



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة كربلاء
كلية القانون

المسؤولية الإدارية عن اضرار تراخيص الهاتف النقال

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها الطالب

محمد سلطان حسن الموسوي

إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء و هي جزء من متطلبات
نيل شهادة الماجستير في القانون العام

بإشراف

محمد علاء إبراهيم محمود الحسيني

م 2017

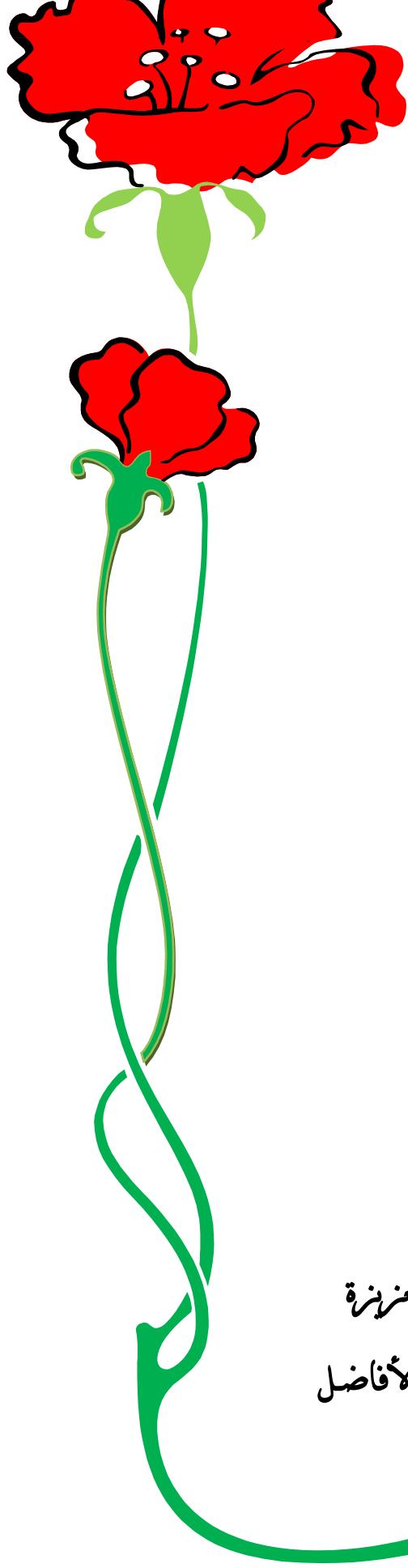
هـ 1438

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
يَا أَيُّهُ الَّذِينَ حَسَرَ عَنْهُ مَا سَعَى

وَقِفُوهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
يَا أَيُّهُمْ أَنْتُمْ

{24} الآية الصافات سورة



الإِنْسَانُ

إلى

سرمن احمدیہ و اکاڈمیاء الامام الحسین

عليه السلام

بيان الحنان ومصدر الرحمة والغفران

أبي ... وأمي

مَنْ ضَحِّيَ الْكَيْنَى

شہداء

الجيش .. الحشد الشعبي

العيون البريئة التي تنظر إلى بالحب

إخوتي . . . أصدقائي

من تحملت معى السراء والضراء ... نزوجتى العزفنة

الشروع التي أضاءت لي طريق العلم . . . أستاذتي الأفضل

إعترافاً بفضلهم جميعاً . . .

الشك و العرفان

الْحَمْدُ لِلّٰهِ لَا إِلٰهَ مِنْهُ سُوٰءٌ وَ لَا صَدَعٌ لِمَا عَذَّلَهُ وَ سَوٰءٌ أَرْسَلَ مُحَمَّداً عَلِيًّا لِإِسْلَامٍ وَ امَّا لِلْحُكْمِ
مُسَدِّداً لِلرُّعَاعِ ... وَ لَهُ الْحَمْدُ السَّرَّمَدُ وَ الْمَدْحُ لِرَسُولِهِ أَحْمَدَ وَ آلِهٖ وَ سَلَمٍ . وَ بَعْدٍ .

بعد أتمام كتابة هذه الرسالة يسعدني أن أتقدم بالشكر و العرفان الى أستاذى الفاضل الدكتور (علاء إبراهيم محمود الحسيني) الذى يعجز اللسان عن شكره لقبوله الإشراف على الرسالة و متابعته المتواصلة و نصائحه و توجيهاته السديدة والتي كانت لها الأثر فى إظهار الرسالة بالشكل الذى ترونوه ، و لخلقه الرفيع الذى طالما عاملنا به فهو أخ و صديق قبل أن يكون مشرفاً ، فسأل الله تعالى أن يمدء بالصحة والعافية و الدرجات الرفيعة .

كما يطيء بلي أن أتقى دم بالشوك والامتنان لكل أساتذتي الذين نهلث من ينابيع علومهم في مرحلة الدراسة التحضيرية : الأستاذ الدكتور عبد علي سوادي ، والأستاذ الدكتور صلاح جبير البصيسي ، والأستاذ المساعد الدكتور علي سعد عمران ، والأستاذ المساعد الدكتور احمد شاكر ، والأستاذ الدكتور حكمت الدباغ ، والأستاذ المساعد عباس حكمت.

الشكر بعمقه لا يكفي بالوفاء لما قدمه لي عميد كلية القانون - جامعة كربلاء أستاذ القانون
الجنايي الاستاذ الدكتور ضياء عبد الله عبود الأسدي من مساعدة وتوجيه وإرشاد كان له بالغ الأثر في
إتمام دراستي للماجستير ، ولا يسعني في هذا المقام إلّا أن أقول له أطال الله في عمرك رفداً لخدمة العلم و
المتعلمين .

شكري وعرفاني ، للأستاذين الخبريين المقوم اللغوي والعلمي المحترمين ، وأساتذتي أعضاء لجنة المناقشة المحترمين لما سيدعوني على من توجيهاتهم السديدة وملحوظاتهم الدقيقة من فيض الخبرات المتراكمة التي يحظى بها فـي هذا الاختصاص ، جزاهم الله خيرا ، وليتنسن لي العمل بها ، لإظهار الرسالة بما هو أفضل مما هي عليه ، ولتبرز في حيز الوجود وتتخذ مكانها بين الرسائل المقدمة 0

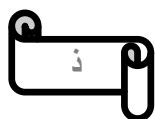
الشكر والتقدير إلى العاملين في مكتبة كلية القانون - جامعة كربلاء و مكتبة كلية القانون - جامعة الكوفة و مكتبة كلية القانون - جامعة بابل و مكتبة كلية القانون - جامعة النهرين و مكتبة كلية القانون - جامعة بغداد و مكتبة المعهد القضائي و المكتبة الحيدرية و مكتبة العتبة الحسينية المقدسة و العباسية المقدسة وكذلك موظفي قسم الدراسات العليا في كلية القانون - جامعة كربلاء على ما أبدوه من تعاون كبير و حسن تعامل ٥

المحتويات

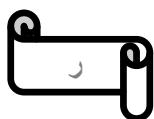
الصفحة		الموضوع
إلى	من	
أ	أ	آلية القرآنية الكريمة
ب	ب	الاهداء
ج	ج	شكر و عرفان
ر	د	المحتويات
3	1	المقدمة
46	4	الفصل الأول ماهية تراخيص الهاتف النقال
22	5	المبحث الأول : مفهوم تراخيص الهاتف النقال.
12	5	المطلب الأول: التعريف بتراخيص الهاتف النقال
9	5	الفرع الأول : تعريف تراخيص الهاتف النقال
12	9	الفرع الثاني : مسوغات منح تراخيص الهاتف النقال
22	13	المطلب الثاني : الخصائص الذاتية لرخصة استعمال الاشعة غير المؤينة
19	13	الفرع الأول : الرخصة قرار إداري
22	19	الفرع الثاني : الرخصة سند قانوني
46	22	المبحث الثاني : التنظيم القانوني لمنح التراخيص وآثار عدم تنفيذه
35	22	المطلب الأول : منح التراخيص
28	23	الفرع الأول : السلطة المختصة بمنح التراخيص وآلية منحه
35	29	الفرع الثاني : شروط منح الرخصة
46	36	المطلب الثاني : آثار عدم تنفيذ المرخص له لأنزاماته
41	36	الفرع الأول : فرض الجزاءات الإدارية المالية
46	41	الفرع الثاني : الجزاءات الإدارية غير المالية

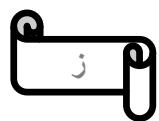


الصفحة	الموضوع
إلى	من
93	الفصل الثاني الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن منح تراخيص الهاتف النقال
77	المبحث الأول : المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ
61	المطلب الأول : ركن الخطأ في قيام المسؤولية الإدارية
52	الفرع الأول : الخطأ الإداري المستوجب لقيام المسؤولية الإدارية
56	الفرع الثاني : التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقى
61	الفرع الثالث : موقف المشرع والقضاء الإداري من الخطأ
71	المطلب الثاني : ركن الضرر في قيام المسؤولية الإدارية
67	الفرع الأول : التعريف بالضرر كأساس للمسؤولية الإدارية
71	الفرع الثاني : شروط الضرر وموقف المشرع والقضاء الإداري منه
77	المطلب الثالث : العلاقة السببية
74	الفرع الأول : التعريف بالعلاقة السببية
77	الفرع الثاني : معايير تحقق العلاقة السببية
93	المبحث الثاني : المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر وتحمل التبعية
85	المطلب الأول : أساس المسؤولية القائمة على المخاطر
82	الفرع الأول : فكرة المساواة أمام الأعباء العامة
85	الفرع الثاني : فكرة المخاطر
93	المطلب الثاني : اعفاء الإدارة من المسؤولية
90	الفرع الأول : القوة القاهرة
93	الفرع الثاني : خطأ المنفعين من خدمات الهاتف النقال



الصفحة	الموضوع	
إلى	من	
148	94	الفصل الثالث
آثار تحقق المسئولية الإدارية وضمانات الغير تجاه منح الترخيص		
118	95	المبحث الأول : آثار تتحقق المسئولية الإدارية
107	95	المطلب الأول : التعويض عن المسئولية الإدارية
102	96	الفرع الأول : الحكم بالتعويض
107	103	الفرع الثاني : تعويض الضرر القابل للتغير
118	108	المطلب الثاني : تبعات المسئولية
112	108	الفرع الأول : إلزام الشركة بتغيير أسلوب استعمال الرخصة
118	113	الفرع الثاني : إلزام الشركة بإزالة مصدر الضرر
148	119	المبحث الثاني : ضمانات الغير تجاه منح الترخيص
135	119	المطلب الأول : الضمانات غير القضائية
124	120	الفرع الأول : الضمانات السياسية
135	124	الفرع الثاني : الضمانات الإدارية
148	135	المطلب الثاني : الضمانات القضائية
144	136	الفرع الأول : دعوى الإلغاء
148	144	الفرع الثاني : سلطة المحكمة في تعديل القرار الإداري
152	149	الخاتمة
157	153	مشروع قانون رخصة الهاتف النقال
176	158	المصادر
		الملحق
		الملخص باللغة الأنكليزية





المستخلص

يعد مرفق الاتصالات في العراق مرفق حيوي الذي لو أحسن استعماله وفق آليات قانونية رصينة لا شك انه سينعكس ايجاباً على الجميع فالحكومة يمكن أن تحصل على ارباح تمول موازنتها العامة وتسيطر على الاتصالات وتحكم بالطيف الترديي بما يمنع الاستعمالات غير المشروعه وبالتالي توفير الحماية للمواطنين من الاضرار الصحية وكذلك توفير اكبر قدر من الخدمات المتميزة ، وكل هذا يعتمد على وضع قواعد قانونية تنظم تراخيص الهاتف النقال وتحدد جهة منحها والرقابة على استعمالها وتحمل تبعات ذلك .

يعتبر الطيف الترديي من الأموال العامة الذي يجب أن تحافظ عليها الدولة ، ومن المسلم به أن من بين الوسائل المتعددة التي تتمتع بها الادارة لحفظ تلك الاموال هو الترخيص الإداري ، الذي يقوم على تعليق ممارسة النشاط على موافقة الادارة، وهذا الترخيص هو قرار إداري يصدر عن هيئة الاعلام والاتصالات مستجتمع لجميع اركان القرار الإداري .

ويترتب على اعتبار الترخيص الهاتف النقال بوصفه قرار إداري عدة آثار ومن هذه الآثار هو قيام الشركة باستغلال الاثير أو الطيف الترديي عن طريق نصب أبراج الهاتف النقال التي تبث أشعة غير مؤينة الأمر الذي يسبب اضرار للمواطنين ، وبما أن هيئة الاعلام والاتصالات هي المسؤولة عن منح الرخصة للشركات بالاشتراك مع عدة جهات ، أو مسؤولة عن رقابة الشركات في حالة اساءة استعمال الرخصة ، فإنها تكون قد أخلت بواجب الرقابة الأمر الذي يثير مسؤوليتها الإدارية.

والمسؤولية الإدارية عن اضرار التراخيص تخضع للقواعد العامة في المسؤولية التي قد تكون مسؤولة على أساس الخطأ التي تقوم على ثلاثة أركان هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، إلا أن المسؤولية على أساس الخطأ قد لا تجدي نتيجة للتطور الحاصل في مجال تكنولوجيا الاتصالات الأمر الذي يستدعي الأخذ بنظرية المخاطر وتحمل التبعه التي تتسم بطابعها الموضوعي وتعلقها بالنظام العام وهي مسؤولية تكميلية ، أي أن القاضي لا يلجا الا اذا لم تتحقق نظرية الخطأ.

وفي مقابل تحقق المسؤولية الإدارية للهيئة الاعلام والاتصالات ، لابد أن تكون للأفراد الحق في التعويض ، وكذلك الطلب من الإدارة لإجبار الشركات على تغيير اسلوب استعمال الرخصة ، أو ازالة مصدر الضرر، وكذلك امام تحقق تلك المسؤولية ، فأن للأفراد وسيلة دفاع أكثر فاعلية وهي الحق في اللجوء للقضاء لإلغاء الرخصة أو تعديلها.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على سيد الأنبياء والمرسلين محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين. أما بعد فأننا نوضح بحثنا من خلال الفقرات الآتية :

أولاً: موضوع البحث

لتطور الحاصل في العلوم والتكنولوجيا وخاصة في مجال تقنية المعلومات والاتصالات أهمية خاصة حيث حولت ثورة الاتصالات العالم اليوم إلى قرية صغيرة إلا أن هذا التطور لم يخل من الاستخدام الخاطئ، ومن أجل وضع الحلول القانونية للمشكلات الناجمة عن هذا التطور التكنولوجي والمعلوماتي ارتأينا بحث الموضوع من جانب المسؤلية الإدارية؛ إذ دخلت العراق وسائل الاتصالات الحديثة ومتعددة بعد العام 2003 بشكل خاص الامر الذي يحتاج إلى وضع الاسس القانونية السليمة للتعامل مع هذا الموضوع الخطير والحيوي ، ومن ابرز ما شهدته الساحة العراقية تنافس حاد بين شركات الهاتف النقال لاجتذاب أكبر عدد من المشتركين وحصد الأرباح الطائلة الامر الذي يثير مسؤولية الجهات الحكومية المسؤولة أصلاً عن سير المرفق العام بانتظام واطراد ، وضمان تمتع المواطن بأفضل الخدمات عن طريق عقد يبرم بين الشركة والمواطن .

ثانياً: إشكالية البحث

منذ أن بدأت خدمة الهاتف النقال في البلاد والغموض يلف هذا الموضوع فلا أحد يعرف على سبيل الجزم ما الآلية القانونية التي اتبعت في في منح الرخصة ، ودور كل من هيئة الاعلام والاتصالات ووزارة الاتصالات وأيهما المسؤول عن الاخطاء والاضرار إن وقعت ، ثم من منهم المسؤول عن منح الترخيص لاستعمال الاشعة غير المؤينة التي يعتمد عليها في تشغيل خدمات الاتصالات بواسطة الهاتف النقال ؟ ، ومن جانب آخر مهم هو ان التقارير الطبية تشير إلى أن هذا النوع من الاشعة المنبعثة من مرسلات ابراج الهاتف لها آثار سلبية تتعكس على صحة الانسان والبيئة التي يعيش فيها ، فمن يرى يمكن مقاضاته من قبل المواطن المتضرر ؟ ، ومن هي المحكمة المختصة بذلك ؟ ؛ ولای قانون يمكن الركون للمطالبة بالتدخل الفوري ورفع تجاوزات الشركات واحتطائها ؟ ، منطلقين في كل ما تقدم من تساولات من مبدأ قانوني اداري ثابت هو ضرورة سير المرافق العامة بانتظام وأطراد ومسؤولية الادارة قبل غيرها عن ذلك ، وعندما تعهد للغير للنهوض بالخدمات نيابة عنها بالتأكيد هذا لن يخلي مسؤوليتها القانونية ، وفي ضوء ذلك نتساءل عن الآلية القانونية المتبعة في منح الترخيص بعد ابرام العقد مع الشركة ، وسنحدد في ثنايا بحثنا أهم الاحكام

القانونية للمسؤولية الإدارية الناجمة عن منح تراخيص استعمال ترددات الطيف بالأشعة غير المؤينة وفقاً لاحكام المادة (110) من دستور جمهورية العراق لعام 2005م.

ثالثاً: أهمية الموضوع

لاشك إنّ أهمية الموضوع تستقى من الغموض الذي لا يبارح ملف الاتصالات في العراق ومستقبل هذا المرفق الحيوي الذي لو أحسن استعماله وفق آليات قانونية رصينة لاشك أنه سينعكس ايجابياً على الجميع فالحكومة يمكن أن تحصل على ارباح تمول موازنتها العامة وتسيطر على الاتصالات وتحكم بترددات الطيف بما يمنع الاستعمالات غير المشروعة ، والمواطن سيحصل هو الآخر على خدمات متميزة وينقل إلى أعلى مراحل الرفاهية الاجتماعية ، كما أن الشركات ستحقق هي الأخرى مبتغياتها من العمل في العراق وحصد الارباح ، وكل هذا يعتمد على وضع قواعد قانونية رصينة تنظم التراخيص وتحدد جهة منحها والرقابة على استعمالها وتحمل تبعات ذلك ، فالليوم نجد إن هيئة الاعلام والاتصالات هي من تمنح الترخيص ووزارة البيئة تصدر تعليمات رقم (3) لسنة 2010م حول مخاطر الاشعة غير المؤينة ووزارة الاتصالات دائماً تحذر وتراقب عمل الشركات ، ما يعني وجود تشتبث في هذا الامر في العراق وغياب الرؤية القانونية السليمة والسياسة الموحدة وكل هذا ناتج عن التداخل وعدم وضع الحدود الفاصلة بين الاختصاصات والصلاحيات وتحمل التبعات وهو ما نسعى في بحثنا هذا إلى إبرازه.

رابعاً: منهجية البحث

تحتاج الدراسة إلى منهج علميٍّ و معطيات ، و منهجية تضبط بنية الدراسة لذلك سيكون المنهج المتبّع هو التأصيلي والتحليلي المقارن حيث تعتمد على تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع كما أنها دراسة تعتمد أسلوب المقارنة كلما امكن ذلك وسنزعزز البحث بأهم الاحكام القضائية العراقية والمقارنة .

خامساً: خطة البحث

استناداً إلى ما سبق من إشكالية و منهج و معطيات ستكون منهجية الدراسة موزعة على ثلاثة فصول ، يسبقها مقدمة ، تضمنت التعريف بموضوع البحث و أهميته و إشكالية البحث و المنهج المعتمد و هيكلية أو خطة البحث ، و يتناول الفصل الأول ماهية تراخيص الهاتف النقال و تضمن مبحثين ، و تتناول في المبحث الاول مفهوم تراخيص الهاتف النقال ، و تتناول في المبحث الثاني التنظيم القانوني لمنح التراخيص و آثار عدم تنفيذه ، و الفصل الثاني يتناول الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن منح تراخيص الهاتف النقال و تضمن مبحثين ، تتناول في المبحث الأول المسؤولية الإدارية على اساس الخطأ ، وفي المبحث الثاني

المسؤولية الإدارية على اساس المخاطر وتحمل التبعة ، أما الفصل الثالث فسيكون البحث فيه منصباً على آثار تحقق المسؤولية الإدارية و ضمانات الغير تجاه منح الترخيص ، إذ نتناول في المبحث الأول آثار تحقق المسؤولية الإدارية ، ونناول في المبحث الثاني ضمانات الغير تجاه منح الترخيص .
و سنختتم البحث بتضمينه أهم النتائج التي توصلنا إليها ، مردفين ذلك بأهم التوصيات و ذلك في الخاتمة.

والله ولي التوفيق

الباحث

الفصل الأول

ماهية تراخيص الهاتف النقال

من المسلم به أن من بين الوسائل المتعددة التقليدية التي تتمتع بها الإدارة لحفظها على الأموال العامة هو الترخيص الإداري الذي يعتبر من الوسائل الأكثر انتشاراً لقيام الإدارة بمهامها الوظيفية ، ورخصة الهاتف النقال لا تعود أن تكون ، أيضاً ، ترخيص إداري يصدر عن الإدارة في العراق ويسمح لشركات الهاتف النقال بمقتضاه بإستغلال الطيف الترددية في الأثير العراقي.

إذا كان ترخيص الهاتف النقال عبارة عن موافقة تصدر عن الإدارة بإرادتها المنفردة ، فإن هذا يعني أنه قرار إداري يجب أن يستجمع جميع أركان القرار الإداري (السبب والاختصاص والمحل والشكل ، والغاية) ، أي توفر فيه جميع الخصائص الذاتية للقرار الإداري، الأمر الذي يتطلب منا توضيح مفهوم الترخيص بصورة عامة ومفهوم رخصة الهاتف النقال بصورة خاصة ومعرفة فيما إذا كان يمثل سند قانوني يخول الشركات بعض مظاهر السلطة العامة ، ثم ننتقل بعد ذلك لنتساءل عن السلطة المختصة بمنح هذه الرخصة وشروط منحها ، ثم نوضح بعد ذلك سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية ، عليه سوف نقسم هذا الفصل إلى مباحثين ، وكالتالي :

المبحث الأول : مفهوم تراخيص الهاتف النقال.

المبحث الثاني : التنظيم القانوني لمنح الترخيص وآثار عدم تنفيذه.

المبحث الأول

مفهوم تراخيص الهاتف النقال

إن المال العام وفقاً للرأي السائد بالفقه يعد مملوک للدولة ومخصص للنفع العام وليس للنفع الفردي. ويترتب على ذلك ، أن المال العام لا يكون محل لحق فردي ، ولا يجوز للأفراد الانتقاع به دون إذن من الدولة في حدود ما تراه متفقاً مع تخصيصه للنفع العام وغير ضار بوعاء هذا المال⁽¹⁾، لذلك يد الدولة أكثر اطلاقاً في تنظيم الاستغلال الخاص للمال العام وتقييده وأن من أبرز وسائل التقييد هو فرض نظام الترخيص .

بما إن مصطلح تراخيص الهاتف النقال قد يختلط مع بعض المصطلحات ، لذا ارتأينا بيان تعريف تراخيص الهاتف النقال ، فإذا انتهينا من هذه المسألة خضنا في مسألة أخرى وهي الخصائص الذاتية لرخصة استعمال الاشعة غير المؤينة ؛ لذلك نفرد لكل منها مطلب خاص.

المطلب الأول

التعريف بتراخيص الهاتف النقال

في هذا المطلب سيعرض الباحث لتبيان تعريف تراخيص الهاتف النقال بالوقوف على معناها في اللغة ، وفي الاصطلاح ليتوضح لنا جلياً مفهومها ومحتوها وبذلك نتوصل إلى سماتها وخصائصها التي تميزها عما سواها ولتوسيع ما تقدم قسمنا المطلب على فرعين نتناول في المطلب الأول منها لتعريف تراخيص الهاتف و نتناول في المطلب الثاني منها مسوغات منح التراخيص ، وكالآتي :

الفرع الأول

تعريف تراخيص الهاتف النقال

الرخصة لغة تدل على معانٍ عدة منها التسهيل في أمر معين أي إعطاء رخصة له ، في حقة ، أي أخذ ما أمكن أو التيسير والتخفيف على الإنسان ، فيقال أرخص له في الامر:

1- د. محمد الطيب عبد اللطيف ، نظام الترخيص والاطخار في القانون المصري، مطبعة دار التأليف، القاهرة، 1956، ص25.

سهلة ويسره والجمع رخص⁽¹⁾.

يقال رخص في هذا ، ورخصه فيه : أذن له فيه بعد النهي عنه⁽²⁾.

يتضح من ذلك ، إن التراخيص يقصد به التخفيف والتيسير على المرخص له وليس المنع والحظر ، فالنشاط في اصله مباح ، وبعبارة أخرى أن التراخيص هو استثناء من الحرية لا من الحظر.

الرخصة اصطلاحاً ، عرفها فقهاء القانون العام التراخيص الإداري بشكل عام من دون التطرق إلى تراخيص الهاتف النقال وعلى النحو الآتي :

ذهب البعض إلى أن التراخيص : "وسيلة من وسائل تدخل الدولة عند ممارسة الأفراد لنشاط معين وذلك لأجل الوقاية مما قد ينجم عن هذا النشاط من أضرار تصيب النظام العام والصالح العام وهذا ما يتطلب من الإدارة أن تفرض ما تراه مناسباً وملائماً من الاحتياطات التي من شأنها أن تقي من هذه الأضرار"⁽³⁾ ، ويعبّر على هذا التعريف أنه يميل إلى الضبط الإداري في الوقت الذي يتناسبى الأمر الآخر الأكثر أهمية وهو التنظيم المرفقى.

كما عرفها بعضهم الآخر بأنها: "الإذن الصادر من الإدارة المختصة بممارسة نشاط معين لا يجوز ممارسته بغير هذا الإذن ، تقوم الإدارة بمنحه إذا توافرت الشروط الازمة التي يحددها القانون"⁽⁴⁾ ، ويعبّر على هذا التعريف ، أيضاً ، أنه يركز على الجانب التنظيمي ويتناهى جانب الضبط الإداري الذي يمنع وقوع المخالفات .

كذلك عرفها أحد الباحثين : "هو إجراء إداري فردي له بعض الخصائص القانونية المختلفة التي تجعل منه في النهاية قراراً إدارياً لكنه ذو طبيعة خاصة لتعلقه بأوضاع وإجراءات

1- ابن الفيض ، مجد الدين السيد محمد مرتضى الحسيني ، شرح تاج العروس ، دار ليبيا ، فصل الراء- باب النساء-

.76/8

2- الرazi ، محمد بن ابى بكر ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، ط1 ، الكويت ، 1952، ص179.

3- د. محمد الطيب عبد اللطيف ، نظام التراخيص والأخطر في القانون المصري ، مصدر سابق ، ص427.

4- د. طارق إبراهيم الدسوقي عطيه ، النظام القانوني لحماية البيئة ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، 2009م ،

ص355.

ممتدة زمنياً تمس في الأساس الحقوق والحريات العامة للأفراد وبالتالي فهو يتم بسمات تختلف قليلاً عن سمات القرار الإداري العادي ومنها امكانية سحبه ، وكيفية نفاذة وسريانه وتعديله⁽¹⁾.

ننق مع هذا التعريف في جانب أن الرخصة هي أجزاء إداري يحمل خصائص تجعل منها قراراً إدارياً صادراً بالإرادة المنفردة للإدارة وهو لا يصدر إلا كأثر مباشر لعقد يبرم بين الإدارة والشركة ، و أحد أهم التزامات الإدارة الناشئة عن العقد هو تمكين الشركة من استعمال التردّدات البثية ، ونختلف معه في أنه لا يحمل فقط سمات القرار بل هو قرار بمعنى الكلمة.

يتربّ على تراخيص استعمال جزء من المال العام بالضرورة حقاً لصاحب وبالمقابل يتربّ عليه تقيد للنشاط الفردي إلا أن هذا التقيد يجب أن يكون بالقدر اللازم ومتقفاً مع النظام العام غير متناقض مع الصالح العام وفي حدود ما رسمه القانون ، وبناءً على ما تقدم ان التراخيص هو استثناء من الأصل العام المتمثل بالحرية ، إذ يجب أن يكون صاحب التراخيص في مركز قانوني مستقر يستطيع أن يمارس به نشاطه ضمن الشروط والأوضاع القانونية المحددة قانوناً ، ويلاحظ أن الإدارة قد ترفض الإذن بممارسة النشاط إذا كان غير مستوى الشروط التي يقررها المشرع⁽²⁾ ، ومع تقديرنا لهذا الرأي إلا أنه غير دقيق ونرى أن التراخيص استثناء من الحضر لأن الآثير المحيط بالكرة الأرضية هو مال عام واستعماله محروم إلا بأذن الدولة وبالتالي هو يتعلق بسيادة الدولة والقول أنه استثناء من الحرية يقصد به حرية استعمال المال العام للجميع واختصاص أحدهم بجزء منه هو الاستثناء .

استناداً إلى ما تقدم من التعريفات يتضح لنا المبادئ الآتية :

- 1- الرخصة قرار إداري : إذ اعتبر بعض الفقه أن الرخصة هي ذات طبيعة خاصة تقترب من مفهوم القرار الإداري.
- 2- السلطة تقديرية في منح الرخصة: إذ لاحظ الفقه أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في منح الرخصة و اختيار الزمان والمكان ولا يحد من هذه السلطة إلا البنود العقدية التي تم الاتفاق عليها.
- 3- التراخيص شكل من اشكال ممارسة الإدارة لسلطة الضبط الإداري.

1- عمرو ياسر حسام الدين ،النظام القانوني لتراخيص الاسلحة والذخائر والرقابة على ركن السبب فيها، اطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة القاهرة ، 2012 م،ص.5.

2- د. محمد ماهر ابو العينين ، التراخيص الإدارية، الجزء الأول، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة، 2006 م، ص356 .

إن ما تقدم لا يتفق معه الباحث كما بينا ذلك مفصلاً أعلاه عليه يعرف الباحث الترخيص بأنه : تصرف قانوني صادر عن الجهة الإدارية المختصة بمالها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة النافذة تخول من خلاله الغير سلطة استغلال جزء من المال بشكل منفرد للقيام بنشاط معين بغية تحقيق الصالح العام وشباع الحاجات العامة.

بالنسبة لتعريف ترخيص الهاتف النقال ، لم يشر المشرع العراقي في الامر (65) لسنة 2004 الصادر من سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة إلى تعريف الترخيص⁽¹⁾، وكل ما تطرق إليه في هذا الصدد أن هيئة الاعلام والاتصالات تدير عمليات ترخيص خدمات الاتصالات هذا ما أشارت إليه المادة الاولى من القسم الخامس من الامر (65) لسنة 2004.

أما المشرع الاردني فقد عرف الترخيص بأنه "العقد ، أو الأذن ، أو الاتفاقية بين (الهيئة) ، والشخص للسماح له بإنشاء ، أو تشغيل أو إدارة شبكة اتصالات عامة ، أو خاصة، أو استخدام موجات راديوية وفقا لأحكام هذا القانون والأنظمة الصادرة بموجبة "⁽²⁾.

في حين عرفها المشرع القطري"الإذن الصادر من المجلس(المجلس الأعلى للاتصالات وتكنولوجيا المعلومات) ، أو من الأمانة العامة لفرد ، أو فئة من الأفراد لإمتلاك أو تشغيل شبكة اتصالات ، أو تقديم خدمات الاتصالات ، أو استخدام الطيف التردددي، ولا يشكل عقداً ، أو اتفاقية ثانية"⁽³⁾.

مما تقدم إن تطوير المبادئ التي استقيناها من تعاريف الترخيص الإداري بشكل عام وكذلك تعاريف الترخيص في قوانين الدول التي قمنا بإستعراضها أعلاه لكي نطبقها على رخصة الهاتف النقال بشكل خاص ، من حيث هي قرار إداري صادر عن جهة إدارية ، ومن حيث هي

1- كذلك لم يشر قانون تنظيم الاتصالات المصري رقم(10) لسنة 2003 إلى تعريف الترخيص. أما مشروع قانون الاتصالات والمعلوماتية العراقي نجهه قد عرف الترخيص وذلك في الفقرة (13) من المادة الأولى بأنه:(الموافقة التي تمنحها الهيئة إلى شخص بموجب عقد مقابل مبلغ معين وفقا لأحكام القانون مما يتبع له استخدام قناة ترددية معينة لتشغيل شبكة اتصالات خاصة ، أو عامة لا سلكياً)، ونرى أن التعريف اصاب كبد الحقيقة عندما اعتبر الترخيص يصدر بناءً على عقد إداري يبرم بين جهة ادارية والغير ما يفتح الباب واسعاً أمام تلك الجهة الإدارية المختصة لمنح التراخيص باستخدام الترددات البيشة وفق اسس مهنية وموضوعية .

2- المادة (1) من قانون تنظيم الاتصالات الاردني رقم (13) لسنة 1995 م.

3- المادة (1) من قانون الاتصالات القطري رقم (34) لسنة 2006 م.



وسيلة رقابية ، وبما أن معظم التشريعات ، وكذلك الفقه القانوني لم يضع تعريفاً موحداً وشاملاً لرخصة الهاتف وترك تحديد مفهومها إلى النظرية العامة.

لذا يعرف الباحث رخصة الهاتف النقال بأنها : قرار إداري صادر عن الجهة المختصة إدارياً (هيئة الاعلام والاتصالات) بموجب عقد إداري تمنح فيه الإذن إلى شخص ، أو شركة لتشغيل شبكة اتصالات عامة ، أو خاصة ، أو تقديم خدمات الاتصالات باستخدام الطيف الترددية ، وتترتب عليه آثار قانونية تظهر بصيغة حقوق أو واجبات على المرخص له.

أما التعريفات الفقهية والقضائية فلم يتسع لنا الحصول عليها بسبب حداثة الموضوع وعدم تناول الباحثين له.

الفرع الثاني

مسوغات منح تراخيص الهاتف النقال

يجد نظام الترخيص تبريره وضرورته فيما يحقق من اهداف في فكرتين هما الضبط الإداري والانتفاع الخاص بإدارة مرفق مهم إلا وهو مرافق الاتصالات، بفهم مما ذكر أن الترخيص يجد تبريره ، وبالتالي ضرورته في صفتـه الوقـائـية التي تتعلق بسلامـة الدـوـلـة وأـمـنـ الأـفـرـادـ وـصـحتـهـمـ العـامـ وـسـلـامـةـ استـخـدـامـ المـالـ العـامـ ،ولـهـذـاـ كانـ التـرـخـيـصـ أـمـرـاـ عـدـلـاـ وـنـظـاماـ ضـرـورـيـاـ⁽¹⁾.

أولاً: مسوغات تتعلق بالضبط الإداري والنظام العام

إن الضبط الإداري مجموعة الإجراءات والقرارات والأوامر التي تتخذها السلطة الإدارية بغية المحافظة على النظام العام⁽²⁾، بعناصره الثلاثة المعروفة⁽³⁾، والضبط الإداري يتمحض عنه فرض قيود على الحريات الفردية بغية المحافظة على النظام العام⁽⁴⁾ ، وبما إن

1- د. محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري ،مصدر سابق،ص 392.

2- يعرف النظام العام بأنه هو "مجموعة مصالح عليا مشتركة لمجتمع ما في زمن معين يتفق الجميع على ضرورة سلامتها ، ويكون النظام العام من ثلاثة عناصر هي الامن العام والصحة العامة والسكنية العامة". ينظر د. ماهر صالح علاوي الجبوري ،مبادئ القانون الإداري، المكتبة القانونية ،بغداد،2007م،ص 155 .

3- د. عدنان الزنكه، سلطة الضبط الإداري في المحافظة على جمال المدن وروائتها، 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،2011م،ص 25. ولا نتفق مع الفقه الذي يرى أن عناصر الضبط ثلاثة ، بل هي أربعة عناصر هي الامن العام والصحة العامة والسكنية العامة والأداب والأخلاق العامة.

4- د. ماهر صالح علاوي الجبوري ،مبادئ القانون الإداري، المصدر سابق، ص 62.

هدف الإدارة حماية النظام العام ، فإن الترخيص هو أحد الأساليب التي تلجأ إليها الإدارة في صيانة النظام العام ، وبالتالي النظام العام قد يكون ذريعة ، أو مسوغ لتدخل الإدارة.

ثانيًا: المسوغات التي تتعلق بحماية المال العام وتنظيم استخدامه

بالنسبة لانتفاع الخاص بالمال العام ، مثلاً هو معلوم هنالك الاستعمال الاعتيادي وغير الاعتيادي للمال العام وهذا الاختلاف في طبيعة الاستعمال ينعكس على سلطة الإدارة في تنظيم الترخيص، حيث تكون سلطتها مقيدة بالنسبة لتنظيم الاستعمال الاعتيادي ، بينما تكون سلطتها تقديرية في ما يتعلق بالاستعمال غير الاعتيادي للمال العام، وبما إن الترخيص هو عمل من جانب واحد تصرح به الإدارة لشخص بأن يشغل جزء من المال العام المخصص أساساً لاستعمال الأفراد وبالتالي يكون الاستعمال غير عادي ومن ثم يجب أن يخضع للترخيص⁽¹⁾.

كما يجمع فقهاء القانون على أن تراخيص الانتفاع الخاص بالمال العام وأن كانت تكسب المرخص لهم حقوقاً وامتيازات تكون أقوى من التراخيص العادية ، إلا أن هذا الامر يجب إلا يصل إلى درجة الاضرار بالمصلحة العامة ، وكذلك لا تنتقص من صلاحية الإدارة في الضبط الإداري⁽²⁾.

من جانب آخر عند عدم قيام الإدارة بواجبها نحو كفالة النظام العام ، فإنها سوف تسأل عن الخطأ الإداري ، ومن ثم يجب أن يسمح للإدارة بفرض نظام الترخيص على ممارسة النشاط الفردي الذي يمس المصلحة العامة، فضلاً عن هذه الأسباب هنالك اسباب أخرى إلى جانب النظام العام ، تتمثل بالمحافظة على الاقتصاد القومي ، وحماية البيئة ، وحماية المستهلك⁽³⁾.

بالتالي أن الإدارة عند تدخلها إدارياً في مجال الترخيص ، فإنها تستند إلى اسس ومفاهيم تبدو منطقية لتبرر تدخلها، فإذا كان من البديهي ، أن يترك كل انسان ليختار ما يحلو له من نشاطات ، فمن باب أولى وجوب أن يكون استعمال الحق ضمن ضوابط وحدود وإلا أصبح

1- د. علي محمد بدير ، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، د. مهدي ياسين السلامي، مبادئ واحكام القانون الاداري، مكتبة السنهروري، بيروت ،2012م،ص400 وما بعدها.

2- رنا محمد راضي البياتي ،دور الادارة في منح الاجازة الاستثمارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة النهرين ، 2015 م ، ص39 .

3- د.عبد الملك يونس محمد، أساس مسؤولية الادارة وقواعدها - دراسة مقارنة- بين نظمتين القضاء الموحد والمزدوج ، دار الكتب القانونية ، مصر،2012م، ص148 وما بعدها . و المزيد ينظر د. محمد الطيب، الترخيص والأخطر ، مصدر سابق، ص413 وما بعدها.

تجاوزًا للحق واضحًا تعسفاً في استعماله، بحيث يجب إقامة توازن بين حرية الفرد في ممارسة النشاط ، وبين احترام حقوق الآخرين وحقوق المجتمع من الاضرار التي قد تنشأ عن هذا النشاط⁽¹⁾.

على أساس ذلك ينبغي أن لا تتعارض وظيفة الإدارة في هذا الجانب مع الضمانات الدستورية والقانونية للحريات الفردية ، لأن هذه الحريات يجب أن تمارس في حدود القانون وبما يمكن الجميع من ممارسة حرياتهم بانتظام ، ويقتصر دور الدولة في الحفاظ على تنظيمها وتقييدها للحريات من دون حظرها بشكل كامل ، ويجب مراعاة أن يكون هذا التقييد بالقدر الضروري للوقاية من الضرر الذي قد يترتب عليه حرمان ، أو تقييد حرية وحقوق الغير ، فالدولة لها الحق في فرض نظام الترخيص على ممارسة هذه الأنشطة حتى يتاح للإدارة الفرصة للتأكد من عدم وجود ما يضر بالمجتمع والمصلحة العامة نتيجة ممارستها⁽²⁾.

ثالثاً: المسوغات التي تتعلق بالسير المنتظم للمرافق العامة

إن فرض الترخيص يبرره مبدأ قانوني آخر إلا وهو سير المرفق العام باستمرار وأطراد ، لما كانت الغاية الأساسية من إنشاء المرافق العامة هي اشباع الحاجات العامة للناس وتقديم الخدمات لهم ، وبما أن كل توقف في سيرها يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمواطنين وبالتالي إلحاق الضرر بالبلاد بصورة عامة وأثارة مسؤولية الإدارة عن عدم قيامها بدور الرقابة الفعال ونتيجة لكثرة المهام التي تتضطلع بها الدولة في الوقت الحاضر زيادة تدخلها في الشؤون العامة كافة سياسياً واقتصادياً وثقافياً⁽³⁾ ، كل ذلك أدى إلى استعانة الدولة بالقطاع الخاص ، على أن يكون ذلك تحت رقابتها وتوجيهها والترخيص خير وسيلة لرقابة وتوجيه الشركات.

أما مسوغات الترخيص في مجال مرفق الاتصالات بشكل خاص فهو وجود هيئات تنظيم حكومية ، أو مستقلة ولا بد أن تكون لهذه الهيئات اهداف وغايات مهمة لمنح الترخيص ،

1- د. نعيم مغبب، الجديد في الترخيص الصناعي والبيئي، ط1،منشورات الحليبي الحقوقية، بيروت، 2006م، ص17.

2- د. عبد الحي حجازي ،المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مطبوعات جامعة الكويت ،1972،ص375 وما بعدها.

3- مثل ذلك طريقة التزام المرافق العامة والذي عرفه القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 في المادة (1/891) بأنه: "عقد الغرض منه ادارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد او شركة يعهد اليها باستغلال المرفق مدة محددة من الزمن بمقتضى قانون".

حيث تنظم هذه الترخيصات عملية الحصول على الخدمة العامة الأساسية كون الاتصالات تعدّ من الخدمات العامة ، ولابد للدولة أن تملك وسائل الضبط بيدها من أجل الحفاظ على هذه المنفعة ، كما أن الترخيص هو آلية لحماية المستهلك ، من ناحية تنظيم الأسعار والحفاظ على هذه المنفعة ، وحدود المسؤولية القانونية عند التقصير في تقديم الخدمة⁽¹⁾.

رابعاً: المسوغات الفنية والتنظيمية لمصلحة المستفيد

إن الترخيص يعتبر ضمانة للاستمرار وجود منافس جديد في سوق الاتصالات ، حيث يتم حصر الترخيص في بعض الدول باثنين من الشركات فقط، كما أنه يمثل وسيلة حماية للشركات ، وكذلك الإطار التنافسي بين الشركات الذي تتحققه الترخيص من خلال شروط يفرضها الترخيص ، وهذه الشروط تعد اجراء وقائياً لضمان المنافسة العادلة⁽²⁾.

تأسساً على ما تقدم ، إن مسوغ الترخيص في مجال الاتصالات يكمن في جانبيين، الجانب الأول يتمثل في أن الأصل هو ممارسة كافة الأنشطة الفردية بحرية تامة دون أن تخضع لأي قيد ، ولكن هنالك بعض الأنشطة قد يتربّع على ممارستها ضرر أو خطر على الجمهور مما يدعو إلى حظرها ، أما الجانب الآخر يتمثل في أن أنشطة الاتصالات أصبحت من الأنشطة المهمة التي لا يمكن الاستغناء عنها ، يتربّع على ذلك أن تتدخل الدولة لتنظيم هذا النشاط الحيوي المدر للأموال والتي تعود في النهاية إلى خزينة الدولة ، وغير وسيلة لهذا التنظيم هو الترخيص الذي يتضمن مجموعة من الضوابط والشروط لمحافظة على المجتمع والأفراد.

عليه إن ترخيص الهاتف النقال ذو طبيعة مزدوجة؛ إذ عن طريقه تحافظ الدولة على النظام العام بمفهومه التقليدي والحديث (تنظيم استخدام الطيف الترددية) وبعبارة أخرى يتم ضبط سلوك شركات الهاتف بالمجتمع، وكذلك وسيلة لإدارة واستخدام المال العام.

المطلب الثاني

1- د. علي ناصر الخوليدي، دور الهيئات التنظيمية في قطاع الاتصالات، ط1، دار السلام، بيروت، 2012م، ص68.

2- د. علي ناصر الخوليدي، دور الهيئات التنظيمية في قطاع الاتصالات، المصدر السابق نفسه، ص69.

الخصائص الذاتية لرخصة استعمال الأشعة غير المؤينة

تتميز الرخصة بعدها صفات لا تخرج عن الصفات العامة للقرارات الإدارية إلا أنها تجعل من القرار الإداري الخاص بها نظاماً قانونياً متميزاً من الناحية القانونية والعملية وعليه أن الرخصة كعمل قانوني تتميز بعدها خصائص ، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب ، إذ قسمناه على فرعين، نتناول في الفرع الأول الرخصة كقرار إداري ، ونناول في الفرع الثاني الرخصة كسند قانوني.

الفرع الأول

الرخصة قرار إداري

في تحديد الطبيعة القانونية لرخصة الهاتف النقال نحتاج إلى الوقوف على خصائصها وهل هي قرار إداري أم لا ؟ فمن الناحية العملية سيكون لهذا الامر عظيم الفائد ؛ إذ ستتحدد بناء عليه المحكمة المختصة وطبيعة المنازعة و طبيعة التصرف الإداري . والسؤال هنا هل تتحقق اركان و عناصر القرار الإداري في الرخصة؟ للإجابة عن هذا السؤال لابد من العودة إلى تعريف القرار الإداري وأركانه واسقاط اركان القرار الإداري على الرخصة وفق ما ورد في اجتهادات القضاء والفقه الإداريين.

ذهب بعض الفقه إلى أن القرار الإداري "عمل قانوني تصدره جهة إدارية بإرادتها المنفردة بغية احداث تغيير في الوضع القانوني بإنشاء مركز قانوني جديد ، أو تعديل ، أو إلغاء مركز قانوني قائم"⁽¹⁾، في حين عرفه البعض الآخر بأنه "افصاح عن إرادة منفردة ، يصدر من سلطة إدارية ويرتب آثار قانونية "⁽²⁾، وعرفه آخرون بأنه "افصاح عن ارادة ملزمة بقصد احداث اثر قانوني وذلك أما بإصدار قاعدة تتشىء ، أو تعدل ، أو تلغى حالة قانونية عامة ، أو موضوعية حيث يكون العمل لائحة ، وأما بإنشاء حالة فردية ، أو تعديلها ، أو إلغائهما لمصلحة فرد أو افراد معينين أو ضدتهم في حالة القرار الإداري الفردي كالتعيين ، أو العزل ، أو منح رخصة ، أو الغائهما"⁽³⁾.

1- د. ماهر صالح علاوي الجوري ، القرار الإداري ، دار الحكمة الجديدة ، بغداد ، 1991 ، ص18.

2- د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ، 1987م، ص498.

3- د. سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، ط3، مطبعة جامعة عين شمس ، 1978م ص28.

أما على صعيد القضاء فقد ذهب القضاة الإداري المصري إلى تعريف القرار بالشكل الآتي "افصاح الادارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد احداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزًا وقانونًا وكان الباعث عليه ابتعاء مصلحة عامة"⁽¹⁾، كذلك عرفته محكمة القضاء الإداري السورية ، "افصاح الادارة عن إرادتها الملزمة للأفراد بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح... حين تتجه إرادتها إلى انشاء مركز قانوني"⁽²⁾.

من التعريفات أعلاه نستخلص أن القرار الإداري هو عمل أو تصرف قانوني صادر عن جهة إدارية بإرادتها المنفردة ، والرخصة هي الأخرى عمل ، أو تصرف قانوني يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة تحدث اثرًا قانونيًا معيناً وبذلك يتطابق تعريف الرخصة مع القرار فيكون تكييفها القانوني السليم أنها قرار إداري فردي تصدره الإدارة المختصة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين - الامر رقم (65)- بنية احداث اثر قانوني معين ممكناً وجائز قانوناً تحقيقاً للمصلحة العامة.

وإذا تم التسليم بأن الرخصة هي قرار إداري توافرت فيه جميع عناصر القرار الإداري فلابدّ إن تستجمع الرخصة كل أركان القرار الإداري من (الاختصاص والشكل والمحل والغاية والسبب) والتي سنتعرض لها وفق الآتي:

أولاً: الاختصاص

هو الصلاحية القانونية لموظف معين أو جهة إدارية معينة في اتخاذ قرار إداري تعبيراً عن أرادة الإدارة⁽³⁾، وهو ركن اساس في القرار الإداري وتخلفه يصيب القرار بالبطلان وركن الاختصاص يعد من النظام العام لذا يمكن أثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى⁽⁴⁾.

1- حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر ، في 12/2/1977، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في خمسة عشر سنة (1965-1980)، الجزء الثالث ، ص2012 .

2- حكم صادر في القضية رقم 132 لعام 1960، اشار إليه سعيد نحيلي، الترخيص الإداري، بحث منشور في الموسوعة العربية على الموقع التالي ، تاريخ زيارة الموقع 2016/9/23 . www.arab-ency.com

3- د. سميرة عبد هديهد ، الاختصاص في القرار الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2012م،ص34 .

4- د. محي الدين القيسي ، القانون الإداري العام ، ط1،منشورات الحلبي ،بيروت ،2007 ،ص102 .

بالتالي إن الإدارة مقيدة بالقواعد القانونية المنظمة للإختصاص ، ومن ثم الإختصاص لا يفترض⁽¹⁾.

من ناحية أخرى أن القانون هو الذي يحدد قواعد اختصاص أعضاء السلطة الإدارية وتكمل هذه القواعد عند اللزوم بالمبادئ القانونية العامة ، فمثلاً إذا نصّ القانون على اختصاص سلطة معينة لإصدار قرار معين وسكت عن بيان السلطة المختصة بإصدار القرار الخاص بإلغائه ، أو سحبه ، أو تعديله فإن الإختصاص بذلك ينعقد للسلطة التي أصدرته ذاتها⁽²⁾.

أما بالنسبة للسلطة المختصة بإصدار الرخصة فقد خصّ الامر (65) لسنة 2004 هيئة الأعلام والاتصالات بإصدار الرخصة طبقاً للفقرة الأولى من القسم الخامس⁽³⁾، إذ تملك هي وحدها إصدار الرخصة وإلغائها وبالتالي إن ركن الإختصاص متوفّر في رخصة الهاتف المحمول.

أما في مصر فإن السلطة المختصة في منح الترخيص هي الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات⁽⁴⁾، وفي الأردن تختص بإصدار الرخصة هو هيئة تنظيم قطاع الاتصالات⁽⁵⁾، وفي قطر فإن السلطة المختصة هي المجلس الأعلى للاتصالات وتكنولوجيا المعلومات⁽⁶⁾.

ثانياً: الشكل والإجراءات

هو المظهر الخارجي الذي يظهر فيه القرار وفقاً لما تحتمه القوانين والأنظمة والإجراءات التي يجب أن يمر بها القرار وتتبع في إصداره⁽⁷⁾ ، والacial أن القرار الإداري لا يخضع لشكل معين إلا إذا نصّ القانون على خلاف ذلك بأن استلزم كتابته أو احتواه على بيانات معينة ذكر سبب القرار مثلاً أو استوجب لإصداره إتخاذ إجراءات محددة كأخذ رأي احدى

1- سرى صاحب محسن العاملى، موقف القضاء الإداري العراقى من عيب الإختصاص ،بحث منشور في مجلة كلية التربية واسط، المجلد 11، العدد 11، 2012م، ص19 .

2- د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الاسكندرية، 2006م ،ص420 .

3- القسم (5) "1- تدير المفوضية عمليات ترخيص خدمات الاتصالات.....".

4- المادة (3) من قانون تنظيم الاتصالات رقم (10) لسنة 2003م.

5- المادة (4) من قانون الاتصالات الأردني رقم (13) لسنة 1995 .

6- المواد (25,27,28,29) من اللائحة التنفيذية رقم (1) لسنة 2009 لقانون الاتصالات القطري رقم (34) لسنة 2006.

7- د. أعاد على حمود الفيسى ، القانون الإداري، ط3، مطبعة الفجيرة الوطنية، الإمارات ،2008م، ص456 . كذلك للمزيد ينظر : سرى عبد الكريم إبراهيم ، عيب المحل في القرار الإداري ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة النهرین ، 2008م ، ص 8 و ما بعدها.

الهيئات⁽¹⁾ ، وأن أهمية الشكل تكمن في أنه يحول دون اتخاذ قرارات متسرعة وفي ذلك تحقيق لمصلحة الأفراد وتحقيق لحسن سير الموافق العامة والنشاط الإداري على حد سواء⁽²⁾.

أما بالنسبة للرخصة فالسؤال الذي يثار بهذا الصدد هل هناك إجراءات وشكليات تتبع في اصدار الرخصة؟

للإجابة عن هذا السؤال لابد من الاشارة إلى أن الرخصة تأخذ شكل قرار إداري مكتوب يصدر عن السلطة الإدارية المختصة (هيئة الاعلام والاتصالات) بحسب الامر (65) لسنة 2004م ؛ إذ تنظم القواعد القانونية إجراءات منح الرخصة ، إذ نصّ الأمر (65) على أنه " تكون جميع القرارات ، سواء أكانت صادرة عن المدير العام أم لجنة الاستماع أو مجلس الطعن ، قرارات كتابية و تناح للجمهور "⁽³⁾ ، عليه يجب أن تكون الرخصة مكتوبة. ومن التشريعات التي اشارت إلى وجوب إن تكون الرخصة مكتوبة هو التشريع القطري⁽⁴⁾، وكذلك اشترط المشرع المصري إن تكون الرخصة مكتوبة وقد تم وضع نسخة على موقع الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات⁽⁵⁾.

أما بخصوص الإجراءات فيقصد بها (الخطوات التي يجب إن يمر بها القرار قبل صدوره ، أو بعده وهي إجراءات يتطلبها القانون عند اتخاذ القرار الإداري دون أن تدخل في صياغته)⁽⁶⁾ ، وبالرجوع إلى القوانين والتعليمات في العراق نجدها اشترطت أخذ رأي وزارة البيئة في الرخصة الممنوحة كونها هي الجهة المسؤولة عن الحفاظ على البيئة ، ويعود لها حق رفض الترخيص ، ويكون قرارها ملزماً لا يجوز معارضته⁽⁷⁾ .

- 1- د. شريف يوسف خاطر ، القرار الإداري ، ط2، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2008-2009م، ص63-65.
- 2- د. محمود خليل خضير، نهاية القرار الإداري بغير طريق القضاء، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرین ، المجلد 20 ، العدد 10 ، 2008م ، ص6.
- 3- (القسم 8/ المادة 7) من الأمر(65) لسنة 2004م .
- 4- المادة (7) لقانون الاتصالات القطري الصادر رقم (34) لسنة 2006.
- 5- ينظر الموقع الرسمي للجهاز القومي لتنظيم الاتصالات المصري : www.ntra.gov.eg
- 6- د. محمود حلمي ، القرار الإداري، ط1 ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، القاهرة ، 1970 م ، ص88.
- 7- المادة (10) و(11) من قانون حماية وتحسين البيئة رقم (27) لسنة 2009 .

فضلاً عن ذلك يجب أن تكون تلك الإجراءات بالتنسيق مع وزارة الاتصالات⁽¹⁾، وكذلك يجب أن يكون منح الرخصة لا يتعارض مع القوانين المنظمة لأعمال البناء والتخطيط العمراني وقانون المحافظات غير المنتظمة في أقاليم رقم (21) لسنة 2008، وكذلك فعل المشرع المصري حيث اشترط في منح الرخصة موافقة القوانين المنظمة لأعمال البناء والتخطيط العمراني وقوانين البيئة والإدارة المحلية⁽²⁾، وكذلك اشار قانون الوقاية من الاشعاع القطري بأن لا يجوز العمل بأي مشروع في مجال الأشعة المؤينة وغير المؤينة دون الحصول على ترخيص من المجلس الأعلى للبيئة والمحمييات الطبيعية⁽³⁾. قصارى القول أن القوانين والتعليمات قد اشترطت اشتراطت عدة إجراءات وشكليات في اصدار الرخصة وعليه إن ركن الشكل والإجراءات متطلب في اصدار الرخصة.

ثالثاً: المثل

هو النتيجة التي يحدثها القرار ، أو الأثر القانوني الذي يرتتب⁽⁴⁾ ، أو هو الأثر القانوني الذي يترتب عليه حالاً ومبشرةً وبهذا يتميز القرار الإداري كعمل قانوني عن العمل المادي الذي يصدر من الإدارة فهذا الأخير يكون محله دائمًا نتائج واقعية أما الآثار القانونية غير المباشرة التي تترتب عليه فمرجعها المشرع⁽⁵⁾ ، والمثل في القرار الإداري هو من أهم عناصر وجوده بل هو العنصر الانعقادي الأكبر للقرار الإداري⁽⁶⁾.

أما بالنسبة للآثار التي ترتبتا الرخصة فهي عديدة من هذه الآثار ترخيص الحصول على الطيف الترددي لتوفير مختلف أنواع خدمات الاتصالات اللاسلكية، وكذلك يسمح للمرخص له

1- المادة (5) من تعليمات الوقاية من الأشعة غير المؤينة الصادرة من منظمات الهاتف النقال رقم(1) لسنة 2010م.

2- المادة (13) الفقرة (7) من قانون الاتصالات المصري رقم (10) لسنة 2003م.

3- حيث نصت (6) من قانون الوقاية من الاشعاع القطري رقم (31) لسنة 2002 م على أنه " لا يجوز بغير ترخيص من المجلس ...5-العمل بالإشعاعات المؤينة وغير المؤينة".

4- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2008، ص149.

5- د. سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، ط7، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2006م، ص358.

6- د. مصطفى عبد الغني عبد الغني ، المثل في القرار الإداري والرقابة القضائية عليه ، اطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق – جامعة بنى سويف ، 2011م ، ص32.

استيراد الأجهزة والمعدات الالزمة لعمله ، وبالتالي نجد أن الرخصة ترتب آثار كما هو الحال بالنسبة للقرار الإداري⁽¹⁾.

رابعاً: السبب

تُعرف أسباب القرار الإداري بأنها مجموعة العناصر القانونية أو الواقعية التي تدفع الإدارة إلى التصرف؛ ولذا يتعين على مصدر القرار الاستناد أما إلى أسباب قانونية أو واقعية . لهذا يستند القرار إلى هاتين الطائفتين من الأسباب ، أو هي الأسباب السابقة لإصدار القرار الإداري⁽²⁾، ويجب أن يكون السبب محدداً في وقائع ظاهرة وواضحة ، فلا يكفي السبب العام والمبهم وبصفة عامة يتطلب في السبب أن يكون موجوداً وفائماً حتى اتخاذ القرار ؛ لأن السبب قد يكون موجوداً لكن وجوده انتهى قبل إصدار القرار ، ومن جانب آخر يجب أن تستند الإدارة إلى أسباب مشروعة⁽³⁾.

بالتالي إن كل قرار إداري لابد أن يكون له سبب، والسبب كما قلنا هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تسود تدخل الإدارة لإصدار القرار لأحداث مركز قانوني معين يكون الباعث عليه ابتعاد مصلحة عامة⁽⁴⁾، وهذا الامر متوفّر في الرخصة حيث تتقدم الشركة بطلب للحصول على على الرخصة و هذا هو السبب الواقعي ، أما السبب القانوني قد يتّخذ شكل نصّ دستوري ، أو نصّ تشريعي ، أو حكم قضائي وهذا الامر ، ايضاً ، متوفّر في الرخصة حيث تصدر الرخصة استناداً إلى الامر (65) لسنة 2004م والتعليمات الأخرى.

خامساً: الغاية

يعرف ركن الغاية في القرار الإداري الهدف الذي تسعى الجهة الإدارية إلى تحقيقه من وراء أصدار القرار⁽⁵⁾ ، أو هي النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها، ذلك أن

1- ينظر القسم الخامس (المادة 2،1) من الامر (65) لسنة 2004. كذلك المادة (51) من قانون الاتصالات المصري رقم (3) لسنة 2010 على أنه "لا يجوز استخدام تردد أو حيز ترددات إلا بعد الحصول على ترخيص...".

2- د. علي خطار شنطاوي ، الرقابة القضائية على الظروف الخارجية لإصدار القرار الإداري، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية ، السنة الخامسة والعشرون ، العدد الثالث ، سبتمبر 2001م ، ص302.

3- د. وسام صبار العاني ، عيب السبب ومكانته بين أوجه الإلغاء في النظم المقارنة وال العراق ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق تصدر عن جامعة النهرین ،المجلد 14 ، العدد 2 ، السنة 2012م،ص.2.

4- د. عادل السعيد ابو الخير ، القانون الإداري ، بلا جهة نشر ، 2009م،ص29.

5- د. نجيب خلف احمد الجبورى ، القانون الإداري ، ط1، السليمانية ، 2015 م ، ص299.

سلطان الإرادة ليس بغایة في ذاته ولكنه سبيل إلى تحقيق المصلحة العامة⁽¹⁾ ، وبما أن الغایة الأساسية من انشاء المرافق العامة (مرفق الاتصالات) وتنظيمها هي اشباع الخدمات العامة للناس عليه إن غایة الإدارة من منح الرخصة هو تنظيم مرفق الاتصالات من أجل الحصول على خدمة الاتصال التي أصبح من غير الممكن الاستغناء عنها في الوقت الحاضر.

من الأهداف الأخرى التي حددتها المشرع كغاية للهيئة ما نصّ عليه الامر(65) لسنة 2004 "حماية مصالح المواطنين العراقيين بصفتهم مستهلكين لخدمات الاتصالات"⁽²⁾، وكذلك "ضمان تشغيل الاتصالات السلكية واللاسلكية ، وخدمات البث ونقل المعلومات بطريقة تتماشى مع معايير السلامة العامة"⁽³⁾، وكذلك جاء في مقدمة الامر (65) أحد الأهداف الأساسية لسياسة الاتصالات السلكية واللاسلكية الوطنية هو توفير خدمات الاتصالات العصرية لكافة المواطنين العراقيين بأسعار مناسبة معقولة. وكذلك ما نصّ عليه قانون الاتصالات المصري على أنه "يهدف الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات ضمان وصول خدمات الاتصالات إلى جميع مناطق الجمهورية ضمان الاستخدام الأمثل للطيف الترددية"⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

الرخصة سند قانوني

يهيمن على تنظيم الانتفاع بالمال العام الجوي فكرة أساسية تتعلق بالنظام العام وبصفة خاصة بسلامة الدولة ، وتستند هذه الفكرة بدورها على سيادة الدولة على الفضاء الجوي الذي يعلو أراضيها ، ويترتب على الفكرة السابقة أن الاصل في الانتفاع الخاص بالجو هو الحظر وليس الإباحة ، وبالتالي أن فرض الترخيص عليه تملية الضرورة ويبيرره هذا الاصل القانوني⁽⁵⁾، وهذا ما شار إليه الدستور العراقي أذ ذهب إلى أن للدولة الهيمنة والسيادة التامة على كامل اقليمها (برى، مائي، جوى)، وكذلك أن الدولة مسؤولة عن تنظيم الترددات البيئية ، وكذلك

1- د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية ، مصدر، سابق، ص358 .

2- القسم الأول (المادة 2) من الامر (65) لسنة 2004م.

3- القسم الأول (المادة 5) من الامر (65) لسنة 2004 م.

4- المادة (4) من قانون تنظيم الاتصالات المصري رقم (10) لسنة 2003م.

5- د. محمد الطيب عبد اللطيف ،قانون القضاء الاداري ، مصدر سابق ، ص184 .

ذهب إلى أن الأصل حرية الاتصالات إلا أنها تنظم بقانون⁽¹⁾، وكذلك ما قضى به قانون الطيران المدني العراقي رقم (148) لسنة 1974م⁽²⁾.

يعتبر من صور الانتفاع بالمال الجوي استغلال الطيف الترددية الذي يعرف بأنه هو عبارة عن الترددات الكهرومغناطيسية المتاحة لتوفير الاتصالات السلكية واللاسلكية وخدمات، البث والارسال⁽³⁾، كما أن الطيف الترددية ثروة طبيعية محدودة وهي الوسيلة الأساسية للاتصالات الراديوية حيث أنها تعدّ عاملاً أساسياً في تطور المجالات الحكومية والاقتصادية والاجتماعية في الدولة والمجتمعات، وهو الأساس لكل التقنيات اللاسلكية والخدمات والأنشطة اليومية للناس⁽⁴⁾.

يتم الترخيص باستعمال المال العام استعمالاً فردياً بواسطة قرار إداري تصدره السلطة الإدارية المختصة بالترخيص للشخص أو الأشخاص طالبي الانتفاع الخاص بعد التأكد من أن هذا الاستعمال لن يؤثر على الغرض الذي خصص له المال العام لمنفعة العامة، وللإدارة أن تلغى هذا الترخيص إذا خالف المستعمل أو المنتفع بالمال العام شروط الترخيص أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك⁽⁵⁾، وبما أن الطيف الترددية هو جزء من الآثير والفضاء وبالتالي يجب أن يتم بترخيص من الجهات الحكومية .

الجدير بالذكر قد يأخذ الاستعمال الخاص للمال العام صورة عقود تبرمها الإدارة مع بعض الأشخاص يحق لهم بموجبها الانتفاع بالمال العام ، حيث ترتب مثل هذه العقود للمنتفع بالمال حقوقاً تختلف في مداها وفوتها بإختلاف طبيعة الانتفاع وطبيعة المال المقرر عليه ، وفي هذه الحالة فإن مركز المتعاقدين يصبح أكثر قوة من الذي يستعمل المال العام بموجب ترخيص

1- حيث نصت المادة (40) من دستور 2005م " حرية الاتصالات والراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والالكترونية وغيرها مكفولة ... " ، كذلك نصت المادة (110) "تخص السلطات الاتحادية بالاختصاصات الحصرية الآتية: سادساً-تنظيم سياسة الترددات البثية والبريد" ، وأيضاً نصت المادة الأولى "جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ، ذات سيادة كاملة...".

2- حيث نصت المادة (4) من قانون الطيران المدني رقم (148) لسنة 1974م "للدولة السيادة الكاملة والمطلقة على الفضاء الجوي الذي يعلو فوقها".

3- الفقرة (7) من القسم (2) من الامر (65) لسنة 2004م.

4- ينظر الموقع الرسمي للجهاز القومي لتنظيم الاتصالات المصري تاريخ الزيارة 25/9/2016م . www.ntra.gov.eg

5- د. نواف كنعان، مبادئ القانون الإداري ،مركز البحث والدراسات، الشارقة ،2004م، ص312 وما بعدها.

نظرًا لأن الذي يحكم العلاقة بينه وبين السلطة المختصة عقد من العقود الإدارية ، في حين أن المرخص له يكون استعماله للمال العام بناء على قرار إداري⁽¹⁾.

يتربّ على تبعية الترددات لنظام الأموال العامة أن إنشاء شركة للاتصال يكون رهناً بإصدار ترخيص لصالح شخص معنوي بشغل الدومن العام للموجات. وإذا كانت الأموال العامة غير قابلة للتصرف ، فإن هذه القاعدة لا تمنع من السماح لأحد الأفراد بشغل المال العام شغلاً خاصاً بمقتضى ترخيص مسبق من الإدارة لجزء من المال العام⁽²⁾.

أشرنا إلى أن هذه الترددات التي تنتقل في الهواء تعتبر جزءاً من الدومن العام للدولة ، والمال العام وفقاً للرأي السائد في الفقه مملوك للدولة ومخصص للنفع العام وليس للنفع الفردي ، كما أصبحت الدولة تعمل على تتميته واستغلاله باعتباره جزء من ثروتها⁽³⁾.

وأن ندرة هذه الترددات ، ترتب عليه نشوء حق الدولة في تنظيم استخدام الدومن العام للموجات عن طريق الترخيص لندرة هذه الترددات ولمنع حدوث تداخلات ضارة بين الترددات المستخدمة عند إنشاء المحطات اللاسلكية حيث لا بدّ من الناحية الفنية الهندسية البحثة أن تكون هناك مسافة بين المحطة والأخرى وتحديد هذه المسافة يرجع إلى القوة الإشعاعية للمحطة اللاسلكية وارتفاع الأبراج ، علاوة على ذلك فإنه طبقاً لقواعد القانون الدولي للاتصالات لا يتم إنشاء أية محطة اتصالات إلا بترخيص حكومي لها متضمناً تخصيص تردد لها⁽⁴⁾.

نخلص مما تقدم أن استخدام الطيف الترددية خاضعة لسيادة الدولة وتدخل ضمن نظام الأملك العامة للدولة ولا يتم إنشاء أي محطة إلا بترخيص حكومي، وأن الرخصة هي سند قانوني ويمكن الاحتجاج بها ويتمثل ذلك في عدة جوانب ، الاول اهلية ممارسة النشاط من قبل المرخص له، والجانب الثاني ضمانة للإدارة وكذلك المرخص له ، حيث تستطيع الإدارة عن طريق منح هذا السند أن تراقب الشركة المرخص لها ، وكذلك تعتبر ضمانة لحامليها الذي

1- د. نواف كعنان، مبادئ القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص 313 .

2- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم 27 بتاريخ 26/12/1966، مجموعة أحكامها في عشر سنوات، ص 282 .

3- د. محمد الطيب عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 392 .

4- هذا ما أشارت له المادة (5) من لوائح الراديو للاتحاد الدولي للاتصالات ، تشكل هذه اللوائح الاداة الاساسية للاستعمال الدولي لطيف الترددات ولهذه اللوائح صفة المعاهدة الدولية.

يمارس نشاطه وفق الامر (65) لسنة 2004 ، والرخصة كقرار إداري وسند قانوني تنشأ آثار يترتب عليها إنشاء مركز قانوني جديد للمجاز له تمنحه حقوق وترتبط عليه الالتزامات.

من جانب آخر ان هذه الرخصة من شأنها ان تجعل الشركة ذات صفة على المال العام المتمثل بالأطياف اذ بدونها لا يمكن للشركة ان تثبت أي تردد ، أو تنظيم أي اتصال سلكي ، أو لاسلكي ، وأخيراً لابد أن نشير إلى أن الرخصة تضع المتعاقدين في مركز قانوني خاص يخوله استعمال المال العام أو الاختصاص بجزء من المال العام وبدون هذا لا يستطيع التصرف.

المبحث الثاني

التنظيم القانوني لمنح التراخيص وآثار عدم تنفيذه

في هذا المبحث سوف نتناول منح تراخيص الهاتف النقال التي تمارس من خلاله شركات الاتصالات العمل داخل الدولة المانحة، أو تختص أحدي المرافق العامة بالقيام بكل ما تقتضيه من إجراءات تنظيم الاتصالات. وفي إطار منح التراخيص نتساءل عن السلطة المختصة بمنح التراخيص وما هي شروط منحه هذا جانب، ومن جانب آخر فإن المرخص له قد يخالف شروط التراخيص الامر الذي يجب معه إلغاء التراخيص؛ في ضوء ما تقدم قسمنا هذا المبحث على مطلبين ، نتناول في المطلب الاول منح التراخيص ، وفي المطلب الثاني نتناول آثار عدم تنفيذ المرخص له لإلتزاماته.

المطلب الأول

منح التراخيص

سبق أن تم التوصل إلى نتيجة هي استجماع الرخصة لكل اركان القرار الإداري ، وبالتالي هي قرار إداري وبما أنها كذلك فيجب أن تصدر عن جهة إدارية في الدولة وفق إجراءات معينة ، ومن جانب اخر أن منح هذه الرخصة يجب أن يتم بشروط معينة تشرطها الإدارة وبناء على ذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين ، نتناول في الفرع الأول السلطة المختصة بمنح التراخيص ، ونتناول في الفرع الثاني شروط منح الرخصة.

الفرع الأول

السلطة المختصة بمنح التراخيص وآلية منحه

إن قرار التراخيص هو أثر من آثار تنفيذ العقد بين الدولة ممثلة بالجهة المنوط بها التنظيم (هيئة الاعلام والاتصالات)، والشركة المرخص لها ، وأن كانت معظم الدول تخول اصدار هذا القرار للجهة المنوط بها التنظيم.

من ناحية أخرى إن قرارات التراخيص كغيرها من القرارات الإدارية الأخرى لابد أن تأخذ شكل قرار تعطيه السلطة الإدارية المختصة والمنوط بها التنظيم بناءً على طلب الفرد أو الشركة⁽¹⁾، في ضوء ما تقدم سوف نتناول في هذا الفرع السلطة المختصة بمنح التراخيص ، وكذلك آلية منح التراخيص ، وكالتالي:

أولاً: السلطة المختصة بمنح التراخيص

كانت الجهة المختصة بمنح التراخيص في العراق هي وزارة النقل والمواصلات وذلك بموجب الامر رقم (11) لسنة 2004 الصادر عن السلطة الائتلافية المؤقتة ؛ إذ نصت المادة (1) منه "تتولى وزارة النقل والمواصلات مسؤولية ترخيص جميع خدمات الاتصالات السلكية واللاسلكية في العراق ولا يجوز تركيب أو تشغيل معدات الاتصالات السلكية واللاسلكية التجارية في العراق بدون اذن مسبق مكتوب من الوزارة ؛ إذ تعرض للمصادرة بدون تعويض أي من تلك المعدات التي تستخدم لهذه الاغراض التجارية بدون الحصول على ترخيص مسبق".

لكن بعد صدور الامر (65) لسنة 2004 الصادر ، أيضاً ، عن سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة انتقلت صلاحية منح التراخيص إلى المفوضية العراقية للاتصالات والاعلام (هيئة الاعلام و الاتصالات)، حيث اشار الامر بموجب القسم (12) الفقرة (1) منه إلى أن مسؤولية التراخيص المنصوص عليها في الامر (11) تنتقل من وزارة الاتصالات إلى المفوضية، وكذلك أشار القسم (5) من الامر رقم (65) لسنة 2004 إلى أن المفوضية (هيئة الاعلام والاتصالات) تتولى مهمة إدارة عمليات ترخيص خدمات الاتصالات في العراق وتتضمن استخدام طيف التردد الشعاعي بطريقة تعرف بقيمة هذا المورد وندرته ، وتتولى وضع نظام لترخيص القائمين على

1- فهد مرزوق فهد العنزي، النظام القانوني للتراخيص الاداري في دولة الكويت ، دراسة مقارنة، بلا جهة نشر، 2002م، ص59 وما بعدها.

تشغيل شبكات الاتصالات السلكية واللاسلكية، والقائمين على عمليات البث والارسال، وتحديد شروط الترخيص.

الجدير بالذكر إن هيئة الاعلام والاتصالات تعدّ الهيئة الأولى من نوعها في الشرق الاوسط في ما يخص ارساء معايير التنظيم المتداخل لقطاعي الاعلام والاتصالات واصلاحهما كون الفصل بين القطاعين صار يمثل عائقاً يحول دون نموهما وتطورهما كما ان الهيئة هي هيئة مستقلة ، غير مرتبطة بأية جهة وزارية بموجب الدستور العراقي مهمتها تنظيم وتطوير الاعلام والاتصالات في العراق ضمن المعايير الدولية الحديثة⁽¹⁾.

يقابل هذه الهيئة الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات في مصر حيث نصّ قانون الاتصالات على أنه "تنشأ هيئة قومية لإدارة مرفق الاتصالات تسمى(الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات)"، ويكون للجهاز الشخصية الاعتبارية العامة ويتبع الوزير المختص ، ويكون مقره الرئيس في محافظة القاهرة أو الجيزة⁽²⁾. وكذلك تقابلها هيئة تنظيم الاتصالات في فرنسا التي تعمل وفقاً للقانون رقم (26) لسنة 1996.

1- د. علي ناصر الخوليدي ، دور الهيئات التنظيمية في قطاع الاتصالات، مصدر سابق ، ص196. نصت المادة (103) من الدستور العراقي لعام 2005 على (أولاً): يعد كل من البنك المركزي العراقي وديوان الرقابة المالية ، وهيئة الاعلام والاتصالات ودوائر الأوقاف هيئات مستقلة مالياً وإدارياً، وينظم القانون عمل كل منها ثانياً: يكون البنك المركزي العراقي مسؤولاً امام مجلس النواب ، ويرتبط ديوان الرقابة المالية وهيئة الاعلام والاتصالات بمجلس النواب)، ونرى أن الدستور العراقي قد سمي الجهة المسؤولة عن تنظيم قطاع الاتصالات ومنها خدمات الهاتف بـهيئة الاعلام والاتصالات في حين اطلق عليها الامر (65) لسنة 2004م بالمفهومية العراقية للاتصالات والاعلام .

وقد نصت المادة (2) من مشروع قانون الاتصالات والمعلوماتية على أنه (تُؤسس هيئة تسمى هيئة الاعلام والاتصالات ترتبط بمجلس النواب وتتمتع بالشخصية المعنوية ويمثلها رئيس الهيئة أو من يخوله). و من جانب آخر إن تسمية الهيئات المستقلة المنصوص عليها في دستور العراق لعام 2005 تثير الحساسية لدى السلطة التنفيذية وهذه الحساسية هي صفة المستقلة التي تصرف الادهان إلى معنى التغريد خارج السرب الحكومي ، وهو ما لا تقوله لا المواد الدستورية ولا القوانين الخاصة بعمل هذه الهيئات ، حيث إن الاستقلال هنا يعني ان الحكومة تضع مشروعات القوانين وضوابط عمل خاصة بهذه الهيئات يصادق عليها مجلس النواب ، وخلال العمل يرتبط كثير من تفاصيل أدائه أو يتكامل مع أداء الوزارات والمؤسسات الحكومية الأخرى ، فيما يخضع هذا الاداء إلى مراقبة مجلس النواب كما هو حال باقي مؤسسات السلطة التنفيذية . ينظر: سالم مشكور ، هاجس استقلالية الهيئات التنظيمية، مجلة تواصل ،تصدر عن هيئة الاعلام والاتصالات ،السنة السادسة ،العدد الثالث والخمسون ،كانون الثاني/ 2013 م، ص90.

2- المادة (3) من قانون الاتصالات المصري رقم (10) لسنة 2003م.

أما بالنسبة للمملكة الأردنية فقد نصّ المشرع الأردني في قانون الاتصالات على أنه "تشأ في المملكة هيئة تسمى هيئة تنظيم قطاع الاتصالات ترتبط برئيس الوزراء وتتمتع بالشخصية الاعتبارية وبالاستقلال المالي والإداري ، ولها بهذه الصفة أن تمتلك الأموال المنقولة والغير منقولة اللازمة لتحقيق أهدافها ، وأن تتصرف بها وأن تتعاقد مع الغير وأن تقوم بجميع التصرفات القانونية بما في ذلك حق التقاضي ، وأن تتيّب عنها في الإجراءات القضائية المحامي العام المدني ، أو أي محام آخر"⁽¹⁾.

وفي الإمارات نصّ قانون الاتصالات على أنه "تشأ هيئة عامة مستقلة تسمى (الهيئة العامة لتنظيم قطاع الاتصالات) تهدف إلى القيام بالواجبات والمهام المنوطة بها بموجب أحكام هذا المرسوم بقانون ولائحته التنفيذية "⁽²⁾.

أما السلطة المختصة بإصدار الترخيص في الجمهورية اللبنانية هي الهيئة المنظمة للاتصالات وهي مؤسسة عامة مستقلة ، جرى تأسيسها بموجب القانون 431/2002م، وانطط بها تحرير وتنظيم وتطوير قطاع الاتصالات في لبنان⁽³⁾.

ثانياً: آلية منح الترخيص

لم يتضمن الامر (65) لسنة 2004 إجراءات منح الترخيص ، إلا أن هيئة الاعلام والاتصالات قد اصدرت دليل يتضمن إجراءات وارشادات لعام 2016 التي يتبعها مقدم الطلب للحصول على الترخيص ، وهذه الإجراءات ، كالتالي :

- تقديم طلب رسمي معد من قبل هيئة الاعلام والاتصالات موقع من قبل الجهة التي تطلب الترخيص يتضمن:

- الاسم التجاري الصريح لصاحب الطلب.

- طبيعة عمل الجهة طالبة الترخيص (إذا كانت قطاعاً خاصاً).

- الغاية من استخدام الترددات المطلوبة.

1- المادة (4) من قانون الاتصالات الأردني رقم (13) لسنة 1995م.

2- المادة (6) من قانون الاتصالات الاماراتي رقم (3) لسنة 2003م.

3- ينظر الموقع التالي www.tra.gov.ib موقع الهيئة المنظمة للاتصالات في لبنان.

- إجازة العمل نافذة ومصدقة حسب الأصول.

بعد ذلك تقوم الهيئة بدراسة الطلب بعد استكمال كافة المعلومات ، ثم يكون للهيئة الحق في رفض الطلب أو الموافقة عليه، وفي حالة الموافقة على الطلب ، يتم اصدار الرخصة خلال مدة أقصاها أسبوعين من تاريخ تأييد استلام الهيئة المستحقات المالية .

وفي حالة رفض الطلب ، يتم توجيه كتاب رسمي من الهيئة معنون للجهة طالبة الترخيص يتضمن رفض الطلب مع ذكر الاسباب⁽¹⁾ ، ولم تشير تلك الاجراءات إلى الجهة التي يمكن الطعن أمامهما بقرارات الهيئة بصورة عامة ، و قرار الهيئة بالرفض او الموافقة على الطلب بصورة خاصة ، إلاً أنه في قرار حديث لمحكمة البداءة نصت فيه على أنه "البداءة و بما لها من ولاية عامة في فض المنازعات (إلاً ما استثنى بنص)⁽²⁾ أن تنظر و ينعقد لها الاختصاص بنظر القرارات الصادرة من مجلس الطعن طالما أن الأمر 65 لسنة 2004 م لم يحدد طريق خاص للطعن فيها أو الاعتراف عليها ... لذا تجد هذه المحكمة ان الاختصاص ينعقد لها ..."⁽³⁾.

إن حكم المحكمة أعلاه قد جاء معيناً من الناحية القانونية وذلك لأن القضاء الإداري في العراق لم ينشأ بالمعنى المتعارف عليه إلاً بعد صدور القانون رقم(106) لسنة 1989م قانون التعديل الثاني لمجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979م ، أما قبل هذا التاريخ فقد كان العراق من دول القضاء الموحد ، أذ كان للقضاء العادي الولاية العامة بنظر جميع المنازعات إدارية أم عادية كانت⁽⁴⁾ ، و حيث إن قانون مجلس شورى الدولة المعدل بموجب القانون رقم (17) لسنة 2013م نصّ على أنه " تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في صحة الأوامر و القرارات الإدارية الفردية ، و التنظيمية التي تصدر عن الموظفين ، و الهيئات في الوزارات ،

1- ينظر دليل إجراءات الحصول على تراخيص التردد ، وكذلك ارشادات الحصول على الرخصة على موقع هيئة الاعلام والاتصالات على الموقع الآتي www.cmc.com

2- نصت المادة (29) من قانون المرافعات رقم (83) لسنة 1969م على أنه " تسري ولایة المحاکم المدنیة على جميع الاشخاص الطبيعیة و المعنویة بما في ذلك الحكومة و تختص بالفصل في کافة المنازعات إلاً ما استثنى بنص خاص ".

3- حکم محکمة بداعه الكرادة ، ذي العدد 1228 /ب/2016م في 19/6/2016م غير منشور.

4- عصام عبد الوهاب البرزنجي ، توزيع الاختصاص بين القضاء العادي و الإداري و حسم إشكالات التنازع بينهما ، سلسلة المائدة الحرة ، بيت المحكمة ، بغداد ، 1990م ، ص 31-32.

و الجهات غير المرتبطة بوزارة و القطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها...⁽¹⁾. بما إن هيئة الاعلام والاتصالات من الجهات غير المرتبطة بوزارة التي لم يعين لها مرجع للطعن عليه فإن القرارات الصادرة عنها يتم الطعن فيها أمام القضاء الإداري .

وإذا كان البعض يحتاج بالأمر (65) بأنه قد عين مرجع للطعن بقرارات الهيئة إلاً وهو مجلس الطعن اذ نص على أنه "يجوز لأي شخص يعتبر نفسه مظلوماً نتيجة قاعدة ، أو لائحة ما، أو نتيجة ما ورد في مدونة الممارسات المهنية ، أو نتيجة قرار أصدرته الهيئة ، أن يطعن في هذه القاعدة ، أو اللائحة ، أو في مدونة الممارسات المهنية ، أو في القرار، ويقدم طلب الطعن لمجلس الطعن ..."⁽²⁾.

يرى الباحث إن هذا الاساس غير متوافق مع الدستور العراقي لعام 2005م ولعدة اسباب:

1- نصت المادة (19) الفقرة ثالثاً من دستور 2005 على أنه " التقاضي حق مصون ومكفول للجميع " ، ولا شك أن التقاضي المقصود في هذه المادة هو الذي يكون أمام القضاء وليس أمام اللجان الإدارية في هيئة الاعلام والاتصالات بدليل المادة (87) التي نصت على أنه " السلطة القضائية مستقلة ، وتتولاها المحاكم..." ، وبالتالي أن عمل هذه اللجان غير دستوري.

2- كذلك نصت المادة (100) من الدستور على أنه " يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن" ، وإذا كان البعض يذهب إلى أن هذا النص لم يحدد طبيعة الطعن فيما اذا كان طعن أمام الإدارة أو طعن أمام القضاء ⁽³⁾، الا أنه هذا الامر مردود عليه بدليل التعديل الأول لقانون الغاء النصوص القانونية رقم (3) لسنة 2015م التي تمنع المحاكم من سماع الدعاوى حيث نص في المادة الاولى منه " يلغى نص المادة (3) من قانون الغاء النصوص القانونية التي تمنع المحاكم من سماع الدعاوى رقم (17) لسنة 2015..."، وكذلك ما ورد في الأسباب الموجبة من نفس القانون حيث ذهبت إلى أنه "نظراً لما جاء بأحكام الدستور العراقي يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن وحق التقاضي مكفول للجميع

1- المادة (7 / رابعاً) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979م المعدل .

2- (القسم 8/ المادة 8) من الامر (65) لسنة 2004م.

3- د. غازي فيصل، نصوص جمهورية العراق لسنة 2005 في الميزان، ط1، موسوعة الثقافة القانونية ، بغداد 2008 ، ص24-25 ،

..."، وهذه اشارةً واضحة إلى أن تعديل قانون الغاء النصوص القانونية التي تمنع المحاكم من سماع الدعوى قد جاء استناداً إلى نص المادة (100) من الدستور، وبعبارة أخرى أن التعديل منع أي نص قانوني يحصن قرار إداري من الطعن أمام المحاكم كون هذا الامر يتعارض مع المادة (100) من الدستور ، وبالتالي إن الطعن المقصود به في هذه المادة هو الطعن القضائي.

3- من ناحية أخرى نصت المادة (130) من الدستور على أنه " تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها ، ما لم تلغ أو تعدل ، وفقاً لأحكام الدستور" ، و إذا قمنا بتبني نفاذ القانون رقم (17) لسنة 2005 نجد أنه نشر في الوقائع بالعدد 4011 في 22/12/2005 وكذلك نفاذ دستور 2005 في الواقع بالعدد 4012 في 28/12/2005 ، يتبيّن أن الدستور عدل أو الغى التشريعات والنصوص التي تمنع المحاكم من سماع الدعاوى بالرغم من توكيده هذا الأمر في القانون (17) لسنة 2005.

4- إن المادة (100) من الدستور وردت بالفصل الخاص المعنون بالسلطة القضائية والطعن الوارد فيها لا شك أنه قضائي وليس إداري.

مما تقدم يتبيّن أن التظلمات أمام اللجان الإدارية في الهيئة لا تعدّو كونها مجرد تظلمات إدارية ، وبالتالي يمكن للشركات والأفراد على حد سواء الطعن في قرارات الهيئة أمام القضاء الإداري كونه هو المختص بنظر هذه المنازعات.

بالرجوع إلى قوانين الدول المقارنة ، نجد في مصر يقدم طلب الحصول على الترخيص مصحوباً بالبيانات والمستندات التي يحددها الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات وعلى الأخص التي تثبت القدرة الفنية والمالية لطالب الترخيص ، ويبيّن في الطلب خلال مدة لا تجاوز تسعين يوماً من تاريخ استيفاء طالب الترخيص جميع ما يطلب منه من بيانات وإلاً اعتبر الطلب مرفوضاً⁽¹⁾.

و في الإمارات يقدم الطلب إلى الهيئة على النموذج المعد من قبلها مستوفياً للشروط التي يحددها مجلس الإدارة ، وتقوم الهيئة بدراسة الطلب خلال 30 ثلاثة يوماً من تاريخ تقديم الطلب بعدها تقوم برفع التوصيات إلى مجلس الإدارة في الهيئة، بعدها يكون للمجلس الصلاحية في

1- المادة (22) من قانون الاتصالات المصري رقم (10) لسنة 2003م.

رفض الطلب أو الموافقة عليه ، ويعتبر قراره ملزم ونهائياً لمقدم الطلب ولا يقبل الطعن به ، أو استئنافه بأي طريقة من طرق الطعن⁽¹⁾.

الفرع الثاني

شروط منح الرخصة

سبق أن أشرنا أن قوانين الاتصالات تحرم إنشاء شبكات لاسلكية ، أو تشغيلها ، أو إدارتها بدون الحصول على ترخيص تردد من الجهة المختصة بذلك ، وبالتالي أن تشغيل هذه الشبكات دون ترخيص يعد مخالفة قانونية ، من ناحية أخرى يجب على الكيان الذي حصل على الترخيص الالتزام الكامل بشروط الترخيص ، التي يجب أن تتضمن بصورة عامة الشروط الواجب اتباعها من المرخص له ، وكالاتي:

أولاً: إبرام عقد التزام مرفق عام

إن المرفق العام هو النشاط الذي تمارسه جماعة عامة بهدف أسبوع حاجة عامة من الحاجات التي تتحقق الصالح العام⁽²⁾ ، أو هو نشاط تتولاه الدولة ، أو أحد الأشخاص العامة الأخرى كالمحافظة ، أو البلديات ، أو المؤسسة العامة ... الخ مباشرةً ، أو تعهد به إلى الآخرين كالأفراد ، أو الأشخاص المعنوية الخاصة ، ولكن تحت أشرافها ومراقبتها وتوجيهها لإشباع الحاجات العامة لتحقيق الصالح العام⁽³⁾.

بما أن مشاريع الاتصالات هي بالأصل تقوم بها الدولة أو تعهد بها إلى الأشخاص المعنوية الخاصة وأن الغرض منها تقديم خدمات عامة ، وحيث أنها تؤدي خدمات عامة الأمر الذي يتربّ عليه خصوصيتها لمبادئ المرفق العام.

1- المادة (33، 34) من قانون الاتصالات الإماراتي رقم(3) لسنة 2003م المعدل.

2- د. سعاد الشرقاوي ، مبادئ القانون الإداري ، ط3، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000م ، ص203.

3- د. علي محمد بدير آخرون ، مبادئ واحكام القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص247.

عندما تعهد الدولة إدارة المرفق العام للأشخاص الخاصة فإن ذلك يكون عن طريق إبرام عقد التزام مرفق عام ، وهذا المنح يكون عن طريق المزايدة العلنية⁽¹⁾، حيث تسلك الإدارة طريق المزايدة في إبرام العقود الإدارية عندما يتعلق الأمر ببيع الأشياء التي تستغني عنها الإدارة أو التي يتقرر بيعها وفقاً للقانون وتتم عن طريق تقديم عطاءات ، أو عروض للشراء ، أو بطريق المناداة للوصول إلى أعلى الأسعار ، أي التعاقد مع الشخص الذي يتقدم بأعلى عطاء⁽²⁾.

من جهة أخرى أن عقد الالتزام المبرم يحتاج لتنفيذه أن تتمكن الإدارة الملزمة من تقديم الخدمات للجمهور ولا يكون ذلك إلا منحه رخصة استعمال الطيف الترددية ، وبما أن الرخصة قرار إداري و أحد آثار العقد الإداري الذي تم بين الهيئة والشركات والتي حصلت الشركات بموجبه على الطيف الترددية الذي يعتبر من الأموال العامة التي حدد قانون بيع وإيجار أموال الدولة العراقي رقم (21) لسنة 2013 طريق المزايدة طریقاً أصلیاً لبيع هذه الأموال حيث نصّ على أنه "يجري بيع وإيجار أموال الدولة عن طريق المزايدة العلنية ... مالم ينص القانون على خلاف ذلك"⁽³⁾.

بالنالي يجب أن يخضع إيجار الطيف الترددية إلى مزايدة علنية . هذا ما لم يحصل مع عقد استخدام ترددات الجيل الثالث حيث كانت الدعوة حصرية للشركات الثلاث (اثير ، اسيا سيل ، أمنية) فقط ، وقد تم الالتفاف على هذا الموضوع بطريقة التعاقد عليها كملحق للعقد الاصلي مع العلم ان ترددات الجيل الثالث تحتاج إلى عقد جديد ينسجم مع القانون⁽⁴⁾ ، كما أن الامر (65) قد

1- على العكس من عقد الأشغال العامة الذي يبرم باتباع آلية المناقصة ، ينظر د. علي محمد بدیر آخرون ، مبادئ واحكام القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص490.

2- د. مازن ليلو راضي ، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية ، ط1، مطبعة شهاب ، اربيل ، 2010م ، ص185.د.محمد ماهر ابو العينين ، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربي ، القاهرة ، 2004م ، ص 684 .

3- المادة (3) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم(21) لسنة 2013م.

4- ينظر قرار مجلس الوزراء رقم (233) ملحق رقم(1). وإذا كان البعض سوف يذهب بالقول إلى أن الآلية التي تضمنها قرار مجلس الوزراء المرقم (233) المشار اليه اي منح الرخصة بصيغة (ملحق العقد) لا سند لها من القانون أذ أن هذه الصيغة تتعلق بعقود المناقصات لتنفيذ المشاريع والمقاولات العامة والعقود الاستشارية المحسوبة على الموارزنات التشغيلية والجارحة والاستثمارية اي المثبت لها تخصيصات مالية في الموازنة العامة للدولة بشقيها التشغيلي والاستثماري وفي حالة حصول تغيرات في السعر والكمية والمواصفة كما تشير لذلك المادة (1/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 م ، وحيث أن الطيف الترددية لا يعد

نصّ على أنه "وضع إطار العمل لجميع مقدمي الخدمات على نحو يضمن المنافسة الكاملة والعادلة بينهم"⁽¹⁾، كذلك نصّ على أنه "توفر خدمات الاتصالات السلكية واللاسلكية وخدمات البث والرسال والمعلوماتية على أساس تنافسي...".⁽²⁾

أما المشرع المصري فقد أشار إلى أن الاستثمار في مجال الطيف الترددية يجب أن يكون على أساس المنافسة الحرة حيث نصّ على أنه "يهدف الجهاز إلى تنظيم مرفق الاتصالات وتطوير ونشر جميع خدماته... ويشجع الاستثمار الوطني والدولي في هذا المجال في إطار من قواعد المنافسة الحرة، وعلى الأخص ... 3- ضمان الاستخدام الأمثل للطيف الترددية وتعظيم العائد منه طبقاً لأحكام هذا القانون".⁽³⁾

والشرع الاردني أيضاً أشار إلى المنافسة والمزايدة كطريق لمنح الرخصة حيث نصّ قانون الاتصالات رقم (13) لسنة 1995 بأنه "يراعى في اجراءات منح الرخصة الامور التالية: أ- أن تتاح الفرصة لجميع الراغبين في الحصول على الرخصة التقدم بعروضهم ، أو طلباتهم إذا توافرت فيهم الشروط التي تحدها الهيئة ... ج- أن تكون عناصر مبنية على أساس المنافسة العادلة ...".⁽⁴⁾

ثانياً: إن توفي الشركة بالتزاماتها التعاقدية تجاه الدولة

من هذه الالتزامات هي الالتزامات المالية يجب أن توفي الشركات بالتزاماتها المالية المقررة في العقد لصالح خزينة الدولة وقد أشار الامر (65) لسنة 2004 إلى هذا الشرط بصورة غير مباشر حيث نصّ على "يتم تمويل الهيئة من المصادر التالية: أ- الرسوم المتكررة

من العقود العامة فلا تطبق عليه صيغة ملحق العقد ، وبالتالي منح الشركات حق استخدام الترددات للشركات بموجب صيغة العقد وبالتالي هو باطل . هذا القول غير صحيح ومحل نظر لأن صيغة العقد صحيحة وملحقة بعقد الالتزام ، وهذا لابد من تعديل قرار الرخصة بمنح الشركات استخدام الترددات البثية ولكن بطرق تقنية جديدة توفر خدمات أكثر وأحدث للمواطنين.

- 1- (القسم 1 / المادة 3) من الامر 65 لسنة 2004م.
- 2- (القسم 5/المادة 2/فقرة ز/2) الامر 65 لسنة 2004م.
- 3- المادة (4) من قانون الاتصالات المصري رقم (10) لسنة 2003م.
- 4- المادة رقم (26) من قانون الاتصالات رقم (13) لسنة 1995م.اما المشرع القطري والاماراتي فلم يشيران إلى آلية التي تم بموجبها منح الترخيص.

وغير المكررة التي يتم تحصيلها من المرخص لهم⁽¹⁾، وبالتالي أن الشركات ملزمة بدفع الرسوم للهيئة ، وكذلك أشار إلى هذا الأمر مشروع قانون الاتصالات والمعلوماتية حيث نص "خامساً- يتم اتباع الضوابط التالية عند اصدار تراخيص الترددات أو اجازات الاتصالات...أ- توفر المعايير والشروط الفنية والمالية...التي تحددها الهيئة"⁽²⁾، الجدير بالذكر إن قانون الموازنة الاتحادية قد نص على أنه "على هيئة الاعلام والاتصالات الزام شركات الهاتف النقال تسديد ما عليها من مبالغ وغرامات والتزامات مالية..."⁽³⁾، يستشف من هذا النص إن الشركات لم تقم بتسديد الالتزامات المالية بذمتها وبالتالي اخلت بأحد شروط المنح مما يرتب مسؤوليتها القانونية وكذلك مسؤولية الهيئة كونها اخلت بأحد نصوص الامر (65) لسنة 2004 ، وما يؤكد ذلك قرارات مجلس الاستماع حيث قامـت في عدة قرارات بفرض غرامات مالية نتيجة اخلال بالرخصة المبرمة بين الهيئة والشركة و بالتعليمات الصادرة عن هيئة الاعلام والاتصالات⁽⁴⁾.

كذلك أشار القانون المصري إلى ذلك حيث نص على أنه "يحدد الترخيص الصادر التزامات المرخص له والتي تشمل ...14- وفاء المرخص له بالتأمينات الدورية وجميع المستحقات المالية..."⁽⁵⁾.

أما المشرع القطري فقد اشار إلى هذا الشرط في اللائحة التنفيذية لقانون الاتصالات حيث نص على أنه يجوز للمجلس الاعلى للاتصالات وتكنولوجيا المعلومات وكذلك يجوز للأمانة العامة للمجلس الاعلى أيقاف الترخيص ، أو أيقافه في عدة حالات واحدى هذه الحالات " عدم دفع الرسوم المحددة للترخيص ، أو لتجديده ، أو أي مبلغ مالي آخر..."⁽⁶⁾.

كذلك من الالتزامات الشركـة العقدية هو الالتزام بمبدأ حسن النية حيث يعرف مبدأ حسن النية، بأنه الاستقامة في التعامل وإرادة عدم الاضرار بالغير في معرض استعمال حق من الحقوق والالتزام بمبادئ العدل والانصاف وعدم تجاوز ما يمنحه الحق من سلطة واستثمار،

1- (الفصل 5 / المادة 1) من الامر (65) لسنة 2004م.

2- المادة (9) من مشروع قانون الاتصالات والمعلوماتية .

3- الفقرة ثانية من المادة (23) من قانون الموازنة الاتحادية لسنة 2015م.

4- قرار لجنة الاستماع في هيئة الاعلام بتاريخ 13/7/2016م في الشكوى رقم 9/استماع/2016. وكذلك قرار لجنة الاستماع بتاريخ 13/7/2016 في الشكوى رقم 13/استماع/2014، منشوران على موقع هيئة الاعلام والاتصالات www.cmc.com بتاريخ الزيارة 27/9/2016م.

5- المادة (25) من قانون الاتصالات المصري رقم (10) لسنة 2003م.

6- المادة (15) من اللائحة التنفيذية رقم (1) لسنة 2009م لقانون الاتصالات القطري رقم (34) لسنة 2006م.

فمفهوم حسن النية مفهوم أخلاقي وانساني كامن وراء القواعد القانونية والحقوق المحمية وتأخذ به المحاكم⁽¹⁾.

فالقاضي عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد يقتضي منهما أن ينفذاه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، ذلك أن حسن النية هو الذي يسود في تنفيذ جميع العقود⁽²⁾ ، وقد أشار القانون المدني العراقي إلى مبدأ حسن النية حيث نصّ على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"⁽³⁾، أي لا يجوز الاعتماد على الشكل والمظاهر في الألفاظ في العقد بل يجب الاهتمام بالقصد الذي عقد من أجله العقد⁽⁴⁾.

هذا الالتزام يعتبر تطبيقاً للقواعد العامة في القانون وذلك لأن حسن النية يجمع العقود جميعاً سواء في تكوينها ، أو في تنفيذها ، ومفادها في القانون الإداري أن من يتعاقد مع الإدارة عليه ان يكون أميناً على المصلحة العامة التي يريد تحقيقها بواسطة العقد وأن لا يكون مبالغًا في الافادة من العقد بأرباح طائلة⁽⁵⁾.

ثالثاً: أن تلتزم بالقوانين والأنظمة والتعليمات والقرارات النافذة ذات الصلة

نصّ الامر (65) لسنة 2004 على أنه "يجوز للهيئة تطبيق وفرض العقوبات المناسبة والمتناسبة ... بغية تأمين الانصياع لشروط الترخيص وأحكامه ونصوص مدونة الممارسات المهنية ونصوص القواعد واللوائح الأخرى"⁽⁶⁾، وكذلك نصّ على أنه " تحديد شروط الترخيص المطلوبة لضمان الإذعان للقواعد واللوائح التنظيمية والأوامر التي وضعتها الهيئة

1- د. هدى عبد الله ، العقد ، الجزء الثاني ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008م ، ص328. ينظر ايضاً : جاك غستان ، تكوين العقد ، ترجمة منصور القاضي ، ط2 ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2008م ، ص261.

2- د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول ، ط2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010م ، ص700.

3- الفقرة الأولى من المادة (150) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951. يقابلها المادة (148) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م نصّت على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية".

4- د. محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، بيت الحكمة ، جامعة بغداد ، 1989م، ص171.

5- د. محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، المصدر نفسه ، ص172.

6- (القسم 9/المادة 1/الفقرة أ) من الامر (65) لسنة 2004م.

بموجب هذا الامر، ومراقبة تقييد المرخص لهم بشروط الترخيص ...⁽¹⁾، وكذلك يجب الالتزام بقواعد السلامة العامة للمواطنين التي تضمنها أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (65) لسنة 2004 حيث نصّ على أنه " ضمان تشغيل الاتصالات السلكية واللاسلكية، وخدمات البث ونقل المعلومات بطريقة تتماشى مع معايير السلامة العامة"⁽²⁾. وبالتالي يجب على الشركات الالتزام بشروط الترخيص والقوانين الداخلية للبلد مثل قانون حماية وتحسين البيئة وكذلك قانون الصحة العامة، وكذلك المعاهدات الدولية المصادق عليها⁽³⁾.

أما المشرع المصري فقد اشترط كذلك، الالتزام بشروط الترخيص والقرارات الإدارية الصادرة من الجهاز بشأن تنفيذ الشركة لالتزاماته المنصوص عليها بالترخيص ، وايضاً ، الالتزام بجميع القوانين واللوائح والقرارات السارية بجمهورية مصر العربية وعلى الاخص قانون رقم (10) لسنة 2003 بشأن تنظيم الاتصالات وقوانين البيئة والصحة ، وكذلك توصيات الاتحاد الدولي للاتصالات في هذا الشأن، والبروتوكولات المتعارف عليها دولياً بما فيها الاشتراطات البيئية والصحية⁽⁴⁾.

وفي الأمارات اوجب المشرع على المرخص الالتزام بجميع القوانين في دولة الأمارات العربية المتحدة ذات العلاقة بأعماله بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر قانون الاتصالات والمعاهدات الدولية المعترف بها من قبل الدولة وتمّ اعطاؤها قوة القانون⁽⁵⁾.

رابعاً : استيفاء شروط العمل في العراق

إذا كان المرخص له شخص اعتباري فإنه يجب أن يكون قد تأسس كشخص اعتباري وفقاً للقوانين السارية في العراق ومن القوانين المنظمة لعمل الشركات قانون وزارة التجارة حيث نصّ على أنه "تسعى الوزارة لتحقيق أهدافها بالوسائل الآتية : عاشرًا- تسجيل ومراقبة الشركات

1- (القسم 5 / المادة 2 / الفقرة 5) ، من الامر (65) لسنة 2004م.

2- (المادة 1/القسم 5) من الامر (65) لسنة 2004م.

3- حيث نصّ القسم(3) في المادة(2) من الامر (65) لسنة 2004 م " تهتمي المفوضية (الهيئة) ...بالتوصيات ذات الصلة الصادرة عن الاتحاد الدولي للمواصلات السلكية واللاسلكية...".

4- القواعد والشروط الالزامية لمنح الترخيص ، منشورة على موقع الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات على الموقع التالي www.ntra.gov.eg تاريخ زيارة الموقع 20/11/2016.

5- رخصة الاتصالات العامة رقم 1/ 2006 الممنوحة لشركة "اتصالات" ، منشورة على موقع الهيئة العامة لتنظيم قطاع الاتصالات على الموقع الالكتروني www.tra.com تاريخ زيارة الموقع 05/10/2016.

العراقية والشركات العامة وفروع ومكاتب الشركات الأجنبية..."⁽¹⁾، فضلاً عن التسجيل في سجل الشركات في وزارة التجارة يجب أن تحصل الشركة على موافقة هيئة الاعلام والاتصالات وبالتالي تسجيل الشركة في سجل الشركات التابع للهيئة حيث نص الامر (65) على أنه "وضع إجراءات وشروط ترى المفوضية أنها ضرورية لتسجيل الشركات..."⁽²⁾، وكذلك يجب أن تكون مسجلة وفق الشروط المنصوص عليها في قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997.

أما في مصر فقد نص قانون التجارة المصري على أنه "1- يعد في الجهة الإدارية المختصة سجل تقييد فيه أسماء التجار أفراد كانوا أم شركات..."⁽³⁾، ولم يشير قانون الاتصالات المصري إلى ضرورة تسجيل الشركات لدى الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات وأكتفى بشرط قانون التجارة.

كذلك نص المشرع القطري على أنه "تثبت صفة التاجر للشركات التي تنشئها ، أو تساهم فيها الدولة ، وغيرها من الهيئات والمؤسسات العامة ، التي تقوم بصفة أساسية بنشاط تجاري ، كما تثبت هذه الصفة لفروع الشركات والمؤسسات العامة الأجنبية ، التي تزاول نشاطاً تجارياً في قطر"⁽⁴⁾.

ايضاً اشترط المشرع الأماراتي أن تكون الشركة تأسست بموجب قانون الشركات التجارية الاتحادي رقم (8) لعام 1984 وتعديلاته وبموجب قانون الاتصالات وتعديلاته حيث نص على أنه " يحدد مجلس الإدارة بقرار صادر عنه أنواع الأنشطة المنظمة المختلفة ، التي يجوز إصدار ترخيص شأنها ، وكذلك الشروط الواجب توافرها في الأشخاص المراد إصدار ترخيص لهم ، وفي جميع الأحوال لا يجوز إصدار أي ترخيص إلا لشخص اعتباري تم تأسيسه بموجب قرار صادر عن مجلس الإدارة ، ويجوز لذلك الشخص اعتباري بعد الحصول على موافقة مجلس الإدارة تأسيس شركات تابعة تمارس بعضاً من الأنشطة المنظمة"⁽⁵⁾، وبالتالي أي شخص اعتباري يجب أن يوافق عليه مجلس إدارة الهيئة المنظمة للاتصالات.

1- المادة رقم (3) من قانون وزارة التجارة رقم (37) لسنة 2011م.

2- (القسم 5 / المادة 2 / الفقرة / و) من الأمر (65) لسنة 2004م.

3- المادة (30) من قانون وزارة التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999م.

4- المادة (15) من قانون التجارة رقم (27) لسنة 2006م.

5- المادة (28) من قانون الاتصالات الاماراتي رقم (3) لسنة 2003 م.

المطلب الثاني

آثار عدم تنفيذ المرخص له لالتزاماته

من المسلم به أن الترخيص كقرار إداري يفرض على المرخص له مجموعة الالتزامات وشروط يجب عليه تنفيذها ، وفي حالة عدم الاصتباب لتلك الالتزامات والشروط تقوم الإدارة بفرض مجموعة من الجزاءات الإدارية ، و هذه الجزاءات قد تكون مالية مثل الغرامة والمصادر ، أو عينية كالسحب والألغاء والتعليق .

عليه قسمنا هذا المطلب على فرعين نتناول في الأول منه فرض الجزاءات الإدارية المالية ، ونناول في الفرع الثاني الجزاءات الإدارية غير المالية .

الفرع الاول

فرض الجزاءات الإدارية المالية

قبل الدخول في معرفة الجزاءات التي تفرضها هيئة الاعلام والاتصالات على صاحب الترخيص ، لابد من توضيح مفهوم الجزاء الإداري كون هذا الامر سوف يرتب آثار مهمة سوف تتضح في هذا الفرع تباعاً.

في ظل القصور التشريعي عن وضع تعريف للجزاء الإداري يظل الامر مبهم بالنسبة للفقه القانوني والقضاء ، وقد حاول بعض الفقه وضع العديد من التعريفات ، إلا أنها جاءت متباعدة ومختلفة وبالرغم من ذلك يمكن **تعريف الجزاء الإداري " قرار إداري فردي ذات طبيعة عقابية جزاء مخالفة التزامات قانونية أو قرارات إدارية توقعها الإدارة كسلطة عامة بمناسبة مباشرتها لنشاطها في الشكل والإجراءات المقررة قانوناً غاييتها ضبط أداء الأنشطة الفردية بما يحقق المصلحة العامة"**⁽¹⁾.

يتضح من التعريف اعلاه :

1- إن **الجزاء الإداري هو قرار إداري ، وبالتالي لابد من توافر أركان القرار الإداري (الاختصاص ، الشكل ، المحل ، السبب ، الغاية) ، واذا تخلف ركن من تلك الاركان يصبح القرار غير مشروع يجوز ابطاله.**

1- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية العامة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2008م ، ص12 .

2- الجزاء الإداري ذو طبيعة ردعية عقابية حيث تفرضه الإدارة على كل من يخالف القوانين والأنظمة النافذة.

3- يجب أن يكون هنالك أساس قانوني لفرض الجزاء ، وكذلك يجب أن تكون هنالك مخالفة إدارية (سلوك ونتيجة وعلاقة سببية).

ويمكن تعريف الجزاء الإداري الذي تفرضه هيئة الاعلام والاتصالات بأنه "قرار إداري يتخذ طابع العقاب توقعه الهيئة بحق المخالف لشروط الترخيص واحكامه واللوائح طبقاً للأمر (65) لسنة 2004 بعيداً عن تدخل القضاء".

بعد هذا التوضيح عن مفهوم الجزاء ننتقل الأن إلى الجزاءات التي يحق للهيئة ان تفرضها بحق المرخص له لعدم تنفيذ التزامه ، وكالآتي:

أولاً: الغرامة الإدارية

هي عبارة عن مبلغ من النقود تفرضه الإدارة على المخالف بدلاً من متابعته جنائياً عن الفعل⁽¹⁾.

عرفها البعض الآخر هي مبلغ من النقود يصدر بتحديده قرار من السلطة المختصة يلزم المخالف بأدائه تجنباً لللاحقة الجنائية⁽²⁾.

يتبين من التعريف اعلاه ، أن الغرامة الإدارية تفرض بقرار إداري صادر عن الإدارة على العكس من الغرامة الجنائية التي تفرض بحكم قضائي الذي تسبقه إجراءات قد تطول أشهر .

أما عن مقدار الغرامة الإدارية ، فقد يترك للإدارة سلطة تقديرية في تحديد مقدارها ويكون ذلك بالاعتماد على عدة معايير، ومن هذه المعايير درجة خطورة المخالفة فضلاً عن شخصية المخالف وظروفه المالية ، أو يترك أمر تحديدها للمشرع كما في الغرامة النسبية التي تعادل مثلين أو ثلاثة أمثال الضريبة المتهرب منها كما في جرائم التهرب الجمركي⁽³⁾.

1- د. محمد سعد فودة ، النظام القانوني للعقوبات الإدارية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2006-2007م، ص116 .

2- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية العامة ، مصدر سابق ، ص13.

3- د. محمد سعد فودة ، النظام القانوني للعقوبات الإدارية ، مصدر سابق ، ص120.

بالرجوع إلى قوانين الاتصالات التي نصت على فرض الغرامة ، نجد أن المشرع العراقي قد أعطى الحق للمدير العام وللجنة الاستماع في فرض الغرامة على الشركات في حالة مخالفة شروط الترخيص والأنظمة والتعليمات حيث نص في الامر (65) على أنه "1- يجوز للمفوضية تطبيق وفرض العقوبات المناسبة والمناسبة المذكورة أدناه بغية تأمين الانصياع لشروط الترخيص وأحكامه ونصوص مدونة الممارسات المهنية ونصوص القواعد واللوائح الأخرى، وذلك باستثناء ما لم يرد بشأنه في هذا الأمر تحديداً نص آخر... د - فرض غرامات مالية..."⁽¹⁾.

يتضح من النص أعلاه ان الامر (65) لم يحدد مقدار الغرامة بشكل ثابت وبالتالي للهيئة سلطة تقديرية في فرض الغرامة ، تعتمد على الامور التي اشرنا إليها أعلاه وهي درجة خطورة المخالفة فضلاً عن الظروف المالية للمخالف.

وفي محيط التشريعات المقارنة ، نجد أن المشرع الأمارتي في قانون الاتصالات قد نص على الغرامة المالية حيث ذهب إلى أنه " لمجلس الإدارة توقيع غرامات إدارية بحق المرخص لهم في حال مخالفتهم أحكام القانون ، أو لائحته التنفيذية ، أو القرارات ، أو الانظمة ، أو السياسات ، أو التعليمات الصادرة عن مجلس الإدارة ، أو الهيئة وبعد مجلس الوزراء قراراً بجدول المخالفات والغرامات التي توقع على المرخص لهم وبما لا يزيد على (10000000) عشرة ملايين درهم عن كل مخالفة "⁽²⁾.

1- نص القسم (9) من الامر (65) لسنة 2004م.ويوجد العديد من القرارات الصادرة عن اللجان الإدارية في هيئة الاعلام والاتصالات التي قامت بها في فرض الغرامة مالية حيث جاء في أحد قرارات هيئة الاستماع "استناداً إلى الصلاحية المخولة لرئيس الجهاز فقد قرر فرض غرامة مالية مقدارها (100000000)...".ينظر قرارها ذي العدد (4) في 23/2/2011 . كذلك جاء في أحد القرارات للمدير العام في الهيئة على أنه "...ولدى عطف النظر على القرار المطعون فيه وجد أنه موافق لأحكام الامر (65) لسنة 2004م ، وذلك لأن القسم 2/9 من الامر المذكور اجاز للمدير التنفيذي فرض غرامات مالية..." ، منشوران على موقع هيئة الاعلام والاتصالات على موقع الاتي www.cmc.com

2- المادة (79) من قانون الاتصالات الاماراتي رقم (3) لسنة 2003م.اما المشرع المصري فلم ينص على الغرامة الإدارية وإنما نص على الغرامة الجنائية ينظر المواد (83،84) من قانون الاتصالات المصري رقم (10) لسنة 2003. وكذلك المشرع القطري اغفل الغرامة الإدارية ونص على الغرامة الجنائية فقط ينظر المواد (65 إلى 69) من قانون الاتصالات القطري رقم (34) لسنة 2006م.

يتضح من النص أن المشرع الأamarati قد منح هيئة تنظيم الاتصالات سلطة تقديرية في فرض الغرامة إلا أنه قد وضع حد أعلى للهيئة يجب أن تتلزم به وهو أن لا تتجاوز الغرامة عشرة ملايين درهم عن كل مخالفة . (10000000)

ثانياً: الحجز الإداري

هو الإجراءات التي تقوم بها الإدارة بوضع المال تحت يدها وبيعه واستيفاء حقوقها بموجب قرار يصدر عن الإدارة طبقاً لقانون خاص ينظم ذلك ، أو بناء على قرار إداري في حالات استثنائية⁽¹⁾، يتبع من التعريف أن الحجز الإداري تملكه الجهة الإدارية وبالتالي يتم دون اللجوء إلى القضاء .

يترتب على الحجز الإداري منع المدين من التصرف في المال المحجوز ، كما يجعل الإدارة تستطيع بيع المال المحجوز واستيفاء حقوقها ، ولا يستفيد من الحجز إلا الإدارة دون باقي الدائنين الذين تقاعسوا عن الحجز⁽²⁾.

وقد أشار الامر(65) إلى الحجز الإداري حيث نص على أنه " د- فرض الحجز على الحسابات المصرفية ذات العلاقة ، في حالة عدم دفع الغرامات في موعدها"⁽³⁾، يتضح من هذا النص أن المشرع جعل الحجز الإداري كبديل للغرامة النقدية في حالة عدم دفع الشركة للغرامات في موعدها المحدد وبالتالي هو اشبه بالحجز الاحتياطي منه إلى الحجز التنفيذي كونه يهدف إلى حماية حق الإدارة عن طريق المحافظة على اموال المدين⁽⁴⁾ .

أما في الدول المقارنة فقد نص المشرع المصري على أنه " اموال الجهاز أموال عامة ، ويكون للجهاز في سبيل اقتضاء حقوقه اتخاذ إجراءات الحجز الإداري طبقاً لأحكام القانون رقم

1- د. نجيب أحمد عبد الجبلي ، الحجز الإداري ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، 2006م ، ص.8.

2- د. نجيب أحمد عبد الجبلي ، الحجز الإداري ، المصدر نفسه ، ص.14.

3- القسم (9) من الامر (65) لسنة 2004 . وقد جاء في أحد قرارات مجلس الطعن بأنه "... ومن ملاحظة القرار المطعون فيه فقد وجد بأن مدير عام الهيئة اصدره بالاستناد إلى الفقرة د/1/9 من الأمر 65 لسنة 2004 والتي تخوله حجز الاموال العائدة للجهة المرخص لها لتأمين الانصياع لشروط الترخيص واحكامه وعند عدم دفع الغرامات المفروضة في مواعيدها المحددة مما يستوجب تأييد قرار الحجز " ، القرار ذي العدد 34 / طعن 2011/ 2012/1/24 منشور على موقع الهيئة .

4- ينظر المواد (231،250) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 وتعديلاته.

(308) لسنة 1955 بشأن الحجز الإداري ⁽¹⁾، يتضح من النص أن قانون الاتصالات المصري قد حول إجراءات الحجز إلى القانون (308) لسنة 1955 والذي بدوره نص على أنه "يجوز أن تتبع إجراءات الحجز الإداري المبينة في هذا القانون عند عدم الوفاء بالمستحقات الآتية ...- الغرامات المستحقة للحكومة قانونا...- المبالغ الأخرى التي نصت القوانين الخاصة بها على تحصيلها بطريق الحجز الإداري" ⁽²⁾.

ثالثاً: المصادر الإدارية

جزاء إداري تكميلي ، أو تبعي ، أو أصلي توقعه الإدارة لمواجهة بعض الجرائم الإدارية و بموجبها يتم نقل ملكية مال معين من صاحبه جبراً إلى ملك الدولة دون مقابل ، وهو جزاء عيني وإن كان محلها مبلغ من المال ⁽³⁾.

بالتالي يجب أن يتتوفر في المصادر الإدارية الآتي :

- 1- أن يكون محل المصادر مال مملوک أو بذمة الشخص المخالف.
- 2- أن يشكل المال خطراً على المجتمع.

3- أن يكون المال المصادر محلاً للمخالفة ، أو تحصل بسببيها ، أو في سبيل اقترافها وحسب ما نصت عليه القوانين والتعليمات ⁽⁴⁾.

والمصدر الإدارية قد تكون وجوبية إذا فرض المشرع ضرورة الحكم بها أو تطبيقها من قبل الإدارة ، أو قد تكون جوازية إذا ما ترك المشرع للإدارة سلطة تقديرية في توقيعها على المخالف ⁽⁵⁾.

1- المادة (11) من قانون الاتصالات المصري رقم (10) لسنة 2003.

2- المادة(1) من قانون الحجز الإداري رقم (308) لسنة 1955. أما قانون الاتصالات الاماراتي والقطري فلم يتناولان الحجز الإداري وبالتالي يتم الرجوع في ذلك إلى القواعد العامة في القوانين الخاصة بالحجز.

3- د. محمد سعد فودة ، النظام القانوني للعقوبات الإدارية ، مصدر سابق ، ص126. كذلك ينظر د.أكرم نشأت إبراهيم ، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن ، ط1 ، مطبعة الفتیان ، بغداد ، 1998م، ص343.

4- د. محمد علي عبد الرضا ، الأساس القانوني للعقوبات الإدارية ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، العدد الثالث ، السنة السابعة ، 2015م ، ص15.

5- د. محمد سعد فودة ، النظام القانوني للعقوبات الإدارية ، مصدر سابق ، ص130-131.

وقد ذكر الامر(65) المصادر الإدارية كجزء يمكن أن توقعه هيئة الاعلام والاتصالات بهدف انصياع الشركات لشروط حيث نصّ على "و- مصادر التجهيزات التي يتاح بموجبها الوصول إلى مقر عمليات صاحب الترخيص"(1).

الفرع الثاني

الجزاءات الإدارية غير المالية

فضلاً عن الغرامة والحبس والمصادر اعطى الامر (65) لسنة 2004 حق إلى هيئة الاعلام والاتصالات بأنها الترخيص ، أو سحبه ، أو تعليقه ، من أجل تأمين انصياع المرخص له لشروط الترخيص واحكامه .(1- يجوز للمفوضية تطبيق وفرض العقوبات المناسبة والمتناسبة المذكورة أدناه بغية تأمين الاصناع لشروط الترخيص واحكامه ونصوص مدونة الممارسات المهنية ونصوص القواعد ولوائح الاخرى، وذلك باستثناء ما لم يرد بشأنه في هذا الأمر تحديداً نص آخر... طـ أنه العمل بالترخيص ، أو سحبه⁽²⁾ ، إلا أنه من المسلم به فقها⁽³⁾،

1- نصّ القسم (9) من الامر (65) لسنة 2004م . اما المشرع المصري فقد أخذ بالمصادر الجنائية و لم ينص على المصادر الإدارية حيث نصّ في المادة (77) من قانون الاتصالات المصري رقم (10) لسنة 2003م على أنه "وتحكم المحكمة في جميع الأحوال بمصادر المعدات والاجهزة محل الجريمة ومكوناتها" ، قد سار المشرع الاماراتي في نفس الاتجاه حيث نصّ في المادة (76) من قانون الاتصالات رقم (3) لسنة 2003م على أنه "يحكم بمصادر الاجهزة السلكية واللاسلكية وغيرها من المعدات والأدوات المستخدمة بالمخالفة للمرسوم بقانون أو لائحته ... وللمحكمة أن تأمر عند الاقضاء بتألّف تلك الاجهزة والمعدات والأدوات".

وقد تعقبهم المشرع القطري ايضاً حيث نص في المادة (68) من قانون الاتصالات القطري رقم (34) لسنة 2006 حيث نص على أنه "تحكم المحكمة في جميع الأحوال بمصادر المعدات والاجهزة التي استعملت في ارتكاب الجريمة" ، يتضح من النصوص اعلاه أن الدول المقارنة قد أخذت بالمصادر الجنائية والتي بدورها لا توقع الا من السلطة القضائية بواسطة حكم جنائي وبناء على دعوى جنائية قد تستغرق وقتاً طويلاً مما يؤدي إلى تفاقم الضرر وتعرض حياة المواطنين للخطر ، وبالتالي حسناً فعل المشرع العراقي عندما نص على المصادر الإدارية والتي يتم ايقاعها بقرار إداري يصدر عن الهيئة بواسطة إجراءات إدارية لا تستغرق وقتاً طويلاً.

2- نصّ القسم (9) من الامر (65) لسنة 2004م.

3- د. سليمان الطماوي ، النظرية للقرارات الإدارية ، مصدر سابق ، ص 655 وما بعدها. وكذلك ينظر د. خالد سمارة الزعبي، القرار الاداري بين النظرية والتطبيق، المركز العربي للخدمات الطلابية ، عمان ، 1996،ص 223 وما بعدها.

وقضاء⁽¹⁾، أن إلغاء الرخصة يختلف عن سحبها وتعليقها من حيث الآثار المترتبة عليهما وبالتالي لا بد من توضيح معنى الإلغاء والسحب والتعليق وكالاتي:

أولاً : تعليق التراخيص

فضلاً عن الجزاءات الأخرى التي تفرضها الهيئة تستطيع تعليق الرخصة وفقاً للأمر (65) في حالة أخلال المرخص له ، أو استمراره بأخلال بأحد أحكام التراخيص وشروطه ونصوص القواعد واللوائح الأخرى أخلاً جوهرياً⁽²⁾، وقد اخذ المشرع القطري بهذا الجزء حيث نص على أنه "...لالأمين العام عدم تجديد التراخيص الصادرة باستخدام الطيف الترددية، أو تعديلها ، أو ايقافها..."⁽³⁾.

أما المشرع الأamarati فقد نص على أنه " للجنة العليا إصدار تعليمات ، أو قرارات لأي مرخص له ، أو تضمين التراخيص التي تصدرها شروطًا تتعلق بأي من الأمور الآتية : 2- الحالات التي تستدعي إلغاء التراخيص أو تعليقه ، سواء كان ذلك كلياً ، أو جزئياً"⁽⁴⁾ ، يتضح من النص أن المشرع الأamarati أجاز للجنة العليا المنظمة للاتصالات فرض جزء التعليق بقرار إداري ، أو تعليمات ، أو تضمين الرخصة بهذا الجزء .

ثانياً : سلطة الإدارة في إلغاء الرخصة

يعرف الإلغاء الإداري أنهاء آثار القرار بالنسبة للمستقبل فقط اعتباراً من تاريخ الإلغاء ، مع ترك آثاره قائمة في الماضي وهو قد يكون مباشرةً يتمثل في إلغاء القرار كله وقد يكون غير مباشر يتمثل في تعديل القرار أي إلغائه جزئياً بالإبقاء على بعض آثاره وتعديل البعض الآخر

1- حيث جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا في العراق رقم 446/قضاء موظفين/تمييز في 3/7/2014م "... وأن الإلغاء ليس كالسحب ترتب عليه إلغاء القرار الإداري منذ لحظة صدوره وإزالة الآثار المترتبة عليه ، في حين قرار الإلغاء يخضع لقاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية ومن ثم لا يمكن ان يرتب آثاراً قانونية سابقة على تاريخ صدوره". أشار إليه خميس عثمان خليفة المعاضيدي ، المرشد لقرارات وفتاوي مجلس شورى الدولة وقرارات المحكمة الإدارية العليا ، ط 2 ، مكتب زاكى ، بغداد ، ص253 .

2- نص القسم (9) من الامر (65) لسنة 2004.

3- المادة (17) من قانون الاتصالات القطري رقم (34) لسنة 2006.

4- المادة (29) من قانون الاتصالات الأamarati رقم (3) لسنة 2003. أما المشرع المصري جعل إيقاف التراخيص يكون تبعاً لحكم من المحكمة المختصة حيث نص في المادة (82) من قانون الاتصالات المصري "...وفي جميع الأحوال تحكم المحكمة بوقف التراخيص...".

بالنسبة للمستقبل⁽¹⁾، وبالتالي يقصد بإلغاء الرخصة أنهاء آثارها بالنسبة للمستقبل ومنعها من إنتاج آثار جديدة في المستقبل دون أن يمس ما أنتجته الرخصة من آثار في الماضي.

من المسلم به أن التراخيص الإدارية هي قرارات إدارية فردية متى صدرت سليمة ترتب عليها حق شخصي أو مركز خاص فإنه لا يمكن المساس بها إلا في الاحوال المسموح بها قانوناً، إلا أن هنالك انواع خاصة من القرارات الإدارية الفردية تعتبر غير مولده لحق ، بل تحول منفعة أو ميزة لا تحول دون حق الإدارة في إلغائها بحرية ، ومن هذه القرارات هي القرارات الوقتية باستعمال جزء من المال العام⁽²⁾، وبما أن رخصة الهاتف النقال هي قرار إداري باستعمال جزء من المال العام (الطيف الترددية) ، وبالتالي يمكن لهيئة الاعلام والاتصالات إلغائها هذه الرخصة دون قيد .

يمكن رد الأسباب التي تحول هيئة الاعلام والاتصالات الغاء الرخصة السليمة إلى الحالات الآتية:

1- عدم تنفيذ المرخص له للالتزامات المفروضة عليه بمقتضى الرخصة
إذا تضمن التراخيص المنوحة للمرخص له شروطاً ، أو التزامات معينة ، فإن شرعية هذا التراخيص تكون معلقة على التزام المرخص له بتلك الشروط أو تنفيذه لتلك الالتزامات ، وبالتالي يحق للإدارة إلغاء التراخيص اذا ثبت لها مخالفة تلك الشروط .

وقد أشار المشرع العراقي إلى هذا السبب من اسباب الغاء التراخيص حيث نصّ على أنه "1- يجوز للمفوضية تطبيق وفرض العقوبات المناسبة والمناسبة المذكورة أدناه بغية تأمين الانصياع لشروط التراخيص وأحكامه ونصوص مدونة الممارسات المهنية ونصوص القواعد واللوائح الأخرى، وذلك باستثناء ما لم يرد بشأنه في هذا الأمر تحديداً نصّ آخر... ط-أنهاء العمل بالتراخيص ، أو سحبه"⁽³⁾.

كذلك اخذ المشرع المصري بهذه الحالة حيث نصّ على أنه "ويلتزم المرخص له باستخدام تردد، أو حيز ترددات طبقاً لشروط التراخيص ، وفي حالة مخالفته لهذه الشروط يكون للجهاز الحق في إلغاء التراخيص"⁽⁴⁾.

1- د. عبد الغني بسيوني ، النظرية العامة في القانون الإداري ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003م، ص520.

2- د. سليمان الطماوي ، النظرية لقرارات الإدارية ، مصدر سابق ، ص 666 وما بعدها .

3- نص القسم (9) من الامر (65) لسنة 2004 .

4- المادة (51) من قانون الاتصالات المصري رقم (10) لسنة 2003.

قد نصّ المشرع القطري على هذا الحال من حالات إلغاء الترخيص ، ايضاً ، حيث ذهب إلى أنه " للأمين العام عدم تجديد التراخيص الصادرة باستخدام الطيف الترددية... أو إلغائها وذلك في الاحوال التالية: 1- تكرار مخالفة احكام القانون ، أو لائحته التنفيذية ، أو اللوائح والقرارات والأوامر المنفذة له ، أو أي من شروط الترخيص."⁽¹⁾.

2-إلغاء الرخصة لداعي المصلحة العامة

داعي الصالح العام التي يجوز من أجلها إلغاء القرارات الإدارية السليمة بالنسبة للمستقبل عديدة ، فقد تكون المحافظة على الصحة العامة ، أو السكينة العامة ، أو الامن العام ، أو سلامة المال العام ... الخ⁽²⁾، وقد خلا الامر (65) من الإشارة إلى هذا السبب إلا أن الشروط والضوابط الخاصة بتراخيص استخدام الترددات وتشغيل منظومات الاتصالات اللاسلكية نصت على "للهيئة الحق بإلغاء... الرخصة حسب ما تقتضيه المصلحة العامة"⁽³⁾، وكذلك نصّ الأamarati على أنه "1- للهيئة إيقاف وإلغاء تصريح استخدام ترددات... عندما تقتضي المصلحة العامة ذلك...".⁽⁴⁾

3- تغير قانون الاتصالات عقب اصدار الرخصة

مثال ذلك أن تقوم الإدارة بمنح شركة معينة رخصة طبقاً لقانون نافذ وتكون متوافقة مع احكامه ، ثم يصدر بعد ذلك قانون جديد يجعل من القرار الاصلي الصادر بالرخصة مخالف له ، وفي هذا الاطار هناك رأي يرى ان على الإدارة ان تتلزم بإلغاء الرخصة اذا كان التغيير ينصب على القاعدة القانونية التي نتج عن تطبيقها وجود الرخصة ، إلا أنه من الناحية العملية فأن القانون الجديد غالباً ما يقصر تطبيقه على المستقبل دون المساس بالرخص السابقة⁽⁵⁾.

1- المادة (17) من قانون الاتصالات القطري رقم (34) لسنة 2004. وكذلك اشار إلى هذا الامر المشرع الاماراتي حيث نصّ في المادة (65) من اللائحة التنفيذية رقم 3- لسنة 2004 على أنه "1- للهيئة إيقاف وإلغاء تصريح استخدام ترددات عندما ترى الهيئة أن حامل التصريح قد خالف شروط ذلك التصريح، أو عندما تقتضي المصلحة العامة ذلك...".

2- د. سليمان الطماوي ، النظرية للقرارات الإدارية ، مصدر سابق ، ص687.

3- الشروط والضوابط الخاصة بتراخيص استخدام الترددات وتشغيل منظومات الاتصالات اللاسلكية لسنة 2016 منشورة على موقع هيئة الاعلام والاتصالات على الموقع الاتي www.cmc.com

4- المادة (65) من اللائحة التنفيذية رقم (3) لسنة 2004 لقانون الاتصالات الاماراتي. ولم ينصّ المشرع المصري والقطري على هذا الشرط.

5- فهد مرزوق العنزي ، النظام القانوني للترخيص الاداري في دولة الكويت ، مصدر سابق ، ص206 .

4- استحالة تنفيذ أو زوال موضوع الرخصة

من أمثلة استحالة التنفيذ وفاة المرخص له اذا كان شخص طبيعي ، أو انقضائه إذا كان شخص معنوي⁽¹⁾، فالرخصة الصادرة من هيئة الاعلام والاتصالات باستعمال الطيف الترددى لمدة معلومة ،أو غير معلومة تنقضي بوفاة المرخص له ، أو انقضاء الشخص المعنوي.

5- صدور الرخصة دون الشروع في تنفيذها

ايضًا من حالات إلغاء الرخصة هو صدورها دون الشروع في تنفيذها ، وقد اشارت إلى هذا الامر **الشروط والضوابط الخاصة بتراخيص استخدام الترددات وتشغيل منظمات الاتصالات اللاسلكية** نصت على أنه "على المرخص له استخدام التردد المخصص له خلال مدة اقصاها اربعة اشهر من تاريخ الإصدار و عكسه يعتبر التخصيص لا غيًّا"⁽²⁾، وبالتالي اذا لم تقم الشركات بنصب الابراج وأداء الخدمة خلال اربعة اشهر تقوم هيئة الاعلام والاتصالات بإلغاء الرخصة .

ثالثاً : سلطة الإدارة في سحب الرخصة

يعرف السحب أنتهاء القرار الإداري بأثر رجعي يعود إلى تاريخ اصداره وهذا يعني أنتهاء اثاره بالنسبة للماضي والمستقبل واعتبار القرار كأنه لم يكن من تاريخ اصداره⁽³⁾.

في حين عرفه البعض الآخر بأنه وقف نفاده في الماضي والمستقبل أي اعتباره كأن لم يصدر وبذلك تسقط جميع الآثار التي ترتب عليه في الماضي ووقف نفاده في المستقبل⁽⁴⁾.

أو هو أنتهاء هذه القرارات بالنسبة للمستقبل والماضي ، وهو ما يفيد أنتهاء جميع آثارها المترتبة عليها اعتباراً من تاريخ صدورها ، بحيث تصبح وكأنها لم تصدر أصلاً⁽⁵⁾.

1- ينظر المادة (147) من قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 المعدل.

2- الشروط والضوابط الخاصة بتراخيص استخدام الترددات وتشغيل منظمات الاتصالات اللاسلكية لسنة 2016 منشورة على موقع هيئة الاعلام والاتصالات على الموقع الاتي www.cmc.com

3- د. محمد علي جواد، مبادئ القانون الإداري، دون مكان طبع، 2002، ص.50.

4- د. حامد مصطفى ، مبادئ القانون الإداري العراقي، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد، 1968 ، ص289 .

5- د. طعيمة الجرف ، القانون الاداري ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، 1973 م ، ص511

استناداً إلى ما سبق من التعريف اعلاه وإن اختلفت في اللافاظ إلا أنها تتفق في مضمون السحب إلا وهو أنهاء القرار الإداري بأثر رجعي.

من الآثار المهمة التي تترتب على عملية سحب القرارات الإدارية الصادرة بالرخصة هي اعتبار القرار المسحوب كأن لم يكن فتسقط آثاره بالنسبة للمستقبل والماضي، وبالتالي قد مسح كل الآثار التي تولدت عن القرار المسحوب في الماضي، ليس عن القرار المسحوب فحسب بل عن كل قرار آخر صدر استناداً للقرار المسحوب بأثر رجعي⁽¹⁾، ومثال ذلك قيام هيئة الاعلام والاتصالات بسحب قرار الرخصة الأصلي الذي بموجبه رخصت باستعمال الطيف الترددية يؤدي إلى سحب القرارات التي صدرت استناداً إلى القرار الأصلي.

كذلك إن السحب لا يقصد به إزالة آثار القرار الإداري بأثر رجعي احتراماً لمبدأ المشروعية فحسب، بل يجب أن تلتزم الإدارة بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار المسحوب وبالتالي إن على الإدارة اصدار القرارات الالزمة لتحقيق هذه الغاية⁽²⁾.

-
- 1- د. عبد القادر خليل، نظرية سحب القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1964، ص264.
 - 2- حكم مجلس الدولة الفرنسي في 6 / فبراير / 1948، اشار اليه، د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات ، مصدر سابق ، 1984، ص 701. كذلك ينظر : محمود عبد علي حميد الزبيدي ، مدى سلطة الإدراة في سحب قراراتها الإدارية المشروعة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة المستنصرية ، 2008م، ص188.

الفصل الثاني

الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن منح تراخيص الهاتف النقال

إنَّ تتمتع الإدارة بسلطة منح الرخصة من أجل اشباع الحاجات العامة قد يترتب عليه ضررًا للأفراد والبيئة ، مما يفرض عليها بالمقابل واجب الالتزام بمراقبة ومتابعة استعمال الرخصة من قبل الشركات وإلاً فقد تثار مسؤوليتها عن الإخلال بواجب الرقابة.

بالتالي أنْ حماية الأفراد والبيئة يلزم الهيئات الإدارية المعنية برخصة الهاتف النقال ببذل مزيدًا من العناية الازمة، وحثها على الالتزام بالقواعد القانونية المقررة، وكذلك القيام بدورها في المراقبة والأشراف على مصادر الضرر مما يجعلها ضمانة حقيقية وقائية وعلاجية ، فهي وقائية لأنَّ نظام المسؤولية يجعل الإدارة تتهيب من وقوع الخطأ ، أو حصول الضرر الذي يتثير مسؤوليتها ويحرجها من الوقوف أمام القضاء ، حتى وإنْ لم يكن ثمة خطأ يمكن نسبته إليها، وهي ضمانة علاجية لأنها تضمن للمضرور الحصول على تعويض جراء ما أصابه من ضرر وبغض النظر عن أساس المسؤولية، سواء أكانت مبنية على أساس الخطأ أم قائم على أساس المخاطر، وهذا مما يتطلب بحثه في مباحثين، على التفصيل التالي:

المبحث الأول: مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ.

المبحث الثاني: مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر وتحمل التبعية

المبحث الأول

المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ

للمسؤولية بشكل عام والإدارية منها على وجه الخصوص ثلاثة اركان تقوم عليها فإذا ما انهم أحدهما لن تتحقق المسؤولية وهي الخطأ ، والضرر ، والعلاقة السببية بين كلا منهما، عليه قسمنا هذا البحث إلى ثلاثة مطالب ، نتناول في المطلب الاول ، الخطأ كركن في قيام المسؤولية الإدارية ، ونتناول المطلب الثاني ركن الضرر في المسؤولية الإدارية ، ونتناول في المطلب الثالث دراسة العلاقة السببية ، وكالآتي:

المطلب الاول

ركن الخطأ في قيام المسؤولية الإدارية

للخطأ كأساس للمسؤولية الإدارية مفهوم محدد عند القضاء والفقه الإداري فمن الثابت أن الخطأ نوعان تارة يكون مرفقًا وتارة أخرى يكون شخصياً ونحن في نطاق بحثنا هذا سوف نحاول ان نستعرض كلاهما مع التركيز على الأول لكونه موضوع دراستنا والسبب لقيام المسؤولية الإدارية ولهذا قسمنا المطلب على ثلاثة فروع ، نتناول في الفرع الاول مفهوم الخطأ الإداري، ونتناول في الفرع الثاني تمييز الخطأ المرفق عن الخطأ الشخصي، ونتناول في الفرع الثالث موقف المشرع والقضاء الإداري من الخطأ.

الفرع الاول

الخطأ الإداري المستوجب لقيام المسؤولية الإدارية

يلاحظ في البداية أننا نبحث في المسؤولية التقصيرية للإدارة ولا نتعرض لمسؤولية العقدية التي تسمح من خلالها للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتعويض على أساس بنود العقد ؛ إذ قد يسمح المشرع ، أو الإدارة من خلال ما تورده من بنود في العقد للطرف الآخر بالمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية ؛ لذا ينحصر بحثنا في إطار المسؤولية التقصيرية الناشئة عن مخالفة القوانين والأنظمة والتعليمات أو إساءة استعمال السلطة أو التعسف باستعمالها⁽¹⁾.

1- د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري ، الكتاب الثاني، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت،2005م ، ص 236 .

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن مخالفة المأمورات

تعرض الفقه الإداري للخطأ بنوعيه الشخصي والمرفقى وعدوا ذلك من المعلم الرئيسى للقواعد التى تحكم مسؤولية الإدارات وتميزها عن المسئولية المدنية ، والخطأ المرفقى وحده هو الذى تسؤال عنه جهة الإدارات فتدفع التعويض الذى يقرره القضاء من أموالها ، وتكون المحاكم الإدارية هي المختصة بتقدير التعويض وتقرير قيام الخطأ من عدمه⁽¹⁾.

والخطأ الذى نعنيه هو مخالفة أحكام القانون وبظاهر بصورة عمل مادى ، أو تصرف قانونى وقد يتبلور في صورة عمل ، أو سلوك إيجابى ، أو يأتي على هيئة تصرف سلبي ينشأ عن عدم القيام بما يوجبه القانون⁽²⁾، أو هو مخالفة أحكام القانون بتصرف قانونى ، أو مادى صادر عن جهة الإدارات، وهذا الخطأ قد يكون إيجابى وقد يكون سلبي ، والخطأ الذى يقع من الموظفين في الإدارات أما يكون شخصياً فيسأل عنه مرتكبه ، وأما يكون مرافقاً فتسأل عنه الإدارات ، والخطأ الشخصى هو الذى ينسب إلى الموظف نفسه وتقع على عاتقه الشخصى المسؤولية فيدفع التعويض من ماله الخاص وتكون المحاكم الاعتيادية هي المختصة بنظر هذا النوع من الخطأ، أما الخطأ المرفقى ينسب للمرفق العام ، وتحمل الإدارات المسئولية لوحدها فتدفع التعويض من أموالها ، أو يتحمل الموظف جزء من الخطأ بنسبة مساهمته بذلك⁽³⁾.

أما محكمة القضاء الإداري المصرية فعرفته في حكم حديث جاء فيه "مناطق مسئولية الإدارات في التعويض عن اعمالها المادية هو توافر ثلاثة اركان هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، والخطأ المقصود هنا هو الذى ينسب للمرفق ذاته حتى ولو قام به أحد تابعيه ويتحقق الخطأ في حالة إذا لم يؤد المرفق العام الخدمة وفقاً للقواعد والأصول التي يسير عليها ، سواء كانت قواعد خارجية وضعها المشرع أم وضعها المرفق ذاته أم يقتضيها السير العادي للأمور ويعرف الخطأ هنا بالخطأ المرفقى"⁽⁴⁾.

ولما كان الخطأ هو الإخلال بالتزام سابق ، أو تعسف باستعمال السلطة ، فإنه يشمل بذلك إخلال جهة الإدارات بالتزاماتها التي يقررها القانون بالمعنى الواسع ، وكذلك الناشئة عن العرف

1- محمد عبد أمام ، القانون الإداري وحماية الصحة العامة ، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة ، 2007م ، ص227.

2- د. ماجد راغب الحلو ، دعاوى القضاء الإداري ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، 2010م، ص202.

3- د. محى الدين القيسي، مبادئ القانون الإداري العام ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،2003م، ص140.

4- حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن (رقم 7557 لسنة 555ق، جلسه 26/6/2007)، المبادئ القانونية الصادرة عن مجلس الدولة ، ص607، اشار إليه د. ناصر عبد الحليم محمد السلامات ، نفاذ القرار الإداري، ط1، اثراء للنشر والتوزيع، عمان، 2013م، ص493.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤلية الإدارية عن مخالفة المعايير

ومتطلبات الحياة في المجتمع والتي يستخلصها القضاء من دراسة كل حالة على حدة⁽¹⁾، ويظهر الخطأ المرفقى بعدة صور من أهمها:

اولاً: سوء الخدمة المقدمة للمواطن أو سوء خدمات المرفق العام

يعنى أن المرفق ادى الخدمات المطلوبة منه ولكن بصورة سيئة ولا يشترط أن يكون الخطأ يعود الى موظف فقد يكون عن أشياء ، أو حيوانات تملکها الادارة وقد يكون سوء تنظيم المرفق العام ،وليس ضروريًا أن يكون العمل ماديًا وقد يكون الخطأ راجعًا الى تصرف قانوني معيب⁽²⁾ففي كل هذه الحالات تكون الادارة مسؤولة لأن الاصل في المرافق العامة هو تقديم خدماتها للأفراد وفقاً لقواعد تضمن تحقيق المصلحة العامة على أكمل وجه ، فإذا اصاب عملها خلاً ونقصاً اعتبر ذلك خطأ مرفقياً مما يستوجب قيام المسؤولية الإدارية⁽³⁾.

عند التأمل الدقيق بهذه الصورة نجد أنها متحققة تماماً في مجال تراخيص الهاتف النقال ، وكما اشرنا سابقاً أن مرفق الاتصالات يدار عن طريق الامتياز ، وبموجب هذه الطريقة لا تتولى الإداره بنفسها ادارة المرفق بل تتخلى عن هذه الإداره إلى شركة على أن تتولى الإداره الإشراف على مرفق الاتصالات ، فمرفق الاتصالات قد يؤدي العمل ، ولكن بشكل سيء ليس على الوجه المطلوب قانوناً فتقوم مسؤولية الإداره لإهمالها واجب الرقابة والأشراف على صاحب الامتياز .

في مجال خدمة الاتصالات فإن على الشركة أن تقييد بالتعليمات الخاصة بنصب الإبراج والهواتف وعدد المراسلات في كل برج وكذلك المسافات المطلوبة، كما أن هناك أجهزة والآلات تستخدم لتأمين الاتصال وهذه الآلات تتطلب عناية خاصة ولاسيما في ما يتعلق بقياس الإشعاعات الصادرة منها فعلى مقدم الخدمة متابعة الإشعاعات الصادرة وقياسها لأن في عدم مراعاة التعليمات يؤدي إلى قيام مسؤولية الشركة التقصيرية ، أيضاً ، أو العقدية بحسب ما ينص عليه العقد المبرم مع الإداره والقوانين والأنظمة ذات العلاقة .

في مقابل هذه المسؤولية تقوم مسؤولية الإداره (هيئة الاعلام والاتصالات) كونها الجهة الوحيدة المسؤولة عن منح الرخصة وبالتالي يجب عليها متابعة عمل هذه الشركات وتوجيهها على

1- محمد عبده امام ، القانون الاداري وحماية الصحة العامة، مصدر سابق ، ص288.

2- د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، القضاء الاداري في العراق حاضره ومستقبله، دار ومطبع الشعب،بغداد ، 1965م، ص158.

3- د. محمد فؤاد مهنا ، حقوق الأفراد ازاء المرافق العامة ، مطبعة الشاعر ، الاسكندرية ، 1970 ، ص398.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن مخالفة المأمور

الالتزام بشروط الرخصة ومحاسبتها على أي اخلال بتلك الشروط ، وإلاً قامت مسؤوليتها التقصيرية أمام مستعملٍ مرفق الاتصالات في العراق .

ثانياً: عدم قيام المرفق بأداء الخدمة المطلوبة منه

هنا تمتّع الإدارة عن القيام بعمل كان يجب عليها القيام به فيترتب على موقفها السلبي ضرراً يصيب الأفراد ، فالإدارة لم تعد مسؤولة فقط عن الاعمال الإيجابية المنطقية على الخطأ وإنما تسأل عن امتناعها عن القيام بعملها⁽¹⁾ ، أي تترتب مسؤولية الإدارة في هذه الصورة نتيجة إتخاذها موقف سلبي يتمثل بالامتناع عن القيام بعمل يلزمها القانون بإدائه إذا نجم عن هذا الامتناع ضرر للأفراد⁽²⁾ .

كذلك هذا الامر مستوعب في مجال الاتصالات ، ومثال ذلك امتناع جهة الإدارة عن تنفيذ تعليمات الوقاية من الاشعة غير المؤينة رقم (1) لسنة 2010 الصادرة بموجب قانون حماية وتحسين البيئة رقم (27) لسنة 2009 ؛ إذ حددت هذه التعليمات الشروط الواجب توافرها عند تركيب أبراج الهواتف النقالة ولكن بالرغم من صدور هذه التعليمات إلا أنه ما زال هنالك توزيع عشوائي للأبراج الهاتف النقال ، وبالتالي فإن الإدارة تكون مسؤولة مسؤولية كاملة عمّا يتترتب من هذه الإبراج من أضرار نتيجة لخلالها بواجب المتابعة وامتناعها عن أتخاذ الاجراء القانوني بحق المخالفات .

ثالثاً: بطء المرفق في أداء الخدمة

هذه أحدث الصور التي أخذ فيها مجلس الدولة بمسؤولية الإدارة لا تسأل عن اداء خدماتها على وجه سيء ، أو امتناعها عن أداء خدماتها فحسب ، ولكنها تسأل ، أيضًا ، إذا تباطأت أكثر من المعقول في أداء تلك الخدمات إذا لحق الأفراد من جراء هذا التأخير ضرر ، وليس المقصود هنا أن يكون القانون قد حدد ميعاد يجب على الإدارة أن تؤدي خدماتها خلاله ، لأن هذا يندرج تحت الصورة الثانية من حالات المسؤولية ولكن المقصود هنا أن تكون الإدارة غير مقيدة بمدة معينة ومع ذلك تباطأ أكثر من اللازم وبغير مبرر مقبول⁽³⁾ .

1- د. ماجد راغب الحلو ، دعاوى القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص211-212.

2- د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، القضاء الإداري في العراق حاضر ومستقبله ، مصدر سابق ، ص160 .

3- د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الثاني ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1977م ، ص147.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن مخالفة المأمور

و هذه الحالة يمكن أن نجدها ، ايضاً ، في مرفق الاتصالات ، حيث من الممكن أن تتأخر الادارة أو تتطابقاً في عدة امور ومن ذلك تأخر الادارة في سحب الرخصة أو الغاءها في الاحوال التي يتعين فيها ذلك . مما يؤدي إلى تضرر بعض المواطنين نتيجة التأخير في سحب الرخصة وبالتالي مسؤولية الادارة .

الفرع الثاني

التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي

تسأل الإدارة عن الأخطاء التي تقع أثناء العمل الإداري بواسطة من يعمل باسمها ولحسابها، إلا أن هذا لا يعني أن الادارة دائمًا مدانة بارتكاب الأخطاء ومدينة بتعويض الضرر ، فثمة أخطاء يرتكبها الموظفون بسبب فعلهم الشخصي لذا ينبغي التفريق بين الخطأ الشخصي والمرفقي⁽¹⁾.

تعود نشأت نظرية التفرقة بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي لأحكام مجلس الدولة الفرنسي ولعبت الاتجاهات والدراسات الفقهية دوراً في بلورة احكامها والفكرة الاساسية التي تحكم هذه النظرية هي مسؤولية الادارة عن الخطأ ذي الطابع المرفقي ويمكن للقضاء أن يلزمها بدفع التعويضات عن ذلك فقط في حالة الخطأ المرفقي ، حيث يمكن نسبة الخطأ إلى المرفق نفسه لسوء تنظيمه أو التفاس عن القيام بواجباته ، ويختص القضاء الإداري بالنظر في دعوى التعويض ، أما في حالة الخطأ الشخصي، فهنا ينسب الخطأ إلى الموظف نفسه لا إلى المرفق ومن ثم يكون الموظف وحده مسؤولاً عن التعويض من ماله الخاص ويكون الاختصاص بدعوى المسؤولية لمحاكم القضاء العادي⁽²⁾.

لعل الحكمة من تقرير التفرقة بين الخطئين تمثل بضرورة توفير الحماية للموظف العام والمواطنين والمرفق نفسه، فالموظف وأن أخطأ عند القيام بواجباته وممارسة الاعمال المادية والقانونية التي قد تكون غير مشروعة فتصيب الغير بضرر معين فلا بد من حمايته والسبب أن الأخطاء أمر متوقع وهي من المخاطر الاعتيادية للعمل في الادارات الحكومية ، فلا يكون الموظف مسؤولاً عن التعويض من ماله الخاص عن أخطاء ارتكبها بحسن نية ، وأنما تتحملها

2- د. غاري فيصل مهدي، د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري ، ط1، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع، النجف، 2013م، ص224.

3- د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الثاني ، مصدر سابق، ص239.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤلية الإدارية عن مخالفة المأمور

الادارة ذاتها ، وبذلك نوجد نوع من التشجيع للموظف العام في اداء العمل الإداري ، إذ لا يكون مسؤولاً إلا عن خطئه الشخصي الفاحش⁽¹⁾.

تحقق التفرقة بين الخطأ الشخصي والمرفقى حماية للمرفق العام حتى لا يتحمل تعويضات نتيجة أخطاء الموظفين المتأتية من اهمالهم أو من فهم لقوانين ، والأنظمة ، والتعليمات.

كما أن وضع معيار محدد لمعرفة الخطأ الشخصي عن المرفقى حماية للمواطنين بمعرفة مصدر الخطأ المطالب بدفع التعويضات هذا من جهة ، ومن جهة اخرى هذه التفرقة سوف تجعل القضاء بمنأى عن البحث مطولاً في مصدر الخطأ ومن سيتحمل تبعاته.

من الأهمية بمكان تحديد معيار واضح للتفرقة بين الخطأ المرفقى والخطأ الشخصي لأهمية النتائج المترتبة على ذلك . ولقد تعددت المعايير في هذا الموضوع بحيث يمكن تصنيفها إلى معايير فقهية وقضائية.

أولاً: المعايير الفقهية

1- معيار النزوات الشخصية

يقوم هذا المعيار على اساس النزوات الشخصية للموظف المنسوب إليه الخطأ ، فهو يرى ان الخطأ يعتبر شخصياً إذا كان الفعل الضار يكشف عن الانسان بضعفه وشهواته وعدم تبصره ، أما إذا كان الفعل الضار الذي حدث يدل على ان مرتكبه قام بعمله كموظف معرض للأخطاء دون أن تكون لغراائزه دخلا في الأمر ، فإن عمله هذا يعتبر عملاً إدارياً وأن خطأه يعد مرافقاً⁽²⁾.

2- معيار الغاية

أي الغاية التي استهدفتها الموظف من تصرفه الخاطئ ، فإذا كان الموظف قد تصرف بحسن نية لتحقيق اغراض الادارة والصالح العام فإن الخطأ يكون مرافقاً ، أما إذا كان قصده من التصرف هو تحقيق أهداف شخصية لا علاقة لها بالوظيفة عن طريق استغلال سلطاتها فإن الخطأ

1- د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الثاني ، مصدر سابق، ص238.

2- د. رضوان بوجمعة ، قانون المرافق العامة ، مطبعة النجاح ، الدار البيضاء ، 2000م ، ص163 .

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن مخالفة المأمور

يكون شخصياً وقد طبق القضاء الإداري الفرنسي هذا المعيار في بعض أحكامه ، مثل حكم مجلس الدولة في قضية "ZIMMERMANN" ⁽¹⁾.

3. معيار الانفصال عن الوظيفة

طبقاً لهذا المعيار يعد الخطأ شخصياً إذا امكن فصل الخطأ عن اعمال الوظيفة مادياً ، ويتحقق ذلك في حالة قيام الموظف بعمل لا علاقة له مادياً بواجبات الوظيفة التي يؤديها ، أما الخطأ المنفصل عن واجبات الوظيفة معنوياً فيكون في حالة دخول العمل الخاطئ ضمن واجبات الوظيفة مادياً ولكن لغرض غير الغرض الذي استخدم لتحقيقه ، أما إذا كان العمل الخاطئ داخل ضمن اعمال الوظيفة ولا يمكن فصله عنها فإنه يعد خطأ مرافقاً ⁽²⁾.

4. معيار جسامنة الخطأ

وفقاً لهذا المعيار يُعد الخطأ شخصياً إذا بلغ من الجسامنة حدّاً لا يمكن اعتباره من الأخطاء العادية التي يتعرض لها الموظف عند قيامه بواجبات وظيفته ، ويكون الخطأ جسيماً عندما يخطأ الموظف في تقدير الواقع أو عندما يتجاوز حدود اختصاصاته القانونية وعندما يرتكب جريمة جنائية ⁽³⁾.

5. معيار طبيعة الالتزام الذي أخل به الموظف

يقوم هذا المعيار على التمييز بين الخطأ الشخصي والمرفقى على اساس طبيعة الالتزام الذي تم الإخلال به ، فإذا كان هذا الالتزام من الالتزامات المرتبطة بالعمل الوظيفي فإن الإخلال به يكون خطأ مرافقاً ومن ثم تسأل عنه الإدارة وحدها ، أما إذا كان هذا الالتزام من الالتزامات التي يقع عبئها على جميع الأفراد فإن الإخلال به يُعد خطأ شخصياً يسأل عنه الموظف وحده ⁽⁴⁾.

ثانياً: المعايير القضائية

-
- 1. د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص240.
 - 2. د. نجيب خلف احمد ، د. محمد علي جواد كاظم ، القضاء الإداري ، مكتب الغفران للخدمات الطباعية ، بغداد ، 2010م ، ص221 ، وكذلك ينظر ايضاً : سليمان الطماوي، القضاء الإداري ، الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص221.

3- د. نجيب خلف احمد ، د. محمد علي ، القضاء الإداري ، المصدر سابق ، ص221.

4- د. علي سعد عمران ، القضاء الإداري ، ط2، مكتبة ابو الطيب المتنبي ، بغداد، 2014م ، ص288.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولة الإدارية عن مخالفة المأمور

بداية لابد من الإشارة أن القضاء الإداري لم يأت بصفة جازمة بمعيار مركز وموحد وإنما سعى إلى تحليل كل حالة على حدة مقتبس من المعايير الفقهية الحلول المناسبة ، حسب ظروف القضية ، ويتحقق من خلال الاطلاع على بعض احكام مجلس الدولة الفرنسي أنه تارة يأخذ بالمعايير القصدي الذي نادى به لا فيريير ، أو معيار الغاية للأستاذ ديجي ، وتارةً يميل إلى الخطأ الجسيم الذي أتى به جيز أو الخطأ المنفصل الذي جاء به هوريه⁽¹⁾.

أما القضاء الإداري المصري فقد قضت المحكمة الإدارية العليا : " أما اذا تبين ان موظف لم يعمل للصالح العام ، أو كان يعمل مدفوعاً بعوامل شخصية وكان خطأ جسيما يصل الى حد ارتكاب جريمة تقع تحت طائلة قانون العقوبات فإن خطأ في هذه الحالة يعتبر شخصياً ويسأل عنه الموظف الذي وقع منه الخطأ في ماله الخاص" ⁽²⁾، يتضح من الحكم أن القضاء المصري اعتمد على معياران هما نية الموظف المخطئ، ومدى جسامته الخطأ المرتكب ، اذ اعتبر الاول منها معياراً اصلياً والثاني احتياطياً⁽³⁾.

أما بالنسبة للقضاء الإداري العراقي فهو لم يأخذ لحد الأن وبصورة واضحة بفكرة التمييز بين الخطأ الشخصي والمرفقى وأنما ترك الامر إلى احكام القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 حيث تنص المادة(1/219) على أن (الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يشغل احدى المؤسسات ... مسؤول عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم اذا كان الضرر ناشئاً عن تعد واقع منهم اثناء قيامهم بخدماتهم).

منه يفاد أن القانون العراقي قد عرف الخطأ الشخصي واخضع المسؤلية عنه إلى قواعد مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه التي تقوم بناء على ما يملكه تجاه تابعيه من حق الرقابة والاشراف والتوجيه وحق اصدار الاوامر اليهم⁽⁴⁾، مما تقدم نستطيع القول أن هناك نوعين من الخطأ ، وهما الخطأ الشخصي المتمثل في عدم اتخاذ الحيوطة والحذر وعدم بذل عناية الرجل

1- د. رضوان بوجمعة، قانون المرافق العامة، مصدر سابق ، 165.

2- حكم المحكمة الإدارية العليا ، رقم (928) لسنة 4ق بجلسة 1959/6/6 ، منشور بمجموعة احكام المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات (1955-1965)،الجزء الاول،ص1135، وكذلك حكم آخر رقم (1183) لسنة 10 بجلسة 1969/3/30 مجموعة احكام المحكمة الإدارية في خمسة عشر عام ،الجزء الثالث ،2237.

3- المستشار سيد وفا ، مسؤولية الادارة عن أخطاء موظفيها ،ط2 ،مكتبة المستقبل ، دبي ، 2006م،ص14 .

4- د. وسام صبار العاني ، القضاء الإداري ،ط1 ،دار السنهروري،،بغداد ،2015 ،ص339.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن مخالفة المأمورات

المعتاد ، والخطأ المرفقى من جانب الإدارة المتمثل في التقصير في الإشراف على المرؤوسين والالهام في متابعتهم.

في ضوء ما تقدم يتadar إلى الذهن عدة اسئلة منها ، متى يكون الخطأ هو خطأ هيئة الاعلام والاتصالات أو خطأ الموظف المتمثل في إهماله بواجبات الوظيفة العامة أو الخاصة؟، وأي معيار من المعايير سالفة الذكر يمكن أن ينطبق على موضوعنا؟

قبل الدخول في معرفة الخطأ ، لابد من معرفة أن من أهم واجبات الوظيفة العامة⁽¹⁾ ، قيام الموظف بمهام وظيفته شخصياً دون تفاصيل ، أو اهمال ، فمثلاً أن من واجبات وزارة البيئة والصحة إجراء الفحص الدوري لأبراج الهاتف النقال والتتأكد من مطابقتها للمواصفات الدولية ، وهذا الامر يتم عن طريق الموظفين ، ففي حالة عدم قيام الموظف بتنفيذ واجبه بأجزاء الفحص فإنه قد أخل بواجبات وظيفته والخطأ شخصياً ومرفقاً في الوقت عينه وأن كان المشرع العراقي قد جعل الخطأ مفترض يقىم على نسبته إلى الإدارة مباشرةً وهو خطئها في اختيار موظفيها ، أو في رقابتهم وتوجيههم .

كما أن من واجبات الموظف تقديم معلومات صحيحة للرؤساء الإداريين وعدم تضليلهم بمعلومات خاطئة وبصورة خاصة إذا كان الموظف على بيته بعدم صحة تلك المعلومات التي يقدمها ، ومن ناحية أخرى فإن الفحص الدوري لتلك الأبراج يتم عن طريق اجهزة معينة فأن عدم جلب تلك الاجهزة وتسليمها الى الموظف لكي يؤدي واجبه الوظيفي بفحص الترددات البيئية يعتبر خطأ مرافقاً، وكذلك ما أشار اليه الأمر(65) على أنه " في حالة وجود أسباب تدعو المدير العام للاعتقاد إن احدى العمليات تشكل خطراً يهدد السلامة العامة أو النظام ، يجوز له العمل فوراً على تعليق هذه العملية..."⁽²⁾، وبالتالي إذا لم يقم المدير العام بتعليق العمليات الخطرة على سلامة المواطنين فإنه قد أخل بواجبات وظيفته وبالتالي يكون مسؤولاً عن خطئه الشخصي.

بالرجوع الى الامر (65) لسنة 2004 وكذلك قرارات لجنة الاستماع ولجنة الطعن في هيئة الاعلام والاتصالات لم نجد نصّ ، أو حكم يكون معياراً للتمييز بين الخطأ الشخصي والمرفقى، وبالتالي يمكن تطبيق أكثر من معيار من المعايير التي طرحتها الفقه .

1- د. علي محمد بدير وأخرون، مبادئ واحكام القانون الاداري ، مصدر سابق، ص320. وكذلك ينظر محى الدين القيسي ، القانون الاداري العام ، منشورات الطبي الحقوقية ، بيروت ، بلا سنة نشر ، ص148. وكذلك سيد وفا ، مسؤولية الادارة عن اخطاء موظفيها ، مصدر سابق ، ص45 .

2- القسم (8) المادة (4) من الامر (65) لسنة 2004.

الفرع الثالث

موقف المشرع والقضاء الإداري من الخطأ

ليس من المنطق أن يحكم على المرفق العام بالتعويض لمجرد أنه ارتكب عملاً خطأً ، بل يجب أن تتوفر في هذا الخطأ درجة معينة من الجسامنة والخطورة ، وقد ينسب هذا الخطأ للمرفق نتيجة قيامه بالأعمال القانونية أو المادية ومن ثم فإن تقدير درجة الخطأ سيتم تحليله من خلال محورين .

اولاً: تقدير درجة الخطأ من خلال التصرفات القانونية التي تصدر عن المرفق

يتخذ الخطأ في التصرفات القانونية للمرفق صورة عدم المشروعية فالقرارات الإدارية التي يصدرها المرفق يمكن أن تكون غير مشروعة سواء بسبب عدم الاختصاص أو عيب في الشكل ، أو الاجراءات ، أو في محل القرار ، أو سببه ، أو الغاية منه ، غير أن التساؤل الذي يفرض نفسه في هذا المقام هو هل يكتفي بوجود عيب من عيوب مبدأ الشرعية الذي يشوب القرار الإداري لتقرير مسؤولية مرافق الاتصالات بالتعويض ؟ أو أنه يجب أن يكون العيب الذي لحق القرار الإداري على قدر معين من الجسامنة⁽¹⁾ .

القاعدة التقليدية في هذا النطاق هو أنه لا يمكن أن يعتبر عيب من عيوب المشروعية خطأ كافياً للحكم بالتعويض ذلك أن القاضي في هذا المجال سلطة تقديرية⁽²⁾.

وقد انتهى القضاء الإداري الفرنسي إلى رفض التعويض في بعض أحكامه على الرغم من وجود عيب عدم الاختصاص في القرار ، ويعق هذا في حالة إتخاذ قرار إداري من موظف غير مختص بحيث أن الإدارة في بإمكانها أن تأمر الموظف المختص بإصدار القرار من جديد لمراعاة مشكلة الاختصاص ، ولكنه اذا كان هذا الأخير هو كذلك غير مختص تماماً ففي هذه الحالة يبقى عدم الاختصاص قائماً و يؤدي إلى أبطال القرار الإداري⁽³⁾ .

كذلك الامر بالنسبة لعيوب الشكل فأن مجلس الدولة الفرنسي وكذلك القضاء الإداري المصري لا يحكم بالتعويض إلا إذا كان الشكل أساسياً أو جوهرياً ، أما إذا الشكل ثانوياً فلا مسوغ

1- رضوان بو جمعة، قانون المرافق العامة ، مصدر سابق، ص168.

2- رضوان بو جمعة ، المصدر نفسه، ص168.

3- سليمان الطماوي، القضاء الإداري ، الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص164.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن مخالفة المأمورات

لمسؤولية المرفق العام ، وعلى العكس من ذلك جرى القضاء على اعتبار مخالفه قوة الشيء المضي فيه ، أو مخالفه القانون ، أو أساءه استعمال السلطة خطأ يجبر الإدارة على التعويض⁽¹⁾، أما مسلك القضاء الإداري العراقي فأن محكمة القضاء الإداري تقرر التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة بأوجه عدم المشروعية الخمس تبعاً لدعوى الإلغاء أو التعديل للقرار الإداري⁽²⁾.

ثانياً: تقدير درجة الخطأ من خلال التصرفات المادية التي يقوم بها المرفق

لقد سار القضاء بالنسبة لهذه التصرفات على اعتبار ظروف الزمان والمكان الذي وقع فيه الخطأ والاعباء الملقاة على عاتق المرفق وطبيعته ، ويتخذ الخطأ هنا صوراً متعددة كالأهمال ، أو الترك ، أو التأخير ، ولا تقوم المسؤولية إلا إذا كان الخطأ على درجة معينة من الجسامه تحدد وفقاً لأعتبرات عديدة نفصلها على النحو التالي:

1- وقت وقوع الخطأ

يميز مجلس الدولة الفرنسي بين الخطأ المرفقى الذي يقع في الظروف العادلة وبين الخطأ المرفقى الذي يقع في الظروف الاستثنائية حالة قيام حرب ، وذلك لأنه ليس من السهل في مثل هذا الظروف غير الطبيعية ان يسير المرفق بنفس الدرجة من الدقة واحترام قواعد العمل ، وعلى هذا فان ما يعد خطأ في الظروف العادلة قد لا يعد كذلك في الظروف الاستثنائية ويقتضي في هذه الحالة لقيام الخطأ أن يكون على درجة من الجسامه تتناسب وخطورة الظروف المذكورة⁽³⁾، لذلك فإن قيام حالة الحرب واندلاع ثورة ، فإنه ليس من السهل في مثل هذه الظروف أن يسير مرافق الاتصالات بنفس الدرجة من الدقة واحترام قواعد العمل⁽⁴⁾.

2- مكان وقوع الخطأ

إن المكان الذي حدث فيه الخطأ له تأثير على تحديد درجة الخطأ المرفقى ، فمن المنطقى أن أداء المرفق العام لخدماته في مكان عادي في مدينة ، أو قرية يكون أيسراً بكثير من أداء هذه

1- د. عبد الملك يونس ، اساس مسؤولية الادارة وقواعدها، ط1، مطبعة جامعة صلاح الدين، اربيل، 1999، ص154.

2- د. غاري فيصل مهدي، الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الإداري في العراق، مجلة العدالة ، العدد الثاني، 2001م، بغداد، ص86.

3- د. ماجد راغب الحلو ، دعوى القضاء الإداري ، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010م، ص214.

4- حكم إيريري، رقم الحكم 28/يونيه/1918، مجموعة احكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ، ترجمة احمد بسري ، ط10، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 1995م، ص245 .

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن معه تراخيص الماء القاتل

الخدمات في المناطق التي تحدث فيها أمور استثنائية⁽¹⁾ ، ولهذا فإن الخطأ الذي يقع في الحالة الثانية لابد أن يكون جسيماً و مختلف عن الأخطاء العادلة في أماكن صحراوية ، أو بعيدة عن العمران ، حيث يواجه المرفق صعوبات في الحالة الثانية حتى تسأل عنه الإدارية⁽²⁾.

3- أعباء المرفق المخطئ

يتشدد مجلس الدولة الفرنسي في درجة جسامنة الخطأ كلما زادت أعباء المرفق وقلت وسائله وامكانياته . وهذا امر منطقي ، إذ لا تكليف إلا بما في الوسع . ويجب ألا نطلب من الادارة أكثر من الحرص العادي في مواجهة الأمور ، وهذا الحرص لا شك يرتبط بدرجة التنااسب بين مهام المرفق وامكانياته⁽³⁾ ، كما أن مجلس الدولة فرق بين الليل والنهار من حيث جسامنة الخطأ وذلك في قضية رفض أن يحكم فيها بمسؤولية الإدارة لأنها لم ترفع عائقاً وضعه مجهول في الطريق العام ليلاً مما أدى إلى أصابه راكبه بجراح ، وذلك لأن الحادث وقع عقب وضع العائق مباشرة وفي أثناء الليل⁽⁴⁾.

4- طبيعة المرفق المخطئ

كذلك يتشدد القضاء في درجة الخطأ الذي يرتب المسئولية بالنسبة لبعض المرافق نظراً لطبيعتها وأهمية الدور الذي تقوم به ، ويظهر ذلك بصورة واضحة بالنسبة لمرفق الضبط الإداري لأنه يرمي إلى المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة : الأمن العام ، والسكنية ، والصحة العامة ، ولعل ذلك من الاسباب التي جعلت مجلس الدولة لا يعترف بمسؤولية الادارة عن أعمال الشرطة إلا منذ أوائل هذا القرن⁽⁵⁾، ومن هذه المرافق ، أيضاً ، مرافق المستشفيات نظراً للظروف

1- من ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في خطر انفجار بركان لاسوفيرير خلال صيف 1976 حيث تم منع مرور وملاحة السفن التجارية في منطقة معينة ، مجموعة احكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي ، مصدر سابق ، ص 250.

2- عبد الغني بسيوني ، القضاء الاداري اللبناني ، مصدر سابق ، ص 714.

3- د. نجيب خلف أحمد و د. محمد علي ، القضاء الاداري مصدر سابق ، ص 229.

4- د. ماجد راغب الحلو ، دعاوى القضاء الاداري ، مصدر سابق ، ص 214.

5- حكم توماس جريكو الصادر في 10 يناير عام 1905 ، مجموعة احكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي ، مصدر سابق ، ص 118.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤلية الإدارية عن مخالفة المأمور

الخاصة للمرضى الذين تؤدي لهم الخدمات⁽¹⁾ ، وكذلك مرافق السجون، وما يتفرع عن هذه المرافق من أعمال الاغاثة والإسعاف وإطفاء الحرائق⁽²⁾ ، في ضوء ما نقدم هل يمكن اعتبار مرافق الاتصالات هو مرافق ذو طبيعة خاصة وبالتالي لا يمكن تقرير مسؤوليته إلا عن الاخطاء الجسيمة؟

نحن نرى أن مرافق الاتصالات من المرافق ذات الطبيعة الخاصة وذلك لأن خدمة الاتصالات أصبحت الان أساسية للمجتمع وليس كمالية ، الأمر الذي يتطلب مراعاته عند أثارة مسؤولية الادارة (هيئة الاعلام والاتصالات) عن الاضرار المترتبة على الخطأ اثناء تقديم خدماتها للمواطنين. ومن ناحية اخرى أن تقنية الاتصالات هي أحد صور التطور التكنولوجي والتي لا تزال حتى الان محلًّا للبحث وهذا ما يضفي عليه طبيعة خاصة.

5- موقف المضرور من المرفق :

يفرق مجلس الدولة الفرنسي عند تقديره للخطأ بين ما إذا كان المتضرر المطالب بالتعويض مستفيداً من المرفق أم أنه غير مستفيد منه ، فيتطلب درجة أكبر من الخطأ في الحالة الاولى ، بينما يتسامل في تقدير درجة الخطأ في الحالة الثانية ، كما يتأثر تقدير مجلس الدولة لجسامية الخطأ فيما إذا كان المستفيد من المرفق يحصل على الخدمة مجاناً أم يحصل عليها بمقابل ، وما اذا كان مجبراً على اللجوء للمرفق ،أم انه يلجأ للمرفق باختياره⁽³⁾.

أما في مصر، فيلاحظ ان القضاء المختص بقضايا المسؤولية عن اعمال الادارة المادية ، هو القضاء الاداري بمقتضى قانون مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972 حيث نصت المادة العاشرة منه على أنه "تختص محاكم مجلس الدولة في المسائل الادارية.. رابع عشر: سائر المنازعات الادارية..." ، وبالتالي اصبح القضاء الاداري مختص بدعوى التعويض عن الاضرار المادية التي تسببها الادارة .

أما المشرع العراقي فقد جعل القضاء المختص هو القضاء العادي ، وهذا يفهم من نص المادة (7/رابعاً) من قانون مجلس شورى الدولة الذي حصر اختصاص محكمة القضاء الإداري بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الادارية الفردية والتنظيمية ، وبالتالي اخرج الاعمال المادية

1- حكم الزوجان ف ، الصادر في 10 / نيسان / 1992 ، مجموعة القرارات الكبرى في القضاء الاداري ، ط 1 ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ، 2009م، ص750.

2- د. عبد الغني بسيوني ، القضاء الاداري اللبناني، مصدر سابق ، ص714.

3- د. نجيب حلف احمد وآخر ، القضاء الاداري ، مصدر سابق ، ص229.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن مخالفة المأموريات

التي تسببها الادارة وكذلك استبعد العقود الإدارية من نطاق المادة السابعة ، ولهذا ندعوا إلى إن تكون هذه القضايا من اختصاص القضاء الإداري.

المطلب الثاني

ركن الضرر في قيام المسؤولية الإدارية

للضرر اهمية كبرى في اطار المسؤولية بصفة عامة فهو ركن أساسي في المسؤولية حيث لا تقوم المسؤولية بدونه وإذا كان من المتصرور قيام المسؤولية الإدارية دون خطأ فإنه من غير الممكن قيامها دون ضرر ، عليه قسمنا هذا المطلب الى فرعين ، نتناول في الفرع الاول التعريف بالضرر كأساس للمسؤولية الإدارية ، ونتناول الفرع الثاني موقف المشرع والقضاء الإداري من الضرر.

الفرع الاول

التعريف بالضرر كأساس للمسؤولية الإدارية

يرى البعض إن جهوداً فقهية بذلت لتحليل فكرة الخطأ إلا أن الضرر لم يحظى بالاهتمام بشكل موازٍ بل وربما تخلو الاعمال الفقهية الكبرى من وضع تعريف عام للضرر ، حيث عرفه بعض الفقهاء ونحن نسير معه " هو الاعتداء و الادى الذي يصيب الانسان بحق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أم المصلحة متعلقة بسلامة جسمه ، أو عاطفته ، أو بماله، أو بشرفه ، أو باعتباره وسواء كان هذا الحق أم المصلحة ذات قيمة مالية أو لم يكن كذلك⁽¹⁾، وعرفه البعض الآخر بأنه الادى الذي يصيب الشخص في حق أو مصلحة مشروعة وهو ركن أساسي لأن المسؤولية تعني التعويض والتعويض يقدر بحجم الضرر وبانتقامه تنتفي المسؤولية ولا يبقى محلًا للتعويض⁽²⁾.

في نطاق تقديم خدمة الهاتف النقال فأثنا يمكن إن نورد بعض صور الضرر الناجمة عن تقديم خدمة الاتصال ، ومن هذه الاضرار الصحية والبيئية التي تحدث بسبب الاشعاعات غير المؤينة الصادرة من الابراج والهواتف.

1- د. حسن علي الذنون ، المبسط في المسؤولية المدنية ، ج 1 ، الضرر ، شركة التاييس للطبع والنشر ، بغداد 1991م، ص 158.

2- د. عبد المجيد الحكيم وأخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، مصادر الالتزام ، جمهورية العراق ، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي ، 1980، ص 25.

أولاً: الاضرار الصحية

لقد أثار هذا النوع من الاضرار جدلاً واسعاً في مختلف أنحاء العالم وقام الباحثون والناشطون في مجال الصحة البيئية بإجراء البحث لأثبتات الضرر على الإنسان وأن محطات الهاتف النقال تعمل على موجات الراديوية وبنطاق ترددات (1800-900) ميجاهرتز وتتفق كل الجهات المختصة بهذا الموضوع على ضرورة الوقاية من التعرض لهذه الموجات لمدة طويلة لأنها تسبب اضراراً وتلفاً في خلايا الدماغ ويؤدي إلى ارتفاع درجة الحرارة⁽¹⁾.

أما بخصوص مدى الاضرار التي تسببها الاشعة غير المؤينة فقد انقسمت الابحاث العلمية إلى قسمين قسم يذهب إلى أن تلك الاشعة تسبب اضراراً بالغة ، حيث ذهب بعض الباحثين أن تلك الاشعة من شأنها أن تؤثر على الإنسان⁽²⁾ ، وكذلك دراسة مشتركة أعدتها معهد بحوث السرطان والمعهد القومي الأمريكي للسرطان وقد خلصت هذه الدراسة إلى وجود خطورة كبيرة على صحة الإنسان الذي يتعرض للأمواج الكهرومغناطيسية نتيجة سكنه بالقرب من أبراج الاتصالات ، وكذلك اكدت دراسات حديثة اوردتتها احدى المعاهد البريطانية المختصة ببحوث السرطان ان الاشعاعات الناتجة عن ابراج الهاتف تسبب تلوثاً كهرومغناطيسي غير مرئي يسبب سرطان الدم⁽³⁾.

كذلك أكد مجموعة من الاطباء العراقيين وجود تأثيرات صحية خطيرة في ابراج الاتصالات لاحتوائها على موجات كهرومغناطيسية تسبب امراضًا ، حيث أكد الاطباء أنه خلال السنوات المقبلة ستظهر تأثيرات الموجات الكهرومغناطيسية على البشر ، ويجب ابعاد ابراج الاتصالات عن الإنسان لمسافة لا تقل عن (50م) في أقل تقدير لأنها تسبب اضرار كبيرة على الصحة واهماها السرطان⁽⁴⁾.

- 1- ندى حمزة صاحب الريبيعي ، المسؤولية المدنية المترتبة على استخدام عقد الهاتف النقال، بحث منشور في مجلة واسط للعلوم الإنسانية ،المجلد الثامن، العدد الواحد والعشرون، 2013م، ص12.
- 2- تأثير الاشعاعات غير المؤينة على الصحة العامة ،مجلة تواصل تصدر عن هيئة الاعلام والاتصالات ،السنة السادسة ،العدد الثالث والخمسون ،كانون الثاني 2013،ص 78.
- 3- احمد زاهد عباس ،الاضرار الصحية الناتجة عن ابراج الاتصالات ، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني www.hamonn rights gov -ig/uploads/pdf/bvoj 20% atsalat.pdp ، ص18-19.
- 4- احمد زاهد عباس، الاضرار الصحية الناتجة عن ابراج الاتصالات ، المصدر السابق نفسه ،ص20.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤلية الإدارية عن مخالفة المعايير

أما القسم الآخر من الابحاث فيذهب إلى أن الاشعاعات غير المؤينة لا تسبب الأمراض السرطانية حيث ذهب أحد الباحثين إلى أن الأدلة التي تقول ان الاشعة تسبب أورماً قليلة جداً⁽¹⁾.

أما منظمة الصحة العالمية ومن خلال التقارير والابحاث التي اعدتها اتضح أن الترددات الراديوية لا تسبب ارتقاعاً ملحوظاً في درجة حرارة الجسم وقامت هذه المنظمة بالتعاون مع اتحاد الحماية الاشعاعية الدولي، بمراجعة شاملة لكل المقاولات والابحاث العلمية المنشورة حول الاثار الصحية للتعرف الى الموجات الراديوية الصادرة من محطات التقوية الخاصة بالهاتف النقال، وكانت النتيجة ،أنه لا توجد دراسة علمية واحدة اثبتت أن الترددات الراديوية تسبب السرطان ولكن قد ينجم عنها في بعض الاحيان صداع والألم في العين ومناطق أخرى من الرأس⁽²⁾.

أما موقف القضاء العراقي فقد جاء متذبذباً حيث ذهبت محكمة التمييز في احد قراراتها إلى عدم وجود مثل تلك الاضرار حيث ذهب إلى أنه "لم يعد وجود الأبراج والهوائيات بالقرب من دار المدعى ضرراً إذ ورد ذلك لأن الثابت من الكتب المبرزة في الدعوى بان شركة آسيا سيل قد استحصلت الموافقات الأصولية لتقديم خدمات الاتصالات /الهاتف النقال في إنجاء العراق وكما وجد إن كتاب مديرية البيئة في محافظة ديالى المرقم 394 في 12/3/2009 تضمن عدم ممانعتهم من ناحية المحدودات البيئية لنصب المعدات في مكانها الحالي . مما تكون دعوى المدعين فاقدة لسندها القانوني ومحضة للرد...الخ" ، وفي قرار آخر لمحكمة التمييز الاتحادية "إذ إن محكمة الموضوع قد أجرت التحقيقات الوافية في الدعوى وقد تأيد من خلال تقارير الخبراء القضائيين عدم وجود ضرر حال أو محتمل يصيب المميز ... مما تكون الدعوى موجبة للرد..."⁽³⁾.

في حين ذهب في قرار آخر " بعد إجراء الكشف الموقعي بمعرفة خبير مختص... أن البرج يصنف من المحطات الثانوية وإن إجراءات السلامة غير كافية لسبب وجود البرج ضمن محرم برج قريب لشركة زين ... وإن وجود البرج ضمن محرم برج آخر فيه آثار سلبية..."⁽⁴⁾.

1- تأثير الاشعاعات غير المؤينة على الصحة العامة ، مصدر سابق ، ص 78 .

2- عبد الرحمن عبد المجيد حياوي ، الهاتف النقال ومخاطره الصحية ، رسالة ماجستير ، جامعة الموصل- كلية القانون، 2005م، ص 19.

3- قرار محكمة التمييز المرقم 462/الهيئة المدنية/2009، قرار محكمة التمييز بالعدد 865/الهيئة المدنية/2007، في 16/7/2007.إشارة اليهما ندى الريبيعي، المسؤلية المدنية المترتبة على استخدام عقد الهاتف النقال ، مصدر سابق ، ص 13.

4- قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم 870/الهيئة المدنية/3/2014، غير منشور.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤلية الإدارية عن مخالفة المعايير التقنية

وفي قرار لمحكمة الاستئناف الإيطالية بخصوص ادعاء بعض الأشخاص تعرضهم للضرر نتيجة الإشعاعات غير المؤينة الصادرة عن جهاز البث اللاسلكي والتي بعد أن درست الأدلة والبراهين المقدمة لها لم تجد صلة تربط بين التعرض لهذه الأشعة والاضرار التي أصيبوا بها⁽¹⁾.

أستناداً إلى ما سبق من الأحكام القضائية يتضح لنا ملاحظتين ، الملاحظة الأولى دوائر البيئة في المحافظات لا تمتلك من الخبرة الكافية والمعرفة العلمية في هذا المجال ما يؤهلها لمعرفة المخاطر التي تسببها الإبراج ، كما أن جهاز قياس الإشعاعات كما قلنا سابقاً مزوده من الشركات نفسها، أما الملاحظة الثانية أن الاضرار الصادرة عن الإشعاعات الصادرة عن الإبراج لا تنتج أثارها بصورة فورية بل تحتاج لفترة طويلة لكي تنتج أثارها ، لهذا إنضرر حتمي والقضاء المدني العراقي حاد عن الحقيقة وجانب الصواب عندما اعتبر انضرر لم يثبت لأنه لم يتسع في التحقيقات بشكل وافي ولم يسأل أصحاب الاختصاص كالأطباء.

إذا كان القضاء لم يأخذ بعين الاعتبار تلك الاضرار ، إلا أن الحقيقة الثابتة أن شركات الهاتف النقال في العراق قامت بتجاوزات ومخالفات من ناحية تشيد تلك الإبراج في الأماكن غير المسروحة بها وفقاً لتوصيات منظمة الصحة العالمية، وقد أكد مواطنون يسكنون بجوار منازل يوجد فوق سطحها إبراج الاتصالات في مدينة بغداد من احداث تغيرات صحية عليهم كفقدانهم الشهية والتوتر العصبي وعدم القدرة على التركيز⁽²⁾.

من ناحية أخرى ردت شركات الهاتف في العراق على التصريحات القائلة بأن إبراج الاتصال لها تأثير على الصحة ومن ضمنها شركة زين الذي أكدت أنها في الحقيقة إشعاعات مبالغ فيها وليس لها أساس من الصحة بل على العكس يراد بها جلب الإنذار في حين انتقدت هيئة الاعلام والاتصالات وزارة البيئة لتدخلها في الموضوع حيث أكدت أنها المسؤول المباشر عن ترخيص شركات الاتصال⁽³⁾.

مما تقدم ، يتضح أن ما يحدث في المحافظات العراقية والاحياء السكنية من مخالفات قد تجاوز شروط منظمة الصحة العالمية وكذلك الضوابط التي وضعتها وزارة البيئة مما ينظر بوجود

1- د. باولو فيكيا ، قضية قرار المحكمة العليا الإيطالية التردّدات الراديوية ، مقالات تصدر عن هيئة الاعلام والاتصالات ، الاتصالات اللاسلكية والبيئة ، ص 57.

2- احمد زاهد عباس، الاضرار الصحية الناتجة عن إبراج الاتصالات ، مصدر سابق ص 21 .

3- احمد زاهد عباس، الاضرار الصحية الناتجة عن إبراج الاتصالات ، المصدر السابق نفسه ، ص 12.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولة الإدارية عن مخالفة المأمور

ضرر وخطر مستقبلي ، وعليه يجب النظر في إعادة توزيع هذه الابراج بعيدة عن الأماكن السكنية حتى لا يكون هنالك ثمن يدفعه الأبراء من المواطنين والاطفال الذين ينظرون الى تلك الابراج بكل براءة ولا يعلموا ما تخفية من كوارث صحية تفتك بهم حيث جميع المنظمات العالمية تحرص على توفير الحماية لصحة المواطنين من المخاطر المتعددة ، والسؤال الذي يثار في هذه القضية من هو المسؤول عن تلك الاضرار أهي هيئة الاتصالات أم الشركات المقدمة للخدمة ؟

نحن بدورنا نعتقد ، أن الادارة المتمثلة بـ هيئة الاتصالات هي المسئول المباشر عن تلك الاضرار ولعدة اسباب :

1- إن الدولة ملزمة بضرورة توفر شروط الحد الادنى من الامان عند ابرام العقود مع شركات الاتصالات، كما أن مكان نصب البرج وارتفاعه يجب أن يكون ضمن مواصفات الامان وهذه مسؤولية قانونية تقع على عاتق الدولة ، عليه ندعو إلى تفعيل نظام المراقب البيئي المنصوص عليه في قانون حماية وتحسين البيئة العراقي لمراقبة أبراج الاتصالات .

2- إن الاتصالات مرفق إداري من واجب الإداره وتخليها للغير عن إدارته لا يعفيها من المسؤولية إطلاقاً.

3- نص الدستور العراقي لعام 2005 على انه " لكل عراقي الحق في الرعاية الصحية ، وتعني الدولة بالصحة العامة ، وتケفل وسائل الوقاية والعلاج..."⁽¹⁾، وكذلك نص على أنه "لكل فرد حق العيش في ظروف بيئية سليمة "⁽²⁾، وبالتالي أن من واجب الإداره حماية الصحة العامة كنشاط ضبط إداري يتهم عليها أن تتخذ كل الاحتياطات الازمة لمنع وقوع اضرار صحية وقصيرها بالأشراف والرقابة يحملها مسؤولية كاملة.

4- بموجب العقد الموقع مع الشركة تبقى الإداره مسؤولة أمام المواطن لأنه يستطيع أن يطلب إليها التدخل لدى الشركة لمنع التجاوز فأن امتناع عن التدخل قامت مسؤوليتها عن القرار السلبي بالامتناع عن التدخل.

1- المادة (31) من الدستور العراقي لعام 2005

2- المادة (33) الفقرة (أولاً) من الدستور العراقي لعام 2005 .

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسوؤلية الإدارية عن مخالفة المعايير

ثانياً: الأضرار البيئية

إذا كانت الاتفاقيات الدولية مثل العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادر عن الأمم المتحدة لسنة 1966 وكذلك المؤتمر العالمي للبيئة في استوكهولم وغيرها من الاتفاقيات قد تواترت على اقرار حق الإنسان في بيئه نظيفة وملائمة فأن اغلب الدول نصت في دساتيرها وقوانينها على حق العيش في بيئه نظيفة ، ولعل الدستور العراقي من الدساتير العربية القليلة التي اهتمت بهذا الحق فقد نص : "أولاً:- لكل فرد حق العيش في ظروف بيئية سليمة. ثانياً:- وتケف الدولة حماية البيئة والتنوع الحيائي والحفاظ عليها"⁽¹⁾ وكذلك ما نص عليه أمر سلطنة الائتلاف المؤقتة : "توفر بيئه للبث تتسم بالحيوية والنشاط...".⁽²⁾

أما بخصوص تعريف الضرر البيئي فقد عرف بتعريف عدة حيث ذهب اتجاه إلى أنه "أي تأثير على المكونات الحية ، أو غير الحياة في البيئة والنظم الأيكولوجية بما في ذلك الضرر على الحياة البحرية ، أو الجوية ، أو الأرضية " كما يمكن ان يكون هذا المفهوم "المساس بأحد مكونات البيئة أرض، ماء، هواء"⁽³⁾.

ذهب اتجاه آخر إلى أن الضرر البيئي هو الأذى الحال والمستقبل الذي ينال من أي عنصر من عناصر البيئة والمترب على نشاط الإنسان الطبيعي ، أو المعنوي ، أو فعل الطبيعة والمتمثل في الأخلاقيات بالتوازن البيئي سواء أكان صادراً من داخل البيئة الملوثة أم وارداً عليها⁽⁴⁾.

أما المفهوم الثاني فيذهب إلى أن الضرر البيئي يشمل كل أذى ترتب على التلوث فالصفة البيئية لا تتوقف على طبيعة الضرر بل على مصدر الضرر وذلك لأنه قد يترب على تلوث البيئة الطبيعية أو البيئة الاصطناعية أضراراً نسميها بالأضرار البيئية ولكنها في الواقع أضرار اقتصادية عليه إن كل عمل يشكل اعتداء على الصحة الإنسانية أو التوازن البيئي يمثل أضراراً بالبيئة⁽⁵⁾.

1- المادة (32) من الدستور العراقي لعام 2005، يقابلها المادة (34) من الدستور الفرنسي لعام 1958.

2- (القسم 4 / المادة 1) من الامر (65) لسنة 2004.

3- سرمد عامر عباس ، التعويضات عن الأضرار البيئية وتطبيقاتها على العراق ، رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة بابل ، 2003م ، ص.3.

4- د. عبد الله تركي حمد العيال ، الضرر البيئي ، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2013م ، ص.31.

5 - محمد أحمد رمضان ، المسؤولية المدنية عن الأضرار في بيئه الجوار ، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد- كلية القانون ، 1993م ، ص.53.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن مخالفة المعايير

وعليه فإن الضرر البيئي يغطي في وقت واحد الضرر الواقع بالبيئة الطبيعية وأضرار التلوث التي تحدث للأفراد والآموال .

أي أن أي تأثير على مقومات البيئة الطبيعية يقلل من أهميتها وقيمتها الاقتصادية ويؤدي إلى الضرر بالبيئة والاستفادة منها ويعتبر من طبيعتها ويضر بالكائنات الحية هو ضرر بيئي ، أما مفهوم الضرر البيئي الذي يصيب الإنسان نتيجة لوطنه في المكان الذي يعيش فيه فهو الأذى الذي يصيبه سواء أصابه في مصلحة مادية أم معنوية بصورة مباشرة أم غير مباشرة ، فالبيئة في هذا النوع من الضرر هي الناقلة لهذا الضرر وهي التي تسمح بانتشاره⁽¹⁾.

ما تقدم يمكن تعريف الضرر البيئي بأنه : كل أذى يحصل مباشرةً للوسط البيئي بغض النظر عن اثره على الأشخاص ، أو الآموال والناتج عن نشاط مشروع ، أو غير مشروع ولكنه يحمل خطورة.

كذلك الحال بالنسبة للأشعة غير المؤينة بوصفها أحد مضار البيئة يمكن أن تؤدي إلى الضرر بالبيئة والاستفادة منها وتضر بالكائنات الحية ، وكذلك تصيب الإنسان نتيجة لوطنه في المكان الذي يعيش فيه ، والدليل على مضار تلك الأشعة هو ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة (15) من قانون حماية وتحسين البيئة رقم(27) لسنة 2009 (يمثل ما يأتي- ممارسة النشاطات الباعثة للأشعة الكهرومغناطيسية غير المؤينة والمنبعثة من محطات البث الرئيسية والأبراج والهواتف الخاصة بالهواتف النقالة...) ، وكذلك ما نصت عليه تعليمات رقم (1) لسنة 2010 الخاصة بالأشعة غير المؤينة وتهدف هذه التعليمات إلى حماية الإنسان والحيوان والنبات وعناصر البيئة الأخرى من التأثيرات للأشعة غير المؤينة كل هذا يؤكد إضرار أبراج الاتصالات على البيئة.

1 - د. عبد الله تركي حمد العيال، التعويض عن الضرر البيئي، مصدر سابق، ص32.

الفرع الثاني

شروط الضرر و موقف المشرع والقضاء الإداري منه

إذا كان القضاء الإداري الفرنسي والمصري والعراقي وطبقاً للقواعد العامة لا يعوض عن أي ضرر منسوب للدولة وإنما يستلزم أن يتوافر فيه عدة شروط حتى يكون هذا الضرر موجباً للتعويض، الأمر الذي نتساءل معه عن الشروط التي تطلبها القضاء الإداري في الضرر الناتج عن تراخيص الهاتف لتحقق قيام المسؤولية الإدارية عن هذا الضرر؟؟.

طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية الإدارية، توجد شروط عامة يجب توافرها في الضرر حتى تقوم بشأنه مسؤولية الإدارة، وأيًّا كان الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية، أي سواء أكانت مسؤولية قائمة على الخطأ أم على مسؤولية دون خطأ⁽¹⁾، وتتمثل هذه الشروط في وجوب أن يكون الضرر مباشراً ومحققاً ومؤكداً لا محتملاً، وأن يكون الضرر خاصاً يصيب فرداً أو مجموعة من الأفراد، وأن يكون الضرر قد أخل بمركز قانوني، وأن يكون قابلاً للتقدير بالنقد.

بما أننا لم نجد سوابق قضائية لمجلس شورى الدولة فيما يتعلق بالمسؤولية الإدارية عن أضرار تراخيص الهاتف ،الامر الذي يجعل أحكام المسؤولية الإدارية عن أضرار التراخيص في العراق غير متميزة بأحكام خاصة تميزها عن الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية الامر الذي نرى معه انطباق الشروط العامة للضرر في مجال المسؤولية الإدارية عن اضرار تراخيص الهاتف .

أولاً: يشترط في الضرر أن يكون مباشراً

يجب على المدعي أن يثبت أن كل عنصر من عناصر الضرر الذي يطالب بالتعويض عنه هو نتيجة مباشرة لفعل الضار ، فالضرر المباشر وحده هو الذي يجوز التعويض عنه ، ويكون الضرر مباشراً إذا كان نتيجة طبيعية لفعل الضار أما الأضرار غير المباشرة فإنها لا تكون محلأ للتعويض⁽²⁾، ويعزى السبب وراء ذلك إلى انعدام الرابطة السببية بين فعل المدعي عليه والضرر غير المباشر⁽³⁾.

1- د . مصطفى صلاح الدين عبد السميم هلال ، المسؤولية الإدارية عن التلوث الضوئي ، مصدر سابق، ص269.

2- د . محمد محمد عبد اللطيف ، قانون القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص410.

3- د . انور سلطان ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية، بيروت ، 1983م ، ص335.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن معه تراخيص الهاتف النقال

عليه يجب أن يكون خطأ الادارة هو السبب المباشر لحدوث الضرر ، وأن الضرر يمثل النتيجة المباشرة لخطأ الإدارة . ومن دون وجود هذا الضرر فلا مصلحة في اقامة الدعوى⁽¹⁾ ، لذا يعتبر ضررًا مباشراً اهمال هيئة الاتصالات أو وزارة البيئة مراقبة ارتفاع البرج أو عدم مراعاتها مواصفات الامان العالمية مثلًا أو مكان نصب البرج ، عليه تلزم الادارة بالتعويض عن هذا الضرر.

ثانيًا: يتطلب أن يكون الضرر محققًا

يجب أن يكون الضرر محقق الواقع حتى يمكن التعويض عنه ويستوي أن يكون قد وقع فعلاً أم سيقع مستقبلاً ولكنه محتم الواقع ، فالضرر الذي يصيب طفلاً بعجز يحول بينه وبين القدرة على ممارسة مهنته في المستقبل ضرر متحقق وإن كان مستقبلاً ، ومثال الضرر الذي قد يقع وقد لا يقع أن يحدث شخص لجاره خللاً في منزله هذا الخلل ضرر متحقق يسأل عنه ، أما احتمال تهدم المنزل فهو ضرر غير متحقق لا يسأل عنه الجار إلا إذا وقع فعلًا⁽²⁾ ، فالتعويض يجب أن يقدر على اساس الضرر الواقع فعلًا وليس الضرر المحتمل ، أو المفترض⁽³⁾.

أما في مجال الاضرار التي تصدر عن تراخيص الهاتف فربما الامر مختلف قليلاً ، إذ إن هناك من الاضرار المحتملة ما يعتد به وينبغي وضعه في الاعتبار عند التعويض فالمضرور دائمًا هم الافراد الذي خدوا كونهم اطمئنوا إلى قيام جهة الإدارة بواجب المراقبة والاشراف على تلك التراخيص وما يصدر عنها من اضرار . من ناحية اخرى قد يكون من المستحيل في بعض الاحيان تحديد مقدار الضرر الناتج عن الاشعة غير المؤينة لأن الآثار قد لا تظهر جميعها في وقت واحد بل تحتاج إلى فترة من الزمن ، في هذه الحالة سنكون امام صورة اخرى من الضرر المؤجل ، وبالتالي بإمكان المحكمة أن تقدر تعويضاً مؤقتاً ، بالثبت من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم ، على أن تضرب أمداً معقولاً يحتفظ للمتضارر بالمطالبة فيه بإعادة النظر في التقدير⁽⁴⁾ .

1- المادة (6) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.

2- د. سعاد الشرقاوي، المسئولية الإدارية ، ط2، دار المعارف ، الاسكندرية ، 1972م، ص240.

3- د. وسام صبار العاني ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص336.

4- منير القاضي ، ملتقى البحرين ، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي ، المجلد الاول ، مطبعة العاني ، بغداد 1951-1952، ص320.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن مخالفة المأمور

هذا ما نصت عليه المادة (208) من القانون المدني العراقي "إذا لم يتيسر للمحكمة ان تحدد مقدار التعويض تحديداً كافياً فلها أن تتحقق للمتضرك بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير".

ثالثاً: يجب أن يكون الضرر خاصاً

بمعنى أن يصيب فرداً أو افراداً على وجه الخصوص ، أما الضرر الذي يصيب الجميع أو عدداً غير محدود من الأفراد فإنه لا يوجب التعويض لأنه يعد من قبيل الأعباء العامة الواجب على الأفراد تحملها⁽¹⁾.

الجدير بالذكر أن الفقه يفرق بين المسؤولية القائمة على أساس الخطأ والمسؤولية دون خطأ ويقصر شرط الخصوصية على الثانية دون الأولى حيث يرى أن اشتراط الخصوصية في الضرر في حالة المسؤولية المبنية على أساس الخطأ يعد شرطاً غير منطقي ، فما دام الخطأ هو أساس المسؤولية فإنه لا يهم عدد من أصابهم الضرر ، بل أن كثرة عدد المتضررين يعد دليلاً على استهانة الإدارة بحقوق الأفراد ، أو تقصيرها الواضح ، أو مخالفتها الجسيمة لقوانين المنظمة لواجباتها⁽²⁾، بوجه عام يقصد بالضرر الخاص ذلك الضرر الذي يصيب فرداً معيناً ، أو مجموعة من الأفراد يسهل تحديدهم ، وهذا لا إشكال فيه في خصوص الضرر الناتجة عن الأشاعات غير المؤينة .

رابعاً: يجب أن يقع الضرر على حق مشروع

لكل شخص الحق في سلامته حياته وجسمه، كما أن له الحق في سلامته امواله وذلك يستلزم العيش في بيئة نظيفة وبعكسه فالاعتداء على هذا الحق واقع لا محالة مما يستوجب التعويض ، بيد أن الفقه يؤكد ان الحق المعتمد عليه لا يتسم بهذه الصفة إلا إذا كان مشروعاً وعندها سيتحول إلى مصلحة يحميها القانون والانتقاد منها يوجب التعويض إذ إن السلوك ، أو التصرف المؤدي للانتقاد يكون غير مشرعاً⁽³⁾.

فحق الإنسان في الحياة من الحقوق التي كفلتها الدساتير الوطنية حيث نصّ الدستور العراقي " لكل فرد الحق في الحياة ..." ⁽⁴⁾، فعلى سبيل المثال يقع برج نتيبة للأعاصير والرياح

1 - د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص337.

2 - د. مصطفى صلاح الدين عبد السميم، المسؤولية الإدارية عن التلوث الضوضائي، مصدر سابق، ص282.

3 - د. سعاد الشرقاوي، المسؤولية الإدارية، مصدر سابق، ص240.

4- المادة (15) من الدستور العراقي لعام 2005 . يقابلها المادة (57) من الدستور المصري لعام 2014.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن مخالفة المأمور

فيهدد حياة المواطنين، كما أن الصوت المنبعث من المولدات هو ضرر حتمي بلا أي شك
يوصف (ضوضاء)⁽¹⁾.

خامساً: يجب أن يكون الضرر قابلاً للتقدير بالمال

يجب أن يكون الضرر الذي وقع على المتضرر ويطلب بالتعويض عنه مما يمكن تقديره بالنقد⁽²⁾، وهذا الشرط متتحقق في الضرر الذي يصيب الذمة المالية للشخص وهو الضرر المادي ، والى جانب الضرر المادي يوجد الضرر الادبي وهو ضرر لا يمس مصلحة مالية للمتضرر وإنما يصيب الشرف والاعتبار والعرض بالسب والقذف والاهانة والتحقير والانتهاص وغيرها وكذلك يصيب العاطفة والشعور⁽³⁾، وبالتالي أن الضرر المادي الناتج عن الاشعة المؤينة الناتجة عن الابراج الرئيسية والثانوية هو الاذى الذي يصيب الاموال ، أو الذمة المالية للمتضرر من جراء الابراج ، أما الضرر المعنوي فهو الضرر الذي لا يمس الذمة المالية للشخص بل يمس الشعور والعواطف التي تنتاب الشخص نتيجة اصابة أحد أحبائه بمرض عضال نتيجة تعرضه للأشعة غير المؤينة .

المطلب الثالث

العلاقة السببية

يشترط لكي تتعقد مسؤولية جهة الادارة طبقاً للقواعد العامة أن تقوم علاقة السببية بين الضرر المطالب عنه بالتعويض والفعل الضار الذي تسأل عنه جهة الادارة ، وهذا الشرط هو شرط جوهري وأساسي لقيام المسؤولية، عليه قسمنا هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الاول التعريف بالعلاقة السببية ، ونناول في الفرع الثاني دراسة معايير العلاقة السببية.

1- عرف قانون السيطرة على الضوضاء رقم (41) لسنة 2015 في المادة (1/اولاً) الضوضاء بانها "صوت غير مرغوب فيه يؤثر على صحة وراحة أشخاص معينين او عامة الناس وله تأثير سلبي على البيئة" ، كما أن المادة (3/ثالثاً) نصت على "يلزム المسؤول على النشاط ثالثاً-استخدام وسائل منع الضوضاء..." ، وبالتالي الحق في الصحة والراحة من الحقوق المشروعة .

2- د. عبد الغني بسيوني، القضاء الاداري ، مصدر سابق ، ص738-739.

3- د. سعاد الشرقاوي، المسئولية الادارية ، مصدر سابق ، ص241.

الفرع الأول

التعریف بالعلاقة السببية

اشترط القضاء الإداري لقيام مسؤولية الإدارة عن الضرر أن توجد رابطة السببية ، بين خطأ الإدارة و الضرر الذي أصاب المضرور ، بحيث يكون عمل الادارة هو السبب المباشر للضرر ، وبعبارة أخرى يجب أن يكون الضرر مترباً على الخطأ⁽¹⁾.

بالنالي أن الخطأ لا يكفي في تحريك المسؤولية الإدارية ولا بد أن يتسبب هذا الخطأ في احداث الضرر أي تصرف الادارة في حالة المسؤولية على اساس الخطأ أو على أساس المخاطر لا يؤدي إلى مسؤوليتها إلا إذا ترتب عليه ضرر وأمكن نسبة هذا الضرر للتصرف كأثر مترب عليه مباشره وهي ما تعرف بالعلاقة السببية فإذا انتفت هذه العلاقة انتفت المسؤولية الإدارية.

تتجلى أهمية العلاقة السببية، بأنها تحدد الفعل الذي سبب الضرر فلابد من تتحققها في كل حالات المسؤولية، سواء أكان أساسها الخطأ أم الضرر، أم المساواة أمام الأعباء العامة، حتى يمكن أن يقضي فيها بمسؤولية الإدارية بالتعويض، وبدونها لا محل لانعقاد المسؤولية ومن ثم انتفاء التعويض⁽²⁾.

طبقاً للقواعد العامة يجب أن تتحقق علاقة سببية مباشرة بين الضرر والفعل الضار المنسوب لجهة الادارة ، وتخضع لذات الشرط المسؤولية الإدارية عن اضرار التراخيص، حيث يشترط لقيامها تحقق السببية المباشرة بين الفعل المنسوب لجهة الإداره والاضرار المطالب بالتعويض عنها.

تعني علاقة السببية المباشرة ، أنه يجب أن يكون الخطأ هو السبب المباشر في وقوع الضرر⁽¹⁾، أي أن يكون الضرر نتيجة مباشرة للخطأ أو النشاط المنسوب للدولة ، بحيث يكون العمل المنسوب للدولة هو المصدر أو السبب المباشر للضرر⁽³⁾.

1- محمد محمد عبده امام ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص234.

2- د. أنور احمد رسنان، مسؤولية الدولة غير التعاقدية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1982م ، ص281.

3- د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مسؤولية الإداره عن تصرفاتها القانونية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2007م،ص223.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن معه تراخيص الهاتف النقال

والقاضي هو الذي يقوم بتقدير وجود علاقة السببية المباشرة من عدمه والواقع أن تحديد علاقة السببية المباشرة لا يستجيب لمنطق فكري يفرض الحلول مقدماً ، وإنما يقوم القاضي باتخاذ موقف يتميز بالواقعية أحياً⁽¹⁾.

وإذا كان المستقر عليه طبقاً للقواعد العامة اشتراط تحقق علاقة السببية المباشرة بين الفعل المنسوب لجهة الإدارة والضرر المطالب عنه بالتعويض لقيام المسؤولية الإدارية ، وانه يقع على عاتق المدعي عب إثبات هذه العلاقة ، بحيث إذا أخفق في تقديم هذا الإثبات فإن القاضي يرفض دعواه والواقع ان الإثبات يكون عبئاً ثقيلاً على المدعي في دعوى المسؤولية الإدارية عن الضرار عموماً والبيئية ، أو الناشئة عن الاتصالات بشكل خاص وتظهر خصوصية ذلك من ناحيتين ، فمن ناحية أولى تتسم هذه الاضرار بعدم تتحققها دفعه واحدة بل يتوزع على شهور بل ربما على سنوات حتى تظهر أعراضه حيث لا يظهر الضرر فور وقوع التلوث مباشرة وإنما بصورة تدريجية .

من ناحية ثانية التقدم العلمي الذي نشهده في عصرنا الحالي قد أفرز الكثير من المخترعات الحديثة والآلات الميكانيكية والمؤسسات الضخمة التي تشكل اضراراً بالمحيط البيئي وتنال من مكوناته الطبيعية وتضر بصحة الإنسان ، الامر الذي يتذرع معه إثبات قيام علاقة السببية بين السلوك والتلوث الذي ترتب عليه .

علاقة السببية يجوز إثباتها بكلفة طرق الإثبات ، وثبتت في مجال تراخيص الهاتف النقال بطرق عديدة ، إذ يكفي إثبات أن جهة الإدارة لم تقم بعملية الأشراف والرقابة الازمة ، أو ان بعض الابراج اقيمت دون ترخيص من قبل جهة الإدارة ، أو أبلاغ الإدارة عن وجود تلوث في احد المناطق ناتج عن الاشعة غير المؤينة وبالرغم من ذلك تباطأ الإدارة عن القيام بمهامها ، أو إثبات وجود مسؤولية بين جهة الإدارة وبعض الشركات.

1- يجب التمييز بين العلاقة السببية وبين الاسناد ، الاسناد هو العلاقة القانونية التي تربط بين الضرر والشخص العام الذي يلتزم بالتعويض ، فالضرر يقتصر في مجال الاسناد على إثبات أن الفعل الضار ينتمي إلى الشخص العام الذي يسأل قانوناً، باختصار إن الاسناد يعني تحديد الشخص العام المسؤول عن التعويض ، أما العلاقة السببية فهي تتعلق بتحديد السبب المنشئ للضرر، د. محمد عبد اللطيف ، قانون القضاء الإداري ، مصدر سابق، ص449. وكذلك ينظر ، Rene Chapus. , Droit administratif general , tome 1, edition. .

Montchrestien. Paris , 1988, p.1194.

2- د. محمد عبد اللطيف ، قانون القضاء الإداري ، المصدر السابق نفسه ، ص449.

الفرع الثاني

معايير تحقق العلاقة السببية

لقد جرت محاولات عديدة من قبل فقه القانون العام لتحديد العلاقة السببية المباشرة وخاصة في مجال المسؤولية الإدارية حيث إن اعتبار العلاقة السببية بين تصرف الإدارة والضرر المترتب على التصرف بأنها مباشرة يكون في بعض الأحيان أمراً صعباً خصوصاً إذا كان الضرر ناتج عن مجموعة أسباب ، وفي هذه الحالة يرجع القضاء إلى النظريات ليست لهم الحل الذي يراه مناسباً لتحديد العلاقة السببية⁽¹⁾، وأهم هذه النظريات ، نظرية تعادل الأسباب ، ونظرية السبب القريب، ونظرية السبب المنتج.

اولاً: نظرية تعادل الأسباب أو تكافؤها

تعني هذه النظرية أنه إذا أحدث الضرر مجموعة من الأسباب بحيث لو تخلف أحدها لم يقع الضرر فإن معنى ذلك أن هذه الأسباب متعادلة في قوتها ، أي بعبارة أخرى يجب أن يؤخذ في الاعتبار كل الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر مهما كانت أسباباً بعيدة طالما كانت ضرورية، بمعنى أن تخلف سبب منها يؤدي إلى عدم حدوث الضرر ولا يمكن إجراء تفرقة بين الأسباب بحسب أهميتها أو درجة تأثيرها في إحداث الضرر بل كل الأسباب تكون متعادلة من هذه الناحية وذلك أنَّ الضرر يأتي كنتيجة لأجتماع هذه الأسباب فكل سبب منها لا تتحقق النتيجة بدونه ولا يكفي بمفرده لتحقيق النتيجة⁽²⁾، ففي هذه الحالة تعتبر المسئولية متساوية ويتحمل كل من ارتكب فعلًا ضارًا المسئولية على حده⁽³⁾.

إن كان البعض قد انتقد هذه النظرية بحسب قولهم لأنها تؤدي إلى نتيجة شاذة بسبب تعدد أسباب الضرر ومصادر هذه الأسباب ، وقد تكون أسباباً عديدة مما تضيع معه الحقيقة وتضيع معها المسؤول عن احداث الضرر⁽⁴⁾.

1- د. محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص453 .

2- د. حمدي أبو النور السيد ، مسؤولية الادارة عن أعمالها القانونية والمادية ، ط1، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 2011م، ص184 .

3- د. سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، ج2، المجلد الثاني ، القاهرة ، 1988م، ص455.

4- د. حمدي أبو النور السيد، مسؤولية الادارة عن أعمالها القانونية والمادية ، المصدر السابق، ص184.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن معهود تراخيص الهاتف

إلا أن ما تميز به هذه النظرية هي أنها تعتبر قطب الرحى بالنسبة إلى جميع نظريات العلاقة السببية، ويعني ذلك أن معايير العلاقة السببية التي تقول بها النظريات الأخرى لا تطبق إلا على ما ثبتت صفتة كسبب وفقاً لنظرية تكافؤ الأسباب، ومن ثم كان للنتائج التي تقول بها هذه النظرية أهميتها بالنسبة لسائر نظريات العلاقة السببية فكل واقعة لا تعد سبباً وفقاً لهذه النظرية لا يمكن بداهة أن تعد سبباً وفقاً لأي نظرية أخرى من نظريات السببية ذلك لأن نفي سببيتها وفقاً لنظرية تكافؤ الأسباب يعني استبعادها من عداد عوامل تحقيق الأثر محدث الضرر⁽¹⁾.

وهذه النظرية ممكن تتحققها في مجال المسؤولية الإدارية عن اضرار تراخيص الهاتف، كون ان المنطقة السكنية تضم ابراج لعدة شركات ، وبالتالي لو قامت الادارة بمنح ترخيص لعدة شركات بنصب أبراج الاتصالات في منطقة سكنية مت海拔ة ومنازلها قليلة الارتفاع، فوفقاً لهذه النظرية سوف تتوزع المسؤولية بين الادارة والشركات على اساس قاعدة الخطأ المشترك .

ثانياً: نظرية السبب القريب

تقوم هذه النظرية على سبب الضرر هو الواقعة الأقرب زمنياً أو العامل الأخير الذي كان سبباً في احداث الضرر، اي أن سبب الضرر هو الحدث الاخير للواقعه إن صح التعبير ، أي أنها تعتمد على التمييز بين الأسباب حسب موقعها استناداً إلى فكرة النتيجة النهائية أي الحدث الاخير⁽²⁾.

بالنالي يجب أن تكون الواقعة قريبة زمنياً من ارتكاب الفعل الضار عليه لو أن الادارة قامت بمنح احد الشركات ترخيص غير مستوف للشروط لنصب أحد الابراج وبعد مرور ثلاث سنوات حدث ضرر لأحد الاشخاص نتيجة الاشعة المؤينة الصادرة عن تلك الابراج ، هنا لا تتحقق علاقة سببية مباشرة .

ثالثاً: نظرية السبب المنتج

مفادها أنه لا يكفي لاعتبار عامل معين سبباً في حدوث الضرر أن يكون وجوده اساسي بحيث لو لاه ما وقع ذلك الضرر ، كما تذهب نظرية تعادل الأسباب لأن العوامل المتعددة التي

1- د. عادل جبوري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005، ص 240.

2- د. احمد محمد النوايسة ، مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع ،عمان، 2001 م، ص 158.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن معه تراخيص المأهول التقال

تضارف وجودها لإحداث الضرر ومنها ما لم يكن يكفي لذلك ، فيعد الأول هو السبب الحقيقي للضرر ويوصف بأنه الفعال أو المنتج والثاني مجرد سبب عارض لأنه ليس من شأنه وفق المجرى العادي للأمور أن يحدث مثل ذلك الضرر⁽¹⁾.

لا تغير هذه النظرية جميع المقدمات التي ساهمت في إحداث الضرر اهتماماً حيث تركز على السبب المنتج ، وهو السبب المألوف والذي يحدث الضرر وفقاً للمجرى العادي للأمور⁽²⁾.

الجدير بالذكر أن البعض يأخذ بمعيار موضوعي للتوقع ، بمعنى أن يكون السبب منتجًا ، إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى أحداث الضرر حسب تقدير الشخص العادي ، ومعيار التوقع منتقد لأنه يخالف المبدأ الذي يقضي بإمكان التعويض عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة⁽³⁾.

المبحث الثاني

المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر وتحمل التبعية

على العكس من المسؤولية الخطئية التي تقوم على ثلاثة أركان وهي الخطأ ، والضرر ، والعلاقة السببية التي تربط بينهما ، تقوم المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر على ركنين فقط وهما الضرر ، والعلاقة السببية.

1- د. عايد رجا الخالية، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية الناشئة عن اساءة استخدام اجهزة الحاسوب والانترنت ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2009م ، ص150.

2- يأخذ قضاء مجلس الدولة الفرنسي بنظرية السبب المنتج في تحديد العلاقة السببية بين الضرر والخطأ وان لم يشر إلى ذلك صراحة في صياغة الأحكام ، أما في مصر فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن إلى أنه "وحتى بفرض أن الادارة اخطأـت بإصدار ترخيص للمطعون ضدها بتشغيل الورشة رغم وجود قرار بازالتها ، فـأن الخطأ لم يكن سبباً للضرر الذي لحق بالمطعون ضدها من جراء تنفيذ قرار الازالة ، بل ان الخطأ الذي اضر بها انما هو خطأـها وحدتها بقيامها بـإنشاء الورشة على ارض مملوكة للدولة بـغير ترخيص منها مما استوجب ازالتها ، انظر المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 1475 لسنة 32 ق ، جلسة 13/6/1987م ". اشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الادارة عن تصرفاتها القانونية (القرارات والعقود الإدارية)، الطبعة الاولى، المركز القومى للإصدارات القانونية، الاسكندرية ، 2008 ، ص225.

3- د محمود عاطف البنا ، الوسيط في القضاء الإداري ، ط2، شركة مطبع الطوبجي التجارية ، القاهرة ، 1999م ، ص606.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن معه تراخيص المأつف التقال

بخصوص الضرر في هذه المسؤولية فيجب أن تتوفر فيه إضافة للشروط العامة بالضرر في المسؤولية على أساس الخطأ شروط خاصة ، وهي خصوصية الضرر وتعني " أن يكون الضرر قد وقع على فرد معين أو مجموعة أفراد بذواتهم ، بحيث يكون لهم مركز خاص قبله لا يشاركون فيه سائر المواطنين " ، وكذلك يجب أن يكون الضرر استثنائيا ، والضرر الاستثنائي يتحقق إن تجاوز مخاطر المجتمع العادية أي يكون على درجة من الخطورة ، ولم يمكن إرجاعه إلى خطأ مرافق محدد ⁽¹⁾.

من سمات هذه المسؤولية أنها ذات طابع تكميلي ، أي أن هذه المسؤولية لا يمكن الأخذ بها إلا في حالة غياب الخطأ وعدم امكان نسبته إلى المتضرر ، كما أنها ترتكز على الضرر ، ونسبة إلى نشاط الإدارة ذات الطابع الخطر ، فالضرر هو مدار البحث في المسؤولية القائمة على أساس المخاطر ، وأيضا ، في إطار هذه المسؤولية يعفى المتضرر من إثبات خطأ الإدارة ، فهي تثبت حتى لو لم يكن هناك خطأ ، وتستطيع الإدارة التخلص من المسؤولية على أساس المخاطر بإثبات أن الضرر وقع نتيجة القوة القاهرة أو خطأ المتضرر ، كما أنها تقوم على أساسين هما فكرة المخاطر والمساواة أمام الأعباء العامة ⁽²⁾.

في ضوء ما تقدم قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين ، نتناول في المطلب الأول ، أساس المسؤولية القائمة على المخاطر ، ونناول في المطلب الثاني إعفاء الإدارة من المسؤولية.

المطلب الأول

أساس المسؤولية القائمة على المخاطر

لقد أنقسم الفقه بشأن تبرير مسؤولية الإدارة إلى عدة اتجاهات ، ذهب الاتجاه الأول إلى أن أساس مسؤولية الإدارة هو نظرية المخاطر فقط ، في حين ذهب اتجاه ثانٍ إلى أن أساس المسؤولية بلا خطأ هو مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة ، أما الاتجاه الثالث فقد ذهب إلى القول بأن أساس

1- د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الثاني ، قضاء التعويض مصدر سابق ، ص 213 وما بعدها.
وكذلك ينظر د. عبد الغني بسيوني ، القضاء الإداري ، ط 3، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2006م ، ص 807 .

2- د. رافت فوده ، دروس في المسؤولية الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994 ، ص 192 وما بعدها.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن مخالفة المأمور

المسؤولية هو نظرية المخاطر و مبدأ المساواة في تحمل الأعباء والتكاليف العامة⁽¹⁾، وفي ضوء ما تقدم سنتناول عرض هذا المطلب في فرعين نتناول في الفرع الأول ، فكرة المساواة في تحمل الأعباء والتكاليف العامة ، ونناول في الفرع الثاني دراسة فكرة المخاطر.

الفرع الاول

فكرة المساواة أمام الاعباء العامة

اذا كانت بعض الاعمال الصادرة من الادارة مشروعه فإن الاصل هو عدم إمكان التعويض عنها لانقاض ركن الخطأ بشأنها غير أنه لما كانت بعض هذه الاعمال المشروعة تتم بهدف تحقيق مصلحة عامة فإنه متى ترتب عليها ضرر للغير وجب تعويضه لكن التعويض في هذه الحالة لا يستند إلى فكرة المخاطر التي تغطي معظم حالات المسؤولية دون خطأ ، وإنما يجد اساسه في فكرة أخرى هي ضرورة المساواة بين الافراد⁽²⁾.

يمثل مبدأ المساواة امام التكاليف ، أو الاعباء العامة الاساس الثاني للمسؤولية الإدارية بدون خطأ عند غالبية الفقه الفرنسي ، بل أن بعض الفقهاء يعتبر مبدأ المساواة امام الاعباء العامة الاساس العام للمسؤولية سواء في القانون العام أم الخاص ، لأنها حسب رأيهم نتيجة لمبدأ المساواة بين الافراد⁽³⁾.

إذا أردنا تحديد المقصود بمبدأ المساواة أمام الاعباء العامة ، تعين الانطلاق أوّلًا من كونه مبدأ قانونيًّا عامًّا استخلصه القضاء الإداري من مبدأ اشمل تضمنته القاعدة الدستورية ألا وهي المساواة امام القانون ، أما الاعباء العامة فهي مختلف التكاليف التي تتحملها المجموعة لقاء تحقيق النشاط الإداري ، ومن أجل تحقيق المصلحة العامة⁽⁴⁾، وعليه فإن بالجمع بين العنصرين

1- د. صبري محمد السنوسي ، مسؤولية الدولة دون خطأ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001م، ص 12. وكذلك ينظر. Marcel Walin, (Prise de droit administratif), Paris, 1969, P.192.

وكذلك عماد طعمة البيضاوي ، المسؤولية الإدارية القائمة على فكرة المخاطر رسالة ماجستير ، كلية الحقوق - جامعة النهرين ، 2007م ، ص 3.

2- د. صبري محمد السنوسي محمد، مسؤولية الدولة دون خطأ ، مصدر سابق ، 2001م، ص 14.

3- د. عبد الغني بسيوني ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 808 وما بعدها.

4- خليل الفندي، المسؤولية الإدارية على اساس الاخلاق بمبدأ المساواة أمام الاعباء العامة، بحث منشور على الموقع www.fdsf.rnu.tn/com-khalil-fendri. تاريخ زيارة الموقع 2016/10/10.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن مخالفة المأمورات

السابقين يتضح أن الالخلال بمبدأ المساواة أمام الأباء العامة لكي يكون مصدر للضرر يجب أن يتسبب هذا التصرف في تحويل فرد أو مجموعة محددة لهذه الأباء في حين انتفعت بقية الأفراد أو تحقق مصلحة لمجموعة أكبر من تلك التي لحقها الضرر.

وقد أشار الدستور العراقي النافذ إلى هذا المبدأ (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس ، أو العرق ، أو القومية ، أو الأصل ، أو اللون ، أو الدين ، أو المذهب ، أو المعتقد ، أو الرأي ، أو الوضع الاقتصادي ، أو الاجتماعي)⁽¹⁾، وغيرها من النصوص التي اشارت إلى المساواة أمام القانون ولو بصورة غير مباشرة .

و المساواة في النص الدستوري اعلاه ليست المساواة الفعلية في ظروف الحياة المادية فقط بل المقصود ، ايضًا ، ان ينال الجميع حماية القانون على قدم المساواة بدون تمييز في المعاملة أو في تطبيق القانون عليهم بحيث يتمتع الجميع بنفس الحق والمنفعة ويختضعون للتكاليف و للأعباء المشتركة .

عليه تعني فكرة المساواة أمام الأباء العامة ، ألا يتحمل شخص ، أو مجموعة اشخاص الذي اصابهم ضرر فادح بسبب نشاط الادارة غرم هذا النشاط ودهم ، إنما يجب توزيع اعبائه على جميع المواطنين بحيث أن الإدارة التي تجبي الضريبة من الجميع تتلزم بدفع التعويض إلى المتضررين⁽²⁾، أو يعني ان على الإدارة ان تدفع للمتضرر التعويض المناسب عندما تؤول اعمالها إلى تحويل شخص معين أو مجموعة من الأفراد المعينين أعباء استثنائية ، حتى يتحقق التوازن اللازم بين كافة اعضاء المجموعة الوطنية⁽³⁾.

بالتالي أن نشاط الإدراة ما دام في صالح الجماعة فلا يجوز أن يتحمل ضرره من وقع عليه وحده وإنما يتحمله الجميع تحقيقاً لمبدأ المساواة أمام الأباء العامة ، ويكتفي أن يتحقق الضرر دون حاجة إلى اقامة الدليل على وقوع خطأ ما ، ويشرط ان يكون الضرر واقعاً على فرد ، أو افراد

1- المادة (14) من دستور العراق لعام 2005.

2- د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء الإلغاء(أو الإبطال) قضاء التعويض وأصول الإجراءات ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005 م، ص282 ، كذلك ينظر : د. ادوارد عبد ، القضاء الإداري، الجزء الثاني، مطبعة البيان، بيروت، 1975م، ص479. وكذلك د. عبد الغني بسيوني ، القضاء الإداري، مصدر سابق ، ص810.

3- د. محمد رضا جندي، القانون الإداري، ط2، مركز النشر الجامعي ، تونس، 2008م، ص364-365 .

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن معه تراخيص المأつفال

معينين بذواتهم وأن يكون الضرر غير عادي ، وهذا التشدد من جانب مجلس الدولة الغاية منه تقليل حالات الرجوع على الإدارة بالتعويض⁽¹⁾.

وفكرة المساواة أمام الاعباء العامة تصلح لتبرير المسؤولية دون خطأ في حالات معينة ، ومن هذه الحالات أضرار سببتها القرارات الإدارية المشروعة ، أو اضرار سببتها نشاطات قانونية للإداره⁽²⁾.

مع ذلك فقد حاول البعض تبرير مسؤولية الدولة دون خطأ في جميع صورها على أساس مبدأ المساواة بين الأفراد أمام الاعباء العامة، كون أن فكرة المخاطر تعني أن يكون في مقابل المخاطر التي يتعرض لها الأفراد منافع تتحقق للإدارة ، ومن المعلوم أن الإدارة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة في جميع الأحوال لا إلى النفع الذاتي، فضلاً عن عدم كفايتها وهو يجعل من الأولى الاعتماد على مبدأ المساواة كأساس لمسؤولية ، في حين ذهب البعض إلى أبعد من ذلك حيث قرر أن مبدأ المساواة هو الأساس الوحيد لمسؤولية الدولة بنوعيها سواء على أساس الخطأ أو بدون خطأ⁽³⁾.

لقد أصبحت فكرة المساواة أمام الاعباء العامة صماماً قانونياً فعالاً لضمان حقوق الأفراد ، وتسهيل التعويض عن الأضرار الناشئة عن تلوث البيئة في حالات يعجز المضرور فيها عن إثبات الخطأ في مواجهة المسؤول ، من جانب آخر تعدّ هذه النظرية أقرب إلى الأخلاق وقواعد العدالة فالمضرور في غالب الأحوال لم يفعل شيئاً وإنما يقتصر دوره على تحمل المعاناة فقط ، وما دام الأمر كذلك فإنه ليس هناك أي مبرر لكي يجعله يتحمل عبء ذلك الضرر⁽⁴⁾، ويضيف البعض بأنه يمكن إطلاق هذه النظرية على كل الأفعال التي تصدر عن الفرد ، أو المؤسسات ، أو الدولة ، دون ما تفرقه بين الفعل الخاطئ وغير الخاطئ⁽⁵⁾.

1- ينظر حكم كويتياس ، الصادر في 30/نوفمبر/1923، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ، مصدر سابق ، ص 316. وكذلك حكم الشركة العامة للطاقة الراديو كهربية ، الصادر في 30/اذار/1966، القرارات الكبرى في القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 607.

2- جورج فوبيل و بيير دلفوفييه، القانون الإداري ، ترجمة منصور القاضي، الجزء الاول، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2001م، ص 494.

3- د. صبري محمد السنوسي محمد، مسؤولية الدولة دون خطأ ، مصدر سابق، ص 15 وما بعدها.

4- د. سعيد سعد عبدالسلام ، مشكلة تعويض أضرار البيئة التكنولوجية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2003، ص 124.

5- د. سعيد سعد عبدالسلام، مشكلة تعويض أضرار البيئة التكنولوجية ، المصدر السابق نفسه ، ص 126 .

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن مخالفة أحكام الفراغ

نخلص مما نقدم إلى أن هذه الفكرة يمكن تقبلاها بتصديق الأضرار الناتجة عن تراخيص الهاتف النقال ، وذلك لأن هذه الأضرار تتميز بفاحشة مخاطرها واستحالة إثبات خطأ القائم بالنشاط في بعض الأحيان . مثلاً على ذلك أن وجود العقار بالقرب من إبراج الهاتف النقال سوف يجعلها تفقد قيمتها التجارية أو السوقية ، وبالتالي أن الترخيص الإداري الذي قامت بموجبه الشركة ببنصب الإبراج لا يحول دون قيام مسؤولية الإدارة التي قامت بمنحه ، كون الترخيص وأن كان مشروعاً وذا مصلحة لغالبية المنطقة السكنية التي توجد فيها العقارات التي تضررت قيمتها إلا أنه في نفس الوقت قد أضرر بمصلحة مجموعة من الأفراد.

كما يمكن أن يكون الضرر بشكل مضائقات في الارتفاع ، كالاضرار الناجمة عن نصب المولدات الكهربائية لغرض توفير خدمة الاتصال بشكل مستمر فأن الشركة تقوم بنصب المولدات اللازمة مع الإبراج لتوفير الكهرباء للأبراج على مدار الساعة لدليمة عمل هذه الأجهزة ومما لا شك فيه أن هذه المولدات تصدر منها ضوضاء وبالتالي أن نصب هذه المولدات على أسطح المنازل يلحق ضرراً مباشراً ومحقق بأصحاب الدور المجاورة ، كما أن هذه المولدات تحتاج إلى ادامة وصيانة من قبل فنيون مما يجعل المناطق السكنية عبارة عن مناطق تجارية وصناعية مليئة بالضوضاء مما يفقد هذه العقارات جزء من قيمتها ، كما أن هذه المولدات تسبب اضرار صحية وهذا ما نبحثه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني

فكرة المخاطر

يرى بعض الفقهاء أن أساس تقرير مسؤولية الإدارية دون خطأ هو فكرة المخاطر ، فالإدارة عندما تقوم بعمل ، أو نشاط معين ينطوي على مخاطر معينة فعندما تتحقق منه نفعاً أو مصلحة عامة ، فإنها بالمقابل يجب أن تحمل الأضرار الناجمة عنه تطبيقاً لما هو معروف الغرم بالغم(1).

تقوم فكرة المخاطر على مبدئين الأول: هو أن الخطأ ليس بشرط من شروط المسؤولية، وهذا أمر بديهي ذلك أن هذا النوع من المسؤولية يندرج ضمن مسؤولية الإدارية دون خطأ كما سبق القول، فأركانها الضرر والعلاقة السببية التي تجمع بين نشاط الإدارة الضار والضرر الناجم عن ذلك الفعل، إما المبدأ الثاني فهو أن الشخص المسؤول عندما اوجد النشاط الخطر يجب عليه أن

1- د. صبري محمد السنوسي محمد ،مسؤولية الدولة دون خطأ، مصدر سابق، ص 13. كذلك ينظر د. محمد عبد اللطيف ، قانون القضاء الإداري ، مصدر سابق، ص 307 .

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن مع تراخيص الماء التقال

يتوقع الإضرار بالغير، وهذه ما تسمى بالمخاطر المستحدثة ، أو أن المستفيد من النشاط أو من استعمال الشيء الخطير يجب أن يتحمل تبعات ما ينجم عن ذلك وهذه هي ما تسمى بمخاطر الانتفاع⁽¹⁾.

التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد هل أخذ المشرع والقضاء العراقيين بنظرية المخاطر؟ وماذا عن الامر (65) واللجان الادارية في الهيئة هل تبنت نظرية المخاطر؟ .

لقد أنكر البعض على المشرع العراقي تبنيه لنظرية المخاطر كأس للمسؤولية الإدارية ولا يجوز الاخذ بها لأن المشرع على زعمهم اكتفى بالخطأ الذي يجب اتيانه في المسؤولية عن الافعال الشخصية وبالخطأ المفترض افتراضًا بسيطًا قابلاً لأنبات العكس في حالة المسؤولية عن فعل الغير وعن الجمادات ، أما بعض اوجه النشاط العام والخاص وما قد ينشأ عنها من اضرار فقد ارتأى المشرع أن يضع لها تشريعات خاصة تتضمن التعويض عن الاضرار الناشئة عنها دون الاستناد إلى فكرة الخطأ⁽²⁾.

كما ذهب البعض أن المشرع العراقي من خلال مراجعة الاعمال التحضيرية قد استبعد أي فكرة غير الخطأ ليقيم المسؤولية عليها بما في ذلك مسؤولية الادارة متذرعين في ذلك بالخلاف الاقتصادي والتكنولوجي في العراق، وأن الاخذ بالنظريات الأخرى الحديثة لم يحن وقته بعد⁽³⁾.

لكن البعض ذهب إلا أن هذه الآراء مردود عليها ، وكالاتي:

أولاً: إن المشرع العراقي وأن لم يأخذ بنظرية المخاطر بصورة صريحة إلا أنه نصّ في المادة (231) من القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 على أن "كل من كان تحت تصرفه الات ميكانيكية ، أو اشياء اخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسؤولاً عمّا تحدثه من ضرراً مالم يثبت أنه اتخذ الحيطنة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر مع عدم الاخلاع بما يرد في ذلك من احكام خاصة" . فالمادة المذكورة بالرغم من أنها جعلت الخطأ مفترضاً إلا أنها تركت المجال

1- احمد محمود احمد الريبيعي، مسؤولية الادارة دون خطأ ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون - جامعة الموصل ، 2012 ، ص134 .

2- د. محمود خلف الجبوري، القضاء الاداري ، مصدر سابق، ص259.

3- د. عبد الملك يونس ، اساس مسؤولية الادارة وقواعدها، مصدر سابق ، ص349

الفصل الثاني الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن منح تراخيص الماء المالح

مفتواً لما تقرره القواعد الخاصة ومن هذه القواعد هي قواعد قانون العمل⁽¹⁾، والتأمين الالزامي من حوادث السيارات⁽²⁾، وغيرها ، فالنص بالعبارة الاخيره من هذه المادة بان (مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من احكام خاصة) يعني بحد ذاته أن المشرع العراقي أقر بوجود مخاطر في حراسة الاشياء أو على الاقل احتمال وجودها في المستقبل⁽³⁾.

ثانياً: كما نجد في احكام لمحكمة التمييز أنها قضت فيها بمسؤولية الادارة وفقاً للمادة(231) من القانون المدني مستندة في حكمها بالتعويض إلى وجود مخاطر وفي ذلك قضت بمسؤولية وزارة الصناعة والمعادن عما أصاب الغير من ضرر بسبب التيار الكهربائي وفقاً للمادة (231) مدني وجاء في حيثيات الحكم " ولما كانت الاسلاك الكهربائية والاعمدة التي تحملها من الاشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها نظراً لما في التيار الكهربائي بالاسلاك من خطر على الارواح ..فتسأل وزارة الصناعة والمعادن عن تعويض المميز عليهم لما اصابهما من ضرر بسبب وفاة ولدهما الصغير نتيجة صعقة بالتيار الكهربائي.... وحيث أن وفاة ولد المميز عليهم قد سببت لهم الما وحزناً ولذا يستحقان تعويضاً عن الضرر الادبي استناداً الى المادة (205/2) مدني " (4)، وبذلك تكون نظرية المخاطر موجودة في التشريع والقضاء العراقيين.

أما في فرنسا فيعود الفضل إلى مجلس الدولة الفرنسي في تقريره لمسؤولية الإداره غير الخطئية ، وذلك في حالة التي تتسبب فيها الإداره بأعمال في الحق ضرر ببعض الأفراد دون خطأ منها ، حيث جاء القضاء الاداري مقرراً إمكانية مساءلتها عن الأضرار الناجمة عن نشاطها الخطر دون أن يقيم المصاب الدليل على أن الإداره في ممارستها لهذا النشاط قد ارتكبت خطأ ما ، بل يكفي أن يقيم علاقة السببية بين نشاط الإداره الخطر والضرر الذي وقع عليه⁽⁵⁾ ، ولا يوجد معيار محدد يمكن الرجوع اليه في تحديد الحالات التي أقر فيها مجلس الدولة الفرنسي المسؤولية بدون خطأ

1- نصت المادة (102) من قانون العمل رقم (37) لسنة 2015 على أنه " اذا وجدت علاقة عمل بين صاحب عمل وحدث لا يجوز تشغيله...يلتزم صاحب العمل بدفع اجره المتفق عليها وبتعويضه في حال في حال اصابته أثناء العمل أو من جرائه بصرف النظر عن توفر ركن الخطأ".

2- نصت المادة(2) من قانون التأمين الالزامي من حوادث السيارات رقم (52) لسنة 1980 على انه "يلزم المؤمن بالتعويض...بصرف النظر عن توفر (كن الخطأ".

³- د. محمود خلف الجبورى ، القضاء الادارى ، مصدر سابق ، ص259 .

4- مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الرابع ، 1979، ص25، اشار إليه د. عبد الملك يونس ، اساس مسؤولية الادارة وفق اعدها، مصدر سالبة ، ص 349.

٥- د. حسين عثمان محمد، *أصول القانون الإداري*، منشورات الحلي، بيروت، 2008م، ص 229.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن معهديات المخالفات

ولهذا يقرر الفقه الفرنسي أن قضاء مجلس الدولة في هذا الصدد هو قضاء تحكمي⁽¹⁾، فكان أول تطبيق لفكرة المخاطر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في حكم المجلس في قضية (كام_camas) في 21 يونيو/1895 إذ استجاب لطلب السيد كام بناء على رأي مفوض الدولة روميو وقضى بتعويضه بمبلغ (600) فرنك شهرياً مدى الحياة ، أثر اصابته عندما كان يعمل عاملًا في ترسانة قارب بشظية تطايرت نتيجة الطرق بمطرقة آلية ، ادت إلى عجزه مطلقاً ونهائياً عن استعمال يده اليسرى⁽²⁾.

أما المشرع المصري فقد ترك في نص المادة (178) من القانون المدني المصري ، الباب مفتوحاً للقول بالمسؤولية على أساس تحمل التبعية حيث نص على أنه "هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة"⁽³⁾ ، وبالتالي لم يقر المشرع المصري بنظرية المخاطر مالم يجد نص في القانون يقضي بخلاف ذلك.

أما القضاء الإداري المصري اخذ بهذه النظرية في بوادر نشأته وما لبث أن حاد عنها ليتبع نهج القضاء العادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك⁽⁴⁾.

وبالرجوع إلى الأمر (65) لسنة 2004 وإلى قرارات اللجان الإدارية لم نعثر على نص أو قرار يشير إلى نظرية المخاطر ، وحيث أن ثبات الخطأ من قبل المتضرر صعب في حالة الأضرار التي تنتج عن الأخلال بالترخيص وأحكامه ، وبالتالي ندعو المشرع العراقي إلى الميل بأخذ نظرية المخاطر في مجال التراخيص الإدارية⁽⁵⁾.

استناداً إلى ما تقدم نخلص إلى أن هذه الفكرة يمكن تقبلاها بتصديق الأضرار الناتجة تراخيص الهاتف النقال وذلك لأن المسؤولية دون خطأ على أساس المخاطر تقوم على ثلاثة عناصر ، أولهما الخطر الناتج عن الآلات الميكانيكية التي تسبب التلوث وتضر بالغير ، وثانيهما هو الضرر الذي

1- د. محمد فؤاد مهنا ، مسؤولية الادارة في تشريعات البلاد العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية ، القاهرة، المنظمة العربية للتربية و الثقافة و العلوم ، 1972م، ص 190 .

2- حكم كام ، الصادر في 21/ يونيو/ 1895 ، مجموعة احكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي ، مصدر سابق، ص 67 .

3- د. محمد فؤاد مهنا ، مسؤولية الادارة في تشريعات البلاد العربية، مصدر سابق، ص 209-210 .

4- للمزيد حول هذا الموضوع ينظر: احمد محمود احمد الريبيعي، مسؤولية الادارة دون خطأ ، مصدر سابق، ص 134 .

5- كذلك لم تتبني قوانين الاتصالات في الدول المقارنة نظرية المخاطر ، بل أعتمدت المسؤولية على أساس الخطأ.

يصيب الغير ، وثالثهما العلاقة السببية بين النشاط الخطر والضرر ، وجميع هذه العناصر متوفرة في نطاق موضوعنا ، فمن ناحية الخطر فهو وارد فوجود تلك الأبراج والمولادات الازمة لتشغيلها وما يرافقها من اسلام كهربائية على اسطح المنازل يمثل الخطر بعينه ،اما من ناحية الضرر فهو وارد ، ايضاً ، جراء نصب الأبراج والمولادات على أسطح المنازل ولا سيما إن تعليمات الوقاية قد اشترطت شروط في غاية الخصوصية بهذه الارض لا اعتقاد ان الشركات قد التزمت بذلك الشروط خصوصاً وأن التعليمات اشترطت ان تغلق الارض بسور غير معدني بمسافة (6) امتار ، ولم اجد أسطح بذلك المسافات الواسعة على الاقل في المنطقة التي اقيم فيها والمليئة بأبراج الهاتف.

النقال.

المطلب الثاني

اعفاء الإدارة من المسؤولية

طبقاً للقواعد العامة تنتفي العلاقة السببية بين الفعل الضار الصادر من جهة الإدارة والضرر المطالب بالتعويض عنه إذا كان وقوع هذا الضرر راجعاً إلى سبب أجنبي والذي يتمثل بإحدى الصور الآتية ، القوة القاهرة ، والحادث الفجائي ، وفعل المتضرر ، وفعل الغير⁽¹⁾.

وطبقاً للقواعد العامة يعد كل من فعل المتضرر ، والقوة القاهرة سببين عامين في نفي المسؤولية في كافة حالات المسؤولية سواء القائمة على أساس الخطأ أم دون خطأ ،في حين نجد أن كلاً من فعل الغير والحادث الفجائي لا يEDA سبباً لإعفاء جهة الإدارة إلا في حالة المسؤولية القائمة على أساس الخطأ ؛ لذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين ، نتناول في الفرع الاول القوة القاهرة ، ونتناول في الفرع الثاني خطأ المنفعين من خدمات الهاتف.

1- جورج فريدل وآخر ، القانون الإداري، مصدر سابق ، ص511 وما بعدها.

الفرع الأول

القوة القاهرة

بالنسبة لتعريف القوة القاهرة فعلى صعيد التشريعات لم تضع تعريف تشريعي للقوة القاهرة ، بل بالعكس أن التشريعات لم تتفق على استعمال مصطلح محدد للقوة القاهرة ، وخير مثال على ذلك ما اشار اليه القانون المدني العراقي حيث نصّ على أنه " اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية ، أو حادث فجائي ، أو قوة قاهرة ، أو فعل الغير ، أو خطأ المتضرر..."⁽¹⁾، فالمصطلحات التي أشار إليها هذا النص هي مصطلحات متشابهة من حيث المعنى ومتغيرة من حيث اللفظ⁽²⁾، وعلى هذا الاتجاه سار المشرع المصري والفرنسي⁽³⁾.

ازاء خلو التشريعات من تعريفات للقوة القاهرة حاول بعض الفقهاء إيجاد تعريف دقيق للقوة القاهرة فقد ذهب اتجاه إلى أن القوة القاهرة هي السبب الطارئ الاجنبي عنمن تسبب في الضرر ، غير المتوقع وقوعه والمتعدّر دفعه أو تقاديه أثاره⁽⁴⁾.

في حين ذهب اتجاه آخر الى القوة القاهرة بأنها أمر غير متوقع حصوله ولا يمكن مقاومته واجنبياً عنمن تسبب في الضرر⁽⁵⁾.

عرفها اتجاه ثالث بأنها هي التي تنشأ عن سبب أجنبي لا يد للمتضرر فيه يمكن توقعه، ويتعذر دفعه أو تقاديه أثاره⁽⁶⁾.

1- المادة (211) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

2- للمزيد من التفصيل ينظر د. عادل احمد الطائي ، مسؤولية عن اخطاء موظفيها ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1978 م ، ص 214 .

3- ينظر نص المادة (165) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 ، وكذلك نص المادة (1148) من القانون المدني الفرنسي الصادر في 1804.

4- حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1966/6/8 ، اشار اليه د. إدوارد عبد ، القضاء الإداري ، مصدر سابق، ص 548.

5- د. حمدي أبو النور السيد ، مسؤولية الادارة عن أعمالها القانونية والمادية ، مصدر سابق ، ص 190.

6- د. محمد ماهر أبو العينين ، التعويض عن اعمال السلطة العامة في قضاة وافتاء مجلس الدولة في مصر ، مطبعة كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ص 855.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن مخالفة المأمور

أما على صعيد القضاء ، فقد تطرق القضاء الإداري العراقي إلى القوة القاهرة في مجال المسؤولية التعاقدية حيث عرفاها : "هي الظروف ، أو الحوادث غير المتوقعة المتزامنة مع نفاذ العقد التي لا يمكن تجنبها ، أو تجاوزها وتكون خارجة عن السيطرة وتجعل التنفيذ الكلي للالتزام مستحيلًا بشكل مؤقت ، أو نهائي"⁽¹⁾ ، أي يتحدد معنى القوة القاهرة في كل حادث غير متوقع من جانب الإدارة ، وليس لها القدرة على مقاومته ، وأن تنشأ عن هذا الحادث استحالة تنفيذ الالتزام⁽²⁾.

وبالرجوع للقضاء المقارن ، فإن القضاء المصري جاء في أحد قراراته: "إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاهه رفض دعوى الطاعنة على أن الضرر قد نشأ عن قوة قاهرة ، أو عن خطأ قائد سيارة النقل ، في حين أنه يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه أو التحرر منه..."⁽³⁾.

وفي قرار حيث للقضاء المغربي ، فإنه يعتبر القوة القاهرة هي كل حدث لا يستطيع الإنسان توقعه ولا رده، حيث جاء فيه : "إن الأمطار الغزيرة والاستثنائية المسببة للفيضان لا تشكل قوة قاهرة، وإنما قرينة على ترتيب المسؤولية لكون وقوعها في فصل الشتاء من الأمور المتوقعة وليس قوة قاهرة ، أو سبباً أجنبياً للإعفاء من المسؤولية ، مما يعطي للقوة القاهرة في حقل القانون والقضاء الإداري مفهوماً متميزاً وخاصاً يتلاءم وطبيعة روابط القانون العام تتحمل آثاره الدولة – بخلاف – القانون المدني الذي يتحمله المدين"⁽⁴⁾.

استناداً إلى ما سبق ، وبإمعان النظر في التعريف التي وضعها الفقه القانوني والقضاء يتبين إن القوة القاهرة تقوم على شرطين رئيسين ، وكالاتي:

1- القرار ذي العدد 2014/10/30، مجموعة قرارات وفتاوي مجلس شورى الدولة لعام 2014، تصدر عن وزارة العدل ، ص214.

2- د. عبد الغني بسيوني ، القضاء الإداري اللبناني، مصدر سابق، ص748 .

3- نقض مصري 1980/05/28 طعن أ 33 س 46 ف، اشار إليه أنور طلبة ، انحلال العقود الفسخ التقاسخ الانفساخ البطلان استحالة التنفيذ الظروف الطارئة التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض. ط 5 ، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية. 2004، ص 166 .

4- حكم محكمة القضاء الإداري في الرباط رقم 251 بتاريخ 2014/01/23 ملف رقم 807/12/210. تم الاشارة إليه في عبد الحكيم حجامي ، ومصطفى هرندو ، خالد كيتا ، القوة القاهرة بين التشريع والقضاء المغربي والمقارن ، بحث منشور على موقع العلوم القانونية على الموقع الآتي www.marocdroit.com تاريخ الزيارة 2016/10/29 .

اولاً: القوة القاهرة تتميز بأنها خارجية أي لا يمكن نسبتها إلى المدعى عليه

أي أن تكون الواقعة خارجة عن إرادة الخصوم أو أطراف الرابطة الإجرائية فلا يتسبب الخصم في حدوثها ، أو تكون بسبب خطأه وأن لا تكون الواقعة ناجمة عن اهمال الخصم أو تقصيره⁽¹⁾، فمثلاً حدوث فيضانات ، أو سيل ، أو رياح قوية ، أو هزة أرضية أثرت بشكل سلبي على المنطقة الموضوع فيها البرج مما أدى إلى انقطاع خدمة الاتصالات عن المنطقة ، أي أن قوة الطبيعة هي التي اسهمت في حدوث الفيضان او الهزة الارضية ولا يد للادارة في هذا الشأن.

ثانياً: تتميز القوة القاهرة بأنها غير ممكنة التوقع ومستحيلة الدفع⁽²⁾

فلا يكفي أن يكون من الصعب دفعها ، وإنما يجب أن يكون من المستحيل فعلًا مقاومتها ، واستحالة الدفع هي فكرة مطلقة ، بمعنى أن القوة القاهرة مستحيلة الدفع سواء بالنسبة للمدعى عليه أم بالنسبة لأي شخص آخر يكون في موقفه ، وتتميز كذلك بأنها مستحيلة التوقع ، واستحالة التوقع هي نتيجة لاستحالة الدفع، لأن الامر المتوقع لا يعتبر عادة مستحيل الدفع ، ومن هنا تبدو الفكريتان مرتبطتان ، ويتحقق هذا الامر ، ايضاً ، في عديد من الكوارث الطبيعية، وكذلك الحروب غير المتوقعة⁽³⁾.

فلو أن الادارة قامت بمنح تراخيص لأحد شركات الاتصالات لنصب ابراج هوائيات نقالة في منطقة تتسم منازلها بالقدم ، أو تملؤها المياه الجوفية، أو معرضة للأمطار وصواعق ، أو منطقة معرضة لنزاع مسلح ، فهنا لا يمكن للإدارة الاحتجاج بالقوة القاهرة ، حيث يشترط كما ذكرنا لقيام السبب الاجنبي ألا يكون بالإمكان توقعه وكذلك لا يمكن دفعه وكلا الشرطين غير متوفّر في هذا المثال ، لأن الإداره كان عليها أن توقع أن المنازل من الممكن أن تسقط بفعل قدمها ، أو حصول نزاع مسلح يؤدي إلى تدمير الإبراج وملحقاتها ، كما أنه أمر يمكن درؤه .

على أن القضاء الفرنسي يرى أن للقوة القاهرة مفهوم نسبي يتطور بتطور العلم والتكنولوجيا التي تسمح بإيجاد وسائل أفضل لدرء الطوارئ التي قد تشكل حالات لتلك القوة ؛ لذا يجري تقدير

-1- علي ضاري خليل ، السبب الاجنبي واثره في نطاق المسؤولية التقصيرية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون-جامعة بغداد ، 1999م، ص41 .

-2- د. محمد عبد امام، القانون الاداري والصحة العامة ، مصدر سابق ، ص235 .

-3- د. احمد عبد الرزاق السنوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مجلد 1 ، ج1، ط1، منشورات الحلبي ، بيروت، 2000م ، ص1024 .

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن مخالصات خارج الهاتف النقال

القوة القاهرة في ضوء امكانات التصدي لكل من هذه الطوارئ ، حيث يتشدد القضاء الفرنسي في تقديره للقوة القاهرة فهو لم يعتبر مثلاً كقوة قاهرة : الهواء العاصف بسرعة مائة كيلو متر في الساعة ، أو الصاعقة التي وقعت على عازل كهربائي منصوب في قمة أحد البراج ، أو الفيضان الذي سبق أن حدث مثيله منذ قرن فات ، حيث اشترط أن تكون الامطار أو العواصف على درجة من الخطورة والاستثنائية⁽¹⁾.

تأسيساً على ما سبق يتضح أن تكيف الحادث بأنه قوة قاهرة إنما يتوقف على الظروف الخاصة بكل قضية حيث يجري تقدير القوة القاهرة في ضوء امكانات التصدي لكل من هذه الحالات .

نقاش عن أثر القوة القاهرة على مسؤولية الادارة:

متى ما وجدت القوة القاهرة فيكون من شأنها اعفاء الادارة من المسؤولية سواء بنيت هذه المسؤولية على أساس الخطأ أم على أساس المخاطر⁽²⁾، وهذا أمر منطقي طالما أن الضرر يعود في الحقيقة إلى سبب خارجي لم يكن في الواقع متوقعاً ولم يكن بإمكانه دفعه⁽³⁾.

قد يكون اعفاء الادارة من المسؤولية كلّياً ، إذا كان الحادث الذي يشكل القوة القاهرة هو السبب الوحيد للضرر⁽⁴⁾ ، وقد يكون اعفاء الادارة من المسؤولية جزئياً إذا ساهم في تفاقم نتائج القوة القاهرة ، وبالتالي يكون مسؤولاً بنسبة مشاركته في أحداث الضرر ، مثل ذلك أن تكون الامطار الاستثنائية والكثيفة قد تفاقمت بسبب عدم وجود قنوات لتصريف المياه مما ادى لترابع المياه وهذا الامر كثير ما يحدث في العراق نتيجة عدم وجود تلك القنوات مما يؤثر سلباً على عمل البراج . ولم نعثر في الامر⁽⁵⁾ لسنة 2004، او في الاحكام القضائية الصادرة عن اللجان الإدارية في هيئة الاعلام والاتصالات تتعلق بالقوة القاهرة في مجال المسؤولية عن اضرار تراخيص الهاتف النقال⁽⁵⁾ .

1- حكم مجلس الدولة الفرنسي في 18/12/1959 ، وكذلك حكمه في 4/4/1962 ، اشار إليهما د، ادوارد عبد القضاة الاداري، مصدر سابق ، ص549.

2- د. ادوارد عبد ، القضاء الاداري ، المصدر السابق نفسه ، ص550.

3- جورج فوديل، القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص511.

4- صالح عبد الزهرة حسون ، المسئولية الإدارية لقوى الامن الداخلي ، مصدر سابق ، ص295.

5- لقد جاء في رخصة الاتصالات رقم (1) لسنة 2006 التي منحتها الهيئة العامة لتنظيم قطاع الاتصالات في الامارات على انه " لن يعتبر المرخص له مسؤولاً أو مخللاً بأحكام الرخصة لتنفيذ الالتزامات المقررة بها اذا ما

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولة الإدارية عن مخالفة المأمور

وعلى ذلك فإنه على فرض ، إذا ما اقيمت مثل هذه النزاعات أمام القضاء الإداري العراقي فإننا نرى أنه ليس هناك ما يمنع من تطبيق القواعد العامة عليها.

الفرع الثاني

خطأ المنتفعين من خدمات الهاتف النقال

هنا لابد من توضيح مسألة مهمة وهي أن بعض التشريعات استخدمت خطأ المضرر بينما استخدمت تشريعات أخرى مصطلح فعل المتضرر ، فهل يشترط أن يكون فعل المتضرر موصوفاً بالخطأ حتى يعد سبباً أجنبياً ، أم أن فعل المتضرر غير الخطأ يمكن أن يكون سبباً أجنبياً؟ .

إن القانون المدني الفرنسي لم يذكر فعل المتضرر كسبب من أسباب دفع المسؤولية واكتفى بتقرير القاعدة العامة التي تقضي بالإعفاء من المسؤولية في حالة توافر السبب الاجنبي والذي قد يتمثل في فعل المصاب وهذا ما نصّ عليه القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾.

ولو انتقلنا إلى القانون المدني المصري⁽²⁾ ، لو جدناه ينصّ على ما يأتي " إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يدلـه فيه كحادث مفاجئ ، أو قوة قاهرة ، أو خطأ من المتضرر ..." ، يتضح من النص أن المشرع المصري عبر عن فعل المتضرر بمصطلح خطأ المتضرر ، وبالتالي لا اشترط في فعل المتضرر الذي يقطع العلاقة السببية وينفي المسؤولية أن يكون موصوفاً بالخطأ أما فعل المتضرر غير الموصوف بالخطأ فلا يقطع العلاقة السببية وبالتالي لا ينفي المسؤولية.

كان ذلك مرجعه بشكل مباشر بسبب القوة القاهرة ، في حين لا تعتبر من قبل القوة القاهرة قلة التمويل أو السيولة ، على أن تشمل القوة القاهرة على سبيل المثال لا الحصر : العصيان المسلح والشغب والطوارئ الوطنية والحروب والأعمال الإرهابية والحرائق والطوفان والكوارث الطبيعية الأخرى والاضربات والإجراءات الصناعية المماثلة لها والقضاء والقدر وأية أسباب خارجة عن سيطرة المرخص له ". وبالتالي اشار هذا النص بشكل واضح إلى القوة القاهرة واعتبرها سبباً لإعفاء المرخص له من المسؤولية ، كما انه لم يحدد على سبيل الحصر الحوادث التي تعتبر قوة قاهرة بل جعل كل امر خارج عن سيطرة المرخص له هو قوة قاهرة.

1- المادة (1147) من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804.

2- علي ضاري خليل ، السبب الاجنبي واثره في نطاق المسؤولية التقصيرية ، مصدر سابق، ص62.

3- المادة (165) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 .

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن معه تراخيص الهاتف النقال

أما القانون المدني العراقي فقد اتبع ما سار عليه سابقه المصري في معالجته لفعل المتضرر إذ نصّ على ما يأتي "إذا ثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافية سماوية ، أو حادث فجائي ، أو قوة قاهرة ، أو فعل الغير ، أو خطأ المضرور كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك "⁽¹⁾ ، وبذلك يكون المشرع العراقي قد عبر عن فعل المضرور كسابقة المصري بمصطلح خطأ المتضرر ، واعتبره سبباً من الأسباب الأجنبية .

أما فعل المتضرر كسبب للإعفاء من المسؤولية الإدارية عن اضرار التلوث البيئي - والذي يعد التلوث الشعاعي الصادر عن ابراج الاتصالات أحد صورة- ففعل المضرور الذي يؤدي هنا إلى الاعفاء من المسؤولية لا يشير فقط إلى السلوك الخاطئ ، وأنما قد يتمثل في عدم التبصر أو الهمال حيث قد يكون سبباً في اعفاء مسبب التلوث من مسؤوليته ولو بصورة جزئية ، ولا يقتصر مفهوم فعل المضرور المعفي من المسؤولية على ذلك ، بل قد يتمثل فعل المتضرر في كونه يعكس سذاجته⁽²⁾ .

مما تقدم يجب على القاضي أن ينظر إلى تاريخ اقامة المضرور بجوار تلك الابراج ، وما اذا كان سابقاً على انشائها أم لا حقاً على ذلك وبالتالي يجب التفريق بين فرضين:

الفرض الاول : هو الذي فيه المتضرر سابقاً في تاريخ اقامته بالمكان على وجود ابراج الهاتف النقال المسيبة للأضرار

في هذا الفرض تكون الابراج المسيبة للتلوث والضوضاء سابقة في تاريخ وجودها بالمكان على قدوم المضرور للإقامة به ، اي أن المتضرر قدم الى المكان وهو متبصر بحالته التي هو عليها في هذا الفرض كان الفقه يذهب إلى أن الأسبقيّة تعصم من المسؤولية بعبارة أخرى مثلاً أن مالك مصنع معين غير مسؤول عما يسببه للغير من أضرار ما دام هو أسبق في الوجود وان الشخص الذي بنى مسكن داراً للسكن أو مستشفى قد بناه وهو يعلم أن بجواره مصنعاً قائماً قبل ذلك لا يجوز أن يطالب بإزالة الأضرار ما دام هو قد بنى مصنعاً قائماً قبله سابقاً⁽³⁾ ، ذلك الحال بالنسبة

1- المادة (211) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

2- د. مصطفى صلاح الدين، المسؤولية الإدارية عن التلوث الضوضائي ، مصدر سابق ، ص356.

3- د. محمد طه البشير ، د. غني حسون طه ، الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية ، الجزء الاول، مطبع التعليم العالي، بغداد ، 1982م ، ص78.

الفصل الثاني . . . الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية عن مخالفة المأمور

للأبراج الهوائية فإذا كانت تلك الأبراج سابقة في وجودها على الدار أو المستشفى فإن صاحب الدار لا يحق له المطالبة بالتعويض أو إزالة الضرر.

لكن الأبراج كأصل عام ، أو وسائل الاتصال يجب أن تكون آمنة ولا تسبب ضرراً للغير سواء كانت اقامة الغير سابقة أم لاحقة ، وبالتالي نتيجة لخطأ الإدارة في عدم متابعة عمل الشركات لنتمكن دوائر البلدية من توزيع الأراضي المحيطة بالأبراج وهذا سوف يؤدي إلى اصابة دوائر البلدية بالشلل وهذا يلحق الضرر بالدولة بكل تأكيد ، عليه لا يمكن تطبيق نصوص القانون المدني الخاصة في هذا الامر⁽¹⁾ ، إلا في حالة واحدة إذا كانت المنطقة طبيعتها قد خصصت لتكون (منطقة صناعية مخصصة لإقامة الأبراج) وتحددت طبيعتها على هذا الأساس فمن يبني بعد ذلك داراً للسكن في هذه المنطقة لا يجوز له الادعاء بالضرر بعد ذلك ويطلب بإزالة الاضرار التي تنتج عنها فالعبرة بظروف المكان لا بمجرد الاسمية.

الفرض الثاني : هو الذي يكون فيه المتضرر سابقاً في تاريخ إقامته بالمكان على وجود الأبراج العامة المسيبة للأضرار

في هذا الفرض يكون المتضرر سابقاً في تاريخ إقامته واستقراره بالمكان على اقامة وجود الأبراج التي يتضرر منها المتضرر ويطلب بالتعويض عن اضرارها، هنا يجب التفرقة بين ما اذا كان المتضرر يتوقع ويقبل اقامة تلك الأبراج أم لا ، ومع ذلك أن رضاء المتضرر ليس من شأنه أن يزيل عن فعل المسؤول صفة الخطأ ، فيبقى هذا مسؤولاً عن الضرر الذي احدثه ولكن قد يعتبر رضاء المتضرر بالضرر خطأ منه ، وفي هذه الحالة تخفف مسؤولية محدث الضرر⁽²⁾.

ولم نعثر في الامر (65) لسنة 2004 على قواعد تبين خطأ المتضرر وكذلك لم نعثر على احكام صادرة عن اللجان الإدارية في الهيئة تشير إلى خطأ المتضرر⁽³⁾.

1- نصّ القانون المدني العراقي في الفقرة الثالثة من المادة (1051) على انه "وإذا كان أحد يتصرف في ملکه تصرفاً مشروعاً فجاء آخر واحد في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه".

2- د. عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في شرح القانون المدني ، ج1، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، 1963م ، ص472.

3- كذلك لم تشير قوانين الاتصالات في مصر وقطر والإمارات إلى خطأ المضرور ، أما القضاء الإداري المصري و الفرنسي في قضية السكن قرب المنشآت العامة ، فقد كانا يرفضا تعويض المضرور الذي يقدم إلى مكان وهو متضرر بحاليه التي هو عليها في حالة المنشأة العامة المسيبة للضوضاء والتي تعد أحد مصادر التلوث ، وبالتالي ان

القاضي الإداري الفرنسي يرفض التعويض عن الضرر الذي تصيبه المضروبة إذا كان مصدر التلوث سبق على وجود المضروبة، د. محمد ماهر أبو العينين ، التعويض عن اعمال السلطات العامة في قضاء مجلس الدولة ، مصدر سابق ، ص855.

الفصل الثالث

آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه منح الترخيص

من المسلم به أن المسؤولية الإدارية تتحقق عند توافر أركانها (الخطأ ، الضرر ، العلاقة السببية) و بمجرد تحقق هذه المسؤولية ، فإن الإدارة تكون مسؤولة عن تعويض الأفراد ، أو رفع الضرر الذي لحق بهم .

من جانب آخر أن المرء إذا ما أمعن النظر في دستور 2005م و القوانين النافذة يجدها تقر أو تعترف للفرد بضمانات مهمة إلا أن هذه الضمانات جاءت متبايرة ، الأمر الذي يستوجب منا إبراز تلك الضمانات بشكل واضح لكي يلت Glam إليها الفرد لحمايته .

وبناءً على ذلك قسمنا هذا الفصل على مبحثين ، و كالتالي:

المبحث الأول : آثار تحقق المسؤولية الإدارية.

المبحث الثاني: ضمانات الغير تجاه منح الترخيص .

المبحث الأول

آثار تحقق المسئولية الإدارية

إن الإدارة عندما تقوم بعملها فإنها قد تسبب ضرراً للغير وبالتالي لابد من إلزامها بدفع التعويض الذي يحكم به القضاء جبراً للضرر الذي سببته له، ولكن في مجال الأضرار الناجمة عن تراخيص الهاتف النقال ، يُعد إجراء إزالة الأضرار أو التخفيف منها، أفضل من التعويض إذا كان ذلك ممكناً.

من هنا يقتضي الأمر تقسيم هذا المبحث إلى مطليين ، نتناول في المطلب الأول بحث التعويض الذي يجب الحكم به عند تحقق مسئولية الإدارة ، ونناول في المطلب الثاني تبعات مسئولية الإدارة.

المطلب الأول

التعويض عن المسئولية الإدارية

إن التعويض في المسئولية الإدارية لا يثير أي صعوبة إذا كان الضرر ثابت ، إلا أن الضرر قد يتفاقم خلال الفترة المحصورة بين وقوع الفعل المؤدي ورفع الدعوى للمطالبة بالتعويض عنه ، أو خلال المدة المحصورة بين رفع الدعوى وصدور الحكم أو خلال المدة الممتدة بعد صدور الحكم لحين اكتسابه درجة البتات ، بل قد يحصل التغير بعد اكتساب الحكم درجة البتات.

انسجاماً مع ما تقدم قسمنا هذا المطلب إلى فرعين ، نتناول في الفرع الأول الحكم بالتعويض ، ونناول في الفرع الثاني فسوف نتناول فيه التعويض عن الضرر المتغير.

الفرع الأول

الحكم بالتعويض

يعرف التعويض هو مقابل الضرر الذي يلحق المتضرر من الفعل الضار ولا يتأثر بدرجة خطأ المسؤول عنه أو درجة غناه⁽¹⁾، أو هو الغاية الأساسية التي يسعى المتضرر من خلالها جبر ما أصابه من ضرر جراء اعمال الإدراة ، وهو كذلك العنوان الأساسي لتحقيق العدالة والمساواة من أجل أن لا يكون هناك في ظل مبدأ الدولة القانونية فرد أصابه ضرر من دون تعويض⁽²⁾.

يشترط لكي تسأل الإدارة عن التعويض عن تصرفها القانوني ، أو عملها المادي لابد من توفر ثلاثة شروط :

الشرط الأول: أن تكون الإدارة قد أخطأـت فأصدرت قراراً إدارياً شابـه عـيبـ من عـيـوبـ المـشـروعـيـةـ ، أو قـامـتـ بـعـملـ مـادـيـ سـبـبـ ضـرـرـاـ لـلـغـيرـ.

الشرط الثاني: أن يترتب على هذا القرار أو العمل المادي ضرراً يصيب الطاعن المطالب بالتعويض.

الشرط الثالث: توافر العلاقة السببية بين هذا التصرف الخاطئ وبين الضرر الذي اصاب الطاعن ، فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة كانت الإدارة مسؤولة وملزمة بالتعويض.

أما بالنسبة للمحكمة المختصة بالتعويض عن القرارات التي تسبب ضرراً للغير ففي العراق هي محكمة القضاء الإداري ، واعطاءـهاـ سـلـطةـ الحـكـمـ بـالـتعـويـضـ يـجـدـ اـسـاسـهـ القـانـونـيـ فيـ قـانـونـ مـجـلسـ شـورـىـ الدـوـلـةـ حـيـثـ نـصـ علىـ أـنـهـ "ـ تـبـتـ مـحـكـمـةـ القـضـاءـ الإـدـارـيـ فـيـ الطـعـنـ المـقـدـمـ إـلـيـهـ وـلـهـ أـنـ تـقـرـرـ رـدـ الطـعـنـ ، أـوـ إـلـغـاءـ ، أـوـ تـعـدـيلـ الـأـمـرـ ، أـوـ الـقـرـارـ المـطـعـونـ فـيـهـ مـعـ الـحـكـمـ بـالـتعـويـضـ أـنـ كـانـ لـهـ مـقـتضـىـ بـنـاءـ عـلـىـ طـلـبـ المـدـعـيـ"⁽³⁾، يتـبـينـ لـنـاـ مـنـ النـصـ إـلـىـ أـنـ الـاـصـلـ فـيـ اـحـکـامـ الـمـحـكـمـةـ أـنـهـ مـحـكـمـةـ إـلـغـاءـ إـلـاـ أـنـ الـاـسـتـثـنـاءـ هـوـ الـتـعـويـضـ وـلـاـ تـحـكـمـ بـهـ الـمـحـكـمـةـ إـلـاـ إـذـاـ طـلـبـهـ

1- د. معرض عبد التواب ، الموسوعة النموذجية في القضاء الإداري ، المجلد الثالث ، مكتبة عالم والقانون للنشر والتوزيع ، الاسكندرية ، 2003م، ص545.

2- د. عبد الرزاق السنوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص1037 وما بعدها.

3- المادة (7/ثامناً) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه منح الترخيص

الخصوم في اضيارة الدعوى ، ومن جانب آخر أن المتضرر أن لم يطلب الحكم بالتعويض ، أو رفضت محكمة القضاء الإداري الحكم به فله الحق في مراجعة محاكم البداءة⁽¹⁾.

أما في فرنسا يختص القضاء الإداري بالدعوى المرفوعة ضد الإدارة لمطالبتها بالتعويض⁽²⁾.

وفي مصر فقد نصّ قانون مجلس الدولة على أنه "تحتفظ محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية : عاشرًا: طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في البنود السابقة سواء رفعت بصفة أصلية أم تبعية"⁽³⁾.

يقصد بطلبات التعويض بصفة أصلية ان ترفع دعوى التعويض بصفة مستقلة وبعربيضة مستقلة عن دعوى الإلغاء ، أما طلبات التعويض بصفة تبعية تعني أن التعويض يطلب تبعًا لطلب إلغاء القرار وبعربيضة واحدة ، وفي كلتا الحالتين تدخل ضمن اختصاصات مجلس الدولة.

أما بشأن تحديد مقدار التعويض فإن محكمة الموضوع لها سلطة واسعة في ذلك بما يكفل حماية الضرر أو التخفيف عنه دون أن يكون بذلك خاضعاً إلى رقابة المحكمة⁽⁴⁾، أما بخصوص إجراءات الأثبات فأن سلطة المحكمة تكون مقيدة وتتخضع للرقابة بما يخص إجراءات الأثبات ومناقشة الأدلة المطروحة في الدعوى وتحديد عناصر التعويض⁽⁵⁾.

يفهم من ذلك أن سلطة القاضي التقديرية بخصوص تقدير ، أو تحديد مقدار التعويض بما يتناسب مع الضرر غير مقيدة ، ولكن هذا لا يعني ترك الأمر بيد القاضي وفق رأيه الشخصي دون الاستعانة بأهل الخبرة⁽⁶⁾.

1- المادة (7/ سابعاً/ب) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979.

2- د. جورج شفيق ساري ، القضاء الإداري ، ط5 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002م، ص322.

3- المادة (10) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972.

4- لقد حلّت المحكمة الإدارية العليا بدل محكمة التمييز بالنسبة للطعن في أحكام محكمة القضاء الإداري بموجب التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979.

5- القاضي محمد عبد طعیس ، تعويض الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية ، دار الكتب و الوثائق العراقية، بغداد ، 2008م ، ص80.

6- نصّت الفقرة الحادية عشر من المادة (7) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979م على أنه " تسري أحكام قانون المرافعات رقم (83) لسنة 1969 وقانون الأثبات رقم (107) لسنة 1979...في شأن

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه منع الترخيص

تعرف الخبرة هي إجراء تحقيق يقصد منه الحصول على معلومات ضرورية في فرع من فروع المعرفة ، عن طريق اصحاب اختصاص في مثل هذه الأمور ليتسنى للقاضي البت في مسائل فنية تكون محل نزاع ، وبغية الوصول إلى الحقيقة التي تمكّنه من الفصل في النزاع ، فضلاً عن ذلك يريح ضميره ويحقق العدالة⁽¹⁾.

أما في نطاق القانون الجنائي تعرف الخبرة ابداء رأي فني من شخص مختص فنياً في شأن واقعة ذات أهمية في الدعوى الجزائية⁽²⁾.

تعتبر الخبرة أو رأي الخبير هو وسيلة من وسائل الالتباس في الدعوى الجزائية تهدف إلى معرفة وقائع مجهولة ، وبالتالي أن الخبرة هي دليل من أدلة الالتباس وللمحكمة سلطة في تقديرها كحقيقة الأدلة الأخرى كالإقرار والشهادة والقرينة ، وللمحكمة أن تعين خبير أو أكثر في المسائل التي تحتاج إلى رأي⁽³⁾، وهذا ما أوضحته المادة (166) من أصول محاكمات جزائية رقم 23 لسنة 1971 وكذلك المادة (232) وكذلك المادة (61/ج) والمادة (71).

يتضح مما تقدم أعلاه أنه لا يجوز للمحكمة أن تلجأ إلى الخبرة إلا إذا صعب عليها إدراك المسألة الفنية بنفسها ، أما إذا تمكنت المحكمة من فهم المسألة والإحاطة بها فإن عليها أن تتولى تحقيق ذلك أو أن تتندب أحد قضااتها لهذه الغاية.

عليه يجب على المحاكم أن لا تلجأ إلى الخبرة إلا في المسائل التي يكون اعتمادها فيها على معارفها غير مجد في الوصول إلى الحقيقة⁽⁴⁾.

الإجراءات التي تتبعها المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري..."، عليه فإن كل ما يتعلق بالخبرة واجراءاتها يتم الرجوع فيه إلى قانون الالتباس وقانون الخبراء امام القضاء.

1- د. آدم وهيب النداوي ، شرح قانون الالتباس ، ط1، مطبعة المعرف ، بغداد ، 1983-1984م ،ص230
للمزيد د. رمضان أبو السعود ، مبادئ قانون الالتباس في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2007م، ص159.

2- د. كريم خميس خصباك ، الخبرة في الالتباس الجزائري ، ط1، دار السنهروري ، بغداد، 2008م، ص43.
3- القاضي سلمان عبيد عبد الله الزبيدي ، شرح أصول محاكمات الجزائية رقم(23) لسنة 1971 م المعدل ، ط1، مكتبة القانون والقضاء ، بغداد ، 2015م، ص271.

4- نصت المادة (263) من قانون المرافعات الفرنسي " لا وجه للاحالة إلى خبير إلا في الحالات التي تكون فيها المشاهدة أو المشورة غير كافية تكشف الحقيقة امام القاضي " ، إشار إليه د. عباس العبدلي، شرح قانون الالتباس، بلا جهة وسنة نشر، ص266.

الفصل الثالث آثار تحقق المسئولية الإدارية وضمانات الغير تجاهه من الترخيص

بالتالي تلجأ المحكمة إلى الخبرة كلما احتاج الفصل في الدعوى إلى التتحقق من بعض الأمور لا يمكن التأكيد منها إلا بواسطة من كانت له معرفة فنية كالأنمور الهندسية والتكنولوجية وغيرها ، ومثال ذلك قد يحتاج القاضي لخبير للفصل في دعوى التعويض عن نصب ابراج الهاتف ومحلقاتها داخل المناطق السكنية إلى معرفة الحالة الفنية لتلك الابراج والمعدات الملحة بها وفي ما إذا كانت تصدر عنها اشعاعات مضرة وهل كانت جميع اجهزة الاتصال صالحة للاستعمال وسليمة أو كان بها عيب معين . وفي هذا المثال لا يستطيع القاضي أن يرکن إلى رأيته الخاصة في حل النزاع كونها تتطلب معرفة فنية خاصة فيجيب عليه هنا الإتجاء لأهل الخبرة للاستعانة بمعلوماتهم .

من جانب آخر نصت المادة (132) من قانون الاثبات على أنه "الخبرة تتناول الأمور العملية والفنية وغيرها من الأمور الازمة للفصل في الدعوى دون المسائل القانونية "، ويتبين من هذه المادة أن المحكمة لها فقط الاستعانة بالخبير في الأمور الفنية دون الأمور القانونية ، وبالتالي في حالة الاستعانة بالخبراء القانونيين سواء كانوا من القضاة أم من المحامين تكون المحكمة اخلت بواجبها مما يعرض حكمها للبطلان⁽¹⁾ .

وهناك الكثير من الاحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري استعانة فيها المحكمة بالخبرة ، ومن ذلك حكمها الصادر في 1/12/2004 حيث قررت المحكمة الحكم بإلغاء القرار الصادر عن وزير الأوقاف والشؤون الدينية سابقاً والمتضمن رفضه ذكر اسم المدعي في واجهة الجامع الذي قام بإنشائه وقررت اعتماد مرتسم الخبير...⁽²⁾ .

1- في حين ان القانون الانكليزي ينظر إليه بوصفه مسألة من مسائل الواقع ولذا يمكن الاستعانة بذوي الخبرة في الاثبات ويسميهم الخبراء القانونيين ، اما المحاكم الفرنسية فقد قضت في حكم لها " لا يجوز الاستعانة بخبير إلا لتقيير مسائل مادية واقعية ، لأيضاح وجهات نظر قانونية عرضت للقاضي "، د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص266.

2- القرار رقم 448/ح/1962م، تاريخ القرار 18/3/1962م مجلة القضاء، العدد الأول والثاني، ص150. إشار إليه د. آدم وهيب النداوي، مصدر سابق ، ص234.

3- قرار محكمة القضاء الإداري عدد 72/2004م الصادر في 1/12/2004م غير منشور.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه منح الترخيص

ذلك حكمها "ونظراً لما قدره الخبير من تعويض ... فيكون قرار محكمة القضاء الإداري... صحيحاً قرار تصديقه"⁽¹⁾.

تبرز السلطة التقديرية ، أيضًا ، للمحكمة عند تقدير التعويض من قبل الخبراء المختصين حيث يأخذ القاضي ضمًّا بنظر الاعتبار بعض الاعتبارات الخارجية المستوحة من باب العدالة وخارجه عن نطاق جسامة الضرر كخطأ المسؤول ومدى تأثير ذلك على قناعته في زيارة أو إيقاص التعويض أو أي ظروف يستتبعها القاضي من وقائع الدعوى والتي قد لا يصرح بها في قراره على اعتبار أن ذلك يدخل في إطار مسائل الواقع التي ينفرد بها قاضي الموضوع وفق سلطته التقديرية في مدى الأخذ بتقرير الخبراء من عدمه أن توفرت لديه المبررات المقبولة قانونًا ، فهو صاحب الرأي الفصل في الدعوى وتقرير الخبراء ما هو إلا رأي علمي أو فني⁽²⁾.

في ضوء ما تقدم نتساءل عن الضرر الذي يمكن التعويض عنه في نطاق تراخيص الهاتف النقال هل هو الضرر المادي فقط أم المادي والمعنوي معاً؟

قبل الاجابة عن هذا السؤال لابد من توضيح موقف القانون القضاء الإداري العراقي والمقارن من الضرر المعنوي.

أولاً: موقف التشريعات من الضرر المعنوي

إن المشرع العراقي قد تبنى مبدأ واضحًا لا غموض فيه بجواز التعويض عن الضرر المعنوي حيث نصَّ على أنه "يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك..."⁽³⁾، كذلك المشرع المصري وضع الضرر المعنوي على قدم المساواة مع الضرر المادي⁽⁴⁾.

أما في فرنسا صدر القانون المدني عام 1804 ولم يرد فيه نصَّ بخصوص المسؤولية عن الضرر المعنوي ، اذ كل ما نصَّ عليه هو: "كل فعل مهما كان يصدر من انسان ويتسبب للغير في ضرر يلزم صاحبه التعويض عنه بسبب الضرر الذي نشأ عن خطئه"⁽⁵⁾، وبذلك يكون

1- قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم الاضبارة "66" اداري -تمييز ، في 1995/11/26 ، وقد جاء هذا القرار تأكيداً لقرار محكمة القضاء الإداري المرقم (49) في 1995/9/12 ، إشار إليهما اسماعيل صعاصع ، مسؤولية الادارة عن الضرر المعنوي ، مصدر سابق ، ص195.

2- د. عباس العبدلي ، شرح قانون الاثبات ، مصدر سابق ، ص265.

3- المادة (205) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

4- نصَّت المادة (222) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 على أنه "يشمل التعويض الضرر الادبي أيضًا...".

5- المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي عام 1804.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه منح الترخيص

المشرع الفرنسي قد قرر قاعدة عامة تقضي بتعويض كل انواع الضرر سواء كان مادياً أم معنوياً⁽¹⁾.

إذا كان المشرع العراقي والمصري والفرنسي قد نصّ على التعويض على الضرر المعنوي إلا أنه لم يعرفاً الضرر المعنوي ، وبالتالي يجب الرجوع إلى كتابات الفقهاء التي قررت أن الضرر المعنوي ليس له صورة واحدة إلا إن الرابط المشترك لكل صورة هو عدم اصابة الشخص في ماله ، عليه نحن نسير مع ما ذهب إليه البعض بأن الضرر المعنوي هو الشعور بالأذى الناتج عن الاخلاقي أو مصلحة غير مالية للأنسان فتسبب له الما وحزناً ولا يلحق بالمتضرر أي خسارة⁽²⁾.

استناداً إلى ما تقدم يرى الباحث إنّ الضرر المعنوي في نطاق تراخيص الهاتف النقال: هو الأذى الناتج عن نشاط مرفق الاتصالات والذي يصيب الإنسان في حقه و مصلحة غير مالية.

ثانياً: موقف القضاء الإداري

لقد أخذ القضاء الإداري العراقي بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي ومن تطبيقاته بهذا الخصوص حكمه الذي ذهب فيه بتعويض الاضرار البدنية والنفسية التي أصابت المدعي جراء حجزه غير المشروع⁽³⁾.

في حكم آخر أكد القضاء العراقي على أحقيّة المدعي بالطالبة بتعويض الاضرار المالية والمعنوية من جراء قيام مدير مصلحة البريد والبرق ومدير التليفونات اضافة لوظيفتهما بقطع الاتصال دون وجه حق⁽⁴⁾.

أما في فرنسا فقد كان مجلس الدولة الفرنسي يأخذ بتعويض عن الضرر المادي إذا توافرت شروط المسؤولية وكذلك الأمر إذا كان الضرر المعنوي مصحوباً بضرر مادي ، أما

1- د. اسماعيل صعاصاع ، مسؤولية الادارة عن الضرر المعنوي في القانون العراقي ، مصدر سابق ، ص 96.

2- د. اسماعيل صعاصاع غيدان، مسؤولية الادارة عن الضرر المعنوي في القانون العراقي ، المصدر السابق نفسه ، ص 18.

3- مجلة القانون المقارن ، العدد الرابع والعشرون ، 1996م، ص 47-48.

4- مجلة القضاء ، العدد الرابع ، السنة الثالثة والعشرون ، تشرين الأول والثاني ، 1968م ، ص 99-100.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه معالجة الترخيص

الضرر المعنوي فقد كان يرفض المجلس التعويض عنه ، إلا أنه ومنذ عام 1961 اتجه إلى الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي⁽¹⁾.

حيث صدر حكم Letisserand ، وتتلخص وقائع القضية في أن سيارة حكومية دهمت دراجة فقتلتها راكبها وطفله الذي بين يديه ، رفع والد هذا الشخص دعوى للمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر معنوي نتيجة فقد ابنه وحفيده ، ولم يكن قد أصيب بأي ضرر مادي ، فقضى المجلس أن موت لوتيسيران لم يسبب ضرر مادياً لأبيه إلا أنه سبب ضرراً و الألم نفسية ، وبالتالي سبب ضرراً معنوياً يقدر بمبلغ ألف فرنك⁽²⁾.

أما في مصر فإن القضاء الإداري منذ نشأته يسير على مبدأ التعويض عن الأضرار المعنوية ، فمحكمة القضاء الإداري ذهبت في حكم لها إلى أنه " القرار الصادر بشأن أحد الأطباء واحتجازه بمستشفى الأمراض العقلية لمدة عشر سنوات بناء على تشخيص خاطئ قد أضر بالمدعى أضرار مادية وابدية جسيمة... وانتهت المحكمة إلى تعويضه بـ 500 جنيه"⁽³⁾.

من كل ما سبق ، ننتهي إلى سؤال مهم يطرح في هذا الصدد ، ما هو موقف التشريع والقضاء الإداري العراقيين من تعويض الضرر المعنوي الناجم عن منح رخصة الهاتف النقال؟

في الواقع لم نعثر على نصوص في الأمر (65) لسنة 2004 أو حكم صادر عن اللجان الإدارية في هيئة الأعلام والاتصالات (لجنة الاستئناف أو لجنة الطعن) تعالج مسألة الضرر المعنوي أو المادي وبالتالي يجب الاحتكام إلى القواعد العامة بهذا الموضوع ، وبما أن القانون والقضاء الإداري في العراق قد اقرروا بالتعويض عن الضرر بنوعيه وبالتالي بالأمكان المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناتج عن منح الرخصة.

1- د. سليمان محمد الطماوي ، مسؤولية الادارة عن اعمالها غير التعاقدية ، ط2، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1954 م ، ص 277 وما بعدها . وكذلك ينظر م. جنان عبد الرزاق فتاح ، الضرر المعنوي في احكام القضاء الاداري ، بحث منشور في مجلة كلية مدينة العلم الجامعة ، السنة 2016 م، المجلد الثامن ، العدد الأول ، ص 9-10 .
2- حكم لتسيران إخوان ، الصادر في 24/نوفمبر/1961م، مجموعة احكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي ، مصدر سابق، ص 738 .

3- حكم محكمة القضاء الاداري بتاريخ 22 يوليو 1956 م إشار إليه د. محمد ماهر ابو العنين ، التعويض عن أعمال السلطات العامة ، مطبعة كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص 376 .

الفرع الثاني

تعويضضرر القابل للتغير

للضرر المتغير وكيفية تعويضه أهمية خاصة بسبب تزايد احتمالات حدوث التغيير في الضرر سواء كان الضرر مالياً أم معنوياً أم جسدياً . ولو أن احتمالات التغيير أكثر في حالة الضرر الجسدي في نطاق موضوعنا ، ففي مجال الاصابات الجسدية يتعدد وقت وقوعها تحديد حالة المصاب بشكل نهائي ، فقد تتفاقم الاصابة إلى حد ينهي حياة المصاب ، وقد يحدث العكس⁽¹⁾.

إن الضرر الثابت في آثاره ونتائجـه فلا يكون عرضة للتغيير لا في قيمته ولا في مقداره؛ اذ من السهولة على القاضي تحديد مقدار التعويض المقابل للضرر كما لو ادى الضرر إلى موت المتضرر حالاً.

أما الضرر المتغير، فأـنـهـ ليسـ كذلكـ فهوـ: ذلكـ الـضرـرـ الذـيـ لاـ يـحـفـظـ بـذـاتـيـتهـ وـقـيمـتـهـ إـذـ يـكـونـ عـرـضـةـ لـلـزـيـادـةـ أوـ النـقـصـانـ بـعـدـ وـقـوـعـهـ ،ـ وبـذـلـكـ تـتـخـذـ فـكـرـةـ الـضـرـرـ المتـغـيرـ اـحـدـ صـورـتـيـنـ:

أولـهماـ:ـ انـ يتـغـيرـ الـضـرـرـ فـيـ ذـاتـهـ ،ـ بماـ يـؤـثـرـ فـيـ العـنـاصـرـ الـمـكـوـنةـ لـهـ ،ـ فـيـخـتـلـفـ قـدـرـهـ سـوـاءـ بـالـزـيـادـةـ أوـ النـقـصـانـ عـمـاـ كـانـ عـلـيـهـ وـقـتـ وـقـوـعـهـ ،ـ وـهـذـاـ هـوـ التـغـيرـ الذـاتـيـ لـلـضـرـرـ وـيـوـصـفـ بـأـنـهـ تـغـيرـ فـيـ مـقـدـارـ الـضـرـرـ.

ثـانيـهـماـ:ـ أـلاـ يـتـغـيرـ الـضـرـرـ ذـاتـهـ ،ـ فـيـظـلـ مـنـ حـيـثـ عـنـاصـرـ الـمـكـوـنةـ لـهـ كـمـاـ كـانـ حـيـنـ وـقـوـعـهـ دـوـنـ أـنـ يـتـفـاقـمـ أـوـ يـتـنـاـضـصـ ،ـ لـكـنـ التـغـيرـ يـطـرـأـ عـلـىـ قـيـمـتـهـ مـعـبـراـ عـنـهـ بـالـنـقـودـ ،ـ فـتـخـتـلـفـ قـيـمـتـهـ الـنـقـديةـ اـنـخـفـاضـاـ أـوـ اـرـتـقـاعـاـ عـمـاـ كـانـ عـلـيـهـ وـقـتـ وـقـوـعـهـ ،ـ بـسـبـبـ تـغـيرـ الـقـوـةـ الـشـرـائـيةـ لـلـنـقـودـ نـتـيـجـةـ لـظـرـوفـ اـقـصـادـيـةـ عـامـةـ⁽²⁾.

أما بـصـدـدـ شـروـطـ الـضـرـرـ المتـغـيرـ ،ـ فـهـيـ ذـاتـهـ شـروـطـ الـضـرـرـ الثـابـتـ،ـ أيـ أنهـ مـباـشـرـ ،ـ وـالـضـرـرـ المـباـشـرـ هوـ ذـالـكـ الـضـرـرـ الذـيـ يـكـونـ نـتـيـجـةـ طـبـيعـيـةـ لـلـفـعـلـ الضـارـ،ـ أيـ أنـ التـغـيرـ الـحاـصـلـ

1- د. سعدون العameri ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، منشورات مركز البحوث القانونية ، بغداد ، 1981م، ص207.

2- د. سعدون العameri ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، المصدر نفسه ، ص207.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه منح الترخيص

في الضرر يرتبط بالفعل المسبب له برابطه السببية أما إذا كان غير مباشر فلا تعويض عنه لأنفقاء الرابطة السببية⁽¹⁾ ، وإن يكون محققاً لا احتمالياً سواء كان الضرر المتحقق حال أم مستقبل أي يجب أن يكون التغير في الضرر قد تحقق فعلاً وليس مجرد احتمال ولا يسمح للمتضارر الادعاء بأن هناك احتمال تغير الضرر في المستقبل ، وأن يكون الضرر شخصياً ، وإن يكون الضرر قد أصاب حقاً أو مصلحة مشروعة للمتضارر، وكما أشرنا إليها سابقاً في ركن الضرر عند التحدث عن المسؤولية الإدارية⁽²⁾.

أما التغير في الضرر قد يحصل خلال الفترة المحصورة بين وقوع الفعل المؤدي ورفع الدعوى للمطالبة بالتعويض عنه ، أو خلال المدة المحصورة بين رفع الدعوى وصدور الحكم أو خلال المدة الممتدة بعد صدور الحكم لحين اكتسابه درجة البتات ، بل قد يحصل التغير بعد اكتساب الحكم درجة البتات⁽³⁾.

عليه قد يطرأ على الضرر تغيراً بالزيادة في ذاته في الفترة ما بين وقوع الفعل الضار وصدور الحكم كأن يصاب شخص بكسور نتيجة حادث وقع له بسبب سقوط أحد إبراج الهاتف النقال أو تعرضه للأشعة المؤينة مما أدى إلى اصابة بأحد الأمراض ، وحين طالب بالتعويض كانت الكسور أو المرض قد تطور بحيث أصبح أشد خطورة مما كان عليه ، وعند صدور الحكم كانت خطورة الكسور قد تحولت إلى عاهة مستديمة ، واصبح المرض مميتاً. في مثل هذه الحالة يجب على القاضي أن يراعي عدة اعتبارات عدده تحديد مقدار التعويض ، ومن أهم هذه الاعتبارات مسألة الوقت .

بصورة عامة إن الوقت الذي يجب مراعاته عند تحديد مقدار التعويض هو وقت وقوعه أي وقت تحمله وانسجاماً مع مبدأ التعويض الكامل للضرر ، وإذا كان هذا الكلام يصدق بالنسبة للضرر الثابت فهو لا يكون كذلك إذا كان الضرر متغير ذلك أن القاضي لابد أن يختار وقت

1- د. حسن حنتوش ، التعويض عن الضرر المتغير في المسؤولية التقصيرية ، مجلة جامعة كربلاء العلمية ، المجلد الخامس ، العدد الثاني ، 2007م ، ص 268.

2- ينظر: ص 61 و ما بعدها من الرسالة.

3- حسن حنتوش رشيد ، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون - جامعة بغداد ، 2004م، ص 11.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه منح الترخيص

معين من بين عدة أوقات ويستند إليه في تحديد مقدار التعويض، فهناك وقت وقوع الضرر ، وهنالك وقت رفع الدعوى ، وأيضاً ، وقت صدور الحكم فإذاً وقت يعتد⁽¹⁾.

انقسم الفقهاء بخصوص هذا الأمر إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : يذهب إلى أن حق المتضرر في التعويض يكون من اليوم الذي تنظر فيه الدعوى وصدر الحكم فيها أي أن الحكم بالتعويض يعد منشأً لمركز قانوني جديد لم يكن موجوداً في السابق⁽²⁾.

على هذا الاتجاه سارت محكمة النقض الفرنسية حيث حرصت على إزالة ما شاب قضاها من غموض وتردد في هذا الشأن ، حيث سجلت اعتناقها لقاعدة تقدير التعويض وقت صدور الحكم بعبارة صريحة قاطعة ، فقررت أنه "يتعين النظر إلى يوم صدور الحكم القضائي بتقدير التعويض عند إجراء هذا التقدير ، ذلك أن المتضرر حق التعويض الكامل عن الضرر الذي أصابه ، فالتعويض عن الضرر ينبغي أن يقدر على أساس قيمته يوم الحكم " ، وعلى هذا الاتجاه سارت محكمة النقض المصرية بقرارها الصادر عام 1947⁽³⁾.

الاتجاه الثاني: يذهب إلى أن حق المتضرر ينشأ من لحظة وقوع الضرر ، أي لحظة ارتكاب الفعل الضار ، وبذلك يكون الحكم بالتعويض كاشفاً وليس منشأ للحق في التعويض⁽⁴⁾، وقد سار على هذا الاتجاه القضاء العراقي ، فقد جاء في قرار محكمة التمييز"الأحكام التي تفصل في النزاع تعتبر مقررة للحق لا منشأة له"⁽⁵⁾.

1- د. حسن حنتوش رشيد ، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية ، اطروحة دكتوراه ، مصدر سابق ، ص120.

2- د. عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص183.

3- أصالة كيوان ، تعويض الضرر المتغير ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 27 ، العدد الثالث ، 2011م ، ص556-557.

4- د. عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد ، المصدر السابق ، ص183.

5- قرار محكمة التمييز 1000/ج/966 في 12/8/1966/ قضاء محكمة التمييز ، المجلد 4، ص68. إشار إليه حسن حنتوش ، التعويض عن الضرر المتغير في المسؤولية التقصيرية ، بحث مستقل من اطروحة دكتوراه منشور في مجلة جامعة كربلاء العلمية، مصدر سابق ، ص270.

نحن نذهب مع ما ذهب إليه القضاء العراقي ، لأن المتضرر يجب أن يحصل على التعويض الذي يتاسب مع الضرر الذي نشأ بالفعل الأول الذي سبب الضرر ، أي الفعل الضار الأول . من جانب آخر يجب التفرقة بين الحق في التعويض وبين الحق في تقدير التعويض، فالحق في التعويض ينشأ مجرد تحقّق أركان المسؤولية الإدارية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية ، أما الحق في تقدير التعويض ،فيكون من يوم الحكم ،أما إذا تغير الضرر من ساعة وفouue إلى يوم النظر في تقديره بحيث أصبح أشد أو أخف فالعبرة بيوم صدور الحكم.

من الاعتبارات الأخرى ، أن يكون التعويض معدلاً للضرر بحيث لا يكون مصدر للربح أو الخسارة ، وهذا الأمر يحصل عندما تراعي المحكمة الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، أي يترك لها حرية تحديد التعويض وهذا ما نصّ عليه القانون المدني العراقي "1- تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع"⁽¹⁾ ، وقد اكدت محكمة التمييز ذلك في قرار صادر لها جاء فيه "أن قيمة الاضرار مسألة وقائع تستقل بها محكمة الموضوع بما لها من سلطة تقديرية"⁽²⁾.

أما التغير الذي يرجع إلى عدم ثبوت أسعار النقد ، فهو لا يتعلق بالضرر بذاته ، وإنما يرجع إلى تغير اسعار النقد في الاسواق نتيجة الظروف الاقتصادية ، أو المالية التي تمر في البلد فهل يحق المتضرر الذي حصل على حكم بالتعويض مراجعة المحكمة لإعادة النظر في تقدير التعويض نتيجة تغير اسعار النقد؟.

إن الاجابة عن هذا السؤال المتقدم ستكون بالنفي ،حيث لا يحق المتضرر المطالبة مرة أخرى بإعادة النظر في قيمة التعويض لأن الضرر لم يزداد وإنما التغير اصاب أسعار النقد فالحكم الصادر من المحكمة قد أنهى النزاع⁽³⁾.

1- المادة (207) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م .

2- القرار رقم 381/استئناف / 1969 في 18/1970/النشرة القضائية /السنة الأولى / العدد الثاني ،ص131.
إشار إليه د. حسن حنتوش ،التعويض عن الضرر المتغير في المسؤولية التقصيرية ،طروحة دكتوراه ، مصدر سابق ،ص270.

3- د. حسن حنتوش ،التعويض عن الضرر المتغير في المسؤولية التقصيرية ، بحث مستدل من اطروحة دكتوراه ، مصدر سابق ،ص274 .

أما موقف القضاء العراقي فقد اقر فكرة التعويض المؤقت المتضرر ولا يكاد موقف القضاء العراقي يخرج عن موقف القضاء الفرنسي والمصري ،حيث تجيز محكمة التمييز الحكم للمدعي بما يطالب به من تعويض مع الاحتفاظ بحقه في المطالبة بما قد يظهر أو يستجد منه ولكنها قد لا تسمى هذا النوع من التعويض تعويضاً مؤقتاً⁽¹⁾.

نعتقد أن موقف القضاء العراقي مطابقاً لنص المادة (207) من القانون المدني حيث نصت "إذا لم يتيسر للمحكمة أن تحدد مقدار التعويض تحديداً كافياً فلها ان تحفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير"⁽²⁾.

في ضوء ما نقدم ، نرى أن مأزرق تغير أسعار النقد يمكن تلافيه عن طريق تعيين أيراداً مرتبًا مدى الحياة أو شهري أو سنوي للحفاظ على حق المتضرر وذلك عن طريق تطبيق نص المادة (209) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه "...ويفصل أن يكون التعويض أقساطاً أو أيراداً مرتبًا...".

1- د. حسن حنتوش ، التعويض عن الضرر المتغير في المسؤولية التقصيرية، بحث مستقل من اطروحة دكتوراه، مصدر سابق ، ص275.

2- يقابل هذه المادة نص المادة (170) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 .

المطلب الثاني

تبعات المسؤولية

إن من تبعات مسؤولية الإدارة ليس فقط الحكم عليها بالتعويض ، بل يجب إزالة مصدر الضرر واعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حصول الاضرار ووضع حد لهذه الاضرار ومنع تلوثها ، ويكون ذلك بإلزام الشركات باستخدام وسائل علمية حديثة.

من هنا يقتضي الأمر تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول إلزام الشركة بتغيير اسلوب استعمال الرخصة ، ونناول في الثاني إلزام الشركة بإزالة مصدر الضرر.

الفرع الأول

إلزام الشركة بتغيير اسلوب استعمال الرخصة

إن الشركة في استغلالها لمرفق الاتصالات تستعمل وسائل وادوات معينة يقابل ذلك أن المعرفة العلمية باتت في تطور مستمر والاكتشافات التقنية تتواли يومياً فهل يمكن للإدارة أن تطلب من الشركة الركون إلى تلك التقنيات الأكثر حداة مع البيئة والاقل خطراً على حياة الإنسان؟ وهل يمكن للأفراد ان يطلبوا ذلك من الشركة أو الإدارة وهل يحق لهم أن يطلبوا ذلك من القاضي ليلزم الإدارة بالتدخل لصالحهم لدى الشركة ؟

إن الإدارة بأمكانها اجبار الشركة على تغيير اسلوب استعمال الرخصة وسند الإدارة في ذلك هو مبدأ مسيرة المرافق العامة للمقتضيات المستجدة ، حيث تقوم السلطة الإدارية بتنظيم وإدارة المرافق العامة بالوسيلة التي تراها كفيلة لأنظام سيرها بما يؤمن تحقيق المصلحة العامة ، ولها كذلك سلطة وضع الأنظمة والقرارات اللازمة لذلك ، وإذا كانت المصلحة تتتطور بتطور الزمن كان لابد للمرافق العامة مواكبة مقتضيات هذا التطور لكي تستطيع تقديم الخدمات التي أنشأت من أجلها على اكمل وجه⁽¹⁾، وبالتالي يتربى على ذلك وجوب أن تكون طريقة إدارة المرافق مستجيبة للتطورات التقنية ، والاعتراف للإدارة بتعديل نظام إدارة المرافق الذي وضع في ظروف معينة لكي يكون أكثر استجابة لمتطلبات الوضع الحالي .

كذلك أن سند الإدارة في اجبار الشركة على تغيير اسلوب استعمال الرخصة ، يجد اساسه في مبدأ انتظام سير المرفق العام ، حيث تتمتع الإدارة في العقود الإدارية بامتيازات لا

1- د. علي محمد بدبر وآخرون ، مبادئ واحكام القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص260.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه منح الترخيص

مثيل لها في عقود القانون الخاص ضماناً لاستمرار سير المرفق العام بشكل مثالي⁽¹⁾. كما أن الإدارة اعطيت وسيلة مهمة لتحقيق نشاطها وانجاز مهماتها ، وهي أمكانية إصدار قرارات إدارية بإرادتها المنفردة تغير المراكز والأوضاع القانونية ، والغاية من هذه الميزة هي ضمان سير المرفق العام بانتظام وحماية النظام العام⁽²⁾.

أما بخصوص طلب الأفراد من شركات الهاتف ، أو الإدارة بالتدخل لصالحهم ، فإن الأفراد المنتفعون من هذه الشركات يرتبطون معها برابطة عقدية والطبيعي أن مطلب هؤلاء الأفراد هو أن تتحترم الشركات تلك الشروط سواء أكانت واردة في عقد الامتياز أم العقد المبرم بين الأفراد والشركات ، إلا أن الأفراد لا يملكون حقاً في مواجهة الشركات بل بأمكانهم في حالة أمتياز الإدارة عن التدخل لصالحهم الالتجاء إلى القضاء الإداري على اعتبار أن قرار رفض التدخل هو قرار سلبي .

من جانب آخر ان السلطة الإدارية تستطيع تعديل القرار الإداري التنظيمي⁽³⁾ في أي وقت مدام لم يرتب حقوقاً مكتسبة للأفراد، وكذلك ان القواعد التي ينظمها القرار التنظيمي لا يتصور أن تكون مؤبدة بل تحكمها مقتضيات المصلحة العامة ، مما يستوجب تطويرها بتدخل الإدارة⁽⁴⁾، وهذا ما استقرت عليه القاعدة في فرنسا ومصر⁽⁵⁾، وكذلك في العراق⁽⁶⁾.

1- د ماهر صالح علاوي ، الوسيط في القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص197.

2- د. ماهر صالح علاوي، الوسيط في القانون الإداري ، المصدر السابق نفسه ، ص198.

3- القرار التنظيمي وهو تلك القواعد التي تتضمن قواعد عامة ملزمة تطبق على عدد غير محدد من الأفراد ، ولا يهم في ذلك عدد الذين تطبق عليهم ، د. سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، مصدر سابق ، ص465.

4- د. سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية ، مطبعة اطلس ، منشأة المعارف ، القاهرة ، 1982م، ص15 وما بعدها. ينظر كذلك فارس عبد الرحيم حاتم ، حدود رقابة القضاء الإداري على القرارات التي لها قوة القانون ، رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة بابل ، 2003م، ص22 وما بعدها.

5- د. سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المصدر السابق ، ص664.

6- محمد يعقوب العبيدي، مبادئ القانون الإداري ، ج1، مطبعة الامراء، بلا سنة نشر، بغداد ، ص9.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه منع الترخيص

غير أنه يجب تعديل هذه القرارات بإجراء عام أي بقرار تنظيمي مماثل فلا يجوز الخروج عن القرار التنظيمي بقرار إداري فردي إلا إذا كان القرار التنظيمي يحizin ذلك ، ويشترط احترام الشروط المقررة في حالة الاستثناء⁽¹⁾.

وبما أن تعليمات الوقاية من الأشعة غير المؤينة الصادرة من منظمات الهاتف النقال رقم (1) لسنة 2010م بوصفها قرار تنظيمي وبالتالي للأفراد ان يطلبوا من الإدارة تعديلاها أو استبدالها ، بحيث تتغير وسيلة استخدام الشركة للرخصة لأن تقوم بنقل جميع الإبراج خارج المدينة مثلاً حتى لو تم تغيير طريقة الاستعمال . كما يمكن للأفراد المطالبة بسحب الإبراج من حول المدارس ورياضة الأطفال والمستشفيات⁽²⁾.

من جهة أخرى نصّ الدستور العراقي النافذ لسنة 2005 على أنه "تختص المحكمة الاتحادية بما يأتي :أولاً-الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة"⁽³⁾، يتبيّن من هذا النص أن حق المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على مدى موافقة الأنظمة النافذة للدستور ، ولم يحدد دستور معين من الدساتير العراقية بالذات بل جميع الدساتير المتعاقبة ، كما ان نص الفقرة شامل لجميع الأنظمة النافذة بغض النظر عن الجهة التنفيذية التي أصدرتها وتاريخ صدورها ، سواء لاحقاً أم سابقاً لهذا الدستور ، بل يشترط فقط أنها نافذة⁽⁴⁾ ، على هذا الأساس يجوز الطعن بالأمر (65) لسنة 2004 الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة⁽⁵⁾ ، وكذلك الطعن بتعليمات الأشعة الرسمية أو مدع ذي مصلحة⁽⁶⁾.

1- د. سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مصدر سابق، ص615.

2- ينظر المادة (3) من تعليمات الوقاية من الأشعة غير المؤينة الصادرة من منظمات الهاتف النقال رقم (1) لسنة 2010م.

3- الفقرة أولاً من المادة (93) من دستور 2005 العراقي .

4- د. احمد خورشيد حميدي ، سنيم صالح محمد ، رقابة محكمة القضاء الإداري والمحكمة الاتحادية العليا على القرار الإداري التنظيمي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ،المجلد 3، العدد 11، 2014، ص588.

5- الفقرة (ب) المادة (62) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لعام 2004 والمادة (102) من دستور 2005.

6- المادة (4 الفقرة 2) من قانون المحكمة الاتحادية رقم (30) لسنة 2005.

الفصل الثالث آثار تحقق المسئولية الإدارية وضمانات الغير تجاه معالجة الترخيص

من جانب آخر الإنسان كما هو معلوم بحاجة إلى بيت يسكن فيه وحدائق يتزه فيها وبالتالي إقامة المنشآت المضرة بالبيئة يجب أن يكون مدروس بشكل يؤمن الحماية للمواطنين بل و تنتهي هذه الدراسة إلى إخضاعها لقواعد تنظيمية تحدد الطابع العمراني للمدينة⁽¹⁾.

وتکاد تجمع التشريعات الخاصة بالخطيط العمراني على ضرورة وضع قواعد ونظم لخطيط المناطق وخاصةً المناطق السكنية فيجب أن يراعى في هذه القواعد حماية البيئة، فمن ناحية أولى يجب عند اختيار موقع المناطق السكنية وضع قواعد تكفل بعدها عن المناطق الصناعية، وكذلك بعدها عن الأراضي الزراعية، وذلك حتى لا يؤدي الزحف العمراني على الأراضي الزراعية إلى القضاء عليها ونشوء ظاهرة التصحر⁽²⁾.

اذن فالخطيط العمراني هو أحد الوسائل ، أو الادوات التي تستطيع الإدارة القائمة على الخطيط من خلاله السيطرة على مصادر الاضرار التي تسببها ابراج الهاتف النقال، وبما اننا في عصر التكنولوجيا التي افرزت وسوف تفرز الكثير من المخاطر البيئية ، لذلك بات لزاماً على الإدراة المختصة بأمور التخطيط وضع افضل سياسة تخطيطية للقضاء على هذه المخاطر والحفاظ على صحة المواطنين والا قامت مسؤوليتها الإدارية⁽³⁾.

من الجدير بالذكر إنّ المشرع العراقي قد وزع القواعد الخاصة بخطيط المدن في قانون البلديات رقم (165) لسنة 1964 ، وقانون الطرق العامة (35) لسنة 2002⁽⁴⁾، وبكل تأكيد يعتبر

1- ندى صالح هادي الجبوري، الجرائم الماسة بالسكنية العامة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بغداد، 2006، ص79 وما بعدها. وكذلك ينظر علي عبد الرضا عبيد الصاحي، مسؤولية الإدارة عن التلوث البيئي في التشريع العراقي / دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة البصرة ، 2013م، ص48.

2- د. عيد محمد مناحي المنوخ العازمي، الحماية الإدارية للبيئة- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م، ص305.

3- وقد إشار الى هذا الامر قانون حماية وتحسين البيئة رقم (27) لسنة 2009م حيث نصّ في المادة (8) على أنه " تتولى الجهات التخطيطية في الدولة بالعمل على ادخال اعتبارات حماية البيئة ومكافحة التلوث...في خطط المشروعات التنموية".

4- نصّت المادة (8/ عاشرًا) من قانون الطرق العامة رقم (35) لسنة 20002 م على أنه " لا يجوز اقامة أية ابنيّة أو منشآت أو محدثات ينتج من استعمالها خطر أو ازعاج أو تأثير على بيئة الطريق ومستخدميه بسبب ما ينبع منها من ادخنه أو ابخرة أو غازات أو أثره أو روائح مضرة أو ما يماثل ذلك إلاّ في المواقع التي تبعد (500) خمسة متر عن محرم الحدود طرق المرور السريع والطرق الرئيسية ...".

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه مخالفة الترخيص

هذا التشدد بالقواعد من الاسباب الرئيسية في انتشار المخاطر البيئية ، ومن هنا ندعو المشرع العراقي إلى إصدار قانون موحد بالخطيط العمراني⁽¹⁾.

قد نصّ قانون ادارة البلديات المدينة على أنه "يقوم المجلس(المجلس البلدي) بوصفه ذي صلاحية تقرير ومراقبة الوظائف التالية: 1- تحضير تصميم اساسي لمنطقة البلدية يتضمن بوجه عام ما يلي مراعيًّا في ذلك سعة منطقة البلدية وحاجاتها... ب- تقسيم المدينة إلى قطاعات سكنية تتواجد فيها مناطق عمرانية وصناعية وتجارية... 2- تهيئة تصميم مفصل لكل قطاع يقع ضمن التصميم الاساسي يتناول كلاً أو بعضًا مما يلي: أ- تقسيم القطاع إلى مناطق عمرانية وسكنية وصناعية وتجارية "(2)، وكذلك نصّ على أنه "يجوز للمجلس تعديل التصميم الاساسي والتفصيلي عند الضرورة..."⁽³⁾.

نستشفِ من النصوص أعلاه أن قانون إدارة البلديات قسم المدينة إلى قطاعات سكنية تتواجد فيها مناطق سكنية وصناعية وتجارية وكذلك قسم القطاع إلى مناطق سكنية وصناعية وتجارية وبما أن عمل الابراج يعد من النشاطات التجارية والصناعية ، وبالتالي بأمكان الأفراد مطالبة الإدارة إلزام الشركة بوضع الابراج في المناطق التجارية والصناعية داخل المدن وببعادها عن المناطق السكنية⁽⁴⁾.

1- ومن الدول التي أصدرت قانوناً خاصاً بالخطيط العمراني هي مصر القانون رقم (3) لسنة 1982 م وكذلكالأردن قانون تنظيم المدن والقرى والابنية رقم (79) لعام 1966 وأيضاً، قطر القانون رقم (4) لسنة 1985 م بشأن تنظيم المباني.

2- المادة (43) من قانون ادارة البلديات رقم (165) لسنة 1964م.

3- المادة (45) من قانون ادارة البلديات رقم (165) لسنة 1964م.

4- كذلك نفس الامر في الولايات المتحدة الامريكية حيث صفت التشريعات العمرانية الحديثة في نيويورك استعمالات الاراضي الى ثلاثة انواع سكنية وتجارية وصناعية ، وكل نوع من هذه الاستعمالات يحتوي على جوانب اكثر تحديداً مثل "نوعية المباني ، وارتفاعاتها" ، وبالتالي اعتبرت الولايات المتحدة التشريعات العمرانية احد الوسائل المهمة في الحفاظ على البيئة ، هديل موقف محمود ، اثر القوانين والتشريعات العمرانية في ادارة الاراضي وتنظيم المدن مدينة بغداد – حالة ، بحث منشور في المجلة العراقية ل الهندسة العمارة ، المجلد التاسع والعشرون ، العدد الثالث والرابع ، 2014م، ص51 .

الفرع الثاني

إلزام الشركة بإزالة مصدر الضرر

من أجل إعادة الحال إلى صورته السابقة قبل حصول التلوث الذي سبب ضرراً للبيئة، يجب إزالة مصدر الضرر الذي أدى إلى أصابة الأفراد والبيئة ، ووضع حد لمصدر هذا التلوث الذي سبب ضرراً، ومنع تفاقم هذا الضرر وعدم تكراره في المستقبل، وهذه الوسيلة تعد من وجهة نظرنا أفضل إذا كان الحكم بها ممكناً ، لأن هذا الطريقة تؤدي إلى إزالة مصدر الضرر تماماً.

فكرة إلزام الشركة بإزالة مصدر الأضرار التي سببها التلوث، لم يغفل الأمر (65) لسنة 2004 وتعليمات الوقاية من الاشعة غير المؤينة رقم (1) لسنة 2010 من الاشارة إليها ، حيث نصّ الأمر (65) على أنه " يجوز للمفوضية تطبيق وفرض العقوبات المناسبة والمتاسبة المذكورة أدناه بغية تأمين الأنصياع لشروط الترخيص... (ومن هذه العقوبات) ج- طلب تخفيف الضرر الذي تعرض له المستهلك أو إصلاح الضرر الذي لحق به."⁽¹⁾، وبالتالي النصّ أعلاه اشار بشكل واضح إلى أنه يمكن لهيئة الأعلام والاتصالات إلزام شركات الهاتف النقال بتخفيف أو اصلاح الاضرار التي قد تلحق بالأفراد⁽²⁾.

من جهة أخرى اشترطت تعليمات الاشعة غير المؤينة عدة شروط لنصب منظومة الهاتف النقال ، ومنها المسافات بين الإبراج والارتفاع ، وعدم تنصيب الإبراج في المدن السكنية والمستشفيات والمدارس⁽³⁾، وفي حالة مخالفة التعليمات منح قانون حماية وتحسين البيئة الوزير أو من يخوله من لا تقل درجته عن مدير عام فرض غرامة لا تقل عن مليون دينار ولا تزيد على عشرة ملايين دينار تكرر شهرياً حتى إزالة المخالفة⁽⁴⁾.

1- (القسم 9/المادة 1/ج) من الامر (65) لسنة 2004.

2- النصّ أعلاه قد جاء ركيكاً إلى حدّ ما لعدة أسباب ، ومنها عبارة تخفيف الضرر فماذا تعني هذه العبارة ؟ فالضرر يبقى ضرر حتى تتم إزالته نهائياً ، ومن الأسباب الأخرى إن النصّ قد إشار إلى تخفيف الاضرار عن المستهلك الذي يتمتع بخدمات الاتصالات لكن ماذا عن الأفراد الذين لا يستعملون هذه الخدمات وتصиبيهم الاضرار ؟

3- المادة (3) من تعليمات الوقاية من الاشعة غير المؤينة رقم(1) لسنة 2010 .

4- المادة (33 أولاً وثانياً) من قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم(27) لسنة 2009م.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه منع الترخيص

أما المشرع المصري فقد نص في قانون الاتصالات على أنه "يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا يلتزم بالضوابط والمعايير الخاصة بالسلامة الصحية والبيئية... وتحكم المحكمة فضلاً عن ذلك بإزالة أسباب المخالفة وتتم الإزالة بمعرفة المخالف في المدة التي تحددها الجهة الإدارية ... وفي جميع الأحوال يتم إزالة على نفقة المخالف"⁽¹⁾.

يتضح من النص أعلاه أن المشرع المصري جعل إزالة الضرر من قبل الإدارة يكون تبعاً لحكم يصدر عن المحكمة الجنائية ، وبما ان احكام المحكمة قد تأخذ وقتاً طويلاً بسبب ان الحكم القضائي يمر بإجراءات طويلة مما يؤدي إلى تضرر الافراد وتفاقم الضرر ، عليه نرى أن المشرع العراقي حسناً فعل عندما جعل إزالة الضرر يتم من قبل الجهات الإدارية دون المرور بالقضاء .

أما قوانين البيئة فقد نصت أغلبها على وجوب الإسراع في اتخاذ ما يلزم من الإجراءات الكفيلة بوقف الأفعال الملوثة التي تسبب ضرراً للبيئة، وإلزام الملوث بوقف هذه الأفعال واستخدام الوسائل العلمية والتقنية التي تحد من التلوث والسيطرة عليه.

من هذه القوانين قانون حماية وتحسين البيئة العراقي الذي نص على أنه "يهدف هذا القانون إلى حماية وتحسين البيئة من خلال إزالة ومعالجة الضرر الموجود فيها والذي يطرأ عليها.." ⁽²⁾.

1- المادة (83) من قانون الاتصالات المصري رقم (10) لسنة 2003. كذلك نص المشرع القطري في المادة (8) من قانون الوقاية من الاشعاع رقم (31) لسنة 2002 "يجب على المرخص له...1- مراعاة الاحتياطات الازمة لضمان سلامة الافراد والعاملين بالإشعاع وحماية البيئة من المخاطر الناتجة عنه...2- وضع خطة تفصيلية وقواعد داخلية للوقاية من الاشعاع لتلافي وقوع حوادث والاضرار ومواجهة ما قد يقع منها...3- توفير جميع المعدات الفنية الازمة للصد الاشعاعي...4- توفير الخدمات الفنية والصحية اللازمة لحماية العاملين والجمهور" ونص في المادة (10) من نفس القانون " مع عدم الالخلل بأى عقوبة أشد ينص عليها القانون العقوبات أو أى قوانين اخرى يعاقب بالحبس ... وبغرامة ... كل من يخالف حكم المادة (8) ، من ذلك يتبيّن ان المشرع القطري قد أوجب على المرخص لهم ضرورة توخي المعايير الصحية المعتمدة عالمياً فرض عقوبات على المسبيّن للضرر وهذا الامر يكون تبعاً لحكم يصدر من المحكمة وبالتالي لم يعطي المشرع القطري للجهات الإدارية الحق بإزالة الاضرار.

2- المادة (1) من قانون حماية وتحسين البيئة رقم (27) لسنة 2009م.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه معالجة الترخيص

ذلك نصّ القانون ذاته على أنه: "يُعد مسؤولاً كل من سبب بفعله الشخصي ، أو أهمله، أو تقديره ، أو ب فعل من هم تحت رعايته ، أو رقابته أو سيطرته من الأشخاص ، أو الأتباع ، أو مخالفته القوانين والأنظمة والتعليمات ضرراً بالبيئة ويلزم بالتعويض وإزالة الضرر خلال مدة مناسبة وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر وذلك بوسائله الخاصة وضمن المدة المحددة من الوزارة وبالشروط الموضوعة منها. ثانياً: في حالة أهمله ، أو تقديره ، أو أمتاعه عن القيام بما هو منصوص عليه في البند (أولاً) من هذه المادة فللوزارة بعد إخطاره اتخاذ التدابير والإجراءات الكفيلة بإزالة الضرر والعودة على المسبب بجميع ما تكبدته لهذا الغرض مضافاً إليه النفقات الإدارية مع الأخذ بنظر الاعتبار المعايير الآتية : أ- درجة خطورة الملوثة بأنواعها بـ- تأثير التلوث على البيئة آلياً ومستقبلياً."⁽¹⁾.

ذلك نصّ على أنه "أولاً: للوزير أو من يخوله إنذار أية منشأة أو معمل أو أي جهة أو أي مصدر ملوث للبيئة لإزالة العامل المؤثر خلال (10) عشرة أيام من تاريخ التبليغ بالإنذار وفي حالة عدم الامتثال فللوزير أيقاف العمل أو الغلق المؤقت مدة لا تزيد على (30) ثلاثين يوماً قابلة للتمديد حتى أزاله المخالفة"⁽²⁾.

يتضح من النصّ أعلاه أن القانون اعتبر الخطأ مفترض و المسؤولية متحققة بمجرد وقوع الضرر سواء كان ذلك سبب بفعله الشخصي أم أهمله أم تقديره أم ب فعل من هم تحت رعايته أو رقابته أو سيطرته من الأشخاص أو الأتباع أو مخالفته القوانين والأنظمة والتعليمات ضرراً بالبيئة، والزم بشكل واضح وصريح شركات الهاتف النقال بإزالة مصدر الضرر والتعويض خلال مدة مناسبة وإعادة الحال إلى ما كان عليه ، ولما كان مصدر الضرر الذي تسببه تلك الشركات ناتج عن الاشعة غير المؤينة التي تصدر عن الإبراج التي تنصب في الاحياء السكنية ولما كانت تعليمات الوقاية من الاشعة غير المؤينة تمنع نصب الإبراج داخل الاحياء السكنية ، وبالتالي هذا الأمر يعتبر مخالفه صريحة لحكم المادة أعلاه عليه ان الشركات ملزمة بإزالة مصدر الضرر وهي الإبراج من الاحياء السكنية وتعويض المتضررين، أي نقل تلك الإبراج خارج المدن المليئة بالسكان وتركيبها في المدن الصناعية ، أو إلزام هذه الشركات باستخدام وسائل تكفل وقف الضرر البيئي، كإلزامها باستخدام أجهزة حديثة تمنع انبعاث الاشعة الضارة من الإبراج.

1- نص الفقرة (أولاً) من المادة (32) من قانون حماية وتحسين البيئة رقم (27) لسنة 2009م.

2- نص الفقرة (أولاً) من المادة (33) من قانون حماية وتحسين البيئة رقم (27) لسنة 2009م.

الفصل الثالث آثار تحقق المسئولية الإدارية وضمانات الغير تجاه معالجة الترخيص

ذلك أشارت النصوص أعلاه إلى إمكانية إزالة الأضرار من قبل وزارة البيئة دون المرور بـ هيئة الأعلام والاتصالات ، وبالتالي للأفراد مراجعة وزارة البيئة لإزالة الضرر دون المرور بالهيئة ، وفي حالة عدم قيامها بإزالة مصادر التلوث أو الأضرار فأنها قد اخلت بواجباتها مما يؤدي إلى اثارت مسؤوليتها الإدارية .

ذلك ما نصّ عليه قانون وزارة البيئة على أنه "تهدف الوزارة إلى حماية وتحسين البيئة للحفاظ على الصحة العامة والموارد الطبيعية والتنوع الاحياني والترااث الثقافي والطبيعي بما يضمن التنمية المستدامة وتحقيق التعاون الدولي والاقليمي في هذا المجال"⁽¹⁾، وأيضاً ، ما نصّ عليه قانون وزارة الصحة نصّ عليه على أنه " تقوم الوزارة تحقيقاً لأهدافها بما يلي:...رابعاً- حماية وتحسين البيئة وتطويرها ، والحفاظ على مقوماتها والعمل على منع التلوث ."⁽²⁾، ولا شك أن حماية وتحسين البيئة لا يتمّ إلى عن طريق إزالة مصدر هذه الأضرار التي تسبب تلوث البيئة بالإشعاعات.

ذلك من القوانين التي نصّت على هذا الإجراء قانون مكافحة التلوث الفرنسي رقم (842) لسنة 1961 بشأن مكافحة التلوث الهوائي وذلك بعرض الحد من التلوث الناتج عن الغازات والأدخنة وما من شأنه أن يضايق الناس أو يعرض الصحة والسلامة للخطر⁽³⁾.

من القوانين التي نصّت على هذا الإجراء ، نذكر منها قانون حماية البيئة اللبناني لعام 2002 ، الذي أوجب على الملوث باتخاذ كل ما يلزم من إجراءات والتدابير التي تؤدي إلى إزالة الأضرار التي سببها فعل الملوث⁽⁴⁾، وكذلك قانون حماية البيئة الأردني رقم (1) لعام 2003 الذي سار في ذات الاتجاه وألزم كل من يرتكب فعلًا ملوثًا بإزالة الآثار التي تترتب على هذا الفعل ، وفي حالة عدم القيام بما هو مطلوب منه خلال المدة المحددة من قبل المحكمة ، فتقوم

1- المادة(3) من قانون وزارة البيئة رقم (37) لسنة 2008 م .

2- المادة (2) من قانون وزارة الصحة رقم (10) لسنة 1983م.

3- علي عدنان الفيل ، المنهجية التشريعية في حماية البيئة ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2012م،ص120.

4- تنص المادة (52) من قانون حماية البيئة اللبناني رقم (444) لسنة 2002 م على: "أن المسؤولين عن أي ضرر يطال البيئة، بسبب أعمال منجزة من دون تصريح، أو بصورة مخالفة للأحكام القانونية والتنظيمية النافذة، ولاسيما تلك المتعلقة بدراسات الفحص البيئي المبدئي، أو تقييم الأثر البيئي، ملزمون باتخاذ كل التدابير التي تؤدي إلى إزالة الضرر على نفقتهم الخاصة".

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه مخالفة الترخيص

الوزارة بإزالة هذه الأضرار والرجوع إلى الملوث بما تكبدهة عملية الإزالة من نفقات مضافةً إلى هذه النفقات 25% من كلفة الإزالة بدل نفقات إدارية⁽¹⁾.

وتطبق نصوص قوانين البيئة في مجال الاشعة غير المؤينة عند عدم مراعاة شروط الأمان والوقاية المطلوبة في قوانين حماية البيئة وكذلك التعليمات الصادرة طبقاً لهذه القوانين وكذلك تظهر تطبيقات تلوث البيئة في مجال الاشعة غير المؤينة عندما تكون هذه الاشعة أعلى من المستويات المطلوبة قانوناً وصحياً وفنياً⁽²⁾، كما أن التلوث يحصل عند ضعف الشبكة اذ تؤكد الدراسات أن تردي شبكة الهاتف وتنبذبها تؤدي ،أيضاً ،إلى تلوث الهواء وحدوث أضرار في الإنسان والبيئة⁽³⁾.

بعد أن تطرقنا إلى صلاحية الهيئة ووزارة البيئة والمحاكم الجنائية في إزالة مصدر الضرر ، يبقى سؤال مفصلي إلاّ وهو هل يمكن الركون إلى القضاء الإداري في إزالة مصدر الضرر؟.

نصّ قانون مجلس شورى الدولة على أنه " تبت المحكمة في الطعن المقدم إليها ، ولها أن تقرر رد الطعن ، أو إلغاء ، أو تعديل الأمر ، أو القرار المطعون به ..." ⁽⁴⁾، وهذا يعني ان صلاحية المحكمة تكمن في إلغاء القرار الإداري ، أو تعديله ، أو ردّ الطعن ولم يشر النص إلى أمكانية القضاء الإداري اصدار أوامر إلى الإدارة.

1- تنص الفقرة (ب) من المادة (9) من قانون حماية البيئة الأردني لعام 2003 م على أنه (يلتزم من يرتكب أيّاً من المخالفات المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة، بإزالتها خلال المدة التي تحددها المحكمة، وفي حال تخلفه عن ذلك تتولى الوزارة أو تفوض إزالتها على نفقة المخالف).

2- نصت المادة (15) من قانون حماية وتحسين البيئة العراقي على أنه "يمنع ممارسة النشاطات الباعثة للأشعة غير المؤينة والمنبعثة من محطات البث الرئيسية والأبراج والهواتف الخاصة وغيرها إلا في نطاق التعليمات والضوابط التي تصدرها الوزارة لهذا الغرض" ،وكذلك نصت المادة (36) من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة المصري رقم (4) لسنة 1994 م على أنه "لتلزم المنشآت الخاضعة لأحكام هذا القانون في ممارستها لا نشطتها بعدم انبعاث أو تسرب ملوثات الهواء بما يجاوز الحدود القصوى المسموح بها في القوانين والقرارات السارية ... أو أي تغير في خصائص ومواصفات الهواء الطبيعي يتترتب عليه خطر على صحة الإنسان والبيئة".

3- د. فاطمة القدسي ، ود. ريم محمد الطويرقي ، تأثيرات أ炳ارات الجوال على صحة الإنسان ، بحث منتشر على الموقع www.nawiseh.com تاريخ زيارة الموقع 21/10/2016.

4-المادة (7/ثاماً/أ) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل.

الفصل الثالث آثار تحقق المسئولية الإدارية وضمانات الغير تجاه منح الترخيص

إلا أن القضاء الإداري العراقي لم يلتزم بما أورده القانون ، فعند مطالعة عدد من أحكامه نجد أنه قد أصدر أوامر للإدارة ، ومن هذه الأحكام الذي جاء فيه " قررت محكمة القضاء الإداري المؤرخ بتاريخ 29/4/2013... الزام المدعى عليه الموافقة على انشاء المخبز ..."⁽¹⁾.

بالتالي للأفراد مطالبة هيئة الأعلام والاتصالات التدخل واجبار الشركة بإزالة مصدر الضرر وعدم تدخلها يعتبر قرار إداري سلبي يمكن للأفراد اللجوء للقضاء الإداري للإلغائه واجبار الهيئة على التدخل وإزالة مصدر الضرر.

1- حكم محكمة القضاء الإداري 524/قضاء اداري/2011 الصادر في 29/4/2013 م ، غير منشور. وكذلك الزم القضاء الإداري المصري الإدراة في حكم حيث بتشكيل فريق طبي لمعالجة الأطفال المرضى بالشلل الدماغي بأحدث الطرق الحديثة واستبدالها بالتقليدية
ينظر الموقع التالي <https://m.youtube.com/watch?&hwdrksjbdr8>. تاريخ زيارة الموقع 2016/10/21 م.

المبحث الثاني

ضمانات الغير تجاه منح الترخيص

لقد أشار الدستور العراقي لعام 2005 النافذ إلى حق الإنسان بالصحة والعيش في بيئة نظيفة⁽¹⁾، وبكل تأكيد ان النظام القانوني السليم هو الذي لا يكتفي بالاعتراف بحقوق الإنسان بل الذي يضمن احترامها عن طريق وضع ضمانات للمواطن.

تختلف هذه ضمانات في مواجهة السلطة الإدارية باختلاف الجهة التي تباشر تلك الضمانات وعليه قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين ، نتناول في المطلب الأول الضمانات غير القضائية ونناول في المطلب الثاني الضمانات القضائية بإعتبارها أهم الضمانات الداخلية.

المطلب الأول

الضمانات غير القضائية

إن الرقابة على اعمال الإدراة أمر ضروري لضمان احترام الإدراة لمبدأ المشروعية فتستقيم تبعاً لذلك الأوضاع القانونية في الدولة وتسير علاقة الإدراة بالأفراد على نحو سليم ونلاحظ عند استعراض الأوضاع المقررة في الأنظمة القانونية المختلفة ان الرقابة على اعمال الإدراة تختلف بحسب التنظيم القانوني والسياسي في الدولة فقد تتركز في جهة واحدة يحددها القانون وقد تتعدد الجهات التي يكون من حقها قانوناً ممارسة الرقابة على اعمال الإدراة .

لذا سنناول في هذا المطلب الضمانات غير القضائية و التي تقسم إلى :

الفرع الأول: الضمانات السياسية

الفرع الثاني : الضمانات الإدارية

1- نصت المادة (31) من دستور 2005 م النافذ على أنه "أولاً: لكل عراقي الحق في الرعاية الصحية ، وتعنى الدولة بالصحة العامة وتケف وسائل الوقاية والعلاج إنشاء مختلف أنواع المستشفيات والمؤسسات ". وكذلك نصت المادة (33) على أنه "أولاً: لكل فرد حق العيش في ظروف بيئية سليمة".

الفرع الأول

الضمانات السياسية

يقصد بالضمانات السياسية هي الرقابة التي يتولاها افراد الشعب من خلال ممثليه في البرلمان ، أو من خلال الرأي العام الذي تقوم به الاحزاب السياسية والمنظمات الشعبية ووسائل الأعلام⁽¹⁾.

بالتالي تتخذ الرقابة السياسية صوراً متعددة فقد تتم عن طريق افراد الشعب وتسمى بالرقابة الشعبية ، وقد تتم عن طريق الرقابة البرلمانية والصور الاخرى سنتولى دراستها ، وكالاتي:

أولاً: الرقابة الشعبية

يقصد بالرقابة الشعبية ، الرقابة التي يباشرها المواطنين على أجهزة الإدراة ومرافقها المختلفة بوساطة تعاملهم معها واتصالهم بها ، أو عن طريق مباشرتهم لحقوقهم السياسية في اختيار كوادرها وأعضائها أو تقويم أعمالها ، أو عن طريق التنظيمات السياسية والنقابية التي ينتمون إليها كالاحزاب السياسية وجماعات المصالح ، والنقابات والاتحادات ونحوها والتي تشكل الرأي العام في الدولة⁽²⁾.

تمثل الرقابة الشعبية رقابة وقائية لأن القرار الإداري غير المشروع والمتضمن انتهاك حقوق الافراد بيقى قائمًا دون إلغاء اذ يصعب توقيع الجزاء المباشر على جهة الإدراة ويمكن القول ان الرقابة الشعبية هي بمثابة تعبرir إرادى عن وجهة نظر الجماعة⁽³⁾.

أهم الجهات التي تتولى رقابة الرأي العام ، هي الاحزاب السياسية إلى جانب الصحافة ووسائل الاعلام لأنها هي التي تشكل الرأي العام .

1- د. وسام صبار العاني ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص72.

2- المستشار محمد عبد الله الفلاح ، الرقابة الإدارية كأداة للرقابة الشعبية، مجلة كتاب الشعب، المنشاة العامة للتوزيع والنشر ، طرابلس ، العدد 87، مارس 1985م، ص58. ينظر كذلك د. وسام صبار العاني ، القضاء الإداري ، مصدر سابق، ص73-72.

3- د. رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1970م، ص298.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه معالجة الترخيص

قد تمارس الرقابة الشعبية عن طريق التظاهرات السلمية التي كفلها الدستور للمواطنين والتي يعبر من خلالها المتظاهرين عن احتجاجهم من سوء الخدمات التي تقدمها شركات الاتصال ، أو رفضهم لوجود المعدات الازمة للاتصال كالابراج في مناطقهم السكنية مما يشكل عامل ضغط على هيئة الاتصالات ، وخير دليل على ذلك التظاهرات السلمية التي اندلعت في 25/شباط/2011 والتي اطلق عليها تظاهرات الغضب ودارت معظم مطالب المتظاهرين حول تحسين الخدمات⁽¹⁾.

تسهم وسائل الأعلام المختلفة في تفعيل دور الرقابة الشعبية على الإدارة بشكل عام وهيئة الاتصالات بشكل خاص خصوصاً مع الانفتاح الإعلامي الذي يشهده العالم اليوم ، والعراق جزء من هذا العالم ، حيث تصدر فيه مئات الصحف وهناك عشرات القنوات الفضائية ، ناهيك عن وسائل الاتصال الحديثة ، حيث تساهم جميعها في كشف مواطن الخلل والزلل لعمل الشركات وهيئة الأعلام والاتصال.

من جانب آخر تسهم كذلك الأحزاب والجمعيات في تفعيل دور الرقابة الشعبية على عمل الهيئة والشركات ، وقد كفل الدستور نظرياً جميع الوسائل التي تؤدي بشكل أو بأخر إلى تفعيل دور الرقابة الشعبية⁽²⁾.

كما أن منظمات المجتمع المدني تسهم بدور مهم في ضمان احترام الدستور وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم وتمثل الأسلوب الأمثل في أحداث تغيير السلمي والتفاهم الوطني مع الإدارة في سبيل تعزيز الديمقراطية وتنشئة الأفراد على أصولها ، فهي الكفيلة بالارتقاء بالفرد وبث الوعي فيه وتعبئته الجهود الفردية والجماعية للتأثير في السياسات العامة وتعزيز مفهوم احترام الدستور وسيادة القانون⁽³⁾.

1- خبر منشور على موقع السومرية نيوز www.samaria News. Com/AR/4.41.htm تاريخ الزيارة 2016/10/22م.

2- نصت المادة (38) من دستور 2005 م على ان "تكفل الدولة ، بما لا يخل بالنظام العام :
أولاً: حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل.
ثانياً: حرية الصحافة والطباعة والإعلان والأعلام والنشر.
ثالثياً: حرية الاجتماع والتظاهر السلمي ، وتنظم بقانون.

3- د. مازن ليلو راضي ، و د. حيدر ادهم ، حقوق الانسان و حرياته الأساسية ، دار قنديل ، عمان، 2008م، ص193.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه مخالفة الترخيص

بعد تفحص نصوص الأمر(65) لسنة 2004 نجد أنه أشار إلى هكذا نوع من الرقابة حيث نصّ على أنه "تبني المفوضية (هيئة الأعلام والاتصالات) نظاماً للتشاور مع الجمهور تحصل من خلاله على وجهات نظر الحكومة والهيئات التي تمّارس نشاط تنظمه المفوضية ، ووجهات نظر المواطنين والمنظمات الشعبية ، وذلك فيما يتعلق بالقواعد والارشادات والمدونات والسياسات المقترحة"⁽¹⁾.

مما تقدم ، إن الرقابة الشعبية على الرغم من أهميتها وبالرغم مما للرأي العام من قوة وتأثير في عمل سلطات الدولة - وهيئة الأعلام و الاتصالات خصوصاً- إلا أن نجاح هذه الرقابة مقترب بدرجة الوعي السياسي التي يتمتع بها المواطنين لكي يكونوا على علم بحقوقهم وحرياتهم والدفاع عنها ، كما ان هذا النوع من الرقابة لا يمكن تصوره في ظل نظم الحكم الدكتاتوري ، وبالتالي وجود هذه الرقابة مرتبط بوجود نظام ديمقراطي.

ثانياً: الرقابة البرلمانية

هي الرقابة التي تتولاها السلطة التشريعية على اعمال الإدارة من خلال ممثلي الشعب في البرلمان باعتبارها المعبرة عن الإرادة العامة للشعب وأهدافه وطموحاته ، ومن ثم لها أن تراقب السياسات والبرامج والوسائل التي تتبناها الإدارة وتعتمدها لتحقيق هذه الأهداف وتلك الطموحات⁽²⁾.

تظهر أهمية الدور الرقابي للبرلمان على أعمال الإدارة كونه هو الذي يحدد من خلال القوانين التي يصدرها والمبادئ العامة التي تحكم أسس النشاط الإداري وهو المسؤول عن مسألة رؤساء واعضاء ادارة الهيئات المستقلة⁽³⁾.

1- (القسم العاشر/ المادة 4) من الامر (65) لسنة 2004م. ولم نجد في قوانين الاتصالات للدول المقارنة مثل هكذا نصّ. ونحن نرى حسناً فعل المشرع العراقي إشارة بشكل صريح الى الرقابة الشعبية كون أن عمل الهيئة هو تنظيم الطيف الترددية الذي يعتبر من الاموال العامة التي يجب أن يكون للأفراد علم بها، وكذلك يكون للأفراد رأي بخصوص القرارات والأنظمة التي تضعها الهيئة والتي قد تؤثر على صحة المواطنين.

2- د. عدنان عاجل عبيد، القانون الدستوري، ط2، دار الوثائق والكتب ،بغداد،2012، ص24. د- وسام صبار العاني، القضاء الإداري ،مصدر سابق ، ص75.

3- د. سامي حسن نجم الحمداني ،الإدارة المحلية وتطبيقاتها والرقابة عليها ،ط1،المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، 2014م ، ص393.

الفصل الثالث آثار تحقق المسئولية الإدارية وضمانات الغير تجاه متحام الترخيص

وفقاً للدستور النافذ لعام 2005 تتكون السلطة التشريعية الاتحادية من مجلساً النواب والاتحاد⁽¹⁾، ولما كان مجلس الاتحاد لم يجر تشكيله لحد الآن ، فإن مجلس النواب هو الذي يضطلع بمهام تشريع القوانين الاتحادية ورقابة السلطة التنفيذية⁽²⁾.

مما تقدم ، الرقابة البرلمانية تجاه الإدارة بشكل عام وهيئة الأعلام والاتصالات تكمن في تشريع وتعديل القوانين التي يسنها مجلس النواب والمنظمة لعمل الهيئة ، فالمشروع هو الذي ينشأ الهيئة وهو الذي ينص على طريقة تشكيلها ، ويحدد اختصاصاتها، وله توسيع تلك الصلاحيات وله تضييقها حسب ما يراه مناسباً، وبالتالي تكون رقابة البرلمان ضمن نطاق سن التشريعات.

لم يكتف المشرع العراقي بالرقابة التقليدية التي يمارسها مجلس النواب من خلال تشريع القوانين المنظمة لعمل هيئة الأعلام والاتصالات ، وأنما نص ذلك في دستور 2005 على خضوع هيئة الأعلام والاتصالات لرقابة مجلس النواب ، حيث نص على أنه "ثانياً: يكون البنك المركزي العراقي مسؤولاً أمام مجلس النواب ، ويرتبط ديوان الرقابة المالية ، وهيئة الأعلام والاتصالات بمجلس النواب"⁽³⁾.

كذلك نص دستور 2005 على أنه "هـ- لمجلس النواب ، حق استجواب مسؤولي الهيئات المستقلة وفقاً للإجراءات المتعلقة بالوزراء ، وله اعفاوهم بالأغلبية المطلقة"⁽⁴⁾، وبالتالي أشار هذا النص إلى أن رئيس هيئة الأعلام والاتصالات وأعضاء إدارتها يعاملون معاملة الوزير من حيث السؤال وطرح موضوع عام للنقاش والاستجواب أمام مجلس النواب⁽⁵⁾.

بالرغم مما للرقابة البرلمانية من أهمية وخطورة لا سيما في الأنظمة البرلمانية إلا أنها ذات طابع سياسي فلا يصل أثرها إلى حد إلغاء العمل المخالف لقانون أو تعويض الضرر الناجم عنه مما يجعلها قاصرة عن حماية مبدأ المشروعية والدفاع عن حقوق الأفراد وحرياتهم من استبداد الإدارة⁽⁶⁾.

1- نصت المادة(48) من دستور عام 2005 على ان "ت تكون السلطة التشريعية من مجلس النواب ومجلس الاتحاد".

2- نصت المادة (61) من الدستور العراقي لعام 2005 على ان يختص "يختص مجلس النواب بما يأتي -أولاً- تشريع القوانين الاتحادية . ثانياً-الرقابة على السلطة التنفيذية ...".

3- المادة (103) من دستور العراق لعام 2005.

4- المادة (61/ثاماً/هـ) من دستور العراق لعام 2005.

5- نصت المادة (61/سابعاً/ثاماً) من دستور 2005 .

6- د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص76.

كما أن دور هذه الرقابة مقيد غالباً بالإرادة الحزبية السائدة في البرلمان التي تكون في أحيان متوافقة مع ارادة الحكومة لو صادف أنها من الحزب نفسه تكون الحكومة الخصم والحكم وهنا يختفي دور الرقابة السياسية ولا تتحقق الحماية الكافية للأفراد ضد تعسف الإدارة خاصة في الدول غير النيابية أو التي تأخذ بنظام الحزب الواحد مما يتضمن تعزيزها بنوع آخر من انواع الرقابة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الضمانات الإدارية

يقصد بالضمانات الإدارية رقابة الإدارة لأعمالها فتقوم بتصحيح ما تكشفه من اخطائها أو يكشفه الأفراد من خلال تظلماتهم المقدمة إليها ، وتشمل مراقبة مشروعية العمل الإداري وملائمته وهي بذلك تحقق مصلحتها بالتزامها بمبدأ المشروعية لكي لا يكون قرارها عرضة للأبطال من قبل القضاء من جهة وتحقق مصلحة الأفراد وذلك بعد اهار حقوقهم وبعد عمل الإدارة هذا رقابة ذاتية لقيامتها بمراقبة مدى مطابقة تصرفاتها للقانون كما أن كل تشكيل إداري يخضع لرقابة تشكيل إداري أعلى منه إلى إن تصل إلى الوزير الذي هو الرئيس الأعلى في الوزارة⁽²⁾.

تتميز الضمانات الإدارية بالمرونة والسهولة اذ أنها غير مقيدة بشروط شكلية أو بمرة إلا في بعض الحالات التي أوجب القانون ان يتم الطعن خلال مدة معينة كما أنها رقابة على المشروعية والملائمة وهي تعطي الإدارة فرصة لتصحيح خطأها من خلال سحب ، أو إلغاء ، أو تعديل ، أو تحويل قرارها الإداري المخالف لمبدأ المشروعية والذي فيه انتهاك لحقوق الأفراد⁽³⁾.

لذلك سنتناول هذه الضمانات من خلال أربعة محاور وهي الرقابة الإدارية التلقائية، والرقابة الإدارية بناء على تظلم، والرقابة الخارجية، وسلطة الإدارة في تأمين الشركات.

1- د. مازن ليلو راضي، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص52.

2- د. فؤاد العطار ، مبادئ القانون الإداري ، دار النهضة ، القاهرة ، 1961م، ص 69 ، د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 24 .

أولاً: الرقابة التقائية

يتحقق هذا النوع من الرقابة الإدارية عندما تقوم الإدارة تلقائياً ببحث ومراجعة تصرفاتها لفحص مدى مشروعيتها ومدى موافقتها ل القانون وملائمتها للهدف المرجو منها ، فتعمد إلى تصحيح تصرفاتها إلغاء أو تعديلاً وقد يمارس هذه الرقابة الموظف أو الجهة التي اصدرت القرار⁽¹⁾، أو تكون رقابة رئيسية يمارسها الرئيس الإداري للموظف الذي أصدر القرار وهي أما ان تكون سابقة كنوجيه الرئيس الإداري لمرؤوسه في اداء واجباتهم بما يصدره لهم من توجيهات أو اراء أو تعليمات أو منشورات ، فإن خالفوها تعرضوا للمسائلة الانضباطية ، أو تكون رقابة لاحقة تتمثل في سلطة التعقيب على القرارات الإدارية الصادرة من الموظفين فان وجد عدم ملائمتها عمد إلى سحبها أو الغائها أو تعديلها صوناً لمبدأ المشروعية⁽²⁾، وتكون هذه الرقابة من خلال التفتيش والتقارير المرفوعة عن عمل اللجان الدورية في هيئة الأعلام والاتصالات ، أو من خلال النظم والشكوى المقدمة من قبل الافراد إلى الهيئة.

ثانياً: الرقابة بناء على التظلم

قد تخضع أعمال الإدارة في بلد ما للرقابة القضائية ، ولكن هذا لا يمنع من أن تخضع في نفس الوقت للرقابة الإدارية . وهذه وتلك تتحرك بناء على طعن أو تظلم يسمى الطعن أو التظلم القضائي ، أو التظلم الإداري بالنسبة للرقابة الإدارية ، وهذا التظلم الإداري يشبه إلى حد بعيد السعي لتصفية الخلافات بالطريق الودي⁽³⁾.

يعرف التظلم بأنه طلب يتقدم به صاحب الشأن إلى الإدارة لأعاده النظر في قرار إداري مخالف للقانون⁽⁴⁾، أو هو وسيلة قانونية لفض المنازعات الإدارية من الإدارة نفسها سواء كانت استجابة الإدارية إلى مصالح صاحب الشأن كلّياً أو جزئياً⁽⁵⁾.

1- د. مازن ليلو راضي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق، ص53.

2- د. غازي فيصل، د. عدنان عاجل ، القضاء الإداري ، مصدر سابق، ص98.

4- د. مصطفى ابو زيد فهمي ، القضاء الإداري و مجلس الدولة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية 2005م، ص10.

5- د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص325.

6- علي خطار شنطاوي ،موسوعة القضاء الإداري ، ط1، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2004، ص447.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه معالجة التظلم

قد يحصل أن لا تكشف الإدارة خطأ تصرفها إلا بمناسبة تظلم يرفعه ذوي الشأن إليها ، عندها يصبح لازماً على الإدارة مراقبة التصرفات الصادرة عنها ، ويأخذ التظلم أحد صورتين: فقد يكون تظلماً ولائياً ، وقد يكون تظلماً رئاسياً ، فإذا توجه صاحب المصلحة بتظلمه إلى الموظف مصدر القرار، تكون أمام تظلم ولائي ، أما إذا قصد به رئيس الموظف مصدر القرار فيوصف التظلم في هذه الحالة بالتهمة الرئاسية⁽¹⁾.

في كلتا الحالتين يقصد بالتهمة الإداري هو وسيلة قانونية وعملية يخولها المشرع للأشخاص المعنيين بالقرارات الإدارية بحيث تمكنهم من الالتجاء إلى الجهة الإدارية مصدره القرار المتظلم منه أو السلطة الرئيسية لها ، بقصد إعادة النظر في القرار المطعون فيه أو تعديله ، أو تصحيحه قانوناً قبل اللجوء للقضاء⁽²⁾.

أما التظلم من حيث إلزاميته حيث يقسم إلى تظلم وجبي وتظلم اختياري ، ويكون اجباري إذا كان تقديم التظلم أمام الجهة الإدارية التي أصدرت القرار شرطاً أساسياً لابد منه قبل الطعن بالقرار أمام المحكمة المختصة وقد اخذ المشرع العراقي والمصري بالتهمة الوجبي⁽³⁾، عليه فالتهمة الإداري في العراق وحسب قانون مجلس شورى الدولة يعد شرطاً لقبول الدعوى أمام محكمة القضاء الإداري ، أما التظلم الاختياري فيترك تقديمها لإرادة المتظلم من القرار.

- 1- د. سالم بن راشد العلوى ،**القضاء الإداري** ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2009م، ص.66.
- 2- اللواء محمد ماجد ياقوت ، الدعوى التأديبية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2006م، ص.595. د. سالم بن راشد العلوى ،**القضاء الإداري** ،المصدر السابق ، ص.66 .
- 3- حيث إشارة المادة(7/سابعاً) "يشترط قبل تقديم الطعن الى محكمة القضاء الإداري أن يتم التظلم من قبل الجهة الإدارية المختصة خلال (30) ثلاثة يوم من تاريخ تبليغه بالأمر أو القرار الإداري المطعون فيه أو اعتباره ملغاً، وعلى هذه الجهة ان تبت في التظلم خلال (30) يوما من تاريخ تسجيل التظلم لديها" ، أما الأمر رقم (65) لسنة 2004م فقد جعل التظلم في قرارات الهيئة جوازياً و هذا يخالف ما جاء به قانون مجلس شورى الدولة أذ نصّ الأمر في (القسم 8 المادة 5) على أنه "يجوز الطعن لدى مجلس الطعن في قرارات المفوضية (الهيئة) ... ، أما المشرع المصري فقد نصّ في الفقرة (ب من المادة 12) من قانون مجلس الدولة المصري لسنة 1972م ، "ينقطع سريان هذا الميعاد بالتهمة الإدارية التي أصدرت القرار أو الهيئات الرئيسية ، ويجب ان يبت في التظلم قبل مضي ستين يوماً من تاريخ تقديمها ، وإذا صدر قرار بالرفض وجب أن يكون مسبباً، ويعتبر مضي ستين يوماً على تقديم التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة الرفض ..." .
- 4- د. عمار عباس الحسيني ، **أصول التحقيق الإداري** ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2016م، ص.319.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه منح الترخيص

أما بالنسبة لشروط التظلم :

فالترخيص للشركات سبق أن أشارنا لا يخرج عن كونه قرار إدارياً فهو يصدر من جهة إدارية بناء على سلطتها ، ولذلك يشترط في هذا القرار محل التظلم .

1- أن يقدم التظلم من صاحب المصلحة الذي أثر القرار في مركزه أو مس مصلحة له⁽¹⁾، وشرط وجود مصلحة للمتظلم هو نفس الشرط الذي يجب توافره لدى من يقيم دعوى الإلغاء وذلك لكون التظلم الإداري هو مرحلة سابقة لأقامه تلك الدعوى ولا ينقطع موعد الطعن بالإلغاء إلاّ لمن تقدم بتظلمه ، حيث لا يستطيع شخص آخر أن يستفيد من انقطاع موعد التظلم اذا لم يكن قد تظلم⁽²⁾.

لا يعني كون المصلحة شخصية أن تكون مقتصرة على المتظلم وحده دون أن يشاركه فيها الآخرين، فلو ان شخص تظلم لدى هيئة الأعلام والاتصالات نتيجة ارتفاع اسعار خدمة المكالمات ، أو نتيجة منح ترخيص يقضي بنسبة ابراج في منطقة سكنية مليئة بالسكان ، فالمصلحة التي تعود للمتظلم نتيجة صدور مثل هذا القرار لا تقتصر على المتظلم وحده بل تتعداه إلى غيره من الأفراد⁽³⁾.

مما تجدر الاشارة إليه أن الضرورة تقضي تقديم التظلم انفرادياً لأنه يتعلق بمركز قانوني محدد لكل متظلم ، وقد يقبل التظلم الجماعي شرط إلا يكون مجهولاً وأن يكون باسم جميع، المتقدمين به، وقد اشارت محكمة القضاء الإداري إلى ذلك حيث اخذت في بعض الاحيان بالتلتم الجماعي ومنها الدعوى المرقمة (239) ق/2010 .⁽⁴⁾

1- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفه ، دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الطبعة الرابعة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2004م، ص 752 .

2- لقد اخذ المشرع المصري بشرط المصلحة في المادة (12) من قانون مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972 عندما نصّ (لا تقبل الطلبات المقدمة من اشخاص ليست لهم مصلحة شخصية) . كما اخذ المشرع العراقي بشرط المصلحة مثل ذلك ما جاء في المادة (7 / ثانياً / د) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل (تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية بناء على طعن من ذي مصلحة معروفة وحاله وممكنة).

3- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفه ، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة ، ط1 ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، 2008م، ص 264 .

4- المستشار ياسين طه الدوري ، التظلم الإداري الوجobi في محكمة القضاء الإداري ، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء ، السنة الرابعة ، عدد 3، تموز-آب-أيلول، 2012م، ص 142 .

الفصل الثالث آثار تحقق المسئولية الإدارية وضمانات الغير تجاه منح الترخيص

- 2- يجب أن يقدم التظلم في مواجهة قرار إداري نهائي ، أي قابلاً للتنفيذ دون الحاجة إلى تصديق سلطة أخرى عليه أو الحاجة لإجراء لاحق مكمل له ، بحيث يضع هذا القرار الكلمة الفصل في الموضوع الصادر بشأنه⁽¹⁾.
- 3- إن يكون التظلم واضحًا في عباراته ، فيشترط لصحة التظلم أن يتضمن البيانات التي تتعلق بالقرار المتظلم منه على نحو يمكن الإداره من فحصه والبت في مدى احقيه المتظلم فيما طعن به على القرار⁽²⁾ ، أي يجب أن تذكر فيه البيانات التي تحدد القرار المتظلم منه مثل موضوعه وتاريخه بما يمكن الإداره من معرفة شخصية المتظلم والقرار المتظلم منه.
- 4- يجب أن يكون التظلم مجيداً ، بمعنى أن التظلم يمكن ان يدفع الإداره التي اصدرته إلى سحب القرار ، أو تعديله ، أو إلغاءه ، لأن الحكمة من التظلم مراجعة الإداره لنفسها⁽⁴⁾.
- 5- يجب أن يقدم خلال المدة التي حددها القانون ، وقد حددها قانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979) بـ 30 يوماً تبدأ من تاريخ التبليغ بالأمر ، أو القرار الإداري ، أو اعتباره مبلغاً⁽³⁾.
- 6- يجب تقديم التظلم إلى الجهة الإدارية المختصة ، ان الغاية من التظلم الإداري تقضي تقديمها إلى الجهة الإدارية المختصة لتراجع قرارها محل الطعن وتعيد النظر فيه⁽⁴⁾ ، وقد قضى القضاء المصري بقبول التظلمات الإدارية المقدمة إلى جهات غير مختصة وذلك في حالة وجود عذر مقبول يبرر خطأ المتظلم⁽⁵⁾ ، أما القضاء الإداري العراقي يقضي برد الدعوى عند تقديم التظلم إلى جهة غير مختصة كرد شكلي حتى لو كان التظلم مقدم إلى جهة إدارية تابعة⁽⁶⁾.

1- د. عمار عباس الحسيني، أصول التحقيق الإداري، مصدر سابق، ص319.

2- د. عمار عباس الحسيني، أصول التحقيق الإداري، المصدر نفسه، ص319.

3- أما الأمر (65) جعل تقديم التظلم خلال مدة (30) يوم من تاريخ صدور القرار و ليس من تاريخ التبلغ بالقرار كما نصّ قانون مجلس شورى الدولة ، اذ نصّ الأمر في المادة 5-من القسم 8 على أنه " ... و يقام طلب الطعن في قرار المفوضية خلال 30 يوم من صدور القرار ...".

4- المستشار ياسين طه الدوري ، التظلم الإداري الوجوبي في محكمة القضاء الإداري، مصدر سابق، ص144.

5- د. طارق فتح الله خفي ، القضاء الإداري ، دعوى الإلغاء ، ط3، النشر الذهبي للطباعة ، القاهرة ، 1999م، ص114.

6- ينظر الدعوى المرقمة 96/ق/2009 ، إشار إلى ذلك المستشار ياسين طه الدوري ، التظلم الإداري الوجوبي في محكمة القضاء الإداري، المصدر السابق نفسه، ص143.

أما نتائج التظلم وتلخص فيما يأتي :

أما قبول الجهة الإدارية للتلتم المقدم إليها وأمكانية سحب ، أو تعديل ، أو إلغاء قرارها محل التظلم ، وفقاً لقانون بعد التحقق من العيوب التي ثابت قرارها ، أو رفض جهة الإدراة للتلتم المقدم إليها ، ويتحقق ذلك بالرفض الصريح للتلتم ومعه تاريخ التبليغ بقرار الرفض وبده سريان مدة الطعن أمام محكمة القضاء الإداري ويجب أن يكون الرفض مسبباً ، أو عدم الاجابة على التلتم رغم مرور الفترة المحددة للإجابة أو البت في التلتم⁽¹⁾.

ثالثاً: استحداث رقابة المفتش العام

تمارس مكاتب المفتشين العموميين في العراق⁽²⁾ ، الرقابة الداخلية للتأكد من قيام الدوائر بتنفيذ برنامجهما طبقاً لما هو مخطط له بحسب الخطة السنوية الموضوعة وتحقيق الأهداف المراد تحقيقها من تحسين أداء الوزارات والدوائر ورفع كفاءة الموظفين والحد من سوء استعمال السلطة والفساد الإداري دون ممارسة الرقابة الخارجية لأنها من اختصاص هيئة النزاهة⁽³⁾ وديوان الرقابة المالية⁽⁴⁾.

- 1- أما الأمر رقم (65) لسنة 2004م فلم يأتي بجديد بخصوص ذلك اذ نص في القسم (8) المادة (5) على أنه "... ويجوز لمجلس الطعن أن يؤيد قرار المدير العام أو لجنة الاستئناف أو يسقطه ، كما يجوز لمجلس الطعن إحالة القرارات أو الأوامر المعروضة عليه إلى المدير العام أو لجنة الاستئناف ...".
- 2- تم إنشاء مكاتب المفتشين العموميين بموجب الأمر (57) لسنة 2004م الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) المنصور في جريدة الواقع العراقية بالعدد (3982) في حزيران 2004م، وعدل بموجب الأمر (19) لسنة 2005(المنصور في جريدة الواقع العراقية بالعدد (3995).
- 3- تم إنشاء هيئة النزاهة بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (55) لسنة 2004 م الملغى اذ خول القسم(1) منه إنشاء مفوضية عراقية معنية بالنزاهة العامة وفعلاً تم إصدار القانون النظمي الملحق بالأمر (55) لسنة 2004 م الملغى الخاص بإنشاء مفوضية النزاهة العامة وقد نص القسم (1) على ان (يشجع هذا القانون النظمي الحكم النزيه والشفاف بإنشاء مفوضية النزاهة العامة على تطبيق قوانين الفساد ومعايير الخدمة العامة ...) وقد نص دستور جمهورية العراق لعام 2005 على هيئة النزاهة في المادة (102) بوصفها احدى الهيئات الدستورية المستقلة، وبعد ذلك صدر قانون هيئة النزاهة رقم (30) لسنة 2011 م المنصور في جريدة الواقع العراقية بالعدد (4217) في 14/11/2011م.
- 4- تم إنشاء ديوان الرقابة المالية بموجب القانون رقم (17) لسنة 1927 م الملغى ونشر في جريدة الواقع

الفصل الثالث آثار تحقق المسئولية الإدارية وضمانات الغير تجاه متحف الترخيص

وفي مصر أنشئ الجهاز المركزي للمحاسبات⁽¹⁾ وهو هيئة مستقلة ذات شخصية اعتبارية عامة تتبع رئيس الجمهورية، وتهدف أساساً إلى تحقيق الرقابة على أموال الدولة وأموال الأشخاص العامة الأخرى⁽²⁾ ويمارس الجهاز الرقابة المالية بشقيها المحاسبي والقانوني كما يمارس الرقابة على الأداء ومتابعة تنفيذ الخطة وتقويم الأداء والرقابة القانونية في شأن المخالفات المالية⁽³⁾.

أما تعريف المفتش العام فقد ذهب البعض بأنه "الهيئة التي تقوم بمجموعة إجراءات المتخذة لعرض التقويم والمراجعة بهدف بحث وتحليل البرامج والفعاليات التي تهدف إلى تزويد المعلومات لغرض اتخاذ القرار وكذلك لغرض القيام بإعداد التوصيات لغرض التحسين"⁽⁴⁾.

في حين ذهب اتجاه آخر إلى أن المفتش العام بأنه "الموظف الذي يمتلك المعرفة والمهارات على القيام بإجراءات التدقيق والتحقيق وبناءً على نزاهته وقدرته على القيادة في

العراقية بالعدد (515) بتاريخ 23/2/1927 م الذي تم بموجبه تأسيس دائرة تدقيق الحسابات العامة التي عرفت فيما بعد باسم ديوان مراقب الحسابات العام، وبعد سقوط النظام الملكي وقيام النظام الجمهوري تم تشرعيف القانون رقم (42) لسنة 1968م الملغى المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 1561 في 27/4/1968م.

حيث منح القانون الديوان صلاحيات إدارية ومالية وفنية وقضائية تفوق الصلاحيات المنصوص عليها في القانون السابق، ونتيجة للتنمية الاقتصادية الواسعة وللصعوبات العملية التي واكبت تطبيقه مثل منح الديوان صلاحيات قضائية لم يستطع ممارستها خلال فترة تفيذه أو قصور الهيكل التنظيمي للديوان وعدم وضوح نطاق عمل الديوان الأمر الذي أدى إلى تشرعيف القانون رقم (194) لسنة 1980 الملغى المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (2807) في 15/12/1980 م الذي تميز بوضوح أهدافه واستمر حتى عام 1990 إذ شرع القانون رقم (6) لسنة 1990 الملغى المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (3293) في 5/2/1990 الذي عدل عدة تعديلات ومن ضمنها الأمر (77) لسنة 2004 م الملغى المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (3983) في 1/6/2004 م وأخيراً صدر قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم (31) لسنة 2011م المعدل المنشور في جريدة الواقع العراقية بالعدد (4217) في 14/11/2011م.

1- بموجب قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم (144) لسنة 1988م المعدل بالقانون رقم (157) لسنة 1998م.

2- ينظر المادة (1) من قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم (144) لسنة 1988م.

3- ينظر المادة (2) و البند (أولاً، ثانياً، ثالثاً) من المادة (4) من قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم (144) لسنة 1988م.

4- ورد هذا التعريف في برنامج تطوير القدرات الوطنية في إدارة مؤسسات الدولة التابع لمنظمة (USAID) الأمريكية التي تمثل الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية، مشار إليه في نعمان حافظ: التفتيش الإداري، الطبعة الأولى، بلا جهة نشر ، 2010م، ص22.

الفصل الثالث آثار تحقق المسئولية الإدارية وضمانات الغير تجاه متحف الترخيص

أعمال المحاسبة ، أو التدقيق المالي ، أو التحليل المالي ، أو القانوني ، أو تحليل سبل وأساليب الإدارة⁽¹⁾.

أما بخصوص مهام وصلاحيات المفتش العام فقد منح الأمر أو القانون رقم (57) لسنة 2004 المعدل العديد من السلطات والمهام والاختصاصات الرقابية لمكاتب المفتشين العموميين، لتسهيل وتفعيل الرقابة الإدارية والمالية التي تقوم بها هذه المكاتب على جميع أعمال الوزارة من خلال برنامج فعال يتم بموجبه إخضاع أداء الوزارات لإجراءات المراجعة والتدقيق والتحقيق بغية رفع مستويات المسؤولية والنزاهة والإشراف في أداء الوزارات ولغرض منع وقوع أعمال التبذير والغش وإساءة استخدام السلطة والتعرف عليها وعلى الأعمال المخالفة للقانون، كما ينشئ هذا الأمر مكاتب مستقلة للمفتشين العموميين تتمكنهم من القيام بإجراءات التحقيق والتدقيق والتقويم والتقييس وأي نشاط آخر للمراجعة على الإداء وفقاً للمعايير المهنية المعترف بها عموماً⁽²⁾، وقد أشار الأمر (65) لسنة 2004 إلى إنشاء مكتب للمفتش العام في المفوضية ، ويتم تعينه هذا المفتش وفقاً للأمر رقم (57) لسنة 2004⁽³⁾.

يتضح مما تقدم أن للمفتش العام الاطلاع على السجلات و العقود التي تبرمها هيئة الأعلام والاتصالات والمراسلات المتعلقة بالهيئة، ويصدر تقريراً سنوياً خلال فترة (60) يوماً بعد نهاية السنة المالية يوضح فيه نشاطاته للمدير العام في الهيئة وإلى الجهات الرقابية المخولة بالأشراف على عمل الهيئة ، كما يقدم التقارير إلى أجهزة الأعلام والجمهور بناء على طلبهم⁽⁴⁾، وبالتالي يمثل المفتش العام نوع من انواع الرقابة الإدارية على عمل هيئة الأعلام والاتصالات.

1- عبد الحسين عبد نور هادي الجبوري، الرقابة الإدارية للمفتش العام على عقد الأشغال العامة في العراق، رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة بابل، 2009، ص46.

2- القسم (1) من الأمر رقم(57) لسنة 2004 م المعدل، كما نصّ مشروع قانون هيئة المفتش العام الاتحادية على نشر ثقافة الحفاظ على المال العام والشعور بالمسؤولية لدى المواطن والموظف والمكلف بخدمة عامة وتطوير كفاءة أداء الجهات الخاضعة للتقييس وإرساء أسس التعامل وفق المعايير المحلية والدولية، ينظر المادة (4)من مشروع قانون هيئة المفتش العام الاتحادية.

3- القسم(4)المادة 5 من الامر (65) لسنة 2004م.

4- القسم (6) و(9) من الامر (57) لسنة 2004م.

رابعاً: تأمين شركات الاتصالات

1- تعريف التأمين

التأمين لغوياً ترجمة كلمة (nationalization) بالفرنسية وهو جعل الشيء مؤمماً أي ملكاً للامة ، وقد عرفه الموسوعة الامريكية بأنه استملك تقوم به حكومة وطنية يتناول مشاريع اعمال يملكونها الشركات ، أو الافراد⁽¹⁾.

اما اصطلاحاً فقد عرفه البعض هو تحويل ملكية خاصة معينة وقع عليها الاختيار بسبب طبيعتها الى ملكية جماعية واستخدامها في تحقيق المنفعة العامة لا الخاصة⁽²⁾.

عرفه البعض الآخر هو عملية تقوم بها السياسة العليا للدولة حيث تقوم بتعديل كل نظامها الاقتصادي ، أو جزء منه إلى أن تنتزع من الأفراد ملكية المشاريع الصناعية، أو الزراعية التي تكون على درجة من الامانة وتنتقلها إلى ملكية الامة⁽³⁾.

عرفه آخرون هو استقلال الدولة بإدارة كل مشروع تتوافر فيه عناصر المرفق العام من أجل حماية الشعب من الاحتياط وطغيان رأس المال⁽⁴⁾.

2- مشروعية التأمين في القانون الدولي

إن حق الدولة في التأمين حق ثابت إذ أنه لصيق بسيادة الدولة على مصادر ثروتها القومية وتبرره اعتبارات المصلحة العامة ، حتى وإن نص دستورها على حظر التأمين فليس للدولة أن تتنازل عن حقها في التأمين ، أذ لا يمكن اعتباره في ذاته عملاً غير مشروع إذ لا يعقل أن تتنازل الدولة عن سيادتها على مصادر ثروتها القومية واختيار النظام الاجتماعي الذي

1- حبيب نمر ، التأمين ، ط2، دار الطباعة اللبنانيّة بيروت ، 1958م ، ص5.

2- د. عادل سيد فهيم ، نظرية التأمين ، الدار القومية للطباعة والنشر ، مصر ، بلا سنة نشر ، ص121.

3- حبيب نمر ، التأمين ، المصدر السابق ، ص18.

4- المحامي حامد مصطفى ، النظام القانوني للمؤسسات العامة والتأميم في القانون العراقي ، دار الجمهورية للنشر والطبع ، بغداد ، 1965م ، ص169.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه منح الترخيص

ترتبط به ، ولقد أقر القانون الدولي حق الدول في التأمين ، إلا أنه اشترط للممارسة هذا الحق أن يكون متزدراً وفق إجراءات قانونية سليمة ودون تمييز بين الأجانب والوطنيين⁽¹⁾.

3- تمييز التأمين عن نزع الملكية لمنفعة العامة والمصادر

أ- التأمين ونزع الملكية لمنفعة العامة

من حيث الهدف أن نزع الملكية يتم دائماً لأسباب اقتصادية بحثة يحددها المشرع ويضع القيود والضمانات لعدم الإسراف في نزع الملكية الخاصة باعتبارها حق مقدس لا يجوز المساس به⁽²⁾، أما التأمين فيهدف إلى نقل مجموعة كاملة من المجموعات الاقتصادية (زراعية ، صناعية ، اقتصادية) إلى الشعب⁽³⁾.

من حيث المحل أن نزع الملكية يرد على ملكية عقارية معينة وفيما ندر يرد على بعض المنقولات الخاصة ، أما التأمين يرد كقاعدة عامة على مشروعات اقتصادية كاملة⁽⁴⁾.

ب- التأمين والمصادر

بعد التأمين وسيلة لتحويل الملكية الخاصة إلى ملكية عامة بقصد استعمالها لتحقيق المصلحة العليا للشعب ، في حين تعد المصادر أجزاء عقابي جنائي ، أو إداري يقع على أشياء استعملت في التحضير لجريمة جنائية ، أو مخالفة ادارية . من جانب آخر أن التأمين إجراء غير شخصي الهدف منه تحويل ملكية المشروع إلى الدولة ، أما المصادر هي إجراء شخصي يهدف إلى معاقبة المالك⁽⁵⁾.

4- مشروعية التأمين في التشريع العراقي والمقارن

لم ينص الدستور العراقي لعام 2005 على منع التأمين بصورة صحيحة بل على العكس أشار في الكثير من المواد إلى امكانية الاستناد عليها في اصلاح النظام الاقتصادي حيث نص في

1- نص على هذا الامر قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 8-626-1 "لكل دولة ان تتصرف و تستعمل بحرية الثروات الطبيعية لبلادها لأن ذلك من حق السيادة الذي لا يتنازل عنه ويتفق تماماً مع اهداف ميثاق الأمم المتحدة ومبادئه".

2- د. عادل سيد فهيم ، نظرية التأمين ، مصدر سابق ، ص 107.

3- د. عادل سيد فهيم ، نظرية التأمين ، المصدر نفسه ، ص 107.

4- حسيب نمر ، التأمين ، مصدر سابق ، ص 19.

5- د. عادل سيد فهيم ، نظرية التأمين ، مصدر سابق ، ص 112.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه منح الترخيص

المادة (23) على انه " ثانياً : لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل ، وينظم ذلك بقانون" ، رغم الفروقات التي ذكرناها اعلاه بين التأمين ونزع الملكية للمنفعة العامة إلا أننا نرى أن نزع الملكية ، أو الاستملك هو وجه ضيق من وجوه التأمين ، حيث يتوفّر في الاستملك جميع العناصر التي تتوفّر في التأمين ، كون الاستملك هو نقل ملكية الأفراد وإدخالها في أملاك الدولة (املاك الدولة).

إذا كان البعض يرفض فكرة التأمين نطرح عليه السؤال الآتي : لماذا يقبل المبدأ الذي يجيز انتزاع الملكية لتحقيق منفعة عامة مقابل تعويض عادل يوضع في الدستور ولا يقبل مبدأ التأمين ؟ مع أن الأصل واحد و هو تغلب المصلحة العامة على الخاصة.

كذلك نصت المادة (25) من دستور 2005 على أنه " تكفل الدولة اصلاح الاقتصادي وفق أسس اقتصادية حديثة ... " ، كذلك نصت المادة (110) " تختص السلطات الاتحادية بالاختصاصات الحصرية الآتية: أولاً...رسم السياسة الاقتصادية...سادساً- تنظيم سياسة الترددات البثية والبريد" ، وبالتالي بالإمكان أن يتم اصلاح النظام الاقتصادي أو تنظيم سياسة الاتصالات عن طريق التأمين.

ما يؤيد كلامنا حول مشروعية التأمين كذلك هو ما نصت عليه المادة (12) من قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 حيث نص على أنه " ثالثاً. عدم المصادر أو تأمين المشروع الاستثماري باستثناء ما يتم بحكم قضائي بات" ، يتضح من هذا النص أن التأمين ممكناً لكن يجب أن يكون بحكم قضائي بات.

أما في التشريع الفرنسي فإن دستور 1958 لم يتطرق إلى التأمين على العكس من دستور 1946 الذي أشار في مقدمته إلى التأمين بطريقة غير مباشرة أذ نص على انه " كل مال وكل مشروع يكون أو يصبح لاستغلاله صفة المرفق العام الوطني ، أو الاحتكار ، يجب أن يصبح ملكية للجماعة "، وبما أن مقدمة دستور 1946 تعتبر جزء من دستور 1958، وبالتالي أمكانية الأخذ في التأمين في التشريع الفرنسي.

أما في التشريع المصري فقد نص قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم(8) لسنة 1997 في المادة (8) على انه " لا يجوز تأمين الشركات والمنشآت ، أو مصادرتها " وبالتالي فقد منع المشرع المصري بشكل جازم التأمين.

من كل ما تقدم أعلاه قد تجد الدولة أن مرفق الاتصالات الذي اعطت إدارته بطريق الامتياز ، أو الالتزام إلى الشركة لا يحقق المصلحة العامة للشعب فتعتمد إلى إلغاء عقد الالتزام الذي صدرته بموجة الرخصة وتستولي على المرفق مقابل تعويض عادل ولا يهم بعد ذلك أن يكون الطرف الآخر وطنيا ، أو أجنبيا.

المطلب الثاني

الضمانات القضائية

يقصد بالضمانات القضائية هي الرقابة التي تتولاها المحاكم على اعمال الإدارات ، ويعد هذا النوع من الرقابة أكثر انواع الرقابة ضماناً لحقوق وحريات الأفراد التي قررها الدستور لما يتمتع به القضاء من حيده ونزاهة ، واستقلال عن أطراف النزاع ، ومعرفة الجوانب القانونية ، وأمور النزاعات⁽¹⁾.

فالإدارة يجب أن تخضع لمبدأ سيادة القانون فيما تصدره من قرارات، حتى لا تقع تحت طائلة إلغاء ما يخالف هذا المبدأ من قراراتها عن طريق دعوى الإلغاء. وكذلك يمكن للقضاء الحكم بالتعديل القرار الإداري الذي يتسبب بأضرار للأفراد⁽²⁾.

أي أن الرقابة القضائية تهدف إلى حماية حقوق وحريات الأفراد ، وذلك بإلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون ، والتي أحدثت ضرراً لهم ، أو الحكم بتعويضهم عن ذلك الضرر الذي أصابهم من جراء اعتداء الإدارة على ما اقر لهم القانون من حقوق وحريات أساسية .

عليه قسمنا هذا المطلب إلى فرعين ، نتناول في الفرع الأول دعوى إلغاء ، ونتناول في الفرع الثاني سلطة المحكمة في تعديل القرار الإداري .

1- د. سالم بن راشد العلوى ، القضاء الإداري، مصدر سابق ، ص68. المحامي محمد انور حمادة ، القرارات الإدارية ورقابة القضاء ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004م، ص69 .

2- وفاء عبد الفتاح عواد، ضمانات حقوق الإنسان في مواجهة سلطة الادارة في اصدار القرار الإداري، رسالة ماجستير ، كلية القانون – جامعة بغداد، 2006م، ص62 .

الفرع الأول

دعوى الإلغاء

تُعرف دعوى الإلغاء ، بأنها دعوى قضائية ترفع للمطالبة بإعدام قرار إداري صدر مخالفًا للقانون⁽¹⁾.

أو هي دعوى قضائية يطلب فيها الطاعن من القضاء الإداري مراقبة مشروعية قرار إداري والحكم بـإلغائه اذا ثبتت له عدم مشروعيته⁽²⁾.

من المفهوم المتقدم يتبيّن ان عناصر وأطراف دعوى الإلغاء هي :

- 1- المدعي وهو الطاعن سواء كان شخصاً طبيعياً كاملاً اهلياً أو شخصاً معنوياً .
- 2- المدعي عليه وهو الإدارة .
- 3- موضوع الدعوى وهو صدور قرار إداري من الإدارة بإرادتها المنفردة رتب آثار قانونية ، والقرار الإداري أما يكون صريحاً أيجابياً يتضمن القيام بعمل معين كمنح رخصة معينة ، أو يكون صريحاً سلبياً كرفض الإدارة منح جنسية لمن لا يستحقها، أو يكون القرار الإداري ضمنياً والذي يستشف من سكوت الإدارة مدة معينة⁽³⁾.
- 4- جهة الفصل في النزاع هو القضاء الإداري.

تُعدّ رخصة الهاتف النقال قراراً إدارياً فردياً يولد حقاً المستفيد منه ، ويُخضع قرار الإدارة المتعلق بالرخصة للرقابة نفسها التي تخضع لها القرارات الإدارية الفردية ، وبالتالي إن شروط قبول الطعن في قرار الإدارة المتعلق برخصة الهاتف النقال تخضع لنفس الشروط العامة لقبول دعوى الإلغاء .

أولاً: شروط دعوى الإلغاء ضد قرار هيئة الأعلام والاتصالات المتعلق بمنح الرخصة.

- 1- من شروط دعوى الإلغاء ان يكون القرار المطعون فيه إدارياً وهذا القرار لا يكون إدارياً إلا إذا توافرت فيه جملة من الشروط ، حيث يجب أن يكون القرار نهائياً أي لا يتوقف نفاده على تصديق جهة أخرى ، وأن يكون القرار مؤثراً بمعنى أن يحدث تغييراً في المركز القانوني للطاعن، أي يولد آثار قانونية تؤثر في المركز القانوني للطاعن بالإنشاء ، أو الإلغاء ، أو

1- د. ماجد راغب الحلو ، الدعوى الإدارية، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004م، ص29.

2- د. غازي فيصل مهدي ، د. عدنان عاجل عبيد ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص152.

3- د. غازي فيصل مهدي ، د. عدنان عاجل عبيد ، القضاء الإداري ، المصدر نفسه ، ص164.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاهه مع الترخيص

التعديل، وان يكون صادراً من سلطة إدارية وطنية⁽¹⁾، ومن هذه الناحية فإن القرار المتعلق برخصة الهاتف النقال يعد قراراً إدارياً فردياً ونهائياً لا يخضع عادة لتصديق سلطة أخرى⁽²⁾.

2- يجب ان تكون هناك مصلحة لرافع الدعوى فالأخيرة هي مبرر وجود الدعوى بالنسبة لصاحبها والمصلحة هي المنفعة التي يمكن ان يحصل عليها رافعها في حالة اجابته طلبه⁽³⁾، أما في نطاق دعوى الإلغاء فأن المصلحة تعنى ان يكون للطاعن مصلحة شخصية و مباشرة في إلغاء القرار دون حاجة إلى الاستناد إلى حق مكتسب للطاعن ، فيكون للطاعن أن يكون في حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار المطعون فيه من شأنها أن تؤثر تأثيراً مباشرأ في مصلحة ذاتيه له⁽⁴⁾.

أما وقت توافر المصلحة في دعوى الإلغاء فقد اكتفى مجلس الدولة الفرنسي بتوافر المصلحة وقت رفع الدعوى وعدم اشتراط استمرارها لحين الفصل فيها ، إما مجلس الدولة المصري فقد استقرت احكامه بعد إنشاء المحكمة الإدارية العليا على اشتراط توافر المصلحة منذ بداية رفع الدعوى لحين الفصل فيها⁽⁵⁾، أما القضاء الإداري العراقي عند استقراء احكامه يتضح أنه يشترط قيام المصلحة من وقت رفع الدعوى حتى الفصل فيها بحكم نهائي⁽⁶⁾.

ثانياً: أسباب الإلغاء

بعد أن يتأكد القاضي الإداري من اختصاصه بنظر الدعوى المرفوعة أمامه ومن توافر الشروط الشكلية سالفة الذكر ، ينتقل إلى المرحلة الثالثة وهي النظر في موضوع الدعوى ، ونظر القاضي في موضوع الدعوى يعني البحث في موضوع القرار الإداري محل الطعن فإن وجد

1- د. معرض عبد النواب ، الموسوعة النموذجية في القضاء الإداري ، المجلد الثاني / دعوى الإلغاء ، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2003م ، ص185.

2- القسم (5/المادة 1) من الامر (65) لسنة 2004م .

3- د. غازي فيصل مهدي ، الحدود القانونية ، مصدر سابق ، ص82 .

4- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الدفوع الإدارية في دعوى الإلغاء و الدعوى التأديبية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2007م ، ص213-214.

5- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الدفوع الإدارية، المصدر نفسه ، ص216.

6- مثنى احمد الشافعي ، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء ، رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة بغداد ، 2005م، ص42.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاهه من الترخيص

سيّما يبرر الغافه اصدر حكم الإلغاء ، وأن لم يجد قضى برد الدعوى موضوعاً لسلامه القرار المطعون فيه من العيوب⁽¹⁾.

ظهرت عيوب الإلغاء في مجلس الدولة الفرنسي على مراحل ، فقد اكتشف مجلس الدولة الفرنسي أولاً عيب الاختصاص ثم عيب الشكل ثم عيب مخالفة القانون وأخيراً عيب الانحراف في استعمال السلطة⁽²⁾.

أما في مصر فقد تطرق إليها المشرع في قانون مجلس الدولة حيث نصّ على أنه : "يشترط في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص ، أو عيب الشكل ، أو عيب مخالفة القوانين ، أو اللوائح ، أو الخطأ في تطبيقها ، أو تأويلها ، أو اساءة استعمال السلطة"⁽³⁾.

أما في العراق فان هذه الاسباب ، أيضاً، تعد وليدة القوانين المنظمة للقضاء الإداري فيها ، وقد أشار قانون مجلس شورى الدولة العراقي إلى أسباب الطعن بالإلغاء حيث نصّ على أنه : "يُعدّ من أسباب الطعن في الأوامر والقرارات الإدارية بوجه خاص ما يأتي :

1- أن يتضمن الأمر أو القرار خرقاً أو مخالفة للقانون ، أو الأنظمة ، أو التعليمات ، أو الأنظمة الداخلية.

2- أن يكون الأمر ، أو القرار قد صدر خلافاً لقواعد الاختصاص ، أو معيناً في شكله ، أو في الإجراءات ، أو في محله ، أو سببه .

3- أن يتضمن الأمر أو القرار خطأ في تطبيق القوانين ، أو الأنظمة ، أو التعليمات ، أو الأنظمة الداخلية ، أو في تفسيرها ، أو فيه اساءة ، أو تعسف في استعمال السلطة ، أو الانحراف عنها"⁽⁴⁾.

فلو جئنا إلى عيب عدم الاختصاص في مجال رخصة الهاتف المحمول نرى أن لا توجد حدود واضحة وفاصلة حقيقة بين وزارة الاتصالات وهيئة الأعلام والاتصالات.

1- د. محمد ماهر أبو العينين ، دعوى الإلغاء ، الكتاب الثاني ، أسباب إلغاء القرارات الإدارية ، دار ابو المجد للطباعة ، بلا سنة نشر ، ص 25 وما بعدها.

2- د. غازي فيصل مهدي ، د. عدنان عاجل عيّد ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 152.

3- المادة (10) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972م.

4- المادة (7/أولاً) من قانون مجلس شورى الدولة المعدل رقم (65) لسنة 1979م.

أما عيب **الشكل والإجراءات** ، فطبقاً للقواعد العامة يجب تسبب القرار المتعلق بمنح الرخصة ، ويجب على السلطة الإدارية اخذ رأي جهات معينة اذا الزم القانون بذلك بحيث يتربى على عدم اخذ الرأي عيب في الإجراء يؤدي إلى بطلان قرار منح الرخصة فمثلاً يجب اخذ موافقة وزارة البيئة كونها المسؤولة عن حماية البيئة و المواطن وكذلك موافقة وزارة البلديات كون القانون رقم (165) لسنة 1964 جعلها مسؤولة عن السياسة التخطيطية للمدن وغيرها من الجهات التي تم الاشارة إليها على مدار البحث .

أما عيب **مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه أو تأويله** ، أن مخالفة القانون تؤدي إلى بطلان القرارات الإدارية المتعلقة برخصة الهاتف المحمول ويتحقق ذلك عندما تتجاهل الإدارة القواعد الوطنية الخاصة بالاتصالات أو القوانين الأخرى ذات الصلة كما لو خالفت الأمر(65) لسنة 2004 أو تعليمات رقم (1) لسنة 2010 ، أو خالفت قواعد السلامة العامة ، أو قواعد الصحة العامة أو خالفت قانون حماية وتحسين البيئة أو قانون وزارة البلديات.

تخطأ الإدارية في تطبيق القانون عندما تطبق قواعد غير سارية المفعول وقت توقيع الرخصة ، أو تعتقد خطأً بأن النص يمنحها صلاحية منح الرخصة ، أو تعطي الإدارة مفهوم معين غير الذي قصدته المشرع ، أو تخطأ في المسافات بين الإبراج ، أو ارتفاعها.

ثالثاً: أثر رفع دعوى الإلغاء على تنفيذ قرار الترخيص

الاصل أن الإدارة تملك على الرغم من رفع دعوى الإلغاء تنفيذ القرار المطعون فيه ، ولكنها تفعل ذلك على مسؤوليتها الخاصة لأن إلغاء القرار سيكون بأثر رجعي ، لذا فقد يكون انفع للإدارة أن تترى في تنفيذ القرار حتى صدور الحكم في الدعوى ولها بطبيعة الحال أن تسحب القرار إذا اقتنعت بوجهة نظر الطاعن⁽¹⁾.

1- د. وسام صبار العاني ، اثر دعوى الالغاء في وقف تنفيذ القرار المطعون فيه ، بحث منشور في مجلة

الحقوق جامعة المستنصرية ، المجلد 4، العدد (16) ،2012م،ص.2.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه معالجة الترخيص

قد حرص المشرع الفرنسي على تأكيد هذه الحقيقة في قانون مجلس الدولة لسنة 1945، كما حرص المشرع المصري على تأكيدها في القوانين المتعاقبة لمجلس الدولة المصري⁽¹⁾، على أن المشرع الفرنسي في المادة (48) من قانون مجلس الدولة لسنة 1945 وكذلك في قانون إصلاح القضاء الإداري الصادرة في 20/9/1953 قد اجاز لصاحب الشأن وقف تنفيذ القرار المطعون فيه لحين الفصل في دعوى الإلغاء⁽²⁾، وكذلك فعل المشرع المصري في قوانين مجلس الدولة المتعاقبة وأخرها القانون الحالي رقم (47) لسنة 1972 حيث نصت المادة (49) منه على أنه "لا يترتب على رفع الطلب إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب الغاؤه على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه اذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى ورأى المحكمة أن نتائج التنفيذ يتذرع تداركها ..."، مما تقدم ان المشرعين المصري والفرنسي اشترطا عدداً شروط حتى يتم وقف تنفيذ القرار حيث إن وقف تنفيذ القرار المطعون فيه ليس اثراً تلقائياً لرفع دعوى الإلغاء وبالتالي لابد من تحقق عدة شروط:

- 1- ان يطلب وقف التنفيذ في صحيفة الدعوى .
- 2- اذا رأت المحكمة ان نتائج التنفيذ يتذرع تداركها.

أما التشريع العراقي فقد خلا قانون مجلس شورى الدولة من نصّ ينظم هذه الحالة ،تاركاً تنظيم هذه الحالة للقواعد العامة في قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل الذي يعد القانون الاجرائي العام الواجب التطبيق على كل حالة لم ينصّ عليها قانون مجلس شورى الدولة و تخضع للقواعد الخاصة بوقف سير الدعوى وانقطاعها والتنازل عنها وقواعد القضاء المستعجل ، فيكون تقديم طلب وقف التنفيذ قبل رفع الدعوى أو في بداية رفعها⁽³⁾.

بالتالي قد يترتب على تنفيذ القرار المطعون فيه اضرار جسيمة يتذرع تداركها قبل الفصل في الدعوى وقد لا يجدي فيها تعويض المتضرر من قبل الإدارة في حالة ثبوت ان قرارها كان خطأ ،كما لو اصدرت هيئة الأعلام والاتصالات قرار إداري يقضي بترخيص احد

1- تتضمن المادة (48) من قانون مجلس الدولة الفرنسي لسنة 1945 م على أنه "لا يترتب على الطعن أمام مجلس الدولة أي اثر وافق للقرار الإداري....." ، كما نصت المادة (49) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 م على أنه " لا يترتب على رفع الطلب الى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب الغاء.." .

2- د. وسام صبار العاني ، اثر دعوى الالغاء في وقف تنفيذ القرار المطعون فيه ، مصدر سابق ، ص 2 .
3- نصت المادة (7،حادي عشر) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979 بأنه "تسري احكام قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969م...في شأن الاجراءات التي تتبعها...محكمة القضاء الإداري..." .

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه منح الترخيص

الشركات بنصب ابراج في منطقة سكنية وادى ذلك إلى اصابة مجموعة من الافراد بأمراض سرطانية أو تشوهات .

أما بالنسبة لآثار الحكم الصادر في دعوى الإلغاء تقضي القاعدة العامة بأن حجية الأحكام نسبية أي تقتصر على أطرافها وتسري هذه القاعدة على الأحكام الصادرة في الدعاوى المدنية ودعوى القضاء الكامل كدعوى إدارية ، غير أن الأحكام الصادرة بإلغاء القرارات الإدارية تتمتع وحدها بالحجية المطلقة تجاه الكافة ممن هم طرف في الدعوى وممن لم يكن طرفاً فيها وبأثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدور القرار وهذه الحجية المطلقة تسري كذلك في مواجهة الجهات القضائية الأخرى سواء أكانت إدارية أم مدنية أم جزائية ، والحجية المطلقة المشار إليها تشمل احكام الإلغاء بالنسبة للقرارات الإدارية التنظيمية والفردية على حد سواء⁽¹⁾.

رابعاً: الحكم في دعوى الإلغاء

في الوضع الغالب تتحصر سلطة القاضي الإداري في العراق بإلغاء القرار الإداري غير المشروع دون ان يتعدى إلى توجيهه أوامر أو نواهي للإدارة، وتناغماً مع ما تقدم فقد نصّ قانون مجلس شورى الدولة على أنه " تبت المحكمة في الطعن المقدم إليها ، ولها ان تقرر رد الطعن، أو إلغاء ، أو تعديل الأمر ، أو القرار المطعون به مع الحكم بالتعويض أن كان له مقتضى بناء على طلب المدعي..."⁽²⁾.

خامساً: التزام الإدارة بتنفيذ حكم الإلغاء

إذا ما تقرر إلغاء القرار الإداري فإنه يجب على الإدارة ان تعيد الوضع إلى ما كان عليه كما لو لم يصدر حكم الإلغاء ويرتب هذا الأمر التزامان مهمان:

1- التزام إيجابي

يجب على الإدارة طبقاً لهذا الالتزام اعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل اصدار القرار الإداري الملغى وإزالة كافة الآثار القانونية والمادية التي تترتب في ظله بأثر رجعي ، كما يجب إزالة كافة القرارات والاعمال القانونية التي استندت في صدورها إلى القرار الملغى⁽³⁾.

1- د. عبد الحكيم فوده ، الخصومة الإدارية ، مصدر سابق ، ص209 وما بعدها. وكذلك ينظر د. محمد عبد اللطيف ، قانون القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص396.

2- المادة (7/ثاماً/أ) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979م .

3- د. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى الغاء القرارات الإدارية ، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية ، 2004م ، ص855.

2- التزام سلبي

يتفرع هذا الالتزام إلى شقين ، الشق الأول يجب على الإدارة أن تمتلك عن تنفيذ القرار الملغى وتمتنع ، أيضاً ، عن الاستمرار في تنفيذه إن بدأت به ، أما الشق الثاني فيجب على الإدارة أن لا تعيد إصدار القرار الملغى بحلة جديدة وشكل جديد⁽¹⁾.

مما تقدم ، بما أن الرخصة هي قرار إداري فردية فإن صدور حكم بإلغائها سوف يؤدي إلى إلغاء القرارات التابعة المرتبطة بها إذا ثبت أن صدور الأخيرة ما كانت لتصدر إلا تبعاً لصدور القرار الإداري الأصلي الصادر بالرخصة .

سادساً: مخالفة الإدارة للتزامها بتنفيذ حكم الإلغاء

افتى مجلس شورى الدولة العراقي بأن الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم المكتسبة درجة البتات ملزمة وواجبة التنفيذ بما فصلت به من الحقوق⁽²⁾، وبالتالي يجب أن يكون حكم الإلغاء كاملاً غير منقوص ، فلو أصدر القضاء الإداري حكماً بالإلغاء رخصة الهاتف النقال هنا يجب على الإدارة أن تلغي بالإضافة إلى إلغاء قرار الإدارة المعيب القرارات الإدارية التي أصدرتها استناداً إلى القرار الملغى ، ويجب على الإدارة أن تعمد إلى تنفيذ حكم الإلغاء في فترة زمنية معقولة دون تباطؤ⁽³⁾.

إلا أنه قد تعمد الإدارة إلى التوصل من تنفيذ التزامها بشكل كلي ، أو جزئي ، هنا تثار مسؤولية الإدارة من ناحيتين :

1- المسئولية الجنائية

تكون بتوجيه المسئولية الجنائية على الموظف المختص بالتنفيذ جراء عدم قيامه بتنفيذ حكم الإلغاء⁽⁴⁾ ، وفي مصر يعاقب الموظف الممتنع بالحبس و العزل شرط انذاره لتنفيذ الأحكام بمحضر وان تمضي ثمانية أيام على الانذار من دون تنفيذ الحكم⁽¹⁾.

1- د. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، مصدر سابق ، ص 854.

2- القرار ذي العدد (2006/63) ، تاريخ القرار 23/8/2006 م ، المرشد لقرارات وفتاوي مجلس شورى الدولة ، الخميس عثمان خليفة ، ط 2 ، 2016 م ، ص 31.

3- د. نواف سالم كنعان ، المبادئ التي تحكم تنفيذ أحكام الإلغاء في قضاء محكمة العدل العليا ، مجلة الحقوق ، السنة الخامسة والعشرون ، العدد الرابع ، جامعة الكويت ، 2001م، ص 265-268 وما بعدها. وكذلك ينظر د. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، المصدر السابق ، ص 856. و كذلك د. علي سعد عمران ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 276.

4- د. نواف سالم كنعان ، المبادئ التي تحكم تنفيذ أحكام الإلغاء في قضاء محكمة العدل العليا ، المصدر السابق ، ص 289 وما بعدها.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه منح الترخيص

أما في العراق فيعاقب الموظف الذي يمتنع أو يعرقل الاحكام القضائية بالحبس أو الغرامة أو بإحدى العقوبتين، بعد مضي ثمانية أيام من انذاره رسمياً بالتنفيذ⁽²⁾.

2- المسؤولية المدنية

إن أمتاع الإدارة عن تنفيذ حكم القضاء بإلغاء القرار غير المشروع يثير مسؤولية تقسيمية للإدارة ويلزمها بالتعويض ، فعدم التنفيذ خطأ مرفق جسيم يوجب تعويض المتضرر من عدم التنفيذ عن الأضرار التي لحقت به جراء تعتن الإدارة⁽³⁾.

عليه بعد هذا المخاض في دعوى الإلغاء قد يتadar إلى ذهن القارئ سؤال مهم إلّا وهو على من ترفع دعوى الإلغاء ، على هيئة الأعلام والاتصالات ، أم على وزارة البيئة ، أم وزارة الصحة أم على وزارة البلديات؟.

إن مصدر الضرر (الأشعة) التي تبث من الإبراج هي نتيجة القرار الإداري الصادر بالرخصة وهذه الاختير صدرت بعد اشتراك عدة جهات في اصداراتها ، وبالتالي ان دعوى الإلغاء ترفع على جميع هذه الجهات ، فهيأة الأعلام والاتصالات مسؤولة عن الترخيص للشركات ممارسة النشاط في العراق⁽⁴⁾ ، وكذلك وزارة البيئة مسؤولة عن اصدار الرخصة المتعلقة بنصب ابراج الهاتف النقال⁽⁵⁾، وكذلك ترفع دعوى الإلغاء على وزارة الصحة ووزارة البلديات ،كون وزارة الصحة مسؤولة ، أيضًا ، عن حماية وتحسين البيئة طبقاً لقانون ووزارة الصحة وقانون

1- المادة (123) من قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1937م.

2- المادة (329) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969م.

3- د. عصمت عبد الله الشيخ ، الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الاحكام الادارية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2009م ، ص119 وما بعدها وكذلك ينظر : د. غاري فيصل مهدي ، د. عدنان عاجل عبيد ، القضاء الاداري ، مصدر سابق ، ص215.

4- نص (القسم الخامس /المادة الأولى) من الامر (65) لسنة 2004م على أنه " تدير المفوضية عمليات ترخيص خدمات الاتصالات والأعلام في العراق...".

5- نصت المادة (15) من قانون حماية وتحسين البيئة العراقي على أنه " يمنع ممارسة النشاطات الباعثة للأشعة غير المؤينة والمنبعثة من محطات البث الرئيسية والأبراج والهواائيات الخاصة وغيرها الا في نطاق التعليمات والضوابط التي تصدرها الوزارة لهذا الغرض". وكذلك نصت المادة (11) من نفس القانون على أنه "تمتنع الجهات ذات النشاطات المؤثرة على البيئة من ممارسة عملها دون استحل موافقة الوزارة ." .

الفصل الثالث آثار تحقق المسئولية الإدارية وضمانات الغير تجاه منح الترخيص

الصحة العامة⁽¹⁾، و وزارة البلديات تعتبر طبقاً لقانون ادارة البلديات مسؤولة عن تأشير الأنشطة الصناعية والتجارية المضرة بالبيئة وكذلك تعتبر الجهة التخطيطية في العراق والتي من مسؤوليتها تقسيم المدينة إلى مناطق سكنية ومناطق صناعية⁽²⁾ ، أما إذا تم رفع دعوى الإلغاء على هيئة الأعلام والاتصالات لوحدها فإنها بكل تأكيد سوف تطلب تدخل بقية الجهات كي لا تتحمل المسئولية بمفردها.

الفرع الثاني

سلطة المحكمة في تعديل القرار الإداري

لتحديد ماهية التعديل الذي يمكن أن يقوم به قاضي الإلغاء في القرار الإداري المطعون فيه ، لابد من تعريف تعديل القرار الإداري أولاً، ثم الوقوف على موقف القضاء الإداري المقارن لمعرفة مدى سلطة قاضي الإلغاء في تعديل القرار الإداري المطعون فيه، ثم نتناول الاساس القانوني لتعديل القرار الإداري من قبل القضاء الإداري.

أولاً: تعريف تعديل القرار الإداري

يعرف تعديل القرار بأنه احداث تغيير في محله بحيث يقتصر على أمور ثانوية ، مما يحول دون أنهائه أو أزاله اثاره ومن ثم فهو لا يمس جوهره ،⁽³⁾ عليه اذا أمكن فصل أجزاء القرار الإداري عن بعضها دون ضرر ، وإلغاء البعض دون الآخر ، هنا سوف تكون أمام الإلغاء جزئي ، أما إذا كان من غير الممكن فصل الجزء المعيب من القرار عن بقية الاجزاء فإن الإلغاء يكون كلياً⁽⁴⁾.

يمكن تقسيم تعديل القرار الإداري من حيث اسلوب اجرائه إلى تعديل إيجابي ، وتعديل سلبي ، ويتم التعديل الإيجابي من خلال استحداث آثار تؤدي إلى احداث تغيير في بعض آثار

1- نصت المادة(2) من قانون وزارة الصحة "تقوم الوزارة بما يلي تحقيقاً لأهدافها بما يلي :رابعاً: حماية وتحسين البيئة وتطويرها والحفاظ على مقوماتها والعمل على منع تلوثها".

2- نصت المادة (43) من قانون ادارة البلديات (165) لسنة 1964 "يقوم المجلس(المجلس البلدي) بوصفه ذا صلاحية تقرير ومراقبة الوظائف التالية: 1- تحضير تصميم اساسي لمنطقة البلدية يتضمن بوجه عام ما يلي مراعياً في ذلك سعة منطقة البلدية وحاجاتها... ب- تقسيم المدينة الى قطاعات سكنية تتوافر فيها مناطق عمرانية وصناعية وتجارية..."

3- د. شاب نوما منصور ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني ، ط1، مطبعة دار العراق للطبع والنشر ، بغداد ، 1980 م ، ص414.

4- د. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى الغاء القرارات الإدارية ، مصدر سابق، ص849.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاهه من الترخيص

القرار الإداري دون الآخرى ، ووفقاً لذلك فإن التعديل الإيجابي يتضمن شقين ، الأول يتمثل بإلغاء غير مباشر يرد على جزء من القرار الإداري ، أما الشق الثاني للتعديل الإيجابي ، فهو يتضمن إضافة أثار جديدة تؤدي إلى تعديل بعض أثار القرار الإداري بالنسبة للمستقبل دون الأخرى⁽¹⁾.

أما التعديل السلبي يتم بإلغاء مباشر لجزء من القرار الإداري دون أن يشمله بأكمله ، وهذا ما نصّ عليه قانون انضباط موظفين الدولة المعدل حيث نصّ على أنه " لا يجوز فرض أكثر من عقوبة بموجب هذا القانون عن فعل واحد "⁽²⁾.

ثانياً: موقف القضاء العراقي الإداري والمقارن في تعديل القرار الإداري

إن القضاء الإداري العراقي بجناحيه "محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء موظفين" ، قد استقر على تعديل القرارات الإدارية خلافاً لمبدأ الفصل بين السلطات ومن هذه الأحكام :

1- قرار مجلس الانضباط العام الذي قضى فيه بتعديل العقوبة الصادرة بحق المدعية من العزل إلى التوبيخ⁽³⁾.

2- كذلك حكم مجلس الانضباط العام الذي قضى فيه "...وحيث ان مجلس الانضباط العام قد التزم بوجهة النظر القانونية هذه وقرر إلغاء الشطر الاخير من الفقرة (4) من الأمر المطعون فيه الخاص باسترداد المبالغ التي صرفت للمدعي "⁽⁴⁾.

1- د. طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1985م، ص192.

2- المادة (20) من قانون انضباط موظفين الدولة رقم (14) لسنة 1991 المعدل .

3- قرار مجلس الانضباط العام عدد 207/2004 في 7/1/2004 إشار إليه د. مازن ليلو راضي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص276.

4- حكم مجلس الانضباط العام /2/انضباط / تميز/2011 في 13/1/2011 غير منشور .

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه منح الترخيص

3- حكم محكمة قضاء الموظفين وبمقتضاه قررت المحكمة بأنه لا يجوز للإدارة ان تصدر قراراً يتضمن عقوبة تنزيل درجة المدير العام استناداً إلى قانون انصباط موظف الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة 1991 ونقله إلى وظيفة ادنى بناءً إلى قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (880) لسنة 1988 لعدم جواز الجمع بينهما⁽¹⁾.

4- حكم محكمة القضاء الإداري الذي ورد فيه "لذا قرر وبالطلب إلغاء الفقرة الرابعة من قرار الهيئة العامة للأراضي الزراعية المرقمة 11878 المؤرخ في 10/9/1991..."⁽²⁾.

بالنسبة لمسلك القضاء الإداري المصري في تعديل القرار الإداري فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية في احد احكامها إلى أنه " لا يدخل في وظيفة المحكمة عند الفصل في دعوى إلغاء القرارات الإدارية لمحاوزة حدود السلطة بتعديل القرارات المطعون فيها أو تصحيحها بل يترك ذلك للإدارة وحدها..."⁽³⁾، يتضح من النصّ أعلاه أن المحكمة لا تملك سلطة تعديل القرار الإداري بل من يملك هذه السلطة هي الإدارة وحدها.

إلاً أن القضاء الإداري عاد وسلك مسلك آخر حيث قام بمد نطاق رقابته على القرارات الإدارية في مجال التأديب حيث ابتكر نظرية الغلو والخطأ الظاهر في التقدير⁽⁴⁾، فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن "مناط مشروعية السلطة التقديرية للسلطات التأديبية ألا يشوب استعمالها غلو ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين الجزاء ومقداره..."⁽⁵⁾.

1- قرار محكمة قضاء الموظفين ذي العدد 419/تمييز/2013 في 26/9/2013 ، الخميس عثمان خليفة ، المرشد لقرارات وفتاوي مجلس شورى الدولة وقرارات المحكمة الإدارية العليا ، مصدر سابق، ص 249.

2- حكم محكمة القضاء الإداري المرقم 83/قضاء اداري/ بتاريخ 25/1/1992م، إشار إليه ضر غام مكي نوري، مدى سلطة قاضي الالغاء في تعديل القرار الإداري ، رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة بابل ، 1997م، ص 41.

3- حكم محكمة القضاء الإداري في 15/6/1948م ، منشور في مجموعة احكام محكمة القضاء الإداري ، السنة الثانية ، ص 797.

4- د. محمد ماهر ابو العينين ، دعوى الالغاء ، الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص 452 وما بعدها.

5- حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية (563) لسنة (7) في 11/11/1961 م ، منشور في مجموعة احكام محكمة القضاء الإداري ، السنة الثانية ، ص 27.

الفصل الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية وضمانات الغير تجاه متحام الترخيص

أما القضاء الفرنسي ، فقد جرى مجلس الدولة الفرنسي في أحکامه على الحكم بإلغاء القرار إلغاء كامل ومطلق إلا أنه بدأ يغير من اتجاهه عام 1910 في حكمين شهيرين قضية Aubry وقضية Butot الصادرين في 10/6/1910 وتتلخص وقائع هاتين القضيتين "أنه في 21 اذار 1905 صدر في فرنسا قانون يقضي بحجز نسبة معينة من الوظائف يعين فيها بعض العسكريين القدماء الذين تتواجد فيهم شروط خاصة على ان تسجل اسماءهم لجنة معينة وان يعينوا طبقاً للترتيب الوارد في كشوف اللجنة . وحدث ان خالف مدير الشرطة هذا القانون ولم يراع الترتيب الوارد في كشف اللجنة ... وقد انتهى المجلس إلى أن الإدارة ملزمة بمراعاة ما يقدم لها من كشوف وأنها بعدم مراعاتها قد اعتدت على الحقوق التي قررها القانون أعلاه ، وبدلاً من ان يقضي المجلس بإلغاء القرار الصادر بالتعيين إلغاء كامل ، قضى بإلغاء تلك القرارات فيما تضمنته من تجاوز لترتيب كشف اللجنة"⁽¹⁾.

مما تقدم، يأخذ الإلغاء الجزئي اشكال عده فقد يكون بإلغاء مادة من القرار التنظيمي (اللائحي) ، أو شطر من القرار أو أن تلغى بعض اثاره كالتأثير الرجعي أو لعدم تضمين القرار نصوص كان من الواجب توافرها فيه.

ثالثاً: الاساس القانوني لتعديل القرار الإداري من قبل القضاء الإداري
يمكن الاساس القانوني للقاضي الإداري في تعديل القرار الإداري المطعون فيه في عدة اسس ومنها:

1- يستطيع القاضي الإداري عندما ترفع أمامه دعوى لإلغاء القرار الإداري تعديله ضمنياً
بالاستناد إلى سلطته الأصلية في الإلغاء ، وذلك عندما يطلب أحد الخصوم إلغاء جزء محدد من القرار الإداري ، باعتبار ان التعديل الضمني يقوم على اساس اصدار القاضي الإداري حكماً بإلغاء الجزء المطعون فيه من القرار الإداري اذا ثبت عدم مشروعيته

1- د. عبد المنعم عبد العظيم جبزة ، آثار حكم الإلغاء ، ط1 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1971م، ص229 وما بعدها . كما اخذ القضاء الإداري الاردني بالتعديل الجزئي، مثل ذلك ما قضت به محكمة العدل العليا الاردنية " ان قرار عزل المستدعي يعتبر قطعياً من تاريخ صدوره عن وزير الصحة في 21/11/1965م ، فإن ما ورد في القرار ان العزل يسري اعتباراً من تاريخ سابق لتاريخ اكتسابه الدرجة القطعية أي باثر رجعي يخالف القانون وحقوق بالإلغاء من هذه الجهة لهذا نقرر الغاء القرار المطعون فيه من حيث رجعيته " . د. فهد عبد الكريم ابو العثم ، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005م، ص412 .

الفصل الثالث آثار تحقق المسئولية الإدارية وضمانات الغير تجاه معالجة الترخيص

أي مخالفته للقانون ، ومن ثم يبقى القرار الإداري الأصلي مؤلّفاً من الأجزاء أو النصوص السليمة المتبقية⁽¹⁾، وبالتالي بإمكان القاضي الإداري بعد قيام ذوي الشأن رفع دعوى الإلغاء أمامه تعديل القرار تعديلاً جزئياً استناداً إلى سلطته الأصلية في دعوى الإلغاء .

2- الدور الأنساني للقضاء الإداري عند انعدام النص ، اذا كان العرف والتشريع قد ساهمما في تكوين بعض أحكام القانون الإداري ، فإن الكثرة الغالبة من تلك الأحكام ولدت على يد القضاء فيما استخلصه من مبادئ واستتبّطه من نظريات ، سواء من نصوص التشريعات أم التي ابتدعها دون الاستناد إلى نصوص تشريعية ، فمعظم نظريات القانون الإداري بل أشهرها من بنات أفكار القضاء الإداري⁽²⁾، وبالتالي يمكن للقاضي الإداري الاعتماد على اجتهاده القضائي لتعديل القرار الإداري تعديلاً جزئياً.

3- نص القانون ، قد يمنح المشرع القاضي الإداري سلطة تعديل القرار الإداري وذلك في نطاق رقابته على القرارات الإدارية ، وقد تبني المشرع العراقي هذا المسلك صراحة إذ أنه منح محكمة القضاء الإداري اختصاصاً بالتعديل⁽³⁾، فقد نصّ قانون مجلس شورى الدولة على أنه " تبت المحكمة في الطعن المقدم إليها ، ولها أن تقرر رد الطعن، أو إلغاء ، أو تعديل الأمر ، أو القرار المطعون به ..."⁽⁴⁾.

فيلاحظ إن المشرع العراقي قد نصّ على سلطة محكمة القضاء الإداري في إلغاء القرار الإداري المخالف للقانون سواء بصورة كلية أم جزئية ، وذلك اذا كان هذا الجزء غير مشروع ومن ثم فإن هذه الحالة الأخيرة تعد تعديلاً جزئياً للقرار الإداري⁽⁵⁾.

مما تقدم يمكن للقاضي الإداري العراقي تعديل القرار الإداري الصادر بالرخصة تعديلاً جزئياً استناداً إلى سلطته الأصلية في الإلغاء وذلك اذا ثبت عدم مشروعية جزء منه فقط ، وكذلك استناداً إلى اجتهاد القاضي ونصّ القانون ، فلو كانت احد بنود الرخصة تتضمن على

1- ضرغام مكي نوري ، مدى سلطة قاضي الإلغاء في تعديل القرار الإداري ، مصدر سابق، ص 39 .

2- د. عبد الحكيم فودة ، الخصومة الإدارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية، 1996م، ص 159.

3- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد التاسع ، العدد الأول والثاني ، 1990م ، ص 175-178.

4- المادة (7/ ثاماً/أ) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل.

5- اسماعيل صعصاع البديري ، التعديل الجزئي للقرار الإداري ، بحث منشور في مجلة بابل للعلوم الصرفة والتطبيقية ، المجلد 15 ، العدد 1 ، 2008م ، ص 19.

الفصل الثالث آثار تحقق المسئولية الإدارية وضمانات الغير تجاه منح الترخيص

معايير سلامة وصحة تقليدية تضر بالأفراد و البيئة (غير صديقة للبيئة)، فيستطيع القاضي الإداري تعديل هذا البند واستبدال هذه المعايير بأخرى حديثة ومعتمده من قبل الجهات العالمية .

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم

أولاً : معاجم اللغوية

1. ابن الفيض ، مجد الدين السيد محمد مرتضى الحسيني ، شرح تاج العروس ، دار ليبيا، فصل الراء- باب النساء- 76/8.
2. الرازي ، محمد بن أبي بكر ، مختار الصحاح ، ط1، دار الرسالة ، الكويت ، 1952.

ثانياً : الكتب القانونية

1. احمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، مجلد 1، ج 1، ط 1، منشورات الحلبي ، بيروت، 2000م.
2. احمد محمد النوايسة ، مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان، 2001 م.
3. آدم وهيب النداوي ، شرح قانون الأثبات ، ط1، مطبعة المعرف ، بغداد ، 1983 - 1984 م.
4. إدوارد عبد ، القضاء الإداري، الجزء الثاني، مطبعة البيان، بيروت، 1975م.
5. أعاد علي حمود القيسى، القانون الإداري، ط3، مطبعة الفجيرة الوطنية، الإمارات 2008م.
6. أكرم نشأت ابراهيم ، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن ، ط1، مطبعة الفتيان ، بغداد ، 1998 م.
7. أنور احمد رسلان، مسؤولية الدولة غير التعاقدية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1982 م.
8. أنور طلبة. انحلال العقود الفسخ التفاسخ الانفساخ البطلان استحالة التنفيذ الظروف الطارئة التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض. ط 5. المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004 م.
9. جورج شفيق ساري ، القضاء الإداري ، ط 5 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 م.

10. حامد مصطفى ، النظام القانوني للمؤسسات العامة والتاميم في القانون العراقي ، دار الجمهورية للنشر والطبع ، بغداد ، 1965م.
11. حامد مصطفى ، مبادئ القانون الإداري العراقي، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد، 1968.
12. حسن علي الذنون ، المبسط في المسؤولية المدنية ، ج 1 ، الضرر ، شركة التايمس للطبع والنشر ، بغداد ، 1991م.
13. حبيب نمر ، التأمين ، ط2، دار الطباعة اللبنانيّة ، بيروت ، 1958.
14. حسين عثمان محمد، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2008م.
15. حمدي أبو النور السيد ، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية ، ط1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2011م.
16. حمدي عبد الرحمن ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول ، ط2 دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010م.
17. خالد سمارة الزعبي ، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق ، المركز العربي للخدمات الطلابية ، عمان ، 1996م.
18. رافت فوده ، دروس في المسؤولية الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994م.
19. رضوان بوجمعة ، قانون المرافق العامة ، مطبعة النجاح ، الدار البيضاء، 2000م .
20. رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، دار النهضة ، القاهرة ، 1970م.
21. رمضان أبو السعود ، مبادئ قانون الأثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2007م.
22. سالم بن راشد العلوي ، القضاء الإداري ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، 2009م.
23. سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية ، مطبعة اطلس ، منشأة المعارف ، القاهرة ، 1982م.
24. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2004م.

- 25.سامي حسن نجم الحمداني ،الإدارة المحلية وتطبيقها والرقابة عليها ،ط1،المركز القومي للإصدارات القانونية،القاهرة،2014 م.
- 26.سعاد الشرقاوي ، مبادئ القانون الإداري ، ط3، دار النهضة العربية ، القاهرة ، م.2000
- 27.سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، منشورات مركز البحوث القانونية ، بغداد ، 1981م.
- 28.سعيد سعد عبدالسلام ،مشكلة تعويض أضرار البيئة التكنولوجية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2003م.
- 29.سلمان عبيد عبد الله الزبيدي ، شرح أصول محاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 م المعدل ،ط1، مكتبة القانون والقضاء ، بغداد ، 2015م.
- 30.سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الثاني ، قضاة التعويض ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1986 م.
- 31.سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، ط7، دار الفكر العربي ، القاهرة،2006م.
- 32.سليمان محمد الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الثاني، قضاة التعويض ، دار الفكر العربي،القاهرة،1977م.
- 33.سليمان محمد الطماوي ، مسؤولية الإدارة عن اعمالها غير التعاقدية ، ط2، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1954 م .
- 34.سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال الحق ،ط3، مطبعة جامعة عين شمس ، 1978 م.
- 35.سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات،ج2، المجلد الثاني، بلا جهة نشر ، القاهرة ، 1988م.
- 36.سمية عبد هديهد ، الاختصاص في القرار الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، م.2012
- 37.سيد وفا ، مسؤولية الإدارة عن أخطاء موظفيها ،ط2 ،مكتبة المستقبل ، دبي ، م.2006
- 38.شاب توما منصور ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني ، ط1، مطبعة دار العراق للطبع والنشر ، بغداد ، 1980م.

39. شريف يوسف خاطر ، القرار الإداري ، ط2، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2008-2009م.
40. صبري محمد السنوسي ، مسؤولية الدولة دون خطأ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001م.
41. طارق ابراهيم الدسوقي عطية، النظام القانوني لحماية البيئة ، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2009م.
42. طارق فتح الله خفي ، القضاء الإداري ، دعوى الإلغاء ، ط3، النشر الذهبي للطباعة ، القاهرة ، 1999م.
43. طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1985م.
44. طعيمه الجرف ، القانون الإداري ، بلا جهة نشر، القاهرة، 1973م .
45. عادل احمد الطائي ، مسؤولية عن أخطاء موظفيها ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1978م.
46. عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري ، دار غريب للنشر والتوزيع ، القاهرة، 2009م.
47. عادل جبriي محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005م .
48. عادل سيد فهيم ، نظرية التأمين ، الدار القومية للطباعة والنشر ، مصر ، بلا سنة نشر .
49. عايد رجا الخالية، المسئولية التقصيرية الإلكترونية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والأنترنت ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2009م.
50. عباس العبدلي، شرح قانون الأثبات، بلا جهة نشر ، بلا سنة نشر.
51. عبد الحكيم فودة ، الخصومة الإدارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1996م.
52. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1972،
53. عبد الرحمن نورجان الأيoubi، القضاء الإداري في العراق حاضره ومستقبله، دار ومطبع الشعب، بغداد ، 1965م.

54. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الدفوع الإدارية في دعوى الإلغاء و الدعوى التأديبية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2007 م.
55. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2008 م.
56. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية العامة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2008 م.
57. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2007 م.
58. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة ، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة، 2008 م.
59. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية (القرارات والعقود الإدارية) ، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة، 2008 م.
60. عبد العزيز عبد المنعم خليفه ، دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الطبعة الرابعة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2004 م.
61. عبد الغني بسيوني ، القضاء الإداري ، ط3، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2006 م.
62. عبد الغني بسيوني ، النظرية العامة في القانون الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2003 م.
63. عبد القادر خليل، نظرية سحب القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964 م.
64. عبد الله تركي حمد العيال ، الضرر البيئي ، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2013 م.
65. عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في شرح القانون المدني ، ج1 ، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد ، 1963 م .
66. عبد المجيد الحكيم وأخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، مصادر الالتزام ، جمهورية العراق ، وزارة التعليم و البحث العلمي، 1980 م .

67. عبد الملك يونس ،**اساس مسؤولية الإدراة وقواعدها**، ط1، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، 1999م.
68. عبد الملك يونس محمد، **أساس مسؤولية الإدراة وقواعدها** ، دار الكتب القانونية، مصر، 2012م.
69. عبد المنعم عبد العظيم جبزة ، **أثار حكم الإلغاء** ، ط1 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1971م.
70. عدنان الزنكيه، **سلطة الضبط الإداري في المحافظة على جمال المدن وروائها**، ط1، منشورات الحلبى الحقوقية، بيروت ، 2011م.
71. عدنان عاجل عبيد، **القانون الدستوري**، ط2، دار الوثائق والكتب ، بغداد، 2012م.
72. عزيز كاظم جبر، **الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية**، ط1 ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1998م.
73. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، **توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري و حسم إشكالات التنازع بينهما** ، سلسلة المائدة الحرة ، بيت الحكمة ، بغداد، 1990م.
74. عصمت عبد الله الشيخ ، **الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الأحكام الإدارية** ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2009 .
75. علي خطار شنطاوي ،**موسوعة القضاء الإداري ،الجزء الأول** ، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2011 م.
76. علي سعد عمران ،**القضاء الإداري** ، ط2، مكتبة أبو الطيب المتنبي، بغداد ، 2014 م
77. علي عدنان الفيل ، **المنهجية التشريعية في حماية البيئة** ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2012م.
78. علي محمد بدير ، عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مهدي ياسين السلامي، **مبادئ وأحكام القانون الإداري**، مكتبة السنورى، بيروت ، 2012م.
79. علي ناصر الخويلي ، **دور الهيئات التنظيمية في قطاع الاتصالات** ، ط1، دار السلام ، بيروت ، 2012 .
80. عمار عباس الحسيني ،**أصول التحقيق الإداري**، ط1، منشورات الحلبى الحقوقية، بيروت، 2016م.

81. عيد محمد مناهي العازمي، الحماية الإدارية للبيئة - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م.
82. غازي فيصل ، نصوص دستور جمهورية العراق لسنة 2005 في الميزان ، ط1، موسوعة الثقافة القانونية ، 2008م.
83. غازي فيصل مهدي ، عدنان عاجل عبيد ، القضاء الإداري ، ط1، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع، النجف، 2013م.
84. فهد عبد الكريم أبو العثم ، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005م.
85. فهد مرزوق فهد العنزي، النظام القانوني للترخيص الإداري في دولة الكويت، دراسة مقارنة، بلا جهة نشر، 2002م.
86. فؤاد العطار، مبادئ القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1961م.
87. كريم خميس خصباك ، الخبرة في الأثبات الجزائري ، ط1، دار السنهروري، بغداد، 2008م.
88. ماجد راغب الحلو ، الدعاوى الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004م.
89. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 1987م.
90. ماجد راغب الحلو ، دعاوى القضاء الإداري ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، 2010م.
91. ماجد راغب الحلو، دعاوى القضاء الإداري ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، 2010م.
92. مازن ليلو راضي ، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية ، ط1، مطبعة شهاب ، اربيل ، 2010م.
93. ماهر صالح علاوي الجبوري ، القرار الإداري ، دار الحكمة ، بغداد ، 1991.
94. ماهر صالح علاوي الجبوري ، مبادئ القانون الإداري، المكتبة القانونية ، بغداد 2007، 2007م.
95. محمد الطيب عبد اللطيف ، نظام الترخيص والاختصار في القانون المصري، مطبعة دار التأليف، القاهرة، 1956 .

96. محمد انور حمادة ، القرارات الإدارية ورقابة القضاء ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2004م.
97. محمد رضا جنيح، القانون الإداري، ط2، مركز النشر الجامعي ، تونس، 2008م.
98. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء الإلغاء(أو الإبطال) قضاء التعويض وأصول الإجراءات ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005 م.
99. محمد سعد فودة ، النظام القانوني للعقوبات الإدارية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2006-2007م.
100. محمد طه البشير ، غني حسون طه ، الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية ، الجزء الأول، مطبع التعليم العالي، 1982 م.
101. محمد عبد الله الفلاح ، الرقابة الإدارية كأداة للرقابة الشعبية مجلة كتاب الشعب المنشاة العامة للتوزيع والنشر ، طرابلس ، العدد 87، مارس/1985م.
102. محمد عبد طعيس ، تعويض الضرر المعنوي في المسؤولية التقسيمية ، دار الكتب و الوثائق العراقية ، بغداد ، 2008م.
103. محمد عبده أمام، القانون الإداري وحماية الصحة العامة، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007م.
104. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2006م.
105. محمد فؤاد مهنا ،مسؤولية الإدارة في تشريعات البلاد العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، 1972م.
106. محمد فؤاد مهنا، حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة، مطبعة الشاعر، الإسكندرية، 1970م.
107. محمد ماجد ياقوت، الدعوى التأديبية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2006م.
108. محمد ماهر أبو العنين ، التراخيص الإدارية، الجزء الأول، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2006م.
109. محمد ماهر أبو العنين ، التعويض عن أعمال السلطات العامة ، مطبعة كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، بلا سنة نشر.
110. محمد ماهر أبو العنين ، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2004م.

111. محمد ماهر أبو العينين ، دعوى الإلغاء ، الكتاب الثاني ، أسباب إلغاء القرارات الإدارية ، دار أبو المجد للطباعة بالهرم ، بلا سنة نشر.
112. محمد يعقوب العبيدي، مبادئ القانون الإداري ، ج1،مطبعة الامراء، بغداد ، بلا سنة نشر.
113. محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، بيت الحكمة ، بغداد ، 1989م.
114. محمود عاطف البنا ، الوسيط في القضاء الإداري، ط2، شركة مطبع الطوبجي التجارية، القاهرة ، 1999م.
115. محى الدين القيسى ، القانون الإداري العام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، بلا سنة نشر .
116. محى الدين القيسى ،القانون الإداري العام ، ط1،منشورات الحلبي ،بيروت . 2007، م
117. محى الدين القيسى،مبادئ القانون الإداري العام ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية،2003م.
118. مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ومجلس الدولة ، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ،2005م.
119. ناصر عبد الحليم محمد السلامات ، نفاذ القرار الإداري، ط1 ، اثراء للنشر والتوزيع ، عمان ،2013م.
120. نجيب أحمد عبد الجبلي ، الحجز الإداري ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2006م.
121. نجيب خلف احمد ، محمد علي جواد كاظم ، القضاء الإداري ، مكتب الغفران للخدمات الطباعية ، بغداد ، 2010 م.
122. نجيب خلف احمد الجبوري ، القانون الإداري ، ط1، السليمانية ، 2015 م .
123. نعمان حافظ: التفتيش الإداري، الطبعة الأولى، بلا جهة نشر ، بلا سنة نشر ،2010م.
124. نعيم مغرب، الجديد في الترخيص الصناعي والبيئي، ط1،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،2006م.
125. نواف كنان، مبادئ القانون الإداري ،مركز البحث والدراسات، الشارقة 2004، م.

126. هدى عبد الله ، العقد ، الجزء الثاني ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008م.

127. وسام صبار العاني، القضاء الإداري ،ط1، دار السنهوري، بغداد ،2015م.

ثالثاً: الكتب المترجمة

1- جاك غستان ، تكوين العقد ، ترجمة منصور القاضي ، ط2، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،بيروت ،2008 .

2- جورج فوبيل و بيار دلفولفيه، القانون الإداري ، ترجمة منصور القاضي، الجزء الأول، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2001م.

رابعاً : البحوث – المجلات – المقالات - المنشورة

1. احمد خورشيد حميدي ، سنيم صالح محمد ، رقابة محكمة القضاء الإداري والمحكمة الاتحادية العليا على القرار الإداري التنظيمي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد 3، العدد 11، 2014م.

2. اسماعيل صعصاع البديرى ، التعديل الجزئي للقرار الإداري ، بحث منشور في مجلة بابل للعلوم الصرفية والتطبيقية ، المجلد 15 ، العدد 1 ، 2008م.

3. أصلة كيوان ، تعويض الضرر المتغير ،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 27 ، العدد الثالث ، 2011م.

4. باولو فيكيا ، قضية قرار المحكمة العليا الإيطالية الترددات الراديوية ، مقالات تصدر عن هيئة الأعلام والاتصالات ،الاتصالات اللاسلكية والبيئة.

5. تأثير الإشعاعات غير المؤينة على الصحة العامة ،مجلة تواصل تصدر عن هيئة الأعلام والاتصالات ،السنة السادسة ،العدد الثالث والخمسون ،كانون الثاني 2013م.

6. جنان عبد الرزاق فتاح ، الضرر المعنوي في أحكام القضاء الإداري ،بحث منشور في مجلة كلية مدينة العلم الجامعة ،المجلد الثامن ، العدد الأول، السنة 2016 م

7. حسن حنتوش ، التعويض عن الضرر المتغير في المسؤولية التقتصيرية ،مجلة جامعة كربلاء العلمية ،المجلد الخامس ،العدد الثاني ،2007م.

8. خليل الفندرى، المسؤولية الإدارية على اساس الاخلاقي بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، بحث منشور على الموقع www.fdsf.rnu.tn>com-khalil-fendri تاريخ زيارة الموقع 2016/10/10.

9. سالم مشكور ، هاجس استقلالية الهيئات التنظيمية، مجلة تواصل ،تصدر عن هيئة الأعلام والاتصالات ،السنة السادسة ،العدد الثالث والخمسون، كانون الثاني / 2013 م.
10. سرى صاحب محسن العاملى، موقف القضاء الإداري العراقي من عيب الاختصاص، بحث منشور في مجلة كلية التربية/ واسط، المجلد 11، العدد 11، 2012 م.
11. سعيد نحيلي ،التاريخ الإداري ،بحث منشور في الموسوعة العربية على الموقع التالي .2016/9/23 www.arab-ency.com
12. سلام كبة، الازمة المستفحلة لشركات الاتصالات في العراق ،موقع مركز كالكامش للدراسات والبحوث الكردية، www.gilgamish.org
13. عبد الحكيم حمامي ،ومصطفى هرندو ، خالد كيتا ، القوة القاهرة بين التشريع والقضاء المغربي والمقارن ، بحث منشور على موقع العلوم القانونية على الموقع الاتي www.marocdroit.com تاريخ الزيارة 2016/10/29.
14. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي ، مجلة العلوم القانونية، المجلد التاسع ، العدد الأول والثاني ، 1990 م.
15. علي خطار شنطاوي ، الرقابة القضائية على الظروف الخارجية لإصدار القرار الإداري، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية ، السنة الخامسة والعشرون ، العدد الثالث ، سبتمبر 2001 م.
16. غازي فيصل مهدي، الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الإداري في العراق، مجلة العدالة، بغداد ،العدد الثاني،2001م.
17. فاطمة القدسي ، ود. ريم محمد الطويرقي ، تأثيرات أبراج الجوال على صحة الانسان - بحث منشور على الموقع www.nawiseh.com تاريخ زيارة الموقع 10/21/2016 م.
18. مجلة القانون المقارن ، العدد الرابع والعشرون ، 1996 م.
19. مجلة القضاء ، العدد الرابع ، السنة الثالثة والعشرون ، تشرين الأول والثاني ، 1968 م.
20. محمود خليل خضير، نهاية القرار الإداري بغير طريق القضاء، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرین ، المجلد 20 ، العدد 10 ، 2008 م.
21. ندى حمزة صاحب الربيعي ،المسؤولية المدنية المترتبة على استخدام عقد الهاتف النقال، بحث منشور في مجلة واسط للعلوم الإنسانية ،المجلد الثامن، العدد الواحد والعشرون،2013 م.

22. نواف سالم كنعان ، المبادئ التي تحكم تنفيذ أحكام الإلغاء في قضاء محكمة العدل العليا ، مجلة الحقوق ، السنة الخامسة والعشرون ، العدد الرابع ، جامعة الكويت ، 2001م.
23. هديل موفق محمود ، اثر القوانين والتشريعات العمرانية في إدارة الأراضي وتخطيط المدن مدينة بغداد – حالة ، بحث منشور في المجلة العراقية لهندسة العمارة ، المجلد التاسع والعشرون ، العدد الثالث والرابع، 2014م.
24. وسام صبار العاني ، اثر دعوى الإلغاء في وقف تنفيذ القرار المطعون فيه ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة المستنصرية ، المجلد 4، العدد 16 ، 2012 ، 2012م.
25. وسام صبار العاني ، عيب السبب ومكانته بين أوجه الإلغاء في النظم المقارنة وال伊拉克 ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق تصدر عن جامعة النهرين ، المجلد 14 ، العدد 2 ، السنة 2012.
26. ياسين طه الدوري ، التظلم الإداري الوجobi في محكمة القضاء الإداري ، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء ، السنة الرابعة ، عدد 3 ، تموز-اب-ايلول، 2012م.

خامسًا: الأطارات والرسائل

1. احمد محمود احمد الريبيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، 2012م.
2. أسماعيل صعاصاع غيدان، مسؤولية الإدارة عن الضرر المعنوي في القانون العراقي ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون- جامعة بغداد ، 2003م.
3. حسن حنتوش رشيد ، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقسييرية ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون- جامعة بغداد ، 2004م.
4. رنا محمد راضي البياتي ، دور الإدارة في منح الإجازة الاستثمارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2015 م.
5. سردم عامر عباس ، التعويضات عن الأضرار البيئية وتطبيقاتها على العراق ، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل ، 2003 ، 2003م.
6. سرى عبد الكريم إبراهيم، عيب المحل في القرار الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين ، 2008 م .
7. ضرغام مكي نوري ، مدى سلطة قاضي الإلغاء في تعديل القرار الإداري ، رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة بابل ، 1997م.

8. عبد الحسين عبد نور هادي الجبوري، الرقابة الإدارية للمفتش العام على عقد الأشغال العامة في العراق ،رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة بابل 2009،..
9. عبد الرحمن عبد المجيد حياوي ،الهاتف النقال ومخاطر الصحة ،رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة الموصل ،2005م.
10. علي ضاري خليل ، السبب الاجنبي واثره في نطاق المسؤولية التقصيرية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة بغداد ،1999م.
11. علي عبد الرضا عبيد الصاحي ،مسؤولية الإدارة عن التلوث البيئي في التشريع العراقي ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة البصرة ، 2013م.
12. عمار طعمة البيضاني ، المسؤولية الإدارية القائمة على فكرة المخاطر ، كلية الحقوق- جامعة النهرین ، 2007م.
13. عمرو ياسر حسام الدين ،النظام القانوني لترخيص الأسلحة والذخائر والرقابة على ركن السبب فيها، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة،2012.
14. فارس عبد الرحيم حاتم ، حدود رقابة القضاء الإداري على القرارات التي لها قوة القانون ، رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة بابل ، 2003م.
15. مثنى احمد الشافعي ، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء ، رسالة ماجстير ، كلية القانون - جامعة بغداد ، 2005.
16. محمد احمد رمضان ، المسؤولية المدنية عن الأضرار في بيئة الجوار ،أطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بغداد ، 1993م.
17. محمود عبد علي حميد الزبيدي ، مدى سلطة الإدارة في سحب قراراتها الإدارية المشروعة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون-جامعة المستنصرية ، 2008م .
18. مصطفى عبد الغني عبد الغني ، المحل في القرار الإداري والرقابة القضائية عليه ،أطروحة دكتوراه ، الحقوق – جامعة بنى سويف ، 2011.
19. ندى صالح هادي الجبوري، الجرائم الماسة بالسكينة العامة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون- جامعة بغداد، 2006م.
20. وفاء عبد الفتاح عواد، ضمانات حقوق الإنسان في مواجهة سلطة الإدارة في إصدار القرار الإداري، رسالة ماجستير ،كلية القانون – جامعة بغداد،2006م.

سادساً: التشريعات

أ- الدساتير

- .1. الدستور الفرنسي لعام 1946م.
- .2. الدستور الفرنسي لعام 1958م.
- .3. الدستور المصري لعام 1971م.
- .4. الدستور العراقي لعام 2005م.
- .5. الدستور المصري لعام 2014م.

ب- القوانين

القوانين العراقية والערבية

- - .1. قانون ديوان الرقابة المالية العراقي الملغى رقم (17) لسنة 1927م.
 - .2. قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1937م.
 - .3. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م.
 - .4. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م.
 - .5. قانون ديوان المحاسبة اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم (9) لسنة 1954م.
 - .6. قانون الحجز الإداري المصري رقم (308) لسنة 1955م.
 - .7. قانون إدارة البلديات العراقي رقم (165) لسنة 1964.
 - .8. قانون تنظيم المدن والقرى والأبنية الأردني(79) لسنة 1966م.
 - .9. قانون ديوان الرقابة المالية العراقي الملغى رقم (42) لسنة 1968م.
 - .10. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969م.
 - .11. قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969م.
 - .12. قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972م.
 - .13. قانون الطيران المدني العراقي رقم (148) لسنة 1974م.
 - .14. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م.
 - .15. قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979م.
 - .16. قانون الأثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979م.
 - .17. قانون التأمين الإلزامي من حوادث السيارات العراقي رقم (52) لسنة 1980م.
 - .18. القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980م.

- .19. قانون ديوان الرقابة المالية العراقي الملغى رقم (194) لسنة 1980م.
- .20. قانون التخطيط العمراني المصري رقم (3) لسنة 1982م.
- .21. قانون وزارة الصحة العراقي رقم (10) لسنة 1983م.
- .22. قانون تنظيم المباني القطري رقم (4) لسنة 1985م.
- .23. قانون ديوان الرقابة المالية العراقي الملغى رقم (6) لسنة 1990م.
- .24. قانون انصباط موظفين الدولة العراقي رقم (14) لسنة 1991م.
- .25. قانون الاتصالات الأردني رقم (13) لسنة 1995م.
- .26. قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997م.
- .27. قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997م المعدل.
- .28. قانون تنظيم الاتصالات البحريني رقم (48) لسنة 2000م.
- .29. قانون الوقاية من الإشعاع القطري رقم (31) لسنة 2002م.
- .30. قانون الطرق العامة العراقي رقم (35) لسنة 2002م
- .31. قانون حماية البيئة اللبناني رقم (444) لسنة 2002م .
- .32. قانون حماية البيئة الأردني لعام (1) 2003م.
- .33. قانون الاتصالات الإماراتي رقم (3) لسنة 2003م.
- .34. قانون تنظيم الاتصالات المصري رقم (10) لسنة 2003م.
- .35. قانون إدارة الدولة العراقي للمرحلة الانتقالية لسنة 2004م.
- .36. أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (55) لسنة 2004م.
- .37. أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (57) لسنة 2004 م.
- .38. أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) العراقي رقم (65) لسنة 2004م.
- .39. أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) العراقي رقم (77) لسنة 2004م.
- .40. قانون المحكمة الاتحادية العراقية رقم(30) لسنة 2005م.
- .41. قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006م.
- .42. قانون الاتصالات القطري رقم (34) لسنة 2006م.
- .43. قانون وزارة البيئة العراقي رقم (37) لسنة 2008م .
- .44. قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم (27) لسنة 2009م.
- .45. قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي العراقي رقم (31) لسنة 2011م.
- .46. قانون بيع وإيجار أموال الدولة العراقي رقم(21) لسنة 2013م.

- .47. قانون العمل العراقي رقم (37) لسنة 2015م.
- .48. قانون السيطرة على الضوابط العراقي رقم (41) لسنة 2015م .
- .49. قانون الميزانية الاتحادية العراقي لسنة 2015م.

• القوانين الأجنبية

- 1- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804م.
- 2- قانون مجلس الدولة الفرنسي لسنة 1945م.

ج- اللوائح و التعليمات

- .1. اللائحة التنفيذية رقم (4) لسنة 1994م لقانون البيئة المصري.
- .2. اللائحة التنفيذية رقم (3) لسنة 2004 م لقانون الاتصالات الإماراتي.
- .3. اللائحة التنفيذية رقم (1) لسنة 2009م لقانون الاتصالات القطري
- .4. تعليمات الوقاية من الأشعة غير المؤينة الصادرة من منظومات الهاتف النقال رقم (1) لسنة 2010م.
- .5. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014م.
- .6. قرار مجلس الوزراء العراقي رقم (233) لسنة 2014م.

• مشروعات القوانين

- .1. مشروع قانون الاتصالات والمعلوماتية العراقي.
- .2. مشروع قانون هيئة المفتش العام الاتحادية العراقي.

سابعاً: المجاميع القضائية

- .1. خميس عثمان خليفة المعاضيدي ، المرشد لقرارات وفتاوی مجلس شورى الدولة وقرارات المحكمة الإدارية العليا ، ط2 ، مكتب زاكى ، بغداد.
- .2. مجموعة أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة احمد يسري ، ط10 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1995م.
- .3. مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات (1955-1965)،الجزء الأول.

- .4 مجموعة أحكام المحكمة الإدارية في خمسة عشر عام ،الجزء الثالث .
- .5 مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري ، السنة الثانية .
- .6 مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الرابع ، 1979م.
- .7 مجموعة القرارات الكبرى في القضاء الإداري ، ط 1 ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ، 2009م.
- .8 مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة، تصدر عن وزارة العدل العراقية، 2008م.
- .9 مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة، تصدر عن وزارة العدل العراقية، 2014م.
- .10 معوض عبد التواب ، الموسوعة النموذجية في القضاء الإداري ، المجلد الثالث/ دعوى التعويض ، مكتبة عالم القانون للنشر والتوزيع ، الإسكندرية ، 2003م.
- .11 معوض عبد التواب ، الموسوعة النموذجية في القضاء الإداري ، المجلد الثاني / دعوى الإلغاء ، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2003م.

ثامناً: القرارات غير المنشورة

- .1 حم محكمة القضاء الإداري ذي العدد 72/2004 في 1/12/2004 غير منشور.
- .2 قرار مجلس الانضباط العام ذي العدد 2/انضباط / تميز/2011 في 13/1/2011 غير منشور .
- .3 قرار محكمة التمييز الاتحادية، ذي العدد 870/الهيئة المدنية في 3/6/2014، غير منشور.
- .4 حكم محكمة بداية الكرادة ذي العدد 1228 /ب/2016 في 19/6/2016 غير منشور.
- .5 حكم محكمة القضاء الإداري ذي العدد 1441/2016 في 28/12/2016 غير منشور.

تاسعاً : م الواقع الانترنت

1- profasaad.info/?page-id=52

2- www.arab-ency.com

4-www.gilgamish.org

5- www.ntra.gov.eg

6 -www.tra.com

7- www.tra.gov.ib

8-www.cmc.iq. Com

9- www.fdsf.rnu.tn>com-khalil-fendri

10-www.hamonn rights gov -ig /uploads/pdf/ bvoj 20% atsalat.pdp

11 - www.samaria News. Com/AR/4.41.htm

12- <https://m.youtube.com/watch?>hwdrksjbdr8>

13- www.tra.com

عاشرًا : القرارات ولوائح الدولية

1. المادة (5) من لوائح الراديو للاتحاد الدولي للاتصالات.

2. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1-8-626

احد عشر: المصادر باللغة الفرنسية

1- Marcel Walin, Prise de droit administratif, Paris, 1969.

2- Rene Chapus. , Droit administratif general, tome 1, edition , Montchrestien. Paris , 1988.

الخاتمة

بعد أن تمّ بعون الله الانتهاء من دراسة موضوع بحثنا الموسوم "المسؤولية الإدارية عن اضرار تراخيص الهاتف النقال" ،بقي أمامنا أن نختتم هذا البحث بأهم النتائج التي توصلنا إليها ، ثم نحدد بعد ذلك أهم التوصيات عسى أن يسترشد بها المشرع ، أو الباحثين الآخرين.

أولاً: الاستنتاجات

- 1- لم يعرف الأمر (65) لسنة 2004 رخصة الهاتف النقال ومن خلال المبادئ التي استقيناها من الترخيص الإداري بصورة عامة ، وبحسب هذه المبادئ تعرف الرخصة "قرار إداري صادر عن الجهة المختصة إدارياً (هيئة الإعلام والاتصالات) بموجب عقد إداري تمنح فيه الازن إلى شخص أو شركة لتشغيل شبكة اتصالات أو تقديم خدمات الاتصالات باستخدام الطيف الترددية ،وتترتب عليه آثار قانونية بمنح حقوق وترتبا التزامات على المرخص له".
- 2- توصلنا إلى أن نظام الترخيص يجد تبريره وضرورته فيما يحقق من أهداف تدور بشأن فكريتي الضبط الإداري والانتفاع الخاص بإدارة مرفق مهم الأّ وهو مرفق الاتصالات ، وبالتالي يجد ضرورته في صفة الوقائية التي تتعلق بسلامة الدولة وأمن الأفراد وصحتهم العامة وسلامة استخدام المال العام ، وكذلك بالسير المنظم للمرافق العامة.
- 3- إن الرخصة هي عمل ، أو تصرف قانوني يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة تحدث اثراً قانونيًّا معيناً وبذلك يتطابق تعريف الرخصة مع القرار فيكون تكييفها القانوني السليم أنها قرار إداري فردي تصدره الإدارة المختصة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين (الأمر رقم 65) بنية إحداث اثر قانوني معين ممكنا وجائز قانوناً تحقيقاً للمصلحة العامة. ووجدنا ، ايضاً ، أن الرخصة هي قرار إداري مستجتمعه كل أركان القرار الإداري من (الاختصاص والشكل والمحل والغاية).
- 4- إن منح الرخصة هي سند قانوني ويمكن الاحتجاج بها ويتمثل ذلك في عدة جوانب ، الأولى أهلية ممارسة النشاط من قبل المرخص له، والجانب الثاني ضمانة للإدارة وكذلك المرخص له ، حيث تستطيع الإدارة عن طريق منح هذا السند أن تراقب الشركة المرخص لها ، وكذلك تعتبر ضمانة لحاملها الذي يمارس نشاطه وفق الأمر (65) لسنة 2004 ، والرخصة كقرار إداري وسند قانوني تنشأ آثار يترتب عليها إنشاء مركز قانوني جديد للمجاز له تمنحه حقوق وترتبا عليه الالتزامات.

- 5- إن عقد إلتزام مرفق الاتصالات يحتاج لتنفيذه إلى أن الإدارة تتمكن الملزتم من تقديم خدمات للجمهور ولا يكون ذلك إلا بمنحه رخصة استعمال الطيف الترددية.
- 6- أعطى الأمر (65) لسنة 2004 لهيئة الإعلام والاتصالات الحق في فرض الجزاءات الإدارية بحق المرخص له في حالة عدم تنفيذه لالتزاماته ومن هذه الجزاءات " فرض غرامة مالية ، والجز الإداري ، وكذلك المصادر الإدارية ، وایقاف الترخيص ، وایقاف العمليات ، وسحب والغاء الرخصة".
- 7- إن من صور الخطأ المرفق هو ،سوء الخدمة المقدمة للمواطن ، أو سوء خدمات المرفق العام، وعدم قيام المرفق بأداء الخدمة المطلوبة منه ، وكذلك بطال المرفق في أداء الخدمة ، وتوصلنا إلى أن هذه الصور مستوعبة وبالإمكان تتحققها في مجال تراخيص الهاتف النقال.
- 8- بموجب العقد الموقع مع الشركة تبقى الإدارة مسؤولة أمام المواطن لأنه يستطيع أن يطلب اليها التدخل لدى الشركة لمنع التجاوز فان امتنعت عن التدخل قامت مسؤوليتها عن القرار السلبي بالامتناع عن التدخل. كما ان الدستور العراقي الدائم لسنة نصّ 2005 على أنه " لكل عراقي الحق في الرعاية الصحية ، وتعني الدولة بالصحة العامة ، وتكلف وسائل الوقاية والعلاج..." ، وكذلك نصّ على أنه "لكل فرد حق العيش في ظروف بيئية سليمة " ، وبالتالي ان من واجب الإدارة حماية الصحة العامة كنشاط ضبط اداري يتحتم عليها ان تتخذ كل الاحتياطات الازمة لمنع وقوع اضرار صحية وقصيرها بالأشراف والرقابة يحملها مسؤولية كاملة.
- 9- الضرر المعنوي في نطاق تراخيص الهاتف النقال : هو الاذى الناتج عن نشاط مرفق الاتصالات والذي يصيب الانسان في حقه او مصلحة غير مالية .
- 10- إن من تبعات مسؤولية هيئة الإعلام والاتصالات ، هو تغيير اسلوب استعمال الرخصة حيث تستطيع الادارة اجبار الشركة على تغيير اسلوب استعمال الرخصة وسند الادارة في ذلك هو مبدأ مسيرة المرافق العامة للمقتضيات المستجدة وكذلك مبدأ انتظام سير المرفق العام ، وكذلك من تبعات المسؤولية هو الزام الشركة بإزالة مصدر الضرر ويكون ذلك عن طريق سلطة القاضي الإداري بتوجيهه الأوامر لهيئة الإعلام والاتصالات بإلزام الشركة بإزالة مصدر الضرر ويكون ذلك بناء على طلب الأفراد.

11- إن المشرع العراقي قد وفر جملة من الضمانات للمواطن وأن كانت هذه الضمانات مبعثرة في عدة قوانين إلا أنه يبقى للمواطن الحق في اللجوء إلى تلك الضمانات ومن هذه الضمانات هي ضمانات قضائية " تتمثل في دعوى الإلغاء وقد توصلنا إلى أن دعوى الإلغاء ترفع على جميع هذه الجهات ، فهيئة الإعلام والاتصالات مسؤولة عن الترخيص للشركات ممارسة النشاط في العراق ، وكذلك وزارة البيئة مسؤولة عن اصدار الرخصة المتعلقة بنصب ابراج الهاتف النقال، وكذلك ترفع دعوى الإلغاء على وزارة الصحة ، ووزارة البلديات ، كون وزارة الصحة مسؤولة ، ايضاً ، عن حماية وتحسين البيئة طبقاً لقانون وزارة الصحة وقانون الصحة العامة ، و وزارة البلديات تعتبر طبقاً لقانون إدارة البلديات مسؤولة عن تأشير الأنشطة الصناعية والتجارية المضرة بالبيئة وكذلك تعتبر الجهة التخطيطية في العراق والتي من مسؤوليتها تقسيم المدينة إلى مناطق سكنية ومناطق صناعية، أما اذا تم رفع دعوى الإلغاء على هيئة الإعلام والاتصالات لوحدها فإنها بكل تأكيد سوف تطلب تدخل بقية الجهات كي لا تتحمل المسئولية بمفردها ، وكذلك من الضمانات القضائية هو سلطة المحكمة في تعديل الرخصة حيث يستطيع القاضي الإداري العراقي تعديل القرار الإداري الصادر بالرخصة تعديلاً جزئياً استناداً إلى سلطته الأصلية في الإلغاء وذلك إذا ثبت عدم مشروعية جزء منه فقط ، وكذلك استناداً إلى اجتهاد القاضي ونص القانون".

12- من هذه الضمانات ، ايضاً ، ضمانات غير قضائية وتنقسم إلى " ضمانات سياسية ومنها الرقابة الشعبية ورقابة البرلمان ، وضمانات إدارية مثل التظلم ورقابة المفتش العام ".

ثانيًا: المقترنات

1- إن النصوص التي تنظم رخصة الهاتف النقال ، جاءت كثيرة تعريها ظاهرة عدم وحدة التشريع، لذا نقترح جمع هذه النصوص في قانون واحد خاص بالرخصة يمر من خلال مجلس النواب ، لغرض توفير أكبر قدر من الحماية للمواطن و البيئة من جانب، ومن آخر لأن خدمة الاتصالات أصبحت من الخدمات المنتشرة في كافة أوساط المجتمع ، لذا لابد من تشريع قانون خاص لمعالجة المشاكل القانونية التي تثور بهذا الصدد . وقد وضعنا مشروع قانون يتبع الخاتمة عسى ان يسترشد به المشرع.

2- تحديد شروط منح الرخصة من أجل ضمان خضوع الشركات للقواعد واللوائح التنظيمية والأوامر التي تضعها الهيئة ، ومراقبة الشركات من أجل التأكد من التزامها بشروط الرخصة المشار إليها .

- 3- أستعرضنا حكم محكمة البداءة التي إشارة فيه إلا أنها هي المختصة بالنظر بالقرارات الصادرة عن هيئة الإعلام والاتصالات ، إلا أنه هذا الأمر غير دقيق من الناحية القانونية كون أن القضاء العادي أصبح مختص فقط في المنازعات العادلة بعد صدور قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم 106 لسنة 1989 ، عليه نقترح على المشرع العراقي الالتفات إلى هذا الأمر وجعل القضاء الإداري هو المختص بالنظر في قرارات الهيئة.
- 4- تشكيل لجنة من هيئة الإعلام والاتصالات ، ووزارة البيئة ، ووزارة الصحة ، ووزارة البلديات، ووزارة التعليم العالي والبحث العلمي لدراسة اضرار ابراج الهاتف النقال التي تقام بالقرب من منازل المواطنين ، وكذلك اعادة النظر في الابراج التي تم نصبها قبل صدور تعليمات الاشعة غير المؤينة رقم (1) لسنة 2010.
- 5- لصعوبة اثبات الخطأ الذي ينتج عن ابراج الهاتف النقال ولكون الأمر (65) لسنة 2004 لم ينصّ على نظرية المخاطر ، لذا نقترح على المشرع العراقي وكذلك على اللجان الإدارية في هيئة الإعلام والاتصالات الأخذ بنظرية المخاطر كونها توفر طريق أسهل للمواطن في الحصول على التعويض.
- 6- قلنا أن الضرر المعنوي في نطاق تراخيص الهاتف النقال : هو الاذى الناتج عن نشاط مرافق الاتصالات والذي يصيب الانسان في حقه او مصلحة غير مالية ، وبالتالي بإمكان تحقق الضرر المعنوي في نطاق تراخيص الهاتف النقال ، عليه نقترح النصّ في مشروع قانون الاتصالات على الضرر بنوعيه المادي والمعنوي.
- 7- بما أن قانون ادارة البلديات رقم (165) لسنة 1964 قد قسم المدينة إلى عمرانية وتجارية وصناعية وبما أن عمل الابراج يمثل نشاط صناعي وبالتالي نقترح نقل هذه الابراج إلى المناطق الصناعية، ولا ضير من اللجوء إلى تجارب الدول الأخرى للاستفادة منها في هذا المجال.
- 8- تفعيل دور الجهات الرقابية سواء أكانت حكومية أم منظمات مجتمع مدني ذات العلاقة بالبيئة ، وإعطائها صلاحيات متابعتها ومراقبتها ومحاسبتها وتقويم أدائها وبالتالي بات من الضروري تفعيل، تلك المنظمات و إعطائها الحق في رفع الدعاوى على هيئة الإعلام والاتصالات وكذلك وزارة البيئة الأمر الذي يبرر وجود مصلحة حقيقة لهذه المنظمات في المحافظة على البيئة، على أن تقوم هذه المنظمات عند الحصول على تعويض بإعادة تأهيل الوسط البيئي المتضرر من تلك المبالغ.

مشروع قانون رخصة الهاتف النقال

الفصل الأول

السريان والتعريف والأهداف

المادة 1- تسرى احكام هذا القانون على شركات الاتصالات الممنوحة رخصة تشغيل شبكات الاتصالات في العراق .

المادة 2- يقصد بالمصطلحات التالية لأغراض هذا القانون المعاني المبينة ازاوها:-

أولاً- الوزارة: وزارة الاتصالات العراقية.

ثانياً- الهيئة : هيئة الاعلام والاتصالات المنصوص عليها في المادة (103) من دستور 2005.

ثالثاً- الاتصالات : نقل أو بث أو أرسال أو تسلیم الرموز أو الإشارات أو الأصوات أو الصور أو الأفلام أو البيانات مهما كانت طبيعتها بواسطة الوسائل الضوئية أو بأية وسيلة أخرى.

رابعاً- التردد: قيمة ذبذبة الموجة الكهرومغناطيسية المنتشرة بصورة طبيعية وتقاس بالهيرتز وتستخدم لأرسال واستقبال اشارات الاتصالات وتخالف هذه القيمة بحسب تطبيقات خدمات الاتصالات المختلفة .

خامساً- الطيف الترددः: مدى الترددات المتاحة طبيعياً لتوفير واستخدام مختلف انواع خدمات الاتصالات اللاسلكية.

سادساً- شبكة الاتصالات العامة : منظومة اتصالات تتتألف من اجهزة ومعدات ووسائل نقل اتصالاتية تقدم خدمة اتصالات عامة الى المستفيدين كافة .

سابعاً- شبكة الاتصالات الخاصة : منظومة اتصالات تتتألف من اجهزة ومعدات ووسائل نقل اتصالاتية تقدم خدمة اتصالات معينة الى مجموعة حصرية من الاشخاص الطبيعيين او المعنويين تجمعهم ملكية مشتركة .

ثامناً- الرخصة : قرار إداري صادر عن الجهة المختصة ادارياً (هيئة الاعلام والاتصالات) بموجب عقد اداري تمنح فيه الأدنى إلى شخص أو شركة لتشغيل شبكة اتصالات عامة أو خاصة

مشروع قانون رخصة الهاتف النقال

أو تقديم خدمات الاتصالات باستخدام الطيف الترددية ، وترتبط عليه آثار قانونية تظهر بصيغة حقوق أو سلطات أو واجبات تترتب على المرخص له.

المادة 3- يهدف هذا القانون إلى تنظيم مرفق الاتصالات من خلال :

1- تنظيم عملية منح الرخصة واستعمالها بأحدث وسائل التكنولوجي.

2- الاستخدام الامثل للطيف الترددية وتعظيم العائد منه .

3- توفير خدمات الاتصالات العصرية لكافة المواطنين بأسعار مناسبة.

الفصل الثاني

شروط منح الرخصة

المادة 4- يشترط لمنح الرخصة الشروط الآتية:

1- إبرام عقد التزام مرفق عام بين هيئة الاعلام والاتصالات والشركة طالبة الرخصة (عقد أداري).

2- إن توقي الشركة بالتزاماتها التعاقدية تجاه الدولة ومنها التزامات المالية.

3- إن تلتزم بالقوانين والأنظمة والتعليمات والقرارات النافذة ذات الصلة ومنها قوانين وزارة البيئة والصحة.

4- استيفاء شروط العمل في العراق وفقاً للقوانين والأنظمة والتعليمات ذات الصلة .

الفصل الثالث

الأحكام التنظيمية

المادة 5- تكون الهيئة مسؤولة عن منح رخصة الهاتف النقال بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة.

المادة 6. أولاً: تكون الشركة المرخصة مسؤولة مسؤولة كاملة عن الأضرار المادية الحالة أو المحتملة أن كان هنالك من الأدلة التي تؤدي إلى الجرم بوقوع الضرر بالمستقبل .

ثانيًا: للمتضرر المباشر أو المحتمل أن يرفع دعوى أمام محكمة القضاء الإداري لثبت نسبه الضرر والأدلة المؤيدة لوقوعه وله الحق بالطلب من المحكمة إصدار قرار بالتعويض مع الاحتفاظ بالحق كاملاً بالتعويض مستقبلاً في حالة تفاقم آثاره على أن يؤيد ذلك بتقارير طبية أو مهنية صادرة وفق القانون .

ثالثًا: تكون الجهات التي لها علاقة بمنح الرخصة أو رقابة أنشطة الشركات مسؤولة أن ثبت ارتكابها خطأ في التعاقد أو منح الرخصة أو القيام بما تتطلبه الرقابة وواجب الوقاية من الأضرار المحتملة .

رابعًا: تكون وزارة المالية مسؤولة عن دفع التعويض للأفراد الذين أصيروا بآي شكل من أشكال الضرر وثبت عدم ارتكاب الجهات ذات العلاقة لخطأ أو إهمال أو تقصير .

المادة 7- تعفى الهيئة من المسئولية إذا ثبتت إن الضرر قد نشأ عن قوة قاهرة أو خطأ من جانب المنتفعين.

الفصل الرابع

المحكمة المختصة بالطعن

المادة 8- يكون القرار الإداري الصادر بالرخصة خاضعاً للطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري من كل ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحتملة إذا كان الضرر واقعاً أو محتملاً الورق بالمستقبل وترجع الأدلة والقرائن احتمالية وقوعه وتكون قراراتها خاضعة للطعن أمام المحكمة الإدارية العليا .

المادة 9- يشترط قبل تقديم الطعن إلى محكمة القضاء الإداري أن يتم التظلم من القرار الصادر بالرخصة خلال (30) ثلاثة يوم من تاريخ صدوره وعلى الهيئة أن تبت في التظلم خلال (30) من تاريخ التظلم لديها، ويجب الطعن لدى المحكمة خلال (30) من تاريخ رفض التظلم حقيقة أو حكماً وللمحكمة بعد نظر الدعوى إصدار أحد القرارات الآتية :

1- إن تلغي القرار المطعون فيه أو تعدله أو ترد الطعن.

2- التعويض إذا سبب القرار الملغى ضرراً.

الفصل الخامس

ضمانات الغير تجاه الترخيص

المادة 10- تختص الهيئة بوضع الأنظمة والتعليمات المتعلقة بآلية التعاقد أو منح الرخصة وعلى الشركة الإيفاء بالشروط الواردة بالقوانين والأنظمة والتعليمات ذات الصلة لاسيما تلك الصادرة عن دوائر الصحة والبيئة والبلدية وغيرها .

المادة 11- تخضع الشركة للرقابة الدورية على أن تشكل لجان رقابة متخصصة من وزارة الصحة والبيئة والبلديات والاتصالات إضافة إلى خبراء من هيئة الاعلام .

المادة 12- يجوز تأميم قطاع الاتصالات على أن يكون ذلك بحكم قضائي مكتسب الدرجة القطعية، ومقابل تعويض عادل.

الفصل السادس

فرض الجزاءات الإدارية

المادة 13- للهيئة فرض الجزاءات الآتية في حالة اخلال الشركات بشروط وأحكام الرخصة:

أولاً: الجزاءات الإدارية المالية

- 1- إلزام الشركة بإزالة مصدر الضرر أو تغيير أسلوب استعمال الرخصة.
- 2- فرض غرامة مالية لا تقل عن ثلاثون مليون دينار.
- 3- فرض الحجز الإداري على حسابات الشركة المصرفية في حالة عدم دفع المستحقات المالية .
- 4- مصادرة معدات وتجهيزات الشركة التي ارتكبت فيها المخالفة الإدارية.

ثانياً: الجزاءات الإدارية غير المالية

1- تعليق الرخصة في حالة الاخلاص بشروط الترخيص اخلالا جوهرياً.

2- الغاء الرخصة في الحالات الآتية :

أ- عدم تنفيذ المرخص له للالتزامات المفروضة عليه بمقتضى الرخصة.

مشروع قانون رخصة الهاتف النقال

بـ- الغاء الرخصة لأسباب أمنية أو تتعلق بالمصلحة العليا .

جـ- استحالة تنفيذ أو زوال موضوع الرخصة.

هـ- صدور الرخصة دون الشروع في تنفيذها.

3- سحب الرخصة بأثر رجعي.

الفصل السابع أحكام ختامية

المادة ١٤- يجوز اصدار انظمة وتعليمات لتسهيل تنفيذ أحكام هذا القانون.

الأسباب الموجبة

من أجل تنظيم عملية منح الرخصة بما يحقق استخدام افضل للطيف الترددية وانسجاما مع تنظيم سياسة الترددات البيئية ومن اجل تعزيز دور الدولة في الاشراف والرقابة على مرفق الاتصالات شرع هذا القانون.

Abstract

Lesson is the communication facility in Iraq a vital facility, which, if used according to the legal mechanisms of discreet, there is no doubt that it will reflect positively on all the government can get the profits financed the general budget and controls the contacts and controls the frequency spectrum including prevent illegal uses of therefore providing protection to citizens of damage to health and seems not providing the greatest of unique services all this depends on the legal rules governing the licenses of mobile phone sets granted hand and control over their use liability altogether.

Is the frequency spectrum of public funds, which must preserve the state it is recognized that the multilateral means enjoyed by the Department to maintain such funds is the administrative licensing law, which is based on the suspension of the exercise of activity on the administration approval this license is an administrative decision of the information and communications watershed and all the chief of staff of the administrative decision.

It follows that the license of the mobile phone as an administrative decision several effects and these effects is that the company will exploit the ether or the frequency spectrum through the towers of the mobile phone which transmits the rays of non- ionized radiation that invites multiple health hazards which causes damage to citizens since the authority of public information and communications are responsible for the granting of the license for companies to participate with several focal points or responsible for the supervision of companies in the case of abuse of the license they have evacuated the duty of control which raises the administrative responsibility.

The administrative responsibility for damage license are subject to the general rules of responsibility in which might be the responsibility on the basis of wrong based on three pillars, namely the mistake and the damage and causal relationship between the mistake and the damage but that the responsibility on the basis of wrong may not work as a result of the pace of developments in the field of communications technology which requires the introduction of the theory of risk and liability of the substantive character yourself in the public system and supplementary responsibility for any that the judge is not used only if the wrong theory.

In return for investigating the administrative responsibility of the complaint to the public information and communications should be individuals the right to compensation and seems not request the administration to oblige the companies to change the way the use of the license or remove the source of the damage and seems not to achieve those responsibility, individuals defense means more effective the right to resort to the judiciary to cancel the license or modified.

Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific Research

University of Kerbala

College of law



Admiuistrative Responsibility for The damage to The Moile Phone Licenses

(A comparative study)

A Thesis submitted by the student
Muhammad Sultan AL-Moussawi

To the council of the College of Law, University of Kerbala
In partial fulfillment to the requirements for the Master's
Degree in Public Law

Supervised By:

Dr. Alaa Ibrahim AL-Husseini

1438 A.H

2017 A.D