

## حقيقة مصدريّة التزام الإدارة بقراراتها طبقاً للقانون

أ. د. محمد سليمان الأحمد  
أستاذ القانون المدني، جامعة السليمانية، العراق  
وأستاذ زائر، جامعة الشارقة، الإمارات

د. أحسن رابحي  
أستاذ القانون العام المشارك  
جامعة الشارقة، الإمارات

د. حسيب صالح إسماعيل  
مدرس القانون المدني، وزارة التعليم العالي  
حكومة إقليم كردستان، العراق

### المخلص

يقدم البحث محاولة لدراسة قدرة القرار الإداري على إنشاء الالتزام بالمعنى الوارد في فقه القانون المدني، ويتمحور حول دراسة قدرة كل من القانون والقرار الإداري على إنشاء الالتزام، وقد وجدنا بأن الأثر القانوني يترتب على كل من القانون والقرار الإداري. وقد يكون القانون مصدراً مباشراً للالتزام، وذلك عندما يُعيّن نص القانون أحكام هذا الالتزام تعييناً كافياً من حيث نشوئه وآثاره. ولهذا الموضوع أهمية كبيرة تتمثل في دراسته لأثر القرار الإداري في نطاق القانون الخاص، إذ يوجد إجمالاً عن معالجة هذا الموضوع فقهاً بصورة وافية، كما وتظهر أهمية هذا الموضوع في بيان مدى قدرة القرار الإداري على إنشاء التزام بوصفه مصدراً مستقلاً للالتزام، وعدم تحجيم دوره على كونه من تطبيقات القانون.

وتتمثل مشكلة بحثنا في عدم وضوح الرؤية القانونية التي تحيط بوظيفة القرار الإداري المنشئ للالتزام بالمعنى الوارد في فقه القانون المدني، وقلّة المصادر التي تناولت هذا الموضوع بالتحليل والدراسة، ومن ثم تُثار العديد من التساؤلات التي تهدف الدراسة الإجابة عليها: ما هو دور كل من القانون والقرار الإداري في إنشاء الالتزام بالمعنى المقرر في فقه القانون المدني؟ وما هو نصيب القرار الإداري في إحداث هذا الأثر؟ هل يُعد القانون مصدراً منشئاً للالتزام في جميع الأحوال ولا يعدو دور القرار الإداري مجرد مقرر للالتزام الذي تكفل نص القانون بتنظيم أحكامه؟ وهل استناد الإدارة في قراراتها إلى نصوص قانونية يجعل من القانون مصدراً للالتزام في جميع الأحوال، ويجعل القرار الإداري تطبيقاً من تطبيقات القانون؟ لذا جاء بحثنا هذا ليجيب على التساؤلات المذكورة التي تُشكل بمجموعها مشكلة البحث، من خلال دراسة دور كل من القانون والقرار الإداري في إنشاء الالتزام بالمعنى المقرر في فقه القانون المدني، وبالتالي بيان حقيقة مصدريّة التزام الإدارة بقراراتها الإدارية. كل ذلك، عبر دراسة قانونية تحليلية

مقارنة، سنحرص على اتباع المنهج التحليلي من خلال دراسة النصوص القانونية الواردة في القانون المدني العراقي التي تناولت موضوع البحث والوقوف على مضامين هذه النصوص وتحليلها واستنباط الأحكام منها لخدمة موضوع البحث، مع القيام بعملية مقارنة بين نصوص القانون المدني العراقي وبين ما يقابلها أو يقاربه من نصوص في القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، أما المقارنة بالقانون المدني الفرنسي فسنقوم بها بالقدر المتاح أمامنا من النصوص والمراجع.

وفي خاتمة البحث أردنا مجموعة من نتائج توصلنا إليها، وتوصيات تقدمنا بها إلى المشرّع العراقي، ومن هذه النتائج، أن القرار الإداري قد يكون كاشفاً للالتزام، وهنا يقتصر دوره على تقرير حالة موجودة من قبل وغير محققة بذاتها للأثار القانونية، كما وأن القرار الإداري قد يكون مصدراً مباشراً للالتزام، وليس فقط تطبيقاً من تطبيقات القانون، وإن صدر طبقاً له، وذلك عندما تتمتع الإدارة في الظروف الاستثنائية بصلاحيات خاصة تتيح لها اتخاذ قرارات إدارية تفرض التزامات على الأفراد في المجالات التي هي من اختصاص السلطة التشريعية في الأصل. ومن أهم التوصيات التي تقدمنا بها للمشرع العراقي هي إضافة نص إلى القانون المدني يتناول فيه دور القرار الإداري في إنشاء الالتزام.

**كلمات دالة:** مبدأ الشرعية، الالتزامات القانونية، الاختصاص المقيد، السلطات الاستثنائية للإدارة، الاستيلاء المؤقت، فعل الأمير.

## المقدمة

إن من نتائج تقديس النصوص القانونية وإفراغها في قوالب جامدة محددة، جعل السلطة الإدارية ملزمة باحترام نص القانون وعدم الخروج على أحكامه، فتقوم بوظيفتها في إطار تطبيق القانون طبقاً لمبدأ الشرعية، الذي يفترض تكفل القانون بالنص على التزام معين وتفصيله وتنظيمه بواسطة قواعد وأحكام عدة، ويقع على عاتق السلطة الإدارية واجب احترامه وتطبيقه حرفياً، في أعمالها المختلفة ومنها القرارات الإدارية، وفي ظل الحالة الأخيرة لا يمكننا اعتبار القرار الإداري الصادر بالاستناد إلى القانون مصدراً للالتزام، وإنما مجرد تطبيق من تطبيقاته<sup>(1)</sup>.

لكن هذا الاستخلاص لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، حيث لا يشكل القانون مصدراً للالتزام بصفة مطلقة وفي جميع الأحوال، وهذا لا اعتبارين أساسيين، أولهما لأن الإدارة تسهر على مواكبة التطورات الحاصلة في الحياة العملية، في إطار تكريسها لمبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتطوير، وهذا الوضع يجعل من غير الممكن أن يكون اختصاصها مقيداً في جميع الأحوال، وثانيهما أن القانون قد لا يتضمن - أحياناً - تفصيل أحكام الالتزام، وفي هذه الحالة يصعب القول بأن القرار الإداري الصادر بالاستناد إليه يشكل تطبيقاً من تطبيقات القانون.

ولهذه الدراسة أهمية موضوعية كبيرة خصوصاً في ظل عدم كفاية المعالجة الفقهية له، وهذا من أجل بيان مدى قدرة القرار الإداري على إنشاء التزام بوصفه مصدراً مستقلاً للالتزام، وعدم تحجيم دوره بوصفه مجرد تطبيق من تطبيقات القانون، الذي يُعد مصدراً لجميع الالتزامات، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، حسب ما درج الفقه على تبنيه منذ حقبة طويلة؛ فالقرار الإداري لا يمكن أن يُستغنى عن دوره في إنشاء الالتزام بالقانون، ذلك لأن الإدارة قد تمارس سلطتها التقديرية في إنشاء الالتزامات، وفي هذه الحالة يكون الالتزام قد نشأ مباشرة من القرار ذاته، باعتباره مصدر نشأتها وآثارها، شأنه في ذلك شأن العقد وغيره من مصادر الالتزام التقليدية.

وهنا نشير بأنه لا يسعنا القول بأن الالتزامات الناشئة عن القرار الإداري تستمد - دائماً - مصدرها من القانون، وفي المقابل ليس بمقدور جميع القرارات الإدارية إنشاء الالتزامات، فقد تكون الالتزامات - أحياناً - ناشئة عن القانون مباشرة، وهذا

(1) A propos des fondements juridiques et objectifs du principe traditionnel celui de la légitimité des actes des pouvoirs administratifs Voir: Miaille (M), l'Etat de droit, P.U, de Grenoble, France, 1978, p. 198.

الاستخلاص يجعلنا نتساءل عن نصيب القرار الإداري في إحداث هذا الأثر؟ وهل أن استناد الإدارة في قراراتها إلى نصوص قانونية، يجعل من القانون مصدراً للالتزام في جميع الأحوال، وما القرار الإداري إلا تطبيقاً من تطبيقات القانون؟ لذا جاء بحثنا ليضع حلولاً لمشكلة البحث المذكورة، من خلال دراسة دور كل من القانون والقرار الإداري في إنشاء الالتزام بالمعنى المقرر في فقه القانون المدني، وبالتالي بيان حقيقة مصدريّة التزام الإدارة بقراراتها الإدارية.

ولكي نمضي في دراستنا هذه، ارتأينا اتباع المنهج التحليلي القائم على استنباط الأحكام من الآراء الفقهية والأحكام القضائية، لاسيما مواقف الفقه والقضاء الفرنسيين، بما يعطي للدراسة أهمية في بيان حقيقة المصدر المنشئ للالتزام الناجم عن تطبيق القرار الإداري؛ وقد جاء تقسيم البحث حسب الآتي:

المبحث الأول: القانون بوصفه مصدراً مباشراً للالتزام والاستغناء عن دور القرار الإداري.

المبحث الثاني: خصوصية القرار الإداري بوصفه مصدراً للالتزامات القانونية.

وسنهي البحث بخاتمة، نبين فيها أهم النتائج والتوصيات.

## المبحث الأول القانون بوصفه مصدراً مباشراً للالتزام والاستغناء عن دور القرار الإداري

قد يكون القانون منشئاً للالتزام، وهنا لا يعدو دور القرار الإداري مجرد مقرر للالتزام الذي تكفل نص القانون بتنظيم أحكامه، سواء من حيث النشأة أو من حيث الآثار المترتبة عليه، وللإحاطة بموضوع دور القانون بوصفه مصدراً مباشراً للالتزام يتعين علينا تحديد دور القانون بوصفه مصدراً للالتزام، وكذلك بيان الاختصاص المقيّد للإدارة.

وسنتناول ذلك في مطلبين مستقلين على النحو الآتي:

المطلب الأول- القانون بوصفه مصدراً للالتزام.

المطلب الثاني- الاختصاص المقيّد للإدارة.

### المطلب الأول القانون بوصفه مصدراً للالتزام

كل التزام لا بد أن يرد من القانون بوصفه المرجع المنظم لعلاقات الإنسان في المجتمع<sup>(2)</sup>، وهذا يعني بأن القانون يشكل المصدر غير المباشر لتحديد كل التزام، سواء أكان ناشئاً عن العقد أم الإرادة المنفردة أم العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو القرار الإداري، بغض النظر عن المصدر المباشر لكل التزام على حدة، لكن في المقابل ليست كل الالتزامات من صنف واحد، فهناك التزامات مرتبطة بالقانون مباشرة، وهناك التزامات مرتبطة بنصوص خاصة، يتعين الرجوع إليها من أجل معرفة أحكام هذه الالتزامات.

بناءً على ما تقدم، سوف نتناول في هذا المطلب القانون بوصفه منظماً للالتزام، وكذلك بوصفه مصدراً مباشراً للالتزام، وذلك في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول- القانون بوصفه منظماً للالتزام.

الفرع الثاني- القانون بوصفه مصدراً مباشراً للالتزام.

(2) Voir: Robert Pelloux, le citoyen devant l'Etat, collection: que sais-je?, PUF, 4ème édition, Paris, 1972, p. 122. Voir aussi: Burdeau (G), Traité de science politique, Tome IV, LGDJ, Paris, 1984, p. 12.

## الفرع الأول القانون بوصفه منظماً للالتزام

يمثل القانون ضرورة حتمية لاستقرار وتوازن العلاقات الإنسانية، فالتداخل المستمر بين الأفراد يفترض حصول اصطدامات وصراعات بينهم، أساسها تغليب الذات والأنانية التي تمثل أهم سمات الطبيعة البشرية، ولذلك كان من الضروري الاستعانة بالقانون من أجل حسم هذه النزاعات وفرض النظام هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن القانون يمثل مصدراً مباشراً للالتزام، وهذه الخاصية تحمل معنى مزدوجاً، فالقانون عندما ينشئ التزاماً معيناً على عاتق أحد الأفراد فهو - في الوقت ذاته - يقرر حقاً لفرد آخر، لكن القول بذلك لا يعني بالضرورة أن يكون دور القانون دائماً إنشاء الحقوق أو فرض الالتزامات على الأفراد، فقد يحصل أن يكون مصدر إنشاء هذه الحقوق والالتزامات وقائع وأحداث معينة لا دخل فيها للقانون، وفي هذه الحالة يكون دور هذا الأخير تنظيمياً بحيث لا يتعدى حدود تنظيم هذه الحقوق والالتزامات، وهو الاتجاه الذي أيده جل الفقه الفرنسي<sup>(3)</sup>.

ونشير في هذا الصدد بأن تحديد مدى تأثير دور القانون ليكون بصفته منظماً للالتزام أو مصدراً مباشراً له إنما يرجع إلى طبيعة المذهب السائد في الدولة، ففي ظل المذهب الفردي - مثلاً - يرتكز النظام القانوني كله على حقوق الأفراد، أي على الحق بوصفه ميزة للأفراد، وفي هذه الحالة يضيق تدخل القانون فينحصر دوره في تنظيم الالتزام فقط، في حدود التنصيص على حقوق الأفراد وتثبيتها والدفاع عنها ضد أي اعتداء<sup>(4)</sup>، وهو بتدخله هذا يكون مدفوعاً بدافع التنظيم، لكن هذا لا يعني بأن القانون قد أضحى مصدراً للالتزام وسبباً لكسب الحقوق، طالما أن دوره في التنظيم ينحصر في حدود حمايتها والحفاظ عليها ومنع تعارضها<sup>(5)</sup>، من خلال قواعد ملزمة مقترنة بجزاء مادي.

وإذا ما نظرنا إلى تنظيم القانون المدني للحقوق الشخصية والعينية، نجد أنه غالباً ما ينظمها بقواعد مكملة ومقررة لإرادة المتعاقدين، وهنا لا يكون دوره منشئاً لهذه الحقوق،

(3) Sur ce point d'analyse voir: Carbonnier J., Théorie des obligations, PUF, Paris, 1963, p. 153. Carbonnier J., Sociologie juridique, PUF, Paris, 1994, p.53. Carbonnier J., Flexible droit, 10ème éd., LGDJ, Paris, 2001, p. 98. Colin A. et Capitant H. par Julliot de la Morandière, Traité de droit civil, tome II, Dalloz, Paris, 1959, p. 225.

(4) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج 1، (مصادر الالتزام)، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1986، ص 306؛ د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، دار السنهوري، بغداد، بدون سنة النشر، ص 122-123.

(5) Haberle (P), l'Etat de droit, Dalloz, Paris, 1996, p. 65. Rouvillois (F), le droit, Ed. Flammarion, Paris, 1999. p. 56 et s.

بل مجرد منظم لها، وهو الاتجاه الراجح في هذا الصدد، رغم أن المشرع العراقي خالفه عندما نص على مصادر الحقوق الشخصية أو عند تعريفه للحقوق العينية بمقتضى المادة (67) مدني عراقي، معتبراً إياها مجموعة سلطات يمنحها القانون لشخص معين على شيء معين، وهذا يعني بأن القانون هو مصدر الحقوق المالية بنوعها الشخصية والعينية<sup>(6)</sup>، ولتدارك ذلك نوصي المشرع العراقي بمراجعة وتعديل نص المادة السابق ذكرها على نحو يتفق مع دور القانون في تنظيم الحق العيني.

على صعيد آخر، يُعتبر القانون مرجعاً غير مباشر للالتزام الناشئ عن المصادر التقليدية وكذا المصادر غير المسماة، ذلك لأن الأفراد بإبرامهم العقود المختلفة، فإنهم يسهمون في إنشاء قواعد قانونية خاصة، يقتصر حكمها على العلاقة القائمة بينهم، يترتب عليها حقوق والتزامات لكلا طرفي العقد، وهنا يقتصر دور القانون على تنظيم هذه الحقوق والالتزامات<sup>(7)</sup>، في حين أنه بالنسبة للالتزامات التي ترجع نشأتها إلى الإرادة المنفردة، فإنها تقوم على الإرادة المنفردة لشخص واحد فقط، أي أنها تقوم على التصرف القانوني الصادر من جانب واحد، وفي هذه الحالة يقتصر دور القانون على إقرار قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام<sup>(8)</sup>.

أما بخصوص الالتزام المترتب على إلحاق الضرر بالغير، فإنه يرجع إلى واقعة العمل غير المشروع الصادر من الملتزم، وهنا يتمثل دور القانون في إقرار مسؤولية من صدر منه الفعل الضار<sup>(9)</sup>، وكذلك الأمر بالنسبة لحالة الإثراء بلا سبب حيث يلتزم الشخص المثري برد قيمة ما أثري به، وهو التزام ينشأ عن الواقعة التي أدت إلى إثراء المدين وافتقار الدائن، وفي هذه الحالة أيضاً يتمثل دور القانون في إقرار التزام من أثري دون سبب برد قيمة اغتنامه<sup>(10)</sup>، وهي الفكرة نفسها التي تنطبق على حالة التزام الإدارة بدفع مكافأة مالية لموظف ما، فهذا الالتزام ينشأ عن القرار الإداري الصادر من الإدارة، والذي بمقتضاه ألزمت الإدارة نفسها بدفع مبلغ معين لهذا الموظف بواسطة قرارها، فهنا أيضاً ينحصر دور القانون في إطار تنظيم موضوع صرف المكافأة المالية، وهذا من خلال

(6) د. محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017، ص 412 وما بعدها.

(7) د. محمد سليمان الأحمد، قنونة العقد، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية، كلية القانون والسياسة، جامعة السليمانية، السنة الأولى، العدد الثاني، كانون الأول/ديسمبر، 2013، ص 8.

(8) المادة (1/184) مدني عراقي التي تقابلها المادة (1100) الفقرة الأولى من الأمر رقم 2016 - 131 المؤرخ في 2016/2/10 المعدل والمتمم للتقنين المدني الفرنسي.

(9) المواد (186) و(191) و(202) و(204) مدني عراقي.

(10) المواد (233) و(235) و(237) و(238) و(239) و(240) و(241) و(242) و(243) مدني عراقي.

تحديد الحد الأعلى للمكافأة التي بإمكان الإدارة دفعها للموظف وكذلك السقف الزمني لدفع المكافأة<sup>(11)</sup>.

يتبين مما سبق، أن القانون بصفة أساسية يتناول تنظيم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد، وأن دوره في دائرة الالتزامات يكون أكثر تنظيمياً، وهناك تطبيقات كثيرة في القانون المدني وغيره من القوانين تبين دور القانون بوصفه مصدراً غير مباشر للالتزام، أما بخصوص دور القانون بوصفه مصدراً مباشراً للالتزام فسوف نتناوله في الفرع الثاني من هذا المطلب.

## الفرع الثاني

### القانون بوصفه مصدراً مباشراً للالتزام

يعد القانون المصدر العام لجميع الحقوق والالتزامات، كما يشكل مرجع القوة الملزمة التي تتمتع بها، فالقانون بهذه المثابة يمثل المصدر غير المباشر لجميع الالتزامات، بما فيها الالتزامات الناشئة عن القرار الإداري، لكن في المقابل توجد طائفة أخرى من الالتزامات تستمد مصدرها من القانون بصفة مبتدأة (مباشرة) ونهائية في آن واحد<sup>(12)</sup>، باعتبارها التزامات غير إرادية تنشأ مستقلة عن إرادة ذوي الشأن، ولهذا يشكل القانون مصدراً مباشراً لها، طالما أنه لا يمكن ردها إلى أي مصدر من مصادر الالتزامات الأخرى، وفي هذه الحالة يتحدد دور القانون في التنصيص على هذه الالتزامات وتنظيمها من حيث تحديد أركانها ومداهم وأحكامها<sup>(13)</sup>.

إن الالتزامات القانونية كغيرها من الالتزامات الناشئة عن المصادر الأخرى للالتزام، تكون إما التزاماً بنقل ملكية شيء معين أو التزاماً بعمل أو التزاماً بالامتناع عن عمل، ومن الأمثلة على الالتزام القانوني بالالتزام بالنفقة الذي يلزم الأب بالإففاق على زوجته وأولاده، والالتزام بدفع الضرائب والرسوم للدولة، والالتزام رب العمل بتعويض العامل عن مخاطر العمل، فكلها تشكل التزامات تستمد مصدرها من القانون مباشرة، ومن أمثلة الالتزام بعمل التزام القيم بإدارة أموال القاصر أو الغائب أو المفقود، وأخيراً الالتزام القانوني بالامتناع عن العمل كالتزامات الجوار التي تلزم الجار بعدم الإضرار

(11) المادة (18) من قانون رقم (1) لسنة 2013 قانون الموازنة العامة لإقليم كردستان - العراق لسنة المالية 2013.

(12) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، ط1، دار آراس للطباعة والنشر، أربيل، 2006، ص23.

Molinas (J-C), la norme et la conduite, 3ème édition, LGDJ, Paris, 2005, p. 71.

(13) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مرجع سابق، ص306.

بجاره<sup>(14)</sup>، وهو ما أقره المشرع العراقي صراحة بمقتضى نص المادة (245) من القانون المدني التي جاء فيها: «الالتزامات التي تنشأ مباشرة من القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها»<sup>(15)</sup>، وتقابلها المادة (1100) الفقرة الأولى من التقنين المدني الفرنسي المعدل والمتمم التي نصت على أن: «تنشأ الالتزامات من التصرفات القانونية أو الوقائع القانونية أو من السلطة الوحيدة للقانون...»<sup>(16)</sup>.

في هذا الصدد استخلص جانب من الفقه<sup>(17)</sup> بأنه رغم الصياغة الصريحة والواضحة للمادة (198) من القانون المدني المصري التي تنص على أن: «الالتزامات التي تنشأ مباشرة من القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها»، أي أن مصدر الالتزام القانوني هو دائماً التشريع، فإنه ينبغي الأخذ بالحسبان بأن المعنى المراد هنا من مصطلح «القانون» القانون بمفهومه الواسع، وهذا يعني بأن كل مصدر من مصادر القانون - ومثالها الفقه والقضاء - يصلح أن يكون مصدراً مباشراً للالتزام القانوني بجانب التشريع<sup>(18)</sup>، كما هو الشأن بالنسبة للالتزام بضمان السلامة في عقد النقل، وهو الاتجاه الذي لا نؤيده بصفة مطلقة، ذلك لأن القانون - كما نعلم - يحتمل معنيين أساسيين<sup>(19)</sup>، الأول وهو المعنى العام أو الواسع للقانون، الذي يشتمل على جميع القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع أياً كان مصدرها، والثاني وهو المعنى الخاص للقانون والذي نقصد به القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التشريعية، فإذا أخذنا بالاتجاه الفقهي السابق، فهذا يعني أننا أدرجنا مصادر القانون من العرف والفقه الإسلامي ومبادئ العدالة والقضاء في نطاق مصدرية القانون للالتزام إلى جانب التشريع، في حين أنه في ظل مفهوم القانون بمعناه الخاص يكون التشريع وحده هو

(14) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 25.

(15) تُقابلها: المادة (337) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 5 لسنة 1985، والمادة (198) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، والمادة (312) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

(16) L'article (1100) alinéa 1 de l'ordonnance N° 2016 -131 du 10/2/2016 modifiant et complétant code civil Français stipule «Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi...».

(17) د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 352.

(18) تجدر الإشارة إلى أن صاحب هذا الرأي وقع في التناقض، فهو من جهة يرى بأن الالتزامات التي أنشأها القضاء كالالتزام بضمان السلامة في عقد النقل، تُعد من الالتزامات القانونية التي يعد القانون مصدرها المباشر، نظراً لأن كل مصدر من مصادر القانون وبضمنها القضاء يعد مصدراً للالتزام القانوني، ومن جهة أخرى يذهب إلى أن الالتزام الذي ينشأ عن الحكم القاضي يسمى بالالتزام القضائي، فيكون حكم القاضي منشئاً - وليس فقط كاشفاً - ومصدراً لهذا الالتزام.

(19) د. منذر الفضل، تاريخ القانون، ط2، دار آراس للطباعة والنشر، أربيل، 2005، ص 18، 19.

المقصود بكلامنا عن مصدريته للالتزام، والدليل على ذلك إجماع غالبية التشريعات المعاصرة على إقرار هذا الاتجاه الأخير، لاسيما المادة (245) مدني عراقي المذكورة والمادة (337) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، وكذلك المادة (198) من القانون المدني المصري والمادة (312) من القانون المدني الأردني، وأيضاً المادة (1100) من القانون المدني الفرنسي<sup>(20)</sup>.

كذلك يتعين علينا - في هذا الصدد - الإشارة إلى مسألتين رئيسيتين، المسألة الأولى أن عبارة مصدريّة الالتزام لا تنطبق على القانون المدني فحسب، وإنما يمكن توسيع تطبيقها على فروع القانون الأخرى كالالتزامات الناشئة عن القوانين المالية مباشرة كالالتزام بدفع الضرائب، وكذلك الالتزامات الناشئة عن قانون الأسرة رقم 84 لسنة 1984، ومثالها التزام الأب بالنفقة على أولاده<sup>(21)</sup>.

أما المسألة الثانية فمفادها أن الالتزامات التي يُعد القانون مصدراً مباشراً لها قليلة ومبعثرة في شتى فروع القانون الخاص والعام، نظراً لأن تدخل الدولة لتنظيم العلاقات بين الأفراد كان استثنائياً أول الأمر، ولكن عددها بدأ في التزايد خلال الفترة الأخيرة، بسبب اتجاه الدولة إلى تغليب مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، علاوة على تزايد تدخل السلطات العامة في تكوين الأعمال القانونية وترتيب أثرها هذا من جهة<sup>(22)</sup>، ومن جهة أخرى فإن جميع مصادر الالتزام الأخرى ومن ضمنها القرار الإداري، يفترض فيها القانون استكمال شروط معينة لإنتاج آثارها، وهي الشروط التي تقيد وتعرقل دورها كمصدر من مصادر الالتزام.

## المطلب الثاني

### الاختصاص المقيد للإدارة

نتيجة لتعدد وظائف الدولة الحديثة واتساعها، ازدادت معها أعباء ومسؤوليات الموظفين الإداريين، الأمر الذي لم يعد معه مبدأ الفصل بين السلطات مقتصراً على الفصل بين

(20) Pour aller loin voir: Puig (P.), Hiérarchie des normes: du système au principe, RTC, Paris, octobre-décembre 2001, n°4, p. 749. Puigelier (C.) [sous la direction de], La loi. Editeur Economica, 2005. Benoit Jeanneau, droit constitutionnel et institutions politiques, 5ème édition, DALLOZ, Paris, 1978, p.222. Michel Miaille, une introduction critique au droit, Ed. François Maspero, Paris, 1982, p. 243.

(21) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مرجع سابق، ص306؛ د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص26.

(22) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص26.

السلطات الثلاث فقط، بل تعدها إلى فصل الاختصاصات داخل السلطة الواحدة خصوصاً السلطة التنفيذية، نظراً لتعدد هيئاتها وسلطاتها المركزية واللامركزية، الإقليمية منها والمرفقية، وقطاعاتها ونشاطاتها الإدارية، وبما أن الوسيلة الأساسية التي تستعين بها السلطة التنفيذية أي الإدارة لممارسة هذه النشاطات هي القرار الإداري، وجب أن يكون الاختصاص ركناً أساسياً في القرار الإداري، وهو الأمر الذي تجلّى من خلال تنظيم هذا الركن من طرف المشرّع نفسه وجعل قواعده من النظام العام<sup>(23)</sup>.

في هذا الصدد وردت عدة تعاريف لركن الاختصاص في القرار الإداري، فقد عرّفه بعض الفقه بأنه: «يمثل القواعد التي تحدد الأشخاص والهيئات التي تملك إبرام التصرفات»<sup>(24)</sup>، في حين عرّفه البعض الآخر بأنه: «يمثل الأهلية أو القدرة القانونية الثابتة لجهة الإدارة، أو الأشخاص التابعين لها، في إصدار قرارات محددة من حيث موضوعها ونطاقها الزمني والمكاني»<sup>(25)</sup>، أو أنه: «السلطة أو الصلاحية القانونية التي يتمتع بها متخذ القرار في إصداره لقراره من الناحية النوعية أي المسائل والموضوعات التي يجوز إصدار القرار بشأنها، والزمنية أي المدة التي يمكن اتخاذ القرارات خلالها، والمكانية أي الرقعة الجغرافية أو الإقليمية التي يمكن للإدارة مباشرة نشاطاتها فيها»<sup>(26)</sup>.

من هذه الزاوية يتضح بأن تحديد الاختصاص هو عمل يرجع إلى مبادرة المشرّع، فقد يلزم الإدارة باتخاذ قرار معين في حالات معينة، بحيث لا يكون لها الحرية في اتخاذ القرار من عدمه، وفي حالات أخرى لا يفرض القانون على الإدارة تصرفاً معيناً إزاء وضع ما، فتكون هذه الأخيرة حرة في اتخاذ القرار، وهذا يعني تباين سلطة الإدارة في إصدار القرار الإداري، فقد تكون مقيدة وقد تكون تقديرية<sup>(27)</sup>.

في هذا الشأن نشير إلى أن الاختصاص المقيد للإدارة يرتبط بالصياغة الجامدة للقاعدة

(23) في تفصيل ذلك راجع: كنتاوي عبد الله، ركن الاختصاص في القرار الإداري، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، 2010، ص 11. راجع أيضاً: د. رضوان بوجمعة، المقتضى في القانون الإداري المغربي، ط 1، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، 1999، ص 182.

(24) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط 5، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984، ص 312.

(25) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2008، ص 49.

(26) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1982، ص 475. Voir également: Lombard Martine, droit administratif, 6<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2005, pp. 208–209.

(27) Charlier (R.E), «l'administration et son droit, leur logique et leur inconséquence», Ed Economica, Paris, 1984, p. 27–32.

القانونية، فقد يتولى المشرع صياغة القواعد القانونية بصورة جامدة، وتطبيق السلطة الإدارية للقواعد القانونية المصاغة بصياغة جامدة يعني أن اختصاصها الوارد في هذه القواعد هو اختصاص مقيّد<sup>(28)</sup>، وفي مثل هذه الحالات يكون الأثر المترتب على القرار الإداري أثراً كاشفاً، وبناءً على ما تقدم، سوف نتناول في هذا المطلب الأثر الكاشف للقرار الإداري، وكذلك التطبيقات القانونية والقضائية على القرار الإداري الكاشف، وذلك في فرعين هما:

الفرع الأول- الأثر الكاشف للقرار الإداري.

الفرع الثاني- التطبيقات القانونية والقضائية على القرار الإداري الكاشف.

## الفرع الأول

### الأثر الكاشف للقرار الإداري

يُقصد بالقرارات الإدارية الكاشفة تلك القرارات التي لا تستحدث جديداً في عالم القانون، بل يقتصر تطبيقها على إثبات أو تقرير حالة موجودة من قبل، وغير محققة بذاتها للأثار القانونية<sup>(29)</sup>، ومثال ذلك قرار منح العلاوة الدورية للموظفين، والقرار الصادر بإحالة الموظف إلى التقاعد لبلوغه السن القانونية، ففي مثل هذه الفروض يكون أثر القرار كاشفاً لحق ثابت في القانون، أي أن كل ما يفعله القرار هو الكشف عن هذا الحق وليس إنشاؤه بصفة مبتدأة، وهذا يعني بأن الأثر المترتب على القرار الإداري لا يكون ناشئاً عن القرار نفسه، وإنما يُعد ناشئاً عن القانون مباشرة.

بيد أن القول بالأثر الكاشف للقرار الإداري لا يعني تجريده من أي دور، فالحقوق المنصوص عليها في القوانين لا تتسم بالثبات والاستقرار إلا بعد إصدار القرارات الإدارية الكاشفة لها، ومثال ذلك حق الموظف في الحصول على العلاوات الدورية، فهذه العلاوات تكون مقررة سلفاً في القانون، ولكن صرفها للموظف موقوف بصدور القرار

(28) د. سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، مطبعة أطلس، القاهرة، 1991، ص 14. د. أحسن راجحي، الأعمال القانونية الإدارية، ط2، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2016، ص 89 وما بعدها.

Voir également: Héraud (G), l'ordre juridique et le pouvoir originaire, thèse de doctorat en droit, université de Toulouse, France, 1946, p. 10 et S. Voir: Waline (M), Traité de droit administratif, éd Montchrestien, Paris, 2002, p. 118 et s.

(29) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 419.

### الإداري المتعلق بها<sup>(30)</sup>.

وكما بيّنا ذلك سلفاً، فإن مصدر الحق هو الذي يكون به الحق وبغيره لا يكون، لذا يُشترط في القرار الإداري المنشئ للحق - بالمعنى المقرر في فقه القانون المدني - أن يكون قد صدر عن السلطة التقديرية للإدارة، وتجعل هذه السلطة القرار الإداري مصدراً مباشراً لإنشاء الحق، وما القانون إلا مصدر غير مباشر له، كما هو الشأن بالنسبة للمصادر الأخرى للالتزام، أما إذا لم يباشر رجل الإدارة السلطة التقديرية في إصدار القرار، فقام بتطبيق القانون في حدود اختصاصه المقيد، فإن الأثر الذي يترتب على قراره لا يُعد ناشئاً عن القرار نفسه، وإنما يُعد ناشئاً عن القانون مباشرة<sup>(31)</sup>، وعلى سبيل المثال القرار الصادر بالترقية على أساس الأقدمية المطلقة، في هذه الحالة لا تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية للموافقة أو رفض إصدار القرار المتضمن الترقية، طالما أن الشروط القانونية للترقية محققة في الموظف المعني، فعملها هنا يندرج ضمن مبدأ المطابقة وليس الملاءمة الإدارية، ومن ثم يكون القرار الإداري الصادر بترقية الموظف كاشفاً لحق استمده الأخير من القانون مباشرة<sup>(32)</sup>.

إلى جانب القرار الكاشف، يندرج القرار الفردي الشرطي ضمن الاختصاص المقيد للإدارة، ويُقصد به القرار الذي يولد مركزاً قانونياً عاماً يتعلق بفرد معين أو أفراد معينين، فالمرکز العام وفقاً لهذا المعنى يظل شاغراً حتى يأتي العمل الشرطي ويسده<sup>(33)</sup>، وبعبارة أخرى القرار الشرطي هو الذي ينقل المركز القانوني العام إلى فرد معين، ويسمى هذا القرار فردياً لأنه يتعلق بفرد معين، ويسمى شرطياً لأنه مشروط بصدور القرار

(30) تجدر الإشارة إلى أنه بالإضافة إلى أن منح العلاوة الدورية للموظف مرهون بصدور القرار الإداري بمنح الموظف للعلوة، بيد أن الموظف يستحق العلاوة من تاريخ استحقاقه لها، بغض النظر عن تاريخ صدور القرار الإداري بمنح العلاوة، لأنه لا يجوز أن يضار الأفراد من تراخي الإدارة في إصدار قرارات إدارية كاشفة، متى كانوا يستمدون أصل حقهم من القانون مباشرة، كما وإن العلاوة في حقيقتها جزء من المرتب، وهي كحق دوري متجدد يسقط بمضي خمس سنوات بالاستناد إلى المادة (430) مدني عراقي، ومن ثم فإن عدم مطالبته الموظف بالعلوة - باعتبارها حقاً دورياً متجدداً - لمدة خمس سنوات يسقط حقه فيها.

(31) في تفصيل هذه الفكرة لاحظ: د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 534.

Voir également: Robineau (A), recherches sur la notion d'effets impératifs des actes administratifs unilatéraux, Thèse de Doctorat en droit, université de Montpellier, France, 1973, p. 147 et s.

(32) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري - الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 201.

(33) د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري: دراسة مقارنة، ط 8، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966، ص 875.

الفردية، ومن أمثلة القرارات الشرطية قرار قبول طالب في جامعة معينة، حيث يستند هذا القبول إلى مركز قانوني عام قائم وفقاً لقانون التعليم العالي، إلا أن شغل الطالب لهذا المركز يرتبط بالقرار الفردي<sup>(34)</sup>، وكذلك التعيين في إحدى الوظائف هو مركز قانوني عام والقرار الصادر بالتعيين هو الذي يحدد الفرد الذي تسند إليه الوظيفة<sup>(35)</sup>، ويترتب على القرار الشرطي بهذا المعنى أنه في حالة حصول أي تغيير أو تعديل في اللوائح التي تمنح مزايا بمقتضى قرار تنظيمي فلا يستطيع الأفراد التمسك إلا بما اكتسبوه من القرار الفردي، أي لا يتمسكوا بالمزايا الممنوحة حسب اللوائح<sup>(36)</sup>.

هذا وتحديداً بنطاق البحث، نقول أن القرار الشرطي بوصفه قراراً فردياً منشئاً لحق يدخل في نطاق فكرة القرار المضاد ووسيلة إنهائه، وفقاً لما اتجه إليه الفقه تكون عن طريق قرار إداري مضاد محكوم بنص، ويترتب على ذلك أمران: الأول أن قاعدة توازي الشكل والإجراءات لا تجد مجال إعمالها في القرارات الشرطية طالما تبنى النص تحديد ذلك، الثاني على الإدارة أن تتقيد بالشروط الواردة في النص وهي تسلك سبيل إنهائها، وهذا ما أكده الفقيهان «دوين» و«دوبيز» بالقول: «إن إلغاء التراخيص الخاصة بالمنشآت المعلقة للراحة والخطرة لا يتم دون قيد أو شرط، إنما يتحتم على الإدارة أن تستند في إلغائها إلى تخلف المرخص له عن تنفيذ الالتزامات المعروضة، ووسيلة الإلغاء تكون بقرار مضاد شرطي»، وبالمعنى نفسه جاء حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية ريفرز Rivers عام 1947<sup>(37)</sup>.

## الفرع الثاني

### التطبيقات القانونية والقضائية للقرار الإداري الكاشف

إن تناول التطبيقات القانونية والقضائية للقرار الإداري الكاشف سيساعد على بيان الأثر الكاشف له، وسيوضح ذلك من خلال عرض بعض منها في مقصدين كالآتي:

المقصد الأول- تطبيقات قانونية على القرار الإداري الكاشف.

المقصد الثاني- تطبيقات قضائية على القرار الإداري الكاشف.

(34) د. عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، دار النهضة العربية، بيروت، 1969، ص 639.

(35) د. سمير صادق المرصفاوي، المبادئ العامة في القضاء الإداري المصري، دار الفكر الحديث للطباعة والنشر، القاهرة، 1964، ص 617.

(36) د. أحمد فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن، ج 1، الإسكندرية، 1958، ص 578.

(37) د. ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 1982، ص 93.

## المقصد الأول- تطبيقات قانونية على القرار الإداري الكاشف

توجد تطبيقات قانونية عديدة على الأثر الكاشف للقرار الإداري، نذكر منها الضرائب والرسوم، ولهذا سوف نحاول الإلمام بموضوع هذا المقصد من خلال دراسة فكرتين أساسيتين وهما الضرائب (أولاً) والرسوم (ثانياً)، وذلك على النحو التالي:

### أولاً- الضرائب

يعد القانون مصدر الالتزامات الضريبية كلها، فالقانون وحده مختص بتحديد حقوق والتزامات كل من الدولة والطرف المكلف بالضريبة، ولهذا يعد القانون المصدر المنشئ للالتزام، وهو وحده الذي يحدد طبيعة الواقعة المنشئة للضريبة، التي هي عبارة عن مجموعة من الشروط أو الظروف أو الأوضاع التي يتطلب القانون توفرها لترتيب أثره في إنشاء الالتزام بالضريبة<sup>(38)</sup>.

من هذا المنظور تمثل الضريبة ضرورة مهمة لا غنى عنها بالنسبة للدولة، فضمان استمرارية الدولة وتأمين تلبية الاحتياجات العامة للمجتمع، مرهون بتوفر الغلاف المالي الكافي لتحقيق هذه الغايات، ولعل الضرائب تمثل أهم إيرادات الدولة التي يعتمد عليها في إعداد غالبية ميزانيات دول العالم من أجل تحقيق الغايات المذكورة، ونظراً لهذه الأهمية العملية فقد تقرر مبدأ قانونية الضريبة<sup>(39)</sup> الذي يقصر اختصاص فرض وتنظيم

(38) كمال أنور يابه، المنازعة الضريبية في قانون ضريبة الدخل العراقي: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة صلاح الدين، العراق، 2016، (غير منشور)، ص28.

A propos des dimensions objectifs de l'assiette impôt voir: Farjat G., Droit économique, PUF, Paris, 1984, p. 36 et s. Chantebout (B), Organisation économique de l'Etat, Ed. Sirey, Paris, 1965, p. 238. Dé Laubadere (A), droit public économique, 2ème édition, Dalloz, Paris, 1976, p. 35 et s. Paul Leroy-Beaulieu, Traité de la science des finances, 2 tomes, Guillaumin et Cie, Alcan, Paris, 1996, p. 135. Michel Bouvier, Introduction au droit fiscal et à la théorie de l'impôt, LGDJ, Paris, 2009, p.89. Pierre Beltrame, La fiscalité en France, Hachette, Paris, 2005, p. 56. Jean-Jacques Bienvenu et Thierry Lambert, Droit fiscal, PUF, Paris, 2003, p. 35. Martin Collet, Droit fiscal, PUF, Paris, 2009, p. 335. Jacques Grosclaude et Philippe Marchessou, Droit fiscal général, Dalloz, Paris, 2015, p. 89. Jean Lamarque et Olivier Négrin et Ludovic Ayrault, Droit fiscal général, Litec, Paris, 2009, p. 246.

(39) يقصد بمبدأ قانونية الضريبة أنه لا ضريبة إلا بقانون صادر عن السلطة التشريعية، فالقانون هو المصدر الوحيد للالتزام بدين الضريبة، وهذا الإلزام يفرض على المكلف أداء مبلغ نقدي يحدده القانون والزمان والمكان الذي أوجب الالتزام به استناداً للقانون (د. حسين خلاف، الأحكام العامة في قانون الضريبة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص112).

الضرائب في يد السلطة التشريعية بوصفها أساس التمثيل النيابي في الدولة، ويتم ذلك وفق شروط وإجراءات منظمة سلفاً بواسطة الدستور والنصوص القانونية الأخرى المفصلة له<sup>(40)</sup>، وهذا ما تبنته غالبية الدساتير المعاصرة<sup>(41)</sup> ومنها الدستور العراقي<sup>(42)</sup>.

ومن أهم النتائج المترتبة على مبدأ قانونية الضريبة عدم جواز تفويض السلطة التنفيذية بالاختصاصات الحصرية للسلطة التشريعية والمتعلقة بفرض الضريبة أو جبايتها أو تعديلها أو الإعفاء منها، وبالنسبة للمشرع الدستوري العراقي فإنه لم يكتف بمنع السلطة التنفيذية أو تفويضها صلاحية التشريع في شؤون الضرائب خلال الأوضاع العادية فحسب، بل منعها ذلك أيضاً حتى في ظل الظروف الاستثنائية<sup>(43)</sup>، في حين أنه بالنسبة لبعض الدساتير المقارنة نلاحظ بأن مبدأ قانونية الضريبة لم يعد يتمسك به بصفة مطلقة بل تم إدراج بعض الاستثناءات عليه، ومثالها الدستور الفرنسي النافذ والصادر في 4/10/1958، حيث أجازت المادة (38) منه للسلطة التشريعية تفويض السلطة التنفيذية اختصاص إصدار لوائح لها قوة القانون نفسه، تندرج موضوعاتها ضمن المجالات المحجوزة للسلطة التشريعية بمقتضى الدستور، ويكون ذلك مقيداً بتحقيق بعض الشروط وأهمها غياب البرلمان بسبب العطلة أو الحل، ومن أهم الموضوعات

(40) د. هاشم الجعفري، مبادئ المالية العامة والتشريع المالي، ط3، مطبعة سليمان الأعظمي، بغداد، 1967، ص79.

Lequet (P), «le budget de l'Etat, préparation, exécution, contrôle», imprimerie Bialec, Nancy, France, 1982, p. 47.

(41) المادة (38) من الدستور المصري لسنة 2014، والمادة (126) من دستور الإمارات العربية المتحدة لسنة 1971 المعدل، والمادة (111) من الدستور الأردني لسنة 1952 المعدل، والمادة (34) من الدستور الفرنسي لسنة 1958 النافذ.

L'article 34 de la Constitution française du 04 octobre 1958, (modifier par la Loi constitutionnelle n° 724-2008 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République), stipule que: «La loi fixe les règles concernant: l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures; le régime d'émission de la monnaie. ...».

(42) المادة (28/أولاً) من الدستور العراقي الاتحادي لسنة 2005 النافذ.

(43) د. عامر عياش عبد ود. أحمد خلف حسين، دستورية الضرائب في العراق، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، المجلد 13، العدد 49، السنة 16، شباط/فبراير، 2011، ص226-227.

الخاضعة لهذا الاستثناء الضرائب<sup>(44)</sup>، وهو الاتجاه الذي كرّسه أيضاً الدستور المصري لسنة 1971 بواسطة المادة (108) التي خولت رئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية صلاحية إصدار قرارات لها قوة القانون، في الموضوعات التشريعية ومنها موضوع الضرائب<sup>(45)</sup>.

أما بالنسبة لنا فإننا لا نؤيد الموقف المقارن الأخير، بالعكس نؤيد جداً موقف المشرع الدستوري العراقي القاضي بمنع إجراء التفويض التشريعي، وخصوصاً في مجال فرض وتنظيم الضرائب، ونعتبره انتهاكاً لمبدأ قانونية الضريبة حتى ولو أحيط بضمانات، لأن من شأن التفويض التشريعي فتح المجال أمام تحكم السلطة التنفيذية بخصوص فرض الضريبة أو الإعفاء منها.

بناءً على ما تقدم، نستنتج بأن القرار الصادر من جهة الإدارة بدفع الضريبة لا يعد المصدر المباشر للالتزام بدفع الضريبة، طالما أن الجهة الإدارية القابضة للضرائب لا تملك السلطة التقديرية التي تخولها تقرير إصدار أو عدم إصدار القرار المتضمن فرض الضريبة، كما لا تملك صلاحية تحديد مضمون هذا القرار (تحديد محل التزام المكلف بدفع الضريبة) بناءً على تقديراتها الذاتية، والدليل على ذلك أن القانون يسمح للمكلف بالضريبة - في بعض الحالات - أن يقوم من تلقاء نفسه بدفع الضريبة من واقع إقراره، حتى قبل وصول قرار الربط إليه من جهة الإدارة القابضة<sup>(46)</sup>.

(44) L'article 38 de la Constitution française du 04 octobre 1958 (modifié par la loi constitutionnelle N 2008-724 du 23/7/2008 relative au modernisation des institutions de la Vème République) stipule que: «Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse. A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif».

(45) د. عبد الباسط علي جاسم الزبيدي، مدى قانونية القرارات الضريبية الصادرة عن سلطة الائتلاف المؤقتة، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، المجلد 11، العدد 42، 2009، ص 185-186.

(46) د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 534.

## ثانياً- الرسوم

تعدُّ كل من الضرائب والرسوم من الاقتطاعات المالية الرئيسية التي تستعين بها الدولة من أجل تغطية نفقاتها العامة المتزايدة والمتباينة، لكن هذا التجانس لا يعني تماثلهما من حيث المفهوم والطبيعة والشروط القانونية المقررة لكل منهما، فالضريبة تمثل مبلغاً نقدياً يدفع جبراً من الشخص المعني إلى الدولة بدون مقابل، في حين أن الرسوم عبارة عن مبلغ نقدي تأخذه الدولة جبراً من الأفراد مقابل خدمة معينة تقدمها الدولة لدافعه<sup>(47)</sup>.

في هذا الصدد نصَّ الدستور العراقي الاتحادي لسنة 2005 النافذ<sup>(48)</sup> على أحقية الدولة في فرض التكاليف المالية - ومنها الرسوم - بواسطة المعيار التشريعي، أي بواسطة القانون الصادر عن السلطة التشريعية وفق الشروط والإجراءات التي يفرضها القانون، والنتيجة الأولى التي نستخلصها من ذلك أن الدستور العراقي النافذ ساوى بين الضرائب والرسوم من حيث إلزامية فرضهما بمقتضى نص قانوني صادر عن البرلمان، وهذا ما نطلق عليه بمبدأ قانونية الضريبة والرسم، كما توخى إخضاعهما للشروط والإجراءات القانونية نفسها، لا سيما من حيث حمايتهما بالحصانة الدستورية نفسها المتمثلة في أن فرض أي منهما أو تعديله أو الإعفاء منه أو إلغائه لا يكون إلا بموجب نص القانون، وهذا الوضع يقودنا للقول بأن القرار الإداري الصادر بخصوص الرسم - فرضاً أو تعديلاً أو إعفاءً أو إلغاءً - لا يعد مصدراً للالتزام به، شأنه في ذلك شأن الضريبة، بل يعد القانون المصدر المباشر لهذا الالتزام، طالما أنه ينفرد بفرضه وتنظيمه.

## المقصد الثاني - تطبيقات قضائية على القرار الإداري الكاشف

كما ذكرنا سابقاً، قد يحصل أن يلزم المشرّع الإدارة باتخاذ قرار معين على نحو معين، ولا يترك لها أي مجال لاستعمال سلطتها التقديرية في مجال الموافقة على اتخاذ هذا القرار من عدمه، وتحقق هذه الحالة في تلك الفروض التي تكون فيها القواعد القانونية قد حددت بطريقة مسبقة تصرفاً ومسلكاً معيناً بالذات يجب على الإدارة أن تسلكه، إذا ما تحققت شروط معينة أو ظروف حددها النص<sup>(49)</sup>، وهنا تكون الإدارة ملتزمة بالتدخل وإصدار القرار على النحو الذي حدده القانون، طالما تحققت الشروط والأوضاع التي

(47) د. رائد ناجي أحمد، مدى اختصاص المحافظات غير المنتظمة بإقليم بفرض الضرائب والرسوم، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، المجلد 4، الإصدار 12، جزء 1، 2015، ص 370.

(48) المادة (28/أولاً) من الدستور العراقي الاتحادي لسنة 2005 النافذ.  
(49) Bourjol (M), droit administratif, T2, le contrôle de l'action administrative, ED Masson, Paris, 1973, p. 61 et s.

نص عليها القانون، ويُكَيَّف قرارها في مثل هذه الفروض بأنه قرار كاشف عن حق ثابت بمقتضى نص القانون.

ومن تطبيقات ذلك في قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر، حكمها الصادر في 10 أبريل 2004 والذي جاء فيه: «المبادئ الأساسية المتعلقة بالضرائب والرسوم التي أوردها الدستور تمثل مبدأً شرعية الضرائب والرسوم، الذي يتحتم بمقتضاه أن ينظم بالقانون وحده الأركان الأساسية والجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني للضرائب والرسوم، ويتعين أن ينظم بالقانون وليس بأداة تشريعية أدنى منه تحديد الشخص الخاضع للضريبة، وكذلك الوعاء الخاضع للضريبة، والسعر الذي تتحدد به الضريبة (القواعد الأساسية لتحصيل الضريبة)، وفي هذه الحالة تكون قرارات الإدارة الضريبية المخالفة للدستور أو القانون قابلة للإلغاء، ولو مضى عليها زمن طويل، ما لم ينص القانون على غير ذلك صراحة بنصوص صريحة وقاطعة الدلالة»<sup>(50)</sup>، ومن الأمثلة التطبيقية أيضاً على القرارات الإدارية الكاشفة حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر المؤرخ في 20 ديسمبر 2003 والمتضمن أن: «المشرع تكفل بتحديد الشروط الواجب توافرها في الصيديات، ونظم إجراءات الترخيص بها تنظيمياً دقيقاً، حدد فيه نطاق سلطة الجهة الإدارية، بحيث يقف عند حد التحقق من توافر شروط الترخيص كما رسمها القانون، دون أن يخول هذه الجهة أي مجال للتقدير في شأن منح الترخيص أو منعه خارج هذا الإطار»<sup>(51)</sup>.

من جهته تطرق مجلس الدولة الفرنسي إلى موضوع القرارات الكاشفة مميّزاً إياها عن القرارات المنشئة، وذلك في عدة قرارات له أهمها قراره الصادر سنة 2008 في قضية الفيدرالية الوطنية للمستشفيات الخاصة والذي جاء فيه: «...ينحصر دور القرارات الكاشفة في تأكيد مركز قانوني موجود من قبل، أو تقرير حالة قائمة بصفة مسبقة، ولا تحدث تغييراً في المراكز القانونية القائمة، وتبرز أهمية هذا التمييز بينها وبين القرارات المنشئة من ناحيتين، أولاً في مجال مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، إذ إن القرارات المنشئة لا تنتج آثاراً إلا بالنسبة للمستقبل، أما القرارات الكاشفة فإن آثارها تنتج من تاريخ نشأة المركز القانوني الذي تكشف عنه، فهي تكشف عن المركز القانوني محل القرار ولا تنشئه؛ لأن أصل الحق مستمد من القانون بصفة مباشرة، وثانياً

(50) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم 3745 لسنة 45 قضائية بتاريخ 10 أبريل 2004، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة التاسعة والأربعون، من أول أكتوبر 2003 إلى آخر سبتمبر 2004، ص 574.

(51) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم 7809 لسنة 45 قضائية بتاريخ 20 ديسمبر 2003، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق، ص 178.

في مجال سحب القرارات الإدارية، حيث يجوز سحب القرارات الكاشفة بشكل مطلق، دون أن تتقيد الإدارة المعنية في ذلك بميعاد محدد، في حين أن القرارات المنشئة لا يجوز سحبها كلها، بل يجوز سحب بعضها، على أن تتقيد الإدارة أثناء إجراء السحب بميعاد الطعن بالإلغاء»<sup>(52)</sup>.

(52) TC, 27 novembre 1952, Préfet de Guyane Rec. p. 642; JCP G 1953, II, 7598, note Vedel. CE, 27 janvier 1982, requête numéro 29523, Bertin (Rec. p. 37; AJDA 1982, p. 401, obs. SS; D. 1982, p. 177, conclusion Stirn). CE, 14 mai 2003, requête numéro 251481, Maron (JCPA 2003, 1637, note Taillefait). CE, 26 octobre 2011, requête numéro 350081, Beaumont (Rec. tables p.838; Droit administratif. 2012, 9, note Fleury). Est ainsi consacrée la solution retenue par le Conseil d'Etat dans son arrêt d'Assemblée du 5 mars 1999, Président de l'Assemblée communale APC (requête numéro 163328: Rec. p. 42, conclusion Bergeal; CJEG 1999, p. 181, conclusion Bergeal; AJDA 1999, p. 409, chronique.

## المبحث الثاني

### خصوصية القرار الإداري بوصفه مصدراً للالتزامات القانونية

أشرنا سابقاً إلى أن القانون قد يكون مصدراً مباشراً للالتزام، وذلك عند خضوع الإدارة لأحكام القانون فتطبقه في حدود اختصاصها المقيد، وهنا يكون الأثر المترتب على القرار الإداري كاشفاً لحق ثابت في القانون، لكن ليس ثمة شك في أن الإدارة تملك سلطة إصدار التشريع الفرعي (اللوائح أو الأنظمة) والتي لا يمكن اعتبارها مجرد تطبيق لقاعدة قانونية قائمة من قبل، بل إنها تصدر مستقلة عن هذه القواعد ومتضمنة لقواعد جديدة، فضلاً عن ذلك فإن المشرع قد يمنح الإدارة سلطة تقديرية في حالات معينة، فتمارس هذه الأخيرة بمقتضاها حرية واسعة نسبياً في مجال تقدير ملاءمة الأعمال والقرارات التي تتخذها، وفي مثل هذه الحالات قد لا يكون عمل الإدارة في مجال مباشرتها لهذه السلطة التقديرية مجرد عمل تنفيذي لنصوص القانون، وهذا يعني أنه في ظل الحالتين المذكورتين أعلاه يكون القرار الإداري مصدراً مباشراً للالتزام. بالإضافة إلى ما سبق بيانه، فإنه قد يسمح للمشرع للإدارة أحياناً بالخروج على مبدأ (خضوع الإدارة للقانون وعدم الخروج على أحكامه) وذلك عند وجود ظروف استثنائية، حيث تتمتع الإدارة بصلاحيات خاصة تتيح لها اتخاذ قرارات إدارية، تفرض التزامات على الأفراد في المجالات التي هي من اختصاص السلطة التشريعية في الأصل، وكذلك الأمر بالنسبة للامتيازات والسلطات التي تتمتع بها الإدارة في مجال تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، حيث يمكنها إصدار قرارات إدارية منفصلة عن العقد الإداري، من شأنها زيادة الأعباء الواقعة على كاهل المتعاقد معها، وهو ما يمثل خروجاً على الأساس القانوني التقليدي القائم على فكرة توازن التزامات الأطراف.

ولالإلمام بهذه الفكرة، فقد فضلنا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين، يعرض الأول لنظرية السلطات الاستثنائية للإدارة، بينما يتضمن الثاني نظرية فعل الأمير.

وستتناول ذلك على النحو الآتي:

### المطلب الأول

#### نظرية السلطات الاستثنائية للإدارة

من المتفق عليه أن القوانين والأنظمة إنما وضعت لتطبق في الظروف العادية، ولكن قد تطرأ على المجتمع ظروف استثنائية، كالأزمات الاقتصادية والحروب والكوارث الطبيعية، مثل الفيضانات والزلازل وغيرها، ففي مثل هذه الظروف لا تجدي الأساليب

التي قررتها القوانين في الظروف العادية، توسيع اختصاصات وسلطات الإدارة بصفة مؤقتة، في إطار ما يسمى بالشرعية الاستثنائية التي تعوض الشرعية العادية خلال هذه الظروف<sup>(53)</sup>، لذلك يصبح بإمكان الإدارة اتخاذ تدابير استثنائية تتسم بالمخالفة الصريحة للقوانين، بشكل لا يتناسب تماماً مع مقتضيات مبدأ المشروعية في ظل الظروف العادية<sup>(54)</sup>، ومن تطبيقات ذلك خروج بعض القرارات الإدارية الصادرة في ظل الظروف الاستثنائية من الخضوع لقواعد المشروعية، بالقدر اللازم لمجابهة الظروف الواقعة.

في ضوء ما تقدم، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، أولهما سيتناول مفهوم السلطات الاستثنائية للإدارة، وثانيهما يكون مخصصاً للاستيلاء المؤقت على العقار كتطبيق من تطبيقات السلطات الاستثنائية للإدارة، وذلك على النحو الآتي:

## الفرع الأول

### مفهوم السلطات الاستثنائية للإدارة

تجد نظرية سلطات الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية - أي نظرية الظروف الاستثنائية - مصدرها من فكرة الضرورة<sup>(55)</sup>، وذلك عند تعرض البلاد لظروف استثنائية كالحرب أو الفيضان أو تفشي الوباء وغير ذلك من كوارث محدقة، وأثناء حدوث ذلك تسارع السلطات الإدارية إلى اتخاذ تدابير وإجراءات استثنائية عديدة، من بينها تمكين السلطة التنفيذية من مجابهة الظروف الاستثنائية، من خلال تحويلها صلاحية سن التشريعات الملزمة لاستتباب الأمن العام<sup>(56)</sup>.

(53) د. حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 64-65.

(54) يقصد بمبدأ المشروعية سيادة أحكام القانون في الدولة، وهو ما يقتضي أن تخضع الدولة بهيئاتها وأفرادها جميعهم لأحكام القانون وألا تخرج عن حدوده، ومن ثم لا يكفي أن يخضع الأفراد وحدهم للقانون في علاقاتهم الخاصة، بل إنه من الضروري أن تخضع له أيضاً السلطات العامة - التشريعية والتنفيذية والقضائية - في الدولة، فلا تستطيع أن تتخذ قراراً أو عملاً إلا ما كان متفقاً مع أحكام القانون وفي إطاره، د. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978، ص 7؛ د. مازن ليلو راضي، أصول القضاء الإداري، ط 1، دار نيور للطباعة والنشر والتوزيع، العراق، 2016، ص 17؛ د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 12.

(55) نظرية الضرورة هي نظرية متكاملة وشاملة، وجدت جذورها وأصلها في الشريعة الإسلامية، وقد توجد تطبيقاتها في مختلف فروع القانون الخاص والقانون العام، فهي موجودة في القانون المدني بوصفها سبباً من أسباب التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية، كما أنها مطبقة في قانون الأحوال الشخصية، وفي فروع القانون العام نجد لها تطبيقات كثيرة مثل القانون الجنائي والإداري والدستوري.

(56) د. أحسن رابحي، النشاط التشريعي للسلطة التنفيذية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2013، ص 82.

مبدئياً نشير إلى أن نظرية الظروف الاستثنائية هي نظرية قضائية يرجع مصدرها وأساسها إلى بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي أصدرها بعد الحرب العالمية الأولى، والتي نظمت بشكل متفرق الزوايا الموضوعية والقانونية للنظرية، والتي مفادها أن سلطات الإدارة تكون أكثر اتساعاً ومرونة خلال الأوقات الاستثنائية، من أجل تمكين هذه الأخيرة من السيطرة على الوضع وفرض النظام العام، وهنا نضيف بأن نظرية الظروف الاستثنائية وإن ارتبطت - منذ حقبة طويلة - بموضوع الضبط الإداري (الأمن العام)، إلا أن ذلك لا يعني حصر نطاق تطبيقها في هذا المجال فحسب، بل يتعين تعميم تطبيقها على مستوى المجالات المتعلقة بتنظيم وتسيير المرفق العام<sup>(57)</sup>.

من بين الأعمال الإدارية الأكثر تأثراً بهذا التكييف المؤقت والاستثنائي نذكر القرارات الإدارية، خصوصاً تلك المتعلقة بتنظيم وسائل وأهداف الأمن العام، حيث تصبح القرارات الإدارية، التي تكون غير مشروعة في ظل قواعد المشروعية العادية، مشروعة نتيجة وجود الظروف الاستثنائية<sup>(58)</sup>، لكن ذلك لن يكون بشكل مطلق، فالضرورة يجب أن تُقدر بقدرها، وهذا يعني بأن صدور القرار بالمعنى السابق يجب أن يكون لازماً وضرورياً بالقدر الملائم لمواجهة الظرف الاستثنائي<sup>(59)</sup>.

وفضلاً عن أحكام القضاء الإداري، تستمد نظرية الظروف الاستثنائية بعض أسسها وقواعدها أيضاً من التشريعات المختلفة (القوانين واللوائح)، لاسيما تلك المنظمة لمهام وسلطات الهيئات الإدارية المختلفة خلال حدوث تلك الظروف أو قبلها، وهذا ما نصت عليه - على سبيل المثال - كل من المادة (16) من الدستور الفرنسي النافذ الصادر عام 1958<sup>(60)</sup>، والمادة (156) من دستور مصر لسنة 2014، وكذلك المادة (58/تاسعاً) من

(57) كاظم علي الجنابي، سلطات رئيس الدولة التشريعية في ظل الظروف الاستثنائية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1995، ص 54.

(58) Wachsmann (P), «la légalité administrative est - elle en crise?», in droit, N°4, Paris, 1986, pp. 9-20.

(59) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 211 وما بعدها.

(60) نصت المادة (16) من الدستور الفرنسي على أن لرئيس الجمهورية سلطات واسعة في الظروف الاستثنائية شرط تعرض الدولة لخطر جسيم وحال تهدد أنظمة الجمهورية أو استقلال الوطن أو سلامة أراضيه أو تنفيذ تعهداته الدولية، إضافة إلى ذلك يجب أن يؤدي ذلك الخطر إلى انقطاع السلطات العامة الدستورية عن مباشرة مهماتها، وإلى جانب هذين الشرطين الموضوعيين لممارسة هذه السلطات، يلزم الدستور توافر شرط شكلي يتمثل بإجراء التشاور مع الوزير الأول أو رؤساء المجالس والمجلس الدستوري وإخطار الشعب بذلك.

Article 16 de la Constitution Française du 04 octobre 1958. Sur ce point d'analyse voir: Beaud (O), Traité de droit constitutionnel et institutions politiques, LGDJ, Paris, 2004, pp. 171-186.

الدستور العراقي الاتحادي لسنة 2005 النافذ<sup>(61)</sup>.

في هذا المجال نشير إلى أن نطاق دراسة نظرية الظروف الاستثنائية ارتبطت منذ بداية نشأتها بالقانون الإداري والدستوري، مع أن القانون المدني - من جهته - ساهم بقسط كبير في تنظيم وتطوير أسس ونتائج هذه النظرية، معتبراً بأنه بإمكان الإدارة ممارسة صلاحيات واسعة جداً خلال الأوقات الاستثنائية، قد تصل هذه الصلاحيات والسلطات إلى حد إصدار تدابير تنظيمية ذات طابع تشريعي من أجل معالجة الأوضاع لم يقم المشرع بتنظيمها، فيكون دورها في مثل هذه الحالات إما سد الفراغ التشريعي أو عرض التفسير الملائم للتشريع، وهذا ما يسمح لنا بالقول بأن القرارات الإدارية التي تصدر بهذا المفهوم تعتبر وتكون مصدراً للالتزام بالمعنى المقرر في فقه القانون المدني، تماماً لأنه في حالات فرض الضرائب والرسوم يكون القانون مصدراً مباشراً للالتزام<sup>(62)</sup>، أو القرارات الصادرة في شأن الاستيلاء المؤقت على العقار<sup>(63)</sup>، كما سنستشف ذلك بالتفصيل في خضم الفرع الثاني الآتي ذكره.

## الفرع الثاني

### الاستيلاء المؤقت على العقار تطبيقاً للسلطات الاستثنائية للإدارة

من خلال هذا الفرع، سوف نحاول الإلمام بموضوع الاستيلاء المؤقت على العقارات من خلال تحديد مفهومه (أولاً)، بيان تأصيله القانوني (ثانياً)، وأخيراً الالتزامات الناشئة عن القرار الإداري المتضمن الاستيلاء المؤقت (ثالثاً).

وذلك في ثلاثة مقاصد أساسية وهي:

### المقصد الأول - مفهوم الاستيلاء المؤقت على العقار

بداية يتعين علينا التوضيح بأن للاستيلاء المؤقت أنواع عديدة، منها ما يرد على العقارات ومنها ما يرد على المنقولات، ولكن ما يهمنا أكثر في هذه الدراسة هو الاستيلاء المؤقت

(61) المادة (58/تاسعاً) من الدستور العراقي الاتحادي لسنة 2005 النافذ، حيث تنص على أن: «ج- يخول رئيس مجلس الوزراء الصلاحيات اللازمة التي تمكنه من إدارة شؤون البلاد خلال مدة إعلان الحرب وحالة الطوارئ، وتنظم هذه الصلاحيات بقانون، بما لا يتعارض مع الدستور».

(62) Savatier R., La théorie des obligations en droit privé économique, 4ème édition Dalloz, Paris, 1979, p. 34 et s.

(63) لأن الأصل في القواعد العامة تقضي بعدم حرمان أحد من ملكه ومنافعه إلا للمصلحة العامة والنفع العام مقابل تعويض عادل. لاحظ: المادة (23) من الدستور العراقي الاتحادي لسنة (2005) النافذ، والمادة (1050) من القانون المدني العراقي.

على العقارات، والذي عرّفه جانب من الفقه بأنه: «إجراء إداري تقوم به الإدارة، بإرادتها المنفردة وبصفة مؤقتة، ولضرورات استثنائية عامة تقدرها، بالاستيلاء على العقار أو العقارات المملوكة لقاء تعويض عادل، مع احتفاظ المالك بملكه»<sup>(64)</sup>، في المقابل لم تأخذ غالبية التشريعات المقارنة على عاتقها عناء تعريف هذا الإجراء، بل اكتفت بالتركيز على دواعيه وشروطه القانونية<sup>(65)</sup>، من أجل ضمان الموازنة بين الضرورات العملية التي تفرض على الإدارة اللجوء إلى تطبيق هذا الإجراء الاستثنائي، والمقتضيات القانونية المقررة في الدستور<sup>(66)</sup> والقانون<sup>(67)</sup>، والتي تركز حماية فعلية للملكية الخاصة<sup>(68)</sup>، وهي الفكرة التي تم تعزيزها فعلاً من طرف المشرّع، من خلال تضييق نطاق تطبيق إجراء الاستيلاء المؤقت على العقارات المملوكة للأفراد، فقط خلال الأوقات الطارئة والاستثنائية، دون الأوقات العادية<sup>(69)</sup>، وهذا ما أخذ به كل من المشرّع العراقي<sup>(70)</sup> والفرنسي<sup>(71)</sup> والمصري<sup>(72)</sup>، مع وجود بعض الاختلافات بينهم، لاسيما بين قانون الاستملاك العراقي النافذ والقانون المصري رقم 10 لسنة 1990 بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة، وهذا بخصوص عنصر المدة والتعويض كأهم عناصر إجراء الاستيلاء المؤقت على العقار، كما سنرى ذلك لاحقاً.

(64) نقلاً عن: د. كلاويز مصطفى إبراهيم و د. رعد أدهم عبد الحميد، النطاق القانوني لسلطة الإدارة في الاستيلاء: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، المجلد الرابع، العدد 13، 2015/5/1، ص7.

Chapus (R), droit administratif général, 15ème Edition, Ed Montchrestien, Paris, 2001, p. 25. Déforges (J.M), droit administratif, PUF, Paris, 1991, pp. 123,136.

(65) لاحظ: المادة (26) من قانون الاستملاك العراقي رقم 12 لسنة 1981 النافذ، وتقاربها المادة (15) من القانون المصري رقم (10) لسنة 1990 بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة.

(66) لاحظ: المادة (23) من الدستور العراقي الاتحادي لسنة 2005 النافذ، وتقاربها المادة (35) من دستور جمهورية مصر لسنة 2014، والمادة (21) من دستور الإمارات العربية المتحدة لسنة 1971 المعدل، والمادة (11) من دستور الأردن لسنة 1952 المعدل.

(67) المادة (1050) مدني عراقي حيث تنص على أنه: «لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه، إلا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدماً»، وتقابلها المادة (805) من القانون المدني المصري، وتقاربها المادة (1135) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة والمادة (1020) من القانون المدني الأردني، والمادة 544 من القانون المدني الفرنسي.

(68) لاحظ: المادة (26/ثانياً) من قانون الاستملاك العراقي النافذ.

(69) لاحظ: المادة (15) من القانون المصري رقم (10) لسنة 1990 بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة.

(70) لاحظ: المادة (26/أولاً) من قانون الاستملاك العراقي النافذ.

(71) المادة (12) من الأمر رقم 2014 - 1345 المؤرخ في 2014/11/6 المتعلق بقانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

(72) قانون رقم 10 لسنة 1990 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة.

## المقصد الثاني - التأصيل القانوني للاستيلاء المؤقت على العقار

أقر التشريع العراقي - على غرار التشريعات المقارنة الأخرى - فكرة الاستيلاء المؤقت على العقار، وهذا بمقتضى قانون الاستملاك العراقي رقم 12 لسنة 1981 النافذ، لاسيما المادة (26) منه<sup>(73)</sup> التي نصت على أنه: «لدوائر الدولة والقطاع الاشتراكي في الحالات الاستثنائية الطارئة كالفيضان أو تفشي وباء أن تقرر الاستيلاء المؤقت على أي عقار لمدة تحدد بقرار الاستيلاء، على ألا تتجاوز سنتين من تاريخ صدور القرار»، وهذا الاستخلاص التشريعي الواضح والصريح يدل على تكريس الفكرة من حيث المبدأ، وكذا ربط إمكانية تطبيقها بشرطين أساسيين الأول يتعلق بتحقق الحالة الاستثنائية الطارئة كالفيضان أو تفشي وباء أو غيرهما، والثاني تأقيت مدة الاستيلاء على العقار، وهو الموقف الذي لم يتم التنصيص عليه صراحة لا في إطار الدستور العراقي الاتحادي لسنة 2005 النافذ، ولا في إطار القانون المدني العراقي (الذي يُعد الشريعة العامة لكل القوانين) رغم أن كليهما لا ينفي الوجود الحقيقي والفعلي لفكرة الاستيلاء المؤقت للعقار، والدليل على ذلك فحوى المادة (23) من الدستور العراقي النافذ التي نصت على أنه: «لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة، مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون»، وهي تدل بأن للإدارة الحق في نزع الملكية تحقيقاً للمصلحة العامة بشرط ضمان تقديم تعويض مالي عادل لصاحب العقار، وباعتبار أن الاستيلاء المؤقت على العقار ما هو إلا نزع ملكية العقار لمدة زمنية معينة<sup>(74)</sup>، فهذا يقودنا للقول بأن الدستور العراقي يتبنى هذا الإجراء بصفة غير مباشرة، بمناسبة تنظيمه لإجراء نزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدني العراقي الذي لم ينص - هو الآخر - على الاستيلاء المؤقت على العقار، لكنه في المقابل أقره بصفة ضمنية بواسطة نصوصه المختلفة المنظمة لوسائل حماية الملكية الخاصة، ومثالها المادة (1050) منه التي نصت على أنه: «لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه، إلا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدماً»، وهذا يعني بأنه بإمكان الإدارة حرمان المالك من ملكه بموجب إجراء الاستيلاء المؤقت على العقار، على أن يكون ذلك مقابل منحه تعويضاً عادلاً، وأن يتم تطبيق الإجراء - فقط - في إطار الحالات التي يقررها القانون.

(73) تقاربها المادة (15) من القانون المصري رقم 10 لسنة 1990 بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة.  
(74) وهي سنتان بموجب المادة (28) من قانون الاستملاك العراقي لسنة 1981 النافذ، تبدأ المدة من تاريخ صدور القرار بالاستيلاء على العقار.

## المقصد الثالث- الالتزامات الناشئة عن القرار الإداري بالاستيلاء المؤقت على العقارات

يُكَيَّف قرار الاستيلاء المؤقت على العقار بأنه قرار إداري منشئ للالتزامات متقابلة، تقع على عاتق كل من الإدارة ومالك العقار، ولكنه - بالمقابل - لا ينشئ حقوقاً عينية، وهو الأمر الذي دفع المشرع المصري إلى تشبيهه العلاقة التي تربط الإدارة بمالك العقار، بالعلاقة بين المؤجر والمستأجر، لاسيما من حيث الآثار، بالرغم من الاختلاف الجوهرى بينهما من حيث المصدر، حيث إن عقد الإيجار يستمد مصدره من العقد، في حين أن مصدر الاستيلاء المؤقت على العقار هو القرار الإداري الصادر بهذا الخصوص<sup>(75)</sup>، وهو الاتجاه الذي خالفه المشرع العراقي بعض الشيء، معتبراً أن عناصر التمايز بين الإيجار والاستيلاء المؤقت واضحة ومحققة ليس فقط على مستوى المصدر، ولكن على مستوى النتائج والآثار المترتبة على كل منهما، وهذا ما سوف نحاول الإلمام به في فقرتين كالآتي:

### أولاً- التزامات الإدارة

يُرتب القرار الإداري المتضمن الاستيلاء المؤقت على العقار، جملة من الالتزامات على عاتق الإدارة تشمل ما يلي:

1. التزام الإدارة بتعويض مالك العقار المستولى عليه، عن عدم انتفاعه بالعقار طيلة مدة الاستيلاء<sup>(76)</sup>، وقد أطلق جانب من الفقه على هذا الالتزام تسمية الالتزام الإداري بدفع أجره<sup>(77)</sup>، وهي تسمية غير صحيحة في نظرنا، فعلى الرغم من التشابه الكبير في الالتزامات الناشئة عن كل من القرار الإداري المتضمن الاستيلاء المؤقت على العقار وعقد الإيجار، إلا أن التزام المستأجر بدفع الأجرة

---

(75) إن المادة (2/6) من القانون المصري رقم 49 لسنة 1977 بشأن إيجار الأماكن تنص على أنه: «تعتبر الأماكن الصادر في شأنها قرارات استيلاء لشغلها مؤجرة إلى الجهات التي تم الاستيلاء لصالحها»، لاحظ: د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 557، ولا مقابل لهذا النص في القانون العراقي. (76) لاحظ: المادة (15) من القانون المصري رقم 10 لسنة 1990 بشأن نزاع الملكية للمنفعة العامة، وكذلك المادة (445) من القانون المدني الفرنسي (المعدل والمتمم)، لكن في المقابل يلاحظ أن قانون الاستملاك العراقي رقم 12 لسنة 1981 النافذ لم يتناول موضوع تعويض مالك العقار المستولى عليه مقابل عدم انتفاعه بالعقار طيلة مدة الاستيلاء، وموقف المشرع العراقي بهذا الخصوص منتقد ويعد هذا نقصاً في القانون لا بد من تلافيه؛ لأن الأصل في القواعد العامة تقضي بعدم حرمان أحد من ملكه ومنافعه إلا للمصلحة العامة والنفع العام مقابل تعويض عادل. لاحظ: المادة (23) من الدستور العراقي الاتحادي لسنة (2005) النافذ، والمادة (1050) من القانون المدني العراقي. (77) د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 557.

يختلف تماماً عن التزام الإدارة بدفع التعويض عن عدم انتفاع مالك العقار بملكه طيلة فترة الاستيلاء، ولهذا الاختلاف عدة أوجه، أولاً: اختلاف من حيث المصدر، إذ إن التزام الإدارة بدفع التعويض مصدره القرار الإداري بالاستيلاء المؤقت على العقار، في حين التزام المستأجر بدفع الأجرة مصدره عقد الإيجار، ثانياً: اختلاف من حيث المقابل المالي، إذ إن مقدار الأجرة يتم تحديدها باتفاق المتعاقدين (المؤجر والمستأجر)، وفي الحالات التي يغفل فيها المتعاقدان تحديد هذه الأجرة أو يتعذر عليهما تحديدها يلتزم المستأجر بدفع أجرة المثل<sup>(78)</sup>، في حين أن مبلغ التعويض الذي يتعين على الإدارة دفعه لمالك العقار عن فترة عدم انتفاعه بالعقار المستولى عليه<sup>(79)</sup> يتم تقديره من قبل لجنة خاصة تُشكّل لهذا الغرض<sup>(80)</sup>، ثالثاً وأخيراً: يتقادم دين الأجرة بخمس سنوات يبدأ حسابها من تاريخ وجوب أدائه على المدين، باعتبار الأجرة من الديون الدورية المتجددة<sup>(81)</sup>، في حين أن دعوى التعويض عن الحرمان من حق الملكية، ومنها التعويض عن قرار الإدارة بالاستيلاء المؤقت على العقار تسقط بانقضاء مدة التقادم الطويل، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في عدة قرارات له<sup>(82)</sup>، قبل أن يتم تكريسه أيضاً من طرف محكمة النقض المصرية<sup>(83)</sup>.

## 2. التزام الإدارة بالمحافظة على العقار المستولى عليه وتعويض مالك العقار عما

(78) لاحظ: المادة (738) مدني عراقي، وتقابلها المادة (562) من القانون المدني المصري، غير أن بعض القوانين المدنية اتخذت موقفاً مغايراً، ويشترط أن تكون الأجرة معلومة، وإذا كانت الأجرة مجهولة جاز فسخ الإجارة، لاحظ: المادة (748) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة والمادتين (663) و(664) من القانون المدني الأردني.

(79) لاحظ: المادة (15) من القانون المصري رقم (10) لسنة 1990 بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة.

(80) لاحظ: المادة (6) من القانون المصري رقم (10) لسنة 1990 بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة.

(81) لاحظ: المادة (430/1) مدني عراقي، وتقابلها المادة (1/375) من القانون المدني المصري، وتقاربها المادة (474) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية، والمادة (445/فقرة ثانية) من التقنين المدني الفرنسي، والمادة (9/فقرة 1) من القانون الفرنسي المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة المعدل بواسطة الأمر رقم 1345 - 2014 (السابق ذكره).

(82) Conseil d'Etat, Assemblée, 30 mars 1966, Département administratif territorial d'Orléans: Rec. tables, p. 757 et 995 requête numéro 50515; AJDA 1966, p. 350, chronique, Puisseche et Lecat; D, 1966, p. 582 note Madrague; JCP 1967, 150, note Dehaussy; RDP 1966, p.774, conclusion Bernard p. 995, note Waline. -V. sur ces questions infra p.643 s).. Rec. p. 138; RDP 1947, p. 95, note Waline; S. 1947, III, p. 89, conclusion Celier.

(83) لاحظ: الطعن رقم 2650 لسنة 59 ق، جلسة 1994/12/27، أشار إليه: د. صبري محمد السنوسي محمد، أحكام التقادم في مجال القانون العام، مطبوعات جامعة الكويت، 2005، ص 210.

أصابه من ضرر بسبب الاستيلاء المؤقت<sup>(84)</sup>.

3. عند انتهاء مدة الاستيلاء تلتزم الإدارة برد العقار المستولى عليه إلى مالكه<sup>(85)</sup>، بحالته الأصلية نفسها، أي الحالة التي كان عليها قبل الاستيلاء، وإلا عدت غاصبة للعقار ومعتمدية على حق الملكية<sup>(86)</sup> التي تحظى بحماية كل من الدستور<sup>(87)</sup> والقانون<sup>(88)</sup>، وهو الاتجاه الذي تبناه المشرع العراقي، مضيفاً بأنه إذا كان الغرض من الاستيلاء مازال موجوداً وقائماً بعد انتهاء مدته جاز للإدارة طلب استملاكه، فإذا لم تبد هذه الأخيرة رغبتها في تملك العقار، جاز للمالك أن يطلب من المحكمة محل العقار استرداده أو تملكه إلى الإدارة المستولى على العقار، مقابل منحه تعويضاً عادلاً<sup>(89)</sup>.

## ثانياً- التزامات مالك العقار

في مقابل الالتزامات التي يضعها القرار الإداري على عاتق الإدارة المستولى على العقار، يتعهد مالك العقار المستولى عليه بتنفيذ جملة من الالتزامات حيال الإدارة، تشمل ما يلي:

1. التزام مالك العقار المستولى عليه بإخلاء العقار وتسليمه إلى الإدارة<sup>(90)</sup>.

(84) لاحظ: المادة (27/ثانياً) من قانون الاستملاك العراقي النافذ، والمادة (16) من القانون المصري رقم 10 لسنة 1990 بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة.

(85) حدد قانون الاستملاك العراقي رقم 12 لسنة 1981 النافذ في المادة (26) منه مدة الاستملاك المؤقت على العقار بسنتين من تاريخ نشر القرار، أما القانون المصري رقم 10 لسنة 1990 بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة، فقد حدد هذه المدة في المادة (16) منه بانتهاء الغرض المستولى عليه من أجله أو بثلاث سنوات من تاريخ الاستيلاء الفعلي أيهما أقرب.

(86) لاحظ: المادة (27/أولاً) من قانون الاستملاك العراقي النافذ، والمادة (16) من القانون المصري رقم 10 لسنة 1990 بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة.

(87) لاحظ: المادة (23) من الدستور العراقي الاتحادي لسنة 2005، وتقاربها المادة (35) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2014، والمادة (21) من دستور الإمارات العربية المتحدة لسنة 1971 المعدل، والمادة (11) من الدستور الأردني لسنة 1952 المعدل.

(88) لاحظ: المادة (1050) مدني عراقي، وتقابلها المادة (805) من القانون المدني المصري، وتقابلها المادة (1135) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية.

(89) محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية - القسم الأول، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982، ص 67.

(90) لاحظ: كل من المادة (12) من القانون الفرنسي المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة (السابق ذكره) والمادة (14) من القانون المصري رقم 10 لسنة 1990 بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة، وبالرغم من أن المشرع العراقي لم يشير إلى هذا الالتزام بنص صريح، إلا أنه بالإمكان أن نستدل عليه من نص المادة (16) من قانون الاستملاك النافذ الذي خول الإدارة في الحالات الاستثنائية الطارئة إصدار قرار الاستيلاء المؤقت على أي عقار، وفي حالة صدور هذا القرار ليس بإمكان مالك العقار المستولى عليه الامتناع عن تسليمه للإدارة.

2. التزام مالك العقار بصيانة العقار المستولى عليه، وهذا في حال حدوث أي خلل في العقار من شأنه أن يؤدي إلى اختلال في المنفعة المقصودة منه، وهو التزام لم تنص عليه غالبية التشريعات المقارنة، لاسيما التشريعين العراقي والمصري، لكن يستدل عليه بالرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، والتي تقضي بأن الإدارة تدفع مقابلاً لمالك العقار نظير انتفاعها بالعقار، ولهذا يكون من حقها أن تطالبه بإصلاح ما يحدث من خلل أو اضطراب في الانتفاع به.

3. التزام مالك العقار المستولى عليه بالضمان، كما ذكرنا ذلك سابقاً عند التطرق إلى التزامات الإدارة، فإن الأخيرة ملزمة بدفع تعويض عادل للمالك، مقابل انتفاعها بالعقار طيلة مدة الاستيلاء المؤقت عليه، وهذا يعني - وفقاً للقواعد العامة المقررة في القانون المدني - إقرار التزام المالك بضمان حق الإدارة في الانتفاع بالعقار المستولى عليه، وهو الاتجاه التشريعي الراجح في الوقت الحاضر، بخلاف المشرع العراقي الذي قصر التزام مالك العقار المستولى عليه في حدود تسليم العقار إلى الإدارة فقط، دون الالتزام بصيانته أو ضمانه، ومرجع ذلك أن قانون الاستملاك العراقي لا يمنح مالك العقار أي حق في الحصول على تعويض مقابل عدم انتفاعه بالعقار طيلة مدة الاستيلاء المؤقت على العقار (كما أشرنا إلى ذلك)، وبالتالي فإن إلزامه بالصيانة والضمان يعتبر مجحفاً جداً وغير منطقي.

## المطلب الثاني

### نظرية فعل الأمير

من المبادئ المستقرة في القانون الخاص قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، والتي تعني أنه على المتعاقدين تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية، ومن ثم لا يجوز لأي منهما التحلل من التزاماته بصورة منفردة، أو تعديل العقد أو نقضه إلا باتفاق مع المتعاقد الآخر، وهي القاعدة المكرسة أيضاً في إطار العقد الإداري الذي يستمد أسسه وقواعده من أحكام العقد المدني، بغض النظر عن بعض الخصائص الخاصة التي يتميز بها العقد الإداري دون العقد المدني، لاسيما خاصة عدم مساواة وتكافؤ مركز المتعاقد مع مركز الإدارة المتعاقدة منه، بحكم تفاوت الأهداف التي يسعى إليها كل منهما، فالإدارة تستهدف تحقيق مصلحة عليا هي المصلحة العامة، ولذلك تُعطى لها الأفضلية والأولوية على حساب مصلحة المتعاقد الخاصة والمتمثلة في تحقيق الربح، وتبعاً لذلك يكون بإمكان الإدارة التحلل من التقيد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، من

خلال تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، دون حاجة لطلب موافقة الطرف المتعاقد معها، ودون حاجة للجوء إلى القضاء كما هو الحال بالنسبة لل عقود المدنية المبرمة بين الأفراد، لكن سلطة الإدارة في تعديل العقد ليست مطلقة، بل مقيدة بإعادة التوازن المالي للعقد، من خلال تعويض المتعاقد على الأعباء الجديدة التي تكبدها بسبب تعديل العقد، وهي الفكرة التي تستمد مرجعها من نظرية عريقة ذات أصول قضائية هي نظرية فعل الأمير، التي سوف نحاول الإحاطة بها من خلال دراسة فكرتين رئيسيتين وهما مفهوم نظرية فعل الأمير (الفرع الأول)، ودور القرار الإداري بوصفه مصدراً للالتزام على طرفي العقد الإداري (الفرع الثاني)، وذلك على النحو التالي:

## الفرع الأول

### مفهوم نظرية فعل الأمير

سنتناول مفهوم نظرية فعل الأمير من خلال التطرق إلى مضمون نظرية فعل الأمير أولاً، وبيان أساس التعديل الانفرادي للعقد الإداري ثانياً، وذلك في مقصدين كالآتي:

### المقصد الأول - مضمون نظرية فعل الأمير

يُقصد بفعل الأمير الإجراءات والأعمال الصادرة من الجهة الإدارية المتعاقدة، والتي من شأنها أن تؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد عما هو محدد في العقد، ولهذا تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي لحقت به جراء ذلك<sup>(91)</sup>، كما عرفت محكمة القضاء الإداري في مصر هذه النظرية بقولها: «... إن المقصود بنظرية فعل الأمير هو كل إجراء تتخذه السلطة العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد، وهو ما يطلق عليه بالمخاطر الإدارية»<sup>(92)</sup>.

في هذا الصدد نشير بأن القاعدة العامة تقتضي لزوم العقد لعاقديه، وعدم جواز نقضه أو تعديله إلا بموافقة أطرافه<sup>(93)</sup>، أو بالإرادة المنفردة لأحد أطرافه استناداً إلى نص في

(91) د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري، العقد الإداري)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص 466.

Voir aussi: Richer (L.), Le contrat de mandat au risque du droit administratif, CJEG, Paris, 1999, p.127. Weil (P.), Le critère du contrat administratif en crise, Mélanges Waline, Paris, p. 847.

(92) حكم محكمة القضاء الإداري في 1957/6/30، المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق، ص 607.

(93) لاحظ: المادة (1/146) مدني عراقي، وتُقاربها المادة (267) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة والمادة (1/147) من القانون المدني المصري.

القانون<sup>(94)</sup>، وهذا الأمر يُعد منطقياً بالنسبة للعقود العادية التي يبرمها الأفراد فيما بينهم، والتي تفترض مساواتهم وتكافؤهم في المراكز العقدية والقانونية. أما بالنسبة للعقود الإدارية فإن تعميم تطبيق هذه القاعدة عليها أيضاً من شأنه أن يؤدي إلى حصول عدة إشكالات عملية، أهمها تعطيل أحد أهم المبادئ في القانون الإداري وهو مبدأ استمرارية المرفق العام، الذي يرتبط بفكرة ضمان نشاطات المصلحة العامة بصفة دائمة ومنتظمة، والذي بدوره يمثل المرجع الأساسي لكل السلطات الاستثنائية التي تتمتع بها الإدارة العامة<sup>(95)</sup>، لذلك كان من الضروري منح الإدارة مركزاً تعاقدياً أُسمى مقارنة مع مركز الطرف المتعاقد معها، يمنحها الحق في تعديل العقد بصفة منفردة - بواسطة قرارات إدارية منفصلة - متى وجدت ضرورة لذلك تفرضها المصلحة العامة.

لكن هذه التعديلات من شأنها أن تؤدي إلى إرهاق المتعاقد مادياً، بسبب زيادة الأعباء

(94) أعطت المادة (2/146) مدني عراقي للمحكمة سلطة تعديل العقد في حالة الظروف الاستثنائية الطارئة التي تجعل تنفيذ العقد أمراً مرهقاً للمدين، وأجازت للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المدين المرهق إلى الحد المعقول، وتُقابلها المادة (2/147) مدني مصري والمادة (249) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، والمادة (205) من القانون المدني الأردني، وكذلك أعطت المادة (2/167) مدني عراقي للمحكمة سلطة تعديل عقد إذا تم بطريق الإذعان وتضمن شروطاً تعسفية، وتُقابلها المادة (248) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، والمادة (149) مدني مصري، والمادة (204) من القانون المدني الأردني.

(95) Sur ce point d'analyse voir: Amselek (P.), Une méthode peu usuelle d'identification des contrats administratifs: l'identification directe, Revue Administrative, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 1973, p. 633. Elisabeth (A.) et Raynaud (J.), Regards dubitatifs de juristes de droit privé sur la clause exorbitante: Mélanges, Guibal, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, France, 2006, t. 1, p. 783. Fardet (C.), La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général, AJDA, Paris, 2000, p.115. Haïm (V.), Le choix du juge dans le contentieux des contrats administratifs, AJDA, Paris, 1992, p. 315. Macagno (F.), Le Grenelle II et la nature administrative des contrats d'achat d'électricité: Contrats-marchés publié, 2011, étude I. Ménéménis (A.), Contentieux des contrats, AJDA, Paris, 2011, p. 308.

المالية الملقاة على كاهله، وهو ما يمثل إخلالاً بمبدأ التوازن المالي للعقد<sup>(96)</sup>، لذلك كان من الضروري حماية حقوق المتعاقد مع الإدارة، من خلال تحميل هذه الأخيرة على تعويضه لجبر الضرر اللاحق به نتيجة المساس بالتوازن المالي للعقد، وهنا نضيف بأن فكرة حماية التوازن المالي للعقد لمصلحة المتعاقد لا ترتبط أبداً بخطأ الإدارة أو - من باب أولى - بخطأ المتعاقد، وإنما مرجعها ضرورة الموازنة بين مصلحتين متقابلتين، المصلحة العامة للإدارة ومصلحة المتعاقد في تحقيق الربح<sup>(97)</sup>.

ونظراً لمرونة نظرية فعل الأمير، فقد عمد الفقه والقضاء الإداريين إلى تنظيمها وضبطها بمجموعة من الشروط تشمل ما يلي:

1. ترتبط نظرية فعل الأمير فقط بالعقود الإدارية، ويتم تطبيقها فقط بالمنازعات المتعلقة بهذه العقود، في المقابل لا يمكن تمديد تطبيقها في إطار العقود العادية أو إدراجها في خضم منازعات العقود العادية.
2. يجب أن يكون الإجراء الضار بالمتعاقد مع الإدارة صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة معه، ويستوي في ذلك أن يكون مثل هذا الإجراء صادراً في مجال الضبط الإداري أو في مجال تنظيم المرافق العامة، كما يستوي في ذلك أيضاً أن يكون الإجراء

(96) يختلف مفهوم التوازن المالي للعقد الإداري عن التوازن الاقتصادي للعقد، فالأول يعطي المتعاقد حق المطالبة بتعويض كامل لما يتحمله المتعاقد من أعباء مالية نتيجة لتعديل العقد من قبل الإدارة، أما التوازن الاقتصادي فهو فكرة عامة تطبق على العقود المدنية والتجارية والإدارية على حد سواء، في حين نجد أن فكرة التوازن المالي تقتصر على العقد الإداري، فضلاً عن أن فكرة التوازن المالي تعد تجسيداً لفكرة العدالة التي أقيمت على أساسها نظرية عمل الأمير، وهي تمنح المتعاقد الحق في مطالبة الإدارة بتعويض كامل، في حين تعد فكرة التوازن الاقتصادي أيضاً تجسيداً لفكرة العدالة، إلا أنه يؤخذ بها في حالات الاستغلال، الغبن مع التغير، الإذعان والظروف الطارئة، فضلاً عن ذلك فإن فكرة التوازن المالي تهدف إلى تعويض المتعاقد، في حين تهدف فكرة التوازن الاقتصادي إلى إعادة التوازن الاقتصادي المختل إلى سابق عهده. لاحظ: د. فؤاد نصر الله عوض، سلطة الإدارة (صاحبة المناقصة) في تعديل العقود الإدارية وحق المتعاقد معها في توفير الضمانات المالية له، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، جمهورية مصر العربية، العدد الخامس والخمسون، أبريل، 2014، ص 407-408.

Voir également: Antoine (J.), La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties: RFDA, Paris, 2004, p. 80. Delvolvé (P.), Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats, Mélanges Perrot, Dalloz, Paris, 1996, p. 83. Eckert (G.), Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs, Contrats-Marchés publié en 2010, étude 9.

(97) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 539.

الضار صادراً في صورة إجراء عام أو خاص، أو في صورة تصرف إيجابي من الإدارة المتعاقدة بإصدار قرار معين، أو في صورة تصرف سلبي بالامتناع عن تطبيق القوانين أو الأنظمة (اللوائح)، إذا ترتب على ذلك أعباء جديدة على المتعاقد معها<sup>(98)</sup>.

3. أن يكون الإجراء الضار غير متوقع حصوله وقت إبرام العقد، فإذا كان الإجراء الضار متوقعاً من المتعاقد أو مفترضاً حصوله بحكم ظروف الواقع أو من السهل التنبؤ بحدوثه، زال حق المتعاقد في مطالبة الإدارة بالتعويض وفقاً لنظرية فعل عمل الأمير.

4. يُشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير عدم وقوع خطأ من الإدارة، حيث يفترض أن تكون الإجراءات التي اتخذتها الإدارة المتعاقدة بشأن تنفيذ التزاماتها التعاقدية إجراءات سليمة من الناحية القانونية وفي حدود سلطاتها.

5. يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير أن يترتب على الإجراء الضار الصادر عن الإدارة المتعاقدة ضرر فعلي للمتعاقد معها، وأن يكون مؤكداً ومباشراً دون أن يشترط في هذا الضرر درجة معينة من الجسامة، فقد يكون هذا الضرر جسيماً أو يسيراً أو مجرد نقص في الأرباح التي أسس عليها المتعاقد مقابلته المالي.

في الأخير نستخلص بأن الاعتراف للإدارة بسلطة تعديل شروط العقد بزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، لا بد أن يقابله من جانب آخر حق المتعاقد في الحصول على تعويض عادل، يلائم الزيادة الحاصلة في التزاماته، طالما أن العدالة تقتضي أن تحقق العقود الإدارية توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد والمزايا التي ينتفع بها، ولعل هذه الفكرة - بدورها - تقودنا إلى بحث المعيار القانوني الذي كان وراء التعديل الإداري للعقد أي القرار الإداري المنفصل المتعلق بتنفيذ العقد، والذي سوف نتناوله في المقصد الثاني.

### المقصد الثاني - أساس التعديل الانفرادي للعقد الإداري

كما أشرنا إلى ذلك سابقاً، تُعتبر نظرية فعل الأمير نظرية قضائية المنشأ، حيث يرجع الفضل في ظهورها وبلورتها بالشكل الذي نعرفه اليوم، إلى جهود مستشاري مجلس

(98) المرجع السابق، ص 543.

الدولة الفرنسي<sup>(99)</sup>، أما بالنسبة للتشريع والفقهاء الإداريين فلم يسهما إلا بقدر قليل جداً في تطوير الأبعاد الموضوعية للنظرية، لذلك نرى بأنه من الضروري العودة إلى القواعد العامة المقررة في القانون المدني من أجل معرفة مدى إمكانية تطبيق هذه النظرية في ضوء القانون المدني، ولاسيما القانون المدني العراقي.

تاريخياً عرف المبدأ التقليدي في القواعد العامة المعروف بـ (العقد شريعة المتعاقدين) فترة طويلة من الشهرة والقدسية، خصوصاً عند أنصار مبدأ سلطان الإرادة، لكن هذه الأهمية سرعان ما تلاشت وضعفت بسبب التدخلات المتزايدة للمشرع، بمناسبة تنظيمه للمعاملات التعاقدية، والتي على إثرها ظهرت أصناف جديدة من العقود يُطلق عليها العقود الموجهة<sup>(100)</sup>، بموجبها يُمكن للمشرع التدخل بصفة غير مباشرة لتعديل مضمون العقد، وهو ما نصت عليه - على سبيل المثال - المادة (2/146) من القانون المدني العراقي بخصوص دور المشرع في تعديل آثار العقد طبقاً لما يسمى بنظرية الظروف الطارئة، التي تمثل خروجاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، بحكم تنصيصها على إمكانية تعديل مضمون العقد، ليس استناداً إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ولكن عن طريق التحديد التشريعي غير المباشر، الذي يقتضي رد الالتزام الذي أصبح مرهقاً بسبب الظروف الطارئة، إلى حده المعقول، بغية إعادة التوازن المالي للعقد، وبذلك حقق المشرع العراقي التوازن بين إطلاق مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) وبين ضمان التدخل غير المباشر للمشرع في مجال تعديل مضمون العقد، من أجل تحقيق التكافؤ بين حقوق والتزامات كلا طرفي العقد، وهنا نشير بأن القانون المدني العراقي لم ينص صراحة على تخويل الإدارة حق

(99) CE, Ass., 17 juin 1932, Ville de Castelnaudary, Rec. p.595, CE 1er avril 1964, Ville de Menton, Rec. p.176, CE 29 décembre 1947, Commune d'Ostricourt, n°170606; CE 8 mars 1955, Préfecture de Loire, Rec. p.73; voir sur ce point: Emmanuel Glaser, conclusions sur CE, Ass., 28 décembre 1969, Commune de Béziers, Rec. p.509, p.5. Benoît Plessix, «La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs», RFDA, Paris, 2006, p.12. Voir sur ce point: Emmanuel Glaser, conclusions, précitées, p.78. Benoit (F.-P), De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs, JCPG, Paris, 1963, I, p.1775. Brenet (F.), La théorie du contrat administratif: Evolutions récentes, AJDA, Paris, 2003, p.919. Dantonel-Cor (N.), Le critère de la clause exorbitante - un Janus à deux visages, JCPA, Paris, 2008, p.2047. De Laubadere (A.), Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs, RDP, Paris, 1954, p. 36.

(100) د. عبد العزيز المرسي، نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المصري، دار الشمس للطباعة، القاهرة، 2006، ص58.

التعديل الانفرادي لمضمون العقد الإداري، بواسطة القرارات الإدارية المنفصلة، ولكن هذا الاستخلاص يمكن الاستدلال عليه بجلاء من خلال العناصر التالية:

1. لا يمكن القول بأن تدخل الإدارة في تعديل مضمون العقد الإداري، يتنافى مع القواعد العامة المقررة في القانون المدني، لأن القانون المدني العراقي - على سبيل المثال - تدخل من خلال نص المادة (2/146) في تعديل مضمون العقد بصورة غير مباشرة، وذلك من خلال تخويل القاضي صلاحية تعديل مضمون العقد، من أجل إعادة التوازن الاقتصادي المختل بسبب الظروف الطارئة، وهذا يقودنا لربط صلاحية التدخل القضائي بالغاية المرجوة منه وهي حماية المصالح الخاصة لأطراف العقد، التي تم الاعتداء عليها بسبب اختلال التوازن المالي للعقد، رغم أن ذلك يُشكل مساساً بمبدأ سلطان الإرادة، القائم على قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، بموجب هذا النص يمكننا الاستدلال على إمكانية تعديل العقد الإداري بناء على الإرادة المنفردة للإدارة، بواسطة قرار إداري منفصل من أجل تحقيق المصلحة العامة، التي تقتضي تعديل العقد (نظرية فعل الأمير)، فوجود مصلحة مهددة بالمساس في كلتا الحالتين (مصلحة خاصة في الحالة الأولى ومصلحة عامة في الحالة الثانية) هو الذي يوجب التدخل لتعديل العقد، ولذلك نستنتج بأن التعديل بواسطة القرار الإداري وإن لم يتم التنصيص عليه صراحة في القانون المدني العراقي، فإن ذلك لا يتنافى مع أحكامه ومبادئه.

2. نصت المادة (2/150) من القانون المدني العراقي بأنه: «لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام»، وهي تسمح لنا بإبراز السند القانوني للتعديل الانفرادي للعقد الإداري وفقاً للقواعد العامة للقانون المدني، القاضي بإمكانية تدخل الإدارة في تعديل بعض بنود العقد الإداري بالزيادة أو النقصان، وفقاً لمقتضيات موضوعية يفرضها القانون أو العرف أو العدالة، وفي إطار القانون الإداري ترتبط كل هذه المقتضيات بغاية واحدة جوهرية هي تحقيق المصلحة العامة، بكل الوسائل التي تستعملها الإدارة في ممارسة نشاطها الإداري، ولذلك نستنتج - مرة أخرى - بأن إعطاء الإدارة سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري وإن لم يتم التنصيص عليه صراحة في القانون المدني العراقي، فإن ذلك لا يتنافى مع أحكامه ومبادئه.

## الفرع الثاني

### دور القرار الإداري بوصفه مصدراً للالتزام على طرفي العقد الإداري

أشرنا سابقاً بأنه من نتائج تطبيق نظرية فعل الأمير تمكين الإدارة من إصدار قرارات إدارية منفصلة أثناء مرحلة تنفيذ العقد الإداري، ويكون من شأنها تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة، إما بالزيادة أو النقصان، دون أن يكون لهذا الحق التمسك بالتنفيذ الحرفي لبنود العقد كما تم الاتفاق عليها وقت إبرامه، وهذه السلطة الاستثنائية التي تمنح للإدارة تكون مقيدة بالالتزام هذه الأخيرة بضمان إعادة التوازن المالي للعقد، من خلال منح المتعاقد تعويضاً عادلاً عن التعديلات والإضافات الجديدة التي أدخلتها هي بإرادتها المنفردة، وبدون ثبوت خطأ المتعاقد، ومن ثم يظهر بأن القرارات المنفصلة التي تتخذ في إطار نظرية فعل الأمير، تتضمن مجموعتين من الالتزامات، التزامات تقع على عاتق الطرف المتعاقد مع الإدارة (المقصد الأول)، والتزامات تقع على عاتق الإدارة (المقصد الثاني)، وسنتناول ذلك على النحو التالي:

#### المقصد الأول - التزامات المتعاقد مع الإدارة

يُرتب القرار الإداري المنفصل الصادر بهدف تعديل العقد الإداري جملة من الالتزامات، تقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة، وتشمل ما يلي:

1. زيادة الأعباء المالية على المتعاقد، ومثالها صدور قرار إداري منفصل يفرض على الشركات الملتزمة بالإضاءة بالكهرباء أو بتوزيع المياه، زيادة مردود خدماتها لمواجهة الضغط الحاصل بسبب زيادة عدد السكان، أو أن يفرض القرار الإداري على الملتزم بالنقل<sup>(101)</sup> تسيير عدد من العربات أكثر من الحد الأقصى المتفق عليه في العقد<sup>(102)</sup>، وكذلك الحال في إطار عقود الأشغال العامة، حيث يمكن أن يتضمن القرار الإداري المنفصل المتعلق بتنفيذها إلزام المتعاقد بالقيام بأعمال إضافية غير

(101) يُعد عقد النقل عقداً مدنياً بطبيعته، ويكون عقداً إدارياً إذا توفرت فيه الشروط الواجب توافرها في العقود الإدارية، فإن افتقدت هذه الشروط أو بعضها، فإن العقد يكون من عقود القانون الخاص.

(102) د. حمدي أبو النور السيد عويس، مقتضيات المصلحة العامة في العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017، ص 33.

Voir aussi: Benoit (F.-P), De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs, op. cit., p. 182. Brenet (F.), op. cit., p. 936. Dantonel-Cor (N.), op. cit., p. 1081. De Laubadère (A.), op. cit., p. 52.

- واردة في العقد، كبناء جدار دعم لتفادي انزلاق التربة<sup>(103)</sup>.
2. تقييد المتعاقد مع الإدارة من ناحية المدة الزمنية المخولة له من أجل تنفيذ التزاماته، ومثالها في عقود التوريد<sup>(104)</sup>، أن تقوم الإدارة بإصدار قرار إداري منفصل أثناء مرحلة تنفيذ العقد، ويتضمن إلزام المتعاقد أي المورد بتوريد الكمية نفسها المتفق عليها من البضائع أو الخدمات، لكن في مدة أقصر من المدة المتفق عليها أصلاً في العقد، كما هو الحال بالنسبة للمطاعم الجامعية التي تتعرض إلى الضغوط المفاجئ بسبب زيادة عدد الطلبة المستفيدين منها.
3. إنهاء العقد قبل انقضاء مدته، قد يحدث أن تتولى الإدارة إصدار قرار إداري منفصل أثناء تنفيذ العقد الإداري، يتضمن إنهاء العقد بصفة مسبقة قبل حلول تاريخ النهاية المحددة في الاتفاق، كما هو الشأن بالنسبة لعقد النقل، حيث يمكن للإدارة إنهاء العقد قبل تنفيذه بسبب عدم وجود مصلحة عامة في الإبقاء عليه، كما هو الشأن في حال نفاذ كمية البضائع المتفق على نقلها.

### المقصد الثاني - التزامات الإدارة

في مقابل الالتزامات التي تضعها نظرية فعل الأمير على كاهل الطرف المتعاقد مع الإدارة، تقرر النظرية ذاتها - في المقابل - جملة من الالتزامات تتعهد الإدارة بتنفيذها، وهذا من أجل خلق نقطة التوازن بين الالتزامات المتقابلة لكلا طرفي العقد، فتمكين الإدارة من تعديل العقد بإرادتها المنفردة، من شأنه أن يؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة، وهذا لا بد أن يقابله حق المتعاقد في الحصول على التعويض المالي للملائم لتغطية أعباءه التعاقدية الجديدة. وسنفصل ذلك على النحو التالي:

#### 1. تعويض المتعاقد

يترتب على توافر شروط تطبيق نظرية فعل الأمير إعادة التوازن المالي للعقد، عن طريق تعويض المتعاقد من جراء الأضرار التي لحقت به نتيجة التدابير الجديدة التي اتخذتها الإدارة، إذ يجب على الإدارة أن تُعوض المتعاقد معها تعويضاً كاملاً، يشمل - وفقاً لقواعد القانون المدني - عنصرين أساسيين، الأول وهو التعويض عما لحق المتعاقد من خسارة بسبب تطبيق فعل الأمير، ويتضمن هذا العنصر

(103) د. هيام مروة، القانون الإداري الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2003، ص 232.

(104) يعد عقد التوريد عقداً مدنياً في الأصل، لكن إذا كان المتعاقد مع المورد شخصاً عاماً وكان التوريد للمرفق العام، كان عقد التوريد إدارياً.

المصروفات الفعلية التي أنفقتها المتعاقد، والتي تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه، ومثالها إذا طلبت الإدارة من المتعاقد الإسراع في إنجاز الأعمال وإتمامها قبل الوقت المتفق عليه في العقد، فإن ذلك قد يؤدي إلى زيادة التكاليف على المتعاقد، بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة في أجور الأيدي العاملة. أما العنصر الثاني في التعويض فيشمل ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب، كان من الممكن له الحصول عليه لو لم يختل التوازن المالي للعقد نتيجة لفعل الأمير، وبالنسبة لهذا العنصر الأخير من التعويض فيتم تقدير مبلغه مسبقاً باتفاق الطرفين، كما يتم قيده ضمن بنود العقد عند تحرير العقد الإداري، فإذا لم يتم تقديره بدقة أو في حال وجود خلاف بين الطرفين بخصوصه، فهنا يتدخل القضاء لتحديد مبلغ التعويض<sup>(105)</sup>.

في هذا الصدد نشير إلى أن استحقاق المتعاقد مع الإدارة للتعويض، بسبب الخسائر التي لحقت به من جراء تطبيق نظرية فعل الأمير، مرهون بتحقق جملة من الشروط القانونية، ولعل أهمها ألا تكون الإجراءات التي زادت من أعباء المتعاقد متوقعة وقت التعاقد، بل يجب أن تكون مفاجئة وغير متوقعة وقت إبرام العقد؛ وعلّة ذلك أنه لو كانت هذه الإجراءات متوقعة وقت إبرام العقد، فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف، الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى نظرية فعل الأمير، وما ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة في المسؤولية التعاقدية، التي تقضي بضرورة توقع الضرر عند إبرام العقد للحكم على المدين بالتعويض عن الضرر الناشئ عن إخلاله بتنفيذ التزامه<sup>(106)</sup>. كما أن المتعاقد لا يستحق تعويضاً إلا عما تحقق وقوعه من أضرار نتيجة تطبيق فعل الأمير، أما الأضرار المحتملة حدوثها فلا تعويض عليها، وما ذلك إلا إعمالاً للقواعد العامة للقانون المدني التي لا تجيز التعويض عن الأضرار المحتملة، وإنما تعوض فقط عن الأضرار التي تحقق وقوعها فعلاً في الواقع.

## 2. الدفع بعدم التنفيذ

إن طبيعة العقود المدنية تقضي بأن يكون التزام كل من المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر، فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر

(105) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة النشر، ص649 وما بعدها؛ سامال إسكندر محمد الباجلان، سلطات الإدارة والقيود الواردة عليها في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017، ص226-227.

(106) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مرجع سابق، ص169.

أن يوقف من جانبه تنفيذ ما بذمته من التزام، إلا أننا نجد أن الدفع بعدم التنفيذ غير جائز كأصل عام في العقود الإدارية، فإذا أخلت الجهة الإدارية المتعاقدة بالتزاماتها، فليس بإمكان المتعاقد مع الإدارة أن يوقف تنفيذ العقد، وذلك حفاظاً على استمرارية المرفق العام بانتظام واطراد، ولكن يستثنى من المبدأ العام الذي يقضي بعدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية بعض الحالات، وإحدى هذه الحالات هي إذا أدى إخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها إلى استحالة تنفيذ العقد، جاز للمتعاقد مع الإدارة التمسك بعدم تنفيذ العقد لاستحالة التنفيذ<sup>(107)</sup>، وبذلك نستنتج بأنه إذا تضمن القرار الإداري الصادر من الجهة الإدارية تعديل العقد، وترتب على ذلك استحالة تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته بسبب ذلك، جاز للأخير الدفع بعدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها، والامتناع - من جهته - عن تنفيذ التزاماته، هذا إلى جانب حقه في المطالبة بالتعويض، عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

### 3. عدم فرض الغرامات التأخيرية

الغرامات التأخيرية هي مبالغ إجمالية توقعها الإدارة على المتعاقد معها بقرار منها بمجرد تأخير المتعاقد تنفيذ التزاماته عن الوقت المتفق عليه في العقد، غير أن للمتعاقد مع الإدارة - في هذه الحالة - حق المطالبة بعدم فرض الغرامات التأخيرية، إذا كان التأخير يعزى إلى فعل الأمير<sup>(108)</sup>، أي أنه إذا كان التأخير راجعاً إلى التعديلات الجديدة التي أدخلتها الإدارة على العقد بموجب القرار الإداري المنفصل، أمكن للمتعاقد المطالبة بإعفائه من دفع الغرامة التأخيرية. وتجدر الإشارة إلى أن ما ذهب إليه بعض من الفقهاء بأن من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالب بفسخ العقد، وذلك إذا ما ترتب على فعل الأمير أن زادت أعباؤه بدرجة كبيرة، بحيث لا تحتملها إمكانياته المالية، فإننا لا نؤيد ذلك لثلاثة أسباب، أولاً: لأن الفسخ يقع كجزء لمخالفة الجهة الإدارية لالتزاماتها بدرجة كبيرة من الجسامه، وهذا الشرط الجوهري غير محقق في الحالة السابقة، ثانياً: أن الفسخ يُمثل جزاءً أو عقوبة تنفرد بإقرارها الجهة القضائية المختصة وفق شروط معينة<sup>(109)</sup>، أما المتعاقد فلا يملك حق توقيعها بنفسه، ثالثاً وأخيراً: فإن نظرية فعل الأمير وإن كانت

(107) د. شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 715 وما بعدها.

(108) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 649.

(109) د. شريف يوسف خاطر، مرجع سابق، ص 722، 723.

تقوم على أساس المسؤولية العقدية، فإنها تكيف - في الواقع - بأنها مسؤولية عقدية بلا خطأ، لأن فعل الأمير يفترض أن الإدارة لم تخطئ في أعمال سلطتها حين تصرفت<sup>(110)</sup>، ومن ثم فإنه ليس بإمكان المتعاقد مع الإدارة أن يطالب بفسخ العقد، في حين أنه إذا انطوى تصرف الإدارة على خطأ، فإنها تسأل على أساس هذا الخطأ وليس على أساس فعل الأمير.

من خلال كل ما تقدم من هذا البحث المعنون بحقيقة مصدرية التزام الإدارة بقراراتها طبقاً للقانون، نجد بأنه من الضروري الإشارة إلى أن القانون يعتبر مصدراً أساسياً لكل التزام، وهذه الفكرة تستمد جذورها من الفلسفة الوضعية (المدرسة الوضعية) التي تعتبر بأن القانون هو مصدر كل الحقوق التي يتمتع بها الأفراد<sup>(111)</sup>، وهو الاتجاه الذي تم تكريسه في إطار النظريات ذات البعد الوضعي - وأبرزها مدرسة الشرح على المتون<sup>(112)</sup> - التي ربطت بين القانون والدولة، معتبرة بأن كل حق أو التزام يجد أساسه في القانون المتمثل بالتشريع، وهكذا يعتبر القانون المصدر الوحيد للحقوق، وفي المنطلق نفسه ذهب جانب آخر من الفقهاء<sup>(113)</sup> الذين استخلصوا بأن مصدر الالتزامات كلها هو القانون، وإن ما أطلق عليها «مصادر أخرى للالتزام»، إنما يمثل انحرافاً عن المنطق القانوني، ومخالفة لأسس وفلسفة القانون ذاتها، وهذا راجع إلى أن القول بأن التشريع يُمثل مصدراً وحيداً للالتزام، إنما ينطوي على إنكار صريح للمصادر الأخرى للالتزام، وهو إنكار يفنده واقع الحياة القانونية، لأن التشريع لا يمكن أن يستوعب جميع الحلول للوقائع القانونية غير المتناهية.

وحتى بالنسبة للفقهاء الفرنسي (ديجي (L) (Duguit) - المنطلق من أرضية وضعية - يذهب إلى أن الحقوق لا تنشأ إلا من القاعدة القانونية، وأن التصرف القانوني - لاسيما العقد - ليس بقادر على إنشاء الحقوق بصفة مبتدأة، بحجة أن الإرادة غير قادرة على إنشاء أي تصرف قانوني، حتى ولو تضافرت مع إرادة أو عدة إرادات أخرى، ولذلك

(110) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 623.

(111) د. محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، مرجع سابق، ص 122، 123.

(112) نشأت مدرسة الشرح على المتون في فرنسا في الفترة ما بين 1804 و 1820 والتي قدست النصوص القانونية المشرعة، حيث يتبين ذلك بوضوح من قول الفقيه الفرنسي (بونيه (Bonnier) حين يقول: «إنني لا أعرف القانون المدني، بل أعلم مجموعة نابليون»، فلا يمكن أن نجد في التقنين المدني ثغرات أو نقصاً أو تناقضاً. د. عبد الرحمن رحيم عبد الله، محاضرات في فلسفة القانون، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، 2000، ص 85.

(113) د. مصطفى إبراهيم الزلي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، دار إحسان للنشر والتوزيع، أربيل، 2014، ص 28 وما بعدها.

فإن القانون وحده هو القادر على إنشاء الآثار القانونية<sup>(114)</sup>، كما يضيف الفقيه «ديجي» بأن الحق لا ينشأ من العمل غير المشروع، سواء أكان ذلك العمل جريمة أم فعلاً ضاراً بالغير، ومرجع ذلك - على حد تعبيره - أن الحق لا ينشأ من اللاقانون<sup>(115)</sup>، وهو الرأي الذي لا تتفق معه، لأن الإرادة لا تستطيع أن تنشئ أي أثر قانوني بذاتها، وأن القانون وحده هو القادر على إنشاء الآثار القانونية، ومن ثم فإن الأثر القانوني - كما ذهب جانب من الفقه<sup>(116)</sup> - هو مزيج من الإرادة والقانون في آن واحد، إلا أن الحيز المحجوز لكل منهما يختلف مقارنة بين العقد الإداري والقرار الإداري، ففي الحالة الأولى يكون نصيب الإرادة أكبر من نصيب القانون، وهنا يقتصر دور القانون على ترتيب الأثر الذي ترسمه الإرادة، أما في حالة القرار الإداري فأحياناً يكون نصيب القانون في إحداث هذا الأثر أكبر مقارنة مع نصيب الإرادة، وأحياناً أخرى يكون الأثر المترتب عن القرار الإداري ناشئاً عن القانون مباشرة، وهنا يكون دور القرار الإداري كاشفاً للالتزام، كما في الالتزام بدفع الضرائب والرسوم، وفي حالات أخرى يكون دور القرار الإداري منشئاً للالتزام، كما في التزام الجهة الإدارية بدفع المكافآت المالية لموظفيها، وكذا التزامات الإدارة ومالك العقار الناشئة عن القرار الإداري المتضمن الاستيلاء المؤقت على العقار، وكذلك التزامات الإدارة والمتعاقد معها الناشئة عن القرار الإداري المنفصل المتعلق بتعديل العقد الإداري استناداً إلى فعل الأمير.

على صعيد آخر نجد صدىً لهذه الأفكار (الفلسفة الوضعية) فيما ذهب إليه البعض<sup>(117)</sup> من أن الإرادة المنفردة ليست مصدراً للالتزام الإداري، وأن جميع الالتزامات الناشئة عنها ترجع - في الواقع - إلى نص القانون مباشرة الذي يعتبر مصدر كل الالتزامات الإدارية؛ لأن هذه الالتزامات لا تقوم بمقتضى أصل عام يقرره القانون، بل بمقتضى نصوص قانونية خاصة ومحددة، وعلى هذا الأساس ينبغي القول بأن أي التزام تنشئه الإرادة المنفردة يجب أن ينص عليه القانون، ومن ثم كان الواجب عد أي التزام ينشأ عن

(114) د. محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، مرجع سابق، ص 237.

(115) المرجع السابق نفسه، ص 235.

(116) د. عبد الرزاق السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، القاهرة، 1954، ص 114.

(117) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة النشر، ص 1292؛ د. سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، المطبعة العالمية، القاهرة، 1962، ص 589.

Voir également: Benoit (F.-P), op. cit., p.196.

الإرادة المنفردة التزاماً مصدره القانون<sup>(118)</sup>، ولعل الأخذ بمنطق هذا الرأي يقتضي منا القول بأن التزامات الإدارة ومالك العقار في الاستيلاء المؤقت على العقار مصدره نص المادة (26) من قانون الاستملاك العراقي النافذ، وليس القرار الإداري الصادر من الإدارة بالاستيلاء المؤقت على العقار؛ لأن هذا القرار - في الحقيقة - يصدر استناداً لنص القانون (النص المذكور)، وأن جميع الالتزامات الناشئة عن الاستيلاء إنما ترجع إلى نص القانون مباشرة، والشيء نفسه بالنسبة لالتزام الجهة الإدارية بدفع مكافأة مالية لموظفيها، فلا يعتبر القرار الإداري مصدراً لها، بل مصدرها المباشر هو نص المادة (18) من القانون رقم 1 لسنة 2013 المتعلق بقانون الموازنة العامة لإقليم كردستان - العراق للسنة المالية 2013، لأن الإدارة تستند إلى المادة المذكورة عند إصدارها القرار الإداري بدفع المكافأة، وهو المنطق الذي لا نتفق معه (الفلسفة الوضعية)، بالعكس نؤيد ما ذهب إليه جانب من الفقه<sup>(119)</sup> على اعتبار أن الإرادة المنفردة يمكنها أن تكون مصدراً منشئاً للالتزام في حالات خاصة، وبشروط معينة حددها القانون، لكنها لا تمثل التزاماً قانونياً بالمعنى الدقيق؛ لأن وجود الالتزام الناشئ من القانون مباشرة يقتضي توافر ثلاثة شروط أساسية، أولاً: وجود نص في القانون ينشئ هذا الالتزام بدون تطلب أي فعل إيجابي أو سلبي من جانب الملتزم، ثانياً: أن يُعين هذا النص أحكام هذا الالتزام تعييناً وافية، وعلى وجه الخصوص ما يتعلق بوقت وكيفية نشوء هذا الالتزام، ثالثاً وأخيراً: أن الالتزام لا يرتبط بالأهلية، إذ يمكن أن يحمل به حتى عديم الأهلية أو ناقصها، وهذه الشروط الثلاثة لا تتوافر في الحالات التي نصت عليها القوانين المدنية من تطبيقات الإرادة المنفردة، كما لا تتوافر أيضاً بالنسبة لالتزامات الجهة الإدارية ومالك العقار في الاستيلاء المؤقت على العقار، وبالتالي لا يمكن عد نص المادة (26) من قانون الاستملاك العراقي النافذ مصدراً مباشراً لتلك الالتزامات، وإنما منشأ تلك الالتزامات يرجع إلى القرار الإداري الصادر بناء على السلطة التقديرية للإدارة، لأنه وإن كانت الجهة الإدارية تصدر القرار الإداري بالاستيلاء المؤقت استناداً إلى نص المادة المذكورة، إلا أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في إصدار القرار بالاستيلاء المؤقت على العقار من عدمه، كما تملك تقدير وقت إصدار القرار، وكذلك تعيين العقار الخاضع لإجراء الاستيلاء، والملاحظة ذاتها بنديها بشأن التزام الجهة الإدارية بدفع المكافآت المالية لموظفيها، فلا ينشأ التزام الإدارة بدفع المكافأة مباشرة من نص المادة (18) من قانون الموازنة العامة لإقليم كردستان - العراق، بل لا بد من صدور

(118) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 1788.

(119) د. لاشين محمد يونس الغياتي، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق، مكتبة جامعة طنطا، 1986، ص 65.

عمل إيجابي من جانب الإدارة، يتمثل في إصدار القرار الإداري القاضي بدفع المكافأة، والذي بواسطته يتم تقدير مبلغ المكافآت ووقت صرفها وكذا الموظفين المستحقين لها، وهذا يعني بأنه من غير الصائب اعتبار الالتزامات الناشئة عن القرار الإداري - سواء بالنسبة للاستيلاء المؤقت على العقار أو دفع مكافأة الموظفين - التزامات مصدرها نص القانون، حتى وإن كان القانون قد نص عليها، فعلاً القانون يمثل المصدر غير المباشر لكل هذه الالتزامات، لكن القرار الإداري يعتبر مصدرها المباشر الوحيد، بحكم انفراده بتحديد أسسها الرئيسية، لاسيما نشأتها ومداهما وآثارها.

## الخاتمة

نختم بحثنا بأهم الاستنتاجات التي توصلنا إليها مع التوصيات:

### أولاً- الاستنتاجات

1. إن دور القانون في دائرة الالتزامات، هو أقرب للدور التنظيمي منه للدور الإنشائي، فهناك تطبيقات كثيرة في القانون المدني وغيره من القوانين تبين دور القانون بوصفه مصدراً غير مباشر للالتزام، لأن القانون في معظم الأحوال لا ينشئ حقوقاً للأفراد، ولا يفرض التزامات عليهم، وإنما توجد تصرفات قانونية أو وقائع قانونية تنشئ حقوقاً لبعض الأفراد في مقابل التزامات على البعض الآخر، فلا يكون دور القانون سوى منظم لهذه الحقوق والالتزامات.
2. إن تدخل القانون في تنظيم الحقوق ومصادر الالتزام يكون بدافع الحماية، فالقانون يُدرك دوره الحمائي الفعّال للحقوق، والذي يبني عليه تحقق عنصر المسؤولية في كافة الالتزامات المدنية، دون أن يعني - بتدخله - أنه أصبح مصدراً لهذه الالتزامات، بل ينحصر دوره في حماية الحقوق ومنع تعارضها والحفاظ عليها.
3. قد يكون القرار الإداري كاشفاً للالتزام، وهنا يقتصر دوره على تقرير حالة موجودة من قبل وغير محققة بذاتها للأثار القانونية، ويُعد القرار الإداري بفرض الضرائب والرسوم من تطبيقات القرار الإداري الكاشف، لأن جهة الإدارة لا تملك سلطة تقديرية في إصدار القرار بفرض الضريبة والرسم أو عدم إصداره، ولا تملك تحديد مضمون هذا القرار.
4. قد يكون القرار الإداري مصدراً مباشراً للالتزام، وليس فقط تطبيقاً من تطبيقات القانون، حتى وإن صدر طبقاً له، وخصوصاً عندما تتمتع الإدارة - لاسيما في ظل الظروف الاستثنائية - بصلاحيات خاصة تتيح لها اتخاذ قرارات إدارية، تفرض - بموجبها - التزامات على الأفراد، واقعة ضمن المجالات التي هي من اختصاص السلطة التشريعية في الأصل.
5. إن للإدارة - بما لها من امتيازات وسلطات التعديل الانفرادي للعقد الإداري، وبالنظر إلى قدرتها على إصدار قرارات إدارية منفصلة عن هذا العقد - يكون قرارها مصدراً مباشراً لالتزامات المُلقاة على عاتق كل من طرفي العقد الإداري، أي الإدارة والطرف المتعاقد معها، وبالنسبة لها يكون مصدر التزامها هو إرادتها

المنفردة، رغم أن هذا التكييف لا يتم ذكره ضمن تطبيقات الإرادة المنفردة باعتبارها مصدراً للالتزام.

6. إن تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة (القرار الإداري) وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، لا يتنافى مع قواعد وأحكام القانون المدني العراقي، وذلك لاعتبارين أساسيين، أولهما: أن القانون المدني العراقي حوّل القاضي تعديل مضمون العقد لإعادة التوازن الاقتصادي المختل، وهنا لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة، ولهذا فإن منح الإدارة سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري نعتبره من ضمن مستلزمات العقد وفقاً للقانون الإداري، التي تفرض التعديل كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك.

7. لا يُعد القانون مصدراً للالتزام لمجرد وجود نص قانوني يتضمن التزاماً معيناً، بل لا بد أن يعين القانون أحكام هذا الالتزام تعييناً وافيةً، نافياً لأي شك بأي دور لمصادر الالتزام المسماة في القانون أو غير المسماة فيه، وهذا من حيث وقت وكيفية نشوئه ومداه وآثاره، وبناءً على ذلك ندعو المشرع إلى تعديل نص المادة (245) من القانون المدني العراقي على نحو يتفق مع دور القانون بوصفه مصدراً للالتزام، وهذا ما سنوضحه ضمن توصيات البحث في الآتي.

## ثانياً- التوصيات

1. ندعو المشرع العراقي إلى إعادة النظر في نص الفقرة الأولى من المادة (67) من القانون المدني بالشكل الذي يتفق مع دور القانون في تنظيم الحق العيني، وذلك من خلال إعادة صياغته على الشكل الآتي: «الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين، يقررها القانون ويحميها، لشخص معين».

2. نوصي المشرع العراقي بتعديل نص المادة (245) من القانون المدني لتكون على الشكل الآتي: «الالتزامات التي تنشأ مباشرة من القانون، والتي يُعين أحكامها تعييناً كافياً من حيث نشوئها ومداه وآثارها، تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها».

3. نوصي المشرع العراقي بإضافة نص يتناول فيه دور القرار الإداري في إنشاء الالتزام، ويكون حسب الآتي: «1- تلتزم الإدارة بما تصدره من قرارات طبقاً لسلطتها التقديرية، وتُعيّن حدود التزاماتها وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة. 2- يكون للقرار الإداري قوة في إلزام المتعاملين مع الإدارة، بشرط عدم تعسفها، وعدم إهدارها للحقوق المقررة قانوناً».

## المراجع

### أولاً- باللغة العربية

#### أ- الكتب

- د. أحسن رابحي :
  - الأعمال القانونية الإدارية، ط2، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2016.
  - النشاط التشريعي للسلطة التنفيذية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2013.
- د. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978.
- د. هاشم الجعفري، مبادئ المالية العامة والتشريع المالي، ط3، مطبعة سليمان الأعظمي، بغداد، 1967.
- د. هيام مروة، القانون الإداري الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، 2003.
- د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، دار السنهوري، بغداد، دون سنة النشر.
- د. حسين خلاف، الأحكام العامة في قانون الضريبة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966.
- د. حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2010.
- د. حمدي أبو النور السيد عويس، مقتضيات المصلحة العامة في العقد الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017.
- د. لاشين محمد يونس الغياتي، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، مكتبة جامعة طنطا، طنطا، 1986.
- د. مازن ليورااضي، أصول القضاء الإداري، دار نيبور للطباعة والنشر والتوزيع، العراق، 2016.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة التاسعة والأربعون، من أول أكتوبر سنة 2003 إلى آخر سبتمبر سنة 2004.
- د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2005.

- د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2005.
- محمد طه البشير و د.غني حسون طه، الحقوق العينية، القسم الأول، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982.
- د. محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، 2017.
- د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري، العقد الإداري)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة نشر.
- د. مصطفى إبراهيم الزلي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، الطبعة الأولى، دار إحسان للنشر والتوزيع، أربيل، 2014.
- د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دار آراس للطباعة والنشر، أربيل، 2006.
- د. منذر الفضل، تاريخ القانون، ط2، دار آراس للطباعة والنشر، أربيل، 2005.
- د. سامال أسكندر محمد الباجلان، سلطات الإدارة والقيود الواردة عليها في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017.
- د. سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، مطبعة أطلس، القاهرة، 1991.
- د. سليمان الطماوي:
  - النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984.
  - الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة النشر.
- د. سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، المطبعة العالمية، القاهرة، 1962.
- د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- د. صبري محمد السنوسي محمد، أحكام التقادم في مجال القانون العام، الطبعة الأولى، من مطبوعات جامعة الكويت، 2005.

- د. عبد الرحمن رحيم عبد الله، محاضرات في فلسفة القانون، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، 2000.
- د. عبد الرزاق السنهوري:
  - التصرف القانوني والواقعة القانونية، القاهرة، 1954.
  - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة النشر.
- د. عبد العزيز المرسي، نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المصري، دار الشمس للطباعة، القاهرة، 2006.
- د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1986.
- د. شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

#### ب- الرسائل الجامعية

- كاظم علي الجنابي، سلطات رئيس الدولة التشريعية في ظل الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1995.
- كمال أنور يابه، المنازعة الضريبية في قانون ضريبة الدخل العراقي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة صلاح الدين، 2016.

#### ج- البحوث

- د. كلاويز مصطفى إبراهيم و د. رعد أدهم عبد الحميد، النطاق القانوني لسلطة الإدارة في الاستيلاء: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، المجلد الرابع، العدد (13)، السنة 2015/5/1.
- د. محمد سليمان الأحمد، (قنونة) العقد، مجلة دراسات قانونية وسياسية، كلية القانون والسياسة، جامعة السليمانية، العراق، السنة الأولى، العدد الثاني، كانون الأول، 2013.

- د. عامر عياش عبد ود. أحمد خلف حسين، دستورية الضرائب في العراق، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، المجلد 13، العدد 49، السنة 16، شباط / فبراير، 2011.
- د. عبد الباسط علي جاسم الزبيدي، مدى قانونية القرارات الضريبية الصادرة عن سلطة الائتلاف المؤقتة، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، المجلد 11، العدد 42، 2009.
- د. فؤاد نصر الله عوض، سلطة الإدارة (صاحبة المناقصة) في تعديل العقود الإدارية وحق المتعاقد معها في توفير الضمانات المالية له، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، جمهورية مصر العربية، العدد الخامس والخمسون، أبريل، 2014.
- د. رائد ناجي أحمد، مدى اختصاص المحافظات غير المنتظمة بإقليم بفرض الضرائب والرسوم، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، المجلد 4، الإصدار 12، جزء 1، 2015.

## ثانياً - باللغة الفرنسية

### A- Ouvrages

- Beltrame (P), La fiscalité en France, Paris : Hachette, Paris, 2005.
- Benoit (J), droit constitutionnel et institutions politiques, Dalloz, 5<sup>ème</sup> édition, Paris, 1978.
- Bienvenu (J.J) et Lambert (T), Droit fiscal, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 2003.
- Bourjol (M), droit administratif, T2, le contrôle de l'action administrative, ED Masson, Paris, 1973.
- Bouvier (M), Introduction au droit fiscal et à la théorie de l'impôt, LGDJ, Paris, 2009.
- Burdeau (G), Traité de science politique, Tome IV, LGDJ, Paris, 1984.
- Carbonnier (J), FLEXIBLE DROIT, 10<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris, 2001.

- Carbonnier (J), Sociologie Juridique, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 1994.
- Carbonnier (J), Théorie des Obligations, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 1963.
- Colin (A) et Capitant (H), Traité de Droit Civil, tome II, Paris, 1959.
- Chantebout (B), Organisation économique de l'Etat, Ed. Sirey, Paris, 1965.
- Chapus (R), droit administratif général, 15<sup>ème</sup> Edition, Ed. Montchrestien, Paris, 2001.
- Charlier (R.E), «l'administration et son droit, leur logique et leur conséquence», Ed. Economica, Paris, 1984.
- Collet (M), Droit fiscal, Paris, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 2009.
- Delvolvé (P), Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats, Mélanges Perrot, Dalloz, Paris, 1996.
- Dé Laubadere (A), droit public économique, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 1976.
- Déforges (J .M), droit administratif, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 1991.
- Elisabeth (A), Raynaud (J.), Regards dubitatifs de juristes de droit privé sur la clause exorbitante: Mélanges - Guibal, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, France, 2006.
- Farjat (G), Droit Économique, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 1984.
- Grosclaude (J) et Marchessou (PH), Droit fiscal général, Dalloz, Paris, 2015.
- Haberle (P), l'Etat de droit, Dalloz, Paris, 1996.

- Lamarque (J) et Négrin (O) et Ayrault (L), Droit fiscal général, Litec, Paris, 2009.
- Lequét (P), «le budget de l'Etat, préparation, exécution, contrôle», imprimerie Bialec, Nancy, France, 1982.
- Leroy-Beaulieu (P), Traité de la science des finances, T. 2, Guillaumin et Cie, Alcan, Paris, 1996.
- Miaille (M), une introduction critique au droit, Ed. François Maspero, Paris, 1982.
- Miaille (M), l'Etat de droit, P.U. de Grenoble, France, 1978.
- Molinas (J-C), la norme et la conduite, LGDJ, 3<sup>ème</sup> édition, Paris, 2005.
- Pelloux (P), le citoyen devant l'Etat, collection: que sais-je?, 4<sup>ème</sup> édition, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 1972.
- Puigelier (C), La loi, Editeur Economica, 2005.
- Richer (L), Le contrat de mandat au risque du droit administratif, CJEG, Paris, 1999.
- Rouvillois (F), le droit, Ed. Flammarion, Paris, 1999.
- Savatier R., La Théorie des Obligations en Droit Privé Économique, 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 1979.
- Waline (M), Traité de droit administratif, éd Montchrestien, Paris, 2002.
- Weil (P), Le critère du contrat administratif en crise, Mélanges Waline.

## B- Thèses

- Heraud (G), l'ordre juridique et le pouvoir originaire, thèse de doctorat en droit, université de Toulouse, France, 1946.
- Robineau (A), recherches sur la notion d'effets impératifs des actes administratifs unilatéraux, Thèse de Doctorat en droit, université de Montpellier, France, 1973.

## C- Articles

- Amselek (P), Une méthode peu usuelle d'identification des contrats administratifs: l'identification directe, Revue Administrative, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 1973.
- Antoine (J), La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties, RFDA, Paris, 2004.
- Benoit (F-P), De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs, JCPG, Paris, 1963, I.
- Brenet (F), La théorie du contrat administrative, Evolutions récentes, AJDA, Paris, 2003.
- Danton (N), Le critère de la clause exorbitante: un Janus à deux visages, JCPA, Paris, 2008.
- De Laubadere (A), Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs, RDP, Paris, 1954.
- Fardet (C), La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général, AJDA, Paris, 2000.
- Haïm (V), Le choix du juge dans le contentieux des contrats administratifs, AJDA, Paris, 1992.
- Ménéménis (A), Contentieux des contrats, AJDA, Paris, 2011.
- Puig (P), Hiérarchie des normes: du système au principe, RTC, octobre-décembre 2001, n°4.
- Plessix (B), La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs, RFDA, Paris, 2006.
- Wachsmann (P), La légalité administrative est – elle en crise?, in droit, N°4, Paris, 1986.

## المحتوى

الصفحة	الموضوع
181	الملخص
183	المقدمة
185	المبحث الأول- القانون بوصفه مصدراً مباشراً للالتزام والاستغناء عن دور القرار الإداري
185	المطلب الأول- القانون بوصفه مصدراً للالتزام
186	الفرع الأول- القانون بوصفه منظماً للالتزام
188	الفرع الثاني- القانون بوصفه مصدراً مباشراً للالتزام
190	المطلب الثاني- الاختصاص المقيد للإدارة
192	الفرع الأول- الأثر الكاشف للقرار الإداري
194	الفرع الثاني- التطبيقات القانونية والقضائية للقرار الإداري الكاشف
195	المقصد الأول- تطبيقات قانونية على القرار الإداري الكاشف
195	أولاً- الضرائب
198	ثانياً- الرسوم
198	المقصد الثاني- تطبيقات قضائية على القرار الإداري الكاشف
201	المبحث الثاني- خصوصية القرار الإداري بوصفه مصدراً للالتزامات القانونية
201	المطلب الأول- نظرية السلطات الاستثنائية للإدارة
202	الفرع الأول- مفهوم السلطات الاستثنائية للإدارة

الصفحة	الموضوع
204	الفرع الثاني - الاستيلاء المؤقت على العقار تطبيقاً للسلطات الاستثنائية للإدارة
204	المقصد الأول - مفهوم الاستيلاء المؤقت على العقار
206	المقصد الثاني - التأصيل القانوني للاستيلاء المؤقت على العقار
207	المقصد الثالث - الالتزامات الناشئة عن القرار الإداري بالاستيلاء المؤقت على العقارات
207	أولاً - التزامات الإدارة
209	ثانياً - التزامات مالك العقار
210	المطلب الثاني - نظرية فعل الأمير
211	الفرع الأول - مفهوم نظرية فعل الأمير
211	المقصد الأول - مضمون نظرية فعل الأمير
214	المقصد الثاني - أساس التعديل الانفرادي للعقد الإداري
217	الفرع الثاني - دور القرار الإداري بوصفه مصدراً للالتزام على طرفي العقد الإداري
217	المقصد الأول - التزامات المتعاقد مع الإدارة
218	المقصد الثاني - التزامات الإدارة
225	الخاتمة
227	المراجع

