

مقدمة

تنقسم القواعد القانونية التي تنظم كل مجتمع إنساني إلى قسمين رئيسيين، قانون عام وقانون خاص، فالقانون العام: يتمثل بالقواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين الدول أو بين الدولة وهيأتها العامة من ناحية والأفراد من ناحية أخرى عندما تظهر الدولة بمظهر السلطة العامة، وهو يشمل على فرعين، القانون العام الخارجي ويتضمن القانون الدولي العام، والقانون العام الداخلي ويتضمن القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي.

أما القانون الخاص فينظم نشاط الأفراد ويحكم العلاقات بينهم أو بينهم وبين الدولة أو إحدى هيئاتها عندما تظهر بمظهر الأفراد العاديين أي ليس بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات استثنائية، وهو يشمل على القانون المدني والقانون التجاري وقانون المرافعات المدينة وغيرها من القوانين الأخرى.

وسنقوم بدراسة موضوع القانون الإداري من خلال خمسة أبواب وفق الخطة الآتية:

الباب الأول: المدخل لدراسة القانون الإداري

الباب الثاني: تنظيم الإدارة العامة

الباب الثالث: نشاط الإدارة العامة

الباب الرابع: وسائل الإدارة العامة

الباب الخامس: الاعمال القانونية للإدارة العامة

الباب الأول

المدخل لدراسة القانون الإداري

القانون الإداري بوصفه فرع من فروع القانون العام الداخلي، يهتم بسلطات الإدارة العامة من ناحية تكوينها ونشاطها وضمان تحقيقها للمصلحة العامة، ويحكم العلاقات القانونية التي تكون الدولة أو إحدى هيئاتها العامة طرفاً فيها، وتظهر فيها الدولة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات استثنائية لا مثل لها في علاقات الأفراد.

نتناول في هذا الباب التعريف بالقانون الإداري وبيان نشأته، ثم نذكر خصائص ومصادر هذا القانون وعلاقته بفروع القانون الأخرى، وأخيراً أساس القانون الإداري، وعلى ذلك سنقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول:

الفصل الأول

التعريف بالقانون الإداري ونشأته

ندرس في هذا الفصل تعريف القانون الإداري ثم نبين نشأته، وذلك في مبحثين وكما يلي:

المبحث الأول

تعريف القانون الإداري

يعرف القانون الإداري تعريفاً واسعاً بأنه قانون الإدارة العامة، لذا ينبغي أن نتعرف على مفهوم الإدارة العامة قبل تعريف القانون الإداري.

المطلب الأول: مفهوم الإدارة العامة

واجه فقه القانون الإداري صعوبات في تعريف الإدارة العامة، وهذه الصعوبات مردها طبيعة الإدارة العامة التي يمكن وصفها ولكن يصعب تعريفها، وعلى هذا الأساس نجد فقه القانون الإداري يهتم بتحديد معنى الإدارة العامة من النواحي العضوية والمادية أكثر من اهتمامه بإعطاء تعريف محدد لها.

فالمفهوم العضوي (الشكلي): ويقصد به مجموع الدوائر والمنشآت والمنظمات المملوكة للدولة التي تقوم بوظيفة تنفيذ القوانين ذات الصلة بحماية النظام العام وتنظيم وتسيير المرافق العامة لإشباع الحاجات العامة الأساسية، أما **المفهوم الموضوعي (الوظيفي):** فيقصد به النشاط الذي تقوم به الدوائر والمنشآت والمنظمات المملوكة للدولة لتنفيذ القوانين وتحقيق النفع العام.

ويمكن تعريف الإدارة العامة من خلال الجمع بين المفهومين بأنها تعني: قيام الموظفين العموميين والهيئات العامة بممارسة اختصاصات وأداء واجبات محددة قانوناً لتحقيق نفع عام فيما لا يدخل من الناحية الشكلية في الوظيفة التشريعية أو القضائية^١.

تمييز نشاط الإدارة العامة عن نشاط السلطات العامة الأخرى

تقوم الهيئات العامة في الدولة بممارسة وظائف ثلاث: تشريعية وقضائية وتنفيذية، وتشمل الإدارة العامة الجانب الأساسي من الوظيفة التنفيذية فهي جزء منها، ولكنها لا تستغرقها كلها إذ يدخل فيها أعمال الحكومة أو أعمال السيادة التي تخرج من نطاق القانون الإداري ومن رقابة القضاء الإداري^(٢)، ويوجد معيارين للتمييز بين أعمال الهيئات العامة في الدولة هما:

١ د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، دار ابن الأثير للطباعة والنشر - جامعة الموصل، ٢٠٠٩، ص ٢٥.
٢ تعتمد دول العالم أحد نوعين من الأنظمة القضائية هما: نظام القضاء الموحد: ومقتضاه أن تختص جهة قضائية واحدة بالنظر في جميع المنازعات التي تنشأ بين الأفراد أنفسهم أو بينهم وبين الإدارة أو بين الهيئات الإدارية نفسها، ويسود هذا النظام في إنكلترا والولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول الأخرى، ونظام القضاء المزدوج: يقوم هذا النظام على أساس وجود جهتين قضائيتين مستقلتين، جهة القضاء العادي وتختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة عندما تتصرف ==

١- **المعيار العضوي الشكلي:** إذ يعول على الجهة التي صدر عنها العمل، فيكون العمل إدارياً إذا صدر عن جهة تمارس وظيفة تنفيذية، ويكون العمل قضائياً إذا صدر عن الهيئة التي تمارس الوظيفة القضائية، ويكون العمل تشريعياً إذا صدر عن السلطة التشريعية، بغض النظر عن مضمون العمل ومحتواه.

٢- **المعيار المادي الموضوعي:** يميز هذا المعيار بين الوظائف الثلاث للدولة بالنظر إلى محتوى العمل ومضمونه، فالعمل التشريعي هو وضع القواعد العامة الموضوعية بغض النظر عن الجهة التي أصدرتها، والعمل الإداري هو العمل الذي يتخذ تنفيذاً لما وضعته الهيئات التشريعية من قواعد، أما الوظيفة القضائية فهي تتضمن الأعمال المتعلقة بحسم أي خصومة أو نزاع بتطبيق حكم القانون.

تمييز نشاط الإدارة العامة من النشاط الخاص

يتم التمييز بين نشاط الإدارة العامة والنشاط الخاص في أمرين هما:

١- **الهدف أو الغاية:** يهدف نشاط الإدارة العامة دائماً إلى تحقيق نفع عام، مثل تحقيق الأمن واثبات الحاجات العامة، أما النشاط الخاص فيهدف إلى تحقيق النفع الخاص لصاحب النشاط بالدرجة الأساس، سواء كانت مادياً أو ادبياً.

٢- **الوسائل:** تستخدم الإدارة العامة في نشاطها وسائل القانون العام التي تعطيها مركزاً مميزاً بما يمكنها من تحقيق أهدافها تسمى (وسائل السلطة العامة) التي تغلب إرادة الإدارة على إرادة الأفراد لتحقيق المصلحة العامة، أما الأفراد فهم في تعاملهم يستخدمون وسائل القانون الخاص، التي تساوي بين مراكزهم القانونية وتعاملهم على قدم المساواة.

بيد أن هذا التمييز التقليدي بين النشاط الإداري والنشاط الخاص لا يعد دقيقاً وحاسماً في الوقت الحاضر، بعد أن أصبح النشاط الخاص يسهم في مجالات مهمة بتحقيق النفع العام ويمنحه المشرع على هذا الأساس بعض امتيازات الإدارة العامة.

المطلب الثاني

تعريف القانون الإداري

يتفق الفقهاء على أن القانون الإداري هو قانون الإدارة العامة، فهو مجموعة قواعد قانونية تحكم الإدارة العامة عملاً بمبدأ المشروعية الذي يعني خضوع الإدارة لحكم القانون، بيد أنهم يختلفون حول مصدر هذه القواعد ونطاق تطبيقها والجهة التي تتولى فرضها على الإدارة في حالة مخالفتها لها.

== كشخص من أشخاص القانون الخاص، ويطبق القضاء على هذا النزاع أحكام القانون الخاص، وجهة القضاء الإداري وتختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والإدارة عندما تظهر الأخيرة بصفتها صاحبة السلطة وتمتع بامتيازات لا يتمتع بها الأفراد ويطبق القضاء الإداري على المنازعة قواعد القانون العام، وتعد فرنسا مهد القضاء الإداري ومنها انتشر هذا النظام في الكثير من الدول كبلجيكا واليونان ومصر.

وقد ميز جانب من الفقه في فرنسا بين مفهومين للقانون الإداري، مفهوم واسع ومفهوم ضيق:

فالمفهوم الواسع يرى أن القانون الإداري: مجموعة القواعد القانونية التي تطبق على الإدارة في تنظيمها ونشاطها وفي علاقتها مع الأفراد، أي كل ما يطبق على الإدارة العامة من قواعد قانونية أيا كان مصدرها.

أما المفهوم الضيق فيرى أن القانون الإداري هو: مجموعة القواعد والمبادئ المتميزة التي أنشأها القضاء الإداري، والتي يتولى تطبيقها هذا القضاء عندما يحصل نزاع بسبب نشاط الإدارة العامة.

وعلى ذلك فإنه بموجب المفهوم الواسع ينظر إلى القانون الإداري على أنه مجموعة قواعد قانونية من مصادر شتى، يمكن تحديدها من خلال الأشخاص الإدارية التي تنطبق عليها وهي: الإدارات العامة المختلفة مركزية أو لا مركزية، والقانون الإداري بهذا المعنى موجود في كل مجتمع سواء أخذ بمبدأ القضاء المزدوج أم لم يأخذ.

أما وفقاً للمفهوم الضيق فينظر إلى القانون الإداري على أنه مجموعة القواعد القانونية التي أنشأها القضاء الإداري لتحكم الإدارة العامة، والتي تختلف بطبيعتها ومضمونها عن قواعد القانون الخاص، وتطبق من قضاء إداري متخصص، والقانون الإداري بهذا المعنى لا يوجد إلا في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج.

وبغض النظر عن التقسيمات السابقة يمكن تعريف القانون الإداري بأنه: مجموعة القواعد القانونية التي تحكم الإدارة العامة تنظيمياً ونشاطاً وتمنحها من الامتيازات والسلطات ما يمكنها من القيام بنشاطها الهادف إلى تحقيق النفع العام.

وعلى هذا الأساس فإن القانون الإداري موجود الآن في جميع الدول، إذ لا بد لهذه الدول من وجود إدارة عامة تقوم بنشاطها مهما كان حجمه وسعته، ولا بد من وجود قواعد قانونية تحكم هذه الإدارة في تنظيمها ونشاطها في ممارسة اختصاصاتها.

المبحث الثاني

نشأة القانون الإداري

يعد القانون الإداري قانوناً حديث النشأة، إذ تعود نشأته إلى النصف الثاني من القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين، بعد أن أنشئ في فرنسا قضاء إداري مستقل، فقد كان لهذا القضاء الدور الأول في إنشاء وتطوير مبادئ القانون الإداري.

ويرجع الفضل في ظهور هذا القانون إلى الأفكار التي جاءت بها الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩م، فقد كانت سلطات الحكم قبل الثورة الفرنسية مركزة في يد الملك حيث ساد نظام الملكية المطلقة، وكانت توجد محاكم قضائية تدعى (البرلمانات) تمارس سيطرة على الإدارة وتتدخل في شؤونها وتعارض وتعرق كل

حركة إصلاحية لها، فقد كانت المحاكم (البرلمانات) تملك حق تسجيل الأوامر الملكية (القوانين) قبل أن تصبح قابلة للتنفيذ، أي أن القانون ليصبح نافذاً لا بد أن يسجل في سجلات كل محكمة (برلمان) كصيغة لنشر القوانين الجديدة في ذلك الوقت الذي لم تكن فيه (الجريدة الرسمية) موجودة، وقد أعطت البرلمانات لنفسها حق رفض تسجيل القوانين التي لا تتسجم مع مصالحها ولا آراء أعضائها، فإذا أمتنعت المحاكم (البرلمانات) عن التسجيل فإنها بذلك تمتنع عن تطبيق هذه القوانين وتعرقل أعمال الإدارة، مما حدى برجال الثورة الفرنسية إلى منع (البرلمانات) من الفصل في المنازعات الإدارية للحفاظ على استقلال الإدارة تجاه السلطة القضائية، من خلال تبنيهم لمبدأ الفصل بين السلطات.

مرحلة الإدارة القاضية

تعد مقاومة (البرلمانات) للسلطة الملكية وإعاقة الإصلاحات التي تحاول القيام بها من أبرز الأسباب التي أدت إلى الجمود في نشاط الإدارة ومن ثم قيام الثورة الفرنسية، وبسبب هذه النظرة السلبية لرجال الثورة عن (البرلمانات) بادرت الجمعية الوطنية التأسيسية إلى إلغاء هذه البرلمانات بعد قيام الثورة مباشرة تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، كما مُنعت القضاء العادي من التعرض لأعمال الإدارة أو التدخل في شؤونها، إلا أنها لم تنشئ قضاء للفصل في منازعات الإدارة، وقد نجم عن ذلك أن أُعطي للإدارة العامة ذاتها صلاحية حسم منازعاتها، وهكذا سميت هذه المرحلة باسم (الإدارة القاضية).

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

مرحلة القضاء المحجوز

في السنة الثامنة للثورة الفرنسية عام ١٧٩٧م أنشأ نابليون بونابرت مجلس الدولة الفرنسي بموجب الدستور الصادر في تلك السنة، وكان من مهامه في جانب الإدارة تقديم المشورة للقنصل الأول (رئيس الوزراء) بشأن الحلول المطلوبة للمنازعات الإدارية، ومع ذلك فأن القول الفصل في معظم هذه المنازعات لم يكن لمجلس الدولة وإنما كان لرئيس الهيئة التنفيذية (القنصل الأول)، إذ كان عمل المجلس يقتصر على دراسة المنازعات الإدارية وإعداد مشروعات الأحكام ليكون القول الفصل للقنصل الأول، فالمجلس لم يكن يملك سلطة القضاء وإصدار الأحكام، لذا سمي هذا النظام بـ (القضاء المحجوز)، وعلى الرغم من أن آراء مجلس الدولة في هذه المرحلة لم تكن قرارات نهائية تتمتع بالقوة التنفيذية، إلا أنه من النادر أن يهمل رئيس السلطة التنفيذية مقترحات مجلس الدولة في فصل المنازعات الإدارية.

مرحلة القضاء البات

كسب مجلس الدولة ثقة الإدارة والافراد، إذ أثبت أنه ليس محامياً باستمرار للإدارة وإنما يمثل أيضاً ملاذاً للأفراد في حالة تجاوز الإدارة على حقوقهم، وبذلك أصبح هو القاضي الفعلي للمنازعات الإدارية، وأعطى له عام ١٨٧٢م الاختصاص القانوني للفصل في المنازعات الإدارية، وأصبح قضاؤه باتاً ولا يحتاج لتصديق رئيس الهيئة التنفيذية.

وبعد أن صار القضاء الإداري مستقلاً وبصورة خاصة في النصف الثاني للقرن التاسع عشر، بدأ رجاله بوضع مبادئ وقواعد القانون الإداري الحديث، فالقاضي الإداري لديه حرية واسعة في الاجتهاد لإيجاد الحل للنزاع الذي يعرض عليه عندما لا يجد نصاً ينطبق عليه، وهو يوازن بين مصلحة الإدارة ومصلحة الأفراد ليضع حكمه الذي يمكن أن يتضمن قاعدة أو مبدأً جديداً، فضلاً عن أن الفقه قد أسهم من جانبه في شرح وتوضيح المبادئ والقواعد التي كانت تتضمنها قرارات القضاء الإداري.

الفصل الثاني

ذاتية القانون الإداري

للقانون الإداري خصائص وسمات يختص بها دون غيره، وله مصادره الخاصة، كما له صلات مع فروع القانون الأخرى، وهذا ما سنتناوله فيما يأتي:

المبحث الأول

خصائص القانون الإداري

يتميز القانون الإداري ببعض الخصائص ومن أهمها الآتي ذكرها.

أولاً: أنه قانون حديث النشأة

القانون الإداري حديث النشأة إذا ما قارناه بفروع القانون الأخرى، فمبادئ القانون الإداري ونظرياته ترتبط بنشوء القضاء الإداري وتطوره في فرنسا بعد قيام الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩م، لا سيما بعد أن أعطيت لمجلس الدولة الفرنسي ولاية الفصل في المنازعات الإدارية بموجب القانون الصادر عام ١٨٧٢م واصبحت قراراته باتة، وقد بدأت نظريات القانون الإداري تظهر في أحكام مجلس الدولة نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين.

وإذا كانت نشأة القانون الإداري حديثة في موطنه الأول فإن الدول التي اقتبست النظام الفرنسي يعود تاريخ نشأة القانون الإداري لديها إلى تواريخ حديثة جداً.

ثانياً: القانون الإداري قضائي النشأة

يتميز القانون الإداري بأنه قانون قضائي نشأ عن طريق المبادئ والقواعد الإدارية التي خلقها القضاء الإداري الذي يعد قضاءً إنشائياً وليس قضاءً تطبيقياً، أي أن القاضي الإداري عليه أن يجد الحل للنزاع وبينكره عندما لا يجد نصاً ينطبق عليه، ولذا فإن معظم المبادئ الأساسية والنظريات العامة في القانون الإداري هي من اجتهاد القضاء عند وضعه الحلول للنزاعات المعروضة عليه، وبناءً على ذلك يعد القانون الإداري قانوناً قضائياً، فدور القضاء الإداري في هذا المجال كان متميزاً عن دور القضاء العادي الذي ينحصر بتطبيق القانون المشرع على المنازعة، ذلك أن القاضي الإداري بغياب النصوص التشريعية مضطر لصياغة المبادئ القانونية الجديدة.

وقد يدون المشرع ما يتوصل إليه القضاء من مبادئ في أحكامه ضمن تشريعات تصدر بعد ذلك، وهذا لا يلغي الصفة الأساسية لتلك النظريات والمبادئ في كونها من وضع القضاء.

ثالثاً: قانون مرن وسريع التطور

يستمر القانون الإداري بأنه قانون يتطور بسرعة تفوق التطور الاعتيادي في القوانين الأخرى وذلك يرجع إلى طبيعة المواضيع التي يعالجها، فقواعد القانون الخاص تتميز بالثبات والاستقرار، وقد ثمر فترة طويلة قبل أن ينالها التعديل أو التغيير، ويعود ذلك إلى أن العلاقات التي ينظمها القانون الخاص تتعلق بقواعد عامة تتطلب قدراً من الاستقرار، على عكس القانون الإداري الذي يعالج مواضيع ذات طبيعة خاصة لتعلقها بالمصلحة العامة وحسن تسيير وإدارة المرافق العامة، والكثير من أحكامه غير مستمدة من نصوص تشريعية وإنما من أحكام القضاء وخاصة القضاء الإداري الذي يتميز بأنه قضاء يبتدع الحلول للمنازعات الإدارية ولا يتقيد بأحكام القانون الخاص إنما يسعى إلى خلق ما يتلاءم مع ظروف كل منازعة على حده تماشياً مع سرعة تطور العمل الإداري ومقتضيات سير المرافق العامة.

ولعل من أسباب سرعة تطور القانون الإداري أنه يتأثر بالعوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في الدولة وهي عوامل متغيرة باستمرار وغير مستقرة نسبياً، فانتشار الحروب والازمات الاقتصادية وظهور المرافق العامة الاقتصادية، وضرورة استيعاب القانون الإداري لهذه المتغيرات ومواجهتها أدى بالضرورة إلى التطور المستمر في أحكامه.

رابعاً: القانون الإداري غير مقنن

يقصد بالتقنين: جمع القواعد القانونية الرئيسية والمبادئ العامة، الخاصة بفرع من فروع القانون في وثيقة رسمية أو مجموعة واحدة تصدر عن الجهة المختصة بالتشريع، كما هو الحال في القانون المدني وقانون العقوبات وغيرها.

وفيما يتعلق بالقانون الإداري نجد أنه غير مقنن إذ يتميز بعدم وجود تشريع موحد يجمع نظريات ومبادئ القانون الإداري حتى الآن، فعلى الرغم من وجود تشريعات كثيرة ومتفرقة تتعلق بالمسائل الإدارية، إلا أن طابع هذه التشريعات انها تصدر متفرقة وفي أوقات مختلفة تبعاً للظروف والحاجات المستجدة، مثل قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٩ المعدل وقانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١، فالصفة الأساسية للقانون الإداري هي عدم تشريعه سواءً في العراق أم الدول الأخرى، وقد كان لعدم التشريع أثر واضح في تطوير القانون الإداري على يد القضاء.

أن عملية تجميع قواعد ومبادئ القانون الإداري في مجموعة واحدة تبدو صعبة جداً، بل ربما مستحيلة في الوقت الحاضر، ويرجع عدم تقنين قواعد القانون الإداري إلى عدة اسباب منها:

- حداثة مبادئه ونظرياته، فهو لم ينشئ إلا بصورة بطيئة ومتدرجة على يد القضاء الإداري ولا يزال في تطور مستمر.

- ان التقنين يقتضي من القائمين به أن ينظروا إلى المواضيع والمواد المراد تقنينها نظرة شاملة، وهذا من الأمور الصعبة في القانون الإداري؛ لأن نشاط الإدارة واسع ومتطور باستمرار لكي يواكب التطور في الحياة اليومية والظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية لكل بلد.

- ان التقنين يتطلب ثباتاً نسبياً في الموضوع المراد تقنيه، والثبات لا يتلاءم مع الكثير من قواعد وموضوعات القانون الإداري التي لا تزال في تطور مستمر، وهذا مثل عقبة مهمة أما محاولات التقنين التي جرت في بعض الدول كفرنسا ومصر.

المبحث الثاني

مصادر القانون الإداري

يقصد بمصادر القانون الإداري الطرق التي تكونت عبرها قواعده، ولا تختلف مصادر القانون الإداري من حيث الشكل عن مصادر القانون بصورة عامة وهي (التشريع - العرف - القضاء - الفقه)، لكن دور هذه المصادر وأهميتها في إنشاء قواعد القانون الإداري يختلف عن دورها في القوانين الأخرى، إذ يعد القضاء المصدر الأساس للقانون الإداري في حين ليس له إلا دور تفسيري في فروع القانون الأخرى كما يختلف دور الفقه في تكوين قواعد القانون الإداري عن أهميته ودوره في فروع القانون الأخرى، وفيما يلي عرض لدور هذه المصادر في تكوين قواعد القانون الإداري.

أولاً: التشريع

يقصد بالتشريع مجموعة القواعد القانونية المكتوبة الصادرة من السلطة المختصة في الدولة، وقد تكون هذه السلطة تأسيسه فيكون التشريع دستورياً، وقد تكون السلطة تشريعية فيكون التشريع عادياً ويطلق

عليه اصطلاح القانون، أما إذا كانت هذه السلطة تنفيذية فتسمى بالتشريعات الفرعية أو الأنظمة، ويتميز التشريع عن غيره من المصادر الأخرى بوضوحه وتحديده وسهولة تعديله.

ولما كان من خصائص القانون الإداري أنه غير مقنن إذ لا توجد مجموعة واحدة من النصوص تضم مختلف قواعد ومبادئ ونظريات القانون الإداري في إطار واحد مكتوب، إلا أن هذا لا ينفى وجود نصوص مكتوبة تتعلق بمواضيع القانون الإداري، إذ يوجد منها الكثير سواء وردت في الدستور أم في التشريع العادي (القانون) أم في التشريع الفرعي الصادر عن السلطة التنفيذية.

١ - التشريع الدستوري

تعد التشريعات الدستورية المصدر الأساسي والرسمي للقانون الإداري، وتقع في قمة الهرم القانوني، وتسمو على القواعد القانونية الأخرى جميعاً، ويتوجب على الإدارة بوصفها جهاز السلطة التنفيذية أن تلتزم بالمبادئ التي جاء بها الدستور ولا يحق لها مخالفتها.

وقد تضمن دستور العراق لعام ٢٠٠٥ أكثر من نص يتعلق بالإدارة العامة ونشاطها، إذ نصت المادة (٨٠) على الصلاحيات التي يمارسها مجلس الوزراء، وبينت المادة (١١٦) وما بعدها مكونات النظام الاتحادي في العراق وهي: العاصمة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، كما نصت المادة (٢٧) على أن للأموال العامة حرمة وحمايتها واجب على كل مواطن.

٢ - التشريع العادي

يأتي التشريع العادي أو القانون بالمرتبة الثانية بعد الدستور، باعتباره صادراً من الهيئة التشريعية المعبرة عن الإرادة العامة، والإدارة بوصفها السلطة التنفيذية تخضع لأحكام القوانين فإذا خالفت حكم القانون عدت أعمالها مخالفة لمبدأ المشروعية.

وقد صدرت في العراق قوانين كثيرة لتنظيم الجهاز الإداري منها: قانون السلطة التنفيذية وقوانين تنظيم الوزارات المختلفة وقانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم، وقانون الخدمة المدنية وقانون الملاك وقانون التقاعد وقانون انضباط موظفي الدولة، وقانون المرور وغيرها.

٣ - التشريع الفرعي أو الأنظمة والتعليمات

يطلق على القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التنفيذية التشريع الفرعي، وتسمى في العراق الأنظمة أو التعليمات، وهي قواعد عامة مجردة واجبة الاحترام تلي التشريع العادي في مرتبتها في سلم التدرج القانوني.

ونجد أن الدستور والقوانين بعد أن تناولت الأسس العامة للتنظيم والنشاط الإداريين تركت للإدارة اختصاصاً واسعاً لإصدار القرارات التنظيمية والتعليمات، فالوزارات بصفتها الهيئة التنفيذية في الدولة

تصدر الأنظمة والتعليمات المتعلقة بتنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية لتوضيح ما يكتنفها من غموض وتسهيل تطبيقها، كما تختص الهيئة التنفيذية بإصدار أنظمة الضبط الإداري المتعلقة بالمحافظة على الأمن العام والصحة العامة والسكنية العامة، من ذلك الأنظمة الخاصة بمكافحة الضوضاء أو غلق المحال المضرة بالصحة العامة.

فضلا عما ورد آنفاً فإن المعاهدات الدولية التي تبرمها الدولة تعد مصدراً لقواعد القانون الإداري، فهذه المعاهدات قد تفرض التزامات معينة يجب احترامها وعدم مخالفتها من قبل الإدارة العامة في تلك الدولة.

ثانياً: العرف

يقصد بالعرف - كمصدر من مصادر القانون- إلتباع الناس لقواعد معينة في تنظيم علاقة من علاقاتهم واستمرار ذلك حتى يتولد لديهم شعور بأن هذه القواعد أصبحت ملزمة وأن مخالفتها تستوجب الجزاء.

ويمكن تعريف العرف في المجال الإداري (العرف الإداري) بأنه مجموعة القواعد التي درجت الإدارة على اتباعها فيما يتعلق بمجال معين من نشاطها بحيث تصبح هذه القواعد بمثابة القواعد القانونية المكتوبة من حيث الزامها ووجوب الخضوع لها.

وينشأ العرف الإداري من اطراد الإدارة على سلوك معين في تنظيم علاقتها مع الأفراد أو في تنظيم جانب من نشاطها، حتى يتولد شعور لدى المعنيين بذلك السلوك بأنه أصبح ملزماً، ولكي يصبح سلوك الإدارة عرفاً إدارياً ومصدراً من مصادر القانون الإداري، يجب أن يتوافر فيه ركنان:

١- **الركن المادي:** ويتمثل في استمرار جهة الإدارة على إلتباع عمل أو تصرف، وتكرار ذلك بشكل منتظم ومستقر في الحالات المماثلة على أن يمضى الزمن الكافي لاستقراره، ويشترط لهذا العنصر المادي المتمثل بالعادة عدة شروط:

- ان يكون عاماً: أي يكون العمل أو التصرف متبعاً من غالبية أفراد المجتمع.
- أن يكون قديماً: ويعني ذلك مرور فترة زمنية طويلة على اعتياد الإدارة السلوك أو التصرف.
- أن يكون مطرداً: وذلك بأن يطرد إلتباع العمل أو التصرف من قبل الإدارة بصورة منتظمة وثابتة.
- أن يكون مشروعاً: أي لا يخالف قواعد التشريع الآمرة والنظام العام والآداب.
- أن يكون صادراً عن جهة إدارية: أي يكون العمل أو التصرف قد صدر عن إحدى الجهات الإدارية في الدولة سواء كانت مركزية أو لامركزية.

٢- **الركن المعنوي:** ويتمثل بالشعور الذي يتولد لدى المعنيين بالتصرف من الإدارة أو الأفراد بأن القاعدة التي تنظم النشاط أصبحت ملزمة ولا يجوز مخالفتها وأن مخالفتها توجب الجزاء.

بيد أن قيام العرف الإداري والتزام الإدارة به مدة من الزمن لا يعني أن تكون هذه القواعد مؤبدة فلا يمكن تغييرها أو تعديلها أو الغائها، وإنما يجوز أن تعدل تلك القواعد بقواعد تشريعية أو تنظيمية، لكون النصوص المكتوبة تعتبر في مرتبة أعلى من مرتبة القواعد العرفية، كما يجوز للإدارة نفسها أن تعدل القواعد العرفية بقواعد جديدة تدعو الظروف والأحوال ومصلحة العمل الإداري إليها.

ثالثاً: القضاء

الأصل في وظيفة القاضي تطبيق القوانين والفصل في المنازعات المعروضة أمامه، وهو ملزم قانوناً بالفصل في المنازعة الداخلة في اختصاصه وإلا اعتبر منكراً للعدالة، وعلى ذلك فإن القضاء -أي الأحكام التي تصدرها المحاكم التي تتولى الوظيفة القضائية في الدولة- يعد من المصادر التفسيرية غير الرسمية للقانون في فروع مختلفة، وذلك لدوره المتعلق بتطبيق النصوص التشريعية وتفسيرها وإزالة غموضها وإزالة التعارض المحتمل بينها، فالقاضي المدني حينما يتصدى لمنازعة مدنية يجد في متناول يديه مجموعة كاملة تتضمن القواعد القانونية التي ينبغي تطبيقها، فهو يجد نصاً ينطبق على النزاع المعروض عليه، وفي الحالات التي لا يوجد فيها نص فقد رسم له المشرع الأسلوب الذي يسلكه لفض المنازعة، ولا يتعدى القاضي هذا الأمر ليصل إلى حد خلق قواعد قانونية خارج نصوص التشريع.

أما في القانون الإداري فإن الأمر مختلف وذلك بسبب الطبيعة الخاصة لقواعد هذا القانون من حيث عدم تقنيته وظروف نشأته وتعدد مجالات نشاطه وتطورها، مما أدى إلى أن يتجاوز القضاء الإداري دور القضاء العادي ليتماشى مع متطلبات الحياة الإدارية فيعمد إلى خلق مبادئ وأحكام القانون الإداري، فيصبح القضاء مصدراً رسمياً للقانون الإداري بل من أهم مصادره.

فالقاضي الإداري إذا لم يجد نصاً ينطبق على النزاع المعروض عليه يتولى بنفسه إنشاء المبادئ العامة للقانون الإداري، كما يتولى استنباط الحكم القانوني الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليه، دون أن يكون ملزماً بالأخذ بنصوص القانون الخاص كالقانون المدني، وعلى هذا الأساس وصف القاضي الإداري بأنه قاضياً إنشائياً وليس قاضياً تطبيقياً، أي ينشئ القاعدة لحل النزاع في كثير من الحالات ولا يقتصر دوره على تطبيق النصوص، لذا كان للقضاء الإداري الفضل في إنشاء معظم نظريات القانون الإداري مثل: نظرية القرار الإداري ونظرية العقد الإداري ونظرية المسؤولية الإدارية ونظرية الظروف الطارئة وغيرها.

ولقد اتاح هذا الدور الإنشائي للقضاء الإداري تطوير قواعد القانون الإداري بشكل مستمر، لكي يتلاءم مع الوقائع المتطورة والمتغيرة باستمرار، وبهذا أكتسب القانون الإداري صفة المرونة والتطور لمواجهة التطورات والمستجدات في الحياة.

رابعاً: الفقه

يقصد بالفقه الجهود التي يبذلها الفقهاء لدراسة وتحليل ما تشمله مصادر القانون الإداري من احكام ومبادئ وردتها إلى الأصول العامة وترتيبها بما يؤدي إلى استخلاص آراء معينة.

ولا يعد الفقه من المصادر الرسمية للقانون، فالفقيه مهما أوتي من علم فإنه لا يمكن أن ينشئ بإرادته واجتهاده قاعدة قانونية، لكن دور الفقه في القانون الإداري يختلف جوهرياً عن دوره في فروع القانون الأخرى إذ له دوراً مهماً، ويعود ذلك إلى حداثة هذا القانون وعدم تشريعه في مجموعة واحدة.

وينهض الفقه بهذا الدور من خلال مناقشة أحكام القضاء وإنشاء نظريات عامة من الفرعيات التي تتضمنها أحكامه، وكذلك دراسة النصوص القانونية وتبيان ما فيها من نقص وغموض واقتراح قواعد بديلة عنها.

وهكذا كان للفقه دور مهم في صياغة نظريات القانون الإداري المختلفة، حيث تبنى القضاء الإداري في أحيان كثيرة آراء ومقترحات الفقه، إلى جانب إسهام الفقه في صياغة نظريات القانون الإداري استناداً إلى ما في أحكام القضاء من مبادئ.

المبحث الثالث

علاقة القانون الإداري بفروع القانون الأخرى

القانون الإداري يمثل جزء من التنظيم القانوني الذي تتكون منه مجموعة القواعد القانونية في الدولة، وهو ليس منقطع الصلة بفروع القانون الأخرى، وسنأتي على بيان لأكثر فروع القانون صلة وعلاقة بالقانون الإداري.

أولاً: العلاقة بين القانون الإداري والقانون الدستوري

القانون الإداري وثيق الصلة بالقانون الدستوري، فالقانون الدستوري: هو القانون الأساس في الدولة، الذي ينظم السلطات العامة ويبين اختصاصاتها والعلاقة فيما بينها، كما يبين الحقوق والحريات العامة للأفراد والضمانات التي تكفلها، أما القانون الإداري فإن موضوعه الإدارة العامة، أي وظيفة تنفيذ القوانين وتنظيم وتسيير المرافق العامة.

ومن هنا تتضح العلاقة بين هذين الفرعين من فروع القانون العام الداخلي، فالقانون الدستوري يعد الأساس والمصدر الذي يستمد منه القانون الإداري موضوعه الرئيس، إذ يبين القانون الدستوري تكوين السلطة التنفيذية ووظيفتها الرئيسية، أما القانون الإداري فينظم تكوين الهيئات التنفيذية ونشاطها ووسائلها وامتيازاتها، كما أن القانون الدستوري يبين الحقوق والحريات العامة، ويتولى القانون الإداري تنظيم ممارسة هذه الحقوق والحريات وحدودها.

ولتمييز القانون الإداري من القانون الدستوري تم التمييز بين الوظيفة الحكومية والوظيفة الإدارية، فالقانون الدستوري ينطبق على الأولى أما القانون الإداري فينطبق على الثانية.

ثانياً: العلاقة بين القانون الإداري والقانون المالي

يتناول القانون المالي النشاط المالي للدولة من نفقات وإيرادات عامة والموازنة بينهما، والإدارة العامة تحتاج إلى الموارد المالية لغرض تسيير مرافقها العامة لإشباع الحاجات العامة، ومن هنا تتضح الصلة بين القانونين، فمن جانب يقوم القانون الإداري على تنظيم الإدارة العامة ونشاطها ووسائلها، بينما يقوم القانون المالي على بيان الموارد المالية المختلفة وتخصيصها للمرافق العامة لكي تتمكن الإدارة من القيام بنشاطها، ومن جانب آخر فإن القانون الإداري يتناول الأموال العامة والخاصة للدولة ونظامها القانوني وقواعد حمايتها، فضلاً عن أن الإدارات المالية هي من الإدارات العامة التي تخضع للقانون الإداري.

ثالثاً: العلاقة بين القانون الإداري وقانون العقوبات

تبدو علاقة القانون الإداري بقانون العقوبات من خلال مجموعة من النصوص يتضمنها قانون العقوبات لحماية وتسيير العمل الإداري، من هذه النصوص ما يتعلق بحماية المرافق العامة وضمان سيرها باطراد، مثل تحريم الإضراب وتحريم الكثير من أفعال الموظف التي تتعارض مع الهدف المذكور، وتوفير الحماية للموظف عند قيامه بواجباته الوظيفية، وحماية الأموال العامة، فضلاً عن أن بعض التشريعات الإدارية قد تتضمن عقوبات تُفرض على من يخالف أحكامها، مثل قانون الصحة العامة وقانون المرور.

رابعاً: علاقة القانون الإداري بالقانون المدني

ظل القانون المدني يحكم علاقات الإدارة في كل ما لا يدخل ضمن أعمالها باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة حتى العقود الأخيرة من القرن التاسع عشر، إذ بدأت قواعد القانون الإداري بالظهور تدريجياً من خلال أحكام القضاء الإداري.

والقاضي الإداري ليس ملزماً بتطبيق قواعد القانون المدني، إلا أنه في صياغته لمبادئ ونظريات القانون الإداري كثيراً ما يلجأ إلى نظريات القانون المدني لسد الفراغ التشريعي المتمثل بعدم تشريع القانون الإداري بعد أن يعيد صياغتها بما يتلاءم مع طبيعة النشاط الإداري والقانون العام، ومن هذه النظريات ما يتعلق بالأشخاص والأموال والعقود والمسؤولية، بالإضافة إلى أن القانون الإداري يتضمن نظريات لا مثيل لها في القانون الخاص، مثال ذلك: النظريات المتعلقة بالقرارات الإدارية، والتنفيذ المباشر، ونزع الملكية للمنفعة العامة.

بيد أن استقلال القانون الإداري عن القانون المدني لا يعني انقطاع الصلة تماماً بينهما، فلا يزال القاضي عندنا - حتى في نطاق القضاء الإداري الحديث - يألف القانون المدني وتطبيقاته، فالقاضي الإداري عندنا حديث عهد بتجربة النظر والبحث عن الحلول خارج نطاق القانون المدني ونظرياته، ومن جانب آخر فإن القضاء الإداري عندنا يطبق بشأن الإجراءات قانون المرافعات المدنية (م ٧-ح) من قانون مجلس شورى الدولة المعدل، ولم يشر المشرع إلى كون هذا التطبيق حلاً مؤقتاً.

الفصل الثالث

أساس القانون الإداري

سعى الفقه والقضاء نحو إيجاد فكرة عامة تصلح أن تكون أساساً تقوم عليه مبادئ ونظريات القانون الإداري تبرر وجوده كاستثناء من الشريعة العامة (القانون الخاص)، ويساهم بالإضافة إلى ذلك في وضع الأسس الكفيلة بتحديد اختصاص القضاء الإداري.

وظهر في هذا المجال عدة نظريات أو أفكار جعلت أساساً للقانون الإداري كان أهمها فكرتا السلطة العامة والمرفق العام.

المبحث الأول

فكرة السلطة العامة

سادت فكرة السلطة العامة كأساس للقانون الإداري ومعياراً لتحديد اختصاص القضاء الإداري طوال القرن التاسع عشر، واعتمد القضاء الفرنسي عليها أساساً للقانون الإداري في تلك الفترة، ومن أنصارها الفقيه لافيرير Laferrriere والاستاذ بارتلمي Berthelemy.

ومقتضى هذه الفكرة أن الإدارة العامة وهي تقوم بممارسة نشاطها تمارس مظاهر السلطة العامة التي تميزها من بقية الأشخاص القانونيين، وتتمثل هذه المظاهر بقدرتها على الأمر والنهي، فهي تلزم الأفراد بأوامرها ونواهيها، ومن ثم لا يصلح لهذا النشاط أن تطبق عليه قواعد القانون الخاص، كما لا ينبغي أن تخضع المنازعات التي تثور بشأنه إلى رقابة القضاء العادي وإنما تخضع إلى رقابة القضاء الإداري.

وعليه فإن فكرة السلطة العامة تعني ان تصرفات الإدارة القائمة على أساس سلطتها العامة وامتيازاتها، أي بتدخل إرادة الأمر والنهي العليا للحكام هي التي تخضع لأحكام القانون الإداري ويختص بالفصل في منازعاتها القضاء الإداري.

ولكن تعليل القانون الإداري بفكرة السلطة العامة يجعله لا ينطبق على كل نشاطات الإدارة فالنشاط الإداري لا يتحقق دائماً بأساليب السلطة العامة، فإلى جانب ممارسة الإدارة لسلطة الأمر والنهي بكونها سلطة عامة، فإنها تقوم بأعمال الإدارة الاعتيادية التي تتشابه مع صورة الإدارة الاعتيادية التي يمارسها

الأفراد على أملاكهم الخاصة، أو تتعامل مع الأفراد على قدم المساواة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك فتخضع لما يخضع له الأفراد العاديين من قواعد واحكام قانونية.

وبهذا تكون فكرة السلطة العامة قد ميزت بين نشاط الإدارة كسلطة عامة مستخدمة وسيلة الأوامر والنواهي والقرارات التنظيمية الملزمة للأفراد فأدخلته في نطاق القانون الإداري، وبين نشاطها كإدارة اعتيادية تتساوى فيه مع الأفراد فأخرجته من نطاق القانون الإداري.

إلا أن فقهاء القرن التاسع عشر والقضاء الإداري لم يلبثوا أن هجروا هذا النظرية بفعل الانتقادات الموجه إليها والتي منها:

١- أنها تؤدي الى نتائج غير مرغوب فيها من الناحية العملية، إذ يصعب في كثير من الاحيان بين ما يعد من أعمال السلطة وأعمال الإدارة الاعتيادية، فضلا عن هذا فان من أعمال الإدارة ما له طبيعة مختلطة كال عقود الإدارية.

٢- أنها تؤدي إلى إيجاد شخصيتين مختلفتين للدولة بوصفها سلطة عامة من جهة وشخصيتها كإدارة عادية من جهة أخرى، في حين ان شخصية الدولة واحدة ولا يمكن ان تتمتع بشخصيتين في الوقت نفسه.

٣- إلا ان النقد الأساسي لهذه النظرية يتمثل في أن نتائجها قد حدث كثيرا من نطاق القانون الإداري، إذ قصرت أعمال السلطة على القرارات الإدارية والأوامر التي تصدرها سلطات الضبط الإداري لحفظ النظام العام، واستبعدت من نطاق تطبيقها جميع الأعمال الأخرى من قبيل العقود الإدارية وأعمال الإدارة المادية، وهذا التفسير ينسجم مع موقف الفقه والقضاء في فرنسا وهما يحاولان بتأثير من الفكر الحر تقييد نشاط الإدارة ومجالات القانون الإداري، كما أيد جانب من الفقه العربي هذا الرأي وذهب إلى أن أساس القانون الإداري هو فكرة السلطة العامة^(١).

المبحث الثاني

فكرة المرفق العام

المرفق العام هو النشاط الذي تتولاه الدولة أو الاشخاص المعنوية العامة الأخرى مباشرة أو تعهد به إلى الأفراد أو الشركات الخاصة ولكن تحت إشرافها ورقابتها وتوجيهها، من أجل إشباع الحاجات العامة وتحقيقاً للنفع العام.

(١) ينظر: د. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٧٦، ص ١٤٢؛ د. علي بدير ود. عصام البرزنجي ود. مهدي السلمي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتاب - القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٧٠.

وعلى ذلك فالمشاريع الفردية لا تعتبر مرافق عامة وأن كانت تخدم الصالح العام أو تشبع حاجات عامة، كما أن المشروعات الحكومية التي تستهدف من ورائها أغراضاً مالية بحته كاستغلالها لأموالها الخاصة لا تعتبر مرافق عامة.

ظهرت فكرة المرفق العام وتبلورت مع بداية القرن العشرين، وأصبحت الفكرة الأساسية التي اعتمدت عليها أحكام مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع كأساس للقانون الإداري ومعياراً لتحديد اختصاص القضاء الإداري.

وكان الحكم الشهير في قضية بلانكو Blanco الصادر عام ١٨٧٣م يمثل في نظر الفقه والقضاء حجر الزاوية في نظرية المرفق العام، وتتخلص وقائع هذا الحكم في ان عربة صغيرة تتبع مصنع التبغ في مدينة بورديو الفرنسية صدمت طفلة وجرحتها، ورفع والد الطفلة دعوى امام المحاكم المدنية طالباً التعويض من الدولة باعتبارها مسؤولة مدنياً عن الخطء الذي ارتكبه عمال المصنع التابع لها، فعرض الموضوع على محكمة المنازعات^(١) لتحديد اختصاص النظر في الدعوى وقررت أن الجهة المختصة بالنظر في النزاع هي القضاء الإداري وليس القضاء العادي^(٢)، وبنيت قرارها على أساس كون الاضرار قد حدثت بسبب نشاط مرفق عام، ولهذا السبب أعطت الاختصاص للقضاء الإداري.

ولم يحظ الحكم في قضية (بلانكو) حين صدوره بالاهتمام الذي حظي به فيما بعد، فبعد صدوره بثلاثين سنة وبعد صدور احكام أخرى مثل الحكم في قضية (Terrir) الصادر في ١٩٠٣/٢/٦، وجد جانب من الفقه في فكرة المرفق العام أساساً للقانون الإداري ومعياراً لاختصاص القضاء الإداري، فتكونت في الفقه الفرنسي مدرسه سميت (مدرسة المرفق العام) تزعمها الفقيه ديكي (Duguít) ومن ابرز فقهاء هذه المدرسة جيز (Jeze) وبونار (BONNARD) ورولان (Rolland).

وفكرة المرفق العام عند هؤلاء الفقهاء تمثل أساس القانون الإداري وحجر الزاوية في تشييد معظم مبادئه ونظرياته كما انها تعتبر في نفس الوقت معيار انطباق قواعد القانون الإداري ومعيار تحديد اختصاص القضاء الإداري.

وفي رأي اصحاب نظرية المرفق العام أن الدولة ما هي إلا مجموعة مرافق عامة تعمل على إشباع الحاجات العامة للمواطنين، والقانون الإداري هو قانون المرافق العامة، أي ان قيام الإدارة بتقديم الخدمات لجمهور المواطنين من خلال المرافق العامة هو الذي يبرر وجود القانون الإداري كنظام قانوني خارج عن

(١) أنشأت محمة المنازعات بموجب القانون الصادر في ١٩٢٤ / ٥ / ١٨٧٢م، ويتكون نصف اعضائها من مجلس الدولة والنصف الآخر من محكمة النقض، وتختص في حسم موضوع الاختصاص في حالة التنازع بين القضاء العادي والقضاء الإداري.

(٢) ورد في حكم محكمة المنازعات ما يلي: (لا تختص المحاكم العادية إطلاقاً بنظر الدعاوى المقامة ضد الإدارة بسبب المرافق العامة أياً كان موضوعها، حتى لو كانت تستهدف قيام القضاء العادي بمجرد الحكم عليها بمبالغ مالية تعويضاً عن الأضرار الناشئة عن عملياتها دون إلغاء أو تعديل أو تفسير قرارات الإدارة) ' ينظر: مارسولون و جي بريان، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة: احمد يسري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص ١٩.

المألوف في قواعد القانون الخاص؛ لأن قواعد القانون الإداري ضرورية لكي تتمكن الإدارة من تسيير المرافق العامة بشكل مستمر ومنتظم.

ويرى بعض الفقهاء أن نظريات القانون الإداري (كنظرية القرار الإداري ونظرية العقد الإداري...) ومبادئ القانون الإداري (كمبدأ سير المرافق العامة بانتظام واستمرار ومبدأ ضرورة مسايرة المرافق العامة للظروف المستجدة) ليست في موضوعها سوى وسائل لتسهيل السير المنتظم والمستمر للمرافق العامة، وإعطائه أقصى ما يمكن من امكانات لإشباع الحاجات العامة ومقتضيات المصلحة العامة على نحو سريع ومتكامل.

وقد تجاوزت هذه النظرية الانتقادات التي وجهت لمعيار التفرقة بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية، فشملت جميع نشاطات الإدارة المتصلة مباشرة بالمرافق العامة التي يحكمها القانون الإداري، ويختص القضاء الإداري في نظر المنازعات الناشئة عنها.

أزمة نظرية المرفق العام

حققت هذه النظرية نجاحاً كبيراً في المرحلة الأولى من تطورها -إلى ما بعد الحرب العالمية الأولى- ولم تظهر أية صعوبة في مواجهة هذه الفكرة، فقد كانت المرافق جميعاً مرافق عامة إدارية يلتقي فيها المدلولان العضوي والموضوعي، إلا أن هذه النظرية تعرضت إلى انتقادات شديدة، ولعل أهم هذه الانتقادات ما يلي:

١- أن فكرة المرفق العام فكرة ضيقة ولا يمكن أن تستوعب كل مجالات النشاط الإداري ذلك أن نظرية المرفق العام تصور النشاط الإداري على أنه اشباع للحاجات العامة عن طريق إنشاء وإدارة المشروعات العامة من قبل الدولة، في حين هناك جانب من النشاط الإداري لا يتمثل بإدارة المرافق العامة وإنما بتنظيم النشاط الفردي ضمن إطار ما يعرف بالضبط الإداري، كما أن هناك من النشاط الإداري ما لا يقوم على فكرة اشباع الحاجات العامة ومع ذلك يخضع لقواعد القانون الإداري وتخضع المنازعات الناجمة عنه للقضاء الإداري، كالنشاط الإداري الخاص بفرض الضرائب وعقد القروض وإدارة الممتلكات العقارية التي تدر عوائد مالية للدولة.

٢- أن فكرة المرفق العام من ناحية أخرى تعتبر فكرة واسعة جداً، ذلك أن فكرة المرفق العام لا تؤدي دائماً وبالضرورة إلى أن يدار كل مشروع حكومي يشبع حاجات عامة بأساليب استثنائية، وقد تلجأ الإدارة إلى إدارة مرافقها العامة وحتى الإدارية الصرفة منها إلى أساليب القانون الخاص، وهذه الأساليب تخضع لأحكام القانون الخاص والمنازعات المتعلقة بها تخضع لاختصاص المحاكم العادية لا الإدارية، ومعنى ذلك أن فكرة المرفق العام كمعيار لتحديد نطاق تطبيق القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري ليس بالمعيار الكافي.

٣- يضاف إلى ذلك ازدياد تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي والاجتماعي بعد الحرب العالمية الأولى حتى تجاوزت وظيفتها التقليدية (الدولة الحارسة)، وما رافق ذلك من ظهور أنواع جديدة من المرافق العامة سميت المرافق العامة الاقتصادية (الصناعية أو التجارية)، فبدأ الحديث عن نظام قانوني خاص بالمرافق العامة (الاقتصادية) يختلف عن النظام القانوني للمرافق العامة (الإدارية) وهو يقترب من قواعد القانون الخاص أكثر من أخذه بقواعد القانون الإداري، فتداخل بسبب وجهة النظر تلك نطاق تطبيق القانون الإداري ونطاق تطبيق القانون الخاص على المرافق العامة، فضلا عن تداخل اختصاص القضاء الإداري واختصاص القضاء العادي على النشاط الإداري.

ومن الفقهاء^١ من يرى أن فكرة المرفق العام لا تزال الاساس الصالح للقانون الإداري، فقد قيل ان نظرية المرفق العام لا تستوعب كل نشاط الإدارة إذ ان نشاط الضبط الإداري يخرج من نطاق المرفق العام، وفي الحقيقة ان نشاط الضبط الإداري هو مرفق عام من الناحيتين العضوية والمادية، فمن الناحية العضوية فإن أجهزة الضبط الإداري هي مرافق عامة، واما من الناحية الموضوعية فان الضبط الإداري الذي يهدف إلى توفير أسباب الأمن والصحة والسكينة لأبناء المجتمع هو من اهم المرافق العامة، فالناس بحاجة إلى هذه الخدمة الأساسية أكثر من حاجتهم إلى الكثير من خدمات المرافق العامة، إذ بدون حماية عناصر النظام العام لا يمكن للمرافق العامة ولا للنشاط الخاص أن تؤدي واجباتها وان تقوم بأنشطتها.

أما ما قيل عن أزمة الفكرة القانونية للمرفق العام التي كثر الحديث عنها بعد ظهور المرافق العامة الاقتصادية، فإنها أزمة خاصة بالفكر القانوني الفرنسي الذي كان قد استقر منذ أمد وبتأثير من الفكر الحر على أن نشاط الدولة في المجال الاقتصادي يجب أن يكون استثناءً قد تقتضيه ظروف استثنائية، أو يسمح به المشرع في حدود معينة، اما القاعدة في النشاط الاقتصادي (الصناعي والتجاري) فإنه محجوز من حيث المبدأ للنشاط الخاص.

المبحث الثالث

آراء أخرى في أساس القانون الإداري

بعد ان ظهرت اوجه النقص وعدم الشمول في نظريتي السلطة العامة والمرفق العام ووجهت الانتقادات لهما، برزت أفكار أخرى بديلة لإيجاد أساس للقانون الإداري، ومن أهمها.

أولاً: رأي فالين (معيار المنفعة العامة)

كان الأستاذ فالين (Waline) من المدافعين عن فكرة المرفق العام ثم تخلى عنها تحت تأثير الأزمة التي مرت بها، واقترح محلها فكرة المنفعة العامة.

١ ينظر: الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، دار ابن الأثير للطباعة والنشر - جامعة الموصل، ٢٠٠٩، ص ٦٤.

وتقوم هذه الفكرة على أن أساس القانون الإداري ومعياري اختصاص القضاء الإداري إنما يقوم على تحقيق المنفعة العامة والمصلحة العامة، فالنشاط الإداري يستهدف تحقيق النفع العام وهو ما يميزه عن النشاط الخاص (١).

وفكرة المنفعة العامة هذه أكثر اتساعاً من فكرة المرفق العام إلا أنها لم تسلم من النقد الشديد من حيث أن الإدارة تسعى في كل عمل تقوم به إلى تحقيق النفع العام الذي يعد غاية نشاطها سواء اتبعت أساليب الإدارة العامة أو أتبعته أساليب الإدارة الخاصة، كما أن تحقيق النفع العام ليس حكراً على الدولة وأجهزتها الإدارية، وإنما قد يساهم الأفراد في تحقيقها وذلك من خلال المؤسسات والمشروعات الخاصة ذات النفع العام وهي مشاريع تخضع لأحكام القانون الخاص ويختص القضاء العادي بالمنازعات الناشئة عنها، لذلك فقد تخلى فالين عن رأيه هذا واصبح من انصار فكرة السلطة العامة.

ثانياً: معيار الجمع بين المرفق العام والسلطة العامة

إزاء الانتقادات الموجهة لكل معيار من المعايير السابقة، أتجه جانب من فقه القانون الإداري إلى الجمع بين فكرة المرفق العام وفكرة السلطة العامة لإيجاد أساس القانون الإداري.

ومضمون هذا الرأي أن السلطة التي تتمتع بها الإدارة ليست غاية بحد ذاتها، وإنما هي وسيلة لتسيير مرافقها العامة بانتظام واستمرار لإشباع الحاجات العامة بصورة منتظمة، بمعنى أنه لا يكفي ان يكون النشاط متعلقاً بمرفق عام حتى يدخل ضمن نطاق القانون الإداري، بل يجب إضافة إلى ذلك ان تكون الإدارة العامة قد استخدمت - بشأن المرفق - أساليب ووسائل القانون العام، أي ان أساس القانون الإداري هو الجمع بين المعيارين المرفق العام والسلطة العامة، ومن ثم ليكون العمل إدارياً وخاضعاً للقانون الإداري واختصاص القضاء الإداري، يجب أولاً: أن يكون عملاً إدارياً أو نشاطاً متعلقاً بمرفق عام (نظرية المرفق العام)، وثانياً: أن تكون الإدارة في هذا النشاط قد استخدمت امتيازات أو وسائل وسلطات استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص (نظرية السلطة العامة) مع ضرورة التنبيه أن السلطة العامة لا تبرز من خلال الامتيازات الممنوحة للإدارة حسب وإنما تشمل القيود الاستثنائية المفروضة عليها في

(١) وقد اعتمد فالين في تأسيس نظريته على حكم مجلس الدولة في قضية بلدية مونسيجور Commune de Monsegur الصادر في ١٠/٦/١٩٢١ وتتلخص وقائع القضية أنه وقع حادث لصغير حرج في كنيسة مونسيجور بسقوط حوض تسبب فيه بتعلقه واثنين من زملائه به، مما أصابه بعاهة مستديمة تمثلت بقطع ساقه، وقد حصل والد الطفل على حكم من مجلس الإقليم بإلزام البلدية المسؤولة عن صيانة الكنيسة بالتعويض، وقد استأنفت البلدية هذا الحكم من ناحية أنه منذ عام ١٩٠٥ لم تعد البلدية مسؤولة عن دور العبادة لانفصال الدين عن الدولة بقانون ٩/٩/١٩٠٥ ولم تعد الكنائس منذ هذا التاريخ مرافق عامة، وبالتالي لا تدخل دعوى التعويض في اختصاص القضاء الإداري، غير أن مجلس الدولة لم يأخذ بهذا الدفع وأسس قضاؤه على أنه وأن لم تعد مرافق العبادة مرفقاً عاماً منذ انفصال الدين عن الدولة، فإن ترك الكنائس تحت تصرف المؤمنين والمكلفين بإقامة شعائر العبادة لممارسة ديانتهم إنما يكون تنفيذاً لغرض ذي نفع عام.

أحيان أخرى، وعلى ذلك فإن الجمع بين الهدف والوسيلة (المرفق العام والسلطة العامة) هو المعيار الصالح لبناء نظريات القانون الإداري وتحديد اختصاص القضاء الإداري.

ثالثاً: رأي الفقيه (شابي)

ذهب الفقيه شابي إلى التفريق بين أساس القانون الإداري الذي يقوم على فكرة المرفق العام، ومعيار اختصاص القضاء الإداري وهو فكرة السلطة العامة، ويرى أن القانون الإداري قانون المرفق العام، وهذا الرأي منتقد أيضاً لأن أساس القانون الإداري إذا كان يرجع إلى نظرية المرفق العام، فإليها يعود معيار اختصاص القضاء الإداري، لأن نظريات القانون الإداري الأساسية - وفقاً لفكرة المرفق العام - تدور حول تمكين الإدارة من تنظيم مرافقها العامة وتسييرها بانتظام ودوام لتقديم الخدمات الأساسية لإشباع الحاجات العامة، والمنازعات التي يمكن أن تثار بسبب هذا النشاط يختص بها القضاء الإداري، فلا يمكن الفصل بين معيار القانون الإداري ومعيار القضاء الإداري إذ الثاني تابع للأول فالقضاء الإداري يختص بالفصل في المنازعات التي يحكمها القانون الإداري.

وهكذا تعددت الآراء إزاء مشكلة أساس القانون الإداري وتلخصت في مجملها بين اتجاهات ثلاثة:

- اتجاه يرجح الوسيلة على الغاية (معيار السلطة العامة).
- اتجاه يرجح الغاية على الوسيلة (معيار المرفق العام).
- اتجاه يجمع بين الغاية والوسيلة (مرفق عام بالإضافة إلى أساليب القانون العام).