العـــدد A8 لسنة 2023
No. 8A – March 2023
المجلة العراقية للبحوث الانسانية والاجتماعية والعلمية
Iraqi Journal of Humanitarian, Social and Scientific Research
Print ISSN 2710-0952 - - Electronic ISSN 2790-1254

شروط التفويض الاتفاقي بين اشخاص القانون العام

الباحثة: ريم سلمان كويطع
المشرف : ا.د. عامر زغير محيسن
جامعة ميسان / كلية القانون
رقم الهاتف : 07741236138
الاميل rymslman23@gmail.com
رقم الهاتف : 07727002782
الاميل : Amerzghair@uomisan.edu.iq

الملخص

تشكل هذه الدراسة عرضا لموضوع مهم و حيوي الا وهو التفويض الاتفاقي، وفيما يلي يتناول هذا البحث معرفة معنى التفويض الاتفاقي من خلال بيان تعريفه واساسه القانوني ، وبيان شروطه الموضوعية والشكلية، بأعتباره حجر الزاوية في القانون الاداري لما يمثله من اداة لأعادة توزيع الاختصاصات وما يمثله من رفع العبء عن القادة الاداريين ولما له من اهمية في سعة انجاز الاعمال الادارية.

الكلمات المفتاحية : التفويض ، التفويض الاتفاقي، التفويض الاداري، تفويض الاختصاصات .

Terms Of Agreement Authorization Between Persons Of Public Law

Researcher: Reem Salman Kwaita
Prof.Dr.Amer Zughyer Muhaisen

Abstract

This study constitutes a presentation of an important and vital topic, which is the agreement delegation, and in the following, this research deals with knowing the meaning of the agreement by clarifying its definition and its legal basis, and clarifying its substantive and formal conditions, as it is the cornerstone of administrative law because it represents a tool for redistributing competencies and what it represents from Lifting the burden on the administrative leaders and because of its importance in the capacity to complete the administrative work.

Keywords: delegation, agreement delegation, administrative delegation, delegation of competencies.

المقدمة

اولا: موضوع البحث

ان تطور مهام الدولة في العصر الحديث وتحولها من دولة حارسة الى دولة متدخلة وتعدد وظائفها ادى الى زيادة المرافق العامة وبالتالي زيادة عدد الموظفين وتشعب الجهاز الاداري، وهذا دفع الى ضرورة اللجوء الى وسيلة قانونية تمكن الدولة من القيام بمهامها الادارية على أحسن وجه، فكرس المشرع على جميع مستويات السلم الإداري نظام التفويض الاداري، الذي يعتبر النظام القانوني الناجح في تخفيف الأعباء الإدارية على الرئيس الإداري من خلال نقل جزء من اختصاصاته لموظفيه المباشرين بناءا على نص قانوني يجيزه.

وأنَّ ما تدور حوله هذه الدراسة هو تفويض بمفهوم جديد متمثل باتفاق إرادتين وليس قرارا بالتفويض وبأرادة منفردة، اذ ان اللجوء إلى أساس آخر لبناء مفهوم حديث للتفويض ليس ضربا من الخيال وإنما وصف للواقع وتحليله، فمثلاً في ظل المفهوم التقليدي للتفويض يصعب قبول تفويض سلطات المحافظات للحكومة الاتحادية وذلك لأنَّ تفويض الاختصاص يستند إلى أداة تشريعية ويصدر من السلطة الأعلى إلى الأدنى وليس العكس، ومع إقرارنا بأنَّ هذا التفويض هو من نوع اتفاقي ، بل يمكن ان نذهب إلى أبعد من ذلك ونقول إلى أنه قد يعد صورة من صور العقد وسند ذلك حاجة الإدارة للعودة إلى فكرة العقد وهذا ما جاء به المشرع العراقي الدستوري في المادة (123) من دستور 2005 حيث جعل التفويض بين اشخاص القانون العام عقد اتفاقي .

ثانيا : مشكلة البحث

تتجسد مشكلة البحث في كون هذا النوع من التفويض يختلف عن التفويض التقليدي حيث إنه يتطلب اتفاق إرادات الطرفين وهذا يثير العديد من الأسئلة التي تدور حول موضوع التفويض الاتفاقي وأهم هذه التساؤلات :

1- ما هو معنى التفويض الاتفاقي .

2- ما هو أساس فكرة التفويض الاتفاقي ؟

3- هل يخضع التفويض الاتفاقي لشروط تختلف عن التفويض بالمفهوم التقليدي؟

ثالثا : اهمية البحث

تكمن أهمية الموضوع من خلال إبراز هذا النوع من التفويض ، كما تسهم هذه الدراسة في محاولة فهم هذه العملية على ارض الواقع و ملامسة أثرها على المستويات الادارية ، وتتجلى أهمية التفويض الاتفاقي بوجه خاص بوصفه أسلوبا مستحدثا من الناحيتين النظرية والعملية فأمَّا من الناحية النظرية فإنه يقدم دراسة علمية جديدة إلى الباحثين كون التفويض من الموضوعات المهمة التي ينبغي معرفة تفاصيلها فحداثة دستور العراق لعام ٢٠٠٥ وغموض نصوصه ، هذا كله يستوجب من الباحثين بيان تفاصيل التفويض الاتفاقي، اما من الناحية العملية فيمكن أن تساعد هذه الدراسة القائمين على الجهاز الإداري في العراق كذلك السلطة التشريعية في معرفة مدى التوجه نحو تطبيق هذا النوع من التفويض.

رابعا : منهجية البحث

بغية التوصل إلى النتائج المتوخاة من هذه البحث تم اعتماد المنهج الوصفي لاستعراض الأفكار العامة ووضع الفروض لموضوع التفويض الاتفاقي، وكذلك اعتماد المنهج التحليلي الذي يساعد في تحليل الواقع التشريعي والفعلي الخاص بموضوع البحث .

سادسا : هيكلية البحث

تم تقسيم هذا البحث الى مطلبين : تناولنا في المطلب الاول معنى التفويض الاتفاقي والاساس القانوني له من خلال تقسيمه الى فرعين ، خصص الفرع الاول لبيان معنى الاتفاقي والفرع الثاني للاساس القانوني له ، وكان المطلب الثاني مخصص لبيان الشروط التي يخضع لها التفويض الاتفاقي بين اشخاص القانون العام وقسم الى فرعين للشروط الموضوعية والشكلية .

المطلب الاول : معنى التفويض الاتفاقي والاساس القانوني له

سيقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الاول معنى التفويض الاتفاقي وفي الفرع الثاني سنبين الاساس القانوني له وكما يلي :

الفرع الاول : تعريف التفويض الاتفاقي

لا يوجد تعريف لنظام التفويض الاتفاقي للاختصاص لا في التشريع العراقي ولا في التشريعات المقارنة وذلك بحكم حداثه هذا النوع من التفويض وعدم تنظيمه من قبل المشرعين وعدم تطرق الباحثين والمختصين لتعريفه ولم يستخدم هذا المصطلح في المؤلفات الادارية او السياسية ولم يأخذ حقه في البحث والدراسة من جانب الفقه، ولان الرسالة تبحث في التفويض الاتفاقي كان لزاما علينا ان نخصص هذا الفرع لبيان معنى هذا الموضوع.

مصطلح التفويض الاتفاقي يتكون من كلمتين (التفويض) ، (الاتفاق) ، ولكي نتوصل الى تعريف خاص به لا بد من تعريف كل كلمة على حدة.

ويعرف (التفويض) بأنه إجراء تعهد بمقتضاه سلطة لسلطة أخرى بجزء من اختصاصها بناء على نص قانوني يأذن بذلك ودون تفويض في مسؤولياتها[1] ، ويعرف ايضا بأنه عملية نقل مهمة اداء بعض الاعمال او التصرفات من فرد او مجموعة الى فرد اخر او مجموعة اخرى والتي تؤدي الى اتخاذ قرار معين [2].

اما عن (الاتفاق) فقد عُرف بأنه توافق ارادتين على انشاء التزام او نقله او تعديله او انهائه ، ويميز بعض الفقهاء بين الاتفاق والعقد ، فالاتفاق توافق إرادتين أو اكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو الغائه ، فعقد البيع الذى ينشى التزامات فى جانب كل من المتبايعين ، والحوالة الى تنقل الالتزام من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين والاتفاق عن إضافة أجل أو شرط إلى الالزام وهو اتفاق يعدل هذا الالتزام والوفاء وهو اتفاق على انهاء الالتزام ، كل هذه الصور المختلفة تندرج تحت لفظ (الاتفاق) [3].

أما العقد فهو اخص من الاتفاق ، إذ هو توافق ارادتين على إنشاء التزام. ومن ثم بكون البيع وحده من بين الصور المختلفة الى قدمناها للاتفاق هو العقد ، لأنه ينشىء التزامات لم تكن موجودة ، ويكون كل من الحوالة وإضافة الأجل أو الشر ط والو فاء اتفاقا لاعقد ، لأن كلا منها يرد على التزام موجود من قبل فينقله او يعدله او ينهيه ، وعلى أساس هذا التمييز يكون العقد وحده هو مصدر الالزام لأنه ينشئه، أما ما عدا من الاتفاقات فليس مصدرا للالتزام [4].

وقد هجر الفقه الفرنسي التفرقة بين العقد والاتفاق لانعدام اهميتها العملية فأصبح العقد او الاتفاق يقصد منه توافق ارادتين على احداث اثر قانوني، قد يكون انشاء رابطة قانونية او تعديلها او نقلها او انهائها [5].

وعلية يمكن تعريف التفويض الاتفاقي على انه اتفاق يتم بين شخصين او اكثر من اشخاص القانون العام يترتب عليه تفويض جزء من الاختصاصات الادارية من احدهما الى الاخر بشكل مؤقت.

الفرع الثاني : الاساس القانوني للتفويض الاتفاقي

يجب ان يستند نظام التفويض الاتفاقي الى اساس قانوني، ويعني ذلك وجود نص قانوني صريح يجيزه، وقد يكون هذا الاساس دستوري او قانوني.

ويعد الدستور المصدر الاساسي لجميع القوانين وهو الذي ينشئ ويحدد الاختصاصات للهيئات العامة ويضع القواعد العامة لنشاط كل منها لذا فالدستور هو المصدر الاول للقواعد التي تحكم توزيع الاختصاصات او السلطات بين الهيئات العامة[6]، وقد اجاز الدستور العراقي للمحافظات تفويض الصلاحيات للحكومات الاتحادية او بالعكس وفقا لاتفاق حيث اشترط موافقة الطرفين وجعل التفويض عبارة عن عقد او اتفاق بين السلطات الاتحادية والمحافظات، حيث نصت المادة (١٢٣) من دستور العراق لعام 2005 على انه (يجوز تفويض سلطات الحكومة الاتحادية للمحافظات، او بالعكس، بموافقة الطرفين، وينظم ذلك بقانون) [7].

ثم صدر قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل ليؤسس هيئة عليا للتنسيق بين المحافظات كان من واجباتها النظر في تفويض السلطات الاتحادية التي تطلبها الحكومات المحلية من الحكومة الاتحادية وبالعكس[8].

والى الان لم ينظم قانون تفويض السلطات الذي تمت قرائته للمرة الاولى في مجلس النواب ضمن جدول اعمال الجلسة رقم [15] المعقودة في 25 اب 2015 [9].

المطلب الثاني : شروط التفويض الاتفاقي

لقيام التفويض الاتفاقي بشكل صحيح و حتى يكون مشروع قانونا يجب ان تتوفر فيه عدة شروط موضوعية واخرى شكلية وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب من خلال تقسيمه الى فرعين.

الفرع الاول : الشروط الموضوعية

اولاً : توافق ارادتين

ان العقود التي تبرمها الاشخاص المعنوية سواء كانت مدنية ام ادارية نخضع لنظامين مختلفين فان الاحكام الضابطة للعقد بالمعنى الفني تكون واحدة كضرورة توافر الرضا ويوجد الرضا بوجود ارادتين متوافقتين ويتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما مع مراعات ما يقرره القانون من اوضاع معينة يجب اتباعها [10].

والاصل ان القانون يعترف للإنسان بالشخصية القانونية وهيا تعني باختصار الصلاحية لثبوت الحقوق والواجبات ومع ذلك فقد تفضي الضرورة او الاعتبارات العملية والواقعية بالاعتراف لبعض الكيانات المعنوية او الاعتبارية بالشخصية القانونية باعتبارها كيانات قانونية غير انسانية تتمتع بالشخصية القانونية [11].

وتشمل الدولة والمحافظات والمدن والادارات والمصالح الحكومية والمنشأة العامة والمرافق العامة التي منحها القانون الشخصية المعنوية وهذه الطائفة من الاشخاص المعنوية تعرف بالأشخاص المعنوية العامة فضلاً عن الشركات والجمعيات والمؤسسات والاوقاف وهذه تعرف بالأشخاص المعنوية الخاصة [12].

والذي يعنينا من هذا الكلام هو الشخصية القانونية للأشخاص المعنوية العامة ومدى اهليتها اي صلاحياتها لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه من خلال ممثليه ومن هذه التصرفات ابرام العقود الادارية فأرادته تمثل الشخص المعنوي هو الذي يعتبره القانون لضرورات اجتماعية وقانونية معبره عن ارادة الشخص المعنوي فالأصل ان لا تثبت للأشخاص العامة الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الانسان الطبيعية [13].

ولان الشخص العام باعتباره وحدة ادارية تتمتع بالشخصية القانونية والاهلية والارادة وبذمة مالية يجعل منه اهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات بما في ذلك ابرام التصرفات التعاقدية في حدود نطاقه القانوني واختصاصه [14].

وعليه يكون النظام القانوني للشخص العام هو الذي يرسم حدود ونطاق حريته التعاقدية وهو بذلك يختلف عن الاشخاص الطبيعيين حيث يكون الشخص الطبيعي اهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات بصفة عامة بدون تحديد فهو حر في مباشرة كافة الانشطة وفي كافة المجالات غير مقيد في سعيه بأهداف معينة ما دام لا يخالف النظام والآداب [15].

وعليه فان الاشخاص العامة يتمتعون بالحرية التعاقدية لإبرام العقود وهذه الحرية ليست مطلقة من اي قيد وانما تكون محددة بمقتضيات المصلحة العامة وبضرورات سير المرفق العام[16].

ان ما تقدم يجعل الاشخاص المعنوية العامة مؤهله لأبرام العقود والاتفاقات الادارية فيما بينها في جميع الموضوعات التي تصب في مصلحة الدولة والافراد ، ولكون التفويض يعد صورة من صور العقود الادارية فهو لا يمكن ان يكون الا بموجب اتفاق يبرم بين اشخاص القانون العام وهذا ما نص عليه الدستور العراقي لسنة 2005 على ذلك في نص المادة (123) على ان التفويض بين الحكومة الاتحادية والمحافظات يكون باتفاق الطرفين .

ثانيا : سبب الاتفاق على تفويض الاختصاصات

ان هذا الشرط في تقديرنا هو الميزان الذي يحدد مدى الافراط في التفويض من عدمه، وكما بينا سابقا بأن التفويض الاتفاقي هو اتفاق بين طرفين او هو عقد اساسه القانون بين اشخاص القانون العام ، لذلك فالسبب هو اساس اي عقد او اتفاق وهو المبرر لأي عمل قانوني حيث يفترض ان يكون لكل عملية قانونية ما يبررها ويتمثل ذلك بالسبب [17] ، والحقيقة انه من النادر ان ينعدم السبب في تصرفات الادارة كما يندر ان تتعاقد الادارة دون سبب وذلك لان الدوافع التي تبعث الادارة على التعاقد تتمثل دائما بتحقيق المصلحة العامة وفي ضرورات المرفق العام [18].

والتفويض الاتفاقي الاداري وسيلة لإنجاز الاعمال بسرعة وكفاءة وفاعلية ، ولكنه وسيلة استثنائية مما ينبغي عدم اعماله الا اذا وجدت مصلحة عامة تدعو لذلك فالأصيل دون هذا الشرط يكون حرا في التفويض سواء كانت متطلبات العمل وظروفه تستوجبه ام لا تستوجبه [19] ، وكما ذكرنا ان هذا النوع من التفويض ينشأ بتوافق ارادتين ولا يمكن تصور ارادة لا تتجه الى سبب الا اذا صدر ذلك عن غير وعي [20].

واذا نظرنا الى الاجهزة الادارية والى موظفيها في الدول بادئة النمو فمعظمهم يفضل عند ازدحام او كثرة اختصاصاتهم يفوض اكبر قدر منها هروبا من الارهاق والعناء دون التفات الى المصلحة العامة ومصلحة العمل وانجازاته السليمة ومن الافضل الاحتفاظ بهذه الاختصاصات لأنفسهم فإذا فوضوها بلا مبرر عملي انهدمت حكمة التفويض وانهارت غاياته الاساسية [21] ، ولكن وجود الضرورات العملية الملحة التي قد تحول دون قيام الرؤساء الاداريين بكامل اختصاصاتهم الادارية داخل المنظمات الادارية سبب يدفعهم الى تفويض بعض اختصاصاتهم لمرؤوسيهم او العكس بناءً على نص يجيز لهم ذلك لمنع اختلال سير المرافق العامة وعدم اصابتها بالشلل [22].

وقد نص مقترح قانون تفويض السلطات على تحديد مبررات التفويض عند الاتفاق على التفويض وذلك في الفقرة (أ) من المادة (2) من القانون حيث نص على (للمحافظ بعد الرجوع الى مجلس المحافظة ان يطلب من الحكومة الاتحادية تفويض بعض سلطاتها الإدارية والمالية والتنظيمية اللازمة لإدارة شؤون المحافظة أو

بالعكس وفقاً للإجراءات الآتية " يُقَدَم الطلب بتوقيع المحافظ أو الوزير المختص الى الهيئة العليا للتنسيق بين المحافظات المنصوص عليها بالمادة (45) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة 2008 المعدل، يتضمن بياناً للسلطة المطلوب تفويضها ومبررات التفويض ومدته وحدوده المكانية- والوزارة او المحافظة المعنية به مع الاعتمادات والتخصيصات المتعلقة بالسلطة المُفَوَضَة".

نستنتج من ذلك ان السبب هنا يتمثل بالمصلحة العامة التي تسعى الادارة الى تحقيقها ودعوة لأعمال هذا الشرط وحفاظا عليه نقترح الاشارة اليه بصراحة ووضوح في النص الاذن بالتفويض وعندئذ يصبح اطراف التفويض ملزمين بمراعاته وبهذا نوجد ميزانا دقيق لعدم الافراط في التفويض لكي لا يخرج عن حكمته وغاياته الاساسية.

ثالثا : وجود نص قانوني يجيز التفويض الاتفاقي للاختصاص

يحكم فكرة التفويض بشكل عام في القانون الاداري مبدا اساسي مقتضاه ان الاختصاصات ليست حقا لصاحبها له ان يمارسها بنفسه او ان يعهدها الى غيره في الوقت الذي يشاء او ان يتنازل عنها عندما يريد وانما هي وظيفة يعهد بها القانون الئ من يراه اهلا لتوليها ويتعين على صاحبها ان يمارسها بنفسه [23] .

فالاختصاص شخصيا يمارسه الموظف العام وهو واجب قانوني عليه وليس حقا له قد لا يرغب في ممارسته بنفسه فيفوض غيره فهذا باطل ومخالف للقانون ، لان العبرة بتوافر نص صريح يجيز التفويض ويحدد نطاقه ، فالنص الاذن بالتفويض هو الركيزة الاساسية التي يرتكز عليها من يريد ان يفوض اختصاصاته فطالما وجد النص جاز التفويض والعكس صحيح [24] ، ويجب ان يكون النص القانوني الاذن بالتف[25]ويض من ذات مرتبة النص الذي خول الاختصاص للأصيل نفسه [26] .

فالاختصاص المخول بموجب نص دستوري لا يجوز التفويض فيه الا بنص دستوري، والاختصاص المخول بموجب تشريع عادي لا يجوز التفويض في الا بإجازة قانونية او دستورية، اما الاختصاص المخول بموجب لوائح فلا يجوز التفويض فيه الا بإجازة لائحية او اعلى [27].

ولا يثير موضوع التفويض في الاختصاص اي مشكلة اذا حرمه المشرع صراحة من خلال الزامه الجهة صاحبة الاختصاص بالقيام بنفسها وعدم منحها الحق في تفويض جهة اخرى في القيام به باسمها او لحسابها وفي هذه الحالة تلتزم الجهة بالقيام بالاختصاصات المكلفة بها شخصيا والا كان تصرفا باطلا بطلانا مطلقا ويحق لكل ذي مصلحة الطعن بالإلغاء [28] ، ولا ينصرف الاذن بالتفويض الا الى الاختصاصات الاصلية التي يستمدها الاصيل من القوانين والانظمة مباشرة، اما الاختصاصات التي يستمدها الرئيس الاداري من سلطة عليا بناءً على قواعد التفويض فلا يجوز التفويض فيها الا اذا وجد نص يأذن بذلك [29].

الحكمة من وجود النص الاذن بالتفويض هو ان التفويض في الاختصاص يتعلق ببعض اختصاصات الاصيل وليست جميعها وله طابع استثنائي على قواعد توزيع الاختصاص بسبب الاعباء المتزايدة على السلطة او المنظمة الادارية وعدم امتلاكها الوقت الكافي الذي يمكنها من ممارسة كافة اختصاصاتها ومن ثم فانه ينبغي الاذن بالتفويض مقدما من السلطة مانحه الاختصاص باعتبارها الجهة المنشئة له والمحددة لكيفية ممارسته في حدود القواعد الدستورية [30]، وانه ليس حقا لصاحبه التصرف به كما يشاء او التنازل عنه لغيره عندما يريد بل هيه وظيفة يعهد بها القانون الى من يراه اهلا لتوليها فلا يجوز له ان يفوض غيره الا اذا اجاز القانون له ذلك [31].

وتجدر الاشارة إلى أن النص الذي يجيز التفويض عادة ما يحدد المواضيع التي يمكن تفويضها إلى المرؤوس أو يحدد المواضيع التي لا تقبل التفويض ، وهذا التحديد للمواضيع يهدف الى انجاح عملية

التفويض ، كما يحدد المسؤوليات بصورة سهلة و واضحة في حال خروج المفوض الية عن قواعد التفويض [32].

والنص المجيز للتفويض قد يرد بين ثنايا الدستور او في نص تشريعي او في لائحة ، ومن امثلة النصوص التي اجازت التفويض في العراق نص المادة (43) فقرة (ز) من الدستور العراقي لسنة 1970 الملغي اذ اجاز لمجلس قيادة الثورة المنحل تخويل رئيسه بعض اختصاصاته، كما اجاز ايضا تخويل بعض اختصاصاته لنائب الرئيس عدا الاختصاصات التشريعية ، وكذلك نص المادة (123) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 والتي منحت كل من الحكومة الاتحادية والمحافظات الحق في تفويض بعض السلطات في ما بينهما بالاتفاق، ومن امثلة اجازة التفويض في التشريعات العادية المادة (7) من قانون السلطة التنفيذية رقم (50) لسنة 1964 والتي نصت على (للوزير ان يخول بأمر تحريري كبار موظفي وزارته الصلاحيات الممنوحة له وفقا للقوانين والأنظمة كلا أو جزءا ولا يشمل ذلك الصلاحيات الممنوحة له شخصيا)، والمادة (11) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة 1991 المعدل (للوزير تخويل احد الموظفين في وزارته فرض العقوبات الانضباطية المنصوص عليها في القانون).

لابد من الاشارة الى ان غالبية النصوص التي اجازت التفويض الاداري اوردته في اطار تسلسلي اي انه يمنح من سلطة ادارية عليا الى سلطة ادارية اخرى ادنى منها مباشرة اي من جهة اعلى الى جهة ادنى الا ان المشرع الدستوري العراقي جاءنا بحالة استثنائية جديدة وهي امكانية تفويض صلاحيات الجهة الادنى الى جهة اعلى (تفويض صلاحيات المحافظات الى الحكومة الاتحادية) بمقتضى اتفاق كما نصت المادة (123) من الدستور العراقي المذكورة اعلاه.

اذا نستنتج من ذلك انه لابد من وجود نص صريح يجيز التفويض الاتفاقي الاداري كشرط جوهري من شروط صحته ولكن هنا يثار تساؤل حول امكانية اجراء التفويض استنادا الى العرف الاداري وهل من الممكن ان يكون التفويض استنادا الى عرف ؟

وللإجابة عن مدى مشروعية التفويض المستند الى عرف اداري يرى جانبا من الفقه بانه لا يمنع من صحة التفويض المستند الى العرف الاداري باعتبار العرف وبأجماع الفقهاء هو احد مصادر القانون الاداري بل والقانون عموما ما دام ان هذا العرف لا يخالف القانون [33] ، والمقصود بعبارة محالفة للقانون اي مخالفة لكل قاعدة قانونية تفرض احترامها على الادارة تطبيقا لمبدأ المشروعية ، سواء كانت مكتوبة ام غير مكتوبة وبحسب تدرجها في القوة بين مصادر المشروعية [34].

ونحن نرى بأن طالما التفويض استثناء من قاعدة الممارسة الشخصية للاختصاص و يخضع للتفسير الحصري والضيق وبما ان التفويض الاتفاقي الاداري حالة جديدة لم تدرج الادارة على ممارستها فانه لا يمكن الاخذ بالتفويض الاتفاقي الاداري الا في حالة وجود نص صريح يجيزه.

رابعا: التفويض بجزء من الاختصاصات

نظرا لان التفويض وسيلة استثنائية تلجأ اليه الادارة بسبب الاعباء الكثيرة الملقاة على عاتق بعض السلطات فأن الامر يقتضي ان لا يكوون التفويض الا ببعض الاختصاصات المقررة للأصيل [35] ، وبالتالي يعتبر مخالفا للقواعد العامة كل تفويض كامل للاختصاصات اذ انه يعفي صاحبه من جميع مهامه في الخدمة الفعلية وفي هذه الحالة يقطع الراتب لأنه لا اجر بدون عمل[36]، ولا يعتبر تفويضا اذا كان كليا وانما قد يكون نقلا او حلول اذ ان التفويض الكلي يخالف القواعد العامة للتفويض[37]، والحلول يعني ان يحدد القانون من

يمارس كافة اختصاصات الاصيل الاصلية والمفوضة اليه في حالة غيابه او وجود مانع يحول دون مباشرته اختصاصاته[38].

ويشترط لصحة التفويض الجزئي ان تحدد السلطة المفوضة للسلطة المفوض لها النطاق الذي يمكنها ان تعمل فيه والقيود التي يجب ان تلتزم بها في ممارستها للحق المفوضة به ، واذا سكت النص عن تحديد نطاق التفويض فأنه لا يجوز للمفوض تفسير هذا السكوت بأنه اجازة ضمنية منه على تفويضه كافة اختصاصاته لمرؤوسيه، وشرط الجزئية في التفويض الاداري ضروري ولازم اذا ما اردنا ان نحافظ على صفته (كتفويض) والا تحول الى نوع من الاستقالة المبطنة (المموهة) والمؤاتية لتعزيز السلطة التكنوقراطية [39].

وقد استند الفقه في قراره شرط التفويض الجزئي الى اسانيد ومبررات ومنها تعارض التفويض الكامل مع المبادئ العامة للتفويض وذلك لمصادرته لاختصاصات الاصيل، والتفويض الكامل لا يعد تفويضا بل هو تجريد من الاختصاص وتنازل من الاصيل عن وظيفته وهو امر غير جائز قانونا ولا يملكه الاصيل [40].

اذاً يجب ان لا يشمل التفويض جميع اختصاصات المفوض ، اذ لا يكون التفويض صحيحا الا اذا انصب على جانب من اختصاصات المفوض فقط ، والى ذلك اشار المشرع العراقي في نص المادة (7) من قانون السلطة التنفيذية العراقي رقم (50) لسنة 1964 على انه (للوزير ان يخول بأمر تحريري كبار موظفي وزارته الصلاحيات الممنوحة له وفقا للقوانين والانظمة كلا او جزءا ولا يشمل ذلك الصلاحيات الممنوحة له شخصيا)[41]، والمادة (35) من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (21) لسنة 2008 اذ جاء فيها (للمحافظ ان يفوض بعض صلاحياته الى نوابه ومعاونيه ولا يجوز له تفويض الصلاحيات المفوضة اليه)، وكذلك ما جاء في الفقرة (ك) من المادة (15) من قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم (39) لسنة 1971 المعدل (للمدير العام ان يعهد بجزء من مهامه وصلاحياته لبعض موظفي المؤسسة وغيرهم) وكذلك مقترح قانون تفويض السلطات قد نص على ان يكون التفويض بجزء من الاختصاصات [42].

الخلاصة نرى ان التفويض الشامل لكافة اختصاصات الاصيل يعتبر تنازلا باطلا عن السلطة وليس مجرد تفويضا لها ، الامر الذي يتعارض مع الحكمة من التفويض ، اذ من شأنه شل الجهة الادارية صاحبة الاختصاص ومصادرة وظيفتها هذا من جهة ، ويؤدي ايضا من جهة اخرى الى عزل المفوض عن واقع العمل ومنحه من تلقاء نفسه اجازة دائمة وهذا يتعارض مع ما يقضي به القانون وما ترغبه الادارة الصحيحة .

والتفويض الاتفاقي وان كانت بنوده خاضعة لإرادة طرفيه، الا ان شرط التفويض الجزئي يعد من القواعد الأمرة التي لا يجوز الاتفاق على خلافها ما لم ينص القانون بشكل صريح على خلافها.

خامسا: عدم تفويض الاختصاصات المفوضة

وهذا ما يسمى بعدم جواز التفويض فوق التفويض [43]، وتعني انه لا يجوز لمن فوض اليه اختصاصا معينا ان يعود ويفوض غيره في هذا الاختصاص لان عملية التفويض لا تتم الا مرة واحدة او اذا نص القانون على غير ذلك والا كان تفويضه باطلا [44]، وان السماح للمفوض اليه بتفويض غيره فيما فوض فيه يؤدي الى شيوع الفوضى وتشتت المسؤولية بين عدد كبير من الاداريين وعدم قدرة الاصيل على مراقبة الاختصاصات المفوضة وهو بهذا عكس ما ابتغاه المشرع عند تشريع التفويض [45].

وقد نص المشرع العراقي على هذا المبدأ بصورة واضحة في المادة (35) من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (21) لسنة 2008 اذ جاء فيها (للمحافظ ان يفوض بعض صلاحياته الى نوابه ومعاونيه ولا يجوز له تفويض الصلاحيات المفوضة اليه) ، وكذلك جاء في مقترح قانون تفويض السلطات

هذا الشرط بوضوح عندما نص في المادة (3) على انه (على الجهة المفوضة القيام بما فوضت به ولا يجوز لها تفويض جهة اخرى بما فوضت به) [46].

الفرع الثاني : الشروط الشكلية

بعض العقود يكفي لتكوينها مجرد تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين وهذا ما يسمى بالعقود الرضائية وبعضها تحتاج لإجراءات شكلية يحددها ويرسمها القانون وتنحصر صورة الشكلية في الكتابة [47] ، والتفويض الاتفاقي الاداري اتفاق محدد قانونا اي يجب ان تكون هناك اجراءات و التزام بحدود النص من حيث الاشخاص والموضوعات وذلك حفاظا على الحقوق والالتزامات التي ستترتب على كل من المفوض والمفوض اليه وحتى لا يتجاوز كل منهما حدود النص الاذن بالتفويض[48]، وقد نصت المادة (7) من قانون السلطة التنفيذية رقم (50) لسنة 1964 على ان يكون التفويض مكتوبا .

وعلى هذا الاساس اذا ما تطلب النص المجيز للتفويض شكلا معينا تعين عندئذ احترام ارادة المشرع والعمل بمقتضى النص وبالتالي فأن التفويض لا يكون صحيحا الا اذا تم وفقا للاجراءات الشكلية المنصوص عليها في النص المجيز للتفويض ، ولان التفويض الاتفاقي يتطلب الدقة لتجنب النزاع اذا حصل فيما بعد ، وبالنظر لاهمية التفويض ولأن من شروطه لا يكون الا جزئيا، فأن الكتابة هي اكثر واقعية وانسجاما مع طبيعة التفويض الاتفاقي وهي اكثر ملائمة في تحديد ذلك الجزء كما انها خير وسيلة للأثبات في حالة حصول اي خلاف في عقد التفويض، وقد حدد مقترح قانون تفويض السلطات لسنة 2015 اجراءات التفويض كتحديد مبررات التفويض والجهة المفوضة والموضوعات والزمان والمكان وكل ذلك لا يمكن الاتفاق عليه شفهيا [49].

الخاتمة

وفي نهاية هذا البحث توصلنا الى عدة نتائج ومقترحات و هي كما يلي :

اولا : النتائج

1 – توصلت الدراسة الى ان التفويض الاتفاقي يخضع لشروط قانونية منها موضوعية واخرى شكلية ليكون التفويض صحيحا .

2 – توصلت الدراسة الى ان التفويض الاتفاقي يكون بالاتفاق بين اشخاص القانون العام و ان احد شروطه هو توافق ارادة اطرافه .

3 – توصلت الدراسة الى انه يجب ان يستند التفويض الاتفاقي الى اذن مسبق اي وجود نص قاوني يجيز التفويض .

4 – توصلت الدراسة الى انه لا يجوز تفويض الاختصاص الكلي والا عد ذلك تنازلا عن الاختصاص .

5 - توصلت الدراسة الى انه لا يجوز لمن فوض اليه اختصاصا معينا ان يعود ويفوض غيره في هذا الاختصاص لان عملية التفويض لا تتم الا مرة واحدة او اذا نص القانون على غير ذلك والا كان تفويضه باطلا.

6 – توصلت الدراسة الى ان يكون الاتفاق على التفويض مكتوبا وفق شكلية معينة يحددها القانون فالكتابة هي اكثر واقعية وانسجاما مع طبيعة التفويض الاتفاقي كما انها خير وسيلة للأثبات في حالة حصول اي خلاف في عقد التفويض.

7 – توصلت الدراسة الى انه قانون تفويض السلطات الذي نص عليه دستور 2005 العراقي في المادة (123) لم يصدر لحد الان ولم يرى النور منذ قرائته الاولى في 2015.

ثانيا : المقترحات

1 – نوصي بضرورة اصدار قانون تفويض السلطات الذي نصت عليه المادة (123) من دستور العراق لتسهيل عملية تبني الادارة فكرة التفويض بصورته الرضائية الجديدة و القضاء على معوقات التفويض .

2 – نوصي المشرع العراقي بأضافة مادة الى مقترح القانون وقبل اصداره تحدد الشروط القانونية للتفويض

تلافيا لتشتت الادارة و لكي لا يقع تنازع بين طرفي التفويض لاحقا مما يؤدي الى ضياع المسؤوليات.

قائمة المصادر

اولا : الكتب

1. احمد السعيد الزقرد، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الاول ، المكتبة العصرية ، المنصورة، مصر، بدون سنة نشر.

2. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام ،العقد والارادة المنفردة في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي، منشأة المعارف ،الاسكندرية،2005.

3. بشار عبد الهادي ، التفويض في الاختصاص، دار الفرقان للنشر والتوزيع، الاردن، 1982.

4. خالد خليل الظاهر، القانون الاداري، دراسة مقارنة، الكتاب الاول، ط1، المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 1998.

5. رمضان ابو السعود ، شرح مقدمة القانون المدني ، النظرية العامة للحق ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1999.

6. شروق اسامة عواد حجاب ، النظرية العامة للتفويض الاداري والتشريعي ، الطبعة الاولى ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2009.

7. عبد العظيم عبد السلام ، التفويض في الاختصاصات الادارية، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996.

8. علي عبد الامير قبلان، اثر القانون الخاص على العقد الاداري ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، بيروت، 2011.

9. عيد قريطم ، التفويض في الاختصاصات الادارية ، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2011.

10. عبد العظيم عبد السلام ، التفويض في الاختصاصات الادارية ، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1996.

11. محمد خلف الجبوري، العقود الادارية، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

12. محمد وليد العبادي ، قضاء الالغاء ، الطبعة الاولى، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1994.

ثانيا : الرسائل والاطاريح

1. محمود حلمي ، العقد الاداري ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1977.
2. محمد حسن جاسم ، النظام القانوني لأبرام عقد الاشغال العامة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، 2006.
3. احمد منادي رجه فليح ، تفويض الاختصاص في القانون الاداري ،رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، 2007.
4. المبروك عايد المبروك الاطرش، اثار التفويض الاداري وتطبيقاته في القانون الليبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2016.
5. وجدان ريسان حسين ، اشكالية تفويض الاختصاص في دستور جمهورية العراق لعام 2005، رسالة ماجستير ، كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة كركوك ، 2020.
6. محمد رفاعي الجوجو ، النظام القانوني للتفويض الاداري ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ،1984.
7. احمد موسى محمود ، تفويض الاختصاص في القانون الفلسطيني ، رسالة ماجستير ، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الاسلامية _غزه، 2016.
8. محمود ابراهيم الوالي ، نظرية التفويض الاداري ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس ،1984.
9. مريم عبد الغفار دندش، تفويض الاختصاص في القانون الاداري، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، الجامعة الاسلامية في لبنان، 2015.

ثالثا : البحوث والمجلات

1. عبد المهدي مساعد ، تفويض الاختصاصات في علم الادارة العامة والقانون الاداري ، مجلة جرش للبحوث والدراسات ، المجلد 20 ، العدد 2، 2019.
2. عمار تركاوي ، نظرية التفويض الاداري وإشكالاتها التطبيقية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 37، العدد الاول، 2021.
3. كاظم خضير السويدي ، التنظيم القانوني لتفويض الاختصاص الاداري ، مجلة مركز بابل للدراسات الانسانية ، المجلد 8، العدد الثاني، 2018.
4. وليد عيدي عبد النبي ، دراسة وتقييم النظام المتعلق بتفويض الصلاحيات في مصرف الرافدين العراقي ، بحث مقدم لنيل الدبلوم العالي في ادارة المصارف ، كلية الادارة والاقتصاد ، جامعة بغداد ، 1981.

رابعا : الدساتير والقوانين

1. دستور العراق لسنة 2005.
2. قانون السلطة التنفيذية العراقي رقم (50) لسنة 1964.
3. قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (21) لسنة 2008 المعدل.

4. مقترح قانون تفويض السلطات لسنة 2015.

---

1) محمود ابراهيم الوالي ، نظرية التفويض الاداري ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس ، مصر، 1979 ، ص277.

2 وليد عيدي عبد النبي ، دراسة وتقييم النظام المتعلق بتفويض الصلاحيات في مصرف الرافدين العراقي ، بحث مقدم لنيل الدبلوم العالي في ادارة المصارف ، كلية الادارة والاقتصاد ، جامعة بغداد ، 1981، ص 24.

3) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق، ص26.)

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص 27.

(5) د. احمد السعيد الزقرد، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الاول ، المكتبة العصرية ، المنصورة، مصر، بدون سنة نشر، ص18.

(6) د.خالد خليل الظاهر، القانون الاداري، دراسة مقارنة، الكتاب الاول، ط1، المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 1998،ص105.

(7) ينظر المادة (123) من دستور العراق لسنة 2005.

(8) ينظر المادة (45) من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (21) لسنة 2008 المعدل.

(9) مقترح قانون تفويض السلطات لعام 2015الذي تمت قرائته للمرة الاولى في مجلس النواب ضمن جدول اعمال الجلسة رقم(15) المعقودة يوم الثلاثاء 25 اب 2015، الدورة النيابية الثالثة، السنة التشريعية الثانية، الفصل التشريعي الاول، البند سابعا: القراءة الاولى لمقترح قانون تفويض السلطات، (لجنة الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم)، (6) مواد، نشر على موقع مجلس النواب في 2015/8/25.

(10) د. محمود حلمي ، العقد الاداري ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1977 ، ص 6.

(11) محمد حسن جاسم ، النظام القانوني لأبرام عقد الاشغال العامة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، 2006 ، ص 32.

(12) ينظر المادة (47) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.

(13) احمد طلال عبد الحميد ، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الادارية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ص 23.

(14) د. علي عبد الامير قبلان ، مصدر سابق ، ص 123.

(15) د. رمضان ابو السعود ، شرح مقدمة القانون المدني ، النظرية العامة للحق ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1999 ، ص 279

(16) احمد طلال عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص 24.

(17) علي عبد الامير قبلان، مصدر سابق، ص318 .

(18) د. محمد خلف الجبوري، العقود الادارية، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص110 .

(19) د. بشار عبد الهادي ، التفويض في الاختصاص، دار الفرقان للنشر والتوزيع، الاردن، 1982، ص 195.

(20) د. علي عبد الامير قبلان ، مصدر سابق، ص320.

(21) د. بشار عبد الهادي ، مصدر سابق ، ص195.

(22) د. عبد العظيم عبد السلام ، مصدر سابق ، ص37.

(23) محمد رفاعي الجوجو ، النظام القانوني للتفويض الاداري ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، 1984، ص104.

(24) د. شروق اسامة عواد حجاب ، النظرية العامة للتفويض الاداري والتشريعي ، الطبعة الاولى ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2009، ص 74.

25

(26) د.عمار تركاوي ، نظرية التفويض الاداري وإشكالاتها التطبيقية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 37، العدد الاول، 2021، ص 178.

(27) وجدان ريسان حسين ، اشكالية تفويض الاختصاص في دستور جمهورية العراق لعام 2005، رسالة ماجستير ، كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة كركوك ، 2020، ص90.

(28) د. عبد العظيم عبد السلام ، التفويض في الاختصاصات الادارية ، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1996، ص 111.

(29) احمد منادي رجه فليح ، تفويض الاختصاص في القانون الاداري ،رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، 2007، ص58.

(30).118 د. عبد العظيم عبد السلام ، مصدر سابق ، ص

(31) المبروك عايد المبروك الاطرش، اثار التفويض الاداري وتطبيقاته في القانون الليبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2016، ص118.

(32) عريوة بشرى، لعجال دليلة، نظام التفويض الاداري في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2021، ص 27-28.

(33) د. عبد العظيم عبد السلام ، التفويض في الاختصاصات الادارية، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996، ص 125.

(34).216 د. محمد وليد العبادي ، قضاء الالغاء ، الطبعة الاولى، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1994،

(35).146 المبروك عايد المبروك ، مصدر سابق ، ص

(36) احمد موسى محمود ، تفويض الاختصاص في القانون الفلسطيني ، رسالة ماجستير ، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الاسلامية _غزه، 2016، ص42.

(37) محمود ابراهيم الوالي ، نظرية التفويض الاداري ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس ،1984، ص260.

(38) د. عيد قريطم ، التفويض في الاختصاصات الادارية ، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2011، 114.

(39) مريم عبد الغفار دندش، تفويض الاختصاص في القانون الاداري، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، الجامعة الاسلامية في لبنان ، 2015،ص 124-125 .

(40).115 د. عيد قريطم ، مصدر سابق، ص

41.) ينظر المادة (7) من قانون السلطة التنفيذية العراقي رقم (50) لسنة 1964(

(42).2015 ينظر المادة (3) الفقرة (ب) من مقترح قانون تفويض السلطات لسنة

(43) كاظم خضير السويدي ، التنظيم القانوني لتفويض الاختصاص الاداري ، مجلة مركز بابل للدراسات الانسانية ، المجلد 8، العدد الثاني، 2018، ص299.

(44).87 د. عبد الفتاح حسن ، مصدر سابق ، ص

(45).125 د. عيد قريطم ، مصدر سابق،

(46). 20015 ينظر المادة (3) من مقترح قانون تفويض السلطات لسنة

(47).12 احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص

(48) عبد المهدي مساعد ، تفويض الاختصاصات في علم الادارة العامة والقانون الاداري ، مجلة جرش للبحوث والدراسات ، المجلد 20 ، العدد 2، 2019، ص617.

(49).2015 ينظر المادة (2) من مقترح قانون تفويض السلطات لسنة