دراسة في الطبيعة القانونية للقروض العامة

د. حيدر وهاب عبود
كلية القانون – الجامعة المستنصرية

خلاصة البحث

لم تعد القروض العامة وسيلة مالية استثنائية ، تتوسل بها الإدارة ، كلما أعوزتها الحاجة إلى الأموال ، لتغطية نفقاتها غير العادية بل أضحت القروض أداة من أدوات السياسة المالية تستخدمها الدولة لتحقيق التوازن الاقتصادي والاجتماعي . وقد عكف الكتاب على تناول هذه الأداة المالية بالشرح والتحليل . بيد أن اهتمامهم انصب على تناول جوانبها الاقتصادية .

أما بحث الملامح القانونية ، فلم تتناوله الأقلام إلا لماما . لهذا عقدنا العزم على بيان الطبيعة القانونية للقروض العامة . وقد لاح لنا أن هذه القروض تنفرد بخصيصة تميزها من بقية الموارد المالية الأخرى مثل الضرائب والرسوم . فهذه الموارد لا تختلف طبيعتها القانونية باختلاف أنواعها . أما القروض العامة فان كل نوع من أنواعها له طبيعة قانونية تختلف عن الأخرى . فالقروض الإجبارية روابط قانونية (تنظيمية) . في حين أن القروض الاختيارية روابط تعاقدية قد تكون مدنية أو إدارية . والقروض الخارجية المبرمة مع الأشخاص الدولية معاهدات دولية ، بينما القروض الخارجية المبرمة مع الأشخاص الأجنبية الخاصة عقود إدارية ذات طبيعة خاصة مستمدة من أن أحد أطرافها شخص أجنبي تابع لدولة أخرى .

إن هذا الاختلاف في طبيعة القروض العامة لم يمنع من إخضاعها لمبدأ الإذن القانوني . فهذه القروض لا تعد مشروعة ما لم تستأذن الإدارة السلطة التشريعية في إبرامها . وعلى الرغم من أن دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ لم يفرد نصا صريحا لهذا المبدأ إلا أن قانون الدين العام المعدل النافذ لسنة ٢٠٠٤ خول وزير المالية إبرام القروض . بيد أن هذا التخويل ينصرف إلى القروض الاختيارية حسب . أما القروض الإجبارية فلم يتطرق القانون المذكور إليها . وهذا يعني أن هذا النوع من القروض لا تستطيع الإدارة أن تلجأ أليه ما لم يصدر قانون خاص به .

دراسة في الطبيعة القانونية للقروض العامة

د. حيدر وهاب عبود
كليـــــة القـــــانون – الجامعـــــة المستنصرية

ABSTRACT

The general debts are not an exceptional finance means any more needed by the management when it becomes in a bad need for funds to cover its abnormal expenses but debts become one of the political financial means used by the state to achieve the social and economic balance . This book focuses on dealing with this financial means by explanation and analyses though the interest lies on its economical sides.

As far as the legal features are concerned we decide to show the legal nature of the general debts which are characterized by taxes and customs . The legal nature of these resources is not is not different in spite of the different of its types . Each type of the general debts has its own legal nature differs from the other . The obligatory debts have legal ties (regulating) while the optional debts have contracted ties which may be civilian or administrative . The approved external debts have international treaties , while the approved external debts with foreign people are administrative contracts have special nature due to one of its side is a foreign person related to another country .

This different in the nature of the general debts doesn't prevent from submitting it to the principle of the legal permission . Thus , these debts would not be legitimate unless the administration of the legislative authority gets permission in concluding them . Despite Iraq's 2005 valid constitution doesn't show a stipulation for this principle but the 2004 amended valid law of the general debts authorized the Minister of Finance to conclude debts . But this authorization tends to the optional debts while the obligatory debts have not been mentioned by the aforementioned law . This means that the administration could not resort to this type of debts unless a to this type of debts unless a special law would be issued for this purpose . End

المقدمة

يتفق الجميع على أن الحاجة إلى الموارد المالية ظاهرة بلغت من العموم مدى شمل جميع الدول بلا استثناء، في ظل شيوع الأفكار والمذاهب الاجتماعية التي ألقت على كاهل الدولة وظائف جديدة إلى جانب وظائفها التقليدية.فلم تعد الدول اليوم تقنع بحماية أمن مواطنيها الداخلي، ودرء الخطر الخارجي عنهم ، وإرساء قيم العدالة بينهم بل وجدت هذه الدول نفسها أمام واقع جديد ، يحتم عليها ممارسة وظائف جديدة لا عهد لها بها من قبل ، وذلك في شتى الميادين، السياسية والاقتصادية والاجتماعية .

وقد كانت النتيجة المترتبة على هذا التطور في وظائف الدولة أن ازداد الاهتمام بالمصادر التي تغذي الخزينة العامة بالأموال، والحرص على تطويرها بما يؤمن للدولة حصولها على الموارد اللازمة لتغطية نفقاتها المتزايدة .

إن اهتمام الدولة بهذه المصادر قد وجد صدى لدى الشراح الذين عكفوا على البحث فيها وتناولها بالشرح والتحليل. ولما كان القرض العام أحد هذه المصادر، فقد نال هو الآخر نصيبه من البحث الفقهي. بيد أن الملاحظ على كتابات الفقهاء دورانها حول محاور محددة وتقليدية مثل البحث في الطبيعة الاقتصادية للقروض العامة، والآثار الناجمة عنها ، والنظام الفني الذي يحكم إصدارها. أما بحث الملامح القانونية لهذا المصدر ، فلم تتناوله الأقلام إلا لماما، على الرغم ما لهذا الجانب من أهمية بالغة تتمثل بالأمور الآتية :

١. إن دراسة القرض العام، دراسة قانونية، أمر يحظى باهتمام طرفيه أي المقرض والمقترض على حد سواء. باعتبار أن القرض العام من التصرفات التي تولد التزامات متقابلة على عاتق طرفيه، الإدارة المقترضة والمقرضين الدائنيين .
٢. تتضح أهمية البحث القانوني في القروض العامة إذا ما علمنا أن المبالغ المقترضة من الإدارة لا تمثل موردا نهائيا للخزينة العامة بل تلتزم الإدارة بردها مع الفوائد السنوية، ومن ثم وجب بيان الأساس القانوني لهذا الالتزام ومعرفة مصدره .
٣. إن تناول الجوانب القانونية للقرض العام بالتحليل والتوضيح الكافيين، من شأنه أن يبصر المقرضين بحقوقهم ، فمن المقرر بداهة ، أن المقرض لا يمكن أن يطالب بحقوقه أو يدافع عنها قبل أن يعرفها . كما أن من شأن هذه البحوث أن تسهم في تطوير الوعي القانوني لأفراد المجتمع ومؤسساته المالية مما يسهل على الإدارة عملية الاقتراض.

٤. لم تعد القروض العامة وسيلة مالية استثنائية، تتوسل بها الإدارة، كلما أعوزتها الحاجة إلى الأموال، لتغطية نفقاتها غير العادية بل أضحت القروض أداة من أدوات السياسة المالية تستخدمها الدولة لتحقيق التوازن الاقتصادي والاجتماعي .

إن الأسباب المذكورة حثتنا على أن نلقي نظرة على طبيعة القروض العامة متناولين هذه الطبيعة من منظور قانوني .

المبحث الأول

في التعريف بالقرض العام وأنواعه

استهلال وتقسيم :

لا غرو أن يسبق التعريف بموضوع البحث بقية الموضوعات الأخرى التي يعالجها الباحث ، ذلك لأن التعريف ، في حد ذاته ، ينير السبيل ويزيل بعض الغموض الذي قد يكتنف المسألة المطروحة على بساط البحث .

ومن أجل الوقوف على مفهوم القرض العام وبيان أنواعه، فقد أقتضى هذا أن نتناوله في مطلبين هما :

المطلب الأول: تعريف القرض العام .

المطلب الثاني: أنواع القرض العام .

المطلب الأول

تعريف القرض العام

للقرض العام معان لغوية واصطلاحية ولسوف نقف عليها في البيان الآتي :

أولاً: المعنى اللغوي للقرض:

القرض، لغة ، ما تعطيه من مال لتقضاه . ويقال استقرض منه بمعنى طلب منه القرض . واقترض منه أخذ منه القرض[١] .

ثانياً: المعنى الاصطلاحي للقرض العام :

ذهب بعض الكتاب إلى أن القرض العام عبارة عن (مبلغ من المال تستدينه الدولة بعقد يستند إلى صك تشريعي ويتضمن مقابل الوفاء)[٢] .

---

[١] محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح ، ط١، بيروت، دار الكتاب العربي، ١٩٦٧، ص٥٣٠.

[٢] د.عصام بشور، المالية العامة والتشريع المالي، ط٧، دمشق، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٩٦، ص٣٤٩.

ويلاحظ على هذا التعريف انه جعل الاقتراض مقصورا على الدولة دون الأشخاص العامة الأخرى . كما انه لم يبين من هم الدائنون الذين يقرضون أموالهم إلى الدولة ، ثم أن واضع التعريف استخدم مصطلحا غير مألوف في اللغة القانونية وهو(الصك التشريعي) قاصدا من وراء ذلك إثارة الشك حول طبيعة القانون الذي يأذن بإبرام القرض من حيث كونه قانونا من الناحية الشكلية حسب[١].

وعرف آخرون القرض العام بأنه (مبلغ من النقود تحصل عليه الدولة من السوق الوطنية أو الخارجية ، وتتعهد برده ودفع فائدة عنه وفقا لشروط معينة)[٢] .

والذي يؤخذ على هذا التعريف أن القرض العام من الجائز أن يكون مالا عينيا . والصفة الأخيرة شائعة في الوقت الحاضر لاسيما في القروض الدولية .

ولنا أن نعرف القرض العام أنه (مبلغ من المال يستدينه شخص عام إداري من شخص عام أو خاص على أن يتعهد الشخص المدين برد المبلغ مع فوائده عند حلول الأجل المتفق عليه) .

ثالثا : مدى اقتراب المعنى الاصطلاحي للقرض العام من معناه اللغوي:

يتبين من التعريفات السابقة مدى اقتراب المعنى الاصطلاحي للقرض العام من مدلوله اللغوي . فكلاهما يعبر عن إعطاء مبلغ من المال ، يسترد لاحقا ، ولكنهما يختلفان في الوصف ، فالقرض العام مقصور على الدولة وأشخاصها العامة . فهو بهذه المثابة يتسم بالخصوصية إزاء المعنى اللغوي الذي له طابع العمومية .

المطلب الثاني

أنواع القروض العامة

تقسم القروض العامة إلى أنواع عديدة وتصنف إلى تقسيمات متنوعة . ولسنا هنا في معرض بيان هذه الأنواع جميعا، لأن مؤلفات المالية العامة كفتنا مؤونة ذلك . إنما الذي يهمنا، على وجه التحديد ، بيان الأنواع التي تساعدنا على كشف الطبيعة القانونية للقروض. فنقسمها تبعا لمعيارين هما المعيار المكاني والمعيار الإرادي وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول : تقسيم القروض العامة تبعا للمعيار المكاني .

الفرع الثاني : تقسيم القروض العامة تبعا للمعيار الإرادي .

الفرع الأول

تقسيم القروض العامة تبعا للمعيار المكاني

---

[١] هذا الرأي غير صائب كما سيتبين لنا لاحقا . انظر ص٣٣ من هذا البحث .

[٢] د.عبد الفتاح عبد الرحمن عبد المجيد ، اقتصاديات المالية العامة ، دراسة نظرية تطبيقية ، ط٢،القاهرة ، المطبعة الكمالية ، ١٩٩٦، ص٤٠٥

تقسم القروض العامة تبعا لهذا المعيار إلى قروض داخلية وقروض خارجية . والقروض الداخلية هي القروض التي تحصل عليها الدولة من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين المقيمين في إقليمها، بصرف النظر عن جنسياتهم سواء أكانوا مواطنين أم أجانب[١] .

أما القروض الخارجية فهي القروض التي تستدينها الدولة من أشخاص دولية أو من أشخاص خاصة أجنبية . وعادة ما يتم الاكتتاب في هذه القروض بالعملة الأجنبية[٢] .

إن المقرضين في القروض الخارجية صنفان :

الأول: أشخاص دولية مثل الدول والمنظمات الدولية الاقتصادية سواء أكانت منظمات دولية[٣] أم إقليمية[٤] .

والصنف **الثاني:** أشخاص أجنبية خاصة مثل البنوك التجارية والأفراد الذين يكتتبون في سندات الدولة عند طرحها في أسواق المال الدولية[٥] .

وفيما يخص العراق ، فإن بإمكان الدولة، ممثلة بوزارة المالية، أن تبرم قروضا داخلية مع أشخاص معنوية عامة ،سواء أكانت أشخاصا إقليمية مثل الأقاليم ،والمحافظات غير المنتظمة في إقليم ، أو أشخاصا مرفقية مثل المصارف التجارية الحكومية، أو مع أشخاص خاصة مثل المصارف التجارية الخاصة والأفراد .ولكن لا يجوز للإدارة أن تقترض من البنك المركزي ، لان المشرع، كقاعدة عامة

---

[١] د. حامد عبد المجيد دراز، ود. مُحمد عمر أبو دوح، مبادىء المالية العامة، الإسكندرية، الدار الجامعية، ٢٠٠٥، ص٤٧ .

[٢] د.محمد خالد المهايني ود. خالد الخطيب الجشي، المالية العامة والتشريع الضريبي، دمشق، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٠، ص٢٧٠.

[٣] مثل مجموعة البنك الدولي التي تضم البنك الدولي للإنماء والأعمار ومؤسسة التنمية الدولية والشركة المالية الدولية، أنظر بشأن هذه المنظمات د. محمد سامي عبد الحميد ود. محمد السعيد الدقاق ود. إبراهيم احمد خليفة ، القانون الدولي العام، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص٦٨٣ – ٦٩٧.

[٤] مثل البنك الأفريقي للتنمية والبنك الآسيوي للتنمية والبنك الأمريكي العالمي للتنمية . أنظر بشأن هذه المنظمات د. رمزي زكي ، أزمة الديون الخارجية ، رؤية من العالم الثالث، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٧٨، ص٢٨٧ .

[٥] لمزيد من التفاصيل أنظر د.محمّود رضا فتح الله ، استدامة الدين الخارجي ، اختبار للحالة المصرية ، بحث منشور في مجلة بحوث اقتصادية عربية ،العدد ٤٢ ، السنة الخامسة العشرة ،٢٠٠٨ ، ص٤٥.

،منع البنك المذكور من إقراض الدولة أو أي شخص من أشخاصها[١].بيد أنه يجوز للإدارة أن توكل البنك المركزي لينوب عنها في إدارة عمليات الاقتراض الداخلية والخارجية[٢] .

الفرع الثاني

تقسيم القروض العامة تبعا للمعيار الإرادي

يمكن تقسيم القروض العامة ، تبعا لحرية إرادة المقرض في الإقراض ، إلى نوعين هما القروض الاختيارية والقروض الإجبارية.

والقرض الاختياري هو مبلغ من المال تستدينه الدولة من المقرضين طوعا لا كرها . بمعنى أن الدولة في هذا النوع من القروض لا تلزم المقرضين على الاكتتاب في سنداتها بل تترك لهم الحرية في إقراضها أو عدم إقراضها[٣] .

أما القرض الإجباري فهو استثناء من الأصل ، لأن الدولة تحصل عليه رغما عن إرادة المقرضين الذين يلزمون بتقديم مبلغ القرض على أن تتعهد الدولة برده إليهم مع فوائده[٤] .

إن القروض الإجبارية لا تلجأ إليها الدولة إلا في الظروف الاستثنائية مثل الحروب والأزمات المالية وكذلك عندما تضعف ثقة الأفراد في المركز المالي للدولة[٥] . وقد لجأ العراق إلى القروض الإجبارية في مناسبات عديدة كان آخرها اقتراض وزارة المالية من موظفي الدولة والقطاع العام الزيادة على الرواتب الاسمية والمخصصات المنصوص عليها في قانون رواتب موظفي الدولة والقطاع العام رقم (٢٢) لسنة٢٠٠٨.فقد أصدرت الوزارة المذكورة قرارا جاء فيه (لإدارة الإنفاق بشكل سليم وبما يؤمن عدم المساس بحقوق الموظفين التي ترتبت لهم بقانون موظفي الدولة والقطاع العام رقم (٢٢) لسنة

---

[١] نصت الفقرة (١) من المادة (٢٦) من قانون البنك المركزي الصادر بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم (٥٦) والمنشور في الوقائع العراقية عدد (٣٩٨٢) في ٢٠٠٤ والتي جاءت تحت عنوان (حظر إقراض الحكومة) بأن (لا يمنح البنك المركزي العراقي أية اعتمادات مباشرة أو غير مباشرة للحكومة أو لأي هيئة عامة أو جهة مملوكة للدولة .....).

[٢] نصت الفقرة (أ) من المادة (٢٥) من قانون البنك المركزي المشار إليه أعلاه التي اندرجت تحت عنوان (القيام بأعمال بالنيابة عن الحكومة)بأنه (يجوز للحكومة أن تأتمن البنك المركزي العراقي على القيام بما يلي : الاشتراك في عمليات الاقتراض المحلية والأجنبية التي تقوم بها الحكومة وإدارتها بصفة الوكيل المالي ....).

[٣] د. عادل فليح العلي ، المالية العامة والتشريع المالي والضريبي، ط١، عمان ، دار الحامد للنشر والتوزيع، ٢٠٠٣ ، ص١٥٢ .

[٤] د. السيد عبد المولى ، المالية العامة ، دراسة للاقتصاد العام، القاهرة ، دار الفكر العربي، ١٩٧٨ ، ص٣٩٠-٣٩١

[٥] H.Dalton, Principles of public finance, Routledge and kagen, P ، Ltd ، London, 1971, P. 175 – 179 .

٢٠٠٨ فقد تقرر الآتي :تأجيل صرف الزيادة على الرواتب الاسمية وصرف المخصصات المنصوص عليهما بالقانون المشار إليه أعلاه للأشهر تشرين الأول وتشرين الثاني وكانون الأول /٢٠٠٨ ويجري صرفها في شهر كانون الثاني/٢٠٠٩) [١].

إن القرار المذكور أعلاه وإن لم ينص صراحة على اعتبار تأجيل صرف الزيادة والمخصصات قرضا إجباريا إلا أن هذا التأجيل، في تقديرنا ، لا يخرج عن هذا الوصف . وهو لا يختلف كثيرا عن القروض الإجبارية التي لجأت إليها الدول الأخرى في مناسبات عديدة مثل مصر التي قامت الإدارة فيها باحتجاز جزء من مرتبات العاملين على هيئة ادخار إجباري وكذلك إلزام شركات القطاع العام بتخصيص ٥% من أرباحها لشراء سندات حكومية، وما قررته قوانين الإصلاح الزراعي وقوانين التأميم هناك من صرف التعويضات عن الممتلكات المؤممة على شكل سندات اسمية على الحكومة لآجال مختلفة[٢].

ومهما يكن من أمر فإن أسباب صدور قرار وزارة المالية المذكور لا تخرج ، في رأينا ، عن كونها تطبيقا للاتفاقية المبرمة مع نادي باريس[٣] في ٢٠٠٤/١١/٢١ وكذلك آتفاقية صندوق النقد الدولي.فمن المعروف أن الصندوق المذكور لا يمنح البلدان التي تطلب منه تسهيلات مالية إلا بعد أن تصلح هذه البلدان أوضاعها الداخلية وذلك بأن تخضع اقتصادها إلى وصفة الصندوق الإصلاحية التي تتضمن شروطا عديدة يقف في مقدمتها ضغط الإنفاق العام وتقليص التدخل الحكومي في المجال الاقتصادي[٤].

حري بالإشارة إليه أن القروض الاختيارية يمكن أن تكون قروضا داخلية وقروضا خارجية . أما القروض الإجبارية فلا تكون إلا قروضا داخلية ، لأن سلطة الدولة في إرغام المقرضين على الإقراض تسري على إقليمها حسب[٥] .

---

[١] أنظر الفقرة (٢) من قرار وزارة المالية ، دائرة المحاسبة ، الدراسات والمتابعة رقم١٠٥٩٥ في ٣١□٧□٢٠٠٨ .

[١] د.السيد عبد المولى ، المصدر السابق ،ص٣٩١ .

(٢) وهو نادي ليس له صفة رسمية يضم الدول الرأسمالية الدائنة للدول النامية مثل الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا واليابان وبريطانيا وايطاليا ، وقد وصل عدد الدول المنضمة إلية ١٩ دولة .أنظر د.رمزي زكي ، المصدر السابق ،هامش ص٥٤١ .

[٣] أنظر د.إكرام عبد العزيز ، الإصلاح المالي بين نهج صندوق النقد الدولي والخيار البديل ، بغداد ، بيت الحكمة ، ٢٠٠٢ ، ص٤٨ –٥٣ .

[٤] د. عادل أحمد حشيش ، اقتصاڈيات المالية العامة ، دراسة تحليلية لأصول الفن المالي لمالية الاقتصاد العام ، الإسكندرية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ،١٩٨٣ ، ص٢٦٠ .

المبحث الثاني

في اختلاف الآراء حول الطبيعة القانونية للقرض العام

تمهيد وتقسيم :

تفرق الكتاب شيعا في بيان الطبيعة القانونية للقروض العامة . فمنهم من اعتبر القرض رابطة تعاقدية . ومنهم من قال انه عقد إذعان . في حين ذهب آخرون إلى أنه عقد إداري . ولبيان هذه الآراء بصورة أكثر جلاء يقتضي أن نحللها ، وأن نقف على مضامينها وذلك في المطالب الثلاثة آلاتية :

المطلب الأول: القرض العام رابطة تعاقدية .

المطلب الثاني: القرض العام عقد إذعان .

المطلب الثالث: القرض العام عقد إداري.

المطلب الأول

القرض العام رابطة تعاقدية

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين . الأول لبيان مضمون هذا الرأي والثاني لتقديره .

الفرع الأول

مضمون الرأي القائل بأن القرض العام رابطة تعاقدية

ذهب بعض الكتاب إلى أن القرض العام عقد[1] يتم بتقابل الإيجاب الصادر من وزير المالية مع القبول الصادر من جانب المقرض[2] .

وينبني على ما تقدم انه لا يجوز المساس بحقوق المقرضين التي اكتتبوا على أساسها، فلا يجوز للإدارة أو البرلمان تعديل شروط القرض بدون موافقة المقرضين. وهذا التكييف ، وفقا لرأي قائليه ، يدخل الأمان إلى نفوس المكتتبين ، فيقبلون على الاكتتاب وهم مطمئنون .

الفرع الثاني

تقدير هذا الاتجاه

لم يبين هذا الرأي ، مع تقديرنا الكامل له، الطبيعة القانونية للقروض العامة تبيانا كاملا . فمن المعروف أن الإدارة تبرم نوعين من العقود[1] .

---

(1) د.محمود حسين الوادي ود.ذكريا احمد عزام ، المالية العامة والنظام المالي في الإسلام، ط١، عمان ، دار المسيرة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٠ ،ص٨٢ . أنظر كذلك عادل فليح ألعلي ، المصدر السابق ، ص ١٥٠ود. محمد خالد المهايني وخالد الخطيب الجشي ، المصدر السابق ، ص ٢٦٧ .

(2) هشام محمد صفوت ألعمري ، اقتصاديات المالية العامة والسياسة المالية ، الجزء الأول ، بغداد ، مطبعة التعليم العالي ، ١٩٨٨، ص٢٥٨ .

عقود مدنية، تنزل بها الإدارة منزلة الأفراد ، وتخضع فيها لأحكام القانون المدني ، ويختص بنظر المنازعات الناشئة عنها القضاء العادي . وعقود إدارية يسري عليها القانون الإداري ، ويختص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الناشئة عنها[1] ، وتتمتع الإدارة فيها بامتيازات[2] وسلطات يكفلها القانون العام .

والسؤال الذي يوجه إلى أنصار هذا التكييف أيعد القرض العام عقدا مدنيا أم عقدا إداريا ؟

ومن جهة أخرى يلاحظ أن هذا الاتجاه لا يجيز للإدارة تعديل عقد القرض بدون موافقة المقرضين . وهذا القول يجافي الواقع ، لأن الإدارة تستطيع ، على سبيل المثل ، تعديل عقد القرض بتأجيل الوفاء به أو ما يعرف بتثبيته[3] .

أخيرا ينتقد هذا الرأي من ناحية تكييفه لمراحل تكوين عقد القرض . حيث يرى أنصاره ، أن هذا العقد ينشأ بارتباط الإيجاب الصادر من الإدارة مع القبول الصادر من المقرض . وهذا الرأي لا يصح في حالة صدور القرض بطريق المزايدة[4] .فبموجب هذه الطريقة يعد إعلان الإدارة عن المزايدة دعوة إلى التعاقد ، والإيجاب هو العطاء الذي يتقدم به أحد المشتركين في المزايدة [5] . أما القبول فلا يتحقق إلا بإرساء الإدارة المزايدة على الشخص أو الأشخاص الذين قدموا عطاء أزيد[6] .

---

[1] د. عاطف سعدي محمد علي، المعيار القضائي في تمييز العقود الإدارية ، طبقا لأحدث اتجاهات الفقه والقضاءين الفرنسي والمصري ، بحث منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء ، العدد الثالث والثلاثون ، ٢٠٠٦، ص٥١– ٥٥

[2] وذلك في البلدان التي تأخذ بالنظام القضائي المزدوج .

[3] أنظر بشأن مفهوم التثبيت وصوره ص٢٢ من هذا البحث .

[4] وهي الطريقة التي يعمل بها حاليا في العراق مقرونة بنظام الاكتتاب المصرفي الذي يديره البنك المركزي نيابة عن وزارة المالية.أنظر تعليمات (بيع الأوراق المالية الحكومية بالمزايدة) ، غير منشورة، رقم (١) لسنة ٢٠٠٤. أنظر كذلك الفقرة (٦) من القسم (١٠) من قانون الإدارة المالية رقم(٩٤) لسنة ٢٠٠٤ (المنشور في الوقائع العراقية عدد ٣٩٨٤ في حزيران ٢٠٠٤) التي نصت بأن (يوقع وزير المالية على القروض.....ويتعاقد مع البنك المركزي للحصول على الخدمات المطلوبة.....).

[5] أنظر أحكام العقد عن طريق المزايدة د.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، الجزء الأول، في مصادر الالتزام ، مع المقارنة والموازنة بين الفقه الغربي والفقه الإسلامي ، ط٣ – بغداد ، شركة النشر والطبع الأهلية،١٩٦٩ ، ص٨٩

[6] تنص المادة (٨٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ بأن (لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزايدة ، ويسقط العطاء بعطاء أزيد ....)

المطلب الثاني

القرض العام عقد إذعان

سوف نبين محتوى هذا الرأي ، ثم ، نبين وجهة نظرنا بشأنه في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

محتوى الرأي القائل بأن القرض العام عقد إذعان

يعرف عقد الإذعان بأنه عقد يستقل أحد أطرافه بوضع محتواه ، كليا أو جزئيا ، وبصيغة عامة ومجردة ، في المدة التي تسبق إبرامه بحيث لا يبقى للطرف الآخر سوى قبوله برمته أو رفضه برمته[١] .

والنقطة التي تستحق أن نقف عليها في هذا المقام هي أن بعض الكتاب عدّ القرض العام، عقد إذعان، لأن المكتتب لا يستطيع مناقشة الدولة في شروط القرض ، ولا يملك إلا القبول أو الرفض. وحتى هذه الموافقة تكون مشوبة بضغط نفسي تمارسه الدولة بالدعاية والترغيبات المختلفة التي تدعو للاكتتاب[٢] .

الفرع الثاني

تقدير هذا الاتجاه

ما يؤخذ على هذا الرأي تحجيمه لدور المقرض والنظر أليه على أنه طرف سلبي في عقد القرض ، وأن إرادته تختزل في حدود إبرام العقد أو عدم إبرامه ، وأن الإدارة تضع شروط العقد بمعزل عن الطرف الآخر.

إن هذه النظرة لم تعد تتلاءم مع عالمنا المعاصر الذي يعتمد على الحوار مع المواطنين ، وعلى تقريب المسافات بين الدولة ورعاياها ، وعلى فسح المجال أمام المتعاقدين مع الإدارة لإبداء وجهات نظرهم بخصوص نشاطها وطريقة عملها . ولعل أساس ذلك كله يكمن في تغير النظرة إلى المتعاقد ، فلم يعد المتعاقد مع الدولة خصما تتضارب مصالحه مع مصالحها بل معاونا لها ، وأن العقد الذي يبرم معها هو عقد تعاون يهدف إلى استقطاب المعاونين الذين تحتاجهم الإدارة[٣] ، ومن ثم ،

---

[١] د.مهند مختار نوح،الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، دراسة مقارنة، ط١ ، دمشق ،منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٥ ، ص٨٥ ، ٨٦

[٢] M.Duverger, Finances publiques, P.U. F coll "thĕmis" ، Paris، 1963 , P.126 ets . مشار إليه في: مؤلف د.عصام بشور، المصدر السابق، ص٣٥٨ . أنظر كذلك د.رفعت المحجوب، المالية العامة، القاهرة ، دار النهضة العربية، ١٩٩٠ مشار إليه في: مؤلف د.محمد خالد المهايني ود .خالد الخطيب الجشي ، المصدر السابق، ص٢٧١

[٣] د. مهند مختار نوح ، المصدر السابق، ص١٠٢

أصبح مألوفا في هذا النوع من العقود أن تستشير الإدارة المتعاقدين معها ، وأن تطلب منهم أبداء رأيهم حول أعمالها المتنوعة التي من بينها عملية الاقتراض( ) مما يعني أن المقرض لم يعد مذعنا ، لأن دوره لم يعد مقصورا على قبول القرض أو رفضه ، كما أن إرادته ليست أجنبية عن تكوين العقد وإبرامه ، لأنه أصبح مشاركا في تحديد شروط عقد القرض.

بقي لنا أن نفند شبهة الإذعان الأخرى التي أثيرت حول عقد القرض المتمثلة بتعرض المكتتب لقهر نفسي يتمثل في الدعاية ومختلف ضروب الضغوط السياسية والاجتماعية التي يخضع لها المقرضون ، لإجبارهم على الاكتتاب . ففي الحقيقة أن هذه الضغوط ، مهما عظمت، ليس من شأنها أن تجعل المقرض في عقد القرض العام في مثل ظروف المذعن قبل التعاقد في عقود الإذعان، لأن المقرض يستطيع أن يفضل التعاقد مع أي فرد آخر تحت مظلة القانون الخاص.

المطلب الثالث

القرض العام عقد إداري

سوف نبين محتوى هذا الرأي ثم نبين وجهة نظرنا بشأنه في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

جوهر الرأي القائل بأن القرض العام عقد إداري

يتفق أغلب شراح القانونين الإداري( ) والمالي( ) على أن القرض العام عقد إداري ، ذلك أن أحد أطرافه هو الإدارة ، ولأنه يتعلق بنشاط مرفق عام يسعى لتحقيق منفعة عامة . فضلا عن ذلك فإن القرض العام يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص .

( ) تنص الفقرة (٤) من القسم (٥) من قانون الدين العام رقم (٩٥) لسنة ٢٠٠٤ المعدل النافذ (المنشور في الوقائع العراقية عدد ٣٩٨٤ في حزيران ٢٠٠٤) بأنه (يقوم الوزير – وزير المالية – وقبل أي عملية بيع، بإصدار الشروط التي تطبق على سندات الدين الحكومية من خلال تعليمات أو إعلان ينشر بطريقة تضمن الوصول إلى أكبر عدد من المشترين المحتملين). وجاء في الفقرة (٥) من القسم المذكور بأنه (عندما يقترح الوزير إصدار تعليمات.....له أن ينشر مشروع التعليمات المقترحة في وسائل النشر الرسمية ، وفي الوقت ذاته ، يقوم أيضا بنشر توضيح لهذه التعليمات ويمنح فرصة لمدة ٣٠ يوما على الأقل بعد النشر بغية أخذ آراء الجمهور ، على أن يأخذ بنظر الأعتبار جميع التعليقات المستلمة ، وفي حالة قرر الوزير أن التعليمات النهائية هي كما ينبغي ، فله أن يصدر هذه التعليمات ويرفقها بوصف عام للتعليقات المستلمة ورأيه بها.....).

( ) د.سليمان محمد الطماوي، الأسّس العامة للعقود الإدارية ،دراسة مقارنة، ط٤، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٨٤، ص١٣٣. أيضاً: د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤، الكويت، مطبعة الفلاح ، ١٩٨١ .ص١٦٧.

الفرع الثاني

تقدير هذا الرأي

يعد هذا الاتجاه ، في رأينا ، الأقرب إلى حقيقة القرض العام ، ومن ثم، فإننا نشاطر أنصاره فيما ذهبوا إليه . بيد أننا نورد ملاحظتين بشأنه:

الأولى: إن تكييف القرض العام على أنه عقد إداري لا يصح سوى بالنسبة للقروض الداخلية الاختيارية والقروض الخارجية المبرمة مع الأطراف الأجنبية الخاصة . أما الأنواع الأخرى فلها أوصاف قانونية أخرى سنقف عليها حالا .

الملاحظة **الثانية:** إن القروض الداخلية الاختيارية والقروض الخارجية المبرمة مع الأشخاص الأجنبية الخاصة ليستا عقودا إدارية في جميع الأحوال. بل أن ذلك مرهون بتوافر المعيار المييز لهذا النوع من العقود وهو أن الإدارة طرف فيه، وأن يتصل العقد بمرفق عام، وأن يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية.

المبحث الثالث

رأينا في الطبيعة القانونية للقرض العام

يقتضي استجلاء حقيقة القرض العام التفرقة بين أنواعه ، لأن كل نوع من أنواع القروض يحمل وصفا قانونيا مختلفا عن الآخر . وهذا ما يتطلب منا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين هما :

المطلب الأول : الطبيعة القانونية للقروض العامة الداخلية .

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للقروض العامة الخارجية .

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للقروض العامة الداخلية

تنقسم القروض الداخلية ، كما بينا آنفاً، إلى نوعين : قروض اختيارية وقروض إجبارية . وسوف نقف على طبيعتهما القانونية في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول : تقديرنا لحقيقة القروض الاختيارية .

الفرع الثاني : تقديرنا لحقيقة القروض الإجبارية .

( ) د. عبد العال الصكبان ، مقدمة في علم المالية العامة والمالية العامة في العراق، الجزء الأول، ط١، بغداد مطبعة العاني، ١٩٧٢، ص٤٢٩. أيضا د.محمد لبيب شقير، علم المالية العامة، القاهرة ،مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٧، هامش ص ٢٨٠ .

الفرع الأول

تقديرنا لحقيقة القروض الاختيارية

القرض الاختياري تصرف يصدر بناء على توافق إرادتين هما إرادة الإدارة المقترضة وإرادة الدائن المقرض. ولكي ينعقد هذا التصرف صحيحا يلزم أن تتوافر فيه الأركان المعروفة في كل عقد وهي الرضا والمحل والسبب، إضافة إلى توافر أهلية طرفيه وسلامة إرادتهما من العيوب .

ولما كانت الإدارة تبرم نوعين من العقود: عقود مدنية وأخرى إدارية، فإن السؤال الذي يثور في هذا المقام إلى أي طائفة من عقود الإدارة ينتمي القرض العام أينتمي إلى عقودها المدنية أم إلى عقودها الإدارية ؟

يوجد معياران لبيان طبيعة عقد القرض العام هما المعيار القانوني والمعيار القضائي . نقف عليهما في الكلام الآتي :

أولاً: المعيار القانوني:

بمقتضى هذا المعيار قد يحدد المشرع بنص قانوني صفة القرض العام ويجعل اختصاص النظر في المنازعات التي قد يثيرها للقضاء الإداري . ففي فرنسا صدرت قوانين[1] ناطت بجهة القضاء الإداري اختصاص النظر في المنازعات المتعلقة بعقود القرض العام . فقرر مجلس الدولة ، بناء على ذلك ، أن هذه العقود تحوز الصفة الإدارية ، أي تعتبر عقودا بتحديد القانون[2].

ثانياً: المعيار القضائي:

إن المشرع لا يتدخل كثيرا لتحديد صفة القروض التي تبرمها الإدارة من خلال تحديد اختصاص القضاء الإداري فيها، ومن ثم ، لزم البحث عن معيار آخر يعول عليه في تحديد طبيعة القرض الاختياري . وهذا المعيار يعرف بالمعيار القضائي ، وبمقتضاه يعتمد في تحديد الطبيعة الإدارية للقرض العام على توافر شروط تكون في مجموعها معيارا قضائيا تتحدد على أساسه الطبيعة الإدارية للقروض التي تبرمها الإدارة وهذه الشروط ثلاثة هي :

١. إن تكون الإدارة طرفا في القرض العام .
٢. إن يرتبط القرض العام بمرفق عام .
٣. إتباع وسائل القانون العام في إبرام القرض العام .

وسوف نقف على هذه الشروط في البيان الآتي :

---

[1] قانون ١٧ /٧/ ١٧٩٠ وقانون ١٧٩٣/٩/٢٦ . مشار اليهما في مؤلف د. مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢، ص٩ .

[2] عوابدي عمار، دروس في القانون الإداري، ط٣، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٨٩، ص٢٤٥ ، ٢٤٦.

١. الإدارة طرف في القرض العام:

يشترط في القرض الاختياري، لكي يعتبر عقدا إدارياً، أن يكون المقترض فيه شخصا من أشخاص القانون العام. وهذا الشخص ، الذي يكون طرفا في القرض ، قد يكون الدولة أو أحد أشخاصها الإقليمية أو شخصا من أشخاصها المرفقية.

لقد ميز بعض الباحثين بين قروض الدولة وغيرها من الأشخاص العامة، فقصر الصفة الإدارية على الأولى دون الثانية. بيد أن الرأي الراجح لا يقيم وزنا لهذه التفرقة ، لأنه يعتبر العقد في الحالتين إداريا أو مدنيا بحسب ما يحتوي عليه من شروط[١] .

ولكن ما طبيعة القرض الذي تبرمه المنظمات المهنية مثل النقابات والاتحادات والغرف مع أشخاص القانون الخاص؟ أيعد هذا القرض عقدا مدنيا أم إدارياً؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل لابد أن نلفت النظر إلى الخلاف الفقهي القائم حول طبيعة العقود التي تبرمها هذه المنظمات . فلقد ذهب بعض الكتاب إلى أن مؤدى ألاعتراف بالشخصية المعنوية لتلك المنظمات أن تكون العقود التي تبرمها إدارية إذا ما استوفت باقي الشروط[٢].

في حين ذهب آخرون إلى أن العقود التي تبرمها هذه المنظمات لا تعد عقودا إدارية حتى ولو تعلقت بأداء المرفق لمهمته واحتوت على شروط استثنائية غير مألوفة[٣] .

ونرى أن قروض المنظمات المهنية ليست قروضا عامة، لأن ، القرض العام ، كما هو معروف، يمثل أحد أوجه الإيراد العام الذي تؤول حصيلته إلى الخزينة العامة ويرصد مبلغه للأنفاق في مشاريع تلبي احتياجات عامة وتهدف إلى تحقيق الصالح العام . بينما قروض المنظمات المهنية تعتبر إيرادات خاصة بها وتنفق مبالغها لمصلحة الأعضاء المنتمين أليها . لهذا نعتقد أن قروض هذه المنظمات لا تحمل طابعا إداريا وإنما طابعا مدنيا ، ومن ثم، فإنها تخضع لأحكام القانون الخاص .

٢. اتصال القرض العام بمرفق عام:

إن ارتباط القرض العام بمرفق عام يعد شرطا لازما لدمغ القرض العام بصفة العقد الإداري. والمرفق العام[١] هو كل نشاط يهدف إلى تلبية احتياج عام ، تقوم به الدولة أو تحت إشرافها في إطار نظام قانوني متميز[٢] .

---

[١] موريس نخلة، العقود الإدارية، التزامات الأشغال العامة والالتزامات والامتيازات ، صفقات اللوازم والأشغال العامة، بدون ذكر مكان النشر، دار المنشورات الحقوقية، ١٩٨٦ ، ص١٨، ١٩ . أنظر كذلك: د.سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق ، ص١٣٣ .

[٢] د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية ، الإبرام ، التنفيذ ، المنازعات في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤ ، ص١٥ ،١٦ كذلك د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص٥٦ .ود. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص٤٤.

[٣] د.عاطف سعدي محمد علي، المصدر السابق، ص٦١.

إن علاقة القرض العام بالمرفق العام تثير تساؤلات عديدة تتعلق بنوع المرفق العام الذي يتصل به القرض، ومدى توافر مفهوم المرفق في النشاط المالي للدولة. ولما لهذه المواضيع من أهمية فقد آثرنا أن نتوافر عليها في البيان الآتي :

أ. نوع المرفق الذي يرتبط به القرض العام:

إذا كان المرفق العام شرطا لازما وضروريا لإضفاء الصفة الإدارية على القرض العام فهل يلزم أن يتصل القرض بنوع معين من المرافق العامة أم أن كل أنواع المرافق العامة كافية لوسم القرض العام بالطابع الإداري؟

تبنى بعض الكتاب مفهوما ضيقا للمرفق العام ، فاشترط كيما يلبس العقد لبوسا إداريا، أن يتصل بنوع واحد من المرافق العامة هو المرافق الإدارية البحتة. أما العقود المرتبطة بالمرافق العامة الصناعية والتجارية فهي عقود مدنية ،لأن نشاط هذه المرافق يخضع لأحكام القانون الخاص إلا إذا وجد نص في القانون يحكم بخلاف ذلك[٣] .

في حين فضل قسم آخر من الكتاب الأخذ بالمعنى الواسع للمرفق العام ، فلم يقصر فكرة العقود الإدارية على المرافق العامة الإدارية البحتة. بل عمد إلى توسيعها لتشمل أنواعا أخرى من المرافق الصناعية والتجارية التي اعتبر أن عقودها إدارية إذا ما توافرت فيها باقي الشروط[٤] .

والذي نراه أن قروض المرافق العامة الإدارية البحتة تعتبر عقودا إدارية تخضع لأحكام القانون العام ، عند توافر بقية الشروط الأخرى . ويتحقق شرط اتصال القرض بهذه المرافق إذا ما رصد مبلغ القرض لتغطية وجه معين من أوجه إنفاقها مثل تشييد أو تطوير مرفق الدفاع أو القضاء أو الأمن أو الصحة أو التعليم.

أما المرافق الصناعية والتجارية فينبغي أن نميز، في شأنها ، بين حالتين :

الأولى : اعتراف المشرع لهذه المرافق بالشخصية المعنوية العامة وبالاستقلال المالي والإداري وإخضاع نشاطها لأحكام متميزة عن أحكام القانون الخاص ، فقروضها في هذه الحالة تعتبر عقودا إدارية .

والحالة **الثانية** : فهي أن يعامل المشرع هذه المرافق معاملة الأشخاص الخاصة ، فعند ذاك لا تعتبر قروضها عقودا إدارية وإنما عقودا مدنية .

والسؤال الذي يلوح لنا ما الطبيعة القانونية للقروض التي تبرمها المرافق العامة الصناعية والتجارية في العراق ؟

---

[١] طبقا للمعيار الموضوعي.

[٢] د.عاطف سعدي محمد علي، المصدر السابق، ص٦٤.

[٣] د. محمد علي جواد، مبادىء القانون الإداري، بدون ذكر دار ومكان النشر ، ٢٠٠٢، ص٥٥ .

[٤] د.سليمان محمد الطماوي ، المصدر السابق، ص٧٣ . كذلك عوابدي عمار، المصدر السابق، ص٢٤٩ . أيضا د. عاطف سعدي محمد علي، المصدر السابق، ص٦٥ .

نستطيع أن نجيب أن القروض التي تعقدها المنشآت العامة المملوكة للدولة وشركاتها العامة تعتبر عقودا إدارية ، في حال توافر بقية الشروط الأخرى ، لأن المشرع العراقي اعتبر هذه المرافق أشخاصا معنوية عامة( ) ، يتطلب تأسيسها موافقة مجلس الوزراء( ) ، ويسري على منتسبيها قانون الخدمة نفسه الذي يطبق على موظفي الدولة( ) ، ويسدد رأسمالها من الخزينة العامة( ) ،وترحل بعضا من أرباحها إلى هذه الخزينة( ). علاوة على ذلك فان قروض هذه الأشخاص تكون مضمونة من قبل الحكومة عند موافقة المشرع على ذلك( ).

جدير بالالماع إليه أن ارتباط القرض العام بهذا النوع من المرافق يتحقق عندما يخصص مبلغ القرض لخدمة نشاطها الصناعي والتجاري مثل إنشاء السكك الحديد أو الموانئ أو السدود إلى غير ذلك من الأنشطة الأخرى .

ب .مدى اعتبار النشاط المالي للإدارة مرفقا عاما يصلح أن يتصل به القرض العام ؟

يحدث أحيانا أن الدولة تبرم قرضا عاما دون أن تقصد من وراء ذلك تنظيم أو تسيير مرفق عام إداري أو صناعي أو تجاري وإنما لمعالجة أزمة اقتصادية قد تكون تضخمية سببها وجود أموال نقدية فائضة تعمل الدولة على امتصاصها من خلال طرح سندات للاكتتاب العام

( ) نصت المادة (٧) من قانون وزارة الصناعة والمعادن رقم (٨) لسنة ١٩٩٧، منشور في الوقائع العراقية عدد (٣٦٧٠) في ١٩٩٧/٥/١٩، بأن (المرفق العام ، هو وحدة إنتاجية أو خدمية أو بحثية أوتصميمية أو تنفيذية ، تابع لوزارة الصناعة والمعادن.....) . وجاء في المادة (٨) من هذا القانون (يتمتع المرفق العام بالشخصية المعنوية ، وبالاستقلال المالي والإداري لتحقيق أهدافه المنصوص عليها في هذا القانون ....).

كما نصت المادة (الأولى)من قانون الشركات العامة رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ – منشور في الوقائع العراقية عدد (٣٦٨٥) في ١٩٩٧/٩/١ – بأن (الشركة العامة : الوحدة الاقتصادية الممولة ذاتيا و المملوكة للدولة بالكامل التي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري .....) .

( ) نصت المادة (٣) من قانون الشركات العامة بأن (تقدم الوزارة طلبا إلى مجلس الوزراء لتأسيس شركة عامة .....) .

( ) نصت المادة (٤٤) من قانون الشركات العامة بأن (يستمر العمل بقواعد الخدمة النافذة على منتسبي الشركات المشمولة بهذا القانون. لحين صدور قواعد خدمة جديدة.....) .

( ) نصت الفقرة (أولا) من المادة (٩٤) من قانون الشركات العامة بأن (تسدد الخزينة العامة رأسمال الشركة دفعة واحدة أو على دفعات .....) .

( ) نص البند (١) من الفقرة (رابعا) من المادة (١١) من قانون الشركات العامة بأن (يتم توزيع الربح ... ٤٥% خمس وأربعين من المئة للخزينة العامة) .

( ) نصت الفقرة (٣) من القسم(٨) من قانون الإدارة المالية المعدل النافذ بأن (.....تكون الضمانات المقدمة من الحكومة الفدرالية بشأن قروض المؤسسات العامة وفقا للقانون وتظهر في الحسابات الختامية للحكومة الفدرالية).

أو تكون أزمة انكماشية تجد الإدارة أن علاجها يتطلب اقتراض أموال من مصادر خارجية وضخها في السوق الوطنية .

والسؤال الذي يثور هنا هل يعد نشاط الإدارة المالي الهادف إلى معالجة التقلبات الاقتصادية مرفقا عاما يصلح أن يتصل به القرض العام ؟

أنكر بعض الكتاب إن تكون أعمال الإدارة التي تتعلق بإدارة الشؤون المالية للدولة مرفقا عاما بحجة أن مثل هذه الأنشطة الإدارية لا تتضمن تقديم خدمات مباشرة للأفراد[١] .

الحقيقة أن هذا الرأي كان يستحق نصيبا وافرا من القبول لو أن مفهوم الدولة الحارسة لما يزل قائما. آما وقد انهار هذا المفهوم في الوقت الحاضر وبات تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية أمرا مألوفا لمعالجة التقلبات الاقتصادية فأن من الصعوبة القبول به . لهذا نرى أن النشاط المالي للإدارة يعد مرفقا عاما بكل معنى الكلمة ، تمارسه الإدارة بقصد إشباع حاجة عامة هي تقويم مسيرة الاقتصاد الوطني وحمايته من التقلبات التي تهدد حياة المواطنين المعيشية تحقيقا للصالح العام .

يترشح من البحث المتقدم صافيا أن اتصال القرض بمرفق عام يتحقق في الحالة التي تقترض فيها الإدارة أموالا لتنظيم أو تسيير مرفقها المالي.

ج . إتباع أسلوب القانون العام في إبرام القرض العام أو تنفيذه :

لا يكفي أن يتصل القرض العام بأحد المرافق كيما يكتسب الصفة الإدارية بل لابد أن تتصرف نية الإدارة المقترضة إلى إتباع أسلوب القانون العام عند إبرام هذا العقد أو تنفيذه[٢].

وأهم وسيلة يعتمد عليها في الكشف عن نية الإدارة في اختيار وسائل القانون العام هي أن يتضمن القرض العام شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، فوجود هذه الشروط في القرض العام يكشف عن استعمال الإدارة المقترضة لامتيازات السلطة العامة ، وعن إعمالها لقواعد القانون العام وذلك من أجل تحقيق هدف العقد الإداري وهو الصالح العام[٣] .

---

[١] عوابدي عمار، المصدر السابق، ص٨٨،٨٩.

[٢] يجدر بنا أن نذكر هنا أن القضاء الفرنسي ، وفي أحكام حديثة نسبيا ، ذهب إلى أن معيار المرفق العام يعتبر معيارا كافيا بذاته لإضفاء الصفة الإدارية على العقد الذي تبرمه الإدارة متى ما كانت علاقة العقد بالمرفق العام علاقة وثيقة ومتينة كأن يعهد إلى المتعاقد مع الإدارة تنفيذ المرفق العام أو المشاركة في تنفيذه – أنظر على سبيل المثل حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية الزوجين (بارتان) في(٢٠/٤/ ١٩٥٦) وحكمه الصادر في اليوم نفسه في قضية (جريموارد) لمزيد من التفاصيل أنظر د . عاطف سعدي محمد علي، المصدر السابق، ص٦٧،٦٨ ، **والرأي عندنا** أن معيار المرفق العام لا يصلح لوحده في إضفاء الصبغة الإدارية على القرض ، ذلك أن معاونة المقرض في تسيير المرفق العام الذي يتصل به القرض لا يبلغ مبلغ التنفيذ للمرفق أو المشاركة في تنفيذه بل تقتصر في الغالب على تقديم المال من خلال الاكتتاب في سندات القرض العام .

[٣] لمزيد من التفاصيل حول الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية انظر

M . Waline ، Précis de droit administrative, Paris ، Éditions montchrestien, 1969, P .393 ، 394

والسؤال الذي يساق في هذا المقام ما الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القروض الخاصة التي يمكن أن ينطوي عليها القرض العام ؟

يمكن رد هذه الشروط الاستثنائية إلى مجموعتين هما :

المجموعة الأولى : شروط تتضمن امتيازات للإدارة المقترضة لا يمكن أن يتمتع بها المقرض .

إن ميزة هذه الشروط هي إهدارها لأحد المبادئ المقدسة في القانون الخاص آلا وهو مبدأ المساواة بين المتعاقدين . فبمقتضاها تستطيع الإدارة المقترضة أن تحمل المتعاقد معها ، وبإرادتها المنفردة ، التزامات تجعل موقف المتعاقدين في القروض العامة غير متكافئ . ومن أمثلة هذه الشروط تجديد القرض عن طريق تثبيته . ويقصد بالتثبيت[1] استبدال قرض جديد متوسط أو طويل الأجل أو مؤبد بقرض قديم قصير الأجل ، فيكون سببا في انقضاء القرض القديم وفي نشوء القرض الجديد . ومعنى ذلك أن أثر التثبيت ينصب على مدة القرض حسب دون أن يطال مبلغ القرض وفوائده السنوية حيث تبقى الإدارة ملزمة تجاه مقرضيها بأداء هذه الاستحقاقات المالية[2] .

والتثبيت يكون على ضربين، اختياري وإجباري ، ولا تتجلى الشروط الاستثنائية في النوع الأول، لأنه يتم بإرادة طرفي القرض. أما النوع الثاني فتظهر فيه هذه الشروط بأوضح صورها ، لأنه يتم بإرادة وحيدة الطرف هي إرادة الإدارة المقترضة.

المجموعة الثانية : شروط تمنح المقرض امتيازات مالية استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص .

كثيراً مما تتضمن عقود القروض العامة شروطا تمنح المقرضين امتيازات مالية لا نظير لها في العقود التي تتم في نطاق القانون الخاص بين الأفراد . ونسوق فيما يلي أمثلة على هذه الامتيازات:

المثل الأول : الامتيازات الضريبية .

هي امتيازات تقرر بقانون تعفى بموجبها سندات القرض وفوائده أو احدهما من الضرائب والرسوم النافذة أو التي تفرض مستقبلا[3] .

---

(1) B . Misra, Economics of public finance, III revised edition, Delhi ، Macmillan India limited – 1995 ، P. 243.

(2) ثمت طريقة أخرى لتجديد القرض هي تبديله . والتبديل يقصد به استبدال قرض جديد سعر فائدته منخفض بقرض قديم سعر فائدته مرتفع. وهو على نمطين اختياري وإجباري . أنظر المصدر المشار إليه أعلاه .
وفي رأينا أن التبديل لا يعد شرطا استثنائيا يمنح الإدارة امتيازا في مواجهة المقرضين ، ذلك أن التبديل الاختياري لا يتم إلا باتفاق طرفي القرض . أما التبديل الإجباري فهو تصرف غير مشروع قانونا ، لأنه ينال من حقوق المقرضين المالية .

(3) نصت المادة (الرابعة) من قانون القروض الداخلية العراقي الملغى رقم (٦٢) لسنة ١٩٥٨ ، المنشور في الوقائع العراقية عدد (٧٧) في ١٨ / ١١ /١٩٥٨ – بأنه (يعفى رأس مال القروض المشمولة بأحكام هذا القانون وفوائدها من جميع الضرائب والرسوم الحالية والمقبلة وتعفى سنداتها وكوباناتها والوصولات المتعلقة بها من رسم الطوابع) .

المثل الثاني : السماح بقيام سندات القرض مقام النقود في التعاملات .

قد تقرر الدولة امكان استخدام سندات القروض على أنها نقود عند الاشتراك في المزايدات والمناقصات العامة[١] .

الفرع الثاني

تقديرنا لحقيقة القروض الإجبارية

بادئ الرأي نقول إن أغلب من كتب عن موضوع القروض الإجبارية لم يفصح عن طبيعتها القانونية ، وإنما اكتفى بإثارة الشك حول صفتها العقدية ، لأنها تفرض على المقرضين فرضا يماثل فرض الضريبة وإن كانت تختلف عنها من حيث التزام الدولة برد مبلغ القرض مع فوائده إلى المقرضين[٢] .

والرأي عندنا أن القرض الإجباري نظام قانوني يشغل فيه المقرض مركزا تنظيميا . ومن أجل الوقوف على حقيقة القرض الإجباري لابد من بيان التقسيم الموضوعي للأعمال القانونية الصادرة عن الإدارة وتأثيرها على المراكز القانونية . فمن المعلوم أن البناء القانوني للدولة يتكون من مجموعة من المراكز القانونية ، ترتكز على حزمة من الأعمال التي تصدرها السلطات المختلفة في الدولة .

فبالنسبة للمراكز القانونية ، فإنها الحالة التي يوجد فيها الشخص أمام القانون . وتنقسم هذه المراكز إلى طائفتين :

الأولى: مراكز موضوعية وهي كل مركز يكون محتواه واحدا بالنسبة لطائفة معينة من الأفراد . مثل ذلك مركز الموظف .

الثانية: مراكز شخصية وهي التي يحدد محتواها بالنسبة لكل فرد على حدة . ومثلها حالة الدائن والمدين في القانون الخاص .

أما بالنسبة للأعمال القانونية فتقسم من حيث الآثار التي تترتب عليها إلى ثلاثة أنواع :

الأول: العمل المشرع وهو كل عمل قانوني ينشئ أو يعدل أو يلغي مركزا قانونيا موضوعيا . مثل ذلك القوانين واللوائح .

الثاني: العمل الشخصي وهو الذي يترتب عليه إنشاء مركز شخصي أو تعديله أو إلغاؤه ومثله العقد .

---

[١] نصت المادة (السادسة) من قانون القروض الداخلية المشار إليه أعلاه بأن (تعتبر سندات القروض المشمولة بأحكام هذا القانون بمثابة نقد لأغراض المناقصات والمزايدات الخاصة بدوائر الدولة .....) .

[٢] انظر د.محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٨ ، ص٢٤ . أنظر كذلك: د . نواف كنعان، القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، ط١، عمان، مطابع الدستور التجارية، ١٩٩٦ ، ص٣٢٩ . أيضاً: د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص١٣٣.أنظر كذلك

P.M.Gaudemet-Prėcis de finances publiques–Tome deuxiėme–Paris-Êditions montchrestien- 1977 P. 92-94

الثالث: العمل الشرطي وهو عمل صادر بصدد فرد معين يترتب عليه إلحاقه بمركز قانوني موضوعي . مثل ذلك قرار تعيين الموظف[1] .

والسؤال الذي يطرح في هذا المساق أين نضع القرض الإجباري من هذا التقسيم ؟

لا محل للقول بأن علاقة المقرض مع الإدارة في القرض الإجباري علاقة عقدية ، لأن العقد، كما هو معلوم ، توافق إرادتين عن حرية واختيار ، ولا حرية ولا اختيار للمقرض في القرض الإجباري .

ولا يخامرنا الشك في أن المقرض في هذا النوع من القروض يشغل مركزا عاما موضوعيا يحدد مضمونه ويرسم معالمه القانون الذي يأذن بالقرض . وهذا القانون يعتبر المصدر المباشر للعلاقة الناشئة بين الإدارة والمقرض . والنقطة المهمة هنا هي أن المركز القانوني الموضوعي هو مركز عام ومجرد ولا يمكن أن ينطبق من تلقاء نفسه وبقوة القانون على المقرض وإنما يلزم لذلك صدور عمل قانوني يسحب هذا المركز الموضوعي على الشخص الذي يزمع إخضاعه لأحكامه . وهذا العمل القانوني الساحب هو العمل الذي تتخذه الإدارة في مواجهة المقرض مثل استقطاع مبلغ القرض من أمواله وترحيله إلى الخزينة العامة، ويعرف في التنظيم القانوني بالعمل الشرطي ، وهذا العمل ليس له أي أثر إنشائي وإنما هو مجرد عمل ساحب ولايمكن أن يترتب عليه أي تغيير بالزيادة أو النقصان في المركز القانوني الذي يسحبه . غاية الأمر أن هذا المركز يصبح بعد سحبه ، بموجب عمل الإدارة ذا طابع شخصي .

صفوة القول إن علاقة المقرض بالإدارة في القرض الإجباري علاقة تنظيمية وليست تعاقدية . وهذا يعني أن القروض الإجبارية ليست علاقة قائمة على توافق إرادتين وإنما هي عمل قانوني من جانب واحد هو جانب الإدارة المقترضة .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للقروض العامة الخارجية

تبرم القروض الخارجية مع فئتين هما الأشخاص الدولية والأشخاص الأجنبية الخاصة. وللوقوف على طبيعة القرض المبرم مع هاتين الفئتين فإننا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين هما:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للقروض المبرمة مع الأشخاص الدولية .

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للقروض المبرمة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية .

---

[1] د. خالد سمارة الزغبي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة ، في فرنسا ، مصر ، لبنان، الأردن، ط١ ، عمان، المركز العربي للخدمات الطلابية، ١٩٩٣، ص٢٤ – ٢٦ .

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للقروض المبرمة مع الأشخاص الدولية

تعتبر اتفاقات القروض التي تبرمها الدولة المقترضة مع الدول الأخرى، والمنظمات الاقتصادية الدولية المقرضة، معاهدات دولية تخضع لأحكام القانون الدولي إذا ما استوفت الخصائص اللازم توافرها في المعاهدات الدولية[1] . وقد تتخذ اتفاقات القروض تسميات مختلفة مثل اتفاقية مالية دولية[2] وتبادل المذكرات والرسائل[3] . بيد أن ذلك لا يخل من اعتبارها من قبيل المعاهدات الدولية وخضوعها بالتالي للقواعد التي تحكم هذه الأخيرة[4] .

إن خضوع القرض المبرم مع الأشخاص الدولية إلى القانون الدولي العام يبقى مرهونا بإرادة أطرافه التي قد تتفق على استبعاد هذا القانون وإخضاع القرض إلى قانون آخر مثل القانون الوطني للدولة المقرضة[5]. وعند ذاك لا يعتبر القرض معاهدة دولية وإنما مجرد عقد مالي بين شخصين دوليين .

---

[1] هذه الخصائص هي :

أ – أن تبرم المعاهدات مع أشخاص القانون الدولي .

ب – أن تصاغ في وثيقة مكتوبة .

جـ – أن يخضع موضوع المعاهدة لأحكام القانون الدولي .

أنظر بشأن هذه الخصائص د . محمد سامي عبد الحميد و د . محمد السعيد الدقاق و د. إبراهيم احمد خليفة، المصدر السابق، ص١٧،١١ .

[2] نصت المادة (١) من قانون تصديق الاتفاقية المالية المعقودة بين حكومة جمهورية العراق ومؤسسة التنمية الدولية التابعة للبنك الدولي رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠٧ ، المنشور في الوقائع العراقية عدد ٤٠٥٢ ، السنة التاسعة والأربعون ، في ٢٠٠٧ ، بأن (تصدق جمهورية العراق الاتفاقية المالية (مشروع إعادة إعمار الكهرباء) ....والمتعلقة بالقرض المقدم من المؤسسة المذكورة آنفا .....) .

[3] نصت المادة (١) من قانون تصديق الرسالتين والمذكرتين المتبادلتين ومحضر المباحثات المتعلقة بالقرض الياباني إلى حكومة جمهورية العراق رقم (٥٩)، المنشور في الوقائع العراقية المذكورة أعلاه، بأن (تصدق جمهورية العراق الرسالتين والمذكرتين المتبادلتين ومحضر المباحثات .... المتعلقة بالقرض الياباني .....) .

[4] عرفت اتفاقية فينا سنة ١٩٦٩ المعاهدة بأنها (اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر أيا كانت التسميات التي تطلق عليها) . أنظر د. محمد سامي عبد الحميد ود. محمد السعيد الدقاق ود. إبراهيم أحمد خليفة، المصدر السابق ، ص١٧ .

[5] مثل القرض المبرم بين الدنمرك ومالاوي سنة ١٩٦٦ الذي اخضع للقانون الدنمركي وعقود القروض المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا التي أخضعت لقانون ولاية نيويورك . أنظر د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، الإسكندرية، دار الفكر العربي، ٢٠٠١ ن ص٤٢٨ .

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للقروض المبرمة مع الأشخاص الأجنبية الخاصة

بادئ ذي بدء نقول إن القروض المبرمة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية لا يمكن اعتبارها معاهدات دولية تخضع لأحكام القانون الدولي ، لأن هذه الأشخاص ليست من أشخاص القانون الدولي العام التي لها أهلية أبرام المعاهدات الدولية( ) . كذلك فإن هذه القروض لا تتماثل طبيعتها مع طبيعة العقود المبرمة بين التجار المتعاملين على مسرح العلاقات الاقتصادية الدولية التي تخضع للقانون التجاري الدولي ، لأن هذا القانون لا يحكم سوى العلاقات التي يشغل أطرافها مراكز قانونية متساوية( ) بينما القروض التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الخاصة تتسم بتفاوت المراكز القانونية لطرفيها .

ولكن إذا لم تكن هذه القروض معاهدات دولية ولا عقود تجارية فما طبيعتها القانونية إذن؟

ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى تكييف هذه القروض على أنها عقود إدارية . ويتعلق الأمر بعقد قرض متضمنا شرط الدفع بالذهب أصدرته الحكومة الفرنسية في الولايات المتحدة الأمريكية في المدة المحصورة ما بين الحربين وينتهي عام ١٩٤١ . الا أنه نظرا لظروف الحرب العالمية الثانية تم تأجيله لما بعد ذلك . وفي عام ١٩٤٨ فان حاملي السندات طالبوا بدفع قيمتها إما بالذهب أو بالفرنك الفرنسي تبعا لقيمته يوم المطالبة . إلا أن وزير المالية الفرنسي تمسك بإعمال القانون الأمريكي الصادر عام ١٩٣٣ ، الذي يبطل شرط الدفع بالذهب . وعندما طرح النزاع أمام مجلس الدولة ، أصدر حكمه باعتبار القرض محل المنازعة عقدا إداريا صادرا من الدولة الفرنسية ، تحكم تنفيذه قواعد القانون الفرنسي ، بصرف النظر عن مكان إصداره في الولايات المتحدة الأمريكية ، وأن الوفاء بالمبالغ المستحقة عند انتهاء مدته يجب أن يتم في نيويورك ، وإعمال قواعد القانون الفرنسي على واقعة الحال معناه إلزام الحكومة الفرنسية بتسديد المبالغ المستحقة إلى المقرضين إما عن طريق عملة قابلة للتحويل ذهبا أو ذهبا( ) .[٣]

ولنا التعليق الآتي على هذا الحكم :

أولاً: إذا كنا نذهب مع مجلس الدولة الفرنسي إلى أن القرض المبرم مع الأشخاص الأجنبية الخاصة يعتبر عقدا إداريا ، في حالة توافر شروط هذا العقد ، الا اننا لا نتفق مع المجلس المذكور في أن هذا القرض يخضع خضوعا مطلقا لقانون الدولة المقترضة بل ينبغي أن تحترم هذه القروض القواعد المتعلقة بالنظام العام في الدولة التي يتم تنفيذ هذه القروض في إقليمها مثل القواعد الخاصة بقانون الأوراق المالية والقواعد المتعلقة بالحصول على تراخيص السندات .

( ) انظر: بشأن المركز الدولي للأشخاص الخاصة د.سامي عبد الحميد ود. محمد السعيد الدقاق ود. إبراهيم أحمد خليفة، التنظيم الدولي، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص٣٣١، ٣٤٩ .

( ) د. حفيظة السيد الحداد، المصدر السابق، ص٧٦٠ .

( ) حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Dame langlois) الصادر في ٢٨ نوفمبر ١٩٥٨ . أشارت إليه د. حفيظة السيد حداد، المصدر السابق، ص٢٧ – ٢٩ .

ثانياً: إن القروض المبرمة مع الأشخاص الأجنبية الخاصة تنفرد بخصائص لا تتوافر في القروض المبرمة مع الأشخاص الخاصة الوطنية . ومن هذه الخصائص :

١. تثير هذه القروض ، سواء من ناحية إبرامها أو تنفيذها ، فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة الأجنبية التي يتبعها الطرف المتعاقد مع الدولة .
٢. تتضمن هذه القروض عادة شرط التحكيم ، الذي بناء عليه يتم سلب الاختصاص من المحاكم الوطنية لكل من طرفي العقد .
٣. تستبعد هذه القروض أحيانا تطبيق قانون الدولة المقترضة[١] .

المبحث الرابع

في الإذن القانوني بالاقتراض

يسود الأنظمة الديمقراطية الحديثة مبدأ قوامه لزوم استئذان الإدارة ممثلي الشعب قبل شروعها بإصدار القرض العام وطرح سنداته للاكتتاب . وسوف نتوافر في هذا المبحث على مبررات هذا المبدأ وأهميته وعلى طبيعة القانون الذي يأذن للإدارة بالاقتراض وذلك في المطالب الثلاثة الآتية :

المطلب الأول : مبررات الإذن القانوني بالاقتراض .

المطلب الثاني : أهمية الإذن القانوني بالاقتراض .

المطلب الثالث : طبيعة القانون الذي يأذن للإدارة بالاقتراض .

المطلب الأول

مبررات الإذن القانوني بالاقتراض

يمكن إجمال مبررات اختصاص البرلمان بالموافقة على القروض بالآتي :

١. إن الرقابة التي تمارسها الهيئات النيابية على الموارد المالية للدولة وعلى أوجه إنفاقها ، تدل دلالة واضحة على علو شأن هذه الهيئات ومدى سطوتها في مراقبة تصرفات الإدارة في مجالي التحصيل والإنفاق. لذا كان من الطبيعي أن تحرص المجالس التشريعية على جعل الموافقة على القروض من الصلاحيات التي تدخل في اختصاصها[٢] .
٢. يصف بعض الكتاب[٣] القرض العام بأنه ضريبة مؤجلة، لأن الإدارة تستعين بالإيرادات العامة لاسيما الضرائب في سبيل تغطية أعباءه المستقبلية. ولما كان من المسلم به في الوقت الحاضر

---

[١] انظر بشأن خصائص العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية الخاصة ، المصدر السابق ، ص٤٧٧ .

[٢] د. عصام بشور، المصدر السابق، ص٣٢٥ .

[٣] د.عبد العال الصكبان، المصدر السابق، ص٤٣ .

أن الضرائب لا تفرض إلا بقانون، فإن النتيجة المنطقية لذلك هي أن يصدر القرض العام بقانون .

٣. إن السماح للإدارة بعقد القروض العامة ، دون الحصول على موافقة البرلمان ، قد يؤدي إلى الالتفاف حول مبدأ قانونية الضريبة وإفراغ هذا المبدأ من محتواه ، ذلك أن الإدارة سوف تهرع إلى عقد القروض العامة كلما رفض البرلمان الإذن لها بفرض ضرائب جديدة[١] .

٤. تؤدي المناقشات البرلمانية التي تثور عشية إعلان الإدارة عن نيتها إصدار قرض عام إلى رقابة دقيقة لدوافع هذا القرض ، ومجالات إنفاقه ، ومصادر تغطية خدماته ، ومدى قدرة الإدارة على سداد أقساطه أو الوفاء به . وكل ذلك يسهم، بلا ريب، في الحد من الإسراف المالي ، ويعزز ثقة المقرضين في الائتمان العام[٢] .

٥. إن موافقة البرلمان على إصدار القرض العام يعد خير وسيلة للإعلان عنه، ولفت نظر الرأي العام إليه، مما يساعد على نجاح الاكتتاب به .

المطلب الثاني

أهمية الإذن القانوني بالاقتراض

إن الدول التي اعتنقت هذا المبدأ قد حرصت على تقنينه في صلب دساتيرها ، رغبة منها في إعلاء شأن المجالس النيابية في الأمور المالية ، وتوكيدا لأهمية هذا المبدأ ولزوم احترامه من قبل جميع السلطات العامة . ومن هذه الدساتير الدستور المصري[٣] والتونسي[٤] والجابوني[٥] .أما[٦]دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ . فقد التزم الصمت ، وجاءت نصوصه خلوا من هذا المبدأ[٧] . بيد أن قانون الدين العام النافذ أذن لوزير المالية إبرام القروض[٨] .

---

[١] د.عادل أحمد حشيش، المصدر السابق، ص٢٦٧ .

[٢] د. السيد عبد المولى، المصدر السابق، ص٣٩٥ .

[٣] نصت المادة (١٢١) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ النافذ بأنه (لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض ..... إلا بموافقة مجلس الشعب) .

[٤] نص الفصل (٣٤) من دستور الجمهورية التونسية لسنة ١٩٥٩ بأن (تتخذ شكل قوانين النصوص المتعلقة بالقروض والتعهدات المالية للدولة) .

[٥] نصت المادة (٣٧) من دستور جمهورية الجابون رقم (١) لسنة ١٩٦١ بأن (.....تدخل في نطاق اختصاص القانون القواعد المتعلقة بما يأتي : القروض والالتزامات المالية للدولة). أنظر: د.بطرس بطرس غالي، الدساتير الأفريقية، القاهرة، المنظمة العالمية لحرية الثقافة، ١٩٦١، ص٥٩ – ٦٠ .

[٦] اكتفى المشرع العراقي في هذا الدستور بالنص على حصر صلاحية إبرام القروض والتوقيع عليها بالسلطات الاتحادية.فقد نصت الفقرة(أولا) من المادة (١١٠) من الدستور المذكور بأن(تختص السلطات الاتحادية بالاختصاصات الحصرية الآتية :...سياسات الاقتراض والتوقيع عليها وإبرامها ....) .

[٧] نصت الفقرة (١) من القسم (٢٧) من قانون الدين العام العراقي النافذ بأن (للوزير – وزير المالية – الحق بإصدار سندات الدين الحكومي كالتزام تضمنه الحكومة .....) .

وفي رأينا أن الإذن القانوني بالاقتراض أصبح اليوم ، مثله مثل مبدأ قانونية الضريبة، مبدأ دستورياً ، وواحداً من الأصول المعهودة في مالية الدولة التي يجب على الإدارة احترامها وإن لم ينص عليها الدستور صراحة ، وأن مخالفتها تجعل عقد القرض معدوما من الناحية القانونية . وهذا العقد المعدوم لا يصححه أذن لاحق، ولا سبيل إلى تصحيحه بأي صورة ، وان على الإدارة إذا أرادت المضي في التعاقد أن تبرم عقدا جديدا محترمة بذلك قواعد الإذن ، وأن للمقرض الحق باسترداد مبلغ القرض من الإدارة مع مطالبتها بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء هذا العقد المعدوم ، ويبنى التزام الإدارة هذا لا على أساس المسؤولية التعاقدية، وإنما على أساس المسؤولية التقصيرية أو على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب إذا استطاع المقرض أن يثبت أن الإدارة قد انتفعت من مبلغ القرض على حسابه( ) .[1]

المطلب الثالث

طبيعة القانون الذي يأذن للإدارة بالاقتراض

ذهبت ثلة من كتاب المالية العامة إلى أن القانون الذي يأذن بإصدار القرض العام ،يعد قانونا من الناحية الشكلية حسب لصدوره من السلطة التشريعية المختصة . أما من الناحية الموضوعية فلا يعد كذلك لخلوه من القواعد العامة المجردة التي تنطبق على كل الحالات الفردية التي تتوفر فيها الشروط التي يتطلبها القانون . وكل ما يفعله هذا القانون هو انه يجيز للإدارة عقد قرض بمبلغ معين. وهو من هذه الناحية يشبه قانون الموازنة العامة( ) .[2]

وشايع كتاب آخرون هذا الرأي ، وزادوا عليه أن قانون القرض العام لا يتضمن قواعد آمرة توجه الى القائمين في الدولة ، ومن ثم ، لا يعدوا أن يكون قانونا شكليا . ولكنهم استثنوا من ذلك القوانين الخاصة بإصدار القروض الإجبارية ، نظرا لما تتضمنه من قواعد آمرة توجه إلى القائمين في الدولة وتستخدم فيها الدولة سلطة الجبر والإلزام( ) .[3]

ونرى من جانبنا أن الرأي الذي يقول إن قانون القرض يعد قانونا من الناحية الشكلية دون الناحية الموضوعية يفتقر إلى الدقة ، لان هذا القول إذا صدق إنما يصدق على القوانين التي تجيز

( ) انظر بشأن الأحكام المتعلقة بحصول الإدارة على الإذن القانوني بالتعاقد د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص١٤١ .

( ) انظر د. عبد المنعم فوزي ود. عبد الكريم صادق بركات ود.يونس احمد بطريق ، المالية العامة، ط١، ا الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٦٨، ص٣٥٥ . كذلك د. محمد لبيب شقير، المصدر السابق، ص٢٨٢. وهشام محمد صفوت العمري، المصدر السابق، ص٢٥٦ . ود.عادل احمد حشيش، المصدر السابق، ص٢٦٦ .

( ) انظر: د. زين العابدين ناصر، موجز في مبادئ علم المالية العامة، القاهرة، المطبعة العربية الحديثة، ١٩٧٥، ص٣١٣ . أنظر كذلك: د. السيد عبد المولى، المصدر السابق، ص٣٩٥ .

الاقتراض في كل حالة على حدة ، أي التي تأذن بإبرام قرض محدد بالذات[1] ، ولا يصدق على القوانين التي تخول الإدارة حق الاقتراض طبقا لشروط معينة دون أن تحدد قرضا معينا بالذات[2] .

هذا من جهة ومن جهة ثانية فإننا لا نتفق مع القائلين بأن قانون القرض قانون غير آمر . بل أن هذا القانون ، في رأينا ، قانون آمر وملزم للإدارة التي ينبغي عليها أن تحترم إرادة المشرع فلا تخرج على نصوص القانون ، ولا تتنكر لها أو تعمل على إهمالها بعدم تطبيقها من جانبها سواء أكان القرض المزمع إصداره قرضا اختياريا أم إجباريا . فإذا ما نص المشرع على مبلغ معين للقرض أو على تاريخ محدد لغلق الاكتتاب أو على موعد للوفاء به ، فان الإدارة تلتزم بإصدار القرض في ضوء الشروط والمدد التي حددها القانون وأي مخالفة لهذه الشروط تدمغ تصرف الإدارة بعيب مخالفة القانون .

---

[1] مثل قانون تصديق القرض الكويتي للعراق رقم (٩١) لسنة ١٩٧٢ . المنشور في الوقائع العراقية عدد (٢١٦٥) في ٢٤ /٧ /١٩٧٢ . وكذلك قانون تصديق القرض الياباني للعراق المشار إليه في هامش رقم (٢) ص من هذا البحث .

[2] مثل قانون الدين العام العراقي النافذ . أنظر هامش رقم (٢) من هذا البحث .

الخـــاتمة

أفصـح موضـوع البحـث عـن حقيقـة ، صـريحة وجليـة ، قوامهـا أن القـروض العامـة تنفـرد بخصيصـة تميزهـا مـن بقيـة المـوارد الماليـة الأخـرى مثـل الضـرائب والرسـوم . فهـذه المـوارد لا تختلـف طبيعتهـا القانونيـة بـاختلاف أنواعهـا . أمـا القـروض العامـة فـان كـل نـوع مـن أنواعهـا لـه طبيعـة قانونيـة تختلف عن الأخرى . فالقروض الإجبارية روابط قانونية (تنظيمية) . في حين أن القروض الاختيارية روابط تعاقدية قد تكون مدنية أو إدارية . والقروض الخارجية المبرمة مع الأشخاص الدولية معاهدات دوليـة ، بينمـا القـروض الخارجيـة المبرمـة مـع الأشـخاص الأجنبيـة الخاصـة عقـود إداريـة ذات طبيعـة خاصة مستمدة من أن أحد أطرافها شخص أجنبي تابع لدولة أخرى .

إن هذا الاختلاف في طبيعة القروض العامة لم يمنع من إخضاعها لمبدأ الإذن القانوني . فهذه القروض لا تعد مشروعة مالم تستأذن الإدارة البرلمان في إبرامها . وعلى الرغم من أن دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ لم يفرد نصا صريحا لهذا المبدأ إلا أن قانون الدين العام لسنة ٢٠٠٤ النافذ خول وزير المالية إبرام القروض . بيد أن هذا التخويل ينصرف إلى القروض الاختيارية حسب . أما القروض الإجبارية فلم يتطرق القانون المذكور إليها . وهذا يعني أن هذا النوع من القروض لا تستطيع الإدارة أن تلجأ أليه ما لم يصدر قانون خاص به . وعلى هذا الأساس نعتقد أن قرار وزير المالية باقتراض الزيادة المقررة على رواتب الموظفين والمخصصات المستحقة لهم لم يكن مشروعا لعدم استناده إلى نص قانوني سابق يجيزه .

والسؤال الذي يستحق أن يطرح في خاتمة البحث : ما السبيل إلى حماية المقرضين من تصرفات الإدارة غير المشروعة ؟

لا ريب أن إخضاع تصرفات الإدارة لرقابة القضاء من شأنه أن يحقق مصلحتي الإدارة والمقرضين معا في آن واحد، ذلك أن الرقابة القضائية من شأنها أن تعزز الثقة في نفوس المقرضين وأن تحثهم على إقراض الإدارة ما تحتاج إليه من أموال ما دام أنهم قد اطمئنوا بوجود جهة قضائية تصون حقوقهم ، وتحمي أموالهم من عسف الإدارة وشططها . كما أن من شأن هذه الرقابة أن تبصر الإدارة بالحدود التي ينبغي أن تقف عندها ولا تتجاوزها للحيلولة دون الإضرار بمصالح المقرضين .

ولكن من هي الجهة القضائية التي تختص بنظر المنازعات الناشئة عن القروض العامة ؟

بالنسبة للقروض الإجبارية فإن أعمال الإدارة التي تتخذها في مواجهة المقرض هي أعمال شرطية تخضع لرقابة محكمة القضاء الإداري في البلاد التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج (أي وجود جهتين قضائيتين في الدولة ، جهة قضاء عادي تنظر في المنازعات العادية ، وجهة قضاء إداري تنظر في المنازعات الإدارية) مثل العراق .

أما بالنسبة للقروض الاختيارية فهي إن كانت عقودا إدارية ، فإن المنازعات الناشئة عنها تدخل في اختصاص محكمة القضاء الإداري.أما إذا كانت عقودا مدنية ، فان منازعاتها تدخل في اختصاص محكمة القضاء العادي . بيد أن هذا القول لا ينطبق في العراق على الرغم من أن العراق من البلاد التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج . وسبب ذلك هو أن المشرع العراقي في قانون مجلس شورى

الدولـة النافذ رقـم (٦٥) لسـنة ١٩٧٩ أخـرج منازعـات العقـد الإداري مـن اختصـاص محكمـة القضـاء الإداري ، ومن ثم ، لم يعد أمام المقرضين سوى اللجوء إلـى المحـاكم العاديـة للطعن بقرارات الإدارة التـي تمـس حقـوقهم الماليـة مثـل قـرار إنكـار الـديون أو تبـديلها تبـديلا إجباريـا وغيـر ذلـك مـن القـرارات غيـر المشروعة غير القابلـة للانفصـال عن عقد القرض العـام . أمـا القرارات القابلـة للانفصـال عن هذا العقد فيجوز ، في رأينا ، الطعن فيها أمام محكمـة القضـاء الإداري سواء أكانـت قرارات سابقة علـى إبرام العقد أم قرارات تتعلق بإبرامه أم برفضه .

إن مسـلك المشـرع العراقـي فـي إخـراج منازعـات العقـد الإداري مـن اختصـاص محكمـة القضـاء الإداري ، محل نظر ، لأن هذه المنازعات هي منازعات إدارية بطبيعتها .

فكـم بـالحري أن يقتفـي المشـرع العراقـي أثـر القـوانين المقارنـة التـي ناطـت بالقضـاء الإداري اختصـاص النظـر فـي منازعـات العقـود الإداريـة ، لأنـه يكـون بـذلك قـد أسـهم فـي إعـادة هـذا الاختصـاص إلى صاحبه الأصيل وليس ذلك على المشرع بعزيز .

قائمة المراجع

أولاً: الكتب:

١. د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤، ط١، الكويت، مطبعة الفلاح، ١٩٨١ .

٢. د. اكرام عبد العزيز ، الاصلاح المالي بين نهج صندوق النقد الدولي والخيار البديل ، بغداد ، بيت الحكمة ، ٢٠٠٢ .

٣. د. السيد عبد المولى، المالية العامة، دراسة للاقتصاد العام، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٧٨ .

٤. د. بطرس بطرس غالي، الدساتير الأفريقية، القاهرة، المنظمة العالمية لحرية الثقافة، ١٩٦١ .

٥. د.حامد عبد المجيد دراز ود.محمد عمر أبو دوح، مبادئ المالية العامة، الإسكندرية، الدار الجامعية، ٢٠٠٥ .

٦. د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، الإسكندرية، دار الفكر العربي، ٢٠٠١ .

٧. د. خالد سمارة الزغبي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق – دراسة مقارنة في فرنسا، مصر، لبنان، الأردن، ط١، عمان، المركز العربي للخدمات الطلابية، ١٩٩٣ .

٨. د. رمزي زكي، أزمة الديون الخارجية، رؤية من العالم الثالث، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٧٨ .

٩. د. زين العابدين ناصر، موجز في مبادئ علم المالية العامة، القاهرة، مطابع دار الشعب، ١٩٧٥ .

١٠. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة، ط٤، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٨٤ .

١١. د. عصام بشور، المالية العامة والتشريع المالي، ط٧، دمشق، مطبعة جامعة دمشق ، ١٩٩٦ .

١٢. د. عادل أحمد حشيش، اقتصاديات المالية العامة، دراسة تحليلية لأصول الفن المالي لمالية الاقتصاد العام، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٣ .

١٣. د. عبد العال الصكبان، مقدمة في علم المالية العامة والمالية العامة في العراق، الجزء الأول، ط١، بغداد مطبعة العاني، ١٩٧٢ .

١٤. د. عادل فليح العلي، المالية العامة والتشريع المالي والضريبي، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، ٢٠٠٣ .

١٥. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام، التنفيذ، المنازعات في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، الإسكندرية ، منشأة المعارف، ٢٠٠٤ .

١٦. د. عبد الفتاح عبد الرحمن عبد المجيد، اقتصاديات المالية العامة، دراسة نظرية، تطبيقية، ط٢، القاهرة، المطبعة الكمالية، ١٩٩٦ .
١٧. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الأول، في مصادر الإلتزام، مع المقارنة والموازنة بين الفقه الغربي والفقه الإسلامي، ط٣، بغداد، شركة النشر والطبع الأهلية، ١٩٦٩ .
١٨. عوابدي عمار، دروس في القانون الإداري، ط٣، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٨٩ .
١٩. د. عبد المنعم فوزي ود. عبد الكريم صادق بركات ود.يونس احمد البطريق، المالية العامة، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٦٨ .
٢٠. د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢
٢١. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ط١، بيروت، دار الكتاب العربي، ١٩٦٧ .
٢٢. د.محمد خالد المهايني ود.خالد الخطيب الجشي، المالية العامة والتشريع الضريبي، دمشق، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٠ .
٢٣. د. محمد سامي عبد الحميد ود. محمد السعيد الدقاق ود. إبراهيم أحمد خليفة، القانون الدولي العام، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤ .
٢٤. د. محمد سامي عبد الحميد ود. محمد السعيد الدقاق ود. إبراهيم أحمد خليفة، التنظيم الدولي،الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤ .
٢٥. د.محمد علي جواد، مبادئ القانون الإداري، بدون ذكر دار ومكان النشر، ٢٠٠٢ .
٢٦. د. محمد لبيب شقير، علم المالية العامة، القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٧ .
٢٧. د. محمود حسين الوادي ود. زكريا أحمد عزام، المالية العامة والنظام المالي في الإسلام، ط١، عمان، دار المسيرة للنشر والتوزيع ،٢٠٠٠ .
٢٨. د.محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٨ .
٢٩. د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥ .
٣٠. موريس نخلة، العقود الإدارية ، التزامات الأشغال العامة والامتيازات ، صفقات اللوازم والأشغال العامة، دار المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر، ١٩٨٦ .
٣١. د. نواف كنعان، القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، ط١ ، عمان، مطابع الدستور التجارية، ١٩٩٦ .
٣٢. هشام محمد صفوت العمري ، اقتصاديات المالية العامة والسياسة المالية ، الجزء الأول بغداد ، مطبعة التعليم العالي ، ١٩٨٨ .

ثانياً: البحوث:

١. د. عاطف سعدي محمد علي، المعيار القضائي في تمييز العقود الإدارية طبقا لأحدث اتجاهات الفقه والقضاءين الفرنسي والمصري ، بحث منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء ، العدد الثالث والثلاثون ، ٢٠٠٦ .
٢. د. محمود رضا فتح الله ، استدامة الدين الخارجي ، اختبار للحالة المصرية ، بحث منشور في مجلة بحوث اقتصادية عربية ، العدد ٤٥ ، السنة الخامسة عشرة ، ٢٠٠٨ .

ثالثاً: المراجع الأجنبية:

1. B .Misra, Economics of public finance, III revised edition, Delhi, Macmillan India limited, 1995 .
2. H.Dalton, Principles of public finance, Routledgeand kagen . P.Ltd. London 1977 .
3. M.Waline, Prėcis de droit adminstratif, Paris, Ėditions montchrestien, 1969 .
4. P. M. Gaudemet , Precis de finances publiques , Tome deuxieme , Paris , Editions montchrestien , 1977.