان عدم مراعاة الشكلية لا يمنع الطرف الآخر من المطالبة بحقوقه)^(٧).

وبذلك تمثل الكتابة القاعدة العامة والاستثناء انعقاد العقد شفهيًا أو ضمناً، وللكتابة أهمية في اثبات الحقوق وحسم المنازعات لاسيما في إطار التعاقد الإداري وادعى لتحقيق الشفافية، والعقود غير المكتوبة

(١) البند (سادس عشر) من الضوابط رقم (٣) مهام لجان فتح وتحليل العطاءات).

(٢) المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ .

(٣) ينظر: التقرير نصف السنوي لديوان الرقابة المالية الاتحادي للفترة من ١/١ ولغاية ٣٠/٦/٢٠٢١، العراق، ص ١٩ .

(٤) البند (رابعاً) و (ثانياً) من الضوابط رقم (٤) صيغة التعاقد الصادرة من وزارة التخطيط).

(٥) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٤ نيسان ١٩٥٢، نقلاً عن حمدي ياسين عكاشة: موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الإدارية، الكتاب الرابع، دار ابو المجد، مصر، ٢٠١٦، ص ١٩٥، وينظر: عماد محمد شاطي هندي: النكول في المناقصات والمزايدات العامة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٢١، ص ٨٨.

(٦) حكم الهيئة الاستئنافية منقول/ ٢٠١٤ في ٢٢/١/٢٠١٤. نقلاً عن د. عثمان سلمان العبودي: المصدر السابق، ص ٤٦٢.

(٧) حكم محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٥٢/٢٠٠٨/٢١ في ٢٠٠٨/٥/٢١، منشور على الموقع الالكتروني الاتي:

<https://www.hjc.iq>، في ١٤/١١/٢٠٢١، الوقت: 4:40 p.m

وان كانت جائزة وموجودة من الناحية القانونية الا انها صعبة التحقق من الناحية العملية لما تثيره من منازعات وتحوم حولها الشبهات، ويجب ان تكون بنود العقد مصاغة بأسلوب دقيق وواضح وبألفاظ حاسمة لا تحتمل التأويل لتجنب المشكلات في تنفيذ العقد، وحتى لا تستغل الثغرات لتطويع العقد في تحقيق مصالح خاصة والتواطؤ فضلاً عن الممارسات غير المشروعية التي تحمل في طياتها أوجهاً للفساد وهدر المال العام.

ثانياً: نطاق الشفافية والسرية في الغاء اجراءات التعاقد: يمكن للإدارة ان تقرر عدم اتمام اجراءات التعاقد وانهاؤها إذا تطلبت المصلحة العامة ذلك، وهذا ما نصت عليه القواعد المنظمة للعقود الإدارية في الدول المقارنة^(١)، أما في العراق فنص الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ على إنهاء العقد وفقاً لمصلحة الحكومة إلا أن هذه الحالة تخص انتهاء العقد وليس اجراءات التعاقد^(٢)، ولم تنظم تعليمات تنفيذه رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ ذلك وانما نظمها الضوابط الصادرة عن وزارة التخطيط، فمنحت جهة التعاقد سلطة الغاء المناقصة قبل صدور كتاب الإحالة بناء على أسباب مبررة دون تعويض مقدمي العطاءات ويعاد ثمن شراء الوثائق للمناقصين وكذلك يتم إعادة هذا الثمن في حالة إلغاء المناقصة^(٣).

ويجب لمنع تعارض هذه السلطة مع مبدأ الشفافية، ان يكون الانهاء مبني على أسباب موضوعية تسوّغه وان يصدر بذلك قراراً مكتوباً صريحاً ومسبباً فضلاً عن وجوب اعلانه للمشاركين في المنافسة، ويضاف إلى ذلك ان لا يتعارض قرار الانهاء مع التزام الإدارة بالسرية في حال إذا ترتب على الإفصاح عن أسباب قرار الانهاء إنتهاك الأسرار الصناعية والتجارية أو الاضرار بالمنافسة مستقبلاً بين الأشخاص الراغبين بالتعاقد مع جهة الإدارة، أو إذا ادى الإفصاح إلى الاضرار بالمصلحة العامة^(٤).

ولم ينص المشرع العراقي على إلغاء المزايدة للمصلحة العامة، إلا أن ذلك لا يمنع من الغائها إذا كانت مدفوعة بمسوغات واقعية تظهر في القرار الصادر بها في ظل رقابة القضاء؛ لأن المصلحة العامة أوجبت بيع وإيجار اموال الدولة من ثم فان الغاية نفسها توجب العدول عن ذلك.

(١) المادة (1-2185R) من قانون المشتريات العامة الفرنسي - الجزء التنظيمي، والمادة (٣٧) و(٣٨) من قانون تنظيم

التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

(٢) ينظر : المادة (١) الانهاء بناء على مصلحة الحكومة) من الامر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤.

(٣) البند (ح) من (اولا) من الضوابط رقم (١) تعليمات إلى مقدمي العطاءات في وثائق المناقصة).

(٤) المادة (2-2185R) من قانون المشتريات العامة الفرنسي - الجزء التنظيمي .

المطلب الثالث: نطاق الشفافية والسرية في مرحلتي تنفيذ العقد الإداري وانتهائه

يمنح القانون الادارة العديد من الامتيازات اثناء تنفيذ العقد الاداري من قبل المتعاقد معها فيمنحها سلطة الرقابة والاشراف على عملية تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، ولها سلطة تعديل العقد عند الحاجة لذلك، و فرض الجزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته، كما تُمنح الإدارة سلطة واسعة في انتهاء العقد من دون خطأ من المتعاقد لتحقيق المصلحة العامة وللإدارة سلطة تقدير وجه المصلحة العامة ولا يحدها في ذلك الا الانحراف بالسلطة. والغاية من منح الادارة كل ذلك هو لتمكينها من الايفاء بالتزاماتها وبلوغ العقد اهدافه وانتهائه، الا ان ممارسة الادارة لهذه السلطات يجب ان يكون بشفافية وتجنب التواطؤ لما يتضمنه من سرية عبر الاتفاق غير المعلن بين الإدارة والمتعاقد لتحقيق اهداف خلاف المصلحة العامة.

ولهذا سنتناول في هذا المطلب بيان نطاق الشفافية والسرية في مرحلة تنفيذ العقد وفي مرحلة انتهائه عبر تقسيمه على فرعين سنتناول في الفرع الاول منهما البحث في نطاق الشفافية والسرية في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، وسنتناول في الفرع الثاني نطاق الشفافية والسرية في انتهاء العقد الإداري.

الفرع الأول: نطاق الشفافية والسرية في مرحلة تنفيذ العقد الإداري

تتطلب دراسة نطاق الشفافية والسرية في مرحلة تنفيذ العقد بيان السلطات التي تمتلكها الإدارة في هذه المرحلة وفي تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، وهذا ما سنتناوله عبر البندين الآتيين:

أولاً: نطاق الشفافية والسرية في استعمال الإدارة سلطاتها: تتحدد سلطة الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد فيما تملكه من سلطة في الرقابة على عملية التنفيذ، وفي تعديل العقد وفرض الجزاءات على المتعاقد معها.

١- نطاق الشفافية والسرية في استعمال الإدارة سلطاتها في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري:

يحكم مبدأ الشفافية ممارسة الإدارة لسلطاتها في الرقابة على الرغم من عدم وجود نص قانوني صريح يلزم الإدارة بذلك الا ان الشفافية تعد مبدأ قانوني عام يحكم مراحل العقد كافة، بهدف الحفاظ على المال العام وصيانتها ومنع الفساد، وممارسة الإدارة لسلطة الرقابة يعبر في حد ذاته عن شفافتها ومتابعتها المتعاقد معها بوصفه معاوناً لها في تنفيذ مهامها، وتتمثل مظاهر الشفافية في هذا المجال بالآتي:

أ- **الإفصاح عن المعلومات من قبل الإدارة والمتعاقد:** يتوجب على الإدارة لضمان شفافية التنفيذ ولتتمكن من ممارسة سلطاتها الرقابية الزام المتعاقد معها بتزويدها بالمعلومات الصادقة والدقيقة عن مراحل تنفيذ العقد واعلامها بالعمليات المتصلة بالعقد، والزامه بتقديم منهاجاً يبين فيه ترتيب المراحل والأسلوب الذي يعتزم اتباعه في تنفيذ الأعمال خلال مدة معينة بهدف اطلاعها وموافقتها عليها، وتزويد الإدارة بتفاصيل مكتوبة عن تدابير تنفيذ الأعمال، هذا إلى جانب الواجبات أو المسؤوليات الأخرى بموجب العقد، ومن

ذلك الزام الإدارة الملتزم برفع التقارير الدورية عن حساباته وجودة الخدمة التي يقدمها وما تطلبه الإدارة من احصاءات وبيانات أو معلومات.

ب- صدور القرارات الإدارية من الإدارة المختصة تحريراً: تصدر الإدارة المشرفة على تنفيذ العقد العديد من القرارات إلى المتعاقد معها وفقاً لما يقتضيه الغرض من العقد نحو تضمين تلك القرارات موعد بدء التنفيذ، أو الزام المتعاقد بتنفيذ العقد بطريقة معينة أو استبدال اشخاص أو تبديل مواد وغيرها، ولضمان شفافية تلك القرارات كأى قرار إداري فانها يجب ان تصدر وفقاً لقواعد توزيع الاختصاص في جهة التعاقد نحو صدورهما من المهندس المشرف على تنفيذ العمل أو من يمثله، وقد تنطوي تلك القرارات على مسائل فنية على قدر كبير من الأهمية ولهذا لا يترك إصدارها لغير الجهة المختصة بها. ويجب ان تكون تلك القرارات مكتوبة وتحمل توقيع مُصدرها، لما للكتابة من أهمية في تحقيق شفافية القرار وفي اقتضاء الحقوق واثباتها، والابتعاد عن القرارات الشفهية لما تنثيره من مشكلات في التطبيق، على ان يقتصر اللجوء إلى القرارات الشفهية على حالات الضرورة أو الاستعجال وان يتم اثباتها كتابة في وقت لاحق. ومع ذلك أجازت أحكام القضاء اللجوء إلى الأوامر الشفهية واحاطتها بضمانات تتمثل بموافقة المتعاقد الكتابية أو إقرار الإدارة بإصدار الأمر أو في حالة جريان أحكام العرف بذلك، أو إذا اتضح ان اللجوء اليه ضروريا بسبب خطأ الإدارة، أو إذا اظهر التحقيق وجود الأمر الشفهي، أو تم تنفيذ اشغال اضافية ضرورية لا نجاز العمل حسب قواعد الفن المرعية بناء على أمر شفهي^(١).

ت- تبليغ المتعاقد بقرارات الإدارة: يجب تبليغ المتعاقد بقرارات الإدارة الصادرة في إطار ممارستها سلطتها في الرقابة حتى ترتب اثارها، وليكون المتعاقد على علم بها ويتمكن من تنفيذ تعليمات الإدارة، وحتى تكون أمامه فرصة للاعتراض على تلك القرارات خلال مدة معينة إذا وجد صعوبة في تنفيذها أو انها تشكل مساسا بحقوقه أو تمس بشكل جوهري بنود العقد .

ث- تسبب الإدارة لقراراتها: وذلك يعبر عن مدى شفافية الإدارة وأن قراراتها مبنية على أسباب موضوعية تسوغ لها إصدارها، وحسن نيتها، ورغبتها في تنفيذ العقد بما يحقق اهدافه، والإدارة في ذلك تخضع للقاعدة العامة في العراق بشأن تسبب القرارات الإدارية.

ج- الالتزام بحدود ممارسة الإدارة لسلطتها في الرقابة: تتقيد سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد بان لا تؤدي إلى تغيير مضمونه أو المساس بحقوق المتعاقد متجاوزة بذلك حدود هذه السلطة والغاية منها، ومن ثم يعد خرقاً للشفافية المساس بحقوق المتعاقد والاضرار بها بحجة الرقابة كالتأخير المتعمد في اعطاء الأذن للمتعاقد بالبدء في التنفيذ بهدف الضغط على المتعاقد وإجباره على عدم التنفيذ ونسبة

(١) ماجد شهاب الرمضان: المصدر السابق، ص ٤٣٧.

التقصير اليه وصولاً لفسخ العقد، وكذلك الأمر في حال الامتناع عن استلام موقع العمل من المتعاقد.

أما مظاهر السرية في ممارسة الإدارة لسلطتها في الرقابة فتتمثل بالتواطؤ بين الإدارة والمتعاقد معها اثناء تنفيذ العقد ما يؤدي إلى هدر المال العام، ويتضمن التواطؤ نوعاً من السرية عن طريق الاتفاق غير المعلن بين الإدارة والمتعاقد لتحقيق اهداف خلاف المصلحة العامة، نحو عدم افصاح الإدارة عما تتوصل اليه عند ممارسة سلطتها في الرقابة والاشراف وكتمان المعلومات أو السكوت عن المخالفات ما يؤثر على حسن تنفيذ العقد وتحقيقه لأهدافه^(١)، ويعد نوعاً من التواطؤ ظهور القصور في التقارير والمعلومات الدورية التي يقدمها المتعاقد وتغاضي الإدارة عن اتخاذ الاجراءات القانونية بحقه.

ويعد تواطئاً من الإدارة وخرقاً لمبدأ الشفافية تراخي أو امتناع الإدارة عن ممارسة سلطتها في الرقابة والاشراف على تنفيذ العقد نحو تقاعسها عن تنسيب أحد موظفيها للإشراف على تنفيذ المشروع في موقع العمل أو منح تسهيلات ائتمانية دونما مسوغ أو الامتناع عن تحصيل الغرامات المفروضة على المتعاقد ما يترتب عليه هدر المال العام، أو قبول الإدارة لمواد أو تنفيذ الأعمال خلاف الشروط المتفق عليها أو استلام الإدارة لأعمال غير مطابقة للمواصفات الفنية المطلوبة في العقد من دون ابداء تحفظات عليها بمحضر الاستلام الأولي، ما يتسبب بهدر المال العام بنسبة النقص أو رداءة المواصفات، وهذا ما يشكل خرقاً لمبدأ الشفافية ونوعاً من السرية لما ينطوي عليه ذلك من اخفاء للحقائق وانحرافاً بالسلطة، وقد عد مجلس الدولة الفرنسي التواطؤ بين الإدارة والمتعاقد بعدم قيام سلطة الرقابة بإبداء ملاحظات أو تحفظات على طريقة التنفيذ خرقاً لمبدأ الشفافية إذ ما تبين وجود عيوب في تنفيذ العمل^(٢).

٢ - نطاق الشفافية والسرية في استعمال الإدارة سلطتها في تعديل العقد الإداري:

تتقيد سلطة الإدارة في التعديل باحترام قواعد المشروعية والاستناد على مسوغات جدية بما لا يتجاوز امكانات المتعاقد الفنية أو المالية^(٣). رغم ذلك لم يتناول المشرع العراقي في الأمر ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ أو تعليمات تنفيذه تنظيم سلطة الإدارة في تعديل العقد، وهذا قصور ينبغي معالجته، بينما ألزمت

(١) عرفت المادة (١) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة بمصر رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ التواطؤ على انه (ترتيب يتم بين طرفين او اكثر قبل او بعد تقديم العطاء، لتحقيق غرض غير مشروع او للإخلال بمبدأ تكافؤ الفرص ومبدأ حرية المنافسة بما في ذلك التأثير بشكل مباشر او غير مباشر على تصرفات طرف آخر بهدف تقسيم العقود بين مقدمي العطاءات او تثبيت اسعار العطاءات بشكل غير تنافسي).

(٢) C.E, 23 Janv 1981, req, n° 97392, selon Marc de monsebernard et Prats-Denoix: L' execution des marches publics de travaux : pouvoirs et responsabilités de la collectivité, donneur d'ordre, Actualité Juridique Collectivités Territoriales, 4- Dossier- AJCT, 9 avril 2013, 18:11, p. 175.

(٣) ينظر د.علي الفحام: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٧٦، ص ٢١٥.

ضوابط وزارة التخطيط الإدارة بإصدار ملحق للعقد في حالة تعديل بنوده أو أحكامه متضمنًا المتغيرات التي تحدث عليه وفي كل أنواع العقود مع ضرورة مراعاة السياقات المعتمدة بهذا الشأن^(١).

وتظهر الحاجة للتعديل عند تبدل الظروف أو بسبب عدم دقة دراسات الجدوى الفنية والاقتصادية أو اعداد التصاميم وجداول الكميات وعدم انسجامها مع واقع الحال مما يضطر الإدارة إلى معالجة ذلك بالتعديل، وتحمل الإدارة تكاليف ذلك باستخدام المبالغ الاحتياطية للمشاريع^(٢)، إلا أن معالجة سوء التقدير والاختفاء في التصاميم وجداول الكميات ودراسات الجدوى عن طريق أوامر التغيير يمثل في حد ذاته عدم شفافية الإدارة فقد تكون وسيلة للتحايل على القانون، لذلك ينبغي استشارة جهات متخصصة لوضع حلول آخرها إصدار أوامر التغيير التي يجب أن تصدر في اضيق الحدود وفي حالات الضرورة.

ومن مظاهر الشفافية في ممارسة سلطة التعديل مراعاة قواعد الاختصاص وعدم اساءة استعمالها لتغطية حالات التلاعب والتواطؤ والمحاباة لتحقيق مصالح خاصة ومكاسب للغير والاستناد على مسوغات وهمية، فسلطة التعديل يجب أن تبنى على تبدل الظروف اثناء تنفيذ العقد، مع اعلان أسباب التعديل في القرار الصادر بها واطار المتعاقد به^(٣)، فسلطة التعديل ترد عليها قيود معينة تقتضيها ضرورة التوفيق بين المصالح العامة والخاصة للمتعاقدين ومنها ما يتصل بمقدار التعديل ونطاقه.

ويقتضي توافر المبالغ المالية اللازمة لتغطية تلك التعديلات حتى لا يتم تحميل الميزانية العامة ما يتقلها ولذلك تمثل قيودا على سلطة التعديل، وقد حدد اعمام وزارة التخطيط في ٧/١٠/٢٠١٢^(٤)، ضوابط أوامر التغيير ومنها الصلاحيات المالية، ورغم ذلك يمكن أن يكون التعديل وسيلة للاستغلال من قبل الإدارة والمتعاقد معها لتحقيق مكاسب معينة، لاسيما وأن بعض أوامر التغيير تصدر بناء على طلب تحريري من المتعاقد نفسه، فتتواطىء الإدارة مع بعض المتعاقدين بتقديم عطاءات منخفضة للفوز بالمناقصة ثم

(١) البند (تاسعا) من الضوابط رقم (٤ صيغة التعاقد).

(٢) جاء في اعمام وزارة التخطيط العدد ٧٩٨٤/٧/٤ في ٧/٤/٢٠١٣ بان (١- مبالغ الاحتياط والاشراف والمراقبة ترصد لعقود المقاولات او الاشغال العائدة للمشاريع المدرجة ضمن الموازنة الاستثمارية. ٢- ان عقود التجهيز التي تخص تجهيز المواد فقط لا ترصد لها مبالغ احتياط ...)، منشور على الموقع الالكتروني لوزارة التخطيط، على الرابط الاتي: <https://mop.gov.iq>، تاريخ الزيارة: ٢٠/١٠/٢٠٢١، الوقت: ٣:٥٠ P.M.

(٣) قضت محكمة التمييز الاتحادية في العراق بأن (... لا يستحق المقاول مبلغ تنفيذ اعمال الغيار اذا لم يصدر أمر تحريري بها من رب العمل وعلى وفق ما نصت عليه المادة ٥٢ من الشروط العامة...) حكمها المرقم ٢٥٣٧/٢٥٣٨/٢٠١٨ في ١٦/٩/٢٠١٨، نقلا عن محمد علي محمود نديم: المصدر السابق، ص ٩١-٩٢.

(٤) اعمام وزارة التخطيط العدد ١٩٦١٣/٥/٢ في ٧/١٠/٢٠١٢، منشور على الموقع الالكتروني لوزارة التخطيط. على الرابط الاتي: <https://mop.gov.iq>، تاريخ الزيارة: ٢٠/١٠/٢٠٢١، الوقت: ٣:٥٠ P.M.

بعد ذلك يقوم صاحب العمل بإصدار أوامر تغيير لزيادة السعر مما يسمح للمقاول باسترداد ارباحه، ما يتطلب وجود رقابة وتدقيق ومتابعة لهذه التعديلات والوقوف على مبرراتها ومدى الحاجة الفعلية لها.

ويميز التشريع والقضاء الفرنسي والمصري بين نوعين من التعديلات جوهرية وأخرى غير جوهرية إذ من شأن الأولى تغيير العقد الأساسي وطبيعته بسبب الزيادة الكبيرة في حجم الأعمال المتفق عليها واثارها المادية وتستلزم اعادة طرح العقد للمنافسة من جديد^(١)، ويجوز في الثانية تعديل العقد من دون اجراء منافسة جديدة على خلاف الحالة الأولى، ولذلك لا يجب ان يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة العقد وموضوعه مستحدثا عقدا جديدا من دون مراعاة الاجراءات القانونية المقررة للتعاقد، إذ يجب عندها طرح العملية للتعاقد من جديد على وفق مبادئ المساواة والمنافسة والعلانية^(٢).

ويعد مخالفة لمبدأ الشفافية تواطؤ الإدارة وادخال أعمال أو اصناف ليس لها علاقة بغرض العقد من دون طرح العملية للتعاقد من جديد، أو الاستمرار في علاقة تعاقدية مع المتعاقد ذاته تحقيقا لمكاسب معينة خاصة تسعى لها الإدارة ما يستتبع عدم فسح المجال للمنافسين الذين يمتلكون قدرات لتنفيذ العقد تفوق ما لدى المتعاقد الحالي. وان التعديلات الجديدة هي التي يكون موضوعها اجنبيا عن موضوع العقد الأصلي أو التي يحتاج تنفيذها إلى أوضاع جديدة تختلف كلياً عما موجود في العقد، وتؤكد فتاوى مجلس الدولة المصري بان الأعمال الإضافية إذا كانت تشكل عملية قائمة بذاتها وليست فرعاً من الأعمال الأصلية فلا مناص من طرحها في مناقصة منفصلة^(٣). وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في العراق إلى عدم جواز فرض اعباء جديدة تؤدي إلى ارهاق المتعاقد وتفق امكانياته الفنية والمالية، أو ان تدفع له الإدارة تعويضا لا يكفي لجبر الضرر الناشئ عن التعديل^(٤).

٣- نطاق الشفافية والسرية الإدارية في استعمال الإدارة سلطتها في توقيع الجزاء على المتعاقد

لضمان التنفيذ الجيد للعقد تتمتع الإدارة بسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد المخالف لحمله على ذلك، ويتوجب عليها الالتزام بمبدأ الشفافية في ممارسة هذه السلطة بما يبعث الثقة بين المتعاملين معها

(١) المادة (L2194-1) و (L2194-2) من الامر رقم ١٠٧٤ في ٢٦ تشرين الثاني ٢٠١٨، والمادة (٤٦) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة بمصر رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨، وينظر حكم المحكمة الإدارية الاستئنافية في رينيز في ١٠/٨/١٩٨٧ منشور على الموقع الالكتروني: legifrance.gouv.fr.D:14/12/2021,T:21:32 p.m.

(٢) فتوى مجلس الدولة المصري رقم ٤٤٢ في ١٧/٨/٢٠٠٠ ملف رقم ٣٦٣/١/٥٤، نقلا عن ماجد شهاب الرمضان: المصدر السابق، ص ٤٧٧.

(٣) فتوى اللجنة الثالثة بمجلس الدولة المصري رقم ٨١٠ في ١٨/١١/٢٠١٤، ملف رقم ٦٧/٣٨٤، جلسة ٢٩/١٠/٢٠١٤، نقلا عن حمدي ياسين عكاشة: موسوعة المشكلات العملية، الكتاب الثاني، المصدر السابق، ص ١١٤٠.

(٤) ينظر: حكمها المرقم ١٢٥٢/ استئنافية منقول/٢٠٠٨ في ٢١/١/٢٠٠٩، منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد ٣، السنة ١، ٢٠٠٩، ص ١٢٧، نقلا عن د. عثمان سلمان غيلان العبودي: المصدر السابق، ص ٧٢٩.

وبعدالتها وضمان المحافظة على حسن سير العمل بالمرفق وعدم هدر الاموال العامة. وتتعدد صور الجزاءات التي يمكن للإدارة فرضها وتتمثل بالجزاءات المالية ومنها فرض الغرامات التأخيرية ومصادرة التأمين النهائي والتعويض، والجزاءات غير المالية وتتمثل بجزاءات ضاغطة وأخرى فاسخة ويكون للإدارة إيقاعها دون حاجة لنص يقضي بذلك في العقد وإنما بالاستناد لسلطتها الضابطة لسير المرفق العام، وتقرض الإدارة هذه الجزاءات عن طريق ما تصدره من قرارات، وتبرز مظاهر الشفافية في ممارسة الإدارة هذه السلطة بشكل خاص فيما يأتي :

أ- الاعذار قبل توقيع الجزاء: يعد الإعذار وسيلة قانونية لإثبات اخلال المتعاقد بالتزاماته وحق الإدارة في توقيع الجزاء، ويتضمن اعلام المتعاقد بالمخالفات التي ارتكبها ومنحه مهلة معينة لإزالتها والوفاء بالتزاماته، فإذا ما استجاب المتعاقد المخالف لذلك انتفى حق الإدارة بتوقيع الجزاء، ويتخذ الاعذار عادة صورة الانذار.

ويعد اعذار المتعاقد أمراً تقتضيه العدالة وتقرضه القواعد العامة في تنفيذ الالتزامات^(١)، ولا تقتصر أهميته على المتعاقد وإنما له أهمية بالنسبة للإدارة أيضاً؛ إذ يتيح لها التأني قبل فرض الجزاء ولاسيما بالنسبة للجزاءات الفاسخة لتحديد مدى تأثير ذلك على المرفق العام. فلا بد من انذار المتعاقد مع الإدارة قبل توقيع الجزاء، وأن لم ينص صراحة على ذلك في العقد أو في كراسة الشروط، إذ يعد أمراً لازماً في بعض الجزاءات نحو غرامة التأخير والفسخ، بينما ذهبت بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي إلى تعميم الالتزام بالإعذار^(٢)، ويقرر القضاء والفقه الفرنسي بوجود الاعذار قبل فرض الجزاء وبعبكسه يعد القرار معيباً^(٣)، ويجب ان يتضمن الإعذار وجه المخالفة من تأخير أو تقصير بشكل دقيق ليكون المتعاقد على بينه، والأعمال التي يجب القيام بها أو الامتناع عنها، وبيان عزم الإدارة على فرض جزاء معين ان اخفق في إصلاح ذلك خلال المهلة المحددة به.

وقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ على وجوب توجيه انذار رسمي في حالة اخلال المجهز للسلع والخدمات أو الاستشاري بالتزاماته التعاقدية وعند عدم الاستجابة يتم تنفيذ الالتزامات على حسابه، ونصت على توجيه انذار رسمي للمقاول المخل بضرورة اكمال الأعمال وحسب منهاج تقدم العمل المتفق عليه وخلال ١٥ خمسة عشر يوماً من تاريخ ابلاغه بالإنذار^(٤). وقد قضت

(١) الفقرة (١) من المادة (٨٦٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .

(٢) د.نصري منصور النابلسي: العقود الإدارية دراسة مقارنة، ط٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢، ص ١٥٨.

(٣) حكمه في ٢٤ نيسان ١٩٩٢، رقم ١١٢٦٧٩، نقلا عن د. ايمن فتحي محمد عفيفي: غرامات التأخير في العقود الإدارية دراسة مقارنة، ط١، بدون دار نشر، مصر، ٢٠١٧، ص ١٥٧.

(٤) الفقرة (رابعا) والفقرة (ثانيا/ب) من المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

محكمة التمييز الاتحادية بأنه (يتعين على الإدارة قبل توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حال تقصيره أو أهماله بتنفيذ التزاماته اعداره... وذلك لكي يكون المتعاقد المقصر على جلية من ان نية الإدارة إلى توقيع هذا الجزاء فيعمل على تنفيذ ما هو مطلوب منه بدفع التقصير المنسوب اليه وتبين للإدارة عدم التقصير كي يستطيع دفع الجزاء)^(١). وأوضحت في حكم آخر بشأن استيفاء الاعذار الشكلية القانونية في ٢٠١٢/٧/٩ بان (...الانذار المذكور غير مستوف للشكلية القانونية وفق متطلبات المادة ١/١٧٧ من القانون المدني، حيث لم يتضمن دعوة المميز عليه لتنفيذ التزاماته التعاقدية خلال مدة محددة بالإنذار مما تكن الدعوى غير مقبولة من هذه الجهة...)^(٢). ويجب ان يكون الاعذار واضحاً في مضمونه، إذ لا يكون صحيحاً إذا لم يشر إلى أي خرق محدد من جانب المتعاقد لالتزاماته أو لا يكشف بطريقة قاطعة عن نية الإدارة توقيع الجزاء نتيجة للإخلال المذكور في الاعذار^(٣). وقضت في ذلك محكمة التمييز الاتحادية في ٢٠١٩/٤/٢٢ بان (...الانذار هو عمل قانوني يصدر من جانب واحد وليس له شكل خاص الا إذا نص القانون على ذلك الشكل أو صدوره من جهة حصرية...)^(٤).

ورغم أهمية الاعذار من الناحية العملية بوصفه وسيلة لتحقيق شفافية الإدارة وضمانة للمتعاقد الا انه قد يغدو عديم الفائدة في بعض الحالات، ومن ثم تتحلل الإدارة من اجرائه على وفق ما جاء في قضاء محكمة التمييز الاتحادية في ٢٠١٣/٢/١٧ بان (المدعى عليه لم يقم بتنفيذ التزامه حسبما مطلوب منه في عقد المقاولة المبرم بين المتداعين ضمن المدة المحددة فيه، فلا ضرورة لإعذار المدين إذا كان لا بد ان يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون ان يتم التنفيذ وفقاً لما نصت عليه المادة ٢٥٨/أ من القانون المدني)^(٥)، وكذلك الحال إذا ورد نص في العقد يجيز فرض الجزاء دون حاجة

(١) حكمها المرقم ١٧٤/٣/٢٠٠٤ نقلاً عن محمد صبار محمد المشهداني: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات غير المالية في العقد الإداري دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الاسراء - الاردن، ٢٠١٤، ص ٥٣.

(٢) حكمها المرقم ١٣٥٧/الهيئة الاستئنافية/في ٢٠١٢/٧/٩، منشور على الموقع الالكتروني الاتي: <https://www.hjc.iq>

، بتاريخ ٢٠٢١/١١/١٤، الوقت: 4:50 p.m

(٣) TA paris , 22 f évrier 2000, et C.E, 7ème et 2ème sous-sections reunites, 17 d écembre 2008,n°296819,publié sur le site: legifrance.gouv.fr.D: 6/12/2021,T:12:35 A.M.

(٤) حكمها المرقم ١٣٦/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٩/٤/٢٢، منشور على الموقع: <https://www.hjc.iq> ، بتاريخ ٢٠٢١/١١/١٤، الوقت: 4:55 p.m

(٥) حكمها المرقم ٣٤٩/الهيئة الاستئنافية/٢٠١٣/٢/١٧، منشور على الموقع: <https://www.hjc.iq> ، بتاريخ ٢٠٢١/١١/١٤، الوقت: 5:19 p.m

إلى اعدار بحسبان ان هذه القاعدة ليست من النظام العام ويمكن الاتفاق على خلافها وهذا ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية^(١)، ومجلس الدولة الفرنسي أيضاً^(٢).

ب- تسبب قرار فرض الجزاء: بالنظر لما يترتب على الجزاءات العقدية من اثار تمس في أحد جوانبها المركز المالي للمتعاقد لذلك أصبح من الواجب أن يصدر قرار فرضها مكتوباً متضمناً أسبابه^(٣)، وفرض المشرع الفرنسي تسبب القرارات الصادرة بفرض الجزاءات العقدية بموجب قانون ١١ تموز ١٩٧٩، كما فرض المشرع في مصر أن يكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار مسبب من السلطة المختصة^(٤). أما في العراق فان النصوص المنظمة لفرض الجزاءات التعاقدية لم توجب التسبب وهذا يعد قصوراً ينبغي معالجته لأهمية هذا النوع من القرارات.

ت- تبليغ المتعاقد بالقرار: من الواجب ايصال العلم إلى المتعاقد بالقرارات التي تتخذها الإدارة ليتسنى له تنفيذها و الاعتراض عليها أمام الجهة المختصة، ومن أهمها: القرارات الخاصة بفرض الجزاءات، وقد قضت في ذلك المحكمة الإدارية العليا بمصر بانه (يشترط لسحب العمل من المقاول اخطاره بذلك بالبريد الموصى عليه بعلم الوصول دون حاجة إلى اجراء آخر)^(٥).

أما مظاهر السرية في ممارسة الإدارة هذه السلطة فتتمثل بالتواطؤ بين الإدارة والمتعاقد معها وهذا ما يترتب عليه انحراف الإدارة بالسلطة، إذ تتغاضى الإدارة وتفضل كتمان تقصير المتعاقد ومخالفاته وتأخيرها في انجاز العقد مما يترتب عليه الاضرار بالمرفق العام، مقابل مكاسب معينة نحو التغاضي عن فرض الغرامات عن تأخير المتعاقد في الانجاز وعدم احتسابها، رغم ان مبالغ الغرامات تعد جزء من المال العام وعدم استحصالها يعني حرمان الخزنة العامة منها^(٦)، أو كان يجب وضع المرفق تحت الحراسة الا ان الإدارة لم تفعل ذلك ما يؤدي إلى سوء تقديم الخدمة أو ردائها والإضرار بالمرفق العام بسبب اخلال الملزم وسكوت الإدارة عن ذلك، فعدم توقيع الجزاءات في حال قيام أسبابها المبررة من شأنه الاضرار بالمرفق العام وبجودة وكمية الخدمات المقدمة فضلاً عما يترتب على ذلك من اهدار المال العام.

(١) حكمها المرقم ٧١٠٤ / الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٢/ ت ٧١٦٦، نقلاً عن فلاح حسن صالح الهبيي: التعاقد من الباطن في العقود الإدارية دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٩، ص ١٧٥.

(2) C.E, 7ème et 2ème sous-sections reunites, 15 novembre 2012, n°350867, publié sur le site: legifrance.gouv.fr.D: 5/12/2021,T:11:35 p.m.

(٣) فتوى اللجنة الثالثة في إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بجلسة ٢٢/٦/٢٠٠٥، رقم ٥٩/٢٥٨، ص ١٤٤، نقلاً عن حمدي ياسين عكاشة: موسوعة المشكلات العملية، الكتاب الثالث، دار ابو المجد، مصر، ٢٠١٦، ص ٨٢١.

(٤) المادة (٥١) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة بمصر رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

(٥) حكمها بالطعن رقم ٤٣٩٣ لسنة ٣٧، جلسة ٨/٢/١٩٩٤، نقلاً عن محمد صبار محمد المشهداني: المصدر السابق، ص ٥٤.

(٦) ينظر: تقرير ديوان الرقابة المالية الاتحادي السنوي لعام ٢٠٢٠، ص ٣٦.

ثانياً: نطاق الشفافية والسرية في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته: يقضي مبدأ حسن النية في العقد وجوب تنفيذها طبقاً لما اشتمل عليه وما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام^(١)، وهذا المبدأ يتفق ومبدأ الشفافية ويتناقض مع مبدأ السرية، بما يتضمنه من اظهار الحقيقة كاملة ومجردة ويعزز الثقة والاخلاص في العمل بما يتفق والمصلحة العامة، وتمكين المتعاقد الآخر من الحصول على أقصى منفعة من العقد المبرم بينهما، دون التقاف على نصوصه. ومبدأ حسن النية من المبادئ المسلم بها في العقود عامة فهو مبدأ قانوني عام يظلها جميعاً وان التقيد به في العقود الإدارية أولى وأوجب منه في غيرها لارتباطها بالمصلحة العامة^(٢). ومن مقتضياته وجوب الابتعاد عن التلاعب والغش والتواطؤ والذي يتخذ صور متنوعة ليس لها حصر، فضلاً عن التزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد شخصياً وفقاً للأحكام والشروط الواردة في دفا تر الشروط، وعدم جواز تنازله عن العقد أو التعاقد من الباطن دون إذن من الإدارة المتعاقدة، وهذا ماسنوضحه في الفقرتين الآتيتين:

١- التنازل عن العقد : لا يجوز للمتعاقد التنازل عن العقد ومستحقاته المالية بصورة سرية ودون علم الإدارة المتعاقدة أو موافقتها، إذ يستخدم المتعاقد التنازل وسيلة للتخلص من التزاماته بنقلها إلى الغير مقابل مكاسب معينة، ويقع ذلك أما بالتواطؤ بين المتعاقد والمتنازل له كأن يكون الأخير غير قادر على الحصول على العقد أو على المشاركة بالمنافسة كونه ممنوعاً منها فيتفق مع المتعاقد على الدخول والحصول عليها ثم يقوم بالتنازل عن العقد له، أو يكون بالتواطؤ مع موظفي الإدارة، فيكون التنازل مدخلاً للفساد واخلاقاً بمبادئ الشفافية والمنافسة والمساواة .

والتنازل أما يكون عن المقابل المالي فحسب، وهذا كثير الحصول في الواقع العملي ولا يثير اشكاليات كثيرة فيما يتصل بعملية التعاقد أو شفافيته وأجازته القوانين، أما التنازل الكلي فيعد تخلياً عن العقد نهائياً بما يتضمنه من حقوق والتزامات فيحل المتنازل له محل المتعاقد الاصلي في مواجهة الإدارة، وأجاز المشرع الفرنسي التنازل لصالح مؤسسة ائتمانية أو اي جهة أخرى ورهن المبالغ المستحقة عن العقد لمؤسسة ائتمانية أو اي جهة أخرى، بعد ان يقدم المتعاقد طلباً بذلك ووفقاً للآلية المحددة قانوناً، وعندما تمنع السرية المطلوبة في مسائل الدفاع تسليم نسخة العقد إلى المستفيد من التنازل أو رهن المستحقات تسلّم الإدارة إلى المالك نسخة واحدة أو شهادة قابلة للتحويل تحتوي فقط على المؤشرات

(١) ينظر: نص الفقرة (١) من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٤٨) من القانون المدني المصري، والمادة (٤٣) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة بمصر رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم ١٠٠٧، جلسة ١١/١/١٩٩٢، س ٤٧، نقلاً عن ماجد شهاب الرمضان: المصدر السابق، ص ٥٨٠.

المتوافقة مع هذا السر^(١). وحظر المشرع المصري هذه الصورة من التنازل وأجاز التنازل عن المقابل المالي لأحد البنوك أو الشركات المالية غير المصرفية المرخص لها بمزاولة النشاط في مصر^(٢)، كما أجاز التنازل بين الإدارات العامة عن العقود التي تتم بينها^(٣).

ولم ينظم الأمر ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ وتعليمات تنفيذه رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ التنازل عن العقد، وكان الاجدر بالمشرع أن ينظم ذلك ضمانا للشفافية، ولم تجز الضوابط الصادرة عن وزارة التخطيط التنازل عن العقد كلا أو جزء إلا أنها أجازت رهنه ومستحقته لدى أحد المصارف الحكومية أو الاهلية العراقية المؤهلة لممارسة هذا النشاط من البنك المركزي العراقي وحسب درجة تصنيفها لغرض توفير التسهيلات المالية للمتعاقدین مع ضرورة مراعاة شروط الدفع المطلوبة بموجب العقد لدفع المستحقات المالية للمتعاقدین إلى جانب تحميل المتعاقدین اية فوائد مالة مترتبة عن ذلك^(٤). وأجاز المشرع تأجير المستأجر المأجور بعد موافقة الإدارة التحريرية للجهة المالكة وب عقد جديد يبرم مع المستأجر الثاني على ان يتحمل جميع الالتزامات التي كانت مترتبة على المستأجر الأول بموجب عقد الإيجار ومدته^(٥).

كما أجاز القضاء الإداري التنازل عن العقد بموافقة الإدارة ومن دون حاجة لإبرام عقد جديد، إذ يرى مجلس الدولة الفرنسي ان ذلك لا يتعارض مع قواعد الشفافية والمساواة وحرية المنافسة^(٦)، لان اشتراط موافقة الإدارة من شأنه ان يضمن تحقيق هذه المبادئ وتتاح الفرصة للإدارة بالوقوف على القدرات الفنية والمالية للمتنازل وبخلافه يعد باطلا بطلانا مطلقا وخطأ جسيم من المتعاقد يعطي الإدارة حق فرض الجزاءات بحقه ومنها الفسخ^(٧). وهذا ما قضت به أيضاً محكمة التمييز الاتحادية في العراق^(٨).

(1) Art (R2191-46), et (R2191-49), Décret n° 2018-1075 du 3 déc 2018. et Art (L2191-8), Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018.

(٢) المادة (٩٢) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ المعدلة بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ٢٠٢٠، منشور بالجريدة الرسمية - العدد ٣٦ مكرر (ب) في ٥ سبتمبر ٢٠٢٠.

(٣) المادة (٧٨) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة بمصر رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

(٤) البند (أحد عشر) من الضوابط رقم (٤ صيغة التعاقد).

(٥) الفقرة (أولاً) من المادة (٢١) من قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل.

(6) C.E avis, sect des finances, 8 juin 2000, avis n° 141654-364803, AJDA 2000,P.758 ,selon Philippe proot: Modification et cession des marches publics, contrats publics – no 183- Janvier 2018, p. 31.

(٧) حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بالطعن رقم ٣٦/٣٥٩٦ ق.عليا، جلسة ٢٨/٦/٢٠٠٥، نقلا عن فلاح حسن صالح اللهيبى: المصدر السابق، ص ١٣٨. وينظر: د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيم، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٤، ص ٢٦٤.

ويصدر القرار بالموافقة من الإدارة المتعاقدة نفسها صريحا وذلك ادعى لتحقيق الشفافية فالتنازل عن العقد يتضمن نقل الحقوق والالتزامات كافة الناجمة عن العقد إلى المتنازل اليه، ولهذا نجد ان المشرع فرض العديد من الاجراءات بهدف الوصول إلى افضل المتعاقدين مع وجوب تسبب القرار الصادر سواء بالموافقة أم الرفض للوقوف على مدى مراعاة المصلحة العامة فيها. ونرى انه في حالة رغبة المتعاقد الاصلي التنازل عن العقد كليا وجوب عرض الأمر للمنافسة بشروط العقد الاصلي نفسها والحفاظ على العقد من ناحية موضوعه وهدفه وشروطه مع تغيير شخصية المتعاقد إذ يتسنى للإدارة بحث امكانات المتنازل له من الناحية الفنية والمالية وقدرته على الايفاء بمتطلبات العقد، ويفسح المجال للجميع للحصول على العقد من دون حاجة لإبرام عقد جديد بما يحقق شفافية عملية التنازل والمنافسة.

٢- التعاقد من الباطن : يحظر التعاقد من الباطن سريا دون موافقة سابقة من الإدارة المتعاقدة ، والا عد هذا التعاقد باطلا، ويمكن للمتعاقد تقديم طلب بالتعاقد من الباطن وللإدارة الموافقة أو الرفض بعد الاطلاع على الأسباب التي يقدّمها المتعاقد الأصلي والمعلومات المتصلة بالتعاقد من الباطن ومدى قدرته على المساهمة الفاعلة في تنفيذ العقد وفيما إذا كان محظوراً عليه التعاقد من عدمه. ويتوجب صدور قرار إداري صريح من الإدارة بالموافقة أو الرفض خلال مدة معينة، منعا لإطالة الاجراءات المتصلة بذلك مما يضر بحسن سير العمل أو تنفيذ العقد .

وبالنسبة لموقف القوانين المقارنة فانها أجازت التعاقد من الباطن^(٢)، أما في العراق فقد نصت عليه تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ إذ اشارت إلى ان للجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الاحالة المشكلة في جهة التعاقد الموافقة على إدخال شريك مع المقاول الرئيسي الذي تتوفر فيه الشروط والمواصفات التي تم احالة العقد بموجبها وبطلب من المقاول الرئيس إذا كان من شأن ذلك تحقيق سرعة انجاز المشروع مع الالتزام بشروط العقد^(٣) وكان الاجدر بالمشرع تنظيم ذلك بنص القانون. ولا تنفي موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن مسؤولية المتعاقد الاصلي عن تنفيذ العقد إذ يظل مسؤولا في مواجهة الإدارة عن هذا التنفيذ^(٤). ومما تجدر الإشارة اليه ان محكمة العدل الأوروبية في حكمها في ١٣ نيسان ٢٠١٠ ذهبت إلى اتخاذ موقف مختلف عن توجه القضاء الإداري برفض التعاقد

(١) حكمها بالرقم ١٧٨٠/ الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠١٤/ت/١٨٥٠ الصادر في ٢٠١٤/٨/١٤ نقلا عن فلاح حسن صالح اللهيبي: المصدر السابق، ص ١٣٩.

(٢) المادة (R2193-1) من مرسوم ١٠٧٥ في ٣/١٢/ ٢٠١٨ الفرنسي، والمادة (٥٦) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة بمصر رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

(٣) البند (ز) من (ثانيا) من المادة (٥) من تعليمات رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

(٤) قضت محكمة القضاء الإداري بمصر بانه يوسع الإدارة توقيع غرامة التأخير على المقاول الاصلي لتأخر المتعاقد معه من الباطن عن تسليم العمارات محل التعاقد، حكمها رقم ٤٣٦ جلسة ١٩٨٥/٤/٩، نقلا عن فلاح حسن صالح اللهيبي: المصدر السابق، ص ١٢٧.

من الباطن بحسبانه يعد تعديلاً أساسياً للشروط الأساسية للعقد ما يقتضي ضرورة إعادة طرح العملية للمنافسة من جديد مع ضرورة تحقيق مبادئ المساواة والشفافية وحرية الدخول في المنافسة^(١).

الفرع الثاني: نطاق الشفافية والسرية في إنهاء العقد الإداري

تتعدد حالات إنهاء الإدارة للعقد بإرادتها المنفردة ومنها الفسخ بسبب ارتكاب المتعاقد خطأً جسيماً يستوجب ذلك جزاءً له كما اشرنا، ويمكن إنهاء العقد دون خطأ من المتعاقد عندما تقتضي المصلحة العامة ذلك كان يصبح العقد غير متوافق مع هذه المصلحة لانتفاء غرضه بسبب تغير الظروف أو لأسباب مالية تتصل بالموازنة ولتخفيف العبء عن الخزانة العامة، وأجازت معظم القوانين ذلك ترجيحاً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد وان لم ينص العقد على ذلك، وتُمنح الإدارة سلطة واسعة في تقدير وجه المصلحة العامة ولا يحدها الا الانحراف بالسلطة.

ولهذا أجاز المشرع الفرنسي الانهاء لأسباب تتصل بالمصلحة العامة^(٢)، في ظل رقابة القضاء للتأكد من توافرها بوصفها شرطاً لإنهاء العقد^(٣)، وقضى مجلس الدولة الفرنسي بصحة استرداد المرفق العام لحدوث تغييرات اثرت على توزيع رأس مال الشركة المتعاقدة فصاحب الامتياز بهذه الحالة لا يقدم اي ضمانات فنية أو مالية أو اي من الشروط التي تم على أساسها منح الامتياز عند بدء الاجراءات، مع وجوب تعويض صاحب الامتياز، وأثار المجلس تضارب المصالح بين مقاطعتي (سان جيرفيه) و(ميجيف) نتيجة الخلافات بين الطرفين المتعاقدين والمستخدمين بسبب العقد وتجنباً لتلك الصراعات المحتملة بين المقاطعتين قرر المجلس ان الانهاء لهذا السبب يعد إنهاء لتحقيق المصلحة العامة^(٤).

ولم يرد ذكر إنهاء العقد للمصلحة العامة في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة بمصر رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨، بينما استقرت أحكام القضاء على تأكيد حق الإدارة في الانهاء لدواعي المصلحة العامة وبالنسبة للعقود الإدارية كافة^(٥)، وتأكيداً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بانه لكي يكون قرار الانهاء محققاً للمصلحة العامة يجب ان يكون بعيداً عن الأسباب الشخصية نحو

(١) ماجد شهاب الرمضان: المصدر السابق، ص ٥٧٢.

(٢) Art (L 2195-3) , Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018.

(٣) أحكام مجلس الدولة الفرنسي في ٢ شباط ١٩٨٧ و ٢٢ نيسان ١٩٨٨، نقلاً عن سردار عماد الدين محمد سعيد و مخلص احمد محمد: الشروط القانونية لانحلال العقد الإداري اقتضاء للمصلحة العامة دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في المجلة الاكاديمية لجامعة نوروز، كردستان العراق، العدد ٨، حزيران ٢٠١٩، ص ٣٤٦.

(٤) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٣١ كانون الثاني ١٩٩٦، نقلاً عن ماجد شهاب الرمضان: المصدر السابق، ص ٥٣٩.

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا بالطعن ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق، جلسة ١٥/١١/١٩٩٢، والطعن رقم ٣٥٦٧ لسنة ٤٢ ق، جلسة ١٥/٥/٢٠٠١، نقلاً عن د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المصدر السابق، ص ٢٤٢ - ٢٤٣.

العداء الشخصي للمتعاقد مع الإدارة أو لأسباب دينية أو سياسية أو لاعتبارات تتعلق بالمصلحة المالية للإدارة كالحصول على زيادة في مورد مالي تتقاضاه الدولة دون ان يكون هناك مصلحة عامة كإلغاء عقود إيجار المحل المؤجر رغبة في زيادة بدلات الإيجار أو استرداد الالتزام لغرض مالي. كما لا يجوز للإدارة إنهاء العقد لمجرد رغبتها في طرح محله للحصول على اموال اكثر؛ لأن هذا فضلاً عما فيه من اهدار للثقة في معاملاتها وزعزعة الايمان بعدالتها ونزاهتها فانه لا يصلح بذاته مسوغاً مشروعاً يبرر لها الافتئات على مصالح الأفراد والمساس بحقوقهم المكتسبة^(١).

وفي العراق نص الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ على إنهاء العقد إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك^(٢)، تاركا تقدير ذلك إلى الإدارة، ولسلامة اجراء الانهاء للمصلحة العامة ولضمان شفافيته ينبغي ان يبنى على أساس سليم بان يكون الانهاء لأحد الأسباب المتصلة بالمصلحة العامة، وان يجري اعلان هذه الأسباب لما يحققه التسبب من ضمانات للمتعاقد فضلاً عن تسهيل رقابة القضاء. وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية بأن (...لوزير الدفاع بناء على المصلحة العامة أن يفسخ المكالوة ان شاء...)^(٣).

المبحث الثاني: دور القضاء في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في العقد الإداري

لاريب في أهمية دور القضاء في توفير الحماية للمبادئ الحاكمة للعقود الإدارية، وفي تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة، وشهدت الوسائل القضائية في هذا المجال تطوراً يصب في إطار زيادة فاعلية دور القضاء باعتماد أسلوب القضاء المستعجل قبل التعاقد والذي يتميز بكونه وقائي خلافاً للأصل العام في الدعاوى القضائية التي لا تتدخل الا بعد وقوع المخالفة وينهض دور القضاء الاستعجالي في المرحلة السابقة على ابرام العقد بهدف منع وقوع المخالفات لمبدأ الشفافية وهذا ما يمنحه أهمية من الناحية العملية، وهناك ايضاً القضاء الاستعجالي التعاقدوي ويستهدف تمكين اصحاب المصالح من الطعن ممن لم يتمكنوا من استعمال الدعوى قبل التعاقدية لأي سبب ، فضلاً عن الوسائل التقليدية المتمثلة بدعوى الغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد الاداري ودعوى القضاء الكامل.

وهذا ما يدعونا إلى دراسة دور هذه الأساليب في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في العقد وذلك عبر تقسيم هذا المبحث على مطلبين سنتناول في المطلب الاول البحث في دور القضاء المستعجل في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في العقد الإداري، وسنتناول في المطلب الثاني البحث في دور الوسائل القضائية التقليدية في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في العقد الاداري.

(١) (حكمها في ١٩٧١/١٢/٦، س ٢٥ رقم ٢٥، ص ١٧٢، نقلاً عن حذيفة عادل عبد الكريم منصور: إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة دراسة مقارنة بين التشريع الاردني والعراقي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠١٥، ص ٤٩.

(٢) المادة (١) من الامر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ الخاص بالعقود العامة.

(٣) (حكم رقم ٢١٧٧٤ في ١٩٦٧/٢/٢، نقلاً عن سردار عماد الدين محمد سعيد ومخلص احمد محمد: المصدر السابق، ص ٣٤٨.

المطلب الأول: دور القضاء المستعجل في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في**العقد الإداري**

تسهم دعوى القضاء المستعجل بدور مهم في ضمان تطبيق المبادئ الأساسية الحاكمة للعقود الإدارية قياساً بالدعوى التقليدية، فالدعوى الاستعجالية مقررّة أساساً لحماية مبدأ الشفافية بوصفه أحد المبادئ التي تحكم العقود الإدارية ومنذ المراحل السابقة على إبرام العقد بما يمنع إبرام تعاقدات مشبوهة أو تعاقدات يخل فيها التوازن بين الشفافية والسرية، وتتصف بكونها مستعجلة؛ لأنها تعطي للمحكمة مكنة تصحيح المخالفات مباشرة فور وقوعها عبر تعليق الاجراء المخالف أو وقف تنفيذه أو الغائه، فهي تقنية قضائية تسهم في ضمان تحقيق الشفافية والمساواة بين المرشحين ولمنع وقوع التواطؤ والفساد ومكافحته.

و سنتناول في هذا المطلب دراسة هذه الدعوى بصورتها قبل التعاقدية والتعاقدية بما يكشف عن دورها في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية وذلك عبر تقسيمه على فرعين نخصص الاول منهما للبحث في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية، وسنتناول في الفرع الثاني البحث في الدعوى الاستعجالية التعاقدية.

الفرع الأول: الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية

ويجري تحريك هذه الدعوى قبل توقيع العقد، لمواجهة المخالفات التي تقع من الإدارة وتمثل انتهاكا لمبدأ الشفافية وقواعد العلانية والمنافسة العادلة بين المرشحين، وقد نظم المشرع الفرنسي بشكل دقيق كل ما يتصل بهذه الدعوى سواء من ناحية شروطها ام أسباب الطعن وسلطات القاضي فيها، بينما لم يشهد التنظيم القضائي المصري وجود هذا النوع من الدعاوى مكتفياً بدعوى الغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري والتي اثبت التطبيق العملي عدم فاعليتها قياساً للدعوى المستعجلة قبل التعاقدية والتعاقدية كونها لا تنهض الا بعد إبرام العقد وتستغرق وقتاً طويلاً، ولا تحقق الحماية الكافية للمبادئ الأساسية التي تحكم العقود الإدارية كما لا تمنع وقوع الفساد وهدر المال العام مما يُضعف المنافسة والرغبة بالتعاقد مع الإدارة لانعدام الثقة بإجراءاتها. أما الوضع في العراق فشهد بعض التطورات القانونية والقضائية بشأن القضاء المختص بنظر منازعات العقود الإدارية عموماً، وظهور نوع جديد من الدعاوى وهي الدعاوى المستعجلة عبر الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ الذي وضع الاسس العامة لها، رغم انها لم تشهد تطبيقاً واضحاً المعالم، ولهذا سنتناول في هذا الفرع بيان الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في كل من فرنسا والعراق فحسب وذلك عبر البنود الآتية:

أولاً: الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في فرنسا: دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدية هي دعوى

قضائية موضوعية تنظر اصل الحق وتتخذ اجراءات نهائية وحاسمة في موضوع الدعوى، وتمتاز بكونها

وقائية خلافا للأصل العام في الدعاوى القضائية التي لا تتدخل الا بعد وقوع المخالفة، وتثار في المرحلة السابقة على ابرام العقد بهدف منع وقوع المخالفات والانتهاكات لمبدأ الشفافية والعلانية والمنافسة وهذا ما يمنحها أهمية من الناحية العملية، وتتصف بكونها مستعجلة؛ لأنها تعطي للمحكمة مكنة تصحيح المخالفات مباشرة فور وقوعها عبر تعليق الاجراء المخالف أو وقف تنفيذه أو الغائه، فهي تقنية قضائية لمنع الفساد ومكافحته، وتتسم بسعة نطاقها من ناحية امكانية الطعن إذ يمكن رفعها من اي شخص صاحب مصلحة وان لم يكن طرفا في العقد، ومن ناحية نطاقها فهي تشمل العقود الإدارية كافة.

وقد لاحظ المشرع الأوروبي عدم وجود دعوى قضائية فعالة تؤمن احترام قواعد الشفافية والعلانية والمنافسة في اجراءات التعاقد الإداري والمحاسبة على الانتهاكات الواقعة عليها وضمان الامتثال بها، فوجد من الضروري البحث عن وسيلة قضائية فعالة وعاجلة، فصدر التوجيه رقم ٦٦٥ في ٢١/١٢/١٩٨٩، الزام بموجبه الدول الأعضاء في الاتحاد بإيجاد دعوى قضائية للانتصاف من الانتهاكات التي تقع في اجراءات ابرام عقود التوريد وعقود الاشغال العامة لقواعد الشفافية والعلانية والمنافسة واتخاذ التدابير المناسبة لوضع حد لها ومعالجتها عن طريق تقرير الحق لكل صاحب مصلحة برفع دعوى مستعجلة ضد الإدارة المتعاقدة والمطالبة بوقف تلك الانتهاكات عن طريق منح قاضي الدعوى المستعجلة سلطات واسعة لامثيل لها في الدعاوى الأخرى نحو وقف التنفيذ أو تعليق الاجراءات والغاء القرارات والشروط التمييزية في البنود والمنشورات والوثائق، مقرا بعدم فاعلية دعوى الغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري بسبب توقيتها اللاحق لتوقيع العقد فضلاً عن عدم تأثير الغاء القرار المنفصل على الوجود القانوني للعقد نفسه ما لم يتمسك أطرافه بهذا الالغاء أمام قاضي العقد، وهذا ما يجعلها غير ذات تأثير ولا تحقق فائدة عملية للغير الذي هُدرت حقوقه بسبب مخالفات الإدارة اثناء اجراءات التعاقد. كما اصدر المجلس التوجيه رقم ١٣ في ٢٥ شباط ١٩٩٢ الذي اكد فيه على ضرورة تعزيز ضمانات الشفافية وعدم التمييز والحصول على وسائل انتصاف فعالة وعاجلة فيما يخص اجراءات منح العقود في قطاع المياه والطاقة والنقل والاتصالات^(١).

وبناء على ذلك ترجم المشرع الفرنسي هذه التوجيهات بعدة قوانين حول الطعون الخاصة بإجراءات التعاقد وتضمنت تعديلات على قانون القضاء الإداري^(٢)، وأهمها المرسوم رقم ٥١٥ الصادر في ٧

(١) منشور على الموقع الالكتروني الاتي: <http://www.marche-public.fr> في ٢٠/١١/٢٠٢١، الوقت: ٨:٤٨ p.m.

(٢) تمثلت بالقانون رقم ١٠ في ٤ كانون الثاني ١٩٩٢ بشأن الطعون الخاصة بإجراءات منح عقود التوريدات والاشغال العامة وتضمن تعديلات لقانون القضاء الإداري الفرنسي، و القانون رقم ١٢٢ في ٢٩ كانون الثاني ١٩٩٣ بشأن منع الفساد وشفافية الحياة الاقتصادية والاجراءات العامة، والقانون رقم ١٤١٦ في ٢٠ كانون الأول ١٩٩٣ المعدل لقانون رقم ١٢٨٢ في ١١ كانون الثاني ١٩٩٢ المتصل بإجراءات منح بعض العقود في قطاعات المياه والطاقة والنقل والاتصالات منشورة على الموقع الالكتروني الاتي: www.legifrance.gouv.fr بتاريخ: ٢٥/١١/٢٠٢١، الوقت: ١٢:٠٦ p.m.

ايار ٢٠٠٩ الذي وسع من نطاق تطبيق دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدية^(١)، وتستهدف هذه الدعوى منع وجود عقد يتجاهل قواعد الاعلان والمنافسة واجراءات الشفافية التي يخضع لها منح العقود واعطاء الحق للمرشحين الذين يواجهون خرقا لهذه القواعد الطعن مباشرة، وللقاضي الإداري المختص اتخاذ التدابير اللازمة لعلاج ذلك قبل توقيع العقد. ولم يتطلب المشرع الفرنسي انشاء ولاية أو تشكيل قضائي جديد مستقل عن محاكم القضاء الإداري، وإنما يعهد بنظرها إلى رئيس المحكمة الإدارية أو القاضي الذي ينتدبه وله إحالة الطلبات إلى المحكمة الإدارية لنظر الدعوى بتشكيلها الجماعي^(٢).

وترفع الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية من قبل أصحاب المصلحة في ابرام العقد والمعرضين للضرر من انتهاك التزامات العلانية والمنافسة التي تحكم العقود الإدارية، وكذلك لممثل الدولة في حالة العقود الموقعة من قبل سلطة محلية أو مؤسسة عامة محلية رفع هذه الدعوى، ويمكن الطعن من الجهات الحكومية أيضاً، وكذلك لممثل الولاية اي المحافظ الطعن في حالة وجوب ابرام العقد من قبل سلطة محلية أو مجموعة من السلطات المحلية أو مؤسسة عامة محلية (غير صناعية أو تجارية) مالم يتعلق الطلب بالعقود الممنوحة من الدولة. وللدعاء العام ذلك في حال ابلغت المفوضية الأوروبية الدولة بالأسباب التي تشكل اخلافا جسيما بالتزامات العلانية والمنافسة^(٣). ولا يشترط من المدعي اثبات وقوع الضرر فعلا إذ تبنى المشرع والقضاء المصلحة المحتملة، وبذلك على المدعي ان يثبت ان مخالفة التزامات الشفافية قد الحقت الضرر به أو المخاطرة بإلحاقه ولو بشكل غير مباشر عبر تفضيل منافس آخر عليه^(٤)، ولكن لا تقبل الدعوى من شخص لا تتوفر لديه هذه المصلحة مطلقا. واستنادا لذلك يكون للمرشحين الذين استبعدوا من المنافسة دون وجه حق أو لم يتمكنوا من الاشتراك بسبب يعود لمخالفة قواعد العلانية وحرية المنافسة رفع هذه الدعوى. كما أجاز القضاء الطعن للمرشح الذي تقدم بعطائه للحصول على جزء من العقد المزمع ابرامه إذا شاب ذلك الجزء اي انتهاك لقواعد الشفافية والمنافسة والمساواة وان لم يتقدم للحصول على العقد ككل و له ان يطلب من القاضي الغاء اجراء الشراء بأكمله^(٥). كما اعطى القضاء الإداري للشركة المرشحة للتعاقد من الباطن حق رفع هذه الدعوى إذا كان لها مصلحة

(1)publié sur le site: legifrance.gouv.fr.D: 19/11/2021,T:5:48p.m

(2) C.E, 7/10 SSR, du 19 mars 1997,no 163293,mentionné aux tables du recueil lebon, publié sur le site: legifrance.gouv.fr. D: 22/11/2021,T:5:14 p.m.

(٣)المادة (14-551)من قانون القضاء الإداري الفرنسي،وينظر: المادة 10-551 من قانون القضاء الإداري الفرنسي.

(4) C.E, 3 Octobre 2008, N° 305420, Smirgeomes, publié sur le site: <http://www.marche-public.fr>,D: 21/11/2021,T:11:50 p.m.

(5)C.E, 11 Mai 2007, n° 298863, Région Guadeloupe, publié sur le site: <http://www.marche-public.fr>,D: 21/11/2021,T:11:27 p.m.

في ابرام العقد^(١).

ومن ثم لأي شخص حق الطعن وان لم يشترك في المنافسة مادامت له مصلحة في ابرام العقد^(٢)، وتأكيذا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ٨ اب ٢٠٠٨ بان تخصص الشركة المهني أي الملاءمة بين انشطتها والهدف من الخدمات المتوقعة في العقد كافٍ لإثبات مصلحتها في ابرام العقد ودون الحاجة إلى اثبات انها منعت من ان تكون مرشحة^(٣). وقضى بان تقديم الشركة عرضا مشتركا بوصفها عضوا في مجموعة تضامنية يجعلها صاحبة مصلحة في الطعن لإلغاء الاجراء الخاص بإبرام العقد بسبب مخالفات في اعلان الدعوة العامة للمنافسة وتجاهل التزامات النشر وعدم تضمينها اي معلومات تسمح بتقييم القدرات المهنية والفنية والمالية^(٤).

ويتوجب على الطاعن تبليغ الإدارة المتعاقدة برفع الدعوى وتعد مبلغة من تاريخ استلام التبليغ^(٥)، و ذلك لمنع توقيع العقد فتلتزم الإدارة اعتبارا من تاريخ الاحالة إلى المحكمة بالامتناع أو وقف توقيع العقد وحتى صدور الحكم القضائي^(٦). وللقضاء الحكم ببطلان العقد والرجوع عن منحه في حال تجاهل ذلك، وتأكيذا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ٢٥ حزيران ٢٠١٨ بإلغاء حكم قاضي الدعوى المستعجلة في محكمة تولون الإدارية لان الإدارة لم تتجاهل التزام عدم التوقيع على العقد، إذ لم يتم اخطارها بالطعن على وفق القانون وعجز الطاعن عن اثبات الاحالة إلى المحكمة عبر ارسال اقرار باستلام الطلب الصادر عن طريق الاتصال الهاتفي فيكون الطعن قبل التعاقد غير مقبول^(٧).

(1) TA Marseille, 23 decembre 2008, association provence action service, req, n° 0808294 et n° 0808522 et 0808531, selon Simon daboussym et Auberi qouson: Quelles voies de recours contentieux pour contrats publics, publié dans la revue Contrats publics, n° 179, 2017, p. 61.

(2) C.E, 7-2 éme SSR, 11-4- 2012, n° 355446, le site: legifrance.gouv.fr. D: 21/11/2021, T: 11:50p.m.

(3) C.E, 8 août 2008, n° 307143, Région de Bourgogne, et CAA Lyon 16 Mai 2013 M. Jean-Charles B, req, n° 12LYo1414, publié sur le site: legifrance.gouv.fr. D: 21/11/2021, T: 11:55 p.m.

(4) C.E, 29/06/2005, n° 266631, publié sur le site: legifrance.gouv.fr. D: 21/11/2021, T: 11:55 p.m.

(٥) المادة (R551-1) من قانون القضاء الإداري - الجزء التنظيمي.

(٦) المادة (L551-4) من قانون القضاء الإداري الفرنسي - الجزء التشريعي.

(7) C.E, 25 juin 2018, no 4177734, société nospitalière d' assurances mutuelles, publié sur le site: legifrance.gouv.fr. D: 22/11/2021, T: 1:40 p.m.

أما ميعاد رفع الدعوى فيجب ان يكون قبل توقيع العقد حتما والا فذلك يعد مانعا من رفعها، فيحدد ميعاد الطعن من تاريخ وقوع الانتهاك وقبل توقيع العقد^(١)، وذلك ينسجم مع كونها دعوى وقائية لمنع الاستمرار في اجراءات توقيع العقد للنظر فيما إذا كان يتضمن خرقا لقواعد الشفافية والعلانية والمنافسة. والحكمة من امكن تقديم الطعن باي وقت خلال مراحل اجراءات التعاقد يسمح بتصحيح المخالفات إذا لزم الأمر قبل توقيع العقد^(٢). ولضمان عدم توقيع العقد يلزم المشرع الفرنسي الإدارة بعد اختيار صاحب العطاء ان تمضي فترة زمنية معينة بين اخطار اصحاب العطاءات المستبدين وبين توقيع العقد يطلق عليها تسمية فترة التعليق، فيتاح لكل صاحب عطاء مستبعد فرصة اللجوء إلى القضاء المستعجل قبل التعاقد لمخالفة قواعد الشفافية، ولا تقل هذه المدة عن (١٦) يوم وتقلص إلى (١١) يوم في حالة قيام الإدارة بالإخطار الالكتروني لجميع اصحاب العطاءات، أما العقود التي لاتحتاج إلى نشر الا في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي فتكون المدة أحد عشر يوما كحد ادنى بين تاريخ النشر وتوقيع العقد^(٣).

وقد يحصل ان تخالف الإدارة هذا الالتزام وتتجاهل مدة التعليق رغم تبليغها بوضوح بوجود الدعوى، وهذا ما أوضحته أحكام مجلس الدولة الفرنسي في ٢٥ كانون الثاني ٢٠١٩ وفي ١٧ تشرين الأول ٢٠١٦ وقيام الإدارة بالتوقيع على العقد بعد مضي خمس ساعات فقط على استلامها التبليغ بوجود دعوى مستعجلة قبل التعاقدية اقامها صاحب العطاء المرفوض^(٤). ويلجأ المجلس إلى فرض الغرامة المالية على مثل هذه المخالفات وهذا ما تضمنه حكمه في ٢٧ ايار ٢٠٢٠ بسبب قيام احدى السلطات المحلية بتوقيع العقد رغم ابلاغها عن طريق الفاكس والبريد الالكتروني بوجود دعوى مستعجلة قبل التعاقدية^(٥).

(1) TA Lyon , ord, 9 janv 2012, req, n°11076679, stè coriolis Telecom, BJC P2012, p.219 , et C.E, 3 novembre 1995, n° 157304, Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées, et 17 octobre 2007, n° 300419, Société Physical Networks Software, publié sur le site: <http://www.marche-public.fr>, D: 15/12/2021, T:9:07 p.m.

(2) C.E, 12 juillet 2017, n°416832, Société etudes creations of informatique , publié sur le site: <http://www.marche-public.fr>, D: 24/11/2021, T:9:12 p.m.

(٣) المادة (١٥-١٥٥١ L) من قانون القضاء الإداري الفرنسي - الجزء التشريعي.

(4) C.E, 7ème - 2ème chambres reunites, 25 janvier 2019, n°423159, Beah (Bureau européen d'assurance hospitalière) mentionné dans les tables du recueil lebon, et C.E, 17 October 2016, N° 400791, Ministre de la défense, mentionné dans les tables du recueil lebon, publié sur le site: <http://www.marche-public.fr>, D: 25/11/2021, T:4:04 p.m.

(5) C.E, 27 mai 2020, n° 435982, Société Clean Building - Mentionné dans les tables du recueil Lebon, publié sur le site: <http://www.marche-public.fr>, D: 7/1/2022, T:10:03 p.m.

ونشير إلى أن هذه الدعوى لا تتطلب توكيل محامي لأنها لا تتضمن امكانية المطالبة بمبالغ مالية أو تخفيضها أو حل نزاع ناشئ عن العقد وفقا لأحكام قانون القضاء الإداري^(١). كما لا يشترط توافر شرطي الجدية والاستعجال بل يكفي وجود اخلال بالتزامات الشفافية والعلانية والمنافسة في إجراءات ابرام العقد.

أما أسباب الطعن في الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية فلا توجد أسباب محددة على سبيل الحصر كما هو الحال بالنسبة لأوجه الطعن بالإلغاء لإقامة الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية، ولكنها تتحدد بالمخالفات لقواعد الشفافية وحرية الدخول في المنافسة التي نص عليها قانون العقود العامة، و أشر القضاء الإداري الفرنسي هذه المخالفات بالاتي:

أ-المخالفات المتصلة بقواعد النشر والاعلان: ويشمل ذلك حالات عدم النشر عن نية الإدارة ابرام عقد إداري مما يشكل اخلالا بمبدأ الشفافية وقواعد العلانية^(٢)، ومن ذلك عدم ارسال الاعلان إلى مكتب منشورات الاتحاد الأوروبي^(٣)، وتتحقق هذه المخالفات في حالة قصور النشر والاعلان نحو عدم كفاية مضمونه فعدم دقة وصف موضوع العقد يمكن ان تضلل المرشحين المحتملين بشأن طبيعة ومدى العمل الذي سيتم تنفيذه^(٤)، وغموض المتطلبات التقنية التي ينص عليها اعلان العقد^(٥)، و عدم ذكر التاريخ المحدد لبدء تنفيذ العقد في اعلان الدعوة العامة للمنافسة^(٦). ويعد الخطأ في النشر أو الاعلان سببا للطعن في حال اخلاله بمبدأ الشفافية، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ٣٠ حزيران ٢٠٠٤^(٧).

(١) المادة (R431-2) من قانون القضاء الإداري الفرنسي - الجزء التنظيمي.

(2) C.E, Assemblée, du 10 juin 1994, n° 141633, et C.E, section 10 mai 1998, req, n° 188239, publié au recueil Lebon, le site: legifrance.gouv.fr.D:26/11/2021,T:7:09 p.m.

(3) C.E ,7ème et 5ème sous-sections réunies, du 19 novembre 2003, no257100, mentionné aux tables du recueil Lebon, publié sur le site: legifrance.gouv.fr.D: 25/11/2021,T:2:10 p.m.

(4) C.E, 7ème et 2ème sous-sections réunies, du 29/06/2005,n° 266631, Inédit au recueil Lebon. publié sur le site: legifrance.gouv.fr.D: 25/11/2021,T:2:10 p.m.

(5) C.E, 7 / 5 SSR, du 19 octobre 2001,n° 234298, mentionné aux tables du recueil Lebon, publié sur le site: legifrance.gouv.fr.D: 28/11/2021,T:8:18 p.m.

(6) C.E, 7ème et 2ème sous-sections réunies,19 septembre 2007,Req,n° 298294. publié sur le site: legifrance.gouv.fr.D: 24/11/2021,T:4:40 p.m.

(7) C.E, 7ème et 2ème sous-sections réunies, du 30 juin 2004, n° 263402, mentionné aux tables du recueil Lebon, publié sur le site: legifrance.gouv.fr. D:26/11/2021,T:7:30 p.m.

ب- المخالفات المتصلة بمواصفات العقد: وتتمثل بعدم احترام الإدارة المواصفات الفنية في العقد و يستتبع ذلك الوقوع بالخطأ في الاجراءات وفي اختيار أسلوب التعاقد مايعد انتهاكا جسيما لمبدأ الشفافية^(١)، كتضمينها عناصر تمييزية أو عنصر تفضيلي لأحد المرشحين على حساب غيره أو مواصفات أكثر تعقيدا مما نص عليه القانون^(٢)، أو مواصفات تقنية محددة لا تتوافق مع موضوع العقد المزمع ابرامه^(٣)، وذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ١٩ ايلول ٢٠٠٧ إلى عدم امكانية اللجوء إلى أسلوب التصميم والتنفيذ لإبرام العقد أو إلى أسلوب المفاوضات استنادا إلى خطأ في المواصفات^(٤).

ث- المخالفات المتصلة بقبول العطاءات: ويشمل ذلك قبول الإدارة لعطاءات غير مستوفية للشروط أو تغاضيها عن مطابقة العطاءات لبعض الأوضاع القانونية إذ يشكل ذلك مساسا بالتزامات الشفافية والمنافسة، وللقاضي مراقبة الخطأ الظاهر في التقييم إذ ليس له تقييم مزايا العطاءات^(٥).

ج- المخالفات المتصلة بإبلاغ أسباب رفض واستبعاد العطاءات: يتوجب على الإدارة اخطار المرشحين الذين رُفضت عطاءاتهم أو المستبعدةين بأسباب ذلك وبيان من رسي عليه العقد خلال فترة معينة ويعد عدم ابلاغهم بذلك اخلالا بمبدأ الشفافية . ويتحقق قاضي الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية من مشروعية تلك الأسباب بالرجوع لأحكام قانون المشتريات العامة.

خ- المخالفات المتصلة بقواعد اختيار المتعاقدين: وتتمثل بعدم احترام الإدارة لمعايير اختيار العطاء الأفضل إذ يراقب القضاء معايير اختيار العطاءات وتطبيقها وفيما إذا كانت تشكل اخلالا بمبدأ الشفافية والمنافسة العادلة والمساواة نحو اعتماد الإدارة على معيار السعر في تقييم العطاءات في الحالات التي لا يمكن الاعتماد فيها على هذا المعيار لوحده، وتأكيدا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ٢٨ نيسان ٢٠٠٦ بإلغاء قرار بلدية تولوز برفض العطاء المقدم من شركة (جان كلود ديكو)؛ لأن البلدية رجحت المعيار الجمالي من دون بيان ذلك في المستندات التعاقدية أو في ردها على طلب المعلومات المقدم من الشركة ولا يوجد مؤشر لذلك، فالبلدية لم تعتمد تقييما للعطاءات يؤمن الشفافية والمعاملة

(١) C.E, section, du 20 mai 1998, n°188239, le site: legifrance.gouv.fr. D:24/11/2021, T:6:59 p.m.

(٢) زبيدة عرافة: دور قاضي الاستعجال في حال منازعات الصفقات العمومية قبل الإبرام، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة علي فارس بالمدينة-الجزائر، ع ٢٠١٨، ص ٥٢٦، ومحمد مهدي علام: الدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، مجلد ١، العدد ٢، بلاسنه نشر، ص ٢٠٧.

(٣) C.E, 3 nov 1995, N°152484. le site: legifrance.gouv.fr. D:23/11/2021, T:8:10 p.m.

(٤) C.E, 7ème et 2ème sous-sections reunites, 19 septembre 2007, n°296192. publié sur le site: legifrance.gouv.fr. D:23/11/2021, T:9:46 p.m.

(٥) C.E, 1 er mars 2012, n° 354159, le site: legifrance.gouv.fr. D:1/12/2021, T:5:20 p.m.

المتساوية ولم تقف بالتزامات المنافسة التي تقع على عاتقها^(١).

أما الحكم في الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية فيتولى القاضي في هذه الدعوى الفصل في اصل الحق مباشرة على شكل اجراءات موجزة مراعيًا الحد الأدنى من الشكليات، على خلاف القضاء المستعجل التقليدي الذي يقتصر على اتخاذ اجراءات مؤقتة. إذ منح المشرع القاضي السلطات التي تكفل معالجة المخالفات لمبدأ الشفافية والتزامات العلانية والمنافسة ووضع حد لها^(٢)، فللقاضي ان يأمر مرتكب المخالفة بالامتنال لالتزاماته وهو بذلك انما يقوم بتوجيه الأوامر للإدارة على خلاف المستقر لدى القضاء الإداري الفرنسي بعدم جواز التدخل في عمل الإدارة بتوجيه الأوامر بالقيام بعمل أو الامتناع عنه، و اجبار الإدارة على عدم مخالفة مبدأ الشفافية والتزامات العلانية التي نص عليها القانون كالزامها بالإفصاح عن أسباب استبعاد أحد العطاءات^(٣).

و ان للقاضي اتخاذ اجراءات تحفظية مؤقتة، إذ له الحكم بوقف تنفيذ اي قرار يتصل بتوقيع العقد، وهذه السلطة تتناسب وطبيعة هذه الدعوى التي تتطلب اتخاذ اجراءات عاجلة لمنع استمرار الانتهاكات بالنظر إلى صعوبة تدارك الاضرار الناجمة عنها في حال المضي بالعقد، وهذا الإجراء مؤقت لحين حسم الدعوى ولحماية الأفراد الذين ليس لديهم وسيلة لوقف تلك الإجراءات، وسلطة القاضي في ذلك تقديرية فله الموازنة بين المصالح كافة التي يمكن أن تتضرر لاسيما المصلحة العامة، موازناً بين المنافع والأضرار المتحققة التي قد تفوق فوائدها، فللقاضي رفض وقف التنفيذ لإجراءات التوقيع أو لأي قرار يتصل بإبرام العقد لتأثير ذلك على المصلحة العامة. ومن ذلك أيضاً الحكم بتأجيل توقيع العقد لتفادي نتائج يتعذر تداركها وحتى نهاية الاجراءات القضائية على ان لا تتجاوز مدة التأجيل عشرين يوماً كحد أقصى، ويمكن للقاضي اتخاذ هذا الاجراء بمجرد رفع الدعوى ودون حاجة لإثبات حصول المخالفة^(٤). وللقاضي سلطة الغاء اجراءات ابرام العقد جزئياً أو كلياً المخالفة لالتزامات الشفافية والعلانية والمنافسة والمساواة^(٥)، وكذلك الغاء القرارات المتصلة بتوقيع العقد إذا تضمن العقد واجراءاته مخالفة لهذه المبادئ، ويشمل ذلك الغاء البنود والمواصفات أيضاً التي تتجاهل هذه الالتزامات.

(1) C.E, 28 avril 2006, no 280197, le site: legifrance.gouv.fr.D: 1/12/2021,T:5:20 p.m.

(٢) المادة (L551-2) من قانون القضاء الإداري - الجزء التشريعي.

(٣) الغى القانون رقم ١٢٥ في ٧ شباط ١٩٩٥ المتصل بتنظيم المحاكم والاجراءات المدنية والجنائية والإدارية، الحظر المفروض على القضاء الإداري بعدم توجيه اوامر للإدارة، فمنح محاكم القضاء الإداري بمختلف درجاتها سلطة توجيه الاوامر للإدارة والحكم عليها بغرامة تهديدية لضمان تنفيذ أحكامها.

(٤) محمد مهدي علام : المصدر السابق، ص ٢١٠.

(٥) C.E, 7ème et 2ème sous-sections reunies, 15/12/2006, n° 298618, et C.E 20/10/2006, n° 289234, ,publié sur le site: legifrance.gouv.fr.D:4/12/2021,T:2:53 p.m.

ويطعن بالحكم الصادر في هذه الدعوى أمام مجلس الدولة الفرنسي خلال مدة ١٥ يوم من تاريخ تبليغه. ولا يتم قبول الطعن إذا قامت الإدارة بإزالة المخالفة التي ارتكبتها إذ ستنتفي عندها الحاجة للفصل في الطعن^(١). ولا تكون هناك حاجة للنظر في الطعن إذا تخلت الإدارة عن إبرام العقد لأغراض المصلحة العامة أو عندما تقرر إعادة طرح عملية التعاقد للمنافسة من جديد للغرض نفسه^(٢).

ثانياً: الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في العراق: تخرج منازعات العقود الإدارية في النظام القضائي العراقي عن اختصاص القضاء الإداري رغم ان ذلك يعد من صميم اختصاصه سواء في مصر ام فرنسا، ويختص القضاء المدني بالفصل فيها، إلا أنه بعد صدور الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ تم انشاء محكمة مختصة في وزارة التخطيط والتعاون الانمائي للنظر في اعتراضات مقدمي العطاءات^(٣).

ومارست المحكمة مهامها واصدرت العديد من الأحكام التي أجاز القانون الطعن بها أمام محكمة الاستئناف المختصة^(٤)، وجاءت آلية تشكيل المحكمة خارج إطار قانون مجلس الدولة وقانون التنظيم القضائي ومحدودة في نطاق اختصاصها إذ اقتصر على العقود المبرمة عن طريق المناقصات العامة، وحاولت هذه المحكمة إبراز الصفة القضائية للدعوى التي تنظرها^(٥)، والطبيعة الإدارية الخاصة بها^(٦)، و بانها دعوى مستعجلة^(٧). ولم يكتب لهذه المحكمة عمراً طويلاً إذ الغيت وأعيد الاختصاص بنظر منازعات العقود الإدارية الناجمة عن المناقصات إلى القضاء العادي ممثلاً بمحكمة البداية، إذ صدر بيان مجلس القضاء الاعلى/دائرة شؤون القضاة وأعضاء الادعاء العام، متضمناً انشاء محكمة بداية

(1)CE,1/2 SSR,du 16-1-2002,N°221745,le site:legifrance.gouv.fr.D:6/12/2021,T:9:48p.m.

(2)C.E, 7ème sous-section jugeant seule, 28 avril 2004 ,N°252731,publié sur le site: legifrance.gouv.fr.D: 6/12/2021,T:10:53 p.m.

(٢)المادة (١٢/ج/ولا) من الامر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل ،والبند (أ وب) من (ثانياً) من المادة(١٠)من تعليمات تنفيذه رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ الملغية.

(٤) البند (خامساً) من المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ الملغية.

(٥) حكم رقم ٤٢/إدارية تخطيط/٢٠١١ في ١٩/١٠/٢٠١١. شهاب احمد ياسين و خليل المشاهدي:المصدر السابق،ص١٣٤.

(٦) حكم ٥/إدارية تخطيط/٢٠١١ في ٣٠/٣/٢٠١١، شهاب احمد ياسين و خليل ابراهيم المشاهدي:المصدر السابق،ص٥٦.

(٧)حكمها المرقم ٣٤/ إدارية تخطيط/٢٠١١ في ٢٥/١٢/٢٠١١ اتباعاً لقرار نقضه، ومما جاء فيه (...ان الدعوى امام هذه المحكمة هي دعوى مستعجلة وتنظر بصفة مستعجلة لان الاعتراض امام هذه المحكمة يوقف السير بإجراءات الاحالة وإبرام العقد بعد الاحالة لحين حسم هذا الاعتراض وهذا معناه عدم المباشرة بالمشروع الحكومي الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وتحقيق المشاريع الحكومية والقول بخلافه معناه انتهاء صفة الاستعجال التي ارادها القانون اي قانون العقود الحكومية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ ولاسيما القسم ١٢ منه لحسم موضوع الاعتراض....). نقلاً عن شهاب احمد ياسين و خليل ابراهيم المشاهدي: المصدر السابق، ص١١٧.

مخصصة في دعاوى عقود المقاولات في كل منطقة استثنائية^(١)، ثم جرى دمج محكمتي البداية المختصة بالنظر في دعاوى المقاولات في رئاسة استئناف بغداد الكرخ والرصافة الاتحادية بمحكمة واحدة^(٢)، وبناء على بيان مجلس القضاء الاعلى بالعدد ١٥٤/ق/أ في ٢٦/١١/٢٠١٤ جرى نقل اختصاص محكمة البداية المختصة بالمقاولات إلى تلك المختصة بالدعاوى التجارية وابتداء من ٢٤/١١/٢٠١٤.

وقضت محكمة التمييز الاتحادية بان أحكام محكمة البداية بعد صدور قانون الغاء المحكمة الإدارية المختصة بالعقود لا تقبل الطعن استئنافا كونها من الدعاوى غير مقدرة القيمة، وبذلك يكون الطعن فيها من اختصاص محكمة التمييز الاتحادية؛ لأنها تصدر بدرجة اخيرة^(٣). ولم يحدد قانون التعديل الاول للأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ السلطات المقررة لمحكمة البداية عند النظر بمنازعات العقود العامة والقواعد القانونية المطبقة عليها، وهذا يدفعنا إلى القول ان الاختصاصات الواردة في الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل تنتقل إلى القضاء العادي ومن بينها القضاء الاستعجالي، رغم التعارض والتباين الواضح في طبيعة عمل القضاء العادي عن القضاء الإداري ومنها القضاء المستعجل قبل التعاقد والتعاقد وهذه من اهم الصعوبات التي تواجه المحاكم العادية من ناحية وعاملا لإفشال تقنية القضاء الاستعجالي من ناحية أخرى^(٤).

ومن الجدير بالذكر أن إلغاء هذه المحكمة لم يكن مسوغاً بشكل كافٍ والأسباب التي ساقها قانون الغائها ليست كافية لإسناد الاختصاص للقضاء العادي^(٥)، ويثير مجموعة من التساؤلات، فلماذا لا يناط الاختصاص بالقضاء الإداري وهو المختص بنظر المنازعات الإدارية بمختلف أنواعها والاقدر على الفصل فيها لما يملكه اعضائه من تخصص وخبرة فضلاً عن ان القضاء الإداري يوفر ضمانات اكبر لاسيما بالنسبة للإدارة، ومواعيد الطعن فيه اقصر نسبياً واسرع في حسم الدعاوى قياساً بالقضاء العادي ولهذا لم يعد من المستساغ استمرار القضاء العادي بنظر هذه الدعاوى، كما يلاحظ ان القانون لم يحدد القواعد الواجب تطبيقها، لذلك الوضع القائم يفسح المجال أمام الإدارة لإبرام وتنفيذ العقود رغم ما يشوبها من شبهات فساد ومخالفات لمبدأ الشفافية والعلانية والمنافسة العادلة ما يضعف الثقة بالإدارة في إطار

(١) العدد ١٤٧/ق/أ في ٢٥/١٢/٢٠١٢، منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٤٢٦٣ في ١٤/١/٢٠١٣.

(٢) بيان مجلس القضاء الاعلى المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٢٣٢٣ في ٢/٦/٢٠١٤.

(٣) حكمها المرقم ٦١١/ الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠١٤ في ٢٤/٢/٢٠١٤، نقلاً عن احمد فاهم مسلم علي: الحماية القانونية لمبدأ المنافسة في مناقصات العقود الحكومية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٩، ص ١٢٣.

(٤) دريد عيسى ابراهيم: المصدر السابق، ص ٥١٣.

(٥) ينظر: الأسباب الموجبة لقانون رقم ١٨ لسنة ٢٠١٣.

علاقتها مع الفاعلين الاقتصاديين ويتسبب بهدر المال العام. كما أنَّ الرغبة بسرعة حسم الدعاوى لتنفيذ العقود لا يجوز أن يكون على حساب المشروعية ومبدأ الشفافية وهو مبدأ تحرص الدول على إحاطة العقود العامة به.

وكان الأولى بالمشروع ومن أجل تعزيز دور القضاء وضمان تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في العقد الإداري ان ينظم تقنية القضاء المستعجل بوصفها وسيلة قضائية تتسم بالسرعة والفاعلية في حسم المنازعات ووقف المخالفات المتصلة بالشفافية او حتى مخالفة السرية الواجبة، فكان لسوء تنظيم الاختصاص القضائي أثراً انعكس سلباً على حقوق المتعاقدين والقدرة على وقف المخالفات لمبادئ الشفافية والعلانية والمنافسة العادلة والمساواة وعلى منع وقوع التواطؤ والفساد وهدر المال العام في إبرام العقود الإدارية، واضعف من قيمة هذه المبادئ وتجاهل الإدارة لها. ولهذا ندعو المشرع مع من سبقنا في ذلك إلى اناطة الاختصاص القضائي بمنازعات العقود الإدارية بمحكمة القضاء الإداري في مجلس الدولة العراقي أو انشاء محكمة عقود إدارية ضمن تشكيلات هذا المجلس وعلى وفق أحكام القانون. وبالرجوع إلى نصوص الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤، نجد انه اسس فعلاً لوجود قضاء مستعجل وبشكل يقترب حتى من النظام الفرنسي وان كانت تشوبه الضبابية رغم ان بعض الفقه ذهب إلى خلاف ذلك^(١).

وحدد الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ صفة المدعي في الدعوى بانه مقدم العطاء الذي يظن انه ظلم في قرار التعهدات العامة الحكومية أو يعتقد بان أحكام المناقصة قيدت وبشكل غير عادل المنافسة الحرة والنزاهة وبأسلوب ابعده عن المنافسة بطريقة غير قانونية^(٢). وحدد الأمر الطرف ذو المصلحة بأنه أما مقدم العطاء أو مناقص حالي أو محتمل وله فرصة بكسب العقد والذي تتأثر مصالحه الاقتصادية بالفوز أو الاخفاق بالعقد^(٣). فيكون المدعي أما صاحب مصلحة محققة أو محتملة. ويعني ذلك ان الطاعن قد يكون غير مشترك في المنافسة الا انه كان باستطاعته ذلك لولا المخالفات التي ارتكبتها الإدارة كعدم الاعلان عن المنافسة أو قصوره أو نقص في بياناته الجوهرية، ووفقاً لذلك يمكن للغير الطعن شرط اثبات ان له مصلحة بذلك، وقد قضت تأكيداً لذلك محكمة التمييز الاتحادية في حكمها بتاريخ ٢٠٢٠/١٢/٢٨ بانه (...تكون لدعوى المدعي سندها من القانون في حدود طلب الغاء المناقصة كون له مصلحة في اقامتها لاحتمال دخوله إلى المنافسة مجدداً عند اعادتها اجرائها...)^(٤).

(١) ينظر: د. عثمان ياسين علي: المصدر السابق، ص ٤٥٥. ود. جواد كاظم الحساني: المصدر السابق، ص ٤٥٦-٤٦٢.

(٢) المادة (١٢ / أ) من الامر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤.

(٣) المادة (١٢ / أ / أولاً) من الامر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤.

(٤) حكمها المرقم ٣٨٣٧/الهيئة المدنية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١٢/٢٨، نقلاً عن محمد علي محمود نديم: المصدر السابق، ص ٥١١.

كما نص الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ على ان للمتعاقد الذي يريد ممارسة حقه في الطعن القضائي أن يبحث أولاً عن قرار خطي مكتوب حول مستحقته التي يطالب بها عبر تقديم طلب خطي إلى سلطة التعاقد على أن يصدر خلال مدة زمنية معقولة، ويعد عدم استلامه قرار قطعي تحريري بعد تلك المدة وسكوت الإدارة رفضاً لطلبه^(١). وبذلك ان هذا الاعتراض يعد وجوبياً قبل رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة، الأمر الذي أكدته المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية في حكمها بتاريخ ٢٠١١/١/٢١ بأن على المدعي استيفاء الشروط الشكلية في الاعتراض على قرار الاحالة والوقوف على نتيجة الاعتراض ومن ثم المباشرة بالدعوى ولذلك هي واجبة الرد^(٢). وللمتعاقد حق الطعن بالقرار الخطي الصادر من الإدارة لدى المحكمة المختصة ويجب عليها اصدار حكمها خلال مدة معقولة^(٣)، وقد نظمت تعليمات رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ آلية الاعتراض^(٤)، ويلاحظ أنها اشترطت تقديم المعارض تعهد رسمي مصدق أصولياً حسب القانون بدفع قيمة الأضرار الناجمة عن تأخير توقيع العقد لأسباب كيدية أو غير مسوغة لصالح جهة التعاقد، وذلك غير مبرر لما فيه تقييداً لحق التقاضي الذي منحه المشرع دون قيد ولم يفرض شرطاً لممارسته، وأن الغاية من حق التقاضي نيل الحقوق والانتصاف وهذا الشرط سيكون مانعاً من رفع الدعاوى خوفاً عما يترتب عليها.

وشرط التظلم المسبق كان مطبقاً في فرنسا إلا أنه الغاء؛ لان الإدارة المتعاقدة ستعلم مسبقاً بان هناك من سيخاصمها فتسارع إلى اتمام ابرام العقد أو تنفيذه^(٥). وهو ما نراه صائباً وجديراً بالاتباع إذ لا ينسجم شرط التظلم مع الطبيعة الاستعجالية، و من الضروري الاهتداء بموقف المشرع الفرنسي بشأن ضرورة تبليغ الإدارة بوجود الطعن أمام القضاء لتمتع عن توقيع العقد خلال المدة اللازمة للفصل فيها.

أما ميعاد الطعن فلم ينص الأمر ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل على ذلك، و نرى انه يتحدد من تاريخ وقوع المخالفة وقبل توقيع العقد، وهذا التحديد ينسجم وطبيعة الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية إذ لا فائدة ترجى منها في حال تم توقيع العقد رغم وقوع المخالفة^(٦). كما تتمثل أسباب الطعن بمخالفات الإدارة

(١) المادة (١٢ / ٢ / ب) من الامر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤.

(٢) حكمها بالدعوى المرقمة ٣٢ / إدارية تخطيط / ٢٠١٠ في ٢٠١١/١/٢١. نقلاً عن شهاب احمد ياسين و خليل ابراهيم المشاهدي: المصدر السابق، ص ٢٤.

(٣) المادة (١٢ / ٢ / ت) من الامر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤.

(٤) الفقرة (ثانياً) من المادة (٧) من تعليمات رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

(٥) الغي شرط التظلم المسبق بموجب مرسوم رقم ١١٥ في ٢٢/١١/٢٠٠٠، ينظر: د. احمد قاسم علي شرهان السوداني: قضاء العجلة لدى مجلس الدولة دراسة مقارنة، ط١، مكتبة القانون المقارن، العراق- بغداد، ٢٠٢١، ص ٤٦٦.

(٦) نص الفقرة (خامساً) من (المادة ٧) من تعليمات رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ بأنه (على جهة التعاقد عدم توقيع العقد لحين حسم الاعتراضات من رئيس جهة التعاقد وفق ما منصوص عليه في هذه المادة).

بشأن اجراءات التعاقد ومنها تلك التي تنتهك مبدأ الشفافية بوصفه أحد المبادئ التي تحكم العقود الإدارية وينطبق الأمر على حالة انتهاك السرية الواجبة.

وتفصل المحكمة في موضوع الدعوى ولا تقتصر سلطاتها على اتخاذ الاجراءات التحفظية والمؤقتة، وقد حدد الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ هذه السلطات إذ نص بأن (للمحكمة ان تصدر قرارا حول الاعتراض في اقرب وقت ممكن، ويجوز لها من بين الأشياء المناسبة الأخرى وان تدير صلاحية التعاقد باتخاذ الاجراء الصحيح على سبيل المثال وليس الحصر الغاء العقد الممنوح واعادة متطلبات وتقييم المناقصة المستلمة مقابل الايفاء أو اتخاذ اجراءات ضرورية انسجاما مع هذا الأمر وانظمة التنفيذ المنصوص عليها بموجب سلطة هذا الأمر^(١). ووفقا لهذا النص اعطى المشرع للمحكمة سلطة اتخاذ الاجراء الصحيح وذلك لا يكون الا عن طريق توجيه الأوامر للإدارة المتعاقد في حال مخالفتها شروط التعاقد واجراءاته، لاسيما وانه وسع من صلاحياتها ومن ذلك اعادة اجراءات التعاقد^(٢). وللمحكمة اتخاذ الاجراءات الضرورية لوقف المخالفات كتدبير مؤقت وقائي و يشمل ذلك وقف تنفيذ القرار الصادر بالإحالة ويستتبع ذلك وقف توقيع العقد، لاسيما وان المشرع منع الإدارة من الاستمرار بإجراءات التوقيع لحين حسم الاعتراض أو التظلم المقدم أمامها، وان اتخاذ اجراء وقف تنفيذ يعود تقديره للمحكمة اذ لها رفض ذلك^(٣)، كما للمحكمة إلغاء القرارات المتصلة بالعملية التعاقدية^(٤)، الا انه ليس لها فرض الغرامات المالية على الإدارة .

ولكل ما تقدم نجد ان الأمر ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل وضع الأساس القانوني لتقنية القضاء المستعجل قبل التعاقدي ورسم الإطار العام له، رغم القصور وضعف الصياغة الذي رافق ذلك، لذلك الأمر يتطلب تدخل المشرع وایجاد تنظيم قانوني دقيق يتضمن انشاء تشكيل قضائي مختص بنظر منازعات العقود

(١) المادة (١٢/١) ثانيا من الامر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤.

(٢) قضت في ذلك المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية بإلغاء قرار الاحالة والزام الإدارة بإعادة احالة المناقصة على وفق القواعد القانونية، وقضائها بوجوب استبعاد احد المتنافسين طالما ثبت تلكؤه في مقابلة سابقة، أحكامها بالدعوى رقم ٤٩/إدارية تخطيط/٢٠١١ في ٢٨/١٢/٢٠١١، والدعوى رقم ١/إدارية تخطيط/٢٠١٠ في ٢١/٤/٢٠١٠ والمصادق عليه من محكمة استئناف الرصافة بصفتها التمييزية رقم ٦٢٥/م/٢٠١٠ في ٢٩/٦/٢٠١٠، وحكم رقم ٥٢/إدارية تخطيط/٢٠١١ في ٢٧/١٢/٢٠١٠ نقلا عن شهاب احمد ياسين و خليل ابراهيم المشاهدي: المصدر السابق، ص ١٨٢ و ١٧٥.

(٣) ذهبت الهيئة التمييزية في محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية إلى تأييد الغاء المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الامر الولائي الصادر بوقف التنفيذ وقبول طلب الوزير المختص امام المحكمة ذاتها المتضمن ان ايقاف اجراءات التعاقد في الوقت الحاضر سوف لا يخدم المصلحة العامة وان اي تأخير في توقيع العقد سيؤدي إلى الحاق الضرر الفادح بالمال العام، حكمها رقم ٢٨٩/م/٢٠١٢ في ٨/٢/٢٠١٢، شهاب احمد ياسين و خليل ابراهيم المشاهدي: المصدر السابق، ص ٣٥٠.

(٤) قضت المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية في حكمها رقم ٩/إدارية تخطيط/ ٢٠١١ في ١٣/٤/٢٠١١ بإلغاء قرار الاحالة والزام الإدارة بإحالة المناقصة على المدعي كونه صاحب العطاء الافضل، وينظر: حكمها رقم ٢٤/إدارية تخطيط/٢٠١٠ في ٥/١/٢٠١١، نقلا عن شهاب احمد ياسين و خليل ابراهيم المشاهدي: المصدر السابق، ص ٦٤ و ١٣.

الإدارية ضمن مجلس الدولة العراقي ومنحه سلطة القضاء المستعجل بالنظر إلى أهميته وفاعليته في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في نطاق العقود واحترام قواعد القانون عند ابرامها وحماية حقوق المتنافسين ومنع الفساد والتواطؤ وهدر المال العام، إلى جانب تحديد آلية واجراءات رفع الدعوى وشروطها وأسباب الطعن وسلطة المحكمة عند النظر فيها، بما يراعي السرية في الحالات التي تتطلب ذلك.

الفرع الثاني: الدعوى الاستعجالية التعاقدية

الدعوى المستعجلة التعاقدية هي دعوى قضائية موضوعية لاحقة إذ تثار بعد ابرام العقد الإداري أو توقيعه، وتستهدف تمكين اصحاب المصالح من الطعن والذين لم يتمكنوا من استعمال الدعوى قبل التعاقدية لأي سبب، ويفصل القاضي في موضوع هذه الدعوى واصل الحق ولا يقتصر على اتخاذ بعض الاجراءات المؤقتة فله من السلطات مايمكنه من ازالة المخالفات لمبدأ الشفافية والعلانية والمنافسة العادلة والحد من السرية في اجراءات التعاقد لما تسببه من إخلال في تكافؤ الفرص والمنافسة العادلة. وتأتي هذه الدعوى ردا لمحاولات الالتفاف على شفافية عملية ابرام العقد والاسراع في توقيعه وحجب سلطة القاضي عن المخالفات الواقعة قبل التوقيع، ولهذا سنتناول بيان هذه الدعوى في فرنسا والعراق عبر البنود الاتية:

أولاً: الدعوى المستعجلة التعاقدية في فرنسا: قد تعتمد الإدارة إلى توقيع العقد قبل صدور حكم في الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية فلا تلتزم بأوامر القضاء بتأجيل التوقيع أو بمدة التعليق، ومن ناحية أخرى قد لا يتمكن صاحب المصلحة من اللجوء إلى القضاء المستعجل قبل التعاقدية، وهذا الأمر يفقد الدعوى أهميتها وفاعليتها في منع وقوع المخالفات لمبدأ الشفافية والعلانية والمنافسة أو وقفها، لذلك عمد المشرع الأوروبي إلى تأسيس دعوى مستعجلة أخرى تنهض بعد توقيع العقد بموجب التوجيه رقم ٦٦ لسنة ٢٠٠٧، الذي ترجمه المشرع الفرنسي بالمرسوم رقم ٥١٥ الصادر في ٧ ايار ٢٠٠٩.

وينظر هذه الدعوى رئيس المحكمة الإدارية أو من ينتدبه لذلك، وتخضع لهذه الدعوى العقود نفسها التي تخضع لها الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية^(١)، ولجميع الاشخاص ذوي المصلحة في ابرام العقد والمعرضين للضرر من انتهاك التزامات الشفافية والعلانية والمنافسة رفع هذه الدعوى، ومنهم المرشحين المستبعدين كما للدولة ذلك أيضاً عبر ممثليها^(٢). إلا أنه يشترط في رافع الدعوى الاتي:

أ- أن لا يكون قد تقدم بالدعوى المستعجلة قبل التعاقدية، مع ملاحظة ان مجلس الدولة الفرنسي أجاز لصاحب العطاء تقديم طلب دعوى مستعجلة قبل التعاقدية ودعوى مستعجلة تعاقدية في الوقت نفسه،

(١) استثنى المشرع الفرنسي بعض العقود من الطعن بإجراءاتها لمحدودية اجراءات العلانية المحيطة بها ، ينظر: المادة

(L551-13) و (L551-15) من قانون القضاء الإداري - الجزء التشريعي.

(٢) المادة (L551-14) من قانون القضاء الإداري - الجزء التشريعي.

وذلك إذا لم يتسنى للمتعاقد العلم بتوقيع العقد بسبب اخلال الإدارة بالتزام العلانية وعدم تبليغ اصحاب العطاءات برفض عطاءاتهم ومهلة تعليق العقد لذا مقدم الطلب لم يكن على علم بتوقيع العقد ام لا^(١).

ب- أن يكون المتعاقد قد تقدم بدعوى مستعجلة قبل التعاقدية ولكن لم يتم تبليغه في قرار الاحالة بمدة تعليق العقد بين تاريخ ارسال التبليغ برفض العطاء وابرام العقد، وهذا ما اكده قضاء مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ٢٩ حزيران ٢٠١٢ إذ قضى بأن تبليغ الشركة برفض عطائها دون ذكر فترة التعليق ومن ثم توقيع العقد قبل انتهاء الفترة المطلوبة بعد إرسال قرار الاحالة إلى المتنافسين الذين قدموا عطاء وعدم مراعاة ذلك حرم الشركة من حقها في الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية^(٢).

أما مدة رفع الدعوى المستعجلة التعاقدية فتتحدد بإحدى وثلاثون يوماً بعد نشر اعلان ترسية العقد، أما في حالة عدم نشر الاعلان وعدم تبليغ اصحاب العطاءات المرفوضة فتتحدد المدة بانتهاء ستة اشهر تبدأ من اليوم التالي لإبرام العقد^(٣). أما أسباب الطعن فحددها قانون المشتريات العامة بالاتي^(٤):

أ- عدم اتخاذ اي من اجراءات العلانية المطلوبة لإبرام العقد الإداري.

ب- الامتناع عن نشر اعلان العقد في الجريدة الرسمية للاتحاد الاوروبي في حين يكون النشر الزامياً.

ت- تجاهل شروط اعادة منح اجراء المنافسة المنصوص عليها والمتمثلة بإجراءات الدعوة المطلوبة للدخول في المنافسة من اجل ابرام العقود بناء على اتفاقية إطارية أو نظام شراء ديناميكي.

ث- توقيع العقد قبل انتهاء المدة المطلوبة بعد ارسال قرار الاحالة إلى المشغلين الاقتصاديين الذين قدموا طلباً أو عرضاً اثناء التعليق المنصوص عليه في القانون؛ إذ لا يمكن توقيع العقد من تاريخ الاحالة إلى المحكمة وحتى اخطار الجهة المتعاقدة بالحكم القضائي، هذا بعد التأكد من توافر شرطين يتمثل الأول بعدم الامتثال لهذه الالتزامات، والثاني تجاهل التزامات العلانية والمنافسة بطريقة تؤثر على فرص صاحب الطعن بالحصول على العقد.

ويحدد المشرع للمحكمة فترة شهر واحد من تاريخ رفع الدعوى لإصدار حكمها^(٥)، ويفصل القاضي فيها وفقاً لإجراءات موجزة، ويمكن له بعد ان يدعو أطراف الدعوى إلى جلسة استماع علنية لإبداء ملاحظاتهم الشفهية الداعمة للاستنتاجات المكتوبة التي تقدموا بها اصدار حكم بوقف تنفيذ العقد وبعد مراعاة التوازن

(1) C.E, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 10/11/2010, N° 340944, publié sur le site: legifrance.gouv.fr. 28/11/2021, T:1:21 p.m.

(2) C.E, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 29 juin 2012, N° 357617, Inédit au recueil Lebon, publié sur le site: legifrance.gouv.fr. 7/12/2021, T:11:48 p.m.

(٣) المادة (7-551) من قانون القضاء الإداري - الجزء التشريعي.

(٤) المادة (18-551) من قانون القضاء الإداري - الجزء التشريعي.

(٥) المادة (9-551) من قانون القضاء الإداري الفرنسي - الجزء التنظيمي.

بين المصالح المتعارضة التي قد تتضرر في حالة الوقف ولاسيما المصلحة العامة فله عدم وقف التنفيذ إذا كانت مضاره تفوق منافعه^(١)، وله الحكم ببطالان العقد والغاءه في حال التثبت من توافر أحد أسباب الطعن المذكورة سابقاً^(٢)، وله تقليل مدة العقد، كما له فرض غرامة مالية تناسب مع الهدف الرادع منها وبما لا يتجاوز نسبة ٢٠% من مبلغ العقد عدا الضريبة، ويقيد مبلغ الغرامة في الخزينة العامة^(٣). هذا ويشترط عند ممارسة القاضي هذه السلطات ان لا يكون هناك سببا أو مانعا للحكم اقتضته المصلحة العامة، بأن تؤدي إلى عواقب غير مناسبة كأن يهدد حكم البطلان بشكل خطير برنامج متعلق بالأمن والدفاع ضروريا للحفاظ على المصالح الامنية للدولة، وللقاضي سلطة تقديرية في اختيار الجزاء المناسب مع الاخذ بالاعتبار طبيعة وقيمة العقد ومدته وخطأ الإدارة فيما إذا كان سلوكا عمديا ام لا^(٤)، وينتقد بعض الباحثين ونتفق معهم بشأن عدم تقرير البطلان والاكتفاء بفرض الغرامات لما لذلك من اثر على العلاقة بين الإدارة والمتعاملين معها، كما ان مخالفة مبدأ الشفافية قد تعود إلى تواطؤ الإدارة وعدم الحكم ببطلان العقد يعني بقاء العلاقة التعاقدية والاستمرار بهذا التواطؤ فيكون ذلك بمثابة مكافأة لهم^(٥).

ثانيا: الدعوى الاستعجالية التعاقدية في العراق: نظم الأمر ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل حق اصحاب الشأن في اللجوء إلى القضاء بعد توقيع العقد^(٦)، وشروط ممارسة هذه الدعوى هي ذاتها في الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية باستثناء ما يتصل بميعاد الطعن، فالمرشع لم يحدد ميعاد معين لرفع الدعوى وهذا نقص كبير ينبغي معالجته^(٧)، أما أسباب الطعن فتتمثل بمخالفات الإدارة المتعاقدة لأحكام القانون الناظم للعقود واجراءاتها وأهمها مبدأ الشفافية والعلانية.

وللمحكمة استنادا إلى الأمر ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ ايقاف الشروع بالعقد وتنفيذه فورا، ويعد ذلك اجراء تحفظي مؤقت لحين حسم الطعن ويمثل ذلك أحد سمات القضاء الاستعجالي الذي يتطلب اتخاذ اجراءات عاجلة ومؤقتة، وفي الواقع هذا الايقاف يعد الزاميا على الإدارة المتعاقدة وليس خيارا وفقا للأمر، كما للمحكمة

(١) المادة (17-551L) من قانون القضاء الإداري - الجزء التشريعي.

(٢) المادتان (18-551L و 19-551L) من قانون القضاء الإداري - الجزء التشريعي.

(٣) المادة (22-551L) من قانون القضاء الإداري - الجزء التشريعي.

(٤) C.E, 1er mars 2012, N°355560. le site:legifrance.gouv.fr.D:8/12/2021,T:10:39 p.m.

(٥) ينظر ماجد شهاب الرضمان: المصدر السابق، ص ٦٧٢.

(٦) نص المادة (١٢/١ب) من الامر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ على انه (مابعد تقديم الاعتراض-بعد انتهاء المناقصة وتقديم الاعتراض على الوحدة والوكالة الحكومية صاحبة المناقصة ان تأمر المقاول الذي رست عليه ايقاف الشروع بالعقد فورا).

(٧) حددت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الملغية رقم السنة ٢٠٠٨ ميعاد الطعن بسبعة ايام عمل رسمي تبدأ من تاريخ قرار الوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة او رئيس جهة التعاقد في الاقليم او المحافظة غير المنتظمة في اقليم بموضوع الشكوى.

المختصة الحكم بإلغاء العقد إذا ثبت لها صحة ادعاءات المدعي^(١). أما إذا وجدت الإدارة المتعاقدة ان متطلبات العقد مستوفية للشروط وتشكل أهمية بالنسبة للمصلحة العامة وأن الغاء العقد يلحق ضرراً كبيراً بالمصلحة العامة فيجوز لها عبر تقرير خطي عن هذا الضرر غير المبرر وبعد تبليغ المحكمة أن تأمر بإخطار المقاول بالمباشرة بالعقد، وبهذا التقرير الخطي يأخذ الوزير بالحسبان إمكانية نجاح الاعتراض^(٢)، وبذلك تتحمل الإدارة النتائج المترتبة على استمرارها بتنفيذ العقد رغم ثبوت المخالفة.

وللقضاء توجيه الأوامر للإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عنه، ونص الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ بأنه إذا وافقت المحكمة على قبول الاعتراض وحكمت لصالح المدعي فلها ان تأمر الإدارة لاتخاذ الاجراء الصحيح، وللإدارة المتعاقدة ان تلغي العقد فوراً مع من رست عليه المناقصة استناداً لسلطتها في الغاء أو انتهاء العقد للمصلحة العامة. كما للمحكمة إلغاء القرارات الإدارية المرتبطة بعملية التعاقد ومن ذلك الغاء قرار الاحالة، واخيراً يلاحظ ان المحكمة لا تملك سلطة فرض الغرامات المالية على الإدارة.

إن القضاء المستعجل يؤدي دوراً مهماً في تحقيق الشفافية اللازمة في التعاقدات الإدارية فهو مقرر من أجل التصدي لمخالفة قواعد العلانية والمنافسة قبل توقيع العقد وبعده، وهذا ما يعزز التوازن بين الشفافية والسرية ويضمن تحقيق العقد أهدافه والقضاء على الفساد والتواطؤ، ورغم أن الأمر ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ قد وضع له أساساً قانونياً إلا أنه لم ينظمه بوضوح، وكان لضعف صياغة القانون وسوء الترجمة دوراً كبيراً في ذلك فضلاً عن عدم وجود رغبة حقيقة في المضي قدماً نحو هذا الأسلوب القضائي رغم أهميته وفاعليته في تحقيق التوازن المطلوب ومنع ومكافحة الفساد في العقود التي تتطلب الرقابة المستمرة سواء من قبل الإدارة أم القضاء وفي مراحل العقد كافة.

المطلب الثاني: دور الأساليب القضائية التقليدية في تحقيق التوازن بين الشفافية

والسرية في العقد الإداري

وتتمثل الوسائل القضائية التقليدية بدعوى القضاء الكامل ودعوى الغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، ويختص بنظرهما القضاء الإداري في فرنسا ومصر، بينما يختص القضاء العادي في العراق بنظر دعوى القضاء الكامل، والقضاء الإداري بنظر دعوى الغاء القرار المنفصل عن العقد.

(١) قضت الهيئة التمييزية في محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية بان (الاختصاص النوعي للمحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية العامة يمتد ليشمل حالة الغاء العقد الممنوح اضافة إلى ان جهة التعاقد لا تملك قانوناً صلاحية توقيع العقد وإبرامه قبل انتهاء مدة الاعتراض على قرار الاحالة او حسم هذا الاعتراض من المحكمة المذكورة اعلاه...) حكمه رقم ٢٤١/م/٢٠١٢ في ٨/٢/٢٠١٢، شهاب احمد ياسين و خليل ابراهيم المشاهدي: المصدر السابق، ص ٣٤٨.

(٢) المادة ١٢/ب/١/اولا من الامر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ .

وسنتناول هاتين الدعويتين بنوع من الإيجاز للوقوف على دورهما في تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في العقد الإداري، وذلك عبر تقسيم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الأول منهما البحث في دعوى القضاء الكامل وسنتناول في الفرع الثاني دعوى الغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري .

الفرع الأول: دعوى القضاء الكامل

لا يمكن للمتعاقد مع الإدارة إذا ما أراد اللجوء إلى القضاء لإبطال العقد أو الحصول على تعويضات أو مستحقات مالية أو الطعن بقرار متصل بالعقد، سوى اللجوء إلى قاضي العقد، واستقر القضاء الإداري الفرنسي على اختصاصه الكامل بنظر منازعات العقود الإدارية ومنها دعوى بطلان العقد.

وتختص محاكم مجلس الدولة المصري دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر^(١). ولمحكمة القضاء الإداري عند النظر في منازعات العقود اختصاص مطلق وشامل لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها ابتداء من أول اجراء في تكوين العملية التعاقدية إلى آخر نتيجة في تصفية كافة العلاقات والحقوق والالتزامات التي نشأت عنها وسواء كانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه فهي كلها تدخل في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الالغاء، وهذا ما أكدته المحكمة بقضائها ان المشرع انما أراد أن يجعل لمحكمة القضاء الإداري ولاية القضاء الكامل في عناصر العملية التعاقدية بأسرها وسواء ما يتخذ منها صورة القرار الإداري وما عداه طالما توافرت فيه حقيقة التعاقد الإداري، ويكون لمحكمة القضاء الإداري ان تفصل في القرارات التي تتصل بعملية ابرام العقد بمقتضى ولايتها الكاملة دون ان تقتصر في شأنها على الالغاء^(٢). وأوضحت المحكمة الإدارية بمصر الاختصاص الشامل للقاضي الإداري في نظر العقود الإدارية ينتمي أساسا إلى القضاء الكامل إذ يكون للمحكمة التصدي للمنازعة العقدية وبجميع ما يتفرع عنها^(٣).

وفي العراق يختص القضاء العادي بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وتستهدف دعوى القضاء الكامل ابطال العقد وإلغائه، فليس للمتعاقد إذا ما أراد الوصول إلى هذه النتيجة سوى اللجوء إلى هذه الدعوى، ويتحدد صاحب المصلحة فيها بأطراف العقد ولا يمكن للغير رفعها فليس للعقد قوة ملزمة في مواجهته، أما المتعاقد فيمكنه اللجوء إلى القضاء الكامل إذا ما أراد ابطال بعض التصرفات الصادرة

(١) الفقرة (أحد عشر) من المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢

(٢) ينظر حكمها المرقم ١٩٨٠، السنة ١٠ ق ، في ١٨/١١/١٩٥٦، د.عثمان ياسين علي:المصدر السابق،ص ٤٢٦.

(٣) حكمها في الطعن رقم ٢٠٨٤، لسنة ٣١ ق، جلسة ١٩٩٥/١/٢٤، و الطعن رقم ٦٨٣ لسنة ٣٦ ق، جلسة ١٩٩٤/١١/٢٩

١٩٩٤، نقلا عن د.محمد ماهر ابو العينين: العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، المصدر السابق،ص ١١١-١١٣.

عن الإدارة، وتبقى دعواه محتفظة بصفتها كقضاء كامل وان اقتضت على الغاء قرار إداري اصدرته الإدارة المتعاقدة، ويمكن للمتعاقد المطالبة بالتعويض أو مستحقات مالية ناتجة عن العقد.

ولقاضي العقد سلطة الفصل في الامور المستعجلة المتفرعة عن منازعات العقود الإدارية، ويستمد القاضي هذه السلطة من الاختصاص الشامل لقاضي العقد لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها ، وهذا الاختصاص غير مرتبط بالشق الاستعجالي لقاضي الالغاء، ولهذا لا يتقيد قاضي العقد بشروط طلب وقف التنفيذ للقرارات الإدارية في دعوى الالغاء، غير ان هذه التفرقة غير واضحة بسبب التأثير الشديد بالدور الرئيسي لقاضي الالغاء ونظرته للطلبات المستعجلة بشأن توافر شروطه^(١).

الفرع الثاني: دعوى الغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري

استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري على قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية التي تتخذها جهة الإدارة بإرادتها المنفردة والتي تسهم في تكوين العقد سواء تلك التي تمهد لإبرامه أو تحول دون إبرامه^(٢)، فهذه القرارات هي قرارات إدارية نهائية شأنها في ذلك شأن أي قرار إداري غير مرتبط بالعقد وتطبق عليه جميع الأحكام الخاصة بها ومنها الطعن فيها بالإلغاء^(٣).

ان القرارات السابقة على العقد نحو وضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة أو قرارات الاعلان عن العقد وقرارات الحرمان أو الاستبعاد من المشاركة وقرارات لجان البت والقرار الصادر بالإرساء هي بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء^(٤). أما القرارات المتخذة في مرحلة تنفيذ العقد أو انهائه فالأصل أنها لا يطعن بها لعدم جواز انفصالها عن العقد وتدخل ضمن اختصاص قاضي العقد^(٥). وقضت المحكمة الإدارية العليا بمصر في هذا الشأن بأنه (... من حيث ينبغي التمييز في مقام التكيف القانوني بين العقد الذي تبرمه الإدارة وبين الاجراءات التي تمهد بها لإجراء هذا العقد أو تهئئ لمولده ذلك انه بقطع النظر عن كون هذا العقد مدنيا أو إداريا فان من هذه الاجراءات ما يتم بقرار من السلطة المختصة له خصائص القرار الإداري ومقوماته... ومثل هذه القرارات وان كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف اتمامه فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنيا كان أو إداريا وتنفصل عنه ومن ثم يجوز لذوي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلالا ويكون الاختصاص والحال كذلك

(١) د. سليمان محمد الطماوي: الاسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ١٩٢.

(٢) د. خالد احمد حسن: المصدر السابق، ص ٥٥٠.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٠٢١١ و٢٧٨٤ لسنة ٤٩ ق. جلسة ٢٠٠٦/٦/١٣، نقلا عن حمدي

ياسين عكاشة: موسوعة المشكلات العملية ، الكتاب الرابع، المصدر السابق، ص ٧٣١.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٧٣٤، جلسة ١٩٨٥، نقلا عن أمينة عباس حسين الجابري: المصدر السابق، ص ٥٢.

(٥) د. خالد احمد حسن: المصدر السابق، ص ٥٥٨.

معقودا لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها^(١). ويجيز القضاء للغير عن العقد الطعن بهذه القرارات إذا أمكن فصلها عنه؛ لأن المتعاقد يمكنه اللجوء إلى قاضي العقد، وذلك من أهم أسباب إبتداع القضاء الإداري لهذا الطعن فالغير لا يمكنه الطعن بالعقد نفسه كونه ليس طرفاً فيه فتنتفي مصلحته.

والقرارات القابلة للطعن أمام قضاء الالغاء هي تلك الصادرة استناداً إلى السلطة التي خولتها القوانين والانظمة للإدارة أما إذا كان الاجراء صادراً من جهة الإدارة استناداً إلى نصوص العقد وتنفيذاً له فإن هذا الاجراء لا يعد قراراً إدارياً ولا يرد عليه طلب الالغاء أو وقف التنفيذ وإنما يعد من المنازعات الحقوقية التي تعرض على قاضي العقد وتكون محلاً للطعن باستدعاء ولاية القضاء الكامل وغني عن البيان ان اختصاص جهة القضاء الإداري بالفصل في منازعات العقود الإدارية اختصاص شامل لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها بشأن الطلبات المستعجلة فمادامت مختصة بنظر الأصل فهي مختصة بنظر الفرع اي الطلب المستعجل وكل ما في الأمر ان المحكمة تفصل في الطلب المستعجل المتفرع عن العقد في الحدود وبالضوابط المقررة للفصل في الطلبات المستعجلة بأن تستظهر الأمور التي يخشى عليها من فوات الوقت أو النتائج التي يتعذر تداركها أو الضرر المحدق بالحق المطلوب المحافظة عليه ثم تستظهر بعد ذلك جدية الأسباب أو عدم جديتها بالنسبة اليها في ظاهرها^(٢).

أما شروط رفع هذه الدعوى وأوجه الطعن فيها فهي ذاتها شروط رفع دعوى الالغاء وأسبابها، على أن يكون القرار المطعون فيه مرتبط بعقد إداري، ويملك القاضي عند نظر هذه الدعوى الوسائل التي تمكنه من تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في القرار الإداري الذي أسهم في تكوين العقد، وهي ذاتها التي تم تناولها في الفصل الأول من هذا الباب. وقد طبقت محكمة القضاء الإداري في العراق نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد وقبلت الطعن فيها بالالغاء استقلاً عن العقد^(٣). وذهبت في أحد أحكامها إلى إلغاء قرار إحالة المزايدة بسبب بطلان اجراءات المزايدة وتعسف الإدارة في ذلك ولتغيير مكان إجراء المزايدة المحدد في الاعلان عن المزايدة بصورة مخالفة للقانون^(٤). ورغم أن إلغاء القرارات المنفصلة عن العقد من شأنه التأثير على العقد و بطلانه إلا أن مجلس الدولة الفرنسي ومنذ بواكير

(١) حكمها المرقم ٤٥٦ لسنة ١٧ ق، جلسة ١٩٧٥/٤/٥، س ١٥، س ١٨٤٤، نقلاً عن د. محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، المصدر السابق، ص ٢٦.

(٢) الطعن رقم ٦٠٥ لسنة ٢٣ ق، جلسة ١٩٨٠/١/٢٦، س ١٥، ص ١٨٢، نقلاً عن د. محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، المصدر السابق، ص ٢٥-٢٦.

(٣) رقم ١٣ / إداري - تمييز / ٩٠ في ٩/٢/١٩٩٠، د. رشا عبد الرزاق جاسم: الطعن بالالغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، بحث منشور في مجلة الحقوق بالجامعة المستنصرية، مج ٤، العدد ١٣-١٤، السنة ٢٠١١، ص ٢١١.

(٤) رقم ١٢١ / قضاء إداري / ١٩٩٠ في ٢٨/١١/١٩٩٠، حبيب إبراهيم حمادة الدليمي: الطعن بالالغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقد الإداري دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٤، ص ١٢٤.

أحكامه ذهب إلى ان ذلك لا يؤدي بذاته إلى إلغاء العقد ويبقى صحيحاً وناظراً لحيث لجوء أحد أطرافه لقاضي العقد بدعوى بطلانه وعندئذ للقاضي إبطال العقد استناداً للقرار المحكوم بإلغائه من القضاء الإداري والمرتبط بالعقد، وبذلك ليس للأغيار طريقاً لإبطال العقد في حال تمسك أطرافه به، وذهب مجلس الدولة المصري بالاتجاه ذاته^(١).

ويذهب بعض الفقه إلى وجوب إلغاء العقد المبني على قرار جرى الحكم بإلغائه، واقترح رأي فقهي عند عدم اتباع ذلك بان يقوم القضاء بإحالة الأمر على الإدارة لتعمل حكم القانون و تقوم بإلغاء العقد، وأزاء الانتقادات الموجهة لمجلس الدولة الفرنسي بعدم ترتيب اثر معين على الحكم بإلغاء القرار على العقد، ذهب في حكمه الصادر في ١٩٨٢/٧/٧ إلى بطلان العقد والغاءه تبعاً لحكم الغاء القرار الإداري المنفصل والمتعلق باختيار المتعاقد عن طريق الدعوة المباشرة المحددة من دون اتباع ما يوجب القانون بتوجيه الدعوة المباشرة إلى عدة مقاولين أو شركات^(٢).

ويلاحظ أن الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ في العراق نص على أنه إذا وافقت المحكمة على قبول الاعتراض وحكمت لصالح المناقص المعارض أو أمرت جهة التعاقد باتخاذ الاجراء الصحيح، فلإدارة ان تلغي العقد فوراً طبقاً لصلاحيتها في الغاء العقد للمصلحة العامة^(٣). وقضت محكمة القضاء الإداري في العراق في وقت سابق لصدور هذا الأمر بإلغاء قرار الإدارة بالامتناع عن التعاقد وألزمت الإدارة بوجوب التعاقد مع المدعين بعد أن ألغت القرار المنفصل وإبطال العقد تبعاً لذلك، وصادقت الهيئة العامة لمجلس الدولة بصفقتها التمييزية آنذاك على هذا الحكم في جزء منه ونقضت الجزء المتصل بالزام الإدارة بالتعاقد لعدم وجود نص قانوني بذلك^(٤)، وذهبت في حكم آخر إلى إلغاء القرار الإداري الصادر بإحالة المزايدة والزام الإدارة المتعاقدة بوجوب إعادة اجراءات المزايدة من جديد بعد الغاء قرار التصديق على الاحالة والغاء العقد الإداري أيضاً^(٥)، بالرغم من عدم وجود نص قانوني يسمح بترتيب بطلان العقد على الحكم بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه بشكل مستقل عن العقد.

(١) د. سليمان محمد الطماوي: الاسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٢٠٠.

(٢) وهذا ما جاء به الفقيه (بيكينيو Piquignot)، ذكره د. عثمان ياسين علي: المصدر السابق، ص ٤٤٧.

(٣) المادة (١٢/١ ت) من الامر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤.

(٤) الحكم المرقم ٣٢/ قضاء إداري/ ١٩٩٠ في ١٠/٢٣/ ١٩٩٠، والحكم التمييزي المرقم ٨/ إداري- تمييز/ ١٩٩٣ في

١٩٩٣/٢/٧، نقلاً عن حبيب ابراهيم حمادة الدليمي: المصدر السابق، ص ١٢٥.

(٥) حكمها المرقم ١٢١/ قضاء إداري/ ١٩٩٠ في ١١/٢٨/ ١٩٩٠، المذكور سابقاً.



الخاتمة

الخاتمة

بعد أن انتهينا من هذه الدراسة بفضل من الله وعونه، توصلنا الى جملة من النتائج تكللت بالعديد من المقترحات التي نوجهها الى السلطات العامة في العراق، وسندون في أدناه أهم هذه الاستنتاجات والمقترحات:

أولاً: الاستنتاجات : تمخض البحث في التوازن في أعمال الإدارة القانونية بين الشفافية والسرية جملة من النتائج تمثل حصيلة هذه الدراسة وندون أهمها في ادناه:

١- إن للتوازن بين الشفافية والسرية أهمية في نطاق أعمال الادارة القانونية بالنظر لما يرتبط بهما من مصالح عامة وخاصة، ولهذا يعد التنظيم القانوني السليم للشفافية والسرية ووجود الرقابة الفاعلة وسائل أساسية في تحقيق هذا التوازن في أعمال الإدارة القانونية.

٢- تفرض الشفافية على الإدارة العلانية في ممارسة أعمالها ونشاطاتها ووضوحها أمام الجمهور، والإفصاح عن المعلومات، وتمكين المواطنين من الحصول عليها ومنها الوثائق الإدارية بأقل تكلفة وجهد واقصر وقت، ومشاركتهم في إدارة الشؤون العامة وفي اتخاذ القرارات والمراقبة بما يسمح بتحقيق الديمقراطية الإدارية.

٣- لا تتمثل العلانية في صورة الاعلان في وسائل النشر من صحف ونشرات مصلحية ووسائل اعلام فحسب وانما أيضاً تشمل الجلسات الإدارية المعلنة وامكانية الوصول إلى إجراءاتها وشروطها من قبل الجمهور والعلم بها والمشاركة فيها وتحقيق المنافسة الفعلية.

٤- لم يولِ المشرع في العراق أهمية لحق المواطن في المشاركة خارج نطاق الاستفتاءات السياسية والانتخابات وعلى المستويين الاتحادي والمحلي، ويؤشر ذلك على عدم الرغبة في الإقرار بالمواطنة الإدارية وغياب الارادة الحقيقية لتبني سياسة تحسين العلاقة بين الإدارة والمواطن وإشراك الأخير في العمل الإداري واتخاذ القرارات التي تهم الصالح العام رغم وجود الأساس الدستوري لذلك.

٥- لا توجد خطوات حقيقية نحو التبسيط الإداري في العراق الا فيما يتصل ببعض التطبيقات الالكترونية نحو تقديم الطلبات من المواطنين الراغبين في الحصول على خدمة معينة واملاء النماذج الإدارية الا ان ذلك لم يلغ المراجعات الإدارية واستغرق المعاملة الإدارية وقتاً طويلاً حتى تنجز وكثيراً ما يعاني المستفيدين والمتعاملين مع الإدارة من روتين وتعقيد الإجراءات ومرورها بمراحل كثيرة وبطئها .

٦- لم يفرد المشرع العراقي في دستور ٢٠٠٥ نصاً خاصاً بالشفافية واعتمادها مبدأ عاماً، ولم تشر له الدساتير العراقية الملغاة، فالقانون العراقي لم يفتح على هذه المبادئ الحديثة في الإدارة والاقتصاد.

٧- تستمد الشفافية أساسها القانوني من مجموعة النصوص التي تضمنتها الاعلانات العالمية لحقوق الإنسان والمواثيق الدولية والقوانين الوطنية، وسواء بالنص عليها صراحة أم ضمناً، كما تستند السرية على غير قليل من النصوص القانونية التي كرّست لها وهي تمثل القاعدة العامة في كل من العراق ومصر.

٨- لا تعتمد الإدارات العامة على معايير معينة أو ثابتة و ضوابط موحدة في تحديد السرية ولذلك فأن ما يعد سرا لدى بعض الإدارات قد لا يكون كذلك في غيرها وهذا في الواقع سيجعل من الشفافية أو السرية نسبية ومدعاة لعدم المساواة بين المواطنين والافتقار إلى وجود أسلوب عمل موحد في الإدارات العامة.

٩- تتسع مظاهر الشفافية في ركن الاختصاص بوضوح قواعد الاختصاص ومصادرها وعلانيتها، و في ركن الشكل والإجراء بل هو أكثر أركان القرار تحقيقاً لها ولذلك تزايد اهتمام التشريعات المقارنة بها وأنعكس ذلك بجملة من القوانين التي نظمت أهم الشكليات في القرار كالتسبيب والتوقيع واخذ الرأي فضلاً عن ادخال الوسائل الالكترونية في ذلك، بينما لا يوجد في العراق تنظيم قانوني خاص بشكليات القرار الإداري وإجراءاته يمكن الرجوع عليه نحو وجود قانون للإجراءات الإدارية.

١٠- تمنع علانية القرار وجود قرارات سرية أو غير معلنة، ولضمان ذلك يجب أن تكون تلك وسيلة العلم بالقرار متناسبة مع حجم المعلومات محل العلانية وأن تتسم بسهولة وصولها وإمكان وصولها إلى أكبر عدد ممكن من الأشخاص من دون تكلفة وذلك يعد حقاً للأفراد. ويعد النشر الالكتروني وسيلة سهلة وسريعة ويصل إلى أكبر عدد من الأشخاص ما يوسع من نطاق العلانية وتحقيق الشفافية غير أنه لا يغني عن النشر الورقي.

١١- يتسع نطاق السرية في ركن الغاية في القرار الإداري بسبب طبيعة هذا العنصر وارتباطه بنية مُصدر القرار وصعوبة التعرّف على القصد الحقيقي لمُصدر القرار، فيُظهر القرار اهدافاً غير ما يُبطن مما يجعل السرية تنال حيزاً كبيراً فيه، فرسم اهدافاً وهمية أو ظاهرة خلاف الواقع وكتمان الإدارة اهدافها الحقيقية يشكل انحرافاً بالسلطة ويدخل في نطاق السرية المرفوضة.

١٢- تتعدد الوسائل التي يستعين بها القضاء الإداري في سبيل تحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في القرار الإداري ومن أهم تلك الوسائل إلزام الإدارة بالإفصاح عن المعلومات وتقديم الوثائق الإدارية، و تسبيب قراراتها وعن طريق هذه الوسائل يمكن للقضاء مواجهة السرية في القرار، فضلاً عن اعتماده على القرائن القضائية المتنوعة لتحقيق التوازن المنشود.

١٣- يسهم العلم اليقيني في تحقيق التوازن بين حقوق الأفراد بالعلم بالقرارات والشفافية وحقوق الإدارة بنفاذ قراراتها وترتيب آثارها مباشرة بصدور القرار، وتزداد أهمية هذه القرينة بالنسبة للقرارات الشفهية وغير

الصريحة إذ لا تتجسد بشكل مادي ومكتوب، وبذلك يسهم العلم اليقيني بتحقيق الشفافية في القرار.

١٤- ضبابية النصوص الحاكمة للتعاقد الإداري وعدم كفايتها وردائة الصياغة القانونية في الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المتصل بالعقود العامة والركون إلى التعليمات والضوابط الصادرة عن وزارة التخطيط وقرارات مجلس الوزراء عوضاً عن سن قانون جديد لتنظيم العقود الإدارية.

١٥- إن درجة الشفافية تتباين من أسلوب تعاقد إلى آخر فيتسع نطاقها في أسلوب المزايدة والمناقصة العامة وهي الأصل وتضيق في الأساليب الأخرى ولاسيما اساليب الدعوة المباشرة والتعاقد المباشر والعطاء الواحد، فضلاً عن اتساع لجوء الإدارة إلى الأساليب الاستثنائية دون توافر شروطها ما يحد من مبدأ الشفافية .

١٦- عدم تنظيم الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ وتعليمات تنفيذه رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ العديد من إجراءات التعاقد وقواعده وإحالتها إلى الضوابط الصادرة من وزارة التخطيط نحو آلية الاعلان وشروطه بالنسبة للمناقصات، ومعايير المفاضلة والترجيح بين العطاءات المتنافسة، وتنظيم سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، وعدم تنظيم أحكام التنازل عن العقد، رغم أهمية ذلك في ضمان الشفافية وهذا قصور ونقص ينبغي معالجته .

١٧- اسس المشرع في الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ لوجود قضاء مستعجل بشقيه قبل التعاقدي والتعاقدي وبشكل يقترب حتى من النظام الفرنسي وما ينقص هذا التوجه الا الوضوح والصياغة القانونية السليمة.

ثانياً: المقترحات : نسجل في أدناه مجموعة من المقترحات موجهة إلى الجهات المعنية فيها بهدف التكريس لتحقيق التوازن بين الشفافية والسرية في القرار والعقد الإداري، نأمل أن تجد طريقها إلى الواقع القانوني والإداري في العراق:

١- للوصول إلى التوازن المنشود بين الشفافية والسرية في الشؤون العامة وأعمال الإدارة القانونية على وجه الخصوص، فالأمر يتطلب وجود تنظيم قانوني دقيق لكل من الشفافية والسرية، ولذلك ندعو المشرع إلى سن قانون يتولى ذلك بأن يقر وينظم الحق في الشفافية يتمكن بموجبه المواطنين من الحصول على المعلومات حول نشاط الإدارة وأعمالها، والزام الإدارات بالافصاح عن المعلومات، وفسح المجال لمشاركة المواطنين في عمليات صنع القرارات وتعزيز المواطنة الإدارية، لجعل من الشفافية القاعدة العامة في عمل الإدارات العامة والسرية هي الاستثناء بتحديد نطاق السرية على سبيل الحصر وبالقدر اللازم للحفاظ على مصالح الدولة نحو سرية الدفاع الوطني وحماية حقوق الأفراد.

٢- ندعو لتفعيل دور مجلس الوزراء بوصفه المعني برسم السياسة العامة للدولة ومجلس الدولة العراقي بما يملكه من سلطة في مجال الافتاء وما يقدمه من تقارير دورية عما تتضمنه التشريعات من نقص أو غموض أو حالات إساءة استعمال السلطة من جهات الإدارة، إلى القيام بمراجعات دورية للتشريعات وضرورة مواكبتها للتطورات والعمل على اعادة التوازن في العلائق القانونية التي تنظمها في كل مرة يقع فيها اختلال في التوازن بين مصالح اطرافها تبعاً لتطور النشاط العام ومن ذلك التوازن بين الشفافية والسرية .

٣- ندعو المشرع إلى انشاء هيئات متخصصة مستقلة تُعنى بتحقيق الشفافية في الإدارات والحياة العامة والحفاظ على السرية في الحالات التي تقتضيها الضرورة وحماية الحياة الخاصة للأفراد، ولا ينال ذلك أو يقيد من اختصاص القضاء الإداري في النظر بمنازعات الشفافية والسرية وتحقيق التوازن بينهما .

٤- ندعو المشرع إلى تنظيم الحق في الحصول على المعلومات والوثائق الإدارية قانوناً، وتشريع مثل هذا القانون يعد الخطوة الأولى في طريق الاخذ بمبدأ الشفافية وتحقيق ثورة الاصلاح الإداري وتنظيم علاقة الإدارة بالجمهور واستعادة ثقة المواطن بالإدارة وتحقيق الديمقراطية والحكم الرشيد، على أن يتم توسيع قاعدة المستفيدين منه ولأن هذا الحق يعد من حقوق الإنسان التي تثبت للكافة ويشمل ذلك حق الأفراد في الاطلاع والحصول على الوثائق الإدارية علماً أن العديد من الدساتير عملت على تكريس هذا الحق دستورياً.

٥- ندعو الى تفعيل أحكام الدستور والقانون فيما يتصل بوضع الحسابات الختامية ولل سنوات الماضية أيضاً لتكون عمليات الانفاق العام وتحصيل الإيرادات معلومة وتحقيق الشفافية وعدم كتمان الحقائق ووقف هدر المال العام والانحراف بالسلطة والفساد، وإن تأخذ كل من السلطة التشريعية والحكومة دورهما في ذلك.

٦- ندعو المشرع العراقي إلى اعادة تنظيم القواعد الحاكمة لعلاقة الإدارة بالمواطنين والجمهور بشكل عام والتأسيس لعلاقة أكثر انفتاحاً قوامها مبدأ الشفافية وتعزيز دولة القانون والديمقراطية والثقة بالإدارات العامة وزيادة قبولها في أوساط المجتمع، إذ أصبحت الثقة شبه منعدمة ويعكس نفور المواطن من دوائر الدولة واجهزتها في العراق مدى سوء هذه العلاقة، ويتطلب ذلك أولاً اعداد رؤية شاملة لآلية تحسين تلك العلاقة، ونرى أن يكون ذلك بموجب قانون خاص يكرس فيه المشرع قيم الشفافية والمواطنة والمصالحة والنزاهة وهي الادوات اللازمة لتحقيق ذلك.

٧- تحقيقاً للشفافية وتوحيد أحكام اشغال الوظائف العامة مؤقتاً ومنها الوكالة ندعو المشرع إلى تنظيمها بقواعد عامة ضمن قانون الخدمة المدنية النافذ أو أي قانون آخر يحل محله عبر تحديد شروطها واثارها.

٨- لا يوجد في العراق تنظيم قانوني خاص بتسبيب القرار الإداري كما هي معظم شكيليات القرار، على الرغم من الصلة الوثيقة بين الشفافية وتسبيب القرارات وما يحققه من فوائد بالنسبة للإدارة والأفراد والقضاء، لذلك ندعو المشرع العراقي إلى اقرار مبدأ التسبيب الوجوبي للقرارات كقاعدة عامة بوصفه خطوة في طريق الإصلاح الإداري وفي مكافحة الفساد وتحقيق النزاهة والتنمية وتحسين العلاقات بين الجمهور والإدارة ويمكن تنظيم ذلك ضمن قانون مجلس الدولة العراقي .

٩- ندعو المشرع العراقي إلى الإقتداء بالمشرع الفرنسي في تنظيم أحكام القرار الضمني بما يضمن الحقوق والحريات وعدم تجاهل أحكام القانون، ولمنع اتخاذ القرار الضمني بالرفض وسيلة للتهرب من اصدار القرار وتأجيله ومن الالتزام بالشكيليات والإجراءات التي يفرضها القانون. وندعوه إلى وضع قاعدة عامة بهذا الشأن بعد كل سكوت عن اصدار قرار خلال مدة معينة كأن تكون (٣٠) يوماً قرار إدارياً ضمناً بالقبول، مع تحديد الحالات التي يعد السكوت فيها رفضاً أو عندما يشكل القبول مساساً بالنظام العام.

١٠- ندعو المشرع إلى سن قانون جديد للعقود العامة والغاء الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ لما شابه من نقص وقصور وسوء صياغة وعدم شموله كافة أنواع العقود التي تبرمها الإدارات العامة، وليكون هناك قانون موحد يمكن الرجوع إليه في تنظيم إجراءات التعاقد منذ ابرام العقد وحتى انتهائه، بدلاً من العمل استناداً للتعليمات والضوابط التي تصدرها وزارة التخطيط وقرارات مجلس الوزراء، كما أن من شأن ذلك تحقيق الشفافية فضلاً عن أهميته الاقتصادية في جذب المستثمرين.

١١- ندعو المشرع إلى إقرار الاستثناءات من مبدأ الشفافية والعلانية ضمن قانون العقود العامة وتوخي الدقة في ذلك وعدم اعطاء الإدارة سلطة منح الاستثناءات من أحكام القانون عن طريق ما تصدره من قرارات لما سببه هذا الأمر من تجاوز على القواعد العامة والتمادي في منحها ومن نتائجه الاخلال بمبدأ الشفافية والمساواة والمنافسة العادلة والتلكؤ وفشل المشروعات.

١٢- ندعو إلى تفعيل الدور الرقابي الإداري والقضائي لمنع التوسع في اللجوء إلى أسلوب الدعوة المباشرة والتأكد من توافر مسوغاته؛ وندعو المشرع إلى التشدد في اشتراطات اللجوء إلى هذا الأسلوب لضمان عدم مخالفة مبدأ الشفافية والمنافسة العادلة.

١٣- ندعو المشرع إلى ادخال العقود الإدارية ضمن اختصاص مجلس الدولة العراقي فتختص محاكم القضاء الإداري بالمنازعات الناشئة عن العقود الإدارية كافة سواء تلك الناشئة عن المناقصات أم المزايدات العامة ومن متطلبات ذلك إنشاء المحاكم التي نص عليها قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة ، أو

أنشاء محكمة العقود الإدارية ضمن محاكم مجلس الدولة لتتولى الفصل بهذه المنازعات.

١٤- ندعو المشرع إلى التأسيس والتهيئة في ظل قانون العقود العامة لنظام تعاقدات يعتمد على الوسائل الالكترونية كوسائل مقبولة لتبسيط إجراءات التعاقد، و النص في هذا القانون على انشاء موقع الكتروني متخصص للنشر عن التعاقدات العامة في العراق تديره وتشرف عليه وزارة التخطيط يكون بمثابة صحيفة الكترونية متخصصة بإعلانات العقود لأهمية الاعلان الالكتروني في تحقيق سرعة الوصول والانتشار واتساع نطاق المشاركة وتمكن الجميع من الاطلاع على تلك الاعلانات ببسر ودون تكلفة، من دون الاستغناء عن الصحف الورقية، فوجود صحف متخصصة ورقية كانت ام الكترونية امر له فائدة إذ يسهل الرجوع اليها لاسيما مع تزايد الصحف وبأعداد مهولة مما يصعب حصرها والحصول عليها مقارنة بالصحف المتخصصة ورقية أو الكترونية.

١٥- ندعو المشرع إلى الحد من سلطة اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الاحالة بشأن منحها سلطة الاحالة على غير المتعاقد الفائز؛ لأن ذلك يعد تجاهلاً لأحكام القانون المنظمة لإجراءات التعاقد التي ينص عليها وحلولاً محل لجنة تحليل وتقييم العطاءات مما يتعارض مع مبدأ الشفافية في اجراءات التعاقد .

١٦- ندعو المشرع إلى النص في قانون العقود العامة على أحكام تعديل العقد الإداري وحدوده؛ لأهمية هذه المسألة في ضمان شفافية العقود أثناء التنفيذ .

١٧- ندعو المشرع إلى تنظيم أحكام التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في قانون العقود ضماناً للشفافية، و إلى النص على أنه في حالة رغبة المتعاقد الأصلي التنازل عن العقد كلياً عرض الأمر للمنافسة بشروط العقد الأصلي نفسها والحفاظ على العقد من الناحية الموضوعية مع تغير شخصية المتعاقد كي يتسنى للإدارة بحث امكانات التنازل له وقدرته على الايفاء بمتطلبات العقد، وفسح المجال للجميع للحصول على العقد دون حاجة لإبرام عقد جديد بما يحقق شفافية عملية التنازل والمنافسة.

١٨- ندعو المشرع الى إنشاء وتنظيم القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي والتعاقدي بسبب الانتهاكات الخطيرة لمبادئ الشفافية والعلانية والمنافسة والمساواة في إجراءات التعاقد الإداري والحاجة الحقيقية لوجود ضمانات قضائية لمبدأ الشفافية في العقد الإداري وتحقيق التوازن مع مبدأ السرية، ولاسيما الرقابة القضائية الوقائية أو السابقة على إبرام العقد ومنع الإدارة من المضي قدماً بعقد يتضمن هذه الانتهاكات، بمنح القاضي المختص السلطات التي تمكنه من تحقيق ذلك نحو سلطة وقف إبرام العقد أو التوقيع عليه لحين حسم الأمر من القاضي المستعجل وفرض الجزاء على الإدارة المخالفة أو التي لا تمتثل لحكم القضاء.



المصادر

المصادر**القرآن الكريم****أولاً: المعاجم والقواميس**

- ١- ابن منظور: لسان العرب، ج ٣ و٤، دار المعارف، مصر، بلا سنة نشر.
- ٢- ابي الحسن احمد بن فارس بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، ج ٤، دار الفكر، بلا مكان وسنة نشر.
- ٣- جامعة اكسفورد، قاموس اكسفورد الحديث، ط ١، دار الفقه للطباعة والنشر، ١٩٩٨.
- ٤- الخليل بن احمد الفراهيدي: كتاب العين، ترتيب وتحقيق د. عبد الحميد هنداوي، الجزء ٢، المحتوى (د- ص)، ط ٢، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٣.
- ٥- رامي ابو سليمان و فيفيان شامي و فادي فرحات: المعجم القانوني (فرنسي - انكليزي - عربي)، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٧.
- ٦- د. سهيل ادريس: المنهل قاموس فرنسي عربي، دار الآداب، ط ٢٢، بيروت - لبنان، ١٩٩٩.
- ٧- محمد بن ابي بكر عبد القادر الحنفي الرازي (ت ٦٦٦هـ)، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، ط ٥، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - لبنان، ١٩٩٩.
- ٨- مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ط ٤، دار الشروق الدولية، مصر، ٢٠٠٤.

ثانياً: الكتب

- ١- د. ابراهيم ابو الغار: علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، مكتبة نهضة الشرق، جامعة القاهرة، مصر، ١٩٨٥.
- ٢- ابراهيم سالم عبد الكاظم: اثر الوثائق القياسية على سلطات الادارة في تنفيذ عقود الاشغال العامة، ط ١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢١.
- ٣- احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي: الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الامن القانوني، ط ١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية - مصر، ٢٠١٧.
- ٤- د. احمد علي اللقاني: الحق في الحصول على المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧.
- ٥- د. احمد قاسم علي شرهان السوداني: قضاء العجلة لدى مجلس الدولة دراسة مقارنة، ط ١، مكتبة القانون المقارن، العراق - بغداد، ٢٠٢١.
- ٦- د. احمد كمال الدين موسى: نظرية الاثبات في القانون الاداري دراسة مقارنة، ط ١، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٢.
- ٧- د. احمد محمد مرعي عبد العليم: دور القاضي الاداري في حماية الحريات الاساسية وفقاً لقانون المرافعات الاداري الفرنسي الجديد، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٢٠.
- ٨- اسامة احمد الشتات، قوانين النيابة الادارية ومجلس الدولة والمحكمة الدستورية العليا وادارة قضايا الحكومة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦.
- ٩- د. اسماعيل عبد الفتاح عبد الكافي: الموسوعة الميسرة للمصطلحات السياسية، مركز الاسكندرية للكتاب، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

- ١٠- د. اشرف عبد الفتاح ابو المجد: تسبيب القرارات الادارية امام قاضي الالغاء دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٧.
- ١١- امام عبد الفتاح امام: توماس هوبز فيلسوف العقلانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٨٥.
- ١٢- د. ايمن فتحي محمد عفيفي: غرامات التأخير في العقود الادارية دراسة مقارنة، ط١، بدون دار نشر، مصر، ٢٠١٧.
- ١٣- بدر بن عائد الكلبى: محاولات بناء المعيار الدلالي في الدلالة المعجمية دراسة وصفية تحليلية، ط١، دار الجنان للنشر والتوزيع، الاردن ، ٢٠١٧.
- ١٤- د. برهان خليل زريق: نظام الاثبات في القانون الاداري، ط١، مطبعة الداودي، دمشق ، ٢٠٠٩.
- ١٥- د. بشير سعد زغول: السرية في التحقيق الابتدائي بين مقتضيات المصلحة العامة ومتطلبات الحق في المعرفة دراسة مقارنة في القانون والواقع المصري والفرنسي نقدية لأحكام المحكمة الاوروبية لحقوق الانسان، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.
- ١٦- د. تامر محمد صالح : الحماية الجنائية للحق في المعلومات الرسمية دراسة مقارنة ، دار الفكر والقانون ، المنصورة - مصر، ٢٠٢١.
- ١٧- د. تهاني حسن عز الدين احمد صالح: الحق في الحصول على المعلومات الوسائل والقيود والعقبات وجرائم اساءة استعمال الحق وضمانات حمايته دراسة مقارنة، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٢٠.
- ١٨- جان جاك روسو: العقد الاجتماعي، ترجمة عادل زعيتير، مؤسسة هنداوي ، مصر، ٢٠١٢.
- ١٩- د. جواد كاظم جبار الحساني: وسائل الادارة للحد من الفساد الاداري والمالي في العقود الحكومية والرقابة عليها في القانون العراقي دراسة مقارنة، ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢١.
- ٢٠- جورج فوديل وبيار دلفولفيه، القانون الاداري، ترجمة منصور القاضي، ج١، بلا رقم طبعة ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، ٢٠٠٨.
- ٢١- د. حسان شفيق العاني، نظرية الحريات العامة تحليل ووثائق، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ٢٢- د. حسن ذنون: فلسفة القانون ، ط١، مطبعة العاني ، بغداد، ١٩٧٥.
- ٢٣- حسين مجباس حسين: جريمة افشاء الاسرار والاعتداء على الحياة الخاصة، مطبعة السماء ، بغداد، ٢٠١٦.
- ٢٤- د. حمدي ابو النور السيد عويس: الادارة الاستشارية ودور القضاء الاداري في الرقابة عليها دراسة مقارنة، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٥.
- ٢٥- _____: مقتضيات المصلحة العامة في العقد الاداري (دراسة تطبيقية)، ط١، دار الفكر العربي، الاسكندرية - مصر، ٢٠١٧.
- ٢٦- حمدي ياسين عكاشة: موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الادارية، الكتاب الثاني، دار ابو المجد للطباعة، مصر، ٢٠١٦.
- ٢٧- _____: موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الادارية، الكتاب الثالث، دار ابو المجد، مصر، ٢٠١٦.
- ٢٨- _____: موسوعة القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، الكتاب الاول، بلا دار نشر، مصر، ٢٠١٨.
- ٢٩- _____، موسوعة القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، الكتاب الثاني، بلا دار نشر، مصر، ٢٠١٨.
- ٣٠- _____: موسوعة القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، الكتاب الثالث، بلا دار نشر، مصر، ٢٠١٨.
- ٣١- _____: موسوعة القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، الكتاب الرابع، بلا دار نشر، مصر، ٢٠١٨.

- ٣٢- _____: موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الكتاب الخامس، بلا دار نشر، مصر، ٢٠١٨.
- ٣٣- د. خالد أحمد حسن: الإجراءات السابقة على العقد الإداري (دراسة مقارنة) مصر- فرنسا وفقا لأحكام المحكمة الإدارية العليا وافتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع حتى عام ٢٠١٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٨.
- ٣٤- د. خليفة محمد عبد البر: حرية تداول المعلومات كوسيلة للرقابة على أعمال الإدارة دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية - مصر، ٢٠١٩.
- ٣٥- د. دريد عيسى إبراهيم: الرقابة على إبرام العقد الإداري بطريق المناقصة العامة (دراسة مقارنة)، بلا رقم طبعة، دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية، ٢٠١٨.
- ٣٦- دومنيك بويو وبروسبيرويل، القانون الإداري، ترجمة د. سليم حداد، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ٢٠٠٩.
- ٣٧- د. رحاب فريد أحمد محمد: الحق في الحصول على المعلومات دراسة مقارنة، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠٢٠.
- ٣٨- د. رمضان محمد بطيخ: الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.
- ٣٩- روبرت الكسي: فلسفة القانون (مفهوم القانون وسريانه)، تعريب الدكتور كامل فريد السالك، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٣.
- ٤٠- رودني آ. سمولا: حرية التعبير في مجتمع مفتوح، ترجمة كمال عبد الرؤوف، ط١، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، مصر، ١٩٩٥.
- ٤١- د. سامي جمال الدين: الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٤٢- د. سامي الطوخي: النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس الشفافية في إدارة الشؤون العامة الطريق للتنمية والإصلاح الإداري دراسة مقارنة، بلا رقم طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤.
- ٤٣- _____: الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على التسبب الوجوبي للقرارات الإدارية دراسة تطبيقية مقارنة، بلا رقم طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦.
- ٤٤- د. سعد نواف العنزي: الضمانات الإجرائية في التأديب دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠٠٧.
- ٤٥- د. سعيد علي الراشدي: الإدارة بالشفافية، ط١، دار كنوز المعرفة، بلا مكان نشر، ٢٠٠٧.
- ٤٦- د. سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، راجعه ونقحه د. محمود عاطف البنا، طبعة ٧، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٦.
- ٤٧- _____: الأسس العامة في العقود الإدارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، ٢٠١١.
- ٤٨- _____: القضاء الإداري، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، ط٧ مزيدة ومنقحة، دار الفكر العربي، مصر، بلا سنة نشر.
- ٤٩- سمية محمد كامل، الشكل في القرارات الإدارية (دراسة مقارنة)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٤.
- ٥٠- د. شعبان عبد الحكيم سلامة: القرار الإداري السلبي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية - مصر، ٢٠١١.
- ٥١- شهاب أحمد ياسين و خليل إبراهيم المشاهدي: التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٨.

- ٥٢- د. طارق صديق رشيد كه ردي: حماية الحرية الشخصية في القانون الجنائي دراسة تحليلية مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان ٢٠١١.
- ٥٣- د. طعيمة الجرف: رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة قضاء الالغاء، بلا رقم طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
- ٥٤- د. عارف احمد محمد ملهي الحجري: فقه الموازنات في الشريعة الاسلامية وتطبيقاتها المعاصرة دراسة اصولية مقاصدية، ط٢، مطابع دمشق للطباعة والنشر، ٢٠١٨.
- ٥٥- د. عاصم رمضان مرسي يونس: الحريات العامة في الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة، بلا رقم طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
- ٥٦- د. عبد الحكم فودة: الخصومة الادارية، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ١٩٩٧.
- ٥٧- د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٥٨- د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني: قرينة الخطأ في مجال المسؤولية الادارية دراسة مقارنة، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية - مصر، ٢٠٠٨.
- ٥٩- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : المرافعات الادارية امام القضاء الاداري، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠٠٨.
- ٦٠- _____: دعوى الغاء القرار الاداري وطلبات تنفيذه، دار المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٩.
- ٦١- _____: الاسس العامة للقرارات الادارية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، ٢٠١٢.
- ٦٢- _____: الموسوعة الادارية الشاملة في الدعاوى والمرافعات الادارية (أصول اجراءات التقاضي والاثبات في الدعاوى الادارية)، الكتاب الثاني، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٣.
- ٦٣- _____: تنفيذ العقد الاداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكما، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٤.
- ٦٤- عبد العزيز محمد عبد القادر: حرية تداول المعلومات ومردودها على الامن القومي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٩.
- ٦٥- د. عبد الغني بسيوني عبدالله: النظرية العامة في القانون الاداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٣.
- ٦٦- عبد الفتاح الجبالي: حرية المعلومات والشفافية في مصر، سلسلة اوراق سياسات تعزيز الشفافية ومكافحة الفساد، مركز المشروعات الدولية الخاصة (CIPE)، القاهرة، بلا سنة نشر.
- ٦٧- عبد القادر صالح عبدول: القرارات الادارية الضمنية واهم تطبيقاتها في مجال الوظيفة العامة دراسة تطبيقية، ط١، السليمانية - العراق، ٢٠١٨.
- ٦٨- د. عبد الفتاح ياغي: الحكومة والادارة العامة في الولايات المتحدة الامريكية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان - الاردن، ٢٠١١.
- ٦٩- د. عبد الملك علي محسن: المعايير الدولية لحرية تداول المعلومات، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية - مصر، ٢٠١٨.
- ٧٠- د. عثمان سلمان غيلان العبودي: الاحكام التفصيلية في شرح التعاقدات الحكومية دراسة مقارنة، مكتبة القانون والقضاء، بغداد، ٢٠١٥.

- ٧١- د. عثمان ياسين علي: تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة ابرام العقود الادارية دراسة مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٥.
- ٧٢- د. عدنان عاجل عبيد: ضمانات الموظف السابقة لفرض العقوبة التأديبية دراسة قانونية مقارنة فرنسا- مصر- الاردن- العراق، ط١، المركز العربي، مصر، ٢٠١٨.
- ٧٣- د. عصام احمد البهجي: الشفافية واثرها في مكافحة الفساد الاداري، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤.
- ٧٤- د. عصام البرزنجي ود. علي محمد بدير ود. مهدي ياسين السلمي: مبادئ واحكام القانون الاداري، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ١٩٩٣.
- ٧٥- د. علي خطر شطناوي: موسوعة القضاء الاداري، ج٢، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٨.
- ٧٦- د. علي الفحام: سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٧٦.
- ٧٧- غاستون مير: افلاطون، تعريب د. بشارة صارجي، ط١، سلسلة اعلام الفكر العالمي، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت-لبنان، ١٩٨٠.
- ٧٨- فلاح حسن صالح الهبيبي: التعاقد من الباطن في العقود الادارية دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية- مصر، ٢٠١٩.
- ٧٩- د. فوزي حبيش: الادارة العامة والتنظيم الاداري، ط٤، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان، ٢٠٠٧.
- ٨٠- فاروق احمد خماس ود. محمد عبدالله الدليمي: الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، ١٩٩٢.
- ٨١- د. كمال طلبة المتولي سلامة: دور الدولة في حماية السرية والاستثناءات الواردة عليها مع عرض لاهم الاعلانات والمؤتمرات الدولية وموقف بعض الدساتير والقانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤.
- ٨٢- د. ماجد راغب الحلو، الدعاوى الادارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٨٣- د. مأمون محمد سلامة: قانون الاحكام العسكرية العقوبات والاجراءات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤.
- ٨٤- ماردين دنيا محمد علي: تضارب المصالح في الوظيفة العامة والاليات القانونية لمكافحته، ط١، منشورات زين الحقوقية والادبية، لبنان، ٢٠١٨.
- ٨٥- ماهر زيبان الشمري: وسائل الاثبات في الدعوى الادارية دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٨.
- ٨٦- د. ماهر صالح علاوي الجبوري: مبادئ القانون الاداري (دراسة مقارنة)، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، العراق، ١٩٩٦.
- ٨٧- _____: الوسيط في القانون الاداري، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، ٢٠٠٩.
- ٨٨- د. محمد احمد ابراهيم المسلماني: القرارات الادارية، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٧.
- ٨٩- د. محمد احمد عبد الحميد: شرح قانون الخدمة المدنية في ضوء الفقه وقضاء وافتاء مجلس الدولة، بلا رقم طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٨.
- ٩٠- د. محمد باهي ابو يونس: التنظيم القانوني لحرية الحصول على الوثائق الادارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية - مصر، ٢٠٠٢.
- ٩١- د. محمد جمال جبريل: السكوت في القانون الاداري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
- ٩٢- د. محمد رفعت عبد الوهاب: الانظمة السياسية، بلا رقم طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.

- ٩٣- د. محمد رفعت عبد الوهاب ود. ابراهيم عبد العزيز شيحا: اصول الادارة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية - مصر، ١٩٩٨.
- ٩٤- د. محمد عبد الواحد الجميلي: من السرية الى الشفافية الادارية، بلا رقم طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩-٢٠٠٠.
- ٩٥- د. محمد فؤاد عبد الباسط: القانون الاداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية- مصر، ٢٠٠٠.
- ٩٦- د. محمد ماجد ياقوت: شرح القانون التأديبي للوظيفة العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
- ٩٧- محمد علي محمود نديم: منازعات العقود الحكومية والاستثمارية والتجارية في تطبيقات القضاء بداءة واستئنافا وتمييزا، ج ١، ط ١، مكتبة القانون المقارن، العراق- بغداد، ٢٠٢١.
- ٩٨- د. محمد ماهر ابو العينين: دعوى الالغاء امام القضاء الاداري (اسباب الغاء القرارات الادارية وفقا لأحكام المحكمة الادارية العليا حتى عام ١٩٩٦، الكتاب ٢، دار الكتب القانونية شتات ،مصر، ١٩٩٨.
- ٩٩- _____: العقود الادارية وقوانين المناقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤، الجزء الاول، دار ابو المجد للطباعة، مصر.
- ١٠٠- _____: تطور قضاء الالغاء ودور مجلس الدولة في الرقابة على القرارات المتعلقة بنزع الملكية وعلى بعض مصادر مبدأ المشروعية، المجلد الثاني، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥.
- ١٠١- _____: تطور قضاء الالغاء ودور مجلس الدولة في الرقابة على القرارات المتعلقة بنزع الملكية وعلى بعض مصادر مبدأ المشروعية، المجلد الثالث، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥.
- ١٠٢- د. محمود نجيب حسني: قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.
- ١٠٣- د. محمود احمد عطية: اجراءات التقاضي امام محاكم مجلس الدولة المرافعات الادارية والمحكمة الدستورية العليا دراسة تحليلية على ضوء احكام المحكمة الادارية العليا والمحكمة الدستورية العليا، ط ٢، دار الفتح، الاسكندرية - مصر، ٢٠١٧.
- ١٠٤- د. محمود حمدي عطية: القيمة القانونية لقرينة صحة القرار الاداري، دار ابو المجد، مصر، ٢٠١٨.
- ١٠٥- د. محمود حلمي: القرار الاداري، ط ١، بلا دار نشر، مصر، ١٩٧٠.
- ١٠٦- د. مصدق عادل طالب ومالك منسي الحسيني: النظام القانوني لذوي الدرجات الخاصة في العراق دراسة تحليلية بين النظرية والتطبيق، بيروت - لبنان، ٢٠١١.
- ١٠٧- د. مصطفى ابو زيد فهمي: القضاء الاداري ومجلس الدولة- قضاء الالغاء، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية - مصر، ١٩٩٩.
- ١٠٨- د. منتصر علوان كريم: التنظيم القانوني للوكالة الادارية في القانون العراقي، ط ١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان - الاردن، ٢٠١٩.
- ١٠٩- ميكافيلي:كتاب الامير،الفصل ١٧ و ١٨ و ١٩،ترجمة اكرم مؤمن، مكتبة ابن سينا،القاهرة،٢٠٠٤.
- ١١٠- د.نصري منصور النابلسي: العقود الادارية دراسة مقارنة، ط ٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.
- ١١١- نوال طارق ابراهيم العبيدي: الجرائم الماسة بحرية التعبير عن الفكر، ط ١، دار الحامد، الاردن، ٢٠٠٩.
- ١١٢- د. هالة الالفي: الحماية الدستورية لتداول المعلومات دراسة مقارنة، ط ١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٢١.

- ١١٣- د. هشام عبد السيد الصافي: الشفافية الادارية بين ضرورة مكافحة الفساد وحدود السر الوظيفي دراسة تطبيقية مقارنة، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٢٢.
- ١١٤- د. ياسر باسم ذنون السبعوي، واحمد موفق الحيايلى: المفيد في شرح احكام قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠٢١.
- ١١٥- د. ياسر سيد حسين سيد: الحق الدستوري في الحصول على المعلومات والبيانات في الدستور (المصري - الفرنسي- الامريكي)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٨.
- ١١٦- يوسف كرم: تاريخ الفلسفة اليونانية، بلا رقم طبعة، مؤسسة هنداوي ، مصر، ٢٠١٤.
- ١١٧- د. يوسف مصطفى رسول: التوازن في الاجراءات الجزائية، دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر، مصر والامارات، ٢٠١٧ .

ثالثا: الرسائل والاطاريح الجامعية

أ- الرسائل الجامعية

- ١- ابراهيم الباز مصطفى الباز: تبسيط الاجراءات في مجال العقود الادارية (دراسة تحليلية)، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ،جامعة المنصورة - مصر، ٢٠١١.
- ٢- احمد فاهم مسلم علي: الحماية القانونية لمبدأ المنافسة في مناقصات العقود الحكومية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون ،جامعة بابل، ٢٠١٩.
- ٣- بيداء إبراهيم قادر، التنظيم القانوني لتسبب العقوبات الانضباطية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ،جامعة النهرين، ٢٠٠٨.
- ٤- آمنة عباس حسن الجابري: الطعن بقرارات الاحالة في عقود الاشغال العامة في القانون العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة كربلاء، ٢٠١٣.
- ٥- حبيب ابراهيم حمادة الدليمي: الطعن بالإلغاء ضد القرارات الادارية القابلة للانفصال في مجال العقد الاداري دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون ،جامعة بغداد، ١٩٩٤.
- ٦- حذيفة عادل عبد الكريم منصور: انتهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة (دراسة مقارنة بين التشريع الاردني والعراقي)، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠١٥.
- ٧- خديجة عبد السلام: دور القاضي في ضمان التوازن بين المتقاضي والادارة، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر، ٢٠١٤.
- ٨- زكية سايب: العلاقة بين الادارة والمواطن في القانون المقارن ،رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند اولحاج - البويرة ، الجزائر، لعام ٢٠١٧.
- ٩- سعد عبدالله المطلق: القرار الاداري الضمني (دراسة مقارنة)،رسالة ماجستير، كلية القانون- جامعة اليرموك، الاردن، ٢٠١٤.
- ١٠- عائشة غنادرة: دور القاضي الاداري وحدود سلطاته في رقابة المشروعية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، ٢٠١٣-٢٠١٤.
- ١١- عبدالله محمود محمد الهيبي:النظام القانوني للمزايدات العامة،رسالة ماجستير،كلية الحقوق ،جامعة تكريت، ٢٠١٦.

- ١٢ - عقيلة بوتة: الشكل والجراءات في القرار الاداري، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ٢٠١٢-٢٠١٣.
- ١٣ - فائز صالح لامين السحيل: القرارات الادارية الشفهية، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية ، مصر ، لعام ٢٠١٦-٢٠١٧.
- ١٤ - عمر مرزوقي: دور القاضي في حماية مبدأ الشفافية الادارية(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون- جامعة اليرموك، الاردن، ٢٠١٧.
- ١٥ - محمد سالم لهيمص: الفراغ التشريعي في احكام المناقصات العامة رسالة ماجستير، كلية القانون ،الجامعة المستنصرية، ٢٠١٥.
- ١٦ - محمد صبار محمد المشهداني: سلطة الادارة في فرض الجزاءات غير المالية في العقد الاداري دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الاسراء - الاردن، ٢٠١٤
- ١٧ - محمد قاسم الناصر: الحق في سرية المراسلات في بعض النظم الدستورية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون ،جامعة بابل، ٢٠٠٢.
- ١٨ - فارس حامد عبد الكريم العجرش: فكرة المعيار في القانون وتطبيقاتها في القانون المدني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ،كلية القانون ، جامعة بغداد، ٢٠٠١.
- ١٩ - مجيد حميد العنبيكي: اثر المصلحة في تشريع الاحكام بين النظامين الانكليزي والاسلامي، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٧١.
- ٢٠ - نوال دايم: القرارات الادارية الضمنية والرقابة القضائية عليها (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة بكر قايد - تلمسان، الجزائر، ٢٠١٠.
- ٢١ - وسام كاظم صغير، افشاء الاسرار الوظيفية واثره في المسؤولية الجزائية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون - الجامعة المستنصرية، ٢٠١٣.

ب- الاطاريح الجامعية

- ١ - احمد عبد الحليم عيسى معوض: المحافظة على اسرار الوظيفة كواجب من واجبات الموظف العام (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة بني سويف، مصر، ٢٠١٥.
- ٢ - احمد علي ابراهيم متولي: القرارات السلبية والرقابة القضائية عليه دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية، مصر، ٢٠١٩.
- ٣ - احمد محمد المنوفي: واجب عدم افشاء الاسرار الوظيفية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٣.
- ٤ - بدر محمد عبد الحافظ القعيسي: الرقابة القضائية على القرارات الادارية غير الصريحة (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، مصر ، ٢٠١٩
- ٥ - حمزة خضري، آليات حماية المال العام في اطار الصفقات العمومية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ١، ٢٠١٤-٢٠١٥.
- ٦ - دليلة بوراي: المشاركة : صورة لتجديد العلاقة بين الادارة والمواطن، اطروحة دكتوراه ، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية - كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر ، ٢٠٢٠.
- ٧ - د.سامي الطوخي: شفافية اعمال الإدارة مدخل رقابي للإصلاح الاداري (دراسة مقارنة) بالتطبيق على تسبيب القرارات الادارية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، مصر، ٢٠٠٥.

- ٨- صفيان بوفراش: مبدأ التعليل الوجوبي للقرارات الادارية في الجزائر، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، الجزائر، ٢٠١٥.
- ٩- عماد محمد شاطي هندي: النكول في المناقصات والمزايدات العامة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٢١.
- ١٠- عمر محمد سلامة العليوي: حق الحصول على المعلومات في ضوء القانون الاردني رقم ٤٧ لسنة ٢٠٠٧ دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ،جامعة عين شمس، ٢٠١١.
- ١١- غزلان سليمة: علاقة الادارة بالمواطن في القانون الجزائري، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة، الجزائر، لعام ٢٠٠٩-٢٠١٠.
- ١٢- لينا مأمون البيلاني: اثر تبسيط الاجراءات في القطاع الحكومي على تكلفة الخدمة العامة دراسة التجربة اللبنانية، اطروحة دكتوراه ، كلية الاقتصاد ،جامعة دمشق، ٢٠١٥.
- ١٣- ماجد شهاب الرمضان: التزام اطراف الرابطة العقدية بالشفافية في مجال العقود الادارية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق -جامعة عين شمس، مصر، ٢٠١٦.
- ١٤- محمود محمد صالح عبد الفضيل: المدخل القانوني للإصلاح الاداري، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ،جامعة المنصورة، مصر، ٢٠١٩.
- ١٥- مرعي محمد عبدالله الفلاح: الاثبات بالقرائن امام القضاء الاداري دراسة تحليلية مقارنة ، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ٢٠١٨.
- ١٦- نادية ظريفي: المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ١ بن يوسف بن خدة، ٢٠١١-٢٠١٢.

رابعاً: البحوث

- ١- د. احمد مشعان نجم: توازن القوى الدولي وتوازن القوى الاقليمي (دراسة نظرية تحليلية)، بحث منشور قضايا سياسية، جامعة النهرين - كلية العلوم السياسية، العدد ٥١، لعام ٢٠١٨.
- ٢- د. انس غنام جبارة: توازن السلطة في النظام البرلماني - دستور ٢٠٠٥ العراقي نموذجاً، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٩، العدد ٢، ٢٠١٩.
- ٣- د. حسام الدين كامل الأهوائي: الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الالكتروني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، الصادرة في كانون الثاني وتموز من العام ١٩٩٠.
- ٤- د.حسن عبد الرحيم السيد: الشفافية في قواعد واجراءات التعاقد الحكومي في دولة قطر(دراسة مقارنة مع قانون اليونسترال النموذجي للمشتريات الحكومي)،مجلة الشريعة والقانون،جامعة الامارات العربية المتحدة،ع ٣٩، ٢٠٠٩.
- ٥- د.حسن محمد علي البنان: التكيف القانوني لسكوت الادارة في ظل سلطتها التقديرية دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك ،المجلد ٨، العدد ١٣، لعام ٢٠١٩.
- ٦- د. حيدر محمد حسن: اختلال التوازن بين السلطتين التنفيذية والتشريعية في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون - جامعة بغداد، العدد الاول، ٢٠١٨.
- ٧- د. خالد الزبيدي: نظرية العلم اليقيني في الفقه والقضاء الاداري مع التركيز على محكمة العدل العليا دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون،المجلد ٣٤، العدد ١، ٢٠٠٧.

- ٨- _____: القرار الإداري الضمني في الفقه والقضاء الإداري دراسة مقارنة في ضوء قضاء محكمة العدل العليا، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون- الجامعة الأردنية، المجلد ١٣، العدد ١، ٢٠٠٨.
- ٩- خيرة بن سالم: الاعلان ودور المعاملات الالكترونية في تعزيز المنافسة وترشيد الصفقات العمومية على ضوء مرسوم ٢٤٧/١٥، مجلة صوت القانون، ج٢، العدد ٧، ٢٠١٧.
- ١٠- _____: حماية المنافسة في المرحلة السابقة للتعاقد على ضوء المرسوم ١٥-٢٤٧ المنظم لعقود الصفقات العمومية، مجلة العلوم الانسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد ٤٦، مارس- اذار ٢٠١٧.
- ١١- د. رشا عبد الرزاق جاسم: الطعن بالإلغاء في القرارات الادارية المنفصلة عن العقد الاداري، بحث منشور في مجلة الحقوق بالجامعة المستنصرية، المجلد ٤، العدد ١٣-١٤، السنة ٦، ٢٠١١.
- ١٢- زبيدة عرافة: دور قاضي الاستعجال في حال منازعات الصفقات العمومية قبل الابرام، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة علي فارس بالمدينة- الجزائر، ع٥، ٢٠١٨.
- ١٣- د. سامي الطوخي: الادارة بالشفافية، بحث منشور في مجلة البحوث الادارية، تصدر عن اكااديمية السادات للعلوم الادارية- مركز البحوث والاستشارات والتطوير ، مجلد ١٤، العدد ١، كانون الثاني ٢٠٠٢.
- ١٤- سحر عناوي رهيو الزبيدي: الشفافية الادارية ودورها في دعم الاصلاح الاداري دراسة تحليلية لآراء عينة من العاملين في المصارف الحكومية في الديوانية، بحث منشور في مجلة الكوت للعلوم الاقتصادية والادارية، كلية الادارة والاقتصاد - جامعة واسط، المجلد ١، العدد ٢٤، ٢٠١٦ .
- ١٥- سردار عماد الدين محمد سعيد و مخلص احمد محمد: الشروط القانونية لانحلال العقد الاداري اقتضاء للمصلحة العامة دراسة تحليلية مقارنة، المجلة الاكاديمية لجامعة نوروز، كردستان العراق، العدد ٨، حزيران ٢٠١٩.
- ١٦- سلوى بزاحي بومقورة: مخالفة مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية دراسة مقارنة، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد ١٥، العدد ١، الجزائر، لسنة ٢٠١٧.
- ١٧- د. شاكر عبد الكريم البلداوي: دور ديوان الرقابة المالية بالعراق في تعزيز الافصاح والشفافية، بحث منشور في مجلة الادارة والاقتصاد، الجامعة المستنصرية، العدد ٩٠، السنة ٣٤، ٢٠١١.
- ١٨- صقر عبد فارس الرويس: القيمة القانونية للملف الوظيفي تشريعا وقضاء دراسة مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، مج١٦، ع ٢، ديسمبر ٢٠١٩.
- ١٩- طارق جمعة السيد راشد: الحماية القانونية لخصوصية البيانات الشخصية في العصر الرقمي دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ملحق خاص العدد (الثاني والتسعون).
- ٢٠- فضيلة عباس غائب: مبدأ سرية المعلومات الضريبية في قانون ضريبة الدخل العراقي ذي الرقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ المعدل النافذ، بحث منشور في مجلة الراافدين للحقوق، المجلد ١٢، العدد ٤٦، ٢٠١٠.
- ٢١- فيصل زماط حسن السليم: مقومات الافصاح الالكتروني واهميته في قرارات الاستثمار، بحث منشور في مجلة الادارة و الاقتصاد تصدر عن الجامعة المستنصرية ، العدد ٦١، لسنة ٢٠٠٦.
- ٢٢- د. عبد الناصر ابراهيم نور ومحمد ناصر بركة: اثر الافصاح المالي وغير المالي على اداء البنوك التجارية الاردنية المدرجة في بورصة عمان، بحث منشور في مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، تصدر عن جامعة عمان الاهلية، المجلد ٢٢، العدد ١، سنة ٢٠١٩.
- ٢٣- د. علي خطار شطناوي: دور القضاء الاداري في تحديد المصدر الحقيقي للقرار المطعون فيه، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد ١٢، شباط ١٩٩٩.

- ٢٤- د. غازي فيصل مهدي: القرار السلبي والرقابة القضائية، مجلة الحقوق، جامعة النهرين، مج ٢، ع ٣، لسنة ١٩٩٨.
- ٢٥- د. ماجد راغب الحلو: السرية في اعمال السلطة التنفيذية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، المجلد ١٧، العددان الاول والثاني، ١٩٧٥.
- ٢٦- د. مازن ليلو راضي: اليقين القانوني من خلال الوضوح وسهولة الوصول الى القانون، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون بجامعة بغداد، مجلد ١، العدد ١، ٢٠١٩.
- ٢٧- محمد بن عمارة : المعيار الذاتي والموضوعي في القانون المدني الجزائري، بحث منشور في مجلة دراسات وابحاث، تصدر عن جامعة زيان عاشور بالجلفة - الجزائر، المجلد ٥، العدد ١١، ٢٠٠٩.
- ٢٨- د. محمد خلف بني سلامة و سامي محمود دراغمة: معايير الشفافية في الفقه الاسلامي واثرها في الوقاية من الازمات الاقتصادية، مجلة الجامعة الاسلامية للدراسات الاسلامية، المجلد ٢٢، العدد ٢، حزيران ٢٠١٤.
- ٢٩- محمد سليم امين : تسبب قرار فرض العقوبة الانضباطية على الموظف العام في التشريع العراقي، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون - جامعة كركوك، المجلد ٣، العدد ٨، لعام ٢٠١٤.
- ٣٠- محمد مهدي علام: الدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، مجلد ١، العدد ٢، بلا سنة نشر.
- ٣١- مسعود دراوسي: مفهوم التوازن والاستقرار في الفكر الاقتصادي مع اشارة خاصة للتوازن الاقتصادي العام للجزائر، مجلة معهد العلوم الاقتصادية- مجلة علوم الاقتصاد والتسيير والتجارة، المجلد ١٠، العدد ١، ٢٠٠٦.
- ٣٢- د. منى احمد ابو زيد: المصلحة بين الفقه الاسلامي و روسكو باوند، بحث منشور ضمن كتاب الفقه والقانون (تصورات ومقترحات ومعالجات منهجية)، ط ١، مركز الدراسات الاسلامية لمجلس الشورى الاسلامي، الجمهورية الاسلامية الايرانية، ٢٠٠٠.
- ٣٣- د. موسى مصطفى شحادة: الحق في الحصول على المعلومات في مجال البيئة حق من الحقوق الاساسية للإنسان، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية، العدد الثلاثون، نيسان لعام ٢٠٠٧.
- ٣٤- د. نضال عباس ود. سميرة ابراهيم: اثر متطلبات انسيابية العمل في تبسيط الاجراءات الادارية، بحث منشور في مجلة دنانير، الجامعة العراقية - كلية الادارة والاقتصاد، المجلد ١، العدد ٤، ٢٠١٣.
- ٣٥- د. وسام صبار العاني: القيود الواردة على اجراءات التعاقد بأسلوب المناقصة العامة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون بجامعة بغداد، العدد الخاص الثالث، ج ١، ٢٠١٧.
- ٣٦- د. يمامة محمد ود. وائل منذر : التنظيم الدستوري والقانوني للحق في الحصول على المعلومات قراءة تقويمية في مشروع قانون الحصول على المعلومات، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون- الجامعة المستنصرية، مجلد ١٦، عدد ٢٩-٣٠، لسنة ٢٠١٧.

خامسا: المجموعات القضائية

- ١- د. حامد الشريف : مجموعة المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة الادارية العليا منذ انشائها وحتى الان، ج ١، المكتبة العالمية ، الاسكندرية - مصر، لسنة ٢٠٠٩.
- ٢- صباح صادق جعفر الانباري: مجلس شورى الدولة للأعوام ٢٠٠٤-٢٠٠٥-٢٠٠٦، ج ١، ط ١، بغداد، ٢٠٠٨.
- ٣- قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة للأعوام (٢٠٠٦، ٢٠٠٨، ٢٠٠٩، ٢٠١٠، ٢٠١١، ٢٠١٢، ٢٠١٣، ٢٠١٤ و ٢٠١٥)، وزارة العدل - العراق.
- ٤- قرارات مجلس الدولة وفتاواه للأعوام (٢٠١٦ و ٢٠١٧ و ٢٠١٨ و ٢٠١٩ و ٢٠٢٠)، وزارة العدل - العراق.

سادسا: التقارير

- ١- التقرير نصف السنوي الاول عن متابعة تنفيذ البرنامج الحكومي ٢٠١٨-٢٠٢٢ لغاية ٣٠ نيسان ٢٠١٩ والصادر عن رئاسة الوزراء في العراق .
- ٢- التقرير نصف السنوي لديوان الرقابة المالية الاتحادي للفترة من ١/١ ولغاية ٣/٦/٢٠٢١، جمهورية العراق.
- ٣- التقرير السنوي لديوان الرقابة المالية الاتحادي لعام ٢٠٢٠، جمهورية العراق.

سابعا: الاعلانات العالمية والمواثيق الدولية و الدساتير والقوانين والانظمة والتعليمات**أ- الاعلانات العالمية والمواثيق الدولية**

- ١- الاعلان العالمي لحقوق الانسان في ١٠ /١٢/ ١٩٤٨
- ٢- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان ١٩٥٠
- ٣- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر في ١٢/١٢/١٩٦٦
- ٤- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الانسان ١٩٦٩
- ٥- الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب ١٩٨١
- ٦- الميثاق العربي لحقوق الانسان لسنة ٢٠٠٤
- ٧- اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٤.

ب- الدساتير:

- ١- دستور جمهورية فرنسا ١٩٤٦ الملغي
- ٢- دستور جمهورية فرنسا ١٩٥٨
- ٣- دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥
- ٤- دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤ .

ت- القوانين والانظمة والتعليمات :**- القوانين :**

- ١- قانون ديوان التدوين القانوني رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٣ الملغي.
- ٢- قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ .
- ٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
- ٤- قانون الملاك رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٠ المعدل .
- ٥- القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٤ المعدل بشأن تنظيم الرقابة الادارية المصري
- ٦- قانون السلامة الوطنية رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ .
- ٧- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل
- ٨- قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ٩- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٣٢ لعام ١٩٦٩ .
- ١٠- قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل
- ١١- قانون الاحصاء العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٧٢ المعدل.
- ١٢- قانون الاحوال المدنية العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٢ الملغي.

- ١٣- قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.
- ١٤- قانون البريد العراقي رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٣ .
- ١٥- قانون النشر في الجريدة الرسمية رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل
- ١٦- قانون العاملين المدنيين بالدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ الملغي
- ١٧- قانون الجهاز المركزي للتقييس والسيطرة النوعية رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٩ المعدل
- ١٨- قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل
- ١٩- قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل
- ٢٠- قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل.
- ٢١- قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل
- ٢٢- قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ المعدل
- ٢٣- قانون المحاسبة الحكومية المصري رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨١
- ٢٤- قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ المعدل.
- ٢٥- القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٨٨ قانون التعديل الثالث لقانون الكمارك العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٨٤
- ٢٦- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٢٣٧ لعام ١٩٨٤
- ٢٧- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٢٢٤ في ١١/٤/١٩٨٧ بشأن تخويل وزير النفط تأجير محطات التعبئة وساحات الغاز للقطاع الخاص
- ٢٨- قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٨ المعدل.
- ٢٩- قانون مراكز الاستشارات الهندسية رقم ٦٣ لسنة ١٩٨٧
- ٣٠- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل
- ٣١- قانون مكاتب الخدمات العلمية والاستشارية في مؤسسات التعليم العالي رقم ٧ لسنة ١٩٩٧ المعدل.
- ٣٢- امر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم ١ لسنة ٢٠٠٤ (امر الدفاع عن السلامة الوطنية)
- ٣٣- قانون الحماية الاجتماعية رقم ١١ لسنة ٢٠٠٤
- ٣٤- قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ المعدل
- ٣٥- امر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٤
- ٣٦- قانون العقود العامة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ .
- ٣٧- قانون المصارف رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤
- ٣٨- قانون وزارة العدل رقم ١٨ لسنة ٢٠٠٥ المعدل.
- ٣٩- القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ الملغي.
- ٤٠- قانون المصادقة على اتفاقية مكافحة الفساد لعام ٢٠٠٤ رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٧.
- ٤١- قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل
- ٤٢- قرار الاصلاح السياسي للمرحلة القادمة رقم ٤٤ لسنة ٢٠٠٨ .
- ٤٣- قانون مجلس الخدمة العامة الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٩ المعدل
- ٤٤- قانون هيئة دعاوى الملكية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠
- ٤٥- قانون حقوق الصحفيين رقم ٢١ لسنة ٢٠١١

- ٤٦- قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١ المعدل
- ٤٧- قانون ديوان الرقابة المالية رقم ٣١ لسنة ٢٠١١ المعدل
- ٤٨- قانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ .
- ٤٩- القانون رقم ١٨ لسنة ٢٠١٣ التعديل الاول لأمر سلطة الائتلاف رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ .
- ٥٠- قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل
- ٥١- قانون شؤون وحماية المقابر الجماعية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٥
- ٥٢- قانون التضمين رقم ٣١ لسنة ٢٠١٥
- ٥٣- قانون مكافحة غسيل الاموال وتمويل الارهاب رقم ٣٩ لسنة ٢٠١٥
- ٥٤- قانون البطاقة الوطنية رقم ٣ لسنة ٢٠١٦ .
- ٥٥- قانون الاشراف القضائي رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٦
- ٥٦- قانون الحفاظ على الوثائق رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٦
- ٥٧- قانون الخدمة المدنية المصري رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ .
- ٥٨- قانون رقم ٢٠٧ لسنة ٢٠١٧ بشأن إعادة تنظيم الرقابة الادارية المصري .
- ٥٩- قانون الادعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧
- ٦٠- قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ .
- ٦١- قانون الادارة المالية الاتحادي رقم ٦ لسنة ٢٠١٩ المعدل.
- ٦٢- قانون رقم ١٨٨ لسنة ٢٠٢٠ ، قانون التعديل الاول لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ .

- الانظمة

- ١- اللائحة التنفيذية لقانون المحاسبة الحكومية المصري رقم ١٨١ لسنة ١٩٨٢ .
- ٢- نظام الامتحانات العامة رقم ١٨ لسنة ١٩٨٧ .
- ٣- النظام الداخلي لمكتب وزير العدل رقم ١ لسنة ٢٠١١
- ٤- النظام الداخلي لمجلس محافظة ديالى لعام ٢٠١٣
- ٥- نظام لجنة تجميد اموال الارهاب رقم ٥ لسنة ٢٠١٦
- ٦- اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية المصري بقرار مجلس الوزراء رقم ١٢١٦ لسنة ٢٠١٧ .
- ٧- النظام الداخلي لمجلس الوزراء رقم ٢ لسنة ٢٠١٩
- ٨- اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم ٦٩٢ لسنة ٢٠١٩ .

- التعليمات :

- ١- تعليمات عدد ١١٩ لسنة ١٩٧٩
- ٢- تعليمات وزارة التخطيط رقم ١ لسنة ١٩٩٠
- ٣- تعليمات اللجان الطبية رقم ١ لسنة ١٩٩٥
- ٤- تعليمات قواعد السلوك الوظيفي الخاصة بموظفي الدولة والقطاع العام ومنتسبي القطاع المختلط لسنة ٢٠٠٦
- ٥- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ الملغاة
- ٦- تعليمات تسهيل قانون المصارف العراقية رقم ٤ لسنة ٢٠١١

- ٧- تعليمات تشكيلات ومهام دوائر واقسام وزارة التخطيط رقم ١ لسنة ٢٠١٢
- ٨- تعليمات والمركز الوطني للتطوير الاداري وتقنية المعلومات رقم ٣ لسنة ٢٠١٢.
- ٩- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤
- ١٠- تعليمات السلوك الوظيفي رقم ١ لسنة ٢٠١٦

-البيانات:

- ١- بيان مجلس القضاء الاعلى في العراق العدد ١٤٧/ق/أ في ٢٥/١٢/٢٠١٢.
- ٢- بيان مجلس القضاء الاعلى في العراق العدد ١٥٤/ق/أ في ٢٦/١١/٢٠١٤.

ثامناً: المواقع الالكترونية

- ١- امل المرشدي: المعيار القانوني، بحث منشور على الانترنت بتاريخ ١٠/٢/٢٠١٧، على الرابط الاتي:
<https://www.mohamah.net/law>
- ٢- رودني أي سمولا : حق الشعب في أن يعرف : الشفافية في المؤسسات الحكومية، مقال منشور في موقع مكتب برامج الاعلام الخارجي- وزارة الخارجية الاميركية، على الرابط الالكتروني الاتي:
<https://www.do.ektu.kz/com/Infousa/cd2/languages/usinfo.state.gov/arabic/democracy>
- ٣- توبي مندل: حرية الحصول على المعلومات مسح قانوني مقارن، اصدارات منظمة اليونسكو، منشور على الموقع الالكتروني الاتي: <https://yemen-nic.info>
- ٤- د. سالم محمد عبود: الازمة المالية العالمية بين مبدأ الافصاح والشفافية، بحث مشارك في المؤتمر العلمي الثالث بالأردن للفترة من ٢٨-٢٩/٤/٢٠٠٩، منشور على الموقع الالكتروني الاتي: <http://iefpedia.com>
- ٥- عبدالله العتيبي: القرارات الشفهية مدخل للفساد وتهرب من المسؤولية، مقال منشور في جريدة القبس في ١٦ تشرين الاول ٢٠٠٦، على الموقع الالكتروني: <https://alqabas.com>
- ٦- فارس حامد عبد الكريم: القانون والسلم الاجتماعي، مقال منشور بتاريخ ١٤/٦/٢٠٠٩، على الموقع الالكتروني الاتي : <http://al-nnas.com/ARTICLE/FHAbdkrem/14pc.htm>
- ٧- د. محمد بن ابراهيم السعيد: التوازن الفكري، مقال منشور في ٨ آذار ٢٠١٠ على الموقع الالكتروني:
<https://www.mohamadalsaidi.com/?p=203>
- ٨- نبيل محمد دقيل: العلاقة بين مفهوم التوازن الاجتماعي واستراتيجية السلام، مجلة جامعة شندي - السودان، العدد ٤، ٢٠٠٨، متاح على الموقع الالكتروني الاتي: <http://repository.ush>
- 9- Bertrand Worusefel : Secret et renseignement : une relation nécessaire a la recherché d, un nouveau cader, publié sur le site: <https://hestia.hypotheses.org> .
- 10- Émilie Debaets: Protection des droits fondamentaux et participation de l'individu aux décisions publiques, Jurisdoctoria n° 4, 2010, Publié sur le site: <http://publications.ut-capitole.fr>.
- 11- Eric millard : Qu ,est -ce qu'une norm juridique?, cahiers du conseil constitutionnel, no 21(dossier: la normativité) – janvier, 2007, Publié sur le site: <https://www.conseil-constitutionnel.fr> .

12- Gweltaz Eveillard : Normes legislatives et réglementaires , Nouveaux Cahiers du conseil constitutionnel No 36-Juin 2012, publié sur le site:: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/observatoire-de-jurisprudence-constitutionnelle-chronique-n-9>

13- Sally Hussey : Comprendrel,importance de la participation citoyenne , publié sur le site : <https://www.bangthetable.com/fr> .

١٤- الموقع الالكتروني لوزارة التخطيط العراقية على الرابط الاتي: <https://mop.gov.iq>

١٥- الموقع الالكتروني لديوان الرقابة المالية الاتحادي العراقي . <https://www.fbsa.gov.iq/>

١٦- الموقع الالكتروني لمجلس النواب العراقي <https://parliament.iq>

١٧- الموقع الالكتروني لمجلس الوزراء العراقي : <http://cabinet.iq>

١٨- الموقع الالكتروني لوزارة العدل العراقية : <https://www.moj.gov.iq/view.1234>

١٩- الموقع الالكتروني للمجلس الدستوري الفرنسي <https://www.conseil-constitutionnel.fr>

٢٠- الموقع الالكتروني لمنظمة الشفافية الدولية <https://www.transparency.org>

21- <https://www.conseil-etat.fr>

22- <https://gds.gov.iq/ar/iraqs-white-paper-for-economic-reforms-vision-and-key-objectives> ,

23- <https://elsaftyaw.editboard.com>

24- <https://www.labase-lextenso.fr>

25- <https://www.revuegeneraledudroit.eu>

26- <https://dicopac.wordpress.com>

27- <https://www.hjc.iq>

28- <http://www.marche-public.fr>

29- <https://www.eastlaws.com>

تاسعا: المصادر الاجنبية

١ - المصادر الاجنبية باللغة الفرنسية

A-Les livres

1-Élisabeth Zoller:Transparnce et démocratie , généalogie d'un success, Éditions Panthéon –Assas,Colloques 2014.

2- Georges Dupuis, Marie- José Guédon,Patrice chrétien : Droit administratif, 10 e édition, Dalloz, 2007.

- 3- Jacques Chevallier, L'accélération de l'action administrative, Philippe Gérard, François Michel Van de Kerckhove, L'accélération du temps juridique, Collection générale (83), Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2000.
- 4- Jean Rivero: «Rapport de synthèse», in La Transparence administrative en Europe, Éditions du CNRS, Centre de recherches administratives d'Aix-Marseille, Paris, 1990.
- 5- Jean Waline :Droit administratif,27^e édition,Dalloz,2018.
- 6- Michel Rousset et Olivier Rousset : Droit administratif, Tome 1, Deuxième édition ,presses universitaires de Grenoble,2004 .
- 7-Nathalie Droin et Elsa Forey: La transparence en politique, Collection (Colloques & Essais) – Institut Universitaire Varenne , 2013.
- 8- Noëlle Lenoir, Le droit à la transparence, 30 ans après, 4 mai 2018.
- 9- Pierre-Laurent Frier, Jacques Petit: Droit administratif, 12^e édition ,précis Domat droit public,2018-2019.
- 10- Sébastien Saunier : La droits des administrés, Juge et apparence, Actes du colloque des 4 -5 mai 2009,L.G.D.j , presses de l'université Toulouse 1 Capitole,Toulouse ,2010.

B-Thèses

- 1-Ch.TESTARD, Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative, Thèse de Doctorat de Droit, Université Jean Moulin, Lyon, 2016, p. 32
- 2- Claudio Parisi: L'accès à l'information dans l'union européenne,Thèse pour Doctorat en Droit public,Université Jean Moulin,Lyon III, décembre 2004.
- 3- Florian Pinel:La Participation du citoyen à la décision administrative,Thèse de Doctorat de Droit,L'Universite De Rennes1-Comue Universite Bretagne Loire,France ,2018.
- 4- Gilles Dumont: La citoyenneté administrative , Thèse de Doctorat de Droit ,L'Universite De Panthéon-Assas (PARIS II), France, 2002.
- 5- Grégori Puydebois: La transparence de la vie publique en France, thèse présentée pour obtenir le grade de docteur de L'université de Bordeaux – école doctorale de droit (ED 41) – spécialité droit public, ,2019.
- 6- Michel Delnoy: La participation du public en droit de l'urbanisme et de l'environnement, préface de Michel Pâques, Larcier, France,2007.
- 7-Thiébaut Devergranne:La propriété informatique, Thèse de doctorat droit privé sciences criminelles,L'Université Panthéon-Assas(ParisII)-Droit-économie-sciences sociales,2007.

C-Recherche:

- 1-Ank Michels : Les innovations dans la gouvernance démocratique-en quoui la participation citoyenne contribue -T- elle à l,amelioration de la démocratie ?, Revue Internationale des SCIENCES administratives,,Année 2011./2, Vol .77.
- 2-Annie Bartoli ,Gilles Jeannot, Fabrice Larat :La simplification des forms et modalités de l' action publique:origins, enjeux et actualité, Revue française d'administration publique, 2016/1, N°157.
- 3-Aurélié Bretonneau:L'incompétence négative,(faux ami)du juge administratif ?,Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel,2015/1(N° 46).
- 4-Bertrand Warusfel :Le secret de defense entre les exigences de l'état et les necessities du droit, publié in cahiers de la fonction publique et de l,administration, N°199,Mars 2001.
- 5-Bertand du Marais: simplifier le droit :Du mythe de sisyphé À l'horticulture juridique, Revue française d'administration publique, 2016/1,No 157.
- 6-Carl- swbastian zoellner: Transparency An Analysis of an Evolving Fundamental Principle in International Economic Law ,Michigan Journal of International Law – University of Michigan Law School , Volume 27, Issue 2,2006.
- 7-Cary Coglianese:The transparency president?The Obama administration and open Government, public law and legal Theory Research paper series research paper,N° 09-18.
- 8-Deirdre Curtin, Joana Mendes: Transparence et participation: Des principes démocratiques pour L'administration de L'union Européenne ,Revue française d'administration publique, 1 n° ,137-138 , 2011.
- 9- Entretien avec Marc Dandelot: Évolution et enjeux du droit d, accès aux documents administratifs depuis la loi du 7 octobre 2016 pour une république numérique , Revue française d,administration publique, no 165,2018.
- 10- Emmanuel Aubin : La protection constitutionnelle de la transparence administrative, Revue Les nouveaux chiers du conseil constitutionnel, 2018/2, N° 59.
- 11- Eudoxe Denis, le grandes entreprises françaises face aux evigences de transparence , Constructif, Éditeur :Fédération française , 2018/ 3,no 51.
- 12- Jacques Chevallier: Le mythe de la transparence administrative, in information et transparence administrative ,Curapp,PUf,1988.
- 13- Jean-louis Autin, La motivation des actes administratifs unitatéraux, entre traditionnationale et nationale et evolution des droit européens, Revue française d, administration publique,2011/1-2/no 137-138.
- 14- Jean Louis Gillet,secret,opacité transparence,les cahiers de la Justice,Dalloz,2014- 3,N°3.

- 15- Jean-marc peyrical: La transparence dans les marchés publics, La transparence dans vie économique, 2018/3 (No 51), éditeur, fédération française du bâtiment.
- 16- Jean-Pierre Leclerc : Le rôle de la commission d'accès aux documents administratifs, Revue française d'administration publique 2011/1-2 (n° 137-138) .
- 17- Marc de monsebernard et Prats-Denoix: L, execution des marches publics de travaux : pouvoirs et responsabilités de la collectivité, donneur d'ordre, Actualité Juridique Collectivités Territoriales, 4- Dossier- AJCT, 9 avril 2013, 18:11.
- 18- M .Prieur :Le droit à l, environnement et les citoyens : la participation , Revue juridique de l'Environnement, Année 1988/4, p.398.
- 19- Marc Guillaume : Parlement et secret, Pouvoirs , Revue française d, etudes constitutionnelles et politiques , no 97, 2001/2.
- 20- Philippe proot: Modification et cession des marches publics, contrats publics – no 183- Janvier 2018
- 21- Polina Kouraleva-Cazals: La simplification de l'action publique en matière fiscal, Revue française d'administration publique, 2016/1, No 157.
- 22- Roland –Ramzi Geadah : Fantômes et trésor derrière la baie vitrée . regards sur le secret et la transparence , Dalloz – les cahiers de la justice , no 3, 2014/ 3.
- 23- Simon daboussym et Auberi qouson: Quelles voies de recours contentieux pour contrats publics, publié dans la revue Contrats publics , no 179, septembre 2017.
- 24- Thimas Scapin : entre valeur du service public et instrument d déontologique: quelle place pour la transparence dans la « BONNE » conduit des fonctionnaires en france (1970-2016) ?, Revue française d'administration publique, 2018/1 N° 165 .

٢- المصادر الاجنبية باللغة الانكليزية:

- 1- Mark fenster : The implausibility of secrecy ,University of florida Levin college of law, Vol .65 Hasting Law Journal, 309(2014).

Abstract

Administrative law includes different forms of balance that vary due to the nature of the place of balance , the functions and goals which it seeks , the balance between transparency and confidentiality in the work of the administration is one of these forms , and in fact, it is a balance among the interest of partners of legal relationship to which the administration is part of . The balance achievement contributes to restructuring and improving the relationship between the administration and public that in turn play great role in protecting rights and freedoms . Its study reveals the extent to which legislator's attention to these rights and freedoms and his awareness of the negative consequences of the imbalance . The existence of sound legal regulation and effective oversight are essential means in achieving a balance between transparency and confidentiality in the work of legal administration.

However , the lack of legal regulation of transparency in a manner, that is commensurate with its importance in managing public affairs ; in general and in the scope of administrative work in particular with the wide scope of confidentiality in administrative work . The legislator's failure in adopting a specific philosophy and approach in order to achieve a balance between transparency and confidentially, and the multiplicity of manifestations of imbalance in this balance . The imbalance of this balance through the work of legal administration, is the most prominent research problem that the research aims to address .

The scope of the balance is determined in both the decision and the administrative contract , because of the legal consequences affecting interests of individuals , their rights and freedoms , as well as the public interest that the work of the administration aims at ,that requires finding an equitable of interest among them . Transparency is a general legal principle includes the approval of sets of human right which has close correlation with civil , political , economic , social rights and etc .

Transparency is one of the requirements or conditions for enjoyment of fundamental rights and freedoms without it cannot be achieved these rights or even ensure their effectiveness . For instance, the freedom of expression , opinion , press, knowing and accessible to information, and the right of the people to be a monitor of the authorities performance. Because people are the source of governmental powers and have the right to participant in administration issues and examining the reason behind the administrative decisions. The importance of confidentiality in administrative work cannot be denied , or taken as a general rule , but it should be kept to a minimum scope as narrow as possible because of the harmful consequences that it entails . Furthermore, its violating on rights and freedoms can effect on administration's function and adequacy .

Within the scope of the administrative decision , each of its pillars includes manifestations of transparency and reflects in its other aspects the manifestations of confidentiality , but this narrows and expands depending on the nature of each aspect and its defect.

In the domain of administrative contracts , the legislator imposes on the administration respecting the principle of transparency , achieving fair competition and equality ,taking into account many of the procedures prior to the contracting process . As well as, adhering to a specific contracting method to ensure the greatest financial savings of the public treasury and contracting with the most efficient service to provides the services that seeks to achieve . The scope of transparency and confidentiality extends to the stage of contract implementation through the powers granted by law to the administration in order to enable it to ensure the execution of the contract and the achievement of its objectives until its termination .

There are many means that the administrative judiciary uses in order to achieve a balance between transparency and confidentiality in the administrative decision . The most important of these means , is the obligation of the administrative documents , and give reasons for its decisions. Through these means , the judiciary can confront confidentiality in the decision. As well as, its reliance on various

judicial evidences to achieve the desired balance . In the domain of the administrative contracts , in addition to the lawsuit of the full judiciary and the lawsuit to cancel the administrative decisions which separate from the administrative contract, modern judicial means have been devised . They are more effective in stopping violations of the principles of transparency, publicity, fair competition and equality . Furthermore, preventing the occurrence of collusion, administrative corruption and waste of public money in contracts conducted by public administrations . This contributes to achieving a balance between transparency and confidentiality , as they are the governing principles of the administrative contract.

Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific
Research

Babylon University

College of Law



**Balance in legal administration acts between
transparency and secrecy
(comparative study)**

Thesis submitted by the student

Shahlaa' Sulieman Mohammed Al-Adeli

To

**the council of College of law / University of Babylon
as a part of requirements for obtaining a PhD in
Public Law**

Supervised by

Prof. Dr. Sadik Mohammed Ali AL-Hussainy

2022 A.C

1444 A.H