



أساسيات القانون الإداري والتجاري اليمني

الطبعة الأولى
٢٠٢٠م



الدكتور:

صديق مطيع حسن السدعي



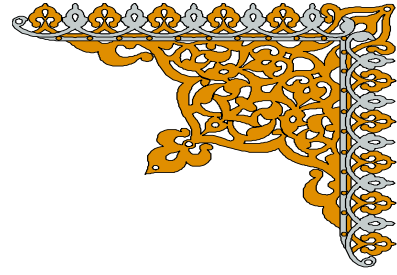
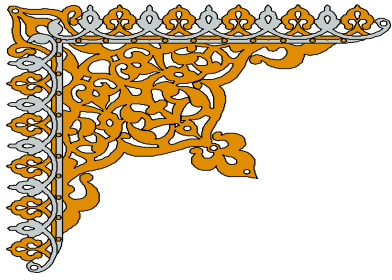
الجمهورية اليمنية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة 21 سبتمبر للعلوم الطبية والتطبيقية

أساسيات القانون الاداري والتجاري اليمني

د. صادق مطيع حسن السدعي







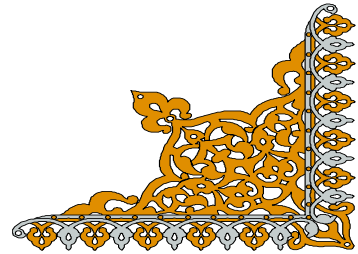
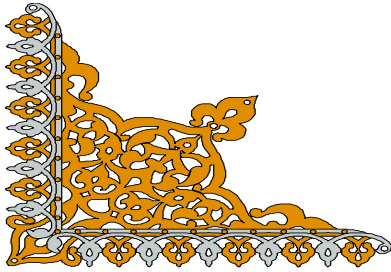
قال تعالى:

﴿ يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ

دَرَجَاتٍ ﴾

سورة المجادلة

الآية (١١)



قائمة المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
و	الفهرس
٢	المقدمة
٣	الباب الأول: مبادئ القانون
٣	الفصل الأول: تعريف القانون وأقسامه ومصادره
٤	المبحث الأول: تعريف القانون وخصائصه
٤	المطلب الأول: تعريف القانون
٥	المطلب الثاني: خصائص القاعدة القانونية
٩	المطلب الثالث: أقسام القانون أو أنواع القواعد القانونية
١٨	المبحث الثاني: مصادر القانون
١٨	المطلب الأول: التقنين
٢٢	المطلب الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية
٢٣	المطلب الثالث: العرف
٢٤	المطلب الرابع: مبادئ العدالة
٢٥	المبحث الثالث: أهداف القانون ووظيفته
٢٥	المطلب الأول: أهداف القانون
٢٧	المطلب الثاني: وظيفة القانون
٢٩	الفصل الثاني: الحق واركانه واستعماله وانقضاؤه
٢٩	المبحث الأول: تعريف الحق
٢٩	المطلب الأول: النظريات التقليدية في تعريف الحق
٣١	المطلب الثاني: النظرية الحديثة في تعريف الحق (نظرية داون)
٣٣	المطلب الثالث: وجود الحق

رقم الصفحة	الموضوع
٣٤	المطلب الرابع: تمييز الحق عما يشابهه
٣٦	المبحث الثاني: مصدر الحق واركانه
٣٨	المبحث الثالث: استعمال الحق
٣٩	المبحث الرابع: انقضاء الحق
٤٠	الباب الثاني: القانون الإداري
٤١	الفصل الأول: ماهية القانون الإداري
٤١	المبحث الأول: التعريف بالقانون الإداري
٤٤	المبحث الثاني: نشأة القانون الإداري وتطوره
٤٥	المطلب الأول: نشوء القانون الإداري في فرنسا
٤٧	المطلب الثاني: نشوء القانون الإداري في مصر
٤٩	المطلب الثالث: نشوء القانون الإداري في اليمن
٥٠	المبحث الثالث: خصائص ومصادر القانون الإداري
٥٠	المطلب الأول: خصائص القانون الإداري
٥٢	المطلب الثاني: مصادر القانون الإداري
٥٦	الفصل الثاني: التنظيم الإداري
٥٨	المبحث الأول: الأشخاص المعنوية (الاعتبارية) العامة
٥٧	المطلب الأول: أنواع الأشخاص المعنوية (الاعتبارية)
٦٠	المطلب الثاني: خصائص الشخصية الاعتبارية العامة
٦٣	المبحث الثاني: أصول التنظيم الإداري
٦٣	المطلب الأول: المركزية الإدارية
٧٣	المطلب الثاني: اللامركزية الإدارية
٧٩	الفصل الثالث: النشاط الإداري

رقم الصفحة	الموضوع
٧٩	المبحث الأول: الضبط الإداري
٨٠	المطلب الأول: ماهية الضبط الإداري
٨٢	المطلب الثاني: أهداف ووسائل الضبط الإداري
٨٦	المطلب الثالث: حدود سلطات الضبط الإداري
٨٩	المبحث الثاني: المرفق العام
٨٩	المطلب الأول: ماهية المرفق العام
٩٧	المطلب الثاني: المبادئ التي تحكم المرافق العامة
١٠١	المطلب الثالث: التزام أو إمتيازات المرافق العامة
١٠٢	المطلب الرابع: الاستغلال المختلط
١٠٣	الفصل الرابع: القرار الإداري
١٠٣	المبحث الأول: مفهوم وعناصر القرار الإداري
١٠٣	المطلب الأول: تعريف القرار الإداري
١٠٦	المطلب الثاني: عناصر القرار الإداري
١١٠	المبحث الثاني: تمييز القرار الإداري عن أعمال الدولة الأخرى
١١١	المطلب الأول: القرارات الإدارية والأعمال التشريعية
١١٢	المطلب الثاني: القرارات الإدارية والأعمال القضائية
١١٤	المطلب الثالث: القرارات الإدارية والأعمال المادية
١١٥	المبحث الثالث: تصنيف القرارات الإدارية
١١٥	المطلب الأول: القرارات الإدارية من حيث التكوين
١١٦	المطلب الثاني: القرارات الإدارية من حيث أثارها
١١٧	المطلب الثالث: القرارات الإدارية من حيث رقابة القضاء
١١٨	المطلب الرابع: القرارات الإدارية من حيث نفاذها في مواجهة الأفراد

رقم الصفحة	الموضوع
١١٩	المطلب الخامس: القرارات الإدارية من حيث مداها أو عموميتها
١٢١	المبحث الرابع: النظام القانوني للقرارات الإدارية
١٢٢	المطلب الأول: سلطة الإدارة في إصدار القرارات الإدارية
١٢٣	المطلب الثاني: نفاذ القرارات الإدارية
١٢٦	المطلب الثالث: تنفيذ القرارات الإدارية
١٢٧	المطلب الرابع: نهاية القرارات الإدارية
١٣٣	الفصل الخامس: العقود الإدارية
١٣٣	المبحث الأول: ماهية العقد الإداري وأهم صوره
١٣٤	المطلب الأول: تعريف العقد الإداري واركانه
١٣٦	المطلب الثاني: أهم صور العقود الإدارية
١٤٠	المبحث الثاني: النظام القانوني للعقود الإدارية
١٤١	المطلب الأول: طرق إبرام العقود الإدارية
١٤٤	المطلب الثاني: إجراءات التعاقد
١٤٦	المبحث الثالث: آثار النظام القانوني للعقد الإداري
١٤٧	المطلب الأول: سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها
١٥٠	المطلب الثاني: حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة
١٥٤	المطلب الثالث: نهاية العقود الإدارية
١٥٧	الباب الثالث: أساسيات القانون التجاري
١٥٨	الفصل الأول: ماهية القانون التجاري
١٥٨	المبحث الأول: تعريف القانون التجاري ونشأته
١٥٨	المطلب الأول: تعريف القانون التجاري
١٥٩	المطلب الثاني: نشأة القانون التجاري

رقم الصفحة	الموضوع
١٦٢	المبحث الثاني: نطاق القانون التجاري ومصادره
١٦٢	المطلب الأول: نطاق القانون التجاري
١٦٤	المطلب الثاني: مصادر القانون التجاري
١٦٧	الفصل الثاني: الاعمال التجارية
١٦٧	المبحث الأول: ضوابط التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني واهمية التفرقة
١٦٨	المطلب الأول: ضوابط التفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري
١٦٩	المطلب الثاني: أهمية التفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري
١٧١	المبحث الثاني: الاعمال التجارية بقصد المضاربة
١٧٣	المبحث الثالث: صفة القائم بالاعمال التجارية أو بنيته
١٧٦	المبحث الرابع: الاعمال التجارية بالتبعية
١٧٦	المبحث الخامس: الاعمال التجارية المختلطة
١٧٧	الفصل الثالث: التاجر
١٧٧	المبحث الأول: صفة التاجر
١٨٢	المبحث الثاني: التزامات التاجر
١٨٢	المطلب الأول: الالتزام بمسك الدفاتر التجارية
١٨٤	المطلب الثاني: الالتزام بالقيد في السجل التجاري
١٨٨	الفصل الرابع: المتجر
١٨٨	المبحث الأول: تعريف المتجر
١٩٠	المبحث الثاني: العنوان التجاري
١٩٢	قائمة المراجع

أهداف المقرر:

- تعريف الطالب بمبادئ القانون والقانون الإداري والتجاري.
- تزويد الطالب بالقواعد القانونية الإدارية.
- تأسيس الطالب بالأصول القانونية الإدارية.
- تعويد الطالب على التأمل والقدرة على الاستنباط في قضايا القانون الإداري والتجاري.
- تنمية قدرة الطالب على التوصل للأحكام المناسبة في القضايا القانونية الإدارية.

مقدمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، الحمد لله الذي خلق الإنسان ونظمه، وجعل كل شيء بمقدار، أما بعد: تنقسم القواعد القانونية التي تنظم كل مجتمع إنساني إلى قواعد قانونية تنظم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد، وقد أُصطلح على تسميتها بالقانون الخاص ومن فروع القانون المدني والقانون التجاري وقانون المرافعات. أما النوع الآخر من القواعد فينظم العلاقات التي تنشأ بين الدول أو بين الدولة وهيئاتها العامة من ناحية والأفراد من ناحية أخرى عندما تظهر الدولة بمظهر السلطة العامة، وقد أُصطلح على هذا النوع من القواعد القانونية بالقانون العام، ومن فروع القانون الدولي العام، والقانون الدستوري، والقانون الإداري، والقانون المالي.

ومن المعلوم أن القانون الإداري فرع من فروع القانون العام الداخلي – تمييزاً له عن القانون العام الخارجي الذي ينظم العلاقات بين الدول – والذي يهتم بسلطات الإدارة العامة من ناحية تكوينها ونشاطها وضمان تحقيقها للمصلحة العامة من خلال الامتيازات الاستثنائية التي تقرها قواعد القانون الإداري.

وعلى ذلك فإن القانون الإداري يختلف اختلافاً جوهرياً عن القانون الخاص لاختلاف العلاقات القانونية التي يحكمها، واختلاف الوسائل التي تستخدمها السلطات الإدارية في أدائها لوظيفتها من وسائل قانونية ومادية وبشرية^(١). وقد ساهم التطور الكبير في الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، وازدياد نشاط الدولة وتدخلها في هذه المجالات وعدم كفاءتها بدورها السابق في الحفاظ على الأمن الداخلي والخارجي، في تضاعف دور القانون الإداري ومساهمته في وضع الوسائل المناسبة لإدارة دفة نشاط السلطة العامة^(٢).

وقد حاولنا في هذا المقرر أن يكون أكثر فائدة بإضافة لمحة عن مبادئ القانون، ولذا سنتناول هذا المقرر في ثلاثة أبواب، الباب الأول مبادئ القانون ويشتمل على فصلين، الأول: تعريف القانون وظيفته وأهدافه، والثاني: تعريف الحق واركانه وآثاره، ثم الباب الثاني: المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الإداري، وذلك في خمسة فصول: الأول: ماهية القانون الإداري، والثاني: التنظيم الإداري، والثالث: النشاط الإداري، والرابع: القرارات الإدارية، والخامس: العقود الإدارية، أما الباب الثالث: فقد خصصناه لمواضيع القانون التجاري، ونتناوله في أربعة فصول: الأول: مفهوم القانون التجاري وتطوره، والثاني: الأعمال التجارية، أما الثالث: التاجر، ثم الرابع: المحل التجاري (المتجر)، سائلين من الله أن نكون قد نفعنا بعملنا هذا أبناءنا الطلاب خدمةً لمجتمعنا ووطننا.

(١) د مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، مطبعة جامعة دهوك، بغداد، الطبعة الثالثة، ٢٠١٠، ص ٤.

(٢) د. حسام مرسي، أصول القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٢.

يتوقع من الطالب الاطلاع على:

- المدخل لنظرية القانون للدكتور سعد محمد سعد.
- نظرية الحق للدكتور سعيد جبر.

الباب الأول

(مبادئ القانون)

الفصل الأول

تعريف القانون وأقسامه ومصادره

إنَّ القانون عبارة عن مجموعة من الأسس والقواعد التي تحكم المجتمع وتعمل على تنظيمه، حيث إنَّه لا يمكن للمجتمع العيش بنجاح إذا كان أفرادُه لا يخضعون لقوانين تحكمهم، ويفعلون ما يروق لهم دون مُراعاة لواجباتهم وحقوقهم، فالقانون هو الذي يضع القواعد التي تُحدِّد حقوق الأفراد وواجباتهم، ويضع الجزاء المناسب في حال مُخالفة تلك القواعد والأسس، ويُطبَّق الجزاء من قِبَل الحكومة، حيث تتغير القواعد القانونيّة باستمرار^(١)، وذلك تبعًا للتطوُّرات والتغيُّرات التي تحدُّث في المجتمع، لذا سنتناول هذا الفصل على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف القانون وخصائصه.

المبحث الثاني: أقسام القانون.

المبحث الثالث: مصادر القانون.

(١) د. نجيب خلف أحمد الجبوري، القانون الإداري، مكتبة ياد كار، السليمانية، ط/١، ٢٠١٥م، ص ١١.

المبحث الأول

تعريف القانون وخصائصه

سنتناول تعريف القانون في المطلب الأول، وخصائصه في مطلب الثاني.

المطلب الأول

تعريف القانون

يرى فقهاء القانون أن لفظ القانون ليس لفظاً عربياً وإنما مأخوذ من كلمة *kanon* اللاتينية ومعناها القاعدة أو التنظيم، ويذهب الفقه المعاصر إلي أن لفظ القانون قد استعمل في مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع، على اعتبار أن هذه القواعد يستقيم بها نظام حياتهم في الجماعة^(١).

أما معنى القانون اصطلاحاً وتعريفه فإن له معانٍ مختلفة، فقد يستعمل للدلالة على مجموعة القواعد التي تنظم نوعاً معيناً من الروابط الاجتماعية، كتلك القواعد التي تنظم نوعاً معيناً من فروع القانون، ولذلك يقال القانون المدني، والقانون التجاري، والقانون الجنائي، والقانون الإداري... الخ.

وقد يقصد به مجموعة القواعد السارية في بلد معين وفي زمن معين وبغض النظر عن المصدر الذي استمد منه قواعده، مثال القانون اليمني، والقانون المصري، والقانون الفرنسي، وهكذا. الفرق بين القانون والتشريع: يستخدم أغلب الأشخاص هذين المصطلحين للدلالة نفسها، وإن صحَّ ذلك في بعض الأحيان إلا أنه غير صحيح إجمالاً، فهناك فرق بين القانون والتشريع، ومن الفروقات بينهما:

الشُمول: القانون أشمل من التشريع، إذ يُعد التشريع جزءاً من القوانين التي يحكم بها القاضي، حيث إنّ القانون يشمل كل ما يحكم به القاضي من تشريع، أو عرف، أو قاعدة، أو حكم قضائي سابق، وبذلك فإنّ كل تشريع قانون، وليس كل قانون تشريعاً، والتشريع خاص أما القانون فعام.

المصدر: يصدر القانون من العرف، أو الدين، أو أحكام قضائية سابقة، أما التشريع فيصدر عن السلطة التشريعية كتابة.

النص: يجب أن يكون نص التشريع مكتوباً، فإذا لم يكن مكتوباً فهو ليس تشريعاً، أما القانون قد يكون مكتوباً وقد لا يكون مثل الأعراف والقواعد العامة.

(١) د. عبد الله محمد علي المخلافي، المدخل لدراسة القانون، الأمين للنشر والتوزيع، صنعاء، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، ص ١١

الموضوع: يجب أن يسعى التشريع إلى تنظيم سلوكيات الأفراد، وأن يكون موضوعه قاعدة قانونية، وأن تكون هناك رقابة من السلطة التشريعية بعد إصدارها للتشريع، ويجب أن يمر التشريع بمراحل شكلية كاملة إلى أن يتم نشره، بخلاف الأعراف والقواعد القانونية فهي لا تمر بالمرحل الشكلية. **الاستخدام:** إن كلمة القانون تُستخدم في مجالات كثيرة غير المجال القانوني، مثلاً نقول قانون الجاذبية، أو قانون العرض والطلب، ولكن لا يصح أن نقول تشريع الجاذبية، أو تشريع العرض والطلب. والذي يعنينا هنا ليس استعراض جميع التعريفات التي ذهب إليها الفقه الحديث، وإنما الوقوف على التعريف السائد والراجح منها في الفقه الحديث، والذي يعرف القانون تعريفاً مستنداً على خصائص القاعدة القانونية، حيث يعرف القانون بأنه: " مجموعة من القواعد القانونية العامة والمجردة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، والتي تكفل الدولة احترام الأفراد لها والزامهم بها، وذلك من خلال توقيع الجزاء على كل من يخالف حكم القاعدة القانونية"^(١) فهذا التعريف يظهر ويبرز في الواقع مجموعة الخصائص التي تتميز بها القاعدة القانونية عن غيرها من قواعد السلوك الاجتماعية الأخرى، كالقواعد الدينية والأخلاقية، وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد، إذ إن خصائص القاعدة القانونية تمثل في مجموعها الوحدة التي يتكون منها القانون وتظهر فيها حقيقته، ولذا نتناول خصائص القاعدة القانونية في المطلب التالي.

المطلب الثاني

خصائص القاعدة القانونية

من تعريف الفقه الحديث للقانون يظهر أن القاعدة القانونية تتصف بمجموعة من الخصائص والسمات التي تميزها عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى وهذه الخصائص هي:

أولاً - أن القاعدة القانونية تنظم سلوك الأفراد في المجتمع:

القانون خطاب موجه إلى أفراد المجتمع بقصد تنظيم العلاقات والروابط التي تنشأ بينهم، والقواعد القانونية التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع تتضمن في الواقع إما إباحة السلوك، أو وجوبه، أو النهي عن السلوك وتجريمه، والقانون في تنظيمه لسلوك المجتمع لا يهتم بما يعتمل في نفوس الأفراد من أحاسيس ومشاعر ونوايا إنما يحكم سلوك الأفراد الخارجي، فقد يضم الشخص الحقد

(١) د. سعيد جبر، المدخل لدراسة القانون، ١٩٨٧م، ص ٢١.

لغيره من الناس، بل قد يعزم على قتله، ومع ذلك فإن القانون لا يتدخل في مثل هذه النوايا طالما بقيت في ضمير الشخص ولم تبرز أو تظهر إلى العالم الخارجي.

ثانياً - القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة:

تتصف القاعدة القانونية بأنها عامة ومجردة، ومعنى كونها عامة: هو أنها تنطبق على جميع الأشخاص المخاطبين بها، ومعنى كونها مجردة: هو أن المشرع عندما يضع القاعدة القانونية يجردها من جميع الاعتبارات الذاتية والشخصية للأشخاص والروابط والوقائع التي وضعت لتنظيمها وحكمها، فالقاعدة القانونية لا توجه إلى شخص بذاته ولا إلى واقعة معينة، وإنما تنطبق على أي شخص، أو واقعة إذا توفرت في الشخص، أو الواقعة صفات أو شروط محددة.

مثال ذلك: القاعدة التي تقضي بأن سن الرشد خمس عشرة سنة كاملة إذا بلغها الشخص متمتعاً بقواه العقلية رشيداً في تصرفاته يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية والتصرف فيها، فهذه القاعدة تنطبق على أي شخص ذكراً كان، أم أنثى، وكذلك الحال بالنسبة للوقائع، فالقاعدة القانونية لا تنصرف إلى واقعة بذاتها، وإنما تنطبق على كل واقعة متى توافرت فيها شروط معينة، مثال ذلك واقعة ولادة الإنسان حياً، والتي يترتب عليها بدء شخصية الإنسان، والتي يتطلب فيها القانون شروط معينة، وهي أن تتم الولادة بانفصال الجنين عن رحم الأم انفصالاً تاماً، وأن تثبت حياة المولود وقت الولادة، فإذا توافرت هذه الشروط انطبقت القاعدة، فكل من ولد حياً تبدأ شخصيته القانونية، وكذلك القاعدة التي تقرر أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض وهذه القاعدة تنطبق على أي شخص يرتكب الخطأ.

وبالعموم والتجريد تتميز القاعدة القانونية عن الحكم القضائي والقرار الإداري واللذان يتوجهان بالحكم والالتزام نحو شخص معين وهو المحكوم عليه في الحكم القضائي والموظف العام في القرار الإداري الذي صدر في مواجهته، فالحكم القضائي والقرار الإداري ينتهي بمجرد التطبيق، بخلاف القاعدة القانونية والتي لا تنتهي بمجرد التطبيق وإنما تبقى بعد تطبيقها وتنطبق على كل حالة أو واقعة، أو شخص توافرت لها شروطها.

ويترتب على عمومية القاعدة القانونية وتجريدها أنها تؤدي إلى إقامة النظام في المجتمع واستقراره وتحقيق المساواة بين أفرادها، لأن التماثل والتساوي في الصفات والشروط أمر لازم لإقامة الحياة الاجتماعية والروابط والعلاقات بين الأفراد على أساس من العدل والمساواة.

ثالثاً- أنها قاعدة ملزمة ومقترنة بجزاء:

يقصد بإلزام القاعدة القانونية، أنه يجب على جميع الأفراد في المجتمع احترامها والخضوع لأحكامها، ويلزم لجعلها كذلك أن تقتزن بجزاء يفرض على من يخالف أحكامها، وذلك بحمل

الأفراد جبرا على طاعتها إن لم يطيعوها اختياريا، ويتميز الجزاء القانوني أنه مادي ملموس كالحبس والحجز على أموال المدين والغرامة، وتقوم السلطة العامة في الدولة بتوقيعه جبرا على من يخالف احكام القاعدة، ولا يترك للأفراد أنفسهم امر القيام بتوقيع الجزاء عند مخالفة قواعد القانون، كما أن الجزاء حال يوقع عند وقوع المخالفة.

صور الجزاء:

يختلف الجزاء القانوني باختلاف طبيعته وقوته، فهناك الجزاء الجنائي، والمدني، والإداري، والمهني وسنتناول هذه الصور فيما يأتي:

أولاً - الجزاء الجنائي: يوقع هذا النوع من الجزاء عند مخالفة قاعدة من قواعد قانون العقوبات، ويعتبر من أشد أنواع الجزاءات التي توقع على من يخالف القواعد القانونية. ويقوم الجزاء الجنائي بوظيفتين هما، المنع والزجر، فالقاعدة الجنائية التي تنص على عقوبة معينة عند مخالفتها، إنما تمنع بذلك الأفراد من ارتكابها خوفا من التعرض للعقوبة، وإذا وقعت الجريمة وطبقت العقوبة على الجاني فإن ذلك يعتبر زجرا وردعا للغير من ارتكاب الجريمة.

والجزاء الجنائي مقرر لمصلحة المجتمع وليس للمجني عليه حتى، ولو كانت الجريمة قد وقعت على حق خاص، لأن ضررها يصيب المجتمع، ولذلك فإن المطالبة بتوقيع الجزاء الجنائي يقع على النيابة العامة، لأنها تمثل المجتمع، ويتخذ الجزاء الجنائي صورا متعددة تختلف باختلاف جسامة الجريمة المرتكبة، وقد قسم قانون العقوبات اليمني^(١) الجرائم الي جرائم جسيمة وجرائم غير جسيمة.

ثانياً - الجزاء المدني: وهو أقل شدة من الجزاء الجنائي، ويوقع عند مخالفة قواعد وأحكام القانون المدني. ويتمثل الجزاء المدني بتنفيذ الالتزام. وتنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذا مباشرا، أي عينيا، وإما أن يكون تنفيذا غير مباشرا، أي بطريقة التعويض، وهو عندما يكون تنفيذ الالتزام العيني متعذرا، أو مستحيلا، أو فيه إرهاب للمدين.

(١) حيث تنص المادة(١٦) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني الصادرة بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م على ان: " الجرائم الجسيمة هي ما عوقب عليه بحد مطلقا أو بالقصاص بالنفس أو بإبانه طرف أو أطراف وكذلك كل جريمة يعزر عليها بالإعدام أو بالحبس مدة تزيد على ثلاث سنوات" والمادة(١٧) تنص على ان " الجرائم غير الجسيمة: هي التي يعاقب عليها اصلا بالدية أو الارش أو بالحبس أو الغرامة".

ومن صور الجزاء المدني البطلان والفسخ:

ويختلف جزاء البطلان عن جزاء الفسخ في أن البطلان يقع بسبب مخالفة القانون أثناء إنشاء التصرف القانوني، أما الفسخ فهو يقع بعد إبرام التصرف، أي بسبب لاحق لإنشاء التصرف القانوني.

ثالثاً - الجزاء الإداري: هو الذي يترتب على مخالفة قواعد القانون الإداري، ويتمثل هذا الجزاء إما بتوجيه إنذار للموظف المخالف لقواعد الوظيفة، أو الخصم من الراتب، أو تأخير الترقية، أو الفصل من الوظيفة، كما قد يتمثل الجزاء في صورة إلغاء القرار الإداري المخالف للقانون إذا صدر القرار معيباً بعبء عدم الاختصاص، أو عيب الشكل، أو مشوباً بسوء استعمال السلطة، أو الانحراف بها.

رابعاً - الجزاء المهني:

هو الجزاء الذي يقع على الأشخاص الذين يخالفون قواعد المهنة، كالأطباء والمهندسين والمحامين والمحاسبين، ويتمثل هذا الجزاء في صور عديدة منها الحرمان المؤقت، أو الدائم من ممارسة المهنة، أو فرض غرامة مالية على المخالف أو الإنذار، أو الفصل من النقابة، كما يجوز للمحاكم أن تقرر الجزاء المهني كعقوبة تبعية، فإذا تسبب طبيب بخطئه إلى قتل مريض أو أصابته بعاهة جسيمة، يجوز للمحكمة أن تقرر عقوبة السجن بحقه وإلزامه بتعويض المتضرر، كما لها أن تقرر عقوبة مهنية أخرى^(١).

(١) د. عبد الله محمد المخلافي، مرجع سابق، ص ٢٠.

المطلب الثالث

اقسام القانون أو أنواع القواعد القانونية

أستقر الفقه على تقسيم القواعد القانونية إلى نوعين: الأول حسب موضوعها وقوة إلزامها إلى قواعد أمرة وقواعد مكملة، الثاني حسب فروع القانون إلى قانون عام وقانون خاص، كما يوجد تقسيم آخر للقواعد القانونية وهو تقسيمها إلى قواعد موضوعية وقواعد شكلية، والقواعد الموضوعية هي التي تحدد الواجبات والحقوق، والقواعد الشكلية هي التي تنظم الاجراءات الواجبة الاتباع لاستيفاء الحقوق، نتناول ذلك في الآتي:

الفرع الأول

القواعد الأمرة والقواعد المكملة

أولاً - القواعد الأمرة: هي تلك القواعد التي لا يجوز للأفراد مخالفتها، وكل اتفاق على مخالفتها يعتبر باطلاً، فالقواعد الأمرة يجبر الأفراد على احترامها، ولا يجوز لهم الخروج على أحكامها، وهذه القواعد تنظم ما يتعلق بكيان المجتمع ومصالحه الأساسية كالقواعد التي تنظم أمن المجتمع واستقراره، وكذلك التي تنظم الحياة السياسية، وكثيراً من النواحي الاقتصادية والاجتماعية، مثال ذلك القواعد القانونية التي تحرم القتل والضرب والسرقة، والقواعد التي تفرض الخدمة العسكرية، والقواعد التي تهدف إلى تنظيم الأسرة، كلها قواعد أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وكل اتفاق على مخالفتها يعتبر باطلاً.

ثانياً - القواعد المكملة:

القواعد المكملة، أو المفسرة، أو المقررة كما يسميها البعض هي تلك القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، وكل اتفاق بين الأفراد على خلافها يكون صحيحاً. فلا يجبر الأفراد على الالتزام بها، بل يترك للأفراد حرية الاختيار بين الأخذ بأحكامها أو عدم الأخذ به، ولذا فهي تنطبق على الأفراد إذا لم يتفقوا على استبعاد حكمها أما إذا اتفقوا على استبعاد حكمها فلا تطبق عليهم، مثال ذلك القاعدة التي تقضي بأن دفع ثمن الشيء المبيع يكون وقت التسليم (المادة ٥٥١ مدني يمني) فهذه قاعدة مكملة تطبق على المتعاقدين إذا لم يتفقوا على خلاف حكمها، والغرض من وجود القاعدة المكملة هو أن المتعاقدين عند تعاقدهم غالباً ما يتفقوا على المسائل الجوهرية في التعاقد ويتركون باقي المسائل التفصيلية دون تنظيم، وعند تنفيذ العقد قد ينشئ نزاع بين الاطراف

حول المسائل التفصيلية، فيأتي دور القواعد القانونية المكملة في تكملة تلك المسائل الناقصة الذي لم يتفق الأفراد عليها.

الفرع الثاني

معيار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة

أولاً - المعيار الشكلي:

يمكن معرفة نوع القاعدة القانونية وذلك بالرجوع الي نصها، فهناك من الألفاظ والعبارات ما يدل على أن النص أمر أو مكمل، فإذا ورد في النص كلمة لا يجوز، لا يصح، أو يجب، أو يأتي في نهاية النص عبارة (كل اتفاق على خلافها يقع باطلا)، أو يوضع النص في صيغة الأمر أو النهي. فهي قواعد أمرة أما إذا تضمنت القاعدة عبارة يجوز، أو يصح، أو أن يأتي في نهاية النص عبارة تدل على جواز مخالفتها في قاعدة مكملة.

ثانياً - المعيار المعنوي:

وبناء على هذا المعيار تعتبر القاعدة القانونية قاعدة أمرة إذا كان مضمونها أو موضوعاتها يتعلق بالنظام العام والآداب العامة، وتعتبر مكملة إذا تعلق بمصالح خاصة بالأفراد ولا تتعلق بالنظام العام والآداب العامة.

الفرع الثالث

أقسام القانون وفروعه

القانون العام والقانون الخاص:

أساس التقسيم: إن أساس التقسيم - حسب المعيار الراجح في الفقه في تقسيم القانون - يقوم على أساس وجود الدولة وصفتها، أو عدم وجودها في العلاقات القانونية التي تحكمها تلك القواعد، فإذا كانت الدولة طرفاً في العلاقة الذي ينظمها القانون بصفتها صاحبة السيادة والسلطة فإن هذه العلاقة تدخل تحت قواعد القانون العام، كما لو قامت الدولة بانتزاع ملكية قطعة أرض لاستخدامها للمنفعة العامة، كبناء مدرسة، أو مستشفى، أو شق طريق فيها، أما لو كانت الدولة طرفاً في العلاقة القانونية لا بصفتها صاحبة السلطة والسيادة بل باعتبارها شخصاً عادياً كباقي الأشخاص، - كأن

تقوم الدولة مثلاً بتأجير قطعة أرض تملكها، أو تستأجر مبني لاستخدامه كمدرسة، أو مستشفى- أو كانت العلاقة فيما بين الأفراد وبعضهم البعض فإنها تدخل تحت قواعد القانون الخاص. ومن هنا يتبين لنا أن قواعد القانون العام هي تلك القواعد التي تحكم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها بوصفها صاحبة السلطة والسيادة.

أما القانون الخاص فهو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقة بين الأشخاص، وبعضهم البعض أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصاً عادياً وليس باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة.

أهمية التقسيم: للفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص أهمية كبيرة، فالدولة إذا دخلت كطرف في علاقة قانونية بوصفها صاحبة السلطة العامة، فإنها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، ولذلك فإن قواعد القانون العام تزود السلطات العامة بامتيازات لتحقيق ما تنوي إليه، بخلاف القانون الخاص الذي لا يخول للأفراد مثل تلك الامتيازات.

فمثلاً يمنح القانون العام السلطات العامة اتخاذ قرارات فردية تفرض على الأفراد، كتكليف بعض الأفراد القيام بأعمال معينة للمصلحة العامة، أو الالتجاء إلى وسائل استثنائية قهرية تعينها على تنفيذ ما تأمر به مما يدخل في اختصاص وظيفتها كالتنفيذ المباشر دون الالتجاء إلى القضاء ونزع الملكية الخاصة تحقيقاً للمنفعة العامة، كذلك فإن أملاك الدولة المخصصة للمنفعة العامة كالميادين والشوارع والمباني الحكومية وغيرها من الأموال العامة يقرر لها القانون العام حماية خاصة، من ذلك أنه لا يجوز التصرف فيها، أو الحجز عليها، أو تملكها بالتقادم، كما أن كثيراً من الدول تخصص جهة قضاء إداري مستقل عن جهة القضاء العادي للفصل في المنازعات المتعلقة بمسائل القانون العام وخاصة تلك المتصلة بنشاط الإدارة، وهذه الامتيازات والرخص التي يمنحها القانون العام للدولة ليست مطلقة وإنما هي تخضع لشروط وضوابط يقررها القانون ذاته الذي يمنح الرخص باستعمالها^(١)، وسنتناول فيما يلي فروع القانون العام ثم فروع القانون الخاص تباعاً:

فروع القانون العام: يذهب الفقه إلى تقسيم القانون العام إلى قسمين رئيسيين هما القانون العام الخارجي والقانون العام الداخلي.

القسم الأول - القانون العام الخارجي (القانون الدولي العام): القانون الدولي العام: هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقة الدولة بعضها ببعض الآخر في وقت السلم والحرب والحياد وعلاقتها بالمنظمات الدولية.

فالقواعد التي تنظم العلاقات بين الدول في وقت السلم يسمى بقانون السلم. ويحدد هذا القانون أشخاص المجتمع الدولي مبيناً شروط ومقومات قيام الدول، كما ينظم حقوق الدول

(١) انظر الدكتور عبد الله محمد المخلافي، المرجع السابق، ص ٤٦.

وواجباتها في علاقتها بالدول الأخرى، كما ينظم القواعد المتعلقة بالبعثات الدبلوماسية كالقواعد التي تنظم تبادل السفراء والحصانات والامتيازات التي يتمتع بها أعضاء السلك الدبلوماسية... الخ. كما ينظم الوسائل الواجب اتباعها لفض المنازعات بالطرق السلمية كالمفاوضة والتحقيق والوساطة والتحكيم. كما يتناول القواعد التي تنظم العلاقات بين الدول في حالة الحرب، وهذه القواعد ينظمها ما يسمى بقانون الحرب، فيحدد القواعد الواجب اتباعها في معاملة الأسرى وكيفية توقيف الحرب، كما يبين الأسلحة المحرمة في الحرب ومركز الدول المتحاربة والدول المحايدة، ومصادر القانون الدولي العام هي المعاهدات والعرف الدولي والمبادئ القانونية.

القسم الثاني - القانون العام الداخلي: ويتفرع القانون العام الداخلي إلى:

القانون الدستوري - والقانون المالي - والقانون الجنائي - والقانون الإداري، نتناول ذلك فيما يأتي:

أولاً - القانون الدستوري: القانون الدستوري: هو مجموعة القواعد التي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم وسلطات الدولة واختصاصاتها وعلاقاتها ببعض، وتقرر ما للأفراد من حقوق وما عليهم من واجبات، والقانون الدستوري هو أساس تنظيم الدولة لذلك فيعتبر أسمى القوانين وأعلاها مرتبة في الدولة وهو مرادف لمعنى كلمة الدستور والنظام الدستوري، ونتيجة لسموه فإنه لا يجوز أن يصدر قانون آخر داخل الدولة يتعارض مع الدستور لأن القوانين الأخرى أقل مرتبة منه، ويتضمن القانون الدستوري موضوعات عديدة فهو يبين شكل الدولة، هل هي دولة بسيطة أم اتحادية؟ أو فيدرالية؟ ونظام الحكم فيها ملكي؟ أم جمهوري؟ أم ديمقراطي؟ أم رئاسي؟ أم برلماني؟ كما يبين السلطات العامة في الدولة واختصاصاتها وهذه السلطات هي السلطة التشريعية التي تسن القوانين والسلطة التنفيذية التي تتولى تنفيذ القوانين وإدارة المرافق والمؤسسات العامة والسلطة القضائية والتي تقوم بالفصل في المنازعات بين الأشخاص وفقاً للقانون، كما يبين الدستور حقوق الأفراد والتي تتركز في الحرية والمساواة والحرية تشمل حرية العمل والمسكن والرأي والبحث العلمي والمساواة تتضمن المساواة في الحقوق والواجبات.

ثانياً - القانون المالي: يقصد بالقانون المالي: مجموعة القواعد التي تنظم مالية الدولة من حيث بيان موارد الدولة وأوجه إنفاقها ومن أهم موارد الدولة والتي يحددها القانون المالي تلك التي تأتي من موارد الدولة الخاص، وعن طريق الضرائب والرسوم والقروض وهذه الموارد يقوم القانون المالي أيضاً بتحديد الأوجه التي تنفق فيها، وهي الخدمات والمرافق المختلفة في الدولة كالتعليم والدفاع والامن والصحة... الخ.

كما يحدد هذه القانون الرقابة على هذا الإنفاق كما يتضمن القانون المالي القواعد الخاصة بالميزانية السنوية. وقد كان القانون المالي جزءاً من القانون الإداري باعتبار أن قواعده تنظم

النشاط المالي للسلطة العامة ولكنة انفصل عنه وأصبح فرعاً مستقلاً قائماً بذاته ينظم النشاط المالي للدولة.

ثالثاً - القانون الجنائي: هو مجموع القواعد التي تحدد الجرائم والعقوبات المقررة لكل منها والاجراءات التي يجب اتباعها في تعقب مرتكبي الجرائم وتوقيع العقاب عليها، ومن هذا يتبين أن القانون الجنائي بمعناه الواسع يشمل فرعين هما قانون العقوبات وقانون الاجراءات الجزائية.

أ. قانون العقوبات: ويتضمن مجموعة القواعد التي تحدد الجرائم والعقوبة المقررة لكل جريمة وتحديد الجرائم أمر يوجبه المبدأ التي يقضي به الدستور في المادة (٤٦) بأن (المسؤولية الجنائية شخصية ولا جريمة ولا عقوبة الا بناءً على نص شرعي، أو قانوني، وكل متهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات ولا يجوز سن قانون يعاقب على أي أفعال بأثر رجعي لصدوره) وهذا يعني أن كل فعل لا يقضي القانون باعتباره جريمة لا يمكن أن تقع العقوبة على مرتكبه وينقسم قانون العقوبات إلى قسمين: القسم العام، القسم الخاص.

ب. قانون الاجراءات الجزائية: وهو مجموعة القواعد التي تبين الإجراءات الواجبة الاتباع لتطبيق أحكام قانون العقوبات، فهو يبين الإجراءات التي يجب أن تتبع لمعاقبة المجرم منذ ارتكاب الجريمة الي حين تنفيذ العقوبة عليه، وذلك من حيث قواعد ضبط المتهم والقبض عليه والتحقيق معه ومحاكمته وتنفيذ العقوبة

رابعاً - القانون الإداري: هو مجموعة القواعد التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية في قيامها بوظيفتها الإدارية، ويتناول القانون الإداري الموضوعات الآتية:

- فهو يبين الخدمات العامة التي توديعها السلطة التنفيذية للأفراد والمرفق العامة التي تقوم بتلك الخدمة مثل وزارة الصحة ووزارة التربية ووزارة المواصلات، والدفاع.. الخ.
- كما يبين كيفية إدارة المرافق واستغلالها وعلاقة المرافق ببعضها ببعض والأشخاص العامة التي تتولى إدارة هذه المرافق كرئيس الدولة والوزراء ومدراء المصالح الحكومية.
- كما ينظم القواعد المتعلقة بالوظيفة العامة وعلاقة الدولة بالموظفين وتولي الوظائف العامة وحقوق الموظفين وواجباتهم، وذلك من حيث التعيين وتحديد المرتبات، والترقية، والاستقالة، والاحالة إلى التقاعد.

فروع القانون الخاص: يتفرع القانون الخاص إلى فروع متعددة وهي القانون المدني، وقانون الأحوال الشخصية، والقانون التجاري، والقانون البحري، وقانون العمل، وقانون المرافعات، والقانون الدولي الخاص، ونتكلم فيما يلي عن كل فرع من هذه الفروع.

أولاً- القانون المدني: هو مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة بين الأشخاص عدا ما يدخل في فرع آخر من فروع القانون الخاص، والقانون المدني: هو أصل القانون الخاص وقواعده تتوجه الى جميع الأفراد دون استثناء ويتم الرجوع إليها في كل حالة لم يتناول تنظيمها فرع آخر من فروع القانون الخاص، وقد تفرعت عنه فروع القانون الخاص الأخرى كالقانون التجاري، وقانون العمل.

ويتناول القانون المدني تنظيم روابط الأحوال العينية، وهذه الروابط تشمل كل ما يتصل بالمعاملات المالية وبيان أنواع الحقوق وطرق كسبها وانتقالها وانقضائها، والقانون المدني اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢ يشتمل على ١٣٩٩ مادة، ويتألف من عدة كتب، الكتاب الأول في الأحكام العامة في المعاملات، وهو يشتمل على عدة أقسام، يتناول القسم الأول: القانون وتطبيقه والقسم الثاني: الأشخاص والقسم الثالث: في الأموال والحقوق وتقسيماتها، والكتاب الثاني في الحق والالتزام به، ويشتمل على قسم أول في مصادر الحق والالتزام به وقسم ثاني القسم الثاني آثار الحق والالتزام به وفي قسم ثالث انتقال الحق المتعلق بالذمة "الحوالة" وفي قسم رابع انقضاء الحق، والكتاب الثالث في العقود المسماة، ويشتمل على عدة أقسام يتناول القسم الأول: العقود التي تقع على الملكية، والقسم الثاني: العقود التي ترد على المنفعة والعمل، والقسم الثالث: عقود الضمان "الوثيقة"، والقسم الرابع: عقود التضامن الاجتماعي، القسم الخامس: عقود الغرر، والقسم السادس: الثبوت "الحيازة" والغصب، والكتاب الرابع في الملكية وما يتفرع عنها؛ ويشتمل على عدة أقسام القسم الأول: الملكية، والقسم الثاني: الحقوق العينية.

ثانياً - قانون الاحوال الشخصية: هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقة الفرد بأسرته، فهو يتناول المسائل التي تتعلق بالخطبة والزواج والطلاق وآثاره، كما يتناول أحكام الهبة، والوصية، والمواريث.

ثالثاً - القانون التجاري: هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تتعلق بالأعمال التجارية، ويبين القانون التجاري تحديد معنى التاجر وكيفية اكتساب صفة التاجر والأعمال التجارية التي يسري عليها القانون التجاري، كما يبين واجبات التاجر، كالقيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية ويبين أيضا الشركات التجارية وأنواعها، والأوراق التجارية كالكمبيالة والشيك والسند الأذني، كما يتناول العقود التجارية كعقد الوكالة بالعمولة، وعقد السمسرة وعقد الرهن التجاري وعقد الإيداع والعمليات المصرفية والحساب الجاري والتوفير، كما ينظم إفلاس التاجر وشروط الحكم بالإفلاس وما يترتب عليه.

وقد كانت العلاقات التي يحكمها القانون التجاري داخلة ضمن قواعد القانون المدني إلا أنه نظراً للتطورات الاقتصادية، وزيادة حركة النشاط التجاري واتساع نطاقها، ظهرت الحاجة الماسة إلى قواعد خاصة تتسم بالسرعة والثقة تتلاءم مع النشاط التجاري، فنشأت قواعد القانون التجاري مستقلة عن قواعد القانون المدني تقوم على السرعة والثقة.

ونعرض فيما يلي بعض الأمثلة التي توضح الفارق بين قواعد القانون المدني وقواعد القانون التجاري ... بالنسبة لقواعد الإثبات: القاعدة العامة في الإثبات في بعض القوانين المدنية أن اثبات وجود الدين وانقضائه إذا كانت تزيد قيمته عن مبلغ معين لا يجوز إثباته بشهادة الشهود. .. بل يجب إثباته بالكتابة، أما المعاملات التجارية فيجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات بما فيها الشهادة والدفاتر التجارية، ومهما كانت القيمة بالنسبة لحالة الحق، وحوالة الحق في القانون المدني يتطلب لإنفاذها في مواجهة المدين أن يقبل بها المدين، وهذه القاعدة الخاصة باستلزام قبول المدين للحوالة لا تتفق مع ما تستلزمه التجارة من السرعة، ولهذا جاءت قواعد القانون التجاري مبسطة إذ جعلت حوالة الحقوق الثابتة في الأوراق التجارية كالكيميالة والشيك والسند لأمر تنفذ في مواجهة الجميع بمجرد التوقيع على هذه الأوراق بما يفيد الحوالة، كذلك أيضاً نجد أن القانون المدني يجيز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً للوفاء بدينه إذا حل ميعاد الوفاء ولم يستطع المدين تنفيذ التزامه، أما قواعد القانون التجاري فلا يجيز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً بذلك، لأن التجارة تقوم على الائتمان والوفاء في الميعاد المحدد له وتأجيل الوفاء بالدين قد يؤدي إلى ارتباك المعاملات التجارية.

رابعاً - القانون البحري: هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الناشئة عن الملاحة البحرية، وقواعد القانون البحري تتركز حول السفينة، لذلك فإنه يتضمن قواعد بيع السفينة وشرائها والعقود التي ترد عليها، كتأجيرها ورهنها وإيجارها والتأمين عليها، وصلة ربان الملاحة وملاحها بمالك السفينة، والإنقاذ والمساعدة البحرية التي تقدمها سفينة لأخرى في حالة جنوحها أو غرقها... إلى غير ذلك من القواعد المنظمة للملاحة البحرية، وإذا كانت المسائل التي يقوم بتنظيمها القانون البحري تعتبر من قبل الأعمال التجارية إلا أن هناك اعتبارات دعت إلى استقلاله عن القانون التجاري، هذه الاعتبارات ترجع إلى كبر قيمة السفينة وأنها تتعرض لأخطار خاصة وهي في غالب الأحيان بعيدة عن رقابة مالكيها.

خامساً - القانون الجوي: ينظم القانون الجوي العلاقات الناشئة عن الملاحة الجوية، فيتضمن تحديد المراكز القانونية للطائرة من حيث ملكيتها وجنسياتها تسجيلها، كما يحدد المراكز القانونية لطاير الطائرة ومسؤولية الناقل الجوي... إلى غير ذلك من القواعد المنظمة للملاحة الجوية.

سادساً - قانون العمل: هو مجموعه من القواعد التي تنظم العلاقات الناشئة بين العمال وأصحاب الأعمال، وقانون العمل حديث النشأة، حيث كانت العلاقة الناشئة بين العمال وأصحاب الأعمال محكومة بقواعد القانون المدني، وقد أدى إلى وجود قواعد قانون العمل ما حدث من تطورات اقتصادية في العالم، فعندما ظهرت الآلات والمعدات الكبيرة والصناعات المتطورة حدث أن قام أصحاب الأعمال والشركات الكبيرة بفرض شروط جائرة على العمال الذين لم يكن بوسعهم رفض هذه الشروط الجائرة، أو حتى مناقشتها أمام حاجتهم إلى سد حوائجهم اليومية، لذلك أقتضى الأمر وضع قواعد قانونية خاصة مستقلة عن قواعد القانون المدني لحماية العمال باعتبارهم الطرف الضعيف من استغلال أصحاب الأعمال الذين يعتبرون الطرف القوي، وانتهى الأمر الى ظهور قانون العمل، ويتضمن قانون العمل تنظيم عقد العمل والأحكام الخاصة بانتهاء العقد وقواعد تنظيم عمل النساء والأحداث، والقواعد الخاصة بالأجور والبدلات وتنظيم الإجازات وتأمينات الخدمة من حيث توفير الرعاية الصحية والتعويض عن إصابة العمل، كما نظم المسائل التي تحكم المنازعات التي تؤثر بين العمال وأصحاب الأعمال إلى غير ذلك.

سابعاً - قانون المرافعات: هو مجموعة القواعد التي تبين الاجراءات الواجبة الاتباع أمام المحاكم بقصد الوصول الي حماية الحقوق التي تقررها القوانين الاخرى. فقانون المرافعات يبين أنواع المحاكم واختصاصاتها وإجراءات التقاضي أمام هذه المحاكم من حيث كيفية رفع الدعوى وشروطها وسير الخصومة والفصل فيها ووسائل الطعن في الأحكام وقواعد تنفيذ الأحكام، وقانون المرافعات إنما هو قانون شكلي يهتم بتنظيم الإجراءات التي يجب على الخصوم إتباعها أمام المحاكم بهدف حماية الحقوق التي تقررها القوانين الموضوعية في القانون المدني والتجاري.. الخ.

ثامناً - القانون الدولي الخاص: هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي من حيث بيان المحكمة المختصة بنظر النزاع وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه، وذلك أن العلاقات التي تقوم بين الأطراف إما أن تكون وطنية خالصة بجميع عناصرها- الأشخاص والموضوع والمكان التي تنشأ فيه العلاقة- وإما أن تكون العلاقة أجنبية في عنصر، أو أكثر من عناصرها، كأن يكون أحد أطراف العلاقة أجنبياً أو تعلقت بمال موجود في بلد أجنبي أو كان مكان العلاقة بلد اجنبي، فإذا كانت العلاقة فيها عنصر أجنبي فحينئذ يقوم التنازع بين المحاكم الوطنية والأجنبية على الاختصاص بنظر هذه العلاقة، كما يقوم التنازع حول من يحكم هذه العلاقة القانون الوطني؟ ام القانون الاجنبي؟، كما لو باع فرنسي ليمني عقارا يملكه في ايطاليا وتم عقد البيع في اليمن وثار نزاع بينهما، فما هي المحكمة المختصة بالنزاع؟ هل الفرنسية؟ ام الايطالية؟ ام اليمانية؟

فإذا ثبت الاختصاص لإحداها فأى قانون يطبق على العلاقة القانون الفرنسي؟ أم اليمني؟ أم الايطالي؟ ولحل كل ما قد يثور في مثل هذا النوع من الخلاف، فإن القانون الدولي الخاص في كل دولة هو الذي يحدد ما إذا كانت المحكمة المختصة بالنزاع هي المحكمة الوطنية أم لا، كما يبين القانون الواجب تطبيقه هل القانون اليمني؟ أو الفرنسي؟ أو الايطالي؟.. كما يعالج القانون الدولي الخاص موضوع الجنسية، ومركز الأجانب، وفي هذا يوضح القانون المدني اليمني القانون الواجب التطبيق وذلك في المواد (٢٤، ٢٩ وما بعدها) حيث تنص مادة (٢٤ مدني) القانون اليمني هو المرجع في تكييف العلاقات عند ما يطلب تحديد نوع هذه العلاقة في قضية تتنازع فيها القوانين، وذلك لمعرفة الواجب تطبيقه من بينها (١)، والمادة (٢٩) تنص على أنه: يرجع في الحيازة والملكية والانتفاع والحقوق العينية الأخرى إلى قانون موقع المال إذا كان غير منقول (عقار) وإلى قانون المكان الذي يوجد به المال المنقول وقت تحقيق سبب الحيازة، أو الملكية، أو الانتفاع، أو أي حق عيني آخر، أو سبب فقدها، والمادة (٣٠) يرجع في الآثار المترتبة على العقود إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلف موطن كل منهما فإلى قانون البلد الذي تم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على قانون آخر أو يتبين من ظروف الحال أنهما قصدا تطبيق قانون آخر وذلك باستثناء العقود التي تبرم في شأن مال غير منقول (عقار) فإنه يطبق قانون موقع المال (العقار)، والمادة (٣١) يرجع في شكل العقود إلى قانون البلد الذي تمت فيه أو القانون الذي يحكم موضوعها أو قانون موطن المتعاقدين المشترك أو قانونهما المشترك، والمادة (٣٠) يرجع في الآثار المترتبة على العقود إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلف موطن كل منهما فإلى قانون البلد الذي تم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على قانون آخر أو يتبين من ظروف الحال أنهما قصدا تطبيق قانون آخر وذلك باستثناء العقود التي تبرم في شأن مال غير منقول (عقار) فإنه يطبق قانون موقع المال (العقار)، والمادة (٣٣) يرجع في قواعد الاختصاص والمسائل الخاصة بالإجراءات القضائية إلى قانون البلد الذي ترفع فيه الدعوى، والمادة (٣٤) لا تخل الأحكام المتقدمة بتطبيق القواعد التي ينص عليها قانون خاص أو اتفاق دولي أو معاهدة دولية نافذة في الجمهورية فإنها تطبق دون أحكام المواد السابقة وإذا لم يوجد نص في قوانين الجمهورية يحكم مسألة تنازع القوانين المعروضة على القضاء فيرجع إلى قواعد القانون الدولي الخاص المتعارف عليها دولياً ما لم يتعارض أي من ذلك مع أحكام الشريعة الإسلامية، والمادة (٣٦) لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي تعين تطبيقه طبقاً للنصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو الآداب العامة في الجمهورية.

(١) انظر المادة (٢٤) من القانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩١ م.

المبحث الثاني

مصادر القانون

المقصود بمصادر القانون هي المصادر الرسمية للقانون اليمني: تنص المادة الأولى من القانون المدني على أنه: (يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذة منها هذا القانون، فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً فإذا لم يوجد عرف حكم بمقتضى مبادئ العدالة الموافق لأصول الشريعة الإسلامية جملة^(١)).

ومن هذا النص يتبين لنا أن المصادر الرسمية للقانون اليمني هي أربعة: التقنين، ومبادئ الشريعة الإسلامية، والعرف الجائز، ومبادئ العدالة.

وجاءت هذه المصادر الأربعة مرتبة ترتيباً خاصاً بحيث يتعين الأخذ به عند الرجوع إليها، فيأتي التقنين في المرتبة الأولى، ومبادئ الشريعة الإسلامية في المرتبة الثانية، والعرف في المرتبة الثالثة، وتأتي العدالة في المرتبة الرابعة والأخيرة، وترتيب مصادر القانون على الصورة السابقة ملزم بكل المخاطبين به ويلاحظ أن القانون اليمني ألزم القاضي في جميع الأحوال الحكم وفقاً للشريعة الإسلامية ولا يخرج عن أحكامها إذا ما عرض عليه النزاع، فالتقنين مأخوذ من الشريعة الإسلامية والمصدر الثاني لمبادئ الشريعة الإسلامية والمصدر الثالث العرف الذي لا يجوز الأخذ به إلا إذا كان جائزاً شرعاً وبالمثل المصدر الأخير وهو مبادئ العدالة الذي أوجب القانون ضرورة مراعاة اتفاق هذه المبادئ مع أصول الشريعة الإسلامية وتتناول ذلك في أربعة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: التقنين.

المطلب الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث: العرف.

المطلب الرابع: مبادئ العدالة.

المطلب الأول

التقنين

تعريف التقنين: هو وضع قواعد قانونية في صورة نصوص مكتوبة بواسطة السلطة المختصة، ومن هذا التعريف يتبين أن التقنين له عدة خصائص وهي: أن قواعده عامة، ومجردة، يصدر في

(١) انظر المادة (١) من ذات القانون.

نصوص مكتوبة، وتقوم بإصداره سلطه عامة في الدولة، والدستور هو الذي يتولى تحديد السلطة المختصة بسن التقنيات.

مزايا التقنين: إن قواعده واضحة ومحدده ويؤدي التقنين إلى وحدة النظام القانوني في الدولة، وأنه مصدر سريع التكوين حيث يمكن سنه بسرعة وسهولة، وكذلك تعديله أو إلغائه.

عيوب التقنين:

- أنه قد لا يلبي رغبات وحاجات الجماعة ومطالبها لأنه يصدر من سلطة معينة قد لا توفق في معرفة حاجات الجماعة.
- أن صدور التقنين في صورة مكتوبه يؤدي الى جموده وبذلك لا يكون مساهمًا للتطورات الحديثة للمجتمع.

وقد رد الفقه القانوني على هذه العيوب (١) اضافة إلى مثل هذه العيوب ليس لها محل في القانون اليمني كون التقنين اليمني مأخوذاً من أحكام الشريعة الإسلامية الحاكمة لكل زمان ومكان وبالدراسة المتعمقة لأحكامها يمكن التغلب على العيوب التي تطرأ على القوانين.

أنواع التقنين وطريقة سنها:

تختلف القوانين بحسب طريقة سنها وقوتها وأهمية الموضوعات التي تتناولها إلى ثلاثة أنواع يأتي في المرتبة الأولى القانون الأساسي (الدستور)، ويليه في المرتبة الثانية القانون العادي وفي المرتبة الثالثة القانون الفرعي (اللوائح)، ولهذا الترتيب أثر هام هو أنه لا يجوز للقانون الأدنى مرتبة مخالفة أحكام القانون الأعلى منه اذ يجب ألا يأتي القانون العادي مخالفاً للقانون الأساسي (الدستور) ولا أن تأتي قواعد القانون الفرعي (اللوائح) مخالفة للقانون العادي، أو الأساسي، ونتناول عن طريقة سن التقنيات الثلاثة حسب الترتيب السابق لها فيما يلي:

أولاً - القانون الأساسي (الدستور):

تختلف الدول في طريقة سنها للدستور، فقد يصدر الدستور كمنحة من الحاكم وهذا يحدث بالنسبة للدول غير الديمقراطية، وقد يصدر بطريقة التعاقد بحيث يتم وضعه باتفاق بين ممثلي الشعب والحاكم، كما قد يصدر عن طريق جمعية تأسيسية يتم انتخابها من الشعب للقيام بوضع الدستور. وقد يصدر عن طريق الاستفتاء الشعبي. والطريقتين الأخيرتين تتبع في الدول الديمقراطية، والطريقة التي على أساسها وضع دستور الجمهورية اليمنية الصادر في ١٩٩٢ هي طريقة الاستفتاء الشعبي.

أما فيما يتعلق بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، فإن الأمر يختلف حسب نوع الدستور كون الدساتير تنقسم الى نوعين دساتير جامدة ودساتير مرنة. فبالنسبة للدساتير الجامدة

(١) انظر الدكتور عبدا لله محمد المخلافي، المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص ٦٧.

فإنه يتطلب لتعديلها أو الغائها إجراءات وشروط شديدة التعقيد، أما بالنسبة للدساتير المرنة فيمكن تعديلها بالطريق المتبع بالقانون العادي التي تصدره السلطة التشريعية. وبالنسبة للدستور اليمني فقد كان ينتمي إلى فئة الدساتير الجامدة، أما بعد التعديل في إبريل ٢٠٠١ فقد أصبح بين النوعين فهناك من القواعد التي نص الدستور على تعديلها من قبل أعضاء مجلس النواب وقواعده لا تعدل إلا بشروط وإجراءات معينة وعن طريق الاستفتاء الشعبي^(١).

ثانياً - القانون العادي:

هو القانون التي تقوم بسننه السلطة التشريعية (مجلس النواب) وفقاً لما ينص عليه الدستور الذي يخولها هذا الاختصاص. وحتى يوجد هذا النوع من القوانين ينبغي أن يمر بمراحل ثلاث قبل أن يصبح قانوناً.

المرحلة الأولى - اقتراح القوانين: يكون حق اقتراح القوانين ثابتاً للحكومة ولكل عضو من أعضاء مجلس النواب، فللحكومة الحق في اقتراح مشروع قانون وتقديمه إلى مجلس النواب ويقوم مجلس النواب بإحالة المشروع إلى اللجنة البرلمانية المختصة بموضوع القانون المقترح، فإذا كان خاصاً بالتعليم أحيل إلى لجنة التعليم وإن كان خاصاً بالصحة أحيل إلى لجنة الصحة... وهكذا. وبعد ذلك تقوم اللجنة المختصة بفحص المشروع وإعداد تقريراً عنه ثم عرضه للمجلس للمناقشة والتصويت عليه.

أما إذا كان اقتراح مشروع القانون من أحد أعضاء مجلس النواب فيجب أولاً أن يحال إلى لجنة فنية لفحص هذا الاقتراح وإبداء الرأي في جواز نظر المجلس للمقترح من عدمه، فإن أقرت اللجنة صلاحيته يحال بعد ذلك إلى اللجنة البرلمانية المختصة بالموضوع وتقدم هذه اللجنة تقريراً عنه ويتم عرضه على المجلس للمناقشة والتصويت، ويراعى في هذا الصدد أن الدستور اليمني قد وضع قيوداً على مشروعات القوانين التي تقدم من غير الحكومة^(٢).

المرحلة الثانية - التصويت على القوانين: في هذه المرحلة يعرض مشروع القانون على أعضاء مجلس النواب ويناقش مادة مادة وبعد مناقشة مشروع القانون من قبل الأعضاء مادة مادة، تؤخذ الأصوات على مشروعات القانون مادة مادة، ولا بد بعد ذلك من موافقة الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس الحاضرين أي أكثر من نصف عدد الأعضاء الحاضرين في غير الحالات التي يشترط فيها أغلبية خاصة^(٣). وقد اشترط الدستور لصحة اجتماعات مجلس النواب حضور أكثر من

(١) راجع دستور الجمهورية اليمنية خصوصاً المادة ١٥٨.

(٢) المادة ١٤٥ من دستور الجمهورية اليمنية.

(٣) المادة ١٠٠، ١٠٢ من دستور الجمهورية اليمنية.

نصف أعضائه^(١). وإذا لم يحصل القانون المقترح من قبل اعضاء المجلس على الاغلبية المطلوبة يعتبر مرفوضاً، وقد أوجب الدستور عدم تقديمه مرة ثانية في نفس دور الانعقاد ويقدم في أدوار الانعقاد الأخرى^(٢).

المرحلة الثالثة - العرض على رئيس الجمهورية: بعد إقرار مجلس النواب للقانون بالحصول على الأغلبية المطلوبة من أعضاء المجلس يتم عرض القانون على رئيس الجمهورية لإصداره، وفي هذه المرحلة لا يخلو الأمر من ثلاثة احتمالات هي:

١. إما أن يوافق رئيس الجمهورية على القانون ويقوم بإصداره خلال ثلاثين يوماً من إرساله إليه.
٢. وإما أن يستعمل رئيس الجمهورية حقه الدستوري في طلب إعادة النظر في القانون من جديد، وفي هذه الحالة يجب أن يعاد القانون الى المجلس بقرار مسبب، وذلك خلال الثلاثين يوماً من تاريخ رفعه إليه، وحينئذ يتم عرض القانون على المجلس للمناقشة فإن حاز على أغلبية عدد الأعضاء يعتبر قانوناً، وعلى رئيس الجمهورية إصداره خلال أسبوعين، فإذا لم يصدر رئيس الجمهورية القانون خلال هذا المدة يعتبر قانوناً صادراً بقوة الدستور.
٣. وإما أن تمر فترة الثلاثين يوماً دون اعتراض، أو موافقة من رئيس الجمهورية، وفي هذه الحالة يعتبر قانوناً وعلى رئيس الجمهورية إصداره خلال أسبوعين، فإذا لم يصدره يعتبر صادراً بقوة الدستور دون حاجة إلى إصدار، وينشر في الجريدة الرسمية ويعمل به بعد أسبوعين من تاريخ نشره^(٣).

ثالثاً - القوانين الفرعية (اللوائح):

هي تلك القوانين التي تقوم بسنها السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص الممنوح لها من الدستور. وتسمى القوانين الصادرة من السلطة التنفيذية باللوائح. وتنقسم اللوائح إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول - اللوائح التنفيذية: وهذه اللوائح أشار إليها الدستور في المادة (١٢٠) منه، والتي تقضي بأن "يصدر رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير المختص، وبعد موافقة مجلس الوزراء القرارات واللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين وتنظيم المصالح والإدارات العامة، على ألا يكون منها أي تعطيل لأحكام القوانين، أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره في إصدار تلك اللوائح والقرارات ويجوز أن يعين القانون من يصدر اللوائح والقرارات لتنفيذها. ويتضح من النص ان إصدار اللوائح التنفيذية من اختصاص رئيس الجمهورية وله الحق في ان يفوض غيره في إصدارها، وتصدر هذه القوانين بغرض تنفيذ القوانين العادية الصادرة من السلطة التشريعية-

(١) المادة (٧١) من الدستور.

(٢) المادة (٨٥) من الدستور.

(٣) المادة ١٠١ من الدستور

مجلس النواب-وذلك أن السلطة التشريعية تضع غالباً القواعد والأحكام العامة للقانون دون أن تتعرض للمسائل التفصيلية التي يستحسن ترك تنظيمها للحكومة على اعتبار أنها على اتصال مستمر بالجمهور وتكون أقدر من غيرها على وضع التفصيلات الفرعية اللازمة لتنفيذ القانون، ويراعي في هذا الصدد أن هذه اللوائح يجب أن لا تتعدى الغرض من إصدارها، لذلك لا تملك هذه اللوائح إلغاء القوانين أو تعديلها أو تقرير أحكام جديدة لم ينص عليها القانون الصادر من السلطة التشريعية.

النوع الثاني - اللوائح التنظيمية:

وهذه اللوائح أشار إليها الدستور في المادة (١٢٠) سالف الذكر، وهي التي يكون الغرض منها تنظيم المصالح والإدارات العامة في الدولة، كإنشاء الوزارات والمصالح الحكومية وتحديد اختصاصاتها، وتختلف هذه اللوائح عن اللوائح التنفيذية في أنها لا تصدر تبعاً لقانون معين وإنما تصدر استقلالاً دون حاجة لاستناد إلى قانون قائم.

النوع الثالث -لوائح الضبط أو لوائح البوليس:

وهي قرارات، أو لوائح تصدر بقصد الأمن وتوفير السكنية العامة وصيانة الصحة العامة من ذلك القانون الصادر بتنظيم سير المرور واللوائح التي تنظم مراقبة أغذية الباعة المتجولين ولوائح تنظيم أعمال المحلات المقلقة للراحة والسكنية، وإصدار اللوائح وفقاً للمادة (١٢٠) من الدستور يكون من اختصاص رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير المختص وبعد موافقة مجلس الوزراء، ويجوز له أن يفوض غيره في إصدار تلك اللوائح أو القرارات.

المطلب الثاني

مبادئ الشريعة الإسلامية

تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الثاني للقانون اليمني، فقد نصت المادة الأولى من القانون المدني على أنه: (... إذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه برجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون...). ويتبين من النص أنه إذا لم يوجد نص في التقنين لحكم مسألة معينة فإن القاضي يبحث عن الحكم للمسألة في مبادئ الشريعة الإسلامية، واعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر للقانون، يقتضي الرجوع إلى مصادر الشريعة الإسلامية

وهي القرآن والسنة والإجماع والقياس والاستحسان والمصالح المرسلّة... الخ، وكذلك كتب الفكر الإسلامي ومذاهب الفقهاء دون التقيد بمذهب معين.

المطلب الثالث

العرف

العرف هو المصدر الثالث للقانون وقد عرف فقهاء القانون العرف تعريفات عديدة، تؤدي إلى معنى واحد وهو أن العرف اعتياد الناس على سلوك معين لمسألة معينة مع تولد اعتقاد لديهم بأن هذا السلوك مولد لهم وأن مخالفته يستتبع توقيع جزاء مادي. والعرف في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية هو ما يعتاد الناس وألفه من قول، أو فعل، وتكرر مرة بعد أخرى حتى استقامت عليه وتلقته عقولهم بالقبول.

ومن مزايا العرف:

١. أن قواعده ملبية لحاجات الجماعة التي ارتضت به كونها تعبر عن سلوكهم وتتفق مع ميولهم ورغباتهم.
٢. أنه مرن يتطور كلما ظهرت ظروف جديدة تستدعي التغيير، استجابة لحاجات الجماعة وظروفها كون القاعدة العرفية ليست مقيدة في صيغة لفضيه محددة يلزم تغييرها تدخل إرادي من قبل السلطة المختصة.

عيوب العرف:

١. أخذ عليه بأنه مصدر بطيء التكوين حيث يستلزم تكوينه مرور فترة من الزمان حتى يتولد لدى الناس شعور بالزامه.
٢. عدم وضوح قواعده، كونه قانوناً غير مذكور مما يصعب الرجوع إليه للتحقق من وجوده ومعرفة أحكامه.
٣. يؤدي العرف إلى تعدد القواعد القانونية في الدولة الواحدة، وذلك لأنه قد ينشئ محلياً ويطبق في منطقة، أو مدينة دون أخرى، كما قد يطبق على فئات دون أخرى.

اركان العرف:

أولاً - الركن المادي: وهو الاعتقاد على سلوك معين، وهذا الاعتقاد، أو العادة يجب أن يتوافر فيها السلوك التالي:

١. أن تكون العادة عامة.
٢. أن تكون العادة قديمة.
٣. أن تكون عادة ثابتة ومطردة.
٤. ألا تكون العادة مخالفة للإطار العام والآداب العامة^(١).

ثانياً - الركن المعنوي:

هو شعور الأفراد بأن العادة أصبحت ملزمة لهم وواجبة الاحترام، أي يجب أن يتولد لدى الناس اعتقاد بأن هذه العادة ملزمة وينبغي الخضوع لها وعدم مخالفتها وأن من يخالفها يوقع عليه جزاء مادي توقعه السلطة العامة جبراً على من يخالفها. وتحديد الوقت الذي يتوفر في هذا الركن متروك إلى الفقه والقضاء، وهذا الركن هو ما يميز العرف عن العادة الاتفاقية.

المطلب الرابع

مبادئ العدالة

جعل القانون المدني اليمني مبادئ العدالة مصدراً أخيراً من مصادر القانون يرجع إليه القاضي إذا كان هناك مسألة معينة لم يجد لها حكماً في المصادر الأولى، والإحالة إلى مبادئ العدالة، تعني إلزام القاضي في الفصل في كل نزاع يطرح عليه عندما لا يجد حلاً للنزاع المعروض أمامه في المصادر السابقة، ولا يجوز للقاضي أن يمتنع عن الحكم وإلا عد منكراً للعدالة، مما يعرضه ذلك لعقوبة النكول عن أداء العدالة^(٢).

ويلاحظ أن مبادئ العدالة ليست كالمصادر السابقة فمبادئ العدالة لا تمد القاضي بقاعدة قانونية عامة، ومجردة وإنما المقصود بالإحالة إلى مبادئ العدالة هي دعوة القاضي أو تكليفه إلى الاجتهاد لاستخلاص الحل الذي يطبقه على المسألة المعروضة عند عدم وجود الحل في المصادر السابقة.

(١) انظر الدكتور عبد الله محمد المخلافي، المدخل لإدارة القانون ص ٩٠.
(٢) انظر المادة ١٨٦ من قانون العقوبات اليمنية.

وقد قيد القانون اليمني القاضي في استخلاص الحكم من مبادئ العدالة، بأن يكون هذا الحكم موافقاً لأصول الشريعة الإسلامية وليس وفقاً لأفكاره ومعتقداته الخاصة، وعلى ذلك فإن القانون اليمني قد وضع معياراً، أو ضابطاً يحكم القاضي في اجتهاده، هذا المعيار هو أن يتم الاجتهاد والاستنباط من الشريعة الإسلامية وفقاً لمبادئها، والاجتهاد له شروطه، قد لا تتوفر في القاضي، فيأخذ على رأي الفقهاء.

المبحث الثالث

أهداف القانون ووظيفته

الجدير بالذكر أن القانون وجد منذ خلق الإنسان، وأن وجوده مصاحباً للإنسان وله أهداف ووظيفة، وهي الغاية التي يتطلع لها الإنسان في تحقيق مصالحه المرجوة، ولا يتحقق ذلك إلا وفق نظام قانوني منظم يهدف إلى ترسيخ المبادئ والمثل العليا، لذا سنتناول هذا المبحث على النحو التالي:

- **المطلب الأول:** أهداف القانون.
- **المطلب الثاني:** وظيفة القانون.

المطلب الأول

أهداف القانون

للقانون أهداف كثيرة، منها^(١):

١. تحقيق الأمن للأفراد وذلك عن طريق منع وقوع الاعتداءات بين أفراد المجتمع، ويُعاقب الشخص المرتكب للضرر عن نفسه، ويُحاسب الشخص المسؤول عن أخطاء غيره في حال كان مكلفاً بمراقبة شخص آخر، لصغر سنّه، أو لمرضه العقلي أو الجسدي، وفي مثل هذه

(١) د. سعيد جبر، مدخل القانون، مرجع سابق، ص ٦٥.

- الحالة يُسأل المُكَلَّف بالرقابة عن أخطاء الأفراد المشمولين برقابته، ويجب على أي شخص يُسبب ضرراً لغيره أن يُعوّضه عن ذلك الضرر.
- تحقيق العدل بين الأفراد إنّ العدل والقانون مُتلازمان، لذلك يهدف القانون إلى تحقيق العدل دائماً وأبداً، وذلك عن طريق تحقيق المساواة ورفع الظلم عن المظلومين، ويتولى هذه المهمة القضاء، وذلك عن طريق استخدام أساليب تشريعية مُحدّدة.
 - تحقيق الاستقرار إنّ حاجة المجتمع للاستقرار لا تقل عن حاجته للأمن والعدالة، ويُحقّق القانون الاستقرار عن طريق عمومية القاعدة القانونية وتجريدها، فتكون مُوجهة إلى الأفراد عامّة وليس لأشخاص مُعيّنين، إضافة إلى وجود الجزاء، ووجود مؤسسات تعمل على تطبيق القانون بقدر عالٍ من الاحترام مثل الجهاز القضائي.
 - تحقيق الأهداف الاقتصادية لكل نظام اقتصادي أهداف مُعيّنة، ويهدف القانون لتحقيق تلك الأهداف عن طريق التجاوب مع الضّرورات الاقتصادية، وقد أدرك علماء القانون والاقتصاد أنّه لا بد من الرّبط بينهما على أساس أنّه لا يُمكن الفصل بين دراسة الثروات الاقتصادية وما يقدّمه القانون من أحكام، كما أنّ النّظام الاقتصادي في تطور مُستمر لذلك لا بد من مُواكبة القانون ومُلازمته لهذه التّطورات، والقانون الأداة التي تُنظّم سياسياً، حيث ينظّم القانون العلاقة بين سُلطات الدّولة، وتُسمّى مجموعة القواعد القانونية التي تحكم الأفراد بالنّظام السّياسي للدّولة.
- وتتحقق اهداف القانون من خلال وسائل تختلف باختلاف النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي السائد في المجتمع:**
1. **تحقيق العدل:** ان من أهم أهداف القانون تحقيق العدل ولكن ما المقصود بالعدل؟ ان محاولة الاجابة على هذا السؤال قد كلفت الفقهاء والفلاسفة كثيرا من الوقت والجهد... **فقد عرفه** جستنيان بأنه _ حمل النفس على ايتاء كل ذي حق حقه والالتزام بذلك على وجه الثبات والاستمرار^(١).
- وقد حاول الفقهاء توضيح معني العدل عن طريق بيان صورته المختلفة، فقسموه إلى^(٢):
- **العدل التبادلي:** وهو العدل الذي يجب أن يسود بين الأفراد بعضهم البعض في علاقاتهم ويتسم هذا العدل بأنه ينظم معاملات وعلاقات الأفراد في المجتمع، ويقوم على أساس المساواة المطلقة والحسابية دون الأخذ بصفات الأشخاص ومراكزهم.

(١) د. سعيد جبر، مدخل القانون، مرجع سابق، ص ٦٨.

(٢) المرجع السابق نفسه، ص ٦٥.

- **العدل التوزيعي:** وهو الذي يسود علاقات الأفراد بالجماعة من حيث ما يجب على الجماعة للأفراد ويتسم هذا العدل بالنسبية وعدم المساواة الحسابية.
- **العدل الاجتماعي:** وهو الذي يجب أن يسود علاقات الأفراد من حيث ما يجب على الأفراد للجماعة وهذا العدل هو الذي يبرر التزام الأفراد بأداء الضرائب والدفاع عن المجتمع، ويتسم هذا العدل بعدم المساواة الحسابية لأن قدرات الأفراد تختلف من شخص لآخر، وهذه هي صور العدل لدي فقهاء القانون، ولكن العدل بمفهومه العام يعني: سيادة القانون وسموه فوق مستوى الناس وهذا يقتضي أن يكون العدل عاما بالنسبة للجميع.
٢. **تحقيق الأمن الفردي والجماعي داخل المجتمع:** ويصل القانون إلى هذا الهدف عن طريق خلق الوسائل الكفيلة لمنع الاعتداء فيما بين أفراد الجماعة وتوفير أدوات إزالة ما يترتب على الاعتداء من ضرر.
٣. **تحقيق الاستقرار:** إن الاستقرار هو المكمل الطبيعي للأمن والعدل والقانون يسعى في سبيل تحقيق هذا الاستقرار ويتوخى أن يكون هذا في ظل الشريعة.
٤. **تحقيق الأهداف الاقتصادية:** لأي مجتمع أهداف سياسية تواجهها بعض المشاكل المعاصرة وهذه الأهداف ومشاكلها لا بد أن تصاغ في إطار مبادئ وقواعد قانونية كما يتولى وضع الأسس والمبادئ اللازمة لتنظيم الاقتصاد، ونتيجة للترابط القوي بين الاقتصاد والقانون أصبح من غير الجائز الفصل بينهما، واعتبروا أنه لا بد من وجود قانون ينظم هذه الثروات الاقتصادية.
٥. **تحقيق الأهداف السياسية:** فالقانون هو أداة تنظيم شكل النظام السياسي في المجتمع، فمجموعة القواعد التي تنظم الجماعة من الناحية السياسية تكون ما يسمى بالنظام السياسي في المجتمع.
٦. **تحقيق الأهداف الاجتماعية:** حيث يكون وسيلة للإبقاء على القيم الاجتماعية ومنعها من التغير والتبدل كما يكون وسيلة للإصلاح الاجتماعي. هذه هي أهداف القانون التي يسعى إلى تحقيقها، أما مجتمعة، أو بصورة خاصة ومحددة.

المطلب الثاني

وظيفة القانون

إن وسيلة القانون لتحقيق أهدافه تتأثر بصورة واضحة بالنظام الاقتصادي والاجتماعي والسياسي السائد في المجتمع، كما تتأثر بفكرة العدل التي تتراوح بين تحقيق التكافؤ في العلاقات السائدة بين الأفراد وتحقيق سيطرة الجماعة، وتأسيساً على ذلك ساد الأنظمة القانونية في مجال وظيفة القانون نظريتان هما: النظرية الفردية + النظرية الاجتماعية ولم تحقق هاتين النظريتين أهداف القانون.

أولاً - وظيفة القانون وفقاً للنظرية الفردية:

ظهرت هذه النظرية في القرنين السابع عشر والثامن عشر كرد فعل للنظام الإقطاعي السائد قبلها وأساس هذه النظرية هو: أن غاية القانون ووظيفته هي حماية حقوق الأفراد وحررياتهم وتحقيق سعادتهم بالفرد وفقاً لهذه النظرية هو أسمى ما في الوجود⁽¹⁾، ولهذه النظرية انعكاسات على الجوانب السياسية، والاقتصادية، والقانونية: فعلى الصعيد السياسي تنحصر سلطات الدولة في مواجهة الأفراد في أضيق الحدود وتلتزم في سلوكها مع الأفراد بمبادئ تقديس حقوق الأفراد.

وعلى الصعيد الاقتصادي تدعو لترك المجال مفتوحاً أمام النشاط الفردي الحر حيث ساد مبدأ (دعه يفعل دعه يمر) وعلى الصعيد القانوني تهدف إلى كفالة الحد الأقصى من الحرية الفردية.

ثانياً - وظيفة القانون وفق النظرية الاجتماعية أو الاشتراكية:

هذه النظرية ليست سوى ناتج عن مغالات النظرية الفردية في تصور الأمور، فغاية القانون ووظيفته وفقاً لهذه النظرية هي مراعاة وحماية المصلحة العامة للمجتمع، فمصلحة الجماعة تسمو على المصلحة الخاصة وفي حال تعارض مصلحة الفرد مع الجماعة رجحت مصلحة الجماعة التي هي أولى بالرعاية.

وعلى الصعيد الاجتماعي تؤمن هذه النظرية بالمساواة بين أفراد المجتمع، وقد نتج عن هذه النظرية في المجال القانوني تقلص مبدأ سلطان الإرادة حيث لم تعد الإرادة حرة في أن تلتزم أو لا تلتزم، أما بالنسبة للملكية لم تعد حقاً مطلقاً بل أصبحت للملكية وظيفة اجتماعية.

• ان النظرية الاجتماعية أو الاشتراكية وإن تجنبت عيب النظرية الفردية إلا أنها غالت في تقديس الجماعة وضحت بالفرد في سبيل الجماعة.

(1) د. سعيد جبر، مدخل القانون، مرجع سابق، ص ٧٧.

الفصل الثاني

الحق واركانه واستعماله وانقضاؤه

المبحث الأول

تعريف الحق

القانون عبارة عن مجموعة قواعد تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع على وجه الإلزام، وتكون مقترنة بجزاء بقصد فرض احترام الناس لها، والسلوك الذي يهتم القانون بتنظيمه يتمثل في العلاقات القانونية بين أفراد المجتمع بعضهم ببعض، أو بينهم وبين الدولة، وتنتج هذه العلاقات القانونية حقوقا للبعض تقابلها واجبات تقع على البعض الآخر، ويتولى القانون تنظيم هذه الحقوق والواجبات، والإشكال المطروح: ما هو مفهوم الحق؟ وما هي النظريات القائلة فيه؟ وقد اختلف فقهاء القانون في تعريف الحق، حيث حاول كل منهم تعريف الحق حسب انتمائه الفقهي، ولذا سنتناول هذا الاختلاف على النحو التالي:

- **المطلب الأول: النظريات التقليدية في تعريف الحق.**
- **المطلب الثاني: النظرية الحديثة في تعريف الحق (نظرية دابان).**
- **المطلب الثالث: وجود الحق.**
- **المطلب الرابع: تمييز الحق عما يشابهه.**

المطلب الأول

النظريات التقليدية في تعريف الحق

الفرع الأول

المذهب الشخصي (النظرية الإرادية)

ترجم هذا المبدأ الفقيه سافينيي Savigny ، وينظر إلى الحق من منظور شخصي، أي بالنظر على صاحب الحق، فيعرف الحق بأنه: (قدرة أو سلطة إرادية تثبت للشخص ويستمدتها من القانون^(١)، وجعل هذا المذهب من الحق صفة تلحق صاحبه، لهذا سمي بالمذهب الشخصي. وقد انتقدت هذه النظرية بسبب أنها تربط الحق بالإرادة، بينما قد يثبت الحق للشخص دون أن تكون له إرادة كالمجنون والصبي غير المميز والجنين، كما قد تثبت للشخص حقوق دون علمه بها كالعائب والوارث الذي تنشأ له حقوق دون تدخله في ثبوتها، وكذلك الموصي له تنشأ له حقوق عن الوصية دون علمه بها، فالحق ينشأ ويثبت لصاحبه دون تدخل إرادته، أما استعمال هذا الحق فلا

(١) د. سعيد جبر، نظرية الحق، مرجع سابق، ص ٣٥.

يكون إلا بالإرادة، ولذا فالصبي غير المميز لا يستعمل حقوقه إلا عن طريق نائبه (الولي أو الوصي).

فالمذهب الشخصي يبين كيفية استعمال الحق دون أن يعرفه، كما يتعارض تعريفه للحق باعتباره قدرة إرادية يخولها القانون لشخص معين -مع المنطق- إذ من غير المنطق ومن غير المتصور أن يعرف أمر معين بما ينتج عن وجوده، فالقدرة تنشأ عن وجود الحق، فهي تعبر عن مضمونه.

كما أن هذه النظرية انتقدت على أساس أن هناك بعض الحقوق التي تنشأ لصاحبها دون أن يكون لإرادته دور فيها كالحقوق التي يكون مصدرها المسؤولية التقصيرية، فحق الضرر يثبت دون أن يكون لإرادته دخل فيه^(١).

الفرع الثاني

المذهب الموضوعي (نظرية المصلحة)

رائد هذه النظرية الفقيه الألماني إبيرينغ Ihering ويعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون، فوفقاً لهذا الرأي يتكون الرأي من عنصرين: عنصر موضوعي، وآخر شكلي^(٢).
ويقصد بالعنصر الموضوعي: الغاية أو المصلحة التي تعود دائماً على صاحب الحق، وقد تكون هذه المصلحة مادية إذا كان الحق مالياً، وقد تكون معنوية إذا كان الحق غير مالياً.
أما العنصر الشكلي: فيتمثل في الحماية القانونية التي يعتبرها ركناً من أركان الحق وهي ضرورية، وتتمثل في الدعوى القضائية التي يدافع بها صاحب الحق عن حقه.
وانتقدت هذه النظرية أيضاً بأنها تعرف الحق بغايته إلى جانب أنها تعتبر المصلحة معياراً من وجود الحق، بينما الحق ليس كذلك دائماً، فإذا كان من المسلم به أن الحق يكون مصلحة فالعكس ليس صحيحاً، فمثلاً فرض الرسوم الجمركية على الواردات الأجنبية لحماية للصناعات الوطنية تحقق مصلحة لأصحاب هذه الصناعات، لأن هذه الرسوم تحد من منافسة البضائع الأجنبية لبضائعهم، ورغم ذلك فإن هذه المصلحة لا تعطيهما الحق في فرض تلك الرسوم بأنفسهم، إلى جانب ذلك فالمصلحة أمر شخصي وذاتي يختلف من شخص إلى آخر، فالمصلحة التي يحصل عليها الشخص من نفس الشيء قد تختلف من شخص إلى آخر حسب هدف كل واحد من الشيء وإذا طبقنا هذه النظرية، فالحماية تختلف و تتنوع باختلاف فائدة الأشخاص، مما يؤدي إلى

(١) د. محمدي فريدة زواوي، المدخل إلى العلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ١٩٩٨، ص ٦.
(٢) المرجع السابق، ص ٦.

استعصاء تنسيق القواعد القانونية وتوحيدها، وإذا كان هدف الحق هو المصلحة، فيجب تحديد إطارها لأن القانون لا يحمي إلا المصالح ذات القيمة الاجتماعية الأصلية. والحقيقة هي أن هذا المذهب لم يعرف الحق وإنما عرف هدفه وما يترتب عليه من حماية قانونية، كما انتقدت هذه النظرية من جهة أخرى بأنها تعتبر الحماية القانونية عنصراً من عناصر الحق، إلا أنه لا يمكن اعتبارها كذلك في جميع الأحوال إذ الحماية تأتي بعد نشأة الحق.

الفرع الثالث

المذهب المختلط

يعرف أصحاب هذا المذهب الحق بأنه سلطة إرادية وهو في ذاته مصلحة يحميها القانون، فيعرف الحق بالقدرة الإرادية المعطاة لشخص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون، وقد تعرضت هذه النظرية لعدة انتقادات، والتي وجهت للنظريتين السابقتين معاً طالما أن التعريف يعتد بهما معاً، حيث لا تجتمع السلطة الإرادية والمصلحة لدى نفس الشخص، فإن مقتضى النظريات المختلطة عدم ثبوت الحق لأحد، كما لو كانت المصلحة ثابتة لعديم الأهلية بدون السلطة الإرادية، بينما تثبت هذه السلطة لثائبه دون أن تتوافر فيه المصلحة المقصودة، كما يعاب على هذا التعريف عدم تحديد جوهر الحق^(١).

المطلب الثاني

النظرية الحديثة في تعريف الحق (نظرية دابان)

نتيجة للانتقادات الموجهة للنظرية السابقة ظهرت نظرية أخرى وهي النظرية الحديثة في تعريف الحق، وحمل لواءها الفقيه البلجيكي دابان Dabin ، وتأثر بها أغلب الفقهاء. يعرف أصحاب هذا المذهب الحق بأنه: (ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطريقة قانونية، ويكون

(١) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله ، د. أحمد شوقي محمد الرحمن، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠١، ص ٧.

له بمقتضاها الحق في التصرف متسلطاً على المال معترف له بصفته مالكا أو مستحقاً له)، والعناصر الأساسية التي نستخلصها من هذا التعريف هي (١):

١. الحق يعبر عن سلطة يقرها القانون، أي سلطة مطابقة للقواعد القانونية ويترتب على هذا ضرورة احترام الغير لها، فلا بد من احترام الغير لهذا الحق. وذلك بالامتناع عن كل ما من شأنه الإضرار باستئثار الشخص بحقه والتسلط عليه، فالحقوق مرتبطة بوجود الالتزامات في مواجهة الغير وليست هناك أهمية لحق معين إذا لم يكن الغير ملزم باحترامه وكذلك الحال إذا لم يمكن صاحبه دفع الاعتداء عليه، وإذا كانت الحماية القانونية لازمة للحق إذ لا بد من تدخل السلطة العامة لحمايته إلا أنها ليست عنصراً من عناصر وجوده، فالحق لا يحمى قانوناً إلا إذا كان موجوداً حقيقة، فالدعوى -- وهي من أهم وسائل الحماية -- لا يمكن إقامتها إلا للدفاع عن حق موجود ومعترف به.

٢. إن الحق يفترض وجود شخص معين يكون صاحبا له، وقد يكون هذا الشخص شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً، ويتمتع الشخص الطبيعي بصلاحيته لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ويكتسب الشخصية القانونية بمجرد وجوده وهو محمي قانوناً وتكون له حقوق في مرحلته الأولى كالجنين، كما أن للمجنون حقوقاً أيضاً، وإن كان لا يستطيعان ممارستها شخصياً. إذ ليس للإرادة دور في ذلك ويمكن للغير (الولي، النائب) ممارسة حقوق هؤلاء الأشخاص عن طريق نظام النيابة.

أما الشخص المعنوي فهو افتراض وجود قانوني لتجمع من الأموال أو الأشخاص، فيتحمل الالتزامات ويكسب الحقوق.

٣. الحق يرد على قيمة معينة تكون محلاً له، وقد يكون هذا المحل شيئاً مادياً سواء كان عقاراً أو منقولاً، كما يمكن أن يكون عملاً كالامتناع عن عمل أو القيام بعمل، وقد يكون قيمة معنوية كالإنتاج الفكري أو قيمة ملتصقة بالشخصية كحق الإنسان في سلامة جسمه وحقه في شرفه.

٤. يفترض الحق أن تكون لصاحبه سلطة الاستئثار والتسلط على حقه، فالاستئثار هو الذي يميز الحق في الواقع يمكن القول بأن الحق ينشئ علاقة بين صاحب الحق ومحل ذلك الشيء (مثل ذلك الشيء محل الملكية)، فهذه العلاقة تمثل الاستئثار بمعنى أن الحق هو ما يختص به صاحبه أي ماله. فالحق ليس المصلحة كما يقول إيهرينغ، حتى ولو كان الحق يحميها، وإنما هو الاستئثار بمصلحة أو بمعنى أدق الاستئثار بشيء يمس الشخص ويهمه ليس بصفته مستفيداً أو له أن يستفيد لكن بصفته أن هذا الشيء يخصه وحده، أما التسلط فهو النتيجة الطبيعية للاستئثار

(١) د. محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص ٨.

ويقصد به سلطة صاحب الحق على ماله. بمعنى أدق: (السلطة في التصرف الحر في الشيء محل الحق)، فالتسلط لا يخلط إذن باستعمال الحق، فاستعمال الحق يتضمن سلطة إيجابية تترجم في مجرد دور للإرادة أما سلطة التصرف فهي رخصة في التصرف في الشيء محل الحق من جانب صاحبه بصفته سيداعله^(١).

ويختلف ذلك باختلاف أنواع الحقوق، إذ يتسع مجال الاستثناء والتسلط في نطاق الحقوق العينية، إذ تكون للشخص حرية استعمال واستغلال محل الحق كيفما شاء. بينما يضيق بالنسبة للحقوق الملتصقة بالشخص، إذ حق الشخص في إطارها يقتصر على إلزام الغير بعدم المساس بها واحترامها ولا يملك الشخص التصرف في هذه الحقوق ولا التنازل عنها^(٢)، والتسلط نتيجة حتمية للاستثناء، ولكن الاستثناء لا يثبت إلا للمالك أي صاحب الحق، أما التسلط أو مباشرة الحق فقد تثبت لشخص آخر كالوصي أو الولي مثلا.

المطلب الثالث

وجود الحق

الفرع الأول

إنكار فكرة الحق (نظرية دوجي)

هناك من الفقهاء من أنكر وجود الحق وأبرزهم الفقيه دوجي Dugui الذي رفض فكرة الحقوق التي ينشئها القانون، ويرى أن الحق ما هو إلا سيطرة إرادة الشخص صاحب الحق على إرادة الشخص الملزم به، ويعتبر هذا التصور تصورا غير واقعي، إذ من الناحية الواقعية توجد إرادات متساوية.

ففي رأيه أن الشخص الذي يرتكب جريمة مثلا لا يعاقب على أساس مساسه بحق غيره، وإنما يعاقب لأنه خالف قاعدة من قواعد قانون العقوبات، فيكون في مركز قانوني معين... مركز السارق، أو مركز القاتل.

فلا يمكن القول بأن القاعدة القانونية تنشئ حقا لشخص وتحمل آخر بالتزام، إذ القاعدة القانونية لا تضيف لا القليل ولا الكثير من إرادة المكلف بالواجب أو المستفيد من أدائه^(٣).

(١) د. نبيل سعد إبراهيم، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠١.

(٢) د. محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص ٩.

(٣) المرجع السابق نفسه، ص ٣.

الفرع الثاني

إثبات فكرة الحق (نقد نظرية دوجي)

تعرضت فكرة دوجي لانتقادات شديدة، ذلك لأن فكرة الحق باعتبارها سلطة ممنوحة لشخص معين، فكرة موجودة فعلا. ويرى روبرت Rupert أن الحق هو سلطة ممنوحة لشخص، وهذه السلطة موجودة ولا يمكن لأحد إنكارها، إذ تجعل المدين في خدمة الدائن، بل كان في الماضي يجوز للدائن حبس المدين واعتباره أسيرا أو قتله بالدين، كما تجعل العامل في خدمة رب العمل، ويخضع كذلك الابن لأبيه، وتجعل المالك حرا في الاستئثار بملكه وكان من الضروري تحديد سلطته في هذا المجال.

ولكن وجود هذه الحقوق المسيطرة لا يعني تفوق إرادة شخص على إرادة شخص آخر، إذ الإرادات الفردية متساوية في جوهرها، ولكن حدوث وقائع قانونية معينة هو الذي يجعل شخصا ملزما إزاء شخص آخر، كعقد القرض مثلا: يجعل المقترض ملزما في مواجهة المقرض، وكذلك الخطأ كواقعة مادية يجعل محدث الضرر ملزما بالتعويض إزاء صاحب الحق وهو المضرور⁽¹⁾.

والحقيقة هي أن المركز القانوني ذاته الذي يتكلم عنه دوجي ما هو إلا تصور جديد لفكرة الحق، فلو كان الحق هو القانون ذاته لما كنا بحاجة إلى مراكز قانونية، فإذا كان الأفراد متساوين أمام القانون إلا أن كلا منهم يوجد في مركز خاص به يميزه عن غيره، فقد يكون في مركز المستفيد من القاعدة القانونية أي صاحب الحق، أو في مركز الملتزم بها، ولعل إنكار دوجي فكرة الحق ناتج عن تخوفه من سيطرة أصحاب الحقوق وانتصار المذهب الفردي، ولكن محاربة هذا التعدي يمكن أن تكون عن طريق مراقبة استعمال هذه الحقوق وتقييدها أحيانا، إذ لا يمكن إنكار فكرة الحق مهما كان المبرر.

المطلب الرابع

تمييز الحق عما يشابهه

الفرع الأول

الحق والحريات العامة

الحق هو كل ما يثبت للشخص على سبيل التخصيص والإفراد، كحق الشخص في ملكية عين من الأعيان أو حقه في اقتضاء دين من الديون أو حقه في تطليق زوجته... أما الحرية يعترف بها

(1) د. نبيل سعد إبراهيم، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، مرجع سابق، ص ٣٣

القانون للناس كافة دون أن تكون للاختصاص الحاجز، وينطبق ذلك على كل الحريات العامة التي يكفلها الدستور كحرية الاعتقاد وحرية التنقل (المادة ٥٧) وحرية المسكن (المادة ٥٢) وحرية التعبير (المادة ٤٢) وحرية الرأي (المادة ٤٤) وغيرها من الحريات العامة، يتضح من ذلك أن الحرية تختلف عن الحق في عدة أوجه:

١. يرد الحق على أمر محدد وقابل للتحديد، أما الحرية مجرد إباحة للشخص في أن يمارس كل ما لم يمنحه القانون من نشاط.
٢. للحق صفة الخصوصية، أما الحرية فلها صفة العمومية، فالحرية لا تعرف فكرة الاستثناء أو الاقتضاء، أي كل الأشخاص في نفس المركز القانوني من حيث التمتع بما يتضمنه من سلطات. فالحرية أشبه بطريق عام بينما الحق أشبه بالطريق الخاص.
٣. تستند الحرية إلى المبادئ العامة أما الحق فيرتبط بوجود واقعة معينة تؤدي إلى تطبيق قاعدة قانونية.
٤. ترتبط نشأة الحق بوجود واقعة قانونية تؤدي إلى تطبيق قاعدة قانونية أما الحرية فتستند إلى المبادئ العامة ومن ثم فهي موجودة ولو لم توجد وقائع أو قواعد محددة^(١).

الفرع الثاني

الحق والرخصة

يسوي البعض بين الحرية والرخصة فاعتبروهما مرادفين لنفس المعنى، ولكن الرأي الراجح يرى أن الرخصة هي منزلة وسطى بين الحرية والحق، فمثلاً هناك حق الملك وحرية التملك يوجد بينهما مركز متوسط يتمثل في رخصة الشخص أن يملك، فالشخص له حرية تملك أي شيء من الأشياء، فإذا اشتراه أصبح صاحب حق ملك، وهناك مرحلة وسطى هي تلك التي يعرض عليه شراء الشيء. هنا يكون المشتري قبل قبول الصفقة في مركز خاص أي صاحب رخصة في أن يملك، فالرخصة تمثل تجاوز الشخص لمرحلة الحرية وتقدمه نحو الوصول إلى الحق، ويقتضي ذلك وجد سبب أو واقعة معينة مستمدة من القانون. غير أن هذا السبب لا يؤدي إلى وجود الحق وإنما ينشأ عنه ما هو دون الحق وهي الرخصة.

(١) د. محمد حسين منصور، مدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، رمضان وإخوانه للطباعة والتجليد، ص ٣٨.

مثال ذلك رخصة الموصي له في قبول الوصية، فله أن يقبلها أو يرفضها، وكذلك الرخصة الممنوحة للشفيح في أن يطلب الشفعة أو لا يطلبها، فالشفيح يملك الشيء المبيع إذا أخذ بالشفعة، وقبل بيع الشريك لنصيبه فإن الشفيح لا يكون له سوى حرية التملك. أما إذا باع الشريك نصيبه يكون هنا للشفيح رخصة التملك حيث يكون له أن يطلب الشفعة أو لا يطلبها (١).

المبحث الثاني

مصدر الحق واركانه

والحق وفقاً لنص المادة (١٢٣ مدني) " الحق هو مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معا مادية أو معنوية يقرها الشرع وإذا تعلق بمال فهو سلطة، يكون للشخص بمقتضاها التصرف في هذا المال والانتفاع به واستعماله واستغلاله طبقاً للقانون، وكل حق يقابله واجب يلتزم بأدائه من عليه الحق" (٢).

والحق هو كل ما ينشأ عنه وجوده والمصادر الأساسية للحقوق التي تنفرع عنها المصادر المباشرة لها (أسبابها) ثلاثة هي:

١. التصرف الإرادي.
٢. الفعل المجرد.
٣. الواقعة.

والتصرف الإرادي: أو العمل القانوني هو ما يصدر عن الإنسان بقصد ترتيب آثاره القانونية الشرعية عليه وتنفرع عنه المصادر الآتية:

١. العقد وهو تلاقي إرادتين بأي صفة كانت وتنشأ عنه المسؤولية العقدية.
٢. الإرادة المنفردة وهي الإيجاب المجرد الذي تترتب عليه آثاره القانونية الشرعية دون توقف على قبول وتلحق بالمسؤولية العقدية.

والفعل المجرد هو كل فعل يعمل به الإنسان بإرادته دون أن يقصد ترتيب آثاره الشرعية عليه وتنفرع عنه المصادر الآتية:

١. الفعل الضار وهو كل فعل يضر بالغير وتنشأ عنه المسؤولية التقصيرية.

(١) المرجع السابق، ص ٤٠.

(٢) أنظر المادة (١٢٣) من القانون المدني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢م.

٢. الفعل النافع هو فعل ينفع الغير ويرتب القانون عليه حقوقاً.

٣. الالتصاق وهو إضافة شيء إلى ملك الغير دون سبب شرعي.

والواقعة هي أمر حاصل بالفعل سواء أَرادَه الإنسان أم لم يرده ولكن القانون يترتب عليه حقوقاً للإنسان أو عليه وذلك كميلاد الإنسان وموته ونسبه، وشيوع الملك والجوار فيه وكون الإنسان موظفاً في الحكومة أو عاملاً لدى آخر وغير ذلك من العلاقات العامة أو الخاصة^(١)، والمسئولية المدنية وتعني الحق المتعلق بالذمة.

ويرى بعض الفقهاء أن للحق ركنين أساسيين^(٢) وهما: الأطراف من جهة والمحل من جهة ثانية، ويضيف البعض الآخر أركاناً ثلاثة أخرى وهي: المضمون، والسبب، والمؤيد أو الجزاء.

ونعني بالأطراف: أطراف الحق وهم الأشخاص سواء أكانوا أشخاصاً اعتباريين أو طبيعيين لأن الأشخاص هم أصحاب الحقوق وأربابها وهم الذين تقع الواجبات على عاتقهم، وأطراف الحقوق على نوعين: أطراف إيجابيون وهم أصحاب هذه الحقوق، وأطراف سلبيون وهم الأشخاص الذين تقع عليهم الالتزامات المقابلة لهذه الحقوق.

المحل: وهو الشيء المادي أو المعنوي الذي يتعلق به هذا الحق سواء مباشرة كما في الحقوق العينية، أو بصورة غير مباشرة كما في الحقوق الشخصية.

المضمون: مضمون الحق هو السلطة التي يخولها هذا الحق لأصاحبه وهذه السلطة تختلف من حق إلى آخر إلا أننا نستطيع أن نجعلها في الحقوق العينية الأصلية بأنها سلطة استعمال الشيء واستغلاله والتصرف به.

السبب: سبب الحق أو مصدره هو الواقعة القانونية التي تولد عنها هذا الحق وأدت إلى نشوئه، فسبب حق الوارث في تملك الإرث مثلاً هو وفاة المورث الذي تربطه به قرابة معينة يحددها القانون. المؤيد أو الجزاء: هو الحماية التي يسبغها القانون على الحقوق لتمكين أصحابها من التمتع بها وممارستها ومنع الغير من الاعتداء عليها^(٣).

(١) د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، شركة مطابع الطوبجي التجارية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ٣٧٤.

(٢) د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون القاعدة القانونية-نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦م، ص ٢٨٧.

(٣) د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق نفسه، ص ٢٨٨.

المبحث الثالث

استعمال الحق

من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر، أما من استعمل حقه استعمالاً يتنافى مع الشرع والعرف فإنه يكون مسؤولاً عما يترتب على استعماله غير المشروع من ضرر ويكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

١. إذا لم يقصد به سوى الأضرار بالغير.
٢. إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بالقياس إلى ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
٣. إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

المبحث الرابع

انقضاء الحق

- ينقضي الحق بالوفاء به، أو بما يعادل الوفاء مع القبول أو تجديد الدين أو المساقطة (المقاصة) به أو باتحاد الذمة فيه كما ينقضي بدون وفاء في حالة الإبراء منه أو باستحالة تنفيذه دون إخلال بالتعويض عنه ممن يلزمه ذلك ولا تسمع الدعوى بمضي المدة مع عدم وجود مانع أو عذر طبقاً لما هو منصوص، عليه في القانون" وينقضي الحق في الحالات الآتية:
- **التجديد:** يترتب على التجديد انقضاء الحق الأصلي وتوابعه وينشأ حق جديد مكانه ولا تنتقل التأمينات التي كانت للحق القديم إلا باتفاق على ذلك أو بناء على نص في القانون.
 - **المقاصة:** يترتب على المقاصة انقضاء الحقين بقدر الأقل منهما في الوقت الذي يصلحان فيه لذلكويتعين مكان الدفع بالمقاصة بنفس الطريقة التي يتعين بها مكان الوفاء، حيث يؤكد المشرع اليمني^(١).

(١) أنظر المادة (٤٣٩) من القانون المدني

ما هو الهدف الرئيسي لدراسة هذا الباب؟

- تزويد الطالب بالقواعد الإدارية القانونية.
- تعويد الطالب على التأمل والقدرة على الاستنباط في قضايا القانون الإداري.
- تنمية قدرة الطالب على التوصل للأحكام المناسبة في القضايا القانونية الإدارية ويتوقع من الطالب الاطلاع على:
- الوجيز في القانون الإداري اليمني للدكتور أحمد شرف الدين.
- الوجيز في القانون الإداري اليمني الجزء الأول والثاني للدكتور علي علي المصري.

الباب الثاني القانون الإداري

تمهيد وتقسيم:

لابد قبل البحث في موضوع القانون الإداري أن نتبين بعض المسائل التي تلقي الضوء على هذا القانون من حيث طبيعته، فنبين التعريف بالقانون الإداري ونشأته ثم نذكر خصائص ومصادر هذا القانون.

ولعل من أهم ما سنبحثه في هذا الباب أساس القانون الإداري ونطاق تطبيقه ومعيار اختصاص القضاء الإداري، ومن خلال هذا الموضوع نبين المعيار الذي نستطيع أن نقرر فيه أن نشاط الإدارة يدخل ضمن نطاق هذا القانون ويختص به القضاء الإداري أم لا، وعلى ذلك سنقسم هذا الباب إلى خمسة فصول، على النحو التالي:

الفصل الأول: ماهية القانون الإداري.

الفصل الثاني: التنظيم الإداري.

الفصل الثالث: النشاط الإداري.

الفصل الرابع: القرارات الإدارية.

الفصل الخامس: العقود الإدارية.

الفصل الأول

ماهية القانون الإداري

لبيان ماهية الشيء لابد من تعريف الشيء وتحديد مفهومه ونشأته، وخصائصه ومصدره، وسنتناول ذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: التعريف بالقانون الإداري.

المبحث الثاني: نشأة القانون الإداري وتطوره.

المبحث الثالث: خصائص ومصادر القانون الإداري.

المبحث الأول

التعريف بالقانون الإداري

درج أغلب الفقهاء على تعريف القانون الإداري بأنه ذلك الفرع من فروع القانون العام الداخلي، الذي يتضمن القواعد القانونية التي تحكم السلطات الإدارية في الدولة من حيث تكوينها ونشاطها بوصفها سلطات عامة تملك حقوقاً وامتيازات استثنائية في علاقاتها بالأفراد^(١)، بينما عرفه آخرون بأنه فرع من فروع القانون العام الذي يحكم الإدارة، أو قانون الإدارة العامة أو قانون السلطة الإدارية^(٢)، في حين عرفه البعض بأنه القانون الذي يتضمن القواعد التي تحكم إدارة الدولة من حيث تكوينها ونشاطها باعتبارها سلطة عامة^(٣).

ونجد هنا أنه من المناسب أن نبين أن القانون يقسم إلى قسمين رئيسيين: قانون عام، وقانون خاص، القانون العام: هو القانون الذي ينظم نشاط الدولة وسلطاتها العامة، ويحكم العلاقات القانونية التي تكون الدولة أو إحدى هيئاتها العامة طرفاً فيها، وتظهر فيها الدولة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات استثنائية لا مقابل لها في علاقات الأفراد. أما القانون الخاص: فينظم نشاط الأفراد ويحكم العلاقات بينهم أو بينهم وبين الدولة أو إحدى هيئاتها عندما تظهر بمظهر الأفراد العاديين أي ليس بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات استثنائية.

(١) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مبادئ القانون الإداري، جامعة طنطا، ١٩٨٥م، ص ٨.
(٢) جورج فودال، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، ط ٢٠٠١م، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ص ١٥.
(٣) د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٩٦، ص ٦٩، د. حسام مرسي، أصول القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، ٢٠١٢، ص ٩٧.

ويشتمل كل قسم من هذين القسمين على عدة فروع فيشتمل القانون العام على القانون العام الخارجي ويتضمن القانون الدولي العام، والقانون العام الداخلي ويتضمن القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي.

في حين ينقسم القانون الخاص إلى القانون المدني والقانون التجاري وقانون المرافعات المدينة وغيرها من القوانين الأخرى^(١).

وكما بينا فإن القانون الإداري هو فرع من فروع القانون العام الداخلي يحكم نشاط الإدارة العامة وهو موجود في كل دولة أياً كان مستواها وتطورها الحضاري.

وفي هذا المجال يسود مفهومان للإدارة العامة: المفهوم العضوي أو الشكلي، والمفهوم الموضوعي أو الوظيفي.

المفهوم العضوي: يهتم بالتكوين الداخلي للإدارة العامة، فيعرف الإدارة العامة بأنها السلطة الإدارية سواء المركزية منها أو اللامركزية، وجميع الهيئات التابعة لها^(٢).

بينما يهتم المفهوم الموضوعي بالجانب الوظيفي، فيعرف الإدارة العامة بأنها النشاط أو الوظيفة التي تتولاها الأجهزة الإدارية لإشباع الحاجات العامة^(٣).

وتبعاً لذلك فإن القانون الإداري بمعناه العضوي هو القانون الذي يحكم السلطة الإدارية أو الأجهزة الإدارية في الدولة، بينما يمكننا أن نعرف القانون الإداري بمعناه الموضوعي بأنه القانون الذي يحكم النشاط أو الوظيفة التي تتولاها الأجهزة الإدارية لتحقيق المصلحة العامة. وقد اختلف الفقه في ترجيح أحد المفهومين إلا أن الاتجاه الحديث يقوم على الجمع بينهما ويعرف القانون الإداري بأنه: " القانون الذي ينظم الأجهزة والهيئات الإدارية في الدولة، ويحكم النشاط أو الوظيفة التي تتولاها الأجهزة الإدارية لتحقيق المصلحة العامة"^(٤).

علاقة القانون الإداري بفروع القانون الأخرى:

من المهم أن نبين استقلال القانون الإداري عن فروع القانون الأخرى من خلال بيان علاقته بهذه القوانين وتحديد أوجه الاتفاق والاختلاف بينها ثم بيان علاقته بعلم الإدارة العامة.

(١) د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، ج ١، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ١٤.

(٢) د. سليمان الطمطاوي، مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩م، ص ٤، د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مرجع سابق، ص ١١.

(٣) د. مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص ١٤.

(٤) د. سليمان الطمطاوي، المرجع السابق، ص ٧٠.

١. **العلاقة بين القانون الإداري والقانون الدستوري:** أوضحنا أن القانون الإداري هو القانون الذي ينظم الأجهزة والهيئات الإدارية في الدولة، ويحكم النشاط أو الوظيفة التي تتولاها الأجهزة الإدارية لتحقيق المصلحة العامة.

أما القانون الدستوري: فهو القانون الأعلى والأساس في الدولة، والذي ينظم القواعد القانونية التي تتعلق بنظام الحكم في الدولة، والسلطات العامة فيها، والعلاقة بينهما، وحقوق وحرريات الأفراد، والضمانات التي تكفلها، وعلى هذا فإن القانون الإداري وثيق الصلة بالقانون الدستوري، فإذا كان القانون الإداري يحكم السلطة الإدارية المركزية وغير المركزية، فإن القانون الدستوري هو القانون الأساسي والذي يسمو على كافة القوانين الأخرى التي يجب أن تتقيد به وتحترم نصوصه، وبمعنى آخر يضع القانون الدستوري الأحكام الكلية أو العامة للسلطة التنفيذية، بينما يضع القانون الإداري القواعد التفصيلية التي تكفل تشغيل الأجهزة الإدارية وأدائها لوظيفتها، فالقانون الإداري يكون بذلك امتداداً للقانون الدستوري^(١). وهو ما أبرزه الفقيه (بار تلمي) في معرض تمييزه بين القانون الإداري والقانون الدستوري فقال: " إن القانون الدستوري يبين لنا كيف شيدت الآلة الحكومية، أما القانون الإداري فيبين كيف تسير هذه الآلة وكيف تقوم كل قطعة منها بوظيفتها^(٢)، وبسبب تداخل كل من القانونين لتعلقهما بالشؤون الداخلية للمجتمع كونهما يمثلان فرعين من فروع القانون العام الداخلي، نجد أن الفقه الإنجليزي لا يفرق بين القانون الدستوري والقانون الإداري ويدرس موضوعات القانونين معاً، ومع أن الفقه الفرنسي في معظمه يميز بينهما، فإن جانباً في الفقه ذهب إلى انتقاد محاولات التمييز بين القانون الإداري والقانون الدستوري، ودعي إلى دراستهما معاً، وتزعم هذا الاتجاه الفقيه دوجي Dugi وجيز Jeze، وبوناد Bonnaed^(٣)، ويمكن إجمال أوجه التمييز بين القانونين بالآتي: -

أ. **من حيث الموضوع:** يبحث القانون الدستوري في التنظيم السياسي للدولة من حيث تكوين سلطات الدولة الثلاث والعلاقة بينهما، في حين يبحث القانون الإداري في أعمال السلطة التنفيذية الإدارية منها دون الحكومية^(٤).

(١) د. مطهر محمد اسماعيل العزي، المبادئ الدستورية العامة والنظام الدستوري في الجمهورية اليمنية، مكتبة الصادق، صنعاء، ٢٠٠٦م، ص ١٧.

(٢) جورج فودال - بيار دلفولفييه، القانون الإداري، الجزء الأول، ترجمة منصور القاضي، ط ١، ٢٠٠١م المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ص ١٨.

(٣) د. طعيمة الجرف، القانون الإداري دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٦٣م، ص ١٨ وما بعدها.

(٤) د. أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري اليمني، مكتبة الصادق، صنعاء، ٢٠١٠م، ص ٢٦.

ب. من حيث تدرج القوانين: يحتل القانون الدستوري قمة الهرم القانوني في الدولة لأنه يقرر المبادئ الأساسية التي لا يمكن أن تتعداها القوانين الأخرى بما فيها القانون الإداري الذي يحكم بعض المسائل المتفرعة في المبادئ التي أقرها الدستور.

٢. **علاقة القانون الإداري بالقانون المالي:** القانون المالي هو مجموعة القواعد القانونية الخاصة بإدارة الأموال العامة في الدولة، وهو مكمل للقانون الإداري الذي يتعلق بتنظيم الأجهزة والهيئات الإدارية، ويوضح النظام القانوني الذي يحكم الأموال العامة والحماية القانونية المقررة لهذه الأموال، وكيفية الانتفاع بها، ومن موضوعات هذا القانون كل ما يدخل ضمن إعداد الميزانية العامة في الدولة وسياسة وأنواع الضرائب المفروضة والأشرف والرقابة عليها (١).

٣. **علاقة القانون الإداري بالقانون الجنائي:** يختلف القانون الجنائي عن القانون الإداري بسبب اختلاف موضوعهما، إذ أن القانون الجنائي يضم القواعد القانونية التي تحدد الجرائم والعقوبات المقررة لكل جريمة، وكذا قواعد التحقيق وملاحقة المجرمين ومحاكمتهم وتنفيذ العقاب عليهم، بينما القانون الإداري-كما أسلفنا- هو ذلك الفرع من القانون العام الداخلي الذي يتناول تنظيم الإدارة العامة.

ومع أوجه الاختلاف بين القانونين، فإنه توجد علاقة بينهما تبدوا في عدة جوانب أهمها انتماؤهما للقانون العام الداخلي، واستعانة الإدارة بقواعد القانون الجنائي، لحمايتها أثناء ممارسة نشاطها، كما توجد علاقة وطيدة بين قواعد القانونين، وارتباط الجزاء الجنائي بالجزاء التأديبي الذي يوقع على الموظف العام.

المبحث الثاني

نشأة القانون الإداري وتطوره

تعد فرنسا مهد القانون الإداري ومنها انتشر إلى الدول الأخرى، ويرجع الفضل في ظهور هذا القانون إلى عوامل تاريخية تأتي في مقدمتها الأفكار التي جاءت بها الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩م، التي قامت على أساس الفصل بين السلطات، ومن مقتضياته منع المحاكم القضائية القائمة في ذلك

(١) د. أحمد عبدالرحمن شرف الدين، مرجع سابق، ص ٢٥.

الوقت من الفصل في المنازعات الإدارية للحفاظ على استقلال الإدارة تجاه السلطة القضائية^(١)، وأدى هذا الاتجاه إلى وجود نظام القضاء المزدوج الذي كان مهدداً لنشوء الازدواج القانوني وظهور القانون الإداري

المطلب الأول

نشوء القانون الإداري في فرنسا

كانت سلطات الحكم قبل الثورة الفرنسية مركزة في يد الملك حيث ساد نظام الملكية المطلقة، ولم تكن الدولة تخضع للمساءلة أو الرقابة أمام القضاء بواسطة دعاوى الأفراد، وهي إن تعاملت مع الأفراد خضعت معاملاتها للقانون المدني، وفي هذه الفترة كانت توجد محاكم قضائية تدعى البرلمانات Parlements أنشئت لتكون ممثلة للملك في وظائفه القضائية، وكانت الدعاوى تستأنف أمامها ما لم سند الملك ذلك الاختصاص إلى جهة أخرى، كما وجدت محاكم مختصة ببعض المنازعات الإدارية

وقد كانت البرلمانات تمارس سيطرة رجعية على الإدارة وتتدخل في شؤونها وتعارض وتعرقل كل حركة إصلاحية مما حدى رجال الثورة الفرنسية إلى منع المحاكم القضائية القائمة في ذلك الوقت من الفصل في المنازعات الإدارية للحفاظ على استقلال الإدارة تجاه السلطة القضائية، من خلال تبنيهم لمبدأ الفصل بين السلطات^(٢).

١. **مرحلة الإدارة القاضية:** تأكيداً لاتجاه الثورة الفرنسية في الفصل بين السلطات صدر قانون ١٦-٢٤ أغسطس ١٧٩٠، الذي نص على إلغاء المحاكم القضائية (البرلمانات) وإنشاء ما يسمى بالإدارة القاضية أو الوزير القاضي كمرحلة أولى قبل إنشاء مجلس الدولة الفرنسي، ومنع القضاء العادي من النظر في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها وأصبحت الهيئات الإدارية هي صاحبة الاختصاص في الفصل بهذه المنازعات^(٣). وفي مرحلة الإدارة القاضية كان على الأفراد اللجوء إلى الإدارة نفسها للتظلم إليها وتقديم الشكوى، فكانت الإدارة هي الخصم والحكم في الوقت ذاته وكان هذا الأمر مقبولاً إلى حد ما في ذلك الوقت بسبب السمعة السيئة لقضاء البرلمانات التعسفية^(٤).

(١) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مرجع سابق، ص ٨.

(٢) المرجع السابق نفسه، ص ١١.

(٣) د. عبد الحميد الرفاعي، القضاء الإداري بين الشرعية والقانون دراسة مقارنة، دار الفكر المعاصر، بيروت، ١٩٨٩، ص ١٨٥.

(٤) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مرجع سابق، ص ١١.

٢. إنشاء مجلس الدولة الفرنسي: بنشوء مجلس الدولة في ١٢ ديسمبر ١٧٩٧ في عهد نابليون بونابرت وضعت اللجنة الأولى للقضاء الإداري الفرنسي مع أن اختصاص المجلس كان أول الأمر استشارياً يتطلب تصديق القنصل^(١). وفي الوقت ذاته تم إنشاء محاكم أو مجالس الأقاليم التي كانت تصدر أحكاماً لا تحتاج إلى تصديق سلطة إدارية عليا، إلا أن أحكامها تستأنف أمام مجلس الدولة الذي كانت أحكامه تعرض على القنصل. فقد كان عمل المجلس يقتصر على فحص المنازعات الإدارية وإعداد مشروعات الأحكام، فلم يكن يملك سلطة القضاء وإصدار الأحكام، ولذا سمي قضاؤه في هذه المرحلة " القضاء المقيد" أو المحجوز، وقد استمرت هذه المرحلة إلى عام ١٨٧٢ حيث أصبح قضاؤه مفوضاً^(٢).

٣. مرحلة القضاء المفوض: في ٢٤ مايو ١٨٧٢ صدر قانون منح مجلس الدولة الفرنسي اختصاص البت نهائياً في المنازعات الإدارية دون تعقب جهة أخرى. ومع أن هذا القانون خول المجلس سلطة البت النهائي في المنازعات الإدارية فإنه أبقى على اختصاص الإدارة القضائية فلا يملك الأفراد اللجوء إلى مجلس الدولة إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون، وفيما عدا ذلك تختص به الإدارة القضائية، مما أوجد ازدواجاً قضائياً، واستمر هذا الوضع حتى تاريخ ١٣ ديسمبر ١٨٨٩ عندما قبل مجلس الدولة دعوى قدمها أحد الأفراد مباشرة من دون المرور على الإدارة في قضية Cadot وترتب على حكمه فيها أن أصبح مجلس الدولة صاحب الاختصاص العام في المنازعات الإدارية^(٣) وبسبب تراكم العديد من القضايا أمام مجلس الدولة حدد المشرع اختصاص مجلس الدولة على سبيل الحصر بموجب المرسوم الصادر في ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣، وأصبحت المحاكم الإدارية التي كانت تسمى مجالس الأقاليم صاحبة الاختصاص العام في المنازعات الإدارية، ثم أعقب ذلك بعض المراسيم التي تضمنت الإصلاحات منها المراسيم الأربعة الصادرة في ٣٠ يوليو ١٩٦٣ المتعلقة بتحديد النظام الأساسي للعاملين في المجلس وتنظيمه الداخلي ونشاطه الداخلي، وتم تعديل هذا التنظيم بثلاثة مراسيم أخرى في ٢٦ أغسطس ١٩٧٥ م، وبمرسوم في ١٥ يناير ١٩٨٠، وآخر في ١٦ ديسمبر ١٩٨٧ لإصلاح القضاء الإداري أنشأ بموجبه المحاكم الإدارية الاستئنافية ووسع نطاق الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة^(٤).

(١) د. عبدالحميد الرفاعي، مرجع سابق، ص ١٨٥.

(٢) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مرجع سابق، ص ٨.

(٣) د. سليمان الطمطاوي، المرجع السابق، ص ٣٦.

(٤) د. عبدالحميد الرفاعي، مرجع سابق، ص ١٨٦.

وقد أصبح مجلس الدولة خلال تاريخه الطويل قاض المنازعات الإدارية دون منازع، وساهم في إرساء مبادئ القانون الإداري وقواعده المتميزة عن قواعد القانون الخاص وابتدع الحلول المناسبة لمقتضيات حسن سير الإدارة العامة، وأكد على وجود واستقلال القانون الإداري. ومن هنا تعتبر فرنسا أو دولة عرفت نظام القضاء الإداري (مجلس الدولة) ويتمتع باختصاص عام في المنازعات الإدارية، ويملك حق إنشاء مبادئ وأحكام القانون الإداري.

المطلب الثاني

نشوء القانون الإداري في مصر

قبل نشوء مجلس الدولة في مصر عام ١٩٤٦ لم تعرف مصر القضاء الإداري، وقد كانت المحاكم المختلطة والأهلية السائدة قبل هذا التاريخ في النظام القضائي المصري تطبق بعض القوانين على المنازعات بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة، ولم يكن من بينها القانون الإداري. وقد ذهب جانب من الفقه الإداري المصري إلى أن أساس القانون الإداري ومبادئه قد بدأت تظهر من خلال أحكام المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية، بينما خالف جانب آخر منهم، وذهب إلى أن مبادئ القانون الإداري لم تنتشأ حقيقة إلا من خلال أحكام مجلس الدولة بعد أن إنشأه عام ١٩٤٦^(١).

وكان مجلس الدولة وقت إنشأه يتمتع بصلاحيات محددة وبمحكمة قضاء إداري واحدة، ثم ما لبث أن توسعت اختصاصاته إذ صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الذي وسع اختصاصاته ثم أنشأت المحاكم الإدارية بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٤، وبعد ذلك في عام ١٩٥٥ تم إنشاء المحكمة الإدارية العليا لتكون في قمة القسم القضائي بمجلس الدولة. ثم صدر القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ بشأن تنظيم مجلس الدولة، وقد مر مجلس الدولة بتطورات عدة حتى صدر القانون الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وتعديلاته (٢).

ووفقاً لهذا القانون يعد مجلس الدولة هيئة قضائية ملحقة بوزير العدل، ويتكون من رئيس وعدد من نواب الرئيس والمستشارين المساعدين والنواب والمندوبين ومن مندوبين مساعدين، هذا ولم تؤثر تبعية المجلس لوزير العدل في استقلاله في ممارسة وظيفته إذ لا تتعدى هذه التبعية منح الوزير

(١) د. عبدالحميد الرفاعي، مرجع سابق، ص ١٦٥.

(٢) المرجع السابق نفسه، ص ١٦٥.

الأشراف الإداري وضمان حسن سير العمل الوظيفي، وهو ما أكدته المادة الأولى من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ " مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة".

ولم يولد المجلس قوياً منذ نشأته فقد كان القضاء الإداري صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات الإدارية وكانت اختصاصات مجلس الدولة محددة على سبيل الحصر في القوانين التي سبقت القانون الحالي.

ففي ظل القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ والمعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ كان القضاء العادي ينفرد بنظر دعاوى مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية ويختص بالاشتراك مع المجلس في نظر طلبات التعويض عن القرارات الإدارية، ويترتب على رفع دعوى التعويض أمام المحاكم العادية وإذا ما رفعت دعوى الإلغاء أو التعويض إلى مجلس الدولة عدم جواز رفع دعوى التعويض أمام المحاكم العادية فإنه يمتنع رفعها أمام مجلس الدولة.

وفي ظل القانونين ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ و ٥٥ لسنة ١٩٥٩ استمرت المحاكم العادية تنفرد بالنظر في دعوى مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية في الوقت الذي استقل به مجلس الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بالتعويض عن القرارات الإدارية والعقود الإدارية^(١)، وبصدور القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ أصبح مجلس الدولة صاحب الولاية العامة بالنظر في المنازعات الإدارية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، فقد ورد في المادة ١٧٢ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ " مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية، وفي الدعاوى لتأديبية ويحدد اختصاصاته الأخرى ".

وبذلك أصبح مجلس الدولة قاضي القانون العام المختص بالفصل في المنازعات الإدارية والتأديبية وساهم بإرساء مبادئ القانون الإداري، وكان له دور رائد في حماية حقوق الأفراد وحياتهم من عسف الإدارة وإلغاء قراراتها المعيبة والتعويض عنها^(٢).

(١) د. عبدالحميد الرفاعي، مرجع سابق، ص ١٦٦.

(٢) المرجع السابق نفسه، ص ١٦٧.

المطلب الثالث

نشوء القانون الإداري في اليمن

النظام القضائي في اليمن يقوم على أساس موحد لا يترتب عليه حتماً الاعتماد على المفهوم الواسع للقانون الإداري، أي ليس هناك تلازم بين وحدة القضاء ووحدة القاعدة القانونية رغم وجود قانون إداري، وقد تبني المشرع اليمني فكرة القانون الإداري في نصوص قانونية، وبرزت مظاهره من خلال مجموعة القوانين الإدارية التي سنها المشرع اليمني في هذا الجانب، فهناك منظومة تشريعية تنظم عمل الإدارة، وهناك أخرى تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم^(١)، على سبيل المثال وجود التشريعات الخاصة بالخدمة المدنية، وقانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية ولوائحه. وقد منح المشرع اليمني السلطات الإدارية امتيازات لم يمنحها للأفراد، ومنها السلطة التقديرية الواسعة للإدارة في اتخاذ القرارات والتصرفات التي تراها مناسبة في حالات عديدة بإدارة أحادية الجانب، وكذلك سلطات في مواجهة المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية، ونزع ملكية العقارات الخاصة التي يملكها الأفراد ولو جبر عنهم لأجل المنفعة العامة، وحق التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية بدون الرجوع للقضاء^(٢).

ومما تقدم فإن القانون الإداري في اليمن هو من صنع البرلمان الذي استمدها من النظم القانونية، بعكس القانون الإداري المصري والفرنسي الذي وجد من القضاء. والقانون اليمني يقر بالرقابة القضائية على أعمال الإدارة، كما يعترف بأهمية المنازعات الإدارية وخصوصيتها، فقد أنشئت محكمتين إداريتين ابتدائيتين تختصان بالنظر في هذه المنازعات دون سائر المنازعات الأخرى، وإن كانت المنازعات الإدارية لاتزال خاضعة في إجراءاتها لقانون المرافعات المدنية.

(١) د. أحمد عبدالرحمن شرف الدين، مرجع سابق، ص ١١.
(٢) د. أحمد عبدالرحمن شرف الدين، مرجع سابق، ص ١٢.

المبحث الثالث

خصائص ومصادر القانون الإداري

نبين في هذا الجزء من الدراسة الخصائص التي يتميز بها القانون الإداري والمصادر التي يستمد منها أحكامه وذلك في مطلبين.

المطلب الأول: خصائص القانون الإداري.

المطلب الثاني: مصادر القانون الإداري.

المطلب الأول

خصائص القانون الإداري

يتميز القانون الإداري ببعض الخصائص منها أنه قانون سريع التطور، وقانون غير مقنن، وأنه من صنع القضاء.

أولاً - قانون سريع التطور:

يتسم القانون الإداري بأنه قانون يتطور بسرعة تفوق التطور الاعتيادي في القوانين الأخرى ولعل ذلك يرجع إلى طبيعة المواضيع التي يعالجها، فقواعد القانون الخاص تتميز بالثبات والاستقرار، وقد ثمر فترة طويلة قبل أن ينالها التعديل أو التغيير، ويعود ذلك إلى أن العلاقات التي ينظمها القانون الخاص بفروعه المختلفة " قانون مدني، قانون تجاري، قانون مرافعات " تتعلق بقواعد عامة تتطلب قدراً من الاستقرار مع ترك الحرية للأفراد من تسيير الأمور الأخرى ذات الطابع المتغير في حدود القواعد العامة المنصوص عليها، على عكس القانون الإداري الذي يعالج مواضيع ذات طبيعة خاصة لتعلقها بالمصلحة العامة وحسن تسيير وإدارة المرافق العامة وجانب من أحكامه غير مستمدة من نصوص تشريعية وإنما من أحكام القضاء وخاصة القضاء الإداري الذي يتميز بأنه قضاء يبتدع الحلول للمنازعات الإدارية ولا يتقيد بأحكام القانون الخاص إنما يسعى إلى خلق ما يتلاءم مع ظروف كل منازعة على حده تماشياً مع سرعة تطور العمل الإداري ومقتضيات سير المرافق العامة^(١).

ولعل من أسباب سرعة تطور القانون الإداري أنه يتأثر بالعوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في الدولة وهي عوامل متغيرة باستمرار وغير مستقرة نسبياً، فالتوسع نشاط الدولة ونزعتها التداخلية وانتشار الحروب والازمات الاقتصادية وظهور المرافق العامة الاقتصادية، وما

(١) د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن، ج ١، ط ١٩٥٨م، ص ٧٠.

إلى ذلك من ظواهر اقتصادية وسياسية وإدارية، وضرورة استيعاب القانون الإداري لهذه المتغيرات ومواجهتها أدى بالضرورة إلى التطور المستمر في أحكامه^(١).

ثانياً - قانون من صنع القضاء:

يكاد يجمع الفقه والقضاء على أن القانون الإداري قانون قضائي نشأ عن طريق المبادئ والقواعد الإدارية التي خلقها القضاء، وقد ساعد على ذلك عدم تقنين أغلب قواعد القانون الإداري فكان لا بد للقضاء أن ينهض بهذه المهمة من خلال وضع أسسه ونظرياته.

وإذا كان التشريع ينهض في الحقيقة ببعض مواضع القانون الإداري خاصة ما يتعلق ببعض النصوص الدستورية والتشريعية واللائحية التي تحكم جوانب مهمة من علاقات الإدارة العامة مثل قانون الخدمة المدنية ولائحة العقود الإدارية، فإن التشريع لا زال قاصراً عن مجالات أخرى كثيرة من قبل قواعد القرار الإداري وقواعد المسؤولية الإدارية وشروط الطعن بالإلغاء، وما إلى ذلك من مجالات لازال القضاء يمثل المصدر الرسمي الرئيس لأحكامه.

وقد كشف مجلس الدولة الفرنسي عن النظريات والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري وأستلهم عنه القضاء الإداري في مصر العديد من أحكامه، حتى أصبح دور المشرع في كثير من الأحيان مقتصرأ على تسجيل ما توصل إليه القضاء الإداري من أحكام^(٢).

ودور القضاء الإداري في هذا المجال كان متميزاً عن دور القضاء العادي، الذي ينحصر بتطبيق القانون على المنازعة دون أن يتعداه لخلق الحلول المناسبة التي تتفق مع طبيعة منازعات القانون الإداري، الأمر الذي أضفى على قواعد القانون الإداري الطابع العملي الذي يتماشى مع ظروف واحتياجات المرافق العامة ومقتضيات سيرها الحسن وتطورها المستمر.

ومع ذلك يتقيد القضاء في أداء مهامه وابتداعه لمبادئ وقواعد القانون الإداري بعدم مخالفة النصوص التشريعية القائمة على أساس أن القضاء إنما يعبر عن إرادة مفترضة للمشرع، أما إذا أفصح عن إرادته تلك بنصوص تشريعية فإنه يلتزم بتطبيق تلك النصوص في أحكامه^(٣).

ثالثاً - قانون غير مقنن:

يقصد بالتقنين أن يصدر المشرع مجموعة تشريعية تضم المبادئ والقواعد العامة والتفصيلية المتعلقة بفرع من فروع القانون كما هو الحال في مدونة القانون المدني أو مدونة قانون العقوبات، ولا يخفى ما لتدوين القواعد العامة والتفصيلية لقانون ما من أهمية من حيث إضافته الثبات والاستقرار على نصوص التشريع وسهولة الرجوع إلى أحكامه.

(١) د. سليمان الطمطاوي، المرجع السابق، ص ٩٠.

(٢) المرجع السابق نفسه، ص ٩١.

(٣) د. سليمان الطمطاوي، المرجع السابق، ص ٩١.

ويرجع عدم تقنيته إلى سرعة تطوره وتفرع وسعة مجالاته مما يجعل من الصعوبة جمع أحكامه في مدونه واحدة خاصة وان أحكامه في الغالب ذات طبيعة قضائية، ولا يخفى ما في أحكام القضاء الإداري من مرونة تتأثر بالواقع الاقتصادي والاجتماعي والسياسي السائد في المجتمع^(١). وإذا كان عدم التقنين يعني عدم جمع أحكام القانون الإداري في مجموعة أو مدونة واحدة فإن ذلك لا ينفي وجود تقنيات جزئية لبعض موضوعات القانون الإداري، من ذلك وجود تشريعات خاصة بالموظفين وتشريعات خاصة بنزع الملكية للمنفعة العامة وقوانين خاصة بالتنظيم الإداري أو القضاء الإداري إلى غير ذلك من مواضع يتعذر جمعها في تقنين شامل.

المطلب الثاني

مصادر القانون الإداري

لا تختلف مصادر القانون الإداري على مصادر القانون بصورة عامة، وهي عادة أربعة مصادر "التشريع - العرف - القضاء - الفقه".

وإذا كان التشريع والعرف يعدان المصدران الرسميان للقوانين الأخرى، بينما يمثل القضاء والفقه المصدران التفسيريان للقواعد القانونية، فإن القانون الإداري يمنح القضاء دوراً هاماً، بل يعده أهم مصادر القانون الإداري على الإطلاق، ويكون مع التشريع والعرف مصدراً رسمياً للقانون الإداري، بينما يبقى الفقه مصدراً تفسيرياً له^(٢)، وتتمثل مصادر القانون الإداري اليمني في الشريعة الإسلامية، ثم التشريع، يليه العرف الإداري والقضاء، ومبادئ العدالة، وفيما يلي نستعرض هذه المصادر بشيء من التفصيل:

أولاً - الشريعة الإسلامية:

تعتبر الشريعة الإسلامية مصدر التشريع في اليمن، يتوجب أن تكون قواعد التشريع غير متعارضة مع أحكام الشريعة الإسلامية، وقد نصت المادة الثالثة من الدستور اليمني على أن "الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"، ومن خلال هذا النص يتضح أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع اليمني أيّاً كان.

ثانياً - التشريع: ويقصد بالتشريع كمصدر للقانون الإداري مجموعة القواعد القانونية المكتوبة الصادرة من السلطة المختصة في الدولة، وقد تكون هذه السلطة سلطة تأسيسه فيكون التشريع

(١) د. خالد عمر عبدالله باجنيد، القانون الإداري اليمني، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، ط٤، ٢٠٠٤م، ص ١٩.
(٢) د. طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص ٤١.

دستورياً، أما إذا كانت السلطة تشريعية فيكون التشريع عادياً ويطلق عليه اصطلاح القانون، وأخيراً إذا كانت هذه السلطة تنفيذية فإننا نكون أمام ما يمكن تسميته بالتشريعات الفرعية أو اللوائح، ويتميز التشريع عن غير من المصادر الأخرى بوضوحه وتحديده وسهولة تعديله.

١. **التشريع الدستوري:** تعد التشريعات الدستورية المصدر الأساسي والرسمي للقانون الإداري، وتقع التشريعات الدستورية في قمة الهرم القانوني، وتسمو على القواعد القانونية الأخرى جميعاً، فهي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها وعلاقتها بالمواطنين، وتتضمن التشريعات الدستورية بعض الموضوعات المتعلقة بالقانون الإداري، كتنظيم الجهاز الإداري في الدولة ونشاطه وحقوق الأفراد وحررياتهم، ويتوجب على الإدارة بوصفها جهاز السلطة التنفيذية أن تلتزم بالمبادئ التي جاء بها الدستور ولا يحق لها مخالفتها وإلا عدت أعمالها مخالفة لمبدأ المشروعية مما يعرضها للإلغاء والتعويض عما تسببه من أضرار، سبق وأن تناولنا هذا المصدر عند تناولنا مصادر القانون^(١).

٢. **التشريع العادي:** يأتي التشريع العادي أو القانون بالمرتبة الثانية بعد الدستور من حيث التدرج التشريعي باعتباره صادراً من الهيئة التشريعية المعبرة عن الإرادة العامة وهي صاحبة الاختصاص في ذلك، والإدارة بوصفها السلطة التنفيذية تخضع لأحكام القوانين فإذا خالفت حكم القانون أو صدر عمل إداري استناداً إلى قانون غير دستوري وجب إلغاء ذلك العمل^(٢).

٣. **التشريع الفرعي أو اللوائح:** سبق وأن تناولنا هذا المصدر عند تناولنا مصادر القانون^(٣).

أ. **اللوائح التنفيذية:** تصدر الوزارات بصفقتها الهيئة التنفيذية في الدولة اللوائح التنفيذية المتعلقة بتنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية لتوضيح ما يكتنفها من غموض وتسهيل تطبيقها.

ب. **اللوائح التنظيمية:** تمارس الإدارة أيضاً اختصاص إصدار اللوائح التنظيمية التي تتعدى تنفيذ القوانين إلى تنظيم بعض الأمور التي يتطرق إليها القانون فتقرب وظيفتها من التشريع، ومن ذلك قيامها بما يتعلق بتنظيم الجهات الإدارية ونظام العمل بها وشؤونها الإدارية والمالية، وهو من صميم عملا الوزارة بصفقتها المختصة بتنظيم الجهاز الإداري في الدولة.

(١) للمزيد أنظر ص ٢١

(٢) للمزيد أنظر، ص ٢٢.

(٣) أنظر ص ٢٢.

ج. اللوائح الضبطية أو البوليسية: تختص الهيئة التنفيذية بإصدار لوائح الضبط الإداري المتعلقة بالمحافظة على الأمن العام والصحة العامة والسكنية العامة من ذلك اللوائح الخاصة بمكافحة الضوضاء أو غلق المحال المضرة بالصحة العامة.

د. اللوائح التفويضية: تصدر الهيئة التنفيذية هذا النوع من اللوائح بتفويض من الهيئة التشريعية التي يمثلها البرلمان في موضوعات تدخل أصلاً ضمن اختصاصه، ومن ذلك اختصاصها بإصدار اللوائح الخاصة بإنشاء وتنظيم المؤسسات والهيئات والمصالح والشركات العامة لممارسة الاختصاصات ذات الطبيعة الاستراتيجية وتحديد أهدافها واختصاصاتها.

هـ. لوائح الضرورة: تصادف الهيئة التنفيذية في بعض الأوقات ظروفًا استثنائية تجبرها على إصدار لوائح إدارية تضمن حماية النظام العام وحسن سير المرافق العامة لتعذر صدورها من الهيئة التشريعية المختصة فعلاً بإصدارها، لغيبتها أو لحصولها في غير فترة انعقادها على أن تعرض على الهيئة التشريعية خلال مدة معينة لكي تقرها.

ثالثاً - العرف: سبق وأن تناولنا هذا المصدر عند تناولنا مصادر القانون (١)، ومع ذلك فإن دور العرف كمصدر رسمي للقانون الإداري أقل أهمية من المصادر الرسمية الأخرى لصعوبة الاستدلال على القاعدة العرفية من جهة، ولأن الإدارة في الغالب تلجأ إلى اللوائح كوسيلة لتنظيم نشاطها الإداري من جهة أخرى (٢).

رابعاً - القضاء: الأصل في وظيفة القاضي تطبيق القوانين والفصل في المنازعات المعروضة أمامه، وهو ملزم قانوناً بالفصل في المنازعة الداخلة في اختصاصه وإلا اعتبر منكراً للعدالة، لذلك رسم المشرع للقاضي الأسلوب الذي يسلكه لفض المنازعة إذا لم يجد في القواعد القانونية حلاً للمنازعة.

وعلى ذلك لا يعد القضاء مصدراً رسمياً للقانون لدوره المتعلق بتطبيق النصوص التشريعية وتفسيرها وإزالة غموضها وإزالة التعارض المحتمل بينها، ولا يتعدى القاضي هذا الأمر ليصل إلى حد خلق قواعد قانونية خارج نصوص التشريع، إلا أن الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري من حيث عدم تقنينه وظروف نشأته وتعدد مجالات نشاطه، أدى إلى أن يتجاوز القضاء الإداري دور القضاء العادي ليتمشى مع متطلبات الحياة الإدارية فيعمد إلى خلق مبادئ وأحكام

(١) للمزيد أنظر ص ٢٦.

(٢) د. ماجد راغب الحلوي، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، ١٩٨٧، ص ٦٢.

القانون الإداري، فيصبح القضاء مصدر رسمي للقانون الإداري بل من أهم مصادرها الرسمية، ويتعدى دوره التشريع في كثير من الأحيان.

وتتميز أحكام القضاء الإداري بعدم خضوعها للقانون المدني، فالقاضي الإداري إذا لم يجد في المبادئ القانونية القائمة نصاً ينطبق على النزاع المعروض عليه يتولى بنفسه إنشاء القواعد اللازمة لذلك دون أن يكون مقيداً بقواعد القانون المدني.

ومن جانب آخر أن أحكام القضاء العادي ذات حجية نسبية تقتصر على أطراف النزاع وموضوعه ولهذا تحدد قيمتها بوصفها مصدراً تفسيرياً على النقيض من أحكام القضاء الإداري التي تتميز بكونها حجة على الكافة.

وفي ذلك يتبين أن للقضاء دوراً إنشائياً كبيراً في مجال القانون الإداري ومن ثم فهو يشكل مصدراً رئيسياً من مصادر المشروعية.

خامساً - المبادئ العامة للقانون:

تعد المبادئ العامة للقانون مصدراً مهماً من مصادر القانون الإداري ويقصد بالمبادئ العامة للقانون تلك المبادئ التي لا تستند إلى نص مكتوب، وإنما يكون مصدرها القضاء وهي تختلف عن المبادئ القانونية التي يكون مصدرها التشريع، وقد لجأ القضاء الإداري إلى المبادئ العامة للقانون للفصل في العديد من المنازعات الإدارية لعدم تقنين قواعد القانون الإداري.

وتستمد أغلب هذه المبادئ من الطبيعة المتميزة للحياة الإدارية، كمبدأ دوام واستمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد، والمساواة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة، ونظرية الظروف الاستثنائية، أو تستمد في فكرة العدل والمنطق والتي بمقتضاها مارس القضاء الإداري رقابته على الوجود المادي للوقائع وصحة التكييف القانوني لها وضرورة التناسب بين جسامة الذنب الإداري والعقوبة المقررة لها، ومن الواجب على الإدارة والقضاء احترامها والتقيد بها باعتبارها قواعد ملزمة شأنها في ذلك شأن القواعد المكتوبة.

الفصل الثاني

التنظيم الإداري

يقصد بالتنظيم الإداري في بلد معين وزمن معين طبيعة الأسلوب الذي تسير عليه الحكومة في تأدية وظيفتها الإدارية^(١)، وتأخذ كل دولة بالأسلوب الذي يتفق مع ظروفها السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فقد تأخذ بنظام المركزية الإدارية، أو اللامركزية الإدارية، ولذا نستعرض في هذا الفصل موضوع الأشخاص الاعتبارية، وأصول التنظيم الإداري الذي نبين فيه الوسائل التي تؤدي من خلالها الإدارة وظيفتها التنفيذية، وعلى النحو التالي:

المبحث الأول: الأشخاص المعنوية (الاعتبارية) العامة.

المبحث الأول

الأشخاص المعنوية (الاعتبارية) العامة

من المعلوم أن الإنسان منذ ولادته يتمتع بالشخصية القانونية التي تمكنه من اكتساب الحقوق^(٢)، وتحمله بالالتزامات لأداء دوره في المجتمع وأداء رسالته، والأصل أن الشخصية القانونية تنسب للإنسان فقط إلا أن عجز الإنسان عن النهوض بكافة متطلبات المجتمع لانتهاه شخصيته بالوفاة وحاجة المجتمع إلى دوام استمرار المرافق العامة، كان لابد من منح الأهلية القانونية لأشخاص أخرى، فظهرت نظرية الشخصية المعنوية (الاعتبارية)، وبمقتضاها منح القانون الشخصية القانونية إلى جانب الإنسان الذي بات يطلق عليه الشخص الطبيعي إلى نوعين من التجمعات: مجموعة من الأفراد أو مجموعة من الأموال تهدف لتحقيق هدف معين ويكون كياناً ذاتياً مستقلاً عن الأفراد المكونين لها يسمح بتحقيق هدفها، وأطلق عليها اصطلاحاً: الشخصية المعنوية الاعتبارية^(٣).

وعلى ذلك يمكن تعريف الشخص المعنوي بأنه مجموعة من الأموال أو الأشخاص تستهدف تحقيق هدف معين اعترف لها القانون بالشخصية القانونية^(٤).

(١) أنظر المادة (٣٨) من القانون المدني اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢م على أنه: "تبدأ شخصية الإنسان وقت ولادته حياً وتنتهي بموته..".

(٢) د. رمضان محمد بطيخ، أصول التنظيم الإداري في النظم الوضعية والإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٥.

(٣) المرجع السابق نفسه، ص ١١.

(٤) د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ١٣٨.

المطلب الأول

أنواع الأشخاص المعنوية (الاعتبارية)

يوجد نوعين رئيسيين من الأشخاص المعنوية هي: الأشخاص المعنوية العامة، والأشخاص المعنوية الخاصة، مع ما تتمتع به الأشخاص المعنوية الخاصة من أهمية في نطاق القانون الخاص فتظهر بشكل الشركات والمؤسسات والجمعيات التي تنشأ بمبادرات الأفراد لتحقيق الربح أحياناً وتحقيق النفع العام أو المصلحة العامة في أحيان أخرى. والشخصية المعنوية العامة تحتل أهمية أكبر بكثير في نطاق القانون العام الذي لا يعرف غير هذا النوع من الأشخاص المعنوية رغم أن نظرية الشخصية المعنوية نشأت في ظل القانون الخاص. وقد درج الفقه والقضاء على تقسيم الأشخاص المعنوية (الاعتبارية) العامة إلى ثلاثة أنواع: أولاً - الأشخاص الاعتبارية الإقليمية:

وهي الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية التي يتعلق اختصاصها في نطاق جغرافي معين من الدولة وهي تشمل الدولة والوحدات المحلية الأخرى كالمحافظات والمديريات، وكذا تشمل الهيئات والمؤسسات العامة وما يحدده القانون، وقد حدد المشرع اليمني في المادة (٨٩) من القانون المدني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م أن الأشخاص الاعتباريون هم (١):

- الدولة والمحافظات والمدن والمديريات بالشروط التي يحددها القانون والوزارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية.
- الهيئات التي تعترف لها الدولة بالشخصية الاعتبارية.

١. **الدولة:** وهي أهم الأشخاص المعنوية (الاعتبارية) على الإطلاق، ولهذا فقد ورد النص عليها في القانون المدني على أن الدولة هي أول الأشخاص الاعتبارية.

والدولة هي الشخص المعنوي العام الذي تتفرع عنه الأشخاص المعنوية الأخرى وهي التي تمنح الشخصية المعنوية الخاصة للأفراد والهيئات الخاصة وتمارس الرقابة عليها. والدولة باعتبارها شخص معنوي عام تشمل سلطات الدولة الثلاث: السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية، باعتبارها شخص معنوي واحد، إلا أن هذه الوحدة في شخصية الدولة لم تكن أمراً مسلماً به فقد اختلف الفقه في شأنها.

فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الاعتراف بالشخصية المعنوية العامة للدولة يقتصر على مجال معين من نشاط الدولة وهو الحقوق المادية والتصرفات التي تندرج في القانون الخاص، أما بالنسبة

(١) أنظر المادة (٩) من القانون.

لتصرفات الدولة التي تحمل طابع السلطة وامتيازاتها فما هي إلا اختصاصات يمارسها ممثلو الدولة في الحدود التي رسمها القانون تحقيقاً للمصلحة العامة^(١).

ولعل الدافع وراء تبني هذا الرأي الخشية من تعسف الدولة وجورها على الحريات العامة إذا ما اعتبرت تصرفات الدولة حقاً من حقوقها، بينما ذهب رأي آخر إلى ثنائية شخصية الدولة، فتكون شخصاً معنوياً خاصاً إذا ما تصرفت في مجال الحقوق المالية أو الحقوق الخاصة المشابهة لتصرفات الأفراد وينطبق عليها القانون الخاص وتعتبر شخصاً معنوياً عاماً إذا قامت بعمل يدخل ضمن نطاق السلطة العامة وهنا تخضع تصرفاتها لأحكام القانون العام^(٢)، إلا أن هذه الآراء لم تلبث أن انتهت، وأصبح الرأي السائد فقهاً وقضاً أن شخصية الدولة وحدة لا تتجزأ وهي تشمل جميع تصرفات الدولة وأعمالها الخاصة منها والتي تتسم بطابع السلطة العامة، وهو رأي يتماشى مع المنطق القانوني السليم.

٢. **الوحدات المحلية المحافظات:** وترتبط فكرة الأشخاص المعنوية العامة المحلية بالديمقراطية التي تسمح لكل إقليم من أقاليم الدولة أن يدير شؤونه المحلية من خلال ممثليه من سكان الإقليم في المحافظات والمديريات، وهذه الأشخاص يتولى القانون الإداري تنظيمها وطريقة تكوينها وتشكيل مجالسها المحلية ونطاق اختصاصاتها والرقابة التي تمارسها عليها الإدارة المركزية في ظل ما يسمى بنظام الوصاية الإدارية^(٣)، وقد أورد المشرع اليمني الأحكام المتعلقة بالسلطة المحلية فقد نص على تقسيم أراضي الجمهورية اليمنية إلى وحدات إدارية تتمتع بالشخصية الاعتبارية، وأن يكون لها مجالسها المحلية المنتخبة على مستوى المحافظات والمديريات^(٤).

(١) د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٦٠

(٢) المرجع السابق نفسه، ص ٦٠.

(٣) د. علي علي المصري، الوجيز في القانون الإداري اليمني ج ١ تنظيم الإدارة ووظائفها، دار الفكر المعاصر، صنعاء، ٢٠٠٧م، ص ٥٥.

(٤) للمزيد أنظر المادة (٥) من قانون السلطة المحلية رقم (٤) لسنة ٢٠٠٠ م المعدل بالقانون رقم (٧١) لسنة ٢٠٠٠م حيث تنص على أنه: "أنتقسم أراضي الجمهورية إلى وحدات إدارية وفقاً للتقسيم الإداري للجمهورية ويبين القانون الصادر بشأنها عددها وتقسيمها وحدودها. ب- تتمتع الوحدات الإدارية بالشخصية الاعتبارية"، ويقوم نظام السلطة المحلية طبقاً لأحكام الدستور وهذا القانون على مبدأ اللامركزية الإدارية والمالية وعلى أساس توسيع المشاركة الشعبية في اتخاذ القرار وإدارة الشأن المحلي في مجالات التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من خلال المجالس المحلية المنتخبة وسلطات هذه المجالس في اقتراح البرامج والخطط والموازنات الاستثمارية للوحدات الإدارية وممارسة دورها في عملية تنفيذ الخطط والبرامج التنموية طبقاً لأحكام هذا القانون. وكذا الرقابة الشعبية والإشراف على الأجهزة التنفيذية للسلطة المحلية ومسئولتها ومحاسبتها (م من ذات القانون)، وأما المواد (١٤٥، ١٤٦) من دستور الجمهورية اليمنية، حيث تنص المادة (١٤٥) على أنه: تُعتبر كل من الوحدات الإدارية والمجالس المحلية جزءاً لا يتجزأ من سلطة الدولة، ويكون المحافظون محاسبين ومسؤولين أمام رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء وقراراتهما ملزمة لهم ويجب عليهم تنفيذها في كل الحالات، ويحدد القانون طريقة الرقابة على أعمال

وقد عرف المشرع اليمني الوحدة الإدارية بأنها "أمانة العاصمة، المحافظة، المديرية وتعتبر في حكم المديرية المدن المتخذة عواصم للمحافظات".

ثانياً: الأشخاص الاعتبارية العامة المرفقية:

ويطلق عليها أيضاً اللامركزية المصلحية أو المرفقية، كونها تنشأ لتحقيق مصالح عامة للأفراد تحت رقابة الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها، وتسمى هذه الأشخاص بالهيئات العامة أو المؤسسات أو الشركات العامة، وقد أورد المشرع اليمني هذا النوع في الفقرة (٣، ٤، ٥، ٦) من المادة (٨٩) من القانون المدني حيث نصت على أنه:

٣. الأوقاف.

٤. الشركات التجارية والمدنية.

٥. الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً لأحكام الجمعيات والمؤسسات المبينة في هذا القانون.

٦. كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال التي تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى

القانون^(١)، وقد لجأ المشرع إلى إنشاء هذه الأشخاص لتباشر إدارة المرافق العامة التي

تتطلب نوعاً من الاستقلال الفني عن الحكومة المركزية ضمان فاعلية وكفاءة الإدارة،

وتختلف هذه الأشخاص عن الأشخاص الاعتبارية الإقليمية في أنها مقيدة بالهدف الذي

أنشئت من أجله، في حين تكون الأخيرة مقيدة بالحدود الجغرافية للإقليم الذي تمثله^(٢).

وحيث إن الأشخاص الاعتبارية المرفقية تهدف إلى تحقيق أغراض متنوعة منها ما هو إداري أو

اجتماعي أو اقتصادي، فإن هذا الاختلاف يقود إلى اختلاف أنظمتها القانونية حسب النشاط الذي

تتولاه، أما الأشخاص الإقليمية فالقاعدة العامة أنها تتمتع بذات التنظيم القانوني.

كذلك تختلف الأشخاص الاعتبارية المرفقية عن الأشخاص الاعتبارية الإقليمية في أن الأخيرة

تقوم على فكرة الديمقراطية التي تؤكد حق سكان الوحدات المحلية بإدارة شؤونهم المحلية بأنفسهم،

بينما تقوم فكرة الشخصية الاعتبارية المرفقية على ضرورة ضمان الكفاءة الإدارية وحسن إدارة

المرافق العامة ذات الطابع الفني ولا علاقة للديمقراطية في ذلك، كما هو الحال في الجامعات

والهيئة العامة للمياه والهيئة العامة للإذاعة.

المجالس المحلية"، والمادة (١٤٦): تقوم الدولة بتشجيع ورعاية هيئات التطوير التعاوني على مستوى

الوحدات الإدارية باعتبارها من أهم وسائل التنمية المحلية.

(١) أنظر المادة (٣، ٤، ٥، ٦ / ٨٩) من القانون المدني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م.

(٢) د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص ٣٥.

ثالثاً: الأشخاص الاعتبارية المهنية:

اعترف القضاء في فرنسا ومصر بوجود أشخاص اعتبارية عامة أخرى^(١)، بسبب التطور المستمر في مناحي الحياة الاجتماعية والاقتصادية في مختلف الدول وتأثير هذا التطور على القانون الإداري وأحكامه فظهرت فكرة جديدة لأشخاص معنوية أخرى تتمثل في المنظمات والاتحادات ذات الطابع المهني، تتولى إدارة مرافق عامة ينشئها المشرع لتحقيق مصالح عامة، ومن ذلك الاتحاد العام لطلبة الجماهيرية واتحاد الأدباء والكتاب والمؤتمر المهني للمعلمين. وتتمتع هذه الأشخاص بالاستقلال ولها إصدار اللوائح الخاصة بتأديب أعضائها وممارسة المهنة التي تشرف عليها، أما في اليمن يوجد قصور بالنسبة لوضع النقابات المهنية، فيما عدا نقابات المحامين والأطباء فإن وضعها غير محدد قانوناً وذلك لأن ممارسة المهنة غير محكومة تنظيمياً عبر النقابات المهنية تحقيقاً للمصالح العام.

المطلب الثاني

خصائص الشخصية الاعتبارية العامة

إذا اعترف بالشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعي، وذلك في الحدود التي قررها القانون، وقد نصت المادة (٩٠) من القانون المدني اليمني والتي تنص على أن: " الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها متصلاً بصفة الإنسان الطبيعية فيكون له:

١. ذمة مالية مستقلة.
٢. أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقرها القانون.
٣. حق التقاضي.
٤. موطن مستقل طبقاً لما هو مبين في قانون المرافعات.
٥. نائب يعبر عن أرائته ويمثله في التقاضي وغيره"^(٢)

(١) جورج فودال - بيار دلفولفيه، مرجع سابق، ص ٤٨٩.
(٢) أنظر المادة (٩٠) من القانون المدني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م.

ومن خلال النص فإنه يكون للشخص الاعتباري:

١. ذمة مالية مستقلة: يتمتع الشخص المعنوي العام، بذمة مالية مستقلة عن ميزانية الدولة ولها الحق في الاحتفاظ بالفائض من إيراداتها، كما أنها تتحمل نفقاتها، والذمة المالية للشخص المعنوي مستقلة عن الذمة المالية للأشخاص المكونين له.
٢. الأهلية القانونية: يتمتع الشخص الاعتباري العام بأهلية قانونية في الحدود التي رسمها القانون تمكنه من اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، غير أن هذه الأهلية أضيق نطاقاً من أهلية الشخص الطبيعي فهي مقيدة بممارسة التصرفات القانونية التي تدخل في ميدان نشاطه وتخصصه، ومفيدة كذلك بحدود الهدف الذي يسعى الشخص الاعتباري العام لتحقيقه، وهذه الشخصية القانونية مستقلة عن شخصية الأعضاء المكونين بالشخص الاعتباري العام وبيانها عنه من يمثلونه من أشخاص طبيعيين.
٣. حق التقاضي: للشخص الاعتباري العام أهلية التقاضي، فله مقاضاة الغير، كما يكون من حق الغير أن يقاضيه، كما يجوز أن تقاضي الأشخاص الاعتبارية بعضها ببعض، وبيانها هذا الحق عن الشخص المعنوي العام أشخاص طبيعيين يمثلونه أو ينوبون عنه ويعبرون عن إرادته في التقاضي.
٤. موطن مستقل: للشخص الاعتباري موطن خاص به يختلف عن موطن الأشخاص المكونين له، وهو عادة المقر أو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، فقد بينت المادة ٤/٩٠ من القانون المدني أن " موطن مستقل طبقاً لما هو مبين في قانون المرافعات"، وللموطن أهمية خاصة بالنسبة للشخص الاعتباري فيجب إعلان الأوراق الرسمية والقضائية إليه ويتم تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعاوي التي ترفع ضده.
٥. تمارس جانباً من سلطة الدولة باعتبارها من أشخاص القانون العام فتتمتع بامتيازات السلطة التي يقرها القانون للجهات الإدارية فتعتبر قراراتها إدارية، ويجوز تنفيذها جبراً دون الالتجاء إلى القضاء، كذلك تملك حق نزع الملكية للمنفعة العامة أو الاستيلاء المباشر كما يجوز لها إبرام العقود الإدارية، وحيث توجد هذه السلطة توجد مسؤولية الشخص الاعتباري عن أفعاله الضارة التي قد يتسبب بها موظفيه.
٦. المال الذي تملكه الأشخاص الاعتبارية العامة يعتبر مالاً عاماً إذا كان مخصصاً للمنفعة العامة، وبذلك فهو يحظى بالحماية المقررة للمال العام، ومع ذلك يمكن أن تملك الأشخاص الاعتبارية العامة أموالاً أخرى خاصة تعد جزءاً من الدين الخاص ولا تعتبر أموالاً عامة وتخضع لأحكام القانون الخاص.

٧. موظفو الأشخاص الاعتبارية العامة يعدون موظفين عامين ويرتبطون بعلاقة تنظيمية مع الشخص الاعتباري إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، ولا يمنع ذلك من أن يكون لبعض الأشخاص المعنوية نظام خاص لموظفيها ولوائح خاصة بتأديبهم.

٨. لا يترتب على منح الشخصية الاعتبارية العامة الاستقلال التام عن الدولة إذ تخضع هذه الأشخاص لنظام "الوصاية الإدارية" التي تمارسها السلطة المركزية في الدولة لضمان احترام هذه الأشخاص للقانون والسياسة العامة للدولة وعدم تجاوز الغرض الذي من أجله أنشئت هذه المرافق.

٩. يعتبر الأشخاص الاعتبارية العامة من أشخاص القانون العام، فالقضاء الإداري يكون هو المختص في نظر المنازعات الناشئة عن ممارسة نشاطه، ويخضع كذلك للقيود التي يفرضها القانون الإداري من ضرورة إتباع إجراءات خاصة في التعاقد أو الطعون في القرارات الصادرة منه وغير ذلك من أمور تفرضها الطبيعة الخاصة بنظام القانون العام.

نهاية الشخص المعنوي العام:

الدولة باعتبارها أهم الأشخاص الاعتبارية العامة تنقضي شخصيتها بزوال أو فقد ركن من أركانها التي تقوم عليها كما لو تفتت إلى عدة دول، أو اندمجت بدولة أخرى، أو فقدانها لإقليمها أو انعدام السلطة السياسية بسبب الفوضى.

أما الأشخاص الاعتبارية الإقليمية فتنتهي بذات الأداة التي نشأت بها، كما لو صدر قانون يعيد تقسيم الوحدات المحلية فيلغي بعض الأشخاص الاعتبارية الإقليمية ويستحدث غيرها أو يدمجها في بعضها.

أما إذا صدر قانون بحل مجلس إدارة الشخص الاعتباري فيظل الشخص الاعتباري قائماً حتى يتم اختيار الشخص الجديد.

وتنقضي الشخصية الاعتبارية المرفقية والمهنية بإلغائها، أو حلها بذات طريقة إنشائها أو باندماجها بشخص اعتباري مرفقي آخر.

وعند نهاية الشخص الاعتباري العام أياً كانت صورته تنتقل أمواله إلى الجهة التي حددها القانون أو القرار الصادر بإلغائه أو حله، وإلا فإن هذه الأموال تنتقل إلى الجهة التي يتبعها هذا الشخص.

المبحث الثاني

أصول التنظيم الإداري

تنتهج الدول المختلفة أسلوبين في تنظيمها الإداري هما: المركزية الإدارية، واللامركزية الإدارية، يتجه الأسلوب الأول والأقدم في الظهور نحو حصر الوظيفة الإدارية في أيدي السلطة التنفيذية وحدها في العاصمة دون وجود سلطات إدارية أخرى مستقلة عنها، بينما يتجه أسلوب اللامركزية الإدارية نحو توزيع الوظيفة الإدارية ومشاركة هيئات وسلطات لامركزية، وسنتناول ذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: المركزية الإدارية.

المطلب الثاني: اللامركزية الإدارية.

المطلب الأول

المركزية الإدارية

الفرع الأول

تعريف المركزية الإدارية

هي أول النظم التي اتبعتها الدول في الحكم والإدارة، وتقوم المركزية على أساس التوحيد وعدم التجزئة، وفي المجال الإداري يقصد بها توحيد النشاط الإداري وتجميعه في يد السلطة التنفيذية في العاصمة (١)، وتقوم السلطة التنفيذية في هذا النظام بالسيطرة على جميع الوظائف الإدارية من توجيه وتخطيط ورقابة وتنسيق، وفي النظام المركزي تلتزم السلطة الدنيا بالقرارات التي تصدر عن السلطة العليا ويساعد على هذه الخاصة الترتيب الذي يسود السلطة التنفيذية وتقسيم الموظفين رؤساء ومرووسين إلى درجات يعلو بعضها بعضاً في سلم إداري منتظم، يخضع كل مرووس فيه لرئيسه خضوعاً تاماً وينفذ أوامره ويعمل تحت إشرافه وتوجيهاته.

ولا تعني المركزية أن تقوم السلطة التنفيذية في العاصمة بجميع الأعمال في أنحاء الدولة، بل تقتضي وجود فروع لهذه السلطة غير أن هذه الفروع لا تتمتع بأي قدر من الاستقلال في مباشرة وظيفتها وتكون تابعة للسلطة المركزية في العاصمة ومرتبطة بها (٢).

(١) د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٩٣.

(٢) د. طعيمه الجرف، مرجع سابق، ص ٧٥.

الفرع الثاني

أركان المركزية الإدارية

من خلال التعريف فإن المركزية الإدارية تقوم على ثلاثة عناصر هي: تركيز الوظيفة الإدارية في يد الحكومة والتدرج الهرمي والسلطة الرئاسية.

أولاً - تركيز الوظيفة الإدارية في يد الحكومة المركزية: تتركز في هذا النظام سلطة مباشرة الوظيفة الإدارية في يد السلطة التنفيذية بالعاصمة، وتعاونها في ذلك الهيئات التابعة لها في الأقاليم الأخرى تحت إشراف ورقابة السلطة المركزية، ولا توجد في هذا النظام أشخاص معنوية عامة محلية أو مرفقية مستقلة عن السلطة المركزية.

ومن ثم لا توجد مجالس محلية منتخبة أو هيئات عامة يمكن أن تدير المرافق العامة، وتتركز سلطة اتخاذ القرارات وأداء المرافق العامة في يد الوزراء وممثلهم التابعين لهم والمعنيين منهم تحت رقابتهم وإشرافهم.

ثانياً - التدرج الهرمي: يقوم النظام المركزي على أساس التدرج الهرمي في الجهاز الإداري ومقتضاه أن يخضع موظفي الحكومة المركزية بشكل متدرج ومتصاعد، تكون الدرجات الدنيا تابعة للأعلى منها تحت قمة الجهاز الإداري وهو الوزير.

وللسلطات العليا حق إصدار الأوامر والتعليمات للجهات الدنيا ويخضع كل مرؤوس خضوعاً تاماً، وينتج مجال الطاعة في داخل النظام المركزي إلى درجة كبيرة فالرئيس يباشر رقابة سابقة ولاحقة على أعمال المرؤوس كما أن للرئيس صلاحية تعديل القرارات الصادرة من مرؤوسيه وإلغائها بالشكل الذي يراه مناسباً.

وهذه الدرجات تكون ما يسمى بنظام التسلسل الإداري الذي يبين التمايز بين طبقتي الرؤساء والمرؤوسين ويبرز علاقة التبعية والسلطة الرئاسية.

ثالثاً - السلطة الرئاسية:

السلطة الرئاسية le pouvoir herachique ضمانه معترف بها للرؤساء الإداريين ينظمها القانون فيوفر وحدة العمل وفعاليته واستمراريته، وتعتبر السلطة الرئاسية الوجه المقابل للتبعية الإدارية وهي تتقرر بدون نص وبشكل طبيعي غير أنها من جانب آخر ترتب مسؤولية الرئيس عن أعماله مرؤوسيه وبالتالي عدم إمكانية تهريبه من هذه المسؤولية^(١).

والسلطة الرئاسية من أهم ركائز النظام المركزي، إلا أنها سلطة ليست مطلقة وليست على درجة واحدة من القوة فهي تتأثر بصاحب السلطة ومركزه في السلم الإداري وبنوع الوظيفة التي

(١) د. طعيمه الجرف، مرجع سابق، ص ٧٩.

يمارسها، والسلطة الرئاسية تتحلل إلى مجموعة من الاختصاصات بعضها يتعلق بشخص المرؤوس والآخر منها يتعلق بأعماله:

أ. **سلطة الرئيس على شخص مرؤوسيه:** تتضمن سلطة الرئيس على أشخاص مرؤوسه الكثير من الاختصاصات منها ما يتعلق بالحق في التعيين والاختيار، وحق الرئيس في تخصيص مرؤوسيه لأعمال معينة، كما تتضمن سلطة نقل الموظف وترقيته وإيقاع العقوبات التأديبية عليه والتي قد تصل إلى حد عزله أو حرمانه من حقوقه الوظيفية، في حدود ما يسمح به القانون.

ب. سلطة الرئيس على أعمال مرؤوسيه: تشمل هذه السلطة في حق الرئيس في توجيه مرؤوسيه عن طريق إصدار الأوامر والتوجيهات إليهم قبل ممارسة أعمالهم وسلطة مراقبة تنفيذهم لهذه الأعمال والتعقيب عليها وتشمل هذه السلطات.

١- **سلطة الأمر:** يملك الرئيس إصدار الأوامر والتعليمات، ويعتبر اختصاصه هذا من أهم مميزات السلطة الرئاسية، ذلك أن إصدار الأوامر عمل قيادي له أهمية كبرى في سير الأعمال الإدارية، وعلى وجه العموم نجد أن السلطة الرئاسية تتصف أساساً بأنها سلطة أمره لكونها تقوم على إصدار أوامر ملزمة للمرؤوسين^(١).

٢- **سلطة الرقابة والتعقيب:** سلطة الرئيس في الرقابة على أعمال مرؤوسيه تتمثل بحقه في إجازة أعمالهم أو تعديلهم قراراتهم أو إلغائها وسحبها كما يملك أيضاً الحلول محلهم إذا اقتضى العمل ذلك، وتمتد رقابة الرئيس على أعمال مرؤوسيه لتشمل ملائمة هذا العمل أو التصرف ومقتضيات حسن سير المرفق العام، ووسيلة الرئيس في رقابته على مرؤوسيه تتمثل بالتقارير التي يقدمها الموظفين عن أعمالهم بصورة دورية أو بواسطة التقارير التي يضعها المفتشون ويطلعون السلطة الرئاسية عليها، وقد يمارسها الرئيس عن طريق الشكاوي التي يقدمها إليه الأفراد الذين أصابهم الضرر نتيجة تصرفات مرؤوسيه.

(١) د. طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص ٨٠.

الفرع الثالث

صور المركزية الإدارية

للمركزية الإدارية صورتان: التركيز الإداري، وعدم التركيز الإداري:

أولاً - التركيز الإداري: وهي الصورة البدائية للمركزية الإدارية، ويطلق عليها أيضاً المركزية المتطرفة أو الوزارية، لإبراز دور الوزارة في هذا النظام^(١).

ومعنى التركيز الإداري أن تتركز سلطة اتخاذ القرارات في كل الشؤون الإدارية بيد الوزراء في العاصمة، بحيث لا يكون لأية سلطة أخرى تقرير أي أمر من الأمور، إنما يتعين على كافة الموظفين في الأقاليم الرجوع إلى الوزير المختص لإصدار القرار.

وينحصر دور الموظفين في الجهاز الإداري في تقديم المقترحات والآراء في المسائل المطروحة عليهم وانتظار ما يقرره الوزير المختص بشأنها، وتنفيذ هذه القرارات.

ولا شك أن هذه الصورة من التركيز الشديد تضر بمصالح الأفراد وتعرقل عمل الإدارة فمن غير المتصور أن تتخذ جهة إدارية واحدة كافة القرارات في كل أنحاء الدولة وتكون هذه القرارات ملائمة ومناسبة لظروف العمل الإداري وتوفر حلاً لمشاكل الأفراد.

لذلك هجرت أغلب الدول هذه الصورة من المركزية الإدارية إلى الصور المعتدلة للمركزية الإدارية وهي عدم التركيز الإداري.

ثانياً - عدم التركيز الإداري: يطلق على هذه الصورة من المركزية الإدارية ألا وزارية أو المركزية المعتدلة^(٢)، ومقتضاها تخفيف العبء عن الحكومة المركزية بتحويل بعض الموظفين في الأقاليم المختلفة سلطة البت في بعض الأمور ذات الطابع المحلي دون الحاجة للرجوع للوزير المختص في العاصمة.

إلا أن هذه الصورة من المركزية لا تعني استقلال هؤلاء الموظفين عن الوزير، فهم يبقون خاضعين لسلطته الرئاسية وله أن يصدر إليهم القرارات الملزمة وله أن يعدل قراراتهم أو يلغيها، وكل ما في الأمر أن عدم التركيز الإداري يخفف من العبء على الوزارات والإدارات المركزية وأن بعض القرارات الإدارية أصبحت تتخذ من ممثلي الوزراء في الأقاليم بدلاً من أن تتخذ من الوزراء أنفسهم.

ومن ثم يختلف عدم التركيز الإداري عن اللامركزية الإدارية إذ تتعدد السلطات الإدارية في اللامركزية الإدارية نظراً لتعدد الأشخاص المعنوية، وتختص كل سلطة بجانب من الوظيفة

(١) د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، ج ١، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ١٠٥.

(٢) د. أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص ٦٦.

الإدارية في الدولة، حيث يتم توزيع الاختصاصات على هذا الأساس^(١)، وعلى أي حال فإن هذه الصورة من المركزية أفضل من التركيز الإداري وهي مرحلة انتقال صوب نظام اللامركزية الإدارية، وهي الصورة الباقية في إطار نظام المركزية الإدارية. ولعل من أبرز وسائل تحقيق عدم التركيز الإداري نظام تفويض الاختصاص الذي سنتناوله في المطلب التالي.

الفرع الرابع

تفويض الاختصاص

القاعدة أن توزيع الاختصاص بين الموظفين والهيئات الإدارية يكون عادةً بنص الدستور أو التشريع، وتستلزم ضرورات العمل الإداري وحسن سير المرافق العامة أن يفوض بعض الموظفين المختصين بعض أعمالهم إلى موظفين آخرين غالباً ما يكونون مرؤوسين بالنسبة لهم، ويقصد بالتفويض أن يعهد صاحب الاختصاص بممارسة جزء من اختصاصاته إلى أحد مرؤوسيه^(٢)، بشرط أن يسمح القانون بإجراء هذا التفويض وأن تكون ممارسة الاختصاص المفوض تحت رقابة الرئيس الإداري صاحب الاختصاص الأصلي.

مزاي التفويض:

١. يخفف العبء عن الرئيس صاحب الاختصاص الأصلي.
٢. يقوم بنقل جزء من اختصاصه في مسألة معينة إلى أحد مرؤوسيه أو جهة أو هيئة ما.
٣. يؤدي من جانب آخر إلى تحقيق السرعة والمرونة في أداء الأعمال مما يسهل على الأفراد قضاء مصالحهم ويدرب المرؤوسين على القيام بأعمال الرؤساء.
٤. ينمي فيهم الثقة والقدرة على القيادة.

شروط التفويض:

أستقر الفقه وأحكام القضاء على أنه يجب توافر عدة شروط لكي يكون التفويض صحيحاً وهذه الشروط هي:

(١) د مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٥.
(٢) المرجع السابق نفسه، ص ٣٥.

١. **لا يكون إلا بنص:** يلزم حتى يكون التفويض صحيحاً أن يسمح القانون بالتفويض، فإذا منح القانون الاختصاص إلى جهة معينة ليس لهذه الجهة التنازل عن هذا الاختصاص أو تفويضه إلى سلطة أخرى إلا إذا أجاز القانون ذلك ومن الضروري أن يصدر قرار صريح من الجهة صاحبة الاختصاص الأصلي عن رغبتها في استخدام التفويض الذي منحه لها القانون.
٢. **أن يكون جزئياً:** فلا يجوز أن يفوض الرئيس الإداري جميع اختصاصاته لأن هذا يعد تنازلاً من الرئيس عن مزاوله جميع أعماله التي أسندها إليه القانون.
٣. **المسؤولية:** يبقى الرئيس المفوض مسؤولاً عن الأعمال التي فوضها بالإضافة إلى مسؤولية المفوض إليه، تطبيقاً لمبدأ أن التفويض في السلطة ولا تفويض في المسؤولية، والمرئوس المفوض إليه لا يسأل عن تصرفاته بشأن السلطات المفوضة إليه إلا أمام رئيسته المباشر الذي قام بالتفويض ولا تتصرف المسؤولية إلى أعلى منه وفقاً لمبدأ وحدة الرئاسة والأمر.
٤. **عدم تفويض الغير:** لا يجوز للمفوض إليه أن يفوض غيره، فالتفويض لا يتم إلا لمرة واحدة، ومخالفة هذه القاعدة تجعل القرار الإداري الصادر من المفوض إليه الثاني معيباً بعدم الاختصاص.
٥. **المدة:** التفويض مؤقت وقابل للرجوع فيه من جانب الرئيس لأن الأصل هو عدم التفويض والاستثناء هو التفويض الذي لا يستطيع الرئيس دائماً إلغائه بقرار ويسترد اختصاصه. وتثار بشأن التفويض مشكلة سلطة الجهة المفوضة على اختصاصات المفوض إليه " المرئوس " فهل للسلطة صاحبة الاختصاص الأصلي أن تلغي قرارات السلطة المفوض إليها. ذهب جانب من الفقهاء إلى عدم السماح بتوجيه تعليمات إلى المرؤوسين تتعلق بالاختصاص المفوض إليهم على أساس أن الموظف الذي قام بالتفويض لا يعتبر رئيسياً إدارياً بالنسبة للقرارات الصادرة طبقاً للتفويض على أساس أن المرئوس يعتبر كأنه الرئيس نفسه وعندئذ فإن قراراته واجبة الاحترام^(١)، بينما ذهب جانب آخر من الفقهاء إلى أن الأصل يبقى له الحق في التعقيب على القرارات الصادرة عن المفوض إليه إذا كان الأخير مرئوساً له، لأن التفويض لا يقطع العلاقة الرئاسية بين الرئيس والمرئوس ولا يحول دون ممارسة الرئيس لاختصاصه في التوجيه والرقابة السابقة واللاحقة على أعمال مرئوس^(٢).

(١) د. رمضان محمد بطيخ، مرجع سابق، ص ٢١٨.

(٢) د. أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص ٧١.

الفرق بين التفويض والحلول:

قد يحصل بعض الخلط بين التفويض والحلول لأن الاثنين يساهمان في تسهيل سير العمل الإداري وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد كما أن كل منهما يعني ممارسة أحد الموظفين لاختصاصات موظف آخر، ومن هنا فالحلول عبارة عن انتقال جميع اختصاصات الأصيل بقوة القانون، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (١١٥) من الدستور حيث نصت على أنه: " في حالة خلو منصب رئيس الجمهورية أو عجزه الدائم عن العمل يتولى مهام الرئاسة مؤقتاً نائب الرئيس لمدة لا تزيد عن ستين يوماً من تاريخ خلو منصب الرئيس يتم خلالها إجراء انتخابات جديدة للرئيس، وفي حالة خلو منصب رئيس الجمهورية ونائب الرئيس معاً يتولى مهام الرئاسة مؤقتاً رئاسة مجلس النواب، وإذا كان مجلس النواب منحللاً حلت الحكومة محل رئاسة مجلس النواب لممارسة مهام الرئاسة مؤقتاً، ويتم انتخاب رئيس الجمهورية خلال مدة لا تتجاوز ستين يوماً من تاريخ أول اجتماع لمجلس النواب الجديد".

هناك الكثير من أوجه الاختلاف بين الحلول والتفويض:

الحلول يكون في حالة غياب صاحب الاختصاص الأصيل أياً كان سبب الغياب اختيارياً كما في حالة الإجازة أو إجبارياً كما في حال المرض فيحل محل الموظف في ممارسة هذه الاختصاصات من حدده المشرع.

أما في حالة التفويض فإن الرئيس المفوض يكون حاضراً وليس غائباً.

- التفويض يتحقق بقرار يصدر من الرئيس المفوض إلى المفوض إليه في حين لا بد للحلول أن يقترن بنص وأن تكون أسبابه صحيحة ويصبح الحلول مستحيلاً إذا لم ينظمه المشرع (١).
- في تفويض الاختصاص يأخذ القرار الصادر درجة المفوض إليه، أما في الحلول فتكون القرارات الصادرة في مرتبة قرارات الأصيل الغائب.
- في التفويض يكون الرئيس المفوض مسؤولاً عن أخطاء المفوض إليه لأن الرئيس يمارس الرقابة الرئاسية على المفوض إليه بينما لا يكون الأصيل الغائب مسؤولاً عن أخطاء من حل محله لأنه لا يملك أي سلطة رئاسية بالنسبة لتصرفات الأخير ولأن مصدر سلطته القانون وليس الأصيل وحيث توجد السلطة توجد المسؤولية.
- أن تفويض الاختصاص لا يعدو أن يكون تخفيفاً عن كاهل الرؤساء ومساعدتهم في تسيير أعمالهم وهذا الغرض لا يجعل المرؤوس ممارساً لاختصاص مانع للتعقيب والرقابة، ونرى أنه لا مانع من قيام الرئيس المفوض بمراجعة قرارات مرؤوسيه وتوجيههم من خلال إصدار

(١) د. مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص ٣٧.

الأوامر والتعليمات التي تتعلق بالاختصاص المفوض ليطمئن على سلامة العمل من الناحية القانونية، خاصة وإن مسؤولية الرئيس المفوض تبقى قائمة عما قام بتفويضه من اختصاص، لأن لا تفويض في المسؤولية كما بينا سابقاً، وقد يحصل الحلول بان تحل إحدى الجهات الإدارية محل جهة إدارية أخرى.

أنواع التفويض:

التفويض على نوعين: تفويض اختصاص، وتفويض توقيع.

١. تفويض الاختصاص: هذا النوع من التفويض ينقل السلطة بأكملها إلى المفوض إليه، وهذا يمنع الأصل المفوض من ممارسة الاختصاص الذي تم تفويضه أثناء سريان التفويض، وفي هذه الصورة من التفويض تكون قرارات المفوض إليه في نطاق التفويض منسوبة إلى المفوض إليه وتأخذ مرتبة درجته الوظيفية، ويوجه تفويض الاختصاص إلى المفوض إليه بصفته لا بشخصية فلا ينتهي التفويض بشغل موظف آخر لوظيفة المفوض إليه.
٢. تفويض التوقيع: وهو تفويض شخصي يأخذ بعين الاعتبار شخصية المفوض إليه، فهو ينطوي على ثقة الرئيس به ومن ثم فهو ينتهي بتغير المفوض أو المفوض إليه، كما أن هذا التفويض يسمح للمفوض إليه بممارسة الاختصاصات المفوضة باسم السلطة ولا يمنع ذلك من ممارسة الرئيس المفوض ذات الاختصاص رغم التفويض كما أن القرارات الصادرة في نطاق التفويض تأخذ مرتبة قرارات السلطة المفوضة.

الفرع الخامس

تقييم المركزية الإدارية

درج بعض الفقهاء على إبراز مزايا النظام المركزي بينما ذهب البعض نحو إبراز عيوبه، ونعرض فيما يلي أهم تلك المزايا والعيوب^(١).

(١) د. مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص ٣٨.

أولاً - مزايا المركزية الإدارية: النظام المركزي يقوي سلطة الدولة ويساعدها في تثبيت نفوذها في كافة أنحاء الدولة، ولا شك أن هذا النظام له ما يبرره في الدول الناشئة حديثاً، والتي تحتاج لتقوية وتدعيم وحدتها^(١).

١. المركزية أسلوب ضروري لإدارة المرافق العامة القومية التي لا يتعلق نشاطها بفترة معينة أو إقليم معين كمرفق الأمن أو الدفاع أو المواصلات^(٢).
٢. المركزية تؤدي إلى توحيد النظم والإجراءات المتبعة في كافة أنحاء الدولة كونها تتأتى من مصدر واحد، مما يمكن الموظفين من الإلمام بكافة الأوامر والتعليمات اللازمة لتنفيذ الوظيفة الإدارية.
٣. يؤدي هذا الأسلوب إلى التقليل من النفقات والحد في الإسراف لعدم الحاجة إلى المجالس والهيئات اللامركزية وخبرة موظفي السلطة المركزية وقلة عددهم.
٤. تحقيق العدل والمساواة في المجتمع لإشراف الحكومة المركزية على المرافق العامة ونظرتها الشمولية البعيدة عن المصالح المحلية.

ثانياً - عيوب المركزية الإدارية:

١. يؤدي هذا النظام إلى إشغال الإدارة المركزية أو الوزراء بمسائل قليلة الأهمية على حساب المهام الأكثر أهمية في رسم السياسة العامة لوزاراتهم.
٢. المركزية الإدارية لا تتماشى مع المبادئ الديمقراطية القائلة بضرورة أن تدار الوحدات المحلية من خلال سكان هذه الوحدات عن طريق مجالس منتخبة من بينهم.
٣. المركزية الإدارية وبسبب تركيز السلطة بيد الوزراء وفئة قليلة من الرؤساء والإداريين في العاصمة تؤدي إلى قتل روح المثابرة والإبداع لدى الموظفين الآخرين لأن دورهم ينحصر بتنفيذ الأوامر والتعليمات الصادرة من السلطة المركزية، وعدم مشاركتهم فيها.
٤. المركزية تؤدي إلى زيادة الروتين والبطء في اتخاذ القرارات الإدارية المناسبة وفي الوقت المناسب، لاستئثار السلطة المركزية بسلطة اتخاذ كافة القرارات في الدولة وبعد مصدر القرار في أكثر الأوقات عن الأماكن المراد تطبيق القرار فيها، وغالباً ما تأتي هذه القرارات غير متلائمة مع طبيعة المشكلات المراد حلها.

(١) د. سليمان الطمطاوي، المرجع السابق، ص ١١٥.

(٢) المرجع السابق نفسه، ص ١١٥.

المطلب الثاني

اللامركزية الإدارية

الفرع الأول

تعريف اللامركزية الإدارية

تُعد اللامركزية الإدارية أسلوباً من أساليب التنظيم الإداري في الدولة حيث يقوم على أساس توزيع الوظيفة الإدارية بين الحكومية المركزية في العاصمة وبين أشخاص الإدارة المحلية في المحافظات، وتتمتع هذه الأشخاص بالشخصية الاعتبارية المستقلة، مع خضوعها لرقابة الحكومة المركزية^(١)، ففي هذا النظام تتمتع السلطة المحلية بقدر من الاستقلال في ممارسة اختصاصاتها فتحفظ الإدارة المركزية بإدارة بعض المرافق العامة القومية وتمنح الأشخاص الاعتبارية المحلية سلطة إنشاء وإدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع المحلي.

وعلى ذلك تظهر في هذا النظام إلى جانب الدولة أو الإدارة المركزية أشخاص اعتبارية محلية أو مرفقية يطلق عليها بالإدارة اللامركزية أو السلطات الإدارية اللامركزية.

صور اللامركزية الإدارية: هناك صورتان أساسيتان للامركزية الإدارية " اللامركزية المحلية أو الإقليمية، واللامركزية المصلحية أو المرفقية^(٢).

أولاً - اللامركزية الإقليمية أو المحلية: ومعناها أن تمنح السلطات المركزية إلى جزء من إقليم الدولة جانب من اختصاصاتها في إدارة المرافق والمصالح المحلية مع تمتعها بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري.

وتستند هذه الصورة إلى فكرة الديمقراطية التي تقتضي إعطاء سكان الوحدات المحلية الحق في مباشرة شؤونهم ومرافقهم بأنفسهم عن طريق مجالس منتخبة منهم، وتقوم اللامركزية الإقليمية أو المحلية على ثلاث عناصر:

١. **مصالح محلية أو إقليمية متميزة:** يتم منح الشخصية المعنوية للوحدات المحلية لاعتبارات

إقليمية أو محلية، يجد المشرع أن من الأفضل أن تباشرها هيئات محلية معينة وإسناد إدارتها إلى سكان هذه الوحدات أنفسهم.

ولاشك أن سكان هذه الوحدات أدرى من غيرهم بواجباتهم وأقدر على إدارة هذه المرافق وحل مشكلاتها، كما أن هذا الأسلوب يمنح الإدارة المركزية فرصة التفرغ لإدارة المرافق القومية.

(١) د. مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص ١٢١.

(٢) د. أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص ٣٠.

ويتم تحديد اختصاصات الهيئات المحلية بقانون ولا يتم الانتقاص منها إلا بقانون آخر، وهي تشمل مرافق متنوعة وتتضمن كافة الخدمات التي تقدم لمكان الوحدات المحلية كمرفق الصحة والتعليم والكهرباء والماء وغيرها.

٢. أن يتولى سكان الوحدات المحلية إدارة هذه المرافق: يجب أن يتولى سكان الوحدات المحلية إدارة هذا النوع من المرافق بأنفسهم وان يتم ذلك باختيار السلطات المحلية من هؤلاء السكان وليس عن طريق الحكومة أو الإدارة المركزية.

ويذهب أغلب الفقهاء إلى ضرورة أن يتم اختيار أعضاء المجالس المحلية عن طريق الانتخابات تأكيداً لمبدأ لديمقراطية وإن كان هذا هو الأصل فإنه ليس هناك مانع من مشاركة أعضاء معينين ضمن هذه المجالس لتوفير عناصر ذات خبرة وكفاءة شرط أن تبقى الأغلبية للعناصر المنتخبة خاصة وإن الانتخاب يتطلب قدر كبير من الوعي والثقافة مما لا يتوفر غالباً في سكان الوحدات المحلية.

٣. استقلال الوحدات المحلية: إذا كان من الضروري في هذه الأيام أن يكون اختيار أعضاء المجالس المحلية عن طريق سكان هذه الوحدات فإن الأكثر أهمية أن تستقل الهيئات اللامركزية في مباشرة عملها عن السلطة المركزية، فالمرافق اللامركزية لا تخضع لسلطة رئاسة أعلى إلا أن ذلك لا يعني الاستقلال التام للهيئات المحلية عن السلطات المركزية، فالأمر لا يعدو أن يكون الاختلاف حول مدى الرقابة التي تمارسها السلطات المركزية على الهيئات المحلية في النظم اللامركزية إذ لا بد من تمتع هذه الهيئات باستقلال كافٍ في أدائها لنشاطها، وقد أطلق الفقهاء على الرقابة التي تمارسها السلطة المركزية على الهيئات اللامركزية الوصاية الإدارية.

ثانياً - اللامركزية المرفقية (الهيئات والمؤسسات العامة): يجد المشرع في أحيان كثيرة أنه من الضروري أن يمنح بعض المشاريع والمرافق والمصالح العامة الشخصية المعنوية وقدر من الاستقلال عن الإدارية المركزية مع خضوعها لإشرافها، كمرفق البريد والتلفون والكهرباء والإذاعة والجماعات، لتسهيل ممارستها لنشاطاتها بعيداً عن التعقيدات الإدارية وتمارس اللامركزية المرفقية نشاطاً واحداً أو أنشطة متجانسة كما هو الحال في الهيئات والمؤسسات العامة على عكس اللامركزية المحلية التي تدير العديد من المرافق أو الأنشطة غير المتجانسة^(١)، ولا يستند هذا الأسلوب على فكرة الديمقراطية إنما هي فكرة فنية تتصل بكفاءة

(١) د. مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص ٤٠.

إدارة المرفق وعلى ذلك ليس من حاجة للأخذ بأسلوب الانتخابات في اختيار رؤساء أو أعضاء مجالس إدارة هذه الهيئات العامة.
هذا ويحرص المشروع دائماً تكون ممارسة هذه المؤسسات لأنشطتها ضمن الحدود والاختصاصات التي أجازها ولا يمكن مباشرة نشاط آخر أو التوسيع من اختصاصاتها.

الفرع الثاني

التمييز بين الوصاية الإدارية والسلطة الرئاسية

أطلق جانب من الفقه على الرقابة التي تمارسها السلطات المركزية على الهيئات اللامركزية مصطلح الوصايا الإدارية^(١)، إلا إن هذا المصطلح منتقد عند جانب آخر من الفقهاء ويرون أن يستبدل بمصطلح الرقابة الإدارية وذلك لوجود اختلاف بين المراد بالوصاية في القانون الخاص، وبين الوصاية الإدارية في القانون العام، فالأولى تتعلق بحماية الأفراد ناقصي الأهلية أما الوصايا الإدارية فتترتب على الهيئات المحلية، وهذه الهيئات تتمتع بأهلية كاملة بصفتها شخصية معنوية معتبرة^(٢)، ونرى إزاء هذا الاختلاف البين أن مصطلح الرقابة الإدارية هو الأجدر على وصف العلاقة بين السلطة المركزية والهيئات المحلية، والرقابة الإدارية في النظام اللامركزي تختلف عن السلطة الرئاسية التي تعتبر أحد عناصر المركزية الإدارية، فالسلطة الرئاسية كما سبقت الإشارة علاقة التبعية والتدرج الرئاسي بين الموظف ورئيسه، أما في النظام اللامركزي فإن الموظفين في الدوائر والهيئات المحلية لا يدينون بالطاعة لأوامر السلطة المركزية على خلاف الأمر في السلطة الرئاسية، لأن هذه الهيئات تتمتع بشخصية معنوية تجعلها بمنأى عن الخضوع التام لتوجيهات السلطة المركزية، ولكنها لا تتخلى عن الرقابة اللاحقة التي تمارسها على أعمال الهيئات المحلية ولا يمكن اعتبار هذا الاستقلال منحه من الهيئات المركزية بل هو استقلال مصدره القانون أو الدستور^(٣)، ويقود هذا الاستقلال إلى أعضاء الرئيس الذي يملك الوصايا من المسؤولية المترتبة من جراء تنفيذ المرؤوس لتوجيهاته في الأحوال التي يحددها القانون.

كما تختلف (الوصاية الإدارية) عن السلطة الرئاسية في أنه لا يجوز للسلطة المركزية تعديل القرارات التي تصدرها الهيئات المحلية وكل ما تملكه توافق عليها بحالتها أو ترفضها^(٤).

فإن حاولت السلطة المركزية فرض رئاستها على المرافق اللامركزية بالتعرض لقراراتها بالتعديل أو إلغائها في غير الحدود القانونية كان لهذه الأخيرة الاعتراض على ذلك.

وفي ذلك ورد في حكم لمحكمة القضاء الإداري المصري " إن من المسلم به فقهاً وقضاء إن علاقة الحكومة المركزية بالمجالس البلدية والقروية إن هي إلا وصاية إدارية وليست سلطة رئاسية، وبناء على ذلك فإن الأصل إن وزير الشؤون البلدية والقروية لا يملك بالنسبة لقرارات هذا المجلس

(١) د. مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص ١٢١.

(٢) جورج فودال، مرجع سابق، ص ١٢١.

(٣) د. أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري اليمني، مكتبة الصادق، صنعاء، ٢٠١٠م، ص ٨١.

(٤) المرجع السابق نفسه، ص ٨١.

سوى التصديق عليها كما هي، أو عدم التصديق عليها كما هي، دون أن يكون له حق تعديل هذه القرارات.

وأخيراً فإن سلطة الوصايا تملك الحل محل الوحدات المحلية عندما تهمل الأخيرة في ممارسة اختصاصاتها أو تخل بالتزاماتها فترفض اتخاذ إجراء معين كان الواجب عليها طبقاً للقوانين واللوائح، حتى لا يتعطل سير المرافق العمامة تحرير السلطة المركزية محل الوحدات اللامركزية لتتخذ الإجراء المطلوب وذلك باسم الوحدات اللامركزية ولحسابها.

ولخطورة هذه السلطة وحتى لا تتعسف السلطة المركزية في ممارسة حق الحل، درج القضاء على القول بضرورة وجود نص قانوني صريح يلزم الوحدة اللامركزية بالقيام بالعمل أو بإجراء التصرف وامتناعها عن ذلك، وقيام السلطة الوصايا بتوجيه إنذار مكتوب إلى الوحدة اللامركزية الممتنعة تدعوها إلى وجوب القيام بالعمل أو الإجراء الذي يفرضه القانون^(١).

الفرع الثالث

تقييم اللامركزية الإدارية

أولاً - مزايا اللامركزية الإدارية^(٢):

١. يؤكد المبادئ الديمقراطية في الإدارة: لأنه يهدف إلى اشتراك الشعب في اتخاذ القرارات وإدارة المرافق العامة المحلية.
٢. يخفف العبء عن الإدارة المركزية، إذ أن توزيع الوظيفة الإدارية بين الإدارة المركزية والهيئات المحلية أو المرفقية يتيح للإدارة المركزية التفرغ لأداء المهام الأكثر أهمية في رسم السياسة العامة وإدارة المرافق القومية.
٣. النظام اللامركزي أقدر على مواجهة الأزمات والخروج منها، سيما وأن الموظفين في الأقاليم أكثر خبرة من غيرهم في مواجهة الظروف والأزمات المحلية كالثورات واختلال الأمن، لما تعودوا عليه وتدريبوا على مواجهته وعدم انتظارهم تعليمات السلطة المركزية التي غالباً ما تأتي متأخرة.

(١) د. مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص ١٣١.

(٢) د. مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص ٤٣-٤٤.

٤. تحقيق العدالة في توزيع حصيلة الضرائب وتوفير الخدمات في كافة أرجاء الدولة، على عكس المركزية الإدارية حيث تحظى العاصمة والمدن الكبرى بعناية أكبر على حساب المدن والأقاليم الأخرى.

٥. تقدم اللامركزية الإدارية حلاً لكثير من المشاكل الإدارية والبطء والروتين والتأخر في اتخاذ القرارات الإدارية وتوفر أيسر السبل في تفهم احتياجات المصالح المحلية وأقدر على رعايتها.

ثانياً - عيوب اللامركزية الإدارية:

١. يؤدي هذا النظام إلى المساس بوحدة الدولة من خلال توزيع الوظيفة الإدارية بين الوزارات والهيئات المحلية.

٢. قد ينشأ صراع بين الهيئات اللامركزية والسلطة المركزية لتمتع الاثنين بالشخصية المعنوية ولأن الهيئات المحلية غالباً ما تقدم المصالح المحلية على المصلحة العامة.

٣. غالباً ما تكون الهيئات اللامركزية أقل خبرة ودراية من السلطة المركزية ومن ثم فهي أكثر إسرافاً في الإنفاق بالمقارنة مع الإدارة المركزية.

ولا شك أن هذه الانتقادات مبالغ فيها إلى حد كبير ويمكن علاجها عن طريق الرقابة أو الوصايا الإدارية التي تمارسها السلطة المركزية على الهيئات اللامركزية والتي تضمن وحدة الدولة وترسم الحدود التي لا تتجاوزها تلك الهيئات.

وفي جانب آخر يمكن سد النقص في خبرة الهيئات اللامركزية من خلال التدريب ومعاونة الحكومة المركزية مما يقلل من فرص الإسراف في النفقات والأضرار بخزينة الدولة.

ويؤكد ذلك أن اغلب الدول تتجه اليوم نحو الأخذ بأسلوب اللامركزية الإدارية على اعتبار أنه الأسلوب الأمثل للتنظيم الإداري^(١).

(١) مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص ٤٥.

الفصل الثالث

النشاط الإداري

برز دور الدولة من خلال وظيفتين أساسيتين تقوم بهما الإدارة الأولى منها سلبية تتمثل بالضبط الإداري والذي يقوم على مراقبة وتنظيم نشاط الأفراد حفاظاً على النظام العام، أما الوظيفة الثانية فهي وظيفة إيجابية تتمثل بإدارة المرافق العامة والوفاء بحاجات الأفراد وإشباع رغباتهم، ونستعرض في هذا الفصل هاتين الوظيفتين على النحو التالي.

المبحث الأول: الضبط الإداري.

المبحث الثاني: المرفق العام.

المبحث الأول

الضبط الإداري

نتناول في هذا القسم الجوانب المختلفة للضبط الإداري، فنعرض لماهيته وأغراضه ووسائل وحدود سلطات الضبط الإداري(١)، وذلك في ثلاثة مطالب كما يلي:

المطلب الأول: ماهيته الضبط الإداري.

المطلب الثاني: أهداف ووسائل الضبط الإداري.

المطلب الثالث: حدود سلطات الضبط الإداري.

(١) د. سليمان الطمطاوي، مرجع سابق، ص ٣٣٢.

المطلب الأول

ماهية الضبط الإداري

ليبان ماهية الضبط الإداري لا بد من تعريفه وتمييزه عما يشابهه، ثم بيان أنواعه.

أولاً - تعريف الضبط الإداري:

يقصد بالضبط الإداري بمعناه العام مجموعة الإجراءات والأوامر والقرارات التي تتخذها السلطة الإدارية للمحافظة على النظام العام بمدلولاته الثلاثة " الأمن - الصحة - السكينة"^(١)، ويلاحظ أن المشرع سواء في فرنسا أو مصر أو في اليمن، لم يضع تعريفاً محدداً للضبط الإداري، وإنما اكتفى بتحديد أغراضه، وترك تعريفه للفقهاء والقضاء.

وفي هذا المجال يعرف De laubadere الضبط الإداري بأنه: " مظهر من مظاهر عمل الإدارة يتمثل في تنظيم حريات الأفراد حماية للنظام العام"^(٢)، بينما يتجه الفقهاء العرب ومنهم الدكتور طعيمة الجرف إلى تعريفه بأنه " وظيفة من أهم وظائف الإدارة تتمثل أصلاً في المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة عن طريق إصدار القرارات اللائحية والفردية واستخدام القوة المادية مع ما يتبع ذلك من فرض قيود على الحريات الفردية تستلزمها الحياة الاجتماعية"، بينما يعرفه الدكتور صبيح بشير مسكوني بأنه " مظهر من مظاهر نشاط الإدارة العامة يراد به ممارسة هيئات إدارية معينة اختصاصات فرض قيود على حريات الأفراد وحماية للنظام العام"^(٣).

وأياً كان الأمر فإن الضبط الإداري نظام وقائي تتولى فيه الإدارة حماية المجتمع من كل ما يمكن أن يخل بأمنه وسلامته وصحة أفراده وسكنتهم، ويتعلق بتقييد حريات وحقوق الأفراد بهدف حماية النظام العام في الدولة، وبهذا المعنى يتميز الضبط الإداري عن الضبط التشريعي والضبط القضائي^(٤).

ثانياً - تمييز الضبط الإداري عن غيره:

١. الضبط الإداري والضبط التشريعي: يلجأ المشرع في كثير من الأحيان إلى إصدار القوانين التي تقيّد حريات الأفراد وحقوقهم حفاظاً على النظام العام، وفي ممارسته لهذا الاختصاص إنما يستند لاختصاصه التشريعي الذي يجد مصدره في الدستور والمبادئ العامة للقانون، وتسمى التشريعات الصادرة في هذا الشأن " بالضبط التشريعي" تمييزاً له

(١) د. محمد رفعت عبدالوهاب، د. عصام عجيلة، القانون الإداري اليمني، ط١٩٨٥، ص١٥٢.

(٢) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص١٣٣.

(٣) د. أحمد شرف الدين، الوجيز في احكام القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص١١٠.

(٤) د. محمود عاطف البناء، حدود سلطات الضبط الإداري، مطبعة جامعة الأزهر، ط١٩٨٠، ص٤.

عن الضبط الإداري الذي يصدر من جانب الإدارة في شكل قرارات تنظيمية أو فردية يترتب عليها تقييد حريات الأفراد، مع ضرورة الإيضاح بان سلطة الضبط الإداري يجب أن تتم في إطار القوانين والتشريعات وتنفيذاً لها، غير أن ذلك لا يمنعها من اتخاذ إجراءات مستقلة تتضمن قيوداً على الحريات الفردية بواسطة ما تصدره من لوائح الضبط^(١).

٢. الضبط الإداري والضبط القضائي:

يقصد بالضبط القضائي: الإجراءات التي تتخذها السلطة القضائية للتحري عن الجرائم بعد وقوعها، والبحث عن مرتكبها تمهيداً للقبض عليه، وجمع الأدلة اللازمة للتحقيق معه ومحاكمته وإنزال العقوبة به ومن ثم فإن الضبط القضائي يتفق مع الضبط الإداري في انهما يستهدفان المحافظة على النظام العام^(٢).

يختلفان من حيث السلطة المختصة بإجرائه والغرض منه وطبيعته، فمن جهة تتولى السلطة التنفيذية وظيفة الضبط الإداري، بينما تتولى السلطة القضائية ممثلة بالقضاة أو أعضاء النيابة العامة وممثليها وظيفة الضبط القضائي.

- ومن حيث الغرض فإن مهمة الضبط الإداري وقائية تسبق الإخلال بالنظام العام وتمنع وقوع الاضطراب فيه، في حين مهمة الضبط القضائي علاجية ولاحقة لوقوع الإخلال بالنظام العام وتهدف إلى ضبط الجرائم بعد وقوعها والبحث عن مرتكبيها وجمع الأدلة اللازمة لإجراء التحقيق والمحاكمة وإنزال العقوبة.
- وأخيراً يتميز الضبط الإداري في طبيعة إجراءاته التي تصدر في شكل قرارات تنظيمية أو فردية تخضع لرقابة القضاء الإداري إلغاءً وتعويضاً، أما الضبط القضائي فإنه يصدر في شكل قرارات قضائية لا تخضع لرقابة القضاء الإداري، وخضوعها لسلطات القضاء العادي محل نظر^(٣).

ثالثاً - أنواع الضبط الإداري:

يطلق مصطلح الضبط الإداري ويقصد به معنيان: الضبط الإداري العام والضبط الإداري الخاص. ويقصد بالضبط الإداري العام: المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة الأمن والصحة والسكنية العامة وحماية جميع الأفراد في المجتمع من خطر انتهاكاته والإخلال به. أما الضبط الإداري الخاص: فيقصد به حماية النظام العام من زاوية أو ناحية معينة من نشاط الأفراد من ذلك القرارات الصادرة بتنظيم نشاط صيد بعض الحيوانات النادرة، وتنظيم عمل في

(١) د. سليمان الطمطاوي، مرجع سابق، ص ٣٢٨

(٢) المرجع السابق نفسه، ص ٣٢٩.

(٣) د. عمرو فواد أحمد بركات، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢١٤.

بعض المحلات العامة المضرة بالصحة أو المقلقة للراحة^(١)، أو في مكان أو أماكن محددة، حيث يعهد بتولي سلطة الضبط في هذه الأماكن إلى سلطة إدارية معينة، كان يعهد إلى شرطة الآثار بمهمة المحافظة على النظام العام في الأماكن الأثرية.

ويلاحظ أن الضبط الإداري الخاص قد يستهدف أغراضاً أخرى بخلاف أغراض الضبط الإداري العام التقليدية، إذ يملك أن يفرض القيود التي يراها لتحقيق أهداف أو أغراض أخرى خلاف النظام العام كالقيود التي تفرض على الأفراد لحماية الآثار أو تنظيم السياحة وتحسين المدن.

ومن ثم فإن الضبط الإداري الخاص أضيق حدوداً من نطاق الضبط الإداري العام لتقيده بمكان أو نشاط أو أغراض معينة، إلا أن ذلك لا يعنى محدودية تأثيره في المجالات التي يتولاها، بل أن الاتجاه التشريعي في بعض الدولة ينحو إلى استبعاد نظام الضبط الإداري العام وانفراد هيئات الضبط الإداري الخاص في تنظيم نشاطات معينة مثلما هو الحال في الضبط الخاص بشؤون المنشآت الخطيرة والمقلقة للراحة والصحة.

المطلب الثاني

أهداف ووسائل الضبط الإداري

أولاً - أهداف الضبط الإداري:

بينما أن الهدف من الضبط الإداري هو حماية النظام العام ومنع انتهاكه والإخلال به، وتمارس الإدارة سلطة الضبط الإداري متى وجدت ذلك ضرورياً ولو لم ينص القانون على إجراء معين لمواجهه هذا الانتهاك أو الإخلال.

والنظام العام فكرة مرنة تختلف باختلاف الزمان والمكان فيما يعتبر مخالفاً للنظام العام في زمان أو مكان معينين قد لا يعد كذلك في زمان أو مكان آخرين.

يكاد يجمع الفقه على ضرورة ربط فكرة النظام العام بالمصلحة العامة العليا للمجتمع في كل دولة على حده^(٢)، غير أن معظم الفقهاء يتفقون على أن النظام العام يهدف إلى تحقيق ثلاثة أغراض رئيسية هي: الأمن العام، والصحة العامة، والسكنية العامة، نبين ذلك فيما يلي:

(١) د. سليمان الطمطاوي، المرجع السابق، ص ٣٢٨.

(٢) د. سليمان الطمطاوي، مرجع سابق، ص ٣٣٢.

١. **الأمن العام:** يقصد بالأمن العام تحقيق كل ما من شأنه اطمئنان الإنسان على نفسه وماله من خطر الاعتداءات والانتهاكات واتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع وقوع الكوارث الطبيعية كالكوارث والأخطار العامة كالحرائق والفيضانات والسيول، والانتهاكات التي قد تسبب بها الإنسان كجرائم القتل والسرقة والمظاهرات وأحداث الشغب وحوادث المرور^(١)، وقد خول المشرع اليمني جهة الإدارة مهمة مواجهة ما يهدد استقرار النظام في البلاد من أي نشاط، ومنع المظاهرات والاضطرابات، وقد أناط الدستور اليمني بهذه المهمة لجهاز الشرطة في المادة (٢٥) من الدستور^(٢).

٢. **الصحة العامة:** ويقصد بها حماية صحة الأفراد من كل ما من شأنه أن يضر بها من أمراض أو أوبئة إذ تعتمد الإدارة إلى تطعيم الأفراد من الأمراض المعدية وتتخذ الإجراءات التي تمنع انتشارها، كما تشرف على توفير المياه الصالحة للشرب وتراقب صلاحية الأغذية للاستهلاك البشري ومدى تقيد المحال العامة بالشروط الصحية، ولاشك أن وظيفة الدولة في مجال الصحة العامة قد توسعت إلى حد كبير بفعل انتشار التلوث وزيادة السكان وسهولة انتشار الأمراض حيث الاعتماد على المواد الكيماوية في الصناعة والزراعة، وتأثير ذلك على صحة الأفراد، وهو ما عمل المشرع اليمني في إصدار العديد من القوانين من أجل حماية المواطن، منها القانون رقم (٢٦) لسنة ١٩٩٥ بشأن حماية البيئة، والقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٩٩م بشأن تنظيم تداول مبيدات الآفات النباتية، وقانون الحجر النباتي رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٩م، والقانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٤م بشأن حماية البيئة البحرية من التلوث، والقانون رقم (٣٩) لسنة ١٩٩٩م بشأن النظافة.

٣. **السكنية العامة:** ويقصد بها توفير الهدوء في الطرق والأماكن العامة ومنع كل ما من شأنه أن يقلق راحة الأفراد أو يزعجهم كالأصوات والضوضاء المنبعثة من مكبرات الصوت والباعة المتجولين ومحلات التسجيل ومنبهات المركبات.

ومن الجدير بالذكر أن مفهوم النظام العام قد اتسع ليشمل النظام العام الأدبي، والأخلاق العامة، وأمكن بالتالي استعمال سلطة الضبط الإداري للمحافظة على الآداب والأخلاق العامة، فتجاوز

(١) د. علي علي المصري، الوجيز في القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص ١٣٣.
(٢) أنظر المادة (٢٥) من دستور الجمهورية اليمنية التي تنص على أنه: "الشرطة هيئة مدنية نظامية تؤدي واجبها في خدمة الشعب وتكفل للمواطنين الطمأنينة وتسهر على حفظ النظام والأمن العام، والآداب العامة، وينظم القانون تبعيتها للسلطة القضائية، وتنفيذ ما تصدره إليها هذه السلطة من أوامر دون مساس بحسن سير العدالة كما تتولى تنفيذ ما تفرضه عليها القوانين واللوائح من واجبات، وذلك كله على الوجه المبين في القانون".

بذلك العناصر الثلاثة السابقة، وفي هذا الاتجاه تملك الإدارة منع عرض المطبوعات المخلة بالآداب العامة، وكذلك حماية المظهر العام للمدن وحماية الفن والثقافة. وفي سبيل ذلك لا يجوز تقديم العروض المسرحية أو التمثيلية أو الموسيقية أو الراقصة أو الغنائية في الملاهي أو المحال العامة إلا بعد الترخيص بها من الجهة المختصة بوزارة الداخلية والمجلس المحلي، ولا يجوز الترخيص بالعروض الخليعة أو الفاضحة أو المخلة بالحياء أو التي يقصد بها الإثارة الجنسية أو التي تنطوي على ذلك، وكذا المبالغة في استعمال المفرقات النارية أثناء مناسبات الأعياد والأفراح^(١).

ثانياً - وسائل الضبط الإداري:

في سبيل تحقيق أهداف الضبط الإداري لابد للإدارة أن تستخدم وسائل أو أساليب معينة وهي لوائح الضبط وأوامر الضبط الفرية ثم التنفيذ الجبري.

أ. **لوائح الضبط الإداري:** تتضمن لوائح الضبط الإداري قواعد عامة مجردة تهدف إلى المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة، وتتضمن تقييد حريات الأفراد، لذلك نشأ خلاف شديد حول مدى مشروعيتها، على اعتبار أن تقييد الحريات لا يجوز إلا بقانون ووظيفة الإدارة تنحصر بوضع هذه القوانين موضوع التنفيذ.

ب. غير أن الاتجاه السليم في القضاء والفقهاء يعترف للإدارة بتنفيذ هذه القوانين وتحميلها، وقد تقضى هذه التكملة كما يذهب الدكتور "سامي جمال الدين" إلى تقييد بعض الحريات، كما قد تقتصر مهمة هذا الضبط الإداري على تطبيق النظم العامة الضبطية التي نصت عليها القوانين.

ومن ثم تعد لوائح الضبط أهم أساليب الضبط الإداري وأقدرها في حماية النظام العام، ومنها لوائح تنظيم المرور وتنظيم العمل في المحال العامة، وتتخذ عدة مظاهر في تقييدها نشاط الأفراد منها الحظر، والأذن المسبق والأخطار والتنظيم.

١. **الحظر:** يقصد بالحظر أن تتضمن لوائح الضبط منع مزاوله نشاط معين منعاً كاملاً أو جزئياً والأصل أن لا يتم الحظر المطلق لنشاط ما لان ذلك يعنى انتهاك للحرية ومصادرة للنشاط ولكن أجاز القضاء استثناء الحظر الكامل للنشاط عندما يشكل إخلالاً بالنظام العام كمنع إنشاء مساكن للبعاء أو للعب الميسر.

(١) د. علي علي المصري، الوجيز في القانون الإداري اليمني ج ١، مرجع سابق، ص ١٣٤.

٢. **الإذن المسبق:** قد تظهر لوائح الضبط في ضرورة الحصول على إذن مسبق من جهة الإدارة قبل مزاوله النشاط، ومن الضروري أن يشترط القانون المنظم للحرية الحصول على هذا الإذن، إذا أن القانون وحدة الذي يملك تقييد النشاط الفردي بإذن سابق وعكس هذا يسمح بالتمييز بين الأفراد.

٣. **الأخطار عن النشاط:** ويحصل بان تشترط اللائحة ضرورة أخطار السلطة المختصة بمزاوله نشاط معين حتى تتمكن من اتخاذ ما يلزم من إجراءات تكفل حماية النظام العام، مثال ذلك الأخطار عن تنظيم اجتماع عام، ففي هذه الحالة لا يكون الاجتماع محظوراً وليس من الضروري الحصول على إذن مسبق.

٤. **تنظيم النشاط:** قد لا تتضمن لوائح الضبط على حظر نشاط معين أو اشتراط الحصول على إذن مسبق أو الأخطار عنه، وإنما قد تكتفي بتنظيم النشاط الفردي وكيفية ممارسته، كما لو تم تحديد سرعة المركبات في الطرق العامة أو تحديد أماكن وقوفها.

٥. **قرارات (أوامر) الضبط الإداري الفردية:** قد تلجأ سلطات الضبط إلى إصدار قرارات إدارية أو أوامر فردية لتطبق على فرد أو أفراد معينين بذواتهم، وقد تتضمن هذه القرارات أوامر بالقيام بأعمال معينه أو نواهي بالامتناع عن أعمال أخرى، مثال ذلك الأوامر الصادرة بمنع عقد اجتماع عام أو الأمر الصادر بهدم منزل آيل للسقوط أو القرار الصادر بمصادرة كتاب أو صحيفة معينة^(١).

والأصل أنه يجب أن تستند هذه القرارات إلى القوانين واللوائح فتكون تنفيذاً لها، إلا أنه استثناء من ذلك قد تصدر القرارات الإدارية دون أن تكون مستندة إلى قانون أو لائحة تنظيميه عامة، فاللائحة أو التشريع لا يمكن أن ينصا على جميع التوقعات أو التنبؤات التي قد تحدث، كما أن مفهوم النظام العام متغير فإذا ظهر تهديداً أو إخلال لم يكن التشريع أو اللائحة قد توقعاه فان طلب أن يكون القرار الفردي مستنداً إلى قاعدة تنظيميه يؤدي إلى تجريد سلطة الضبط من فاعليتها^(٢).

ج. **التنفيذ الجبري:** قد تستخدم الإدارة القوة المادية لإجبار الأفراد على تنفيذ القوانين واللوائح والقرارات الإدارية لمنع الإخلال بالنظام العام، وتعد هذه الوسيلة أكثر وسائل الضبط شدة و عنفاً باعتبارها تستخدم القوة الجبرية ولا يخفى ما لذلك من خطورة على حقوق الأفراد وحررياتهم.

(١) د. سليمان الطمطاوي، مرجع سابق، ص ٣٣٩.

(٢) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٢٤. أيضاً: جورج فودال - بيار دلفولفيه، القانون الإداري ج ٢، مرجع سابق، ص ٥٣٠.

ويعد التنفيذ الجبري لقرارات الضبط الإداري أحد تطبيقات نظرية التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية، واستناداً لذلك لا يتم الحصول على إذن سابق من السلطات القضائية لتنفيذه^(١)، إلا أنه يجب أن تتوفر فيه ذات شروط التنفيذ المباشر.

ومن الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى التنفيذ الجبري أن يبيح القانون أو اللوائح استعمال هذا الحق، أو يرفض الأفراد تنفيذ القوانين واللوائح ولا يوجد أسلوب آخر لحمل الأفراد على احترام القوانين واللوائح غير التنفيذ الجبري، كما يتم اللجوء إلى هذا الأسلوب في حالة الضرورة، ويشترط في جميع الحالات أن يكون استخدام القوة المادية متناسباً مع جسامة الخطر الذي من الممكن أن يتعرض له النظام العام^(٢).

واستخدام القوة المادية لا يعنى حتماً مجازاة الأفراد عن أفعال جرمية ارتكبوها، وإنما يقصد بالقوة المادية تلك القوة المستخدمة لمنع وقوع أي إخلال بالنظام العام بعناصره الثلاثة، وقد كلف المشرع اليمني بهذا الاجراء جهة الشرطة الذي ينظمها القانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٠م.

المطلب الثالث

حدود سلطات الضبط الإداري

إن سلطات الضبط الإداري هي سلطات مقيدة وليست مطلقة حيث تنقيد بشروط حتى يتحقق التوازن ما بين ضرورة المحافظة على النظام العام وبين ضرورة المحافظة على حقوق وحرريات الافراد الأساسية^(٣)، فمن الضروري وضع حدود لاختصاصات الإدارة في ممارستها لسلطات الضبط الإداري يتم من خلالها الموازنة بين تحقيق متطلبات النظام العام وضمان حقوق وحرريات الأفراد، وقد درجت أحكام القضاء الإداري على منح الإدارة حرية واسعة في ممارسة سلطات الضبط الإداري، غير أنها أخضعتها في ذلك لرقابة القضاء الإداري من نواح عدة.

وفي هذا المجال نبين حدود سلطات الضبط الإداري في الأوقات العادية ثم في الظروف الاستثنائية.

أولاً- حدود سلطات الضبط الإداري في الظروف العادية:

(١) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٢٩.
(٢) د. أحمد شرف الدين، الوجيز في احكام القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص ١٢٠.
(٣) د. مطيع علي حمود جبير، مبادئ القانون الإداري اليمني، والمقارن، مكتبة الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، ٢٠١٤م، ص ١٤٧.

تخضع سلطة الضبط الإداري في الظروف العادية لمبدأ المشروعية الذي يستدعي أن تكون الإدارة خاضعة في جميع تصرفاتها للقانون، وإلا كانت تصرفاتها وما تتخذه من قرارات باطلاً وغير مشروع، وتتمثل رقابة القضاء على سلطات الإدارة في هذه الظروف فيما يلي:

أ. **أهداف الضبط الإداري:** يجب أن تتقيد الإدارة بالهدف الذي من اجله قرر المشرع منح هيئات الضبط هذه السلطات، فليس للإدارة تخطى هذا الهدف سواء كان عاماً أم خاصاً، فإذا استخدمت سلطاتها في تحقيق أغراض بعيدة عن حماية النظام العام، أوسعت إلى تحقيق مصلحة عامة لكيلا تدخل ضمن أغراض الضبط التي قصدها المشرع فان ذلك يعد انحرافاً بالسلطة ويخضع قرار الإدارة لرقابة القضاء المختص^(١).

ب. **أسباب الضبط الإداري:** يقصد بسبب الضبط الإداري الظروف الخارجية التي دفعت الإدارة إلى التدخل وإصدار قرارها، ولا يعد تدخل الإدارة مشروعاً إلا إذا كان مبنياً على أسباب صحيحة وجدية من شأنها أن تخل بالنظام العام بعناصره الثلاثة الأمن العام والصحة العامة والسكنية العامة.

ج. **وسائل الضبط الإداري:** يجب أن تكون الوسائل التي تستخدمها سلطات وهيئات الضبط الإداري مشروعة، وفي القيود التي استقر القضاء على ضرورة اتباعها واستخدام الإدارة لوسائل الضبط الإداري لا يجوز أن يترتب على استعمال هذه الوسائل تعطيل للحريات العامة بشكل مطلق لان ذلك يعد إلغاء لهذه الحريات، ومن ثم يجب أن يكون الحظر نسبياً، أي إن يكون قاصراً على زمان أو مكان معينين، وعلى ذلك تكون القرارات الإدارية التي تصدرها سلطة الضبط الإداري بمنع ممارسة نشاط عام منعاً عاماً ومطلقاً غير مشروعة^(٢).

د. **جدية قرارات الضبط الإداري:** لا يكفي أن يكون قرار الضبط الإداري جائزاً قانوناً أو انه قد صدر بناءً على أسباب جدية، إنما تتسع رقابة القضاء لبحث مدى اختيار الإدارة الوسيلة الملائمة للتدخل فيجب ألا تلجأ إلى استخدام وسائل قاسية أو لا تتلاءم مع خطورة الظروف التي صدر فيها.

أن سلطة القضاء في الرقابة على الملائمة هي استثناء على القاعدة العامة في الرقابة على أعمال الإدارة فالأصل هو استقلال الإدارة في تقدير ملائمة قراراتها، لكن بالنظر لخطورة قرارات الضبط على الحقوق والحريات فان القضاء يبسط رقابته على الملائمة^(٣)، وهنا لا يجوز مثلاً

(١) د. عبدالله طلبه، القانون الإداري الرقابة القضائية من اعمال الإدارة (القضاء الإداري)، المطبعة الجديدة، دمشق، ط٢، ١٩٨٠، ص١٤.

(٢) المرجع السابق نفسه، ص٢٨.

(٣) د. عبدالله طلبه، مرجع سابق، ص٢٨.

لرجال الأمن أن يستخدموا إطلاق النار لتفريق تظاهره في الوقت الذي كان استخدام الغاز المسيل للدموع أو خراطيم المياه كافياً لتحقيق هذا الغرض.

ثانياً - حدود سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية: قد تطرأ ظروف استثنائية تهدد سلامة الدولة كالحروب والكوارث الطبيعية وتجعلها عاجزة عن توفير وحماية النظام العام باستخدام القواعد والإجراءات السابق بيانها وفي هذه الحالة لا بد أن تتسع سلطات هيئات الضبط لمواجهة هذه الظروف من خلال تمكينها من اتخاذ إجراءات سريعة وحازمة لمواجهة الظرف الاستثنائي، على أن الظرف الاستثنائي أياً كانت صورته حرباً أو كوارث طبيعية لا يجعل الإدارة في منأى من رقابة القضاء بشكل مطلق، فلا يعدو أن يكون الأمر توسعاً لقواعد المشروعية، فالإدارة تبقى مسؤولة في ظل الظروف الاستثنائية على أساس الخطأ الذي وقع منها، غير أن الخطأ في حالة الظروف الاستثنائية يقاس بميزان آخر غير الذي يقاس به الخطأ في الظروف العادية^(١).

ونظام الظروف الاستثنائية من شأنه المساس المباشر بحقوق وحرية الأفراد التي يكفلها الدستور، فلا بد أن يتدخل المشرع لتحديد ما إذا كان الظرف استثنائياً أم لا، ويتم ذلك باتباع أسلوبين: الأول أن تصدر قوانين تنظيم سلطات الإدارة في الظروف الاستثنائية بعد وقوعها، ويتسم هذا الأسلوب بحماية حقوق الأفراد وحريةاتهم لأنه يحرم السلطة التنفيذية من اللجوء إلى سلطات الظروف الاستثنائية إلا بعد موافقة السلطة التشريعية، ويعيبه أن هناك من الظروف الاستثنائية ما يقع بشكل مفاجئ لا يحتمل استصدار تلك التشريعات بالإجراءات الطويلة المعتادة^(٢)، بينما يتمخض الأسلوب الثاني عن وجود قوانين منظمة سلفاً لمعالجة الظروف الاستثنائية قبل قيامها ويرخص الدستور للسلطة التنفيذية بإعلان حالة الظروف الاستثنائية والعمل بمقتضى هذه القوانين.

ولا يخفى ما لهذا الأسلوب من عيوب تتمثل في احتمال إساءة الإدارة سلطتها في إعلان حالة الظروف الاستثنائية في غير أوقاتها للاستفادة مما يمنحه لها المشرع من صلاحيات في تقييد حرية الأفراد وحقوقهم، وقد اخذ المشرع اليمني بهذا الأسلوب إذ منحت المادة (١٢١) من دستور الجمهورية اليمنية سلطات واسعة من أجل مواجهه الظروف الاستثنائية.

(١) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مبادئ القانون الإداري، جامعة طنطا، ١٩٨٥م، ص ٢٤١.

(٢) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مرجع سابق، ص ٢٤١.

المبحث الثاني

المرفق العام

يعد المرفق العام المظهر الإيجابي لنشاط الإدارة وتتولاها الإدارة بنفسها أو بالاشتراك مع الأفراد، وتسعى من خلاله إلى إشباع الحاجات العامة، والمرافق العامة من أهم موضوعات القانون الإداري وترد إليها معظم النظريات والمبادئ التي ابتدعها القضاء الإداري كالعقود الإدارية والأموال العامة والوظيفة العامة، ونبين في هذا المبحث مفهوم المرفق العام والمبادئ التي تحكم المرافق العامة وأخيراً طرق إدارة المرافق العامة وذلك في أربعة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية المرفق العام.

المطلب الثاني: المبادئ التي تحكم المرافق العامة.

المطلب الثالث: التزام أو امتيازات المرافق العامة.

المطلب الرابع: الاستغلال المختلط.

المطلب الأول

ماهية المرفق العام

لبيان ماهية المرفق العام يستدعي منا أن نبين تعريفه وعناصره، ثم نستعرض أنواع المرافق العامة ونوضح أخيراً إنشاء وإلغاء هذه المرافق.

أولاً - تعريف المرفق العام:

للمرفق العام معنيان: معنى عضوي وآخر موضوعي، والمعنى العضوي يتعلق بالناحية الشكلية للمرفق العام التي تعمل على أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة، ويتعلق هذا التعريف بالإدارة أو الجهاز الإداري، أما المعنى الموضوعي فيتعلق بالنشاط الصادر عن الإدارة بهدف إشباع حاجات عامة والذي يخضع لتنظيم وإشراف ورقابة الدولة^(١).

وهنا يمكن القول بأن المرفق العام هو النشاط الذي يهدف إلى إشباع حاجات عامة بغض النظر عن الجهة التي تؤديه، وقد أكد بعض الفقهاء على العنصر العضوي للمرفق العام، بينما تناوله البعض الآخر من الناحية الوظيفية أو الموضوعية، وبعد أن كان القضاء الإداري في فرنسا ومصر يتبنى المعنى العضوي^(٢)، تطورت أحكامه للجمع بين المعنيين، ثم استقر فيما بعد على

(١) جورج فودال - بيار دلفولفيه، القانون الإداري ج ٢، مرجع سابق، ص ٥٣٨.
(٢) د. أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ط ١٠، ١٩٩٥ م، ص ١٠٣-١٠٤.

المعنى الموضوعي فعرف المرفق العام بأنه النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى، مباشرة أو تعهد به لأخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للصالح العام^(١).

وفي ذلك يعرف الأستاذ "رفيرو" المرفق العام بمعناه الوظيفي بأنه نشاط يهدف إلى تحقيق الصالح العام^(٢)، ويعرفه الدكتور طعيمة الجرف بأنه " نشاط تتولاه الإدارة بنفسها أو يتولاه فرد عادي تحت توجيهها ورقابتها وإشرافها بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور".

وفي الحقيقة يمكن الجمع بين المعنى العضوي والوظيفي للوصول إلى تعريف سليم للمرفق العام لوجود التقاء بين المعنيين، فتحقيق النفع العام وإشباع حاجات الأفراد هو ما يحصل دائماً في المرافق العامة الإدارية.

وقد اعترف مجلس الدولة في فرنسا للمرافق الاقتصادية والتجارية بصفة المرفق العام، بل أطلق هذه الصفة على بعض المشروعات الخاصة ذات النفع العام التي تخضع لترخيص إداري مقيد ببعض الشروط، وفق ما يعرف بفكرة المرافق العامة الفعلية، وفي الاتجاه ذاته اعترف القضاء الإداري في مصر للمرافق الاقتصادية بصفة المرافق العامة وأخضعها لنظام القانون العام، وكذلك الحال بالنسبة لليمن^(٣).

ثانياً - عناصر المرفق العام: إذا كان المرفق العام يتعلق بالنشاط الصادر عن الإدارة بهدف إشباع حاجات عامة والذي يخضع لتنظيم وإشراف ورقابة الدولة، فإن هذا التعريف يشتمل على ثلاثة عناصر وهي:

١. عنصر الهدف.
٢. عنصر الإدارة.
٣. وجود امتيازات السلطة العامة.

١. عنصر الهدف:

إذا كان الغرض من المرفق العام هو تحقيق المنفعة العامة وإشباع حاجات الأفراد أو تقديم خدمة عامة، وهذه الحاجات أو الخدمات قد تكون مادية كمد الأفراد بالمياه والكهرباء أو معنوية كتوفير الأمن والعدل للمواطنين، فإن تحقيق النفع العام من أهم العناصر المميزة للمرفق العام عن غيره في المشروعات التي تستهدف تحقيق النفع الخاص أو تجمع بين هذا الهدف وهدف إشباع حاجة عامة أو نفع عام.

(١) المرجع السابق نفسه، ص ١٠٤.

(٢) د مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢١١.

(٣) د. خالد باجنيد، مرجع سابق، ص ٦٠.

ومع ذلك فإن تحقيق بعض المرافق العامة للربح لا يعني حتماً فقدانها صفة المرفق العام، طالما أن هدفها الرئيس ليس تحقيق الربح، وإنما تحقيق النفع العام كما أن تحصيل بعض المرافق لعوائد مالية لقاء تقديمها الخدمات إلى المواطنين كما هو الحال بالنسبة لمرفق الكهرباء والقضاء لا يسعى لكسب عوائد مالية بقدر ما يعد وسيلة لتوزيع الأعباء العامة على كل المواطنين^(١)، ومع ذلك فإن هدف المنفعة العامة الذي اعترف القضاء الإداري به عنصراً من عناصر المرفق العام لا يمكن تحديده بدقة، فهو هدف قابل للتطور ويتوقف على تقدير القاضي إلى حد كبير.

وفي هذا السبيل ذهب جانب من الفقه إلى أن الذي يميز المرفق العام، أن المشروعات التي تنشئها الدولة تعتبر مرافق عامة لأنها تستهدف تحقيق وجهاً من وجوه النفع العام الذي عجز الأفراد وأشخاص النشاط الخاص عن القيام بها، أو لا يستطيعون القيام بها على أكمل وجه^(٢).

٢. عنصر الإدارة:

تقوم الدولة بإنشاء المرافق العامة ويجب أن يكون نشاط المرفق العام منظماً من جانب الإدارة وموضوعاً تحت إشرافها ورقابتها، وخاضعاً لتوجيهها لضمان عدم انحرافه عن المصلحة العامة لحساب المصالح الخاصة^(٣)، ولا يتحقق ذلك إلا بملكية الدولة للمرفق أو إشرافها عليه إذا عهدت الإدارة إلى أحد الأشخاص المعنوية العامة بإدارة المرافق فهذا لا يعني تخليها عن ممارسة رقابتها وإشرافها عليه من حيث تحقيقه للمصلحة العامة وإشباع الحاجات العامة للأفراد.

٣. وجود امتيازات السلطة العامة: يلزم لقيام المرافق العامة أن تتمتع الجهة المكلفة بإدارة المرفق العام بامتيازات غير مألوفة في القانون الخاص تلائم الطبيعة الخاصة للنظام القانوني الذي يحكم المرافق العامة، غير أن هذا الشرط مختلف فيه بين الفقهاء على اعتبار أن التطورات الاقتصادية وتشعب أنشطة الإدارة أفرزت إلى جانب المرافق العامة الإدارية مرافق عامة صناعية وتجارية تخضع في الجانب الأكبر من نشاطها إلى أحكام القانون الخاص كما أن خضوع المرفق للقانون العام هو مجرد نتيجة لثبوت الصفة العامة للمرفق، ومن غير المنطقي أن تعرف الفكرة بنتائجها^(٤).

غير أننا لا نتفق مع هذا الرأي من حيث إن المرافق العامة الصناعية والتجارية وإن كانت تخضع في بعض جوانبها لأحكام القانون الخاص فإنها لا تدار بنفس الكيفية التي تدار بها المشروعات

(١) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مرجع سابق، ص ١٤٠.

(٢) د. أحمد شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص ١٣٢.

(٣) د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن، مرجع سابق، ص ٣١.

(٤) المرجع السابق، ص ٢٦٠.

الخاصة كما أن إرادة المشرع في إنشائها تضعها في إطار نظام قانوني غير مألوف وإن لم تتضمن امتيازات غير مألوفة في القانون الخاص.

ومن هنا نرى ضرورة خضوع المرافق العامة لنظام قانوني متميز عن نظام القانون الخاص بسبب طبيعتها المتميزة واستهدافها المصلحة العامة ومن قبيل ذلك حقها في التنفيذ المباشر وحقها في استيفاء الرسوم، وهذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي^(١).

ثالثاً - أنواع المرافق العامة: لا تأخذ المرافق العامة صورة واحدة بل تتعدد أنواعها من حيث طبيعة النشاط الذي تمارسه فننقسم إلى مرافق إدارية ومرافق اقتصادية، ومرافق مهنية، ومن حيث استقلالها تنقسم إلى مرافق ذات شخصية معنوية مستقلة ومرافق لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ومن حيث نطاق نشاطها إلى مرافق قومية وأخرى محلية^(٢)، ومن حيث مدى الالتزام بإنشائها إلى مرافق اختيارية ومرافق إجبارية.

أ. **المرافق العامة من حيث طبيعة نشاطها:** تنقسم المرافق العامة من حيث موضوع طبيعة نشاطها إلى ثلاثة أنواع:

١. **المرافق العامة الإدارية:** يقصد بالمرافق العامة الإدارية تلك المرافق التي تتناول نشاطاً لا يزاوله الأفراد عادة إما بسبب عجزهم عن ذلك أو لقلّة أو انعدام مصلحتهم فيه، ومثالها مرافق الدفاع والأمن والقضاء^(٣).

٢. **المرافق الاقتصادية:** بفعل الأزمات الاقتصادية وتطور وظيفة الدولة ظهر نوع آخر من المرافق العامة يزاول نشاطاً تجارياً أو صناعياً مماثلاً لنشاط الأفراد وتعمل في ظروف مماثلة لظروف عمل المشروعات الخاصة، وبسبب طبيعة النشاط الذي تؤديه هذه المرافق دعا الفقه والقضاء إلى ضرورة تحرير هذه المرافق من الخضوع لقواعد القانون العام^(٤)، والأمثلة على هذه المرافق كثيرة ومنها مرفق النقل والمواصلات ومرفق توليد المياه والغاز ومرفق البريد.

٣. وقد اختلف الفقه حول معيار تمييز المرافق العامة الاقتصادية عن المرافق العامة الإدارية وعلى النحو التالي:

أ. **المعيار الشكلي:** يعتمد هذا المعيار على أساس شكل المشروع أو مظهره الخارجي فإذا اتخذ المشروع شكل المشروعات الخاصة كما لو تمت إدارته بواسطة شركة فإنه مرفق اقتصادي،

(١) د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن، مرجع سابق، ص ٢٦١.

(٢) المرجع السابق نفسه، ص ٢٦٢.

(٣) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مرجع سابق، ص ١٤٣.

(٤) المرجع السابق نفسه، ص ١٤٤.

وبعكس ذلك لو تمت إدارته بواسطة الإدارة أو تحت رقابتها وإشرافها وباستخدام أساليب السلطة العامة فهو مرفق عام إداري.

ب. **معيار الهدف:** اتجه هذا المعيار إلى التمييز بين المرافق الإدارية والمرافق الاقتصادية على أساس الغرض الذي يستهدفه المرفق، فالمرافق الاقتصادية تقوم بنشاط صناعي أو تجاري يهدف إلى تحقيق الربح مثلما هو الحال في المشروعات الخاصة، في حين لا تسعى المرافق الإدارية إلى تحقيق الربح بل تحقيق المنفعة العامة وإشباع حاجات الأفراد، غير أن هذا المعيار يتسم بالقصور من حيث أن الربح الذي تحققه المرافق الاقتصادية ليس الغرض الأساسي من إنشائها بل هو أثر من آثار الطبيعة الصناعية أو التجارية التي تمارسها فهي تستهدف أساساً تحقيق المنفعة العامة^(١)، كما أن المرافق الإدارية يمكن أن تحقق ربحاً من جراء ما تنقضاه من رسوم تقوم بتحصيلها مقابل الخدمات التي تقدمها.

ج. **معيار القانون المطبق:** ذهب جانب من الفقه إلى التمييز بين المرافق العامة الاقتصادية والمرافق العامة الإدارية على أساس النظام القانوني الذي يخضع له المرفق، فإذا كان يخضع لأحكام القانون الخاص اعتبر المرفق اقتصادياً وعلى العكس من ذلك إذا كان يخضع لأحكام القانون العام فهو مرفق عام إداري^(٢)، إلا أن هذا المعيار غير سليم ولا يتفق مع المنطق لأن المطلوب هو تحديد نوع المرفق العام قبل إخضاعه لنظام قانوني معين، وليس العكس أي أن خضوع المرفق الاقتصادي لقواعد القانون الخاص هو نتيجة لثبوت الصفة الاقتصادية للمرفق، كما أن خضوع المرفق العام للقانون الخاص مجرد قرينة على أن هذا المرفق ذو صفة اقتصادية ولكن لا يمكن الاعتماد عليها بثبوت هذه الصفة قطعاً^(٣).

د. **معيار طبيعة النشاط:** ذهب رأي آخر من الفقه وهو الرأي الراجح إلى أن المرفق يكون اقتصادياً إذا كان النشاط الذي يقوم به يعد نشاطاً تجارياً بطبيعته طبقاً لموضوعات القانون التجاري، ويعتبر المرفق مرفقاً عاماً إدارياً إذا كان النشاط الذي يمارسه نشاطاً إدارياً ومما يدخل في نطاق القانون الإداري^(٤).

وقد أخذ بهذا الرأي جانب كبير من الفقهاء، ومع أن القضاء الإداري في فرنسا لم يعتمد معياراً واحداً منها وإنما أخذ بمعيار يقوم على فكرتين أو عنصرين، العنصر الأول: ويعتمد على موضوع وطبيعة النشاط الذي يمارسه المرفق الاقتصادي الذي يتمثل مع النشاط الخاص، **العنصر الثاني:**

(١) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مرجع سابق، ص ١٤٦.

(٢) المرجع السابق نفسه، ص ١٤٦.

(٣) المرجع السابق نفسه، ص ١٤٩.

(٤) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مرجع سابق، ص ١٤٨.

يتعلق بالأساليب وطرق تنظيم وتسيير المرفق في ظل ظروف مماثلة لظروف عمل المشروعات الصناعية^(١).

أما بخصوص القانون الذي تخضع له المرافق الاقتصادية فقد استقر القضاء الإداري على أن تخضع لقواعد القانون الخاص في نشاطها ووسائل إدارتها، مع خضوعها لبعض قواعد القانون العام من قبيل انتظام سير المرافق العامة والمساواة بين المنتفعين بخدماتها وقابليتها للتغيير بما يتلاءم مع المستجدات وتمتعها ببعض امتيازات السلطة العامة اللازمة لحسن أدائها لنشاطها مثل نزع الملكية للمنفعة العامة، والاستيلاء المؤقت، وينعقد الاختصاص في هذا الجانب من نشاطها لاختصاص القضاء الإداري.

وبهذا المعنى فهي تخضع لنظام قانوني مختلط يجمع بين أحكام القانون الخاص والقانون العام معاً، إلا أن العمل قد جرى في القضاء اليمني على استثناء المرافق العامة الاقتصادية.

٤. **المرافق المهنية:** وهي المرافق التي تنشأ بقصد توجيه النشاط المهني ورعاية المصالح الخاصة بمهنة معينة، وتتم إدارة هذه المرافق بواسطة هيئات أعضائها ممن يمارسون هذه المهنة ويخولهم القانون بعض امتيازات السلطة العامة^(٢)، مثل نقابات المهندسين والمحامين والأطباء وغيرها من النقابات المهنية الأخرى، وقد ظهر هذا النوع من المرافق عقب الحرب العالمية الثانية في فرنسا.

وتخضع هذه المرافق لنظام قانوني مختلط فهي تخضع لنظام القانون العام، ومن ثم فإن المرافق المهنية تتفق مع المرافق العامة الاقتصادية من حيث خضوعها لنظام قانوني مختلط، غير أن نظام القانون العام يطبق بشكل أوسع في نطاق المرافق المهنية ويظهر ذلك في امتيازات القانون العام التي يمارسها المرفق، في حين ينحصر تطبيقه في مجال تنظيم المرفق في المرافق الاقتصادية.

ب. **من حيث استقلالها:** تنقسم المرافق العامة من حيث استقلالها إلى مرافق تتمتع بالشخصية الاعتبارية ومرافق لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية.

١. **المرافق العامة التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية:** وهي المرافق التي يعترف لها قرار إنشائها بالشخصية الاعتبارية ويكون لها كيان مستقل كمؤسسة عامة مع خضوعها لقدر من الرقابة أو الوصاية الإدارية.

(١) المرجع السابق، ص ١٤٩.

(٢) المرجع السابق نفسه، ص ١٤٩.

٢. المرافق العامة التي لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية: وهي المرافق التي لا يعترف لها قرار إنشائها بالشخصية الاعتبارية ويتم إلحاقها بأحد أشخاص القانون العام وتكون تابعة لها، كالدولة أو الوزارات أو المحافظات، وهي الغالبية العظمى من المرافق العامة.
- ج. **المرافق العامة من حيث نطاق نشاطها:** تنقسم المرافق العامة من حيث نطاق أو مجال عملها إلى مرافق قومية ومرافق محلية.
١. **المرافق القومية:** يقصد بالمرافق القومية تلك المرافق التي يتسع نشاطها ليشمل كل إقليم الدولة، كمرفق الدفاع ومرفق القضاء ومرفق الصحة، ونظراً لعمومية وأهمية النشاط الذي تقدمه هذه المرافق فأنها تخضع لإشراف الإدارة المركزية في الدولة من خلال الوزارات أو ممثليها أو فروعها في المدن، ضماناً لحسن أداء هذه المرافق لنشاطها وتحقيقاً للمساواة في توزيع خدماتها، وتحمل الدولة المسؤولية الناتجة عن الأضرار التي تنسب فيها المرافق القومية بحكم إدارتها لها والإشراف على شؤونها.
٢. **المرافق المحلية:** يقصد بها المرافق التي يتعلق نشاطها بتقديم خدمات لمنطقة محددة أو منطقة معينة من إقليم الدولة ويعهد بإدارتها إلى الوحدات المحلية، كمرفق النقل أو مرفق توزيع المياه أو الكهرباء وغيرها من المرافق التي تشبع حاجات محلية^(١)، وتتميز المرافق المحلية بالاختلاف والتنوع في أساليب إدارتها بحكم اختلاف وتنوع حاجات كل وحدة محلية، كما أن المسؤولية الناتجة عن الأضرار التي تنسب بإحداثها المرافق المحلية أو موظفيها ويتحملها الشخص الاعتباري المحلي أو الإقليمي^(٢).
- د. **المرافق العامة من حيث مدى الالتزام بإنشائها:** تنقسم المرافق العامة من حيث حرية الإدارة في إنشائها إلى مرافق اختيارية وأخرى إجبارية:
١. **المرافق الاختيارية:** الأصل في المرافق العامة أن يتم إنشاؤها بشكل اختياري من جانب الدولة، ولجهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة في اختيار وقت ومكان إنشاء المرفق ونوع الخدمة أو النشاط الذي يمارسه وطريقة إدارته، ولا يملك الأفراد إجبار الإدارة على إنشاء مرفق عام معين ولا يملكون الوسائل القانونية التي يمكنهم حملها على إنشاء هذا المرفق أو مقاضاتها لعدم إنشائها له ويطلق الفقه على المرافق العامة التي تنشئها الإدارة بسلطتها التقديرية اسم المرافق العامة الاختيارية^(٣).

(١) د. علي علي المصري، الوجيز في القانون الإداري اليمني ج ١ تنظيم الإدارة ووظائفها، مرجع سابق، ص ٥٥.

(٢) د. أحمد شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص ١٦٧.

(٣) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مرجع سابق، ص ١٥٩.

٢. **المرافق العامة الإجبارية:** إذا كان الأصل أن يتم إنشاء المرافق العامة اختيارياً فإن الإدارة استثناء تكون ملزمة بإنشاء بعض المرافق العامة عندما يلزمها القانون أو جهة إدارية أعلى بإنشائها ومثال ذلك إنشاء الإدارة لمرفق الأمن والصحة فهي مرافق إجبارية بطبيعتها وتهدف لحماية الأمن والصحة العامة وغالباً ما تصدر القوانين بإنشائها.

رابعاً - إنشاء وإلغاء المرافق العامة:

أ. **إنشاء المرافق العامة:** يكاد يجمع الفقه والقضاء على ضرورة أن يكون إنشاء المرفق العام بقانون، وحيث إن إنشاء المرافق العامة يتضمن غالباً المساس بحقوق الأفراد وحررياتهم لاعتمادها أحياناً على نظام الاحتكار الذي يمنع الأفراد من مزاوله النشاط الذي يؤديه المرفق وفي أحيان أخرى يقيدهم بممارسة نشاطات معينة بحكم تمتع المرافق العامة بوسائل السلطة العامة وامتيازاتها التي تجعل الأفراد في وضع لا يسمح لهم بمنافسة نشاطات هذه المرافق (١)، ولأن إنشاء المرافق العامة يتطلب اعتمادات مالية كبيرة في الميزانية لمواجهة نفقات إنشاء هذه المرافق وإدارتها، فقد درج الفقه والقضاء على ضرورة أن يكون إنشاء المرافق العامة بقانون أو بناء على قانون صادر من السلطة التشريعية أي أن تتدخل السلطة التشريعية مباشرة فتصدر قانوناً بإنشاء المرفق أو أن تعهد بسلطة إنشاء المرفق إلى سلطة أو هيئة تنفيذية، ويتم إنشاء المرافق العامة بأسلوبين:

الأول: أن تقوم السلطة المختصة بإنشاء المرفق ابتداءً.

الثاني: أن تعمد السلطة إلى نقل ملكية بعض المشروعات الخاصة إلى الملكية العامة، كتأميمها لاعتبارات المصلحة العامة مقابل تعويض عادل، وقد حسم المشرع اليمني كيفية إنشاء هذه المرافق، حيث نصت المادة (٨) من الدستور على أنه: "تقوم السياسة الاقتصادية للدولة على أساس التخطيط العلمي، وبما يكفل إنشاء المؤسسات العامة العاملة في حقل استغلال واستثمار الموارد العامة والطبيعية وتنمية وتطوير قدرات وفرص كل من القطاع العام، والخاص والمختلط في شتى مجالات التنمية الاقتصادية والاجتماعية وفي إطار الخطة العامة للدولة بما يخدم المصلحة العامة والاقتصاد الوطني"، وبناءً على ذلك صدر القانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٩١م بشأن الهيئات والمؤسسات والشركات العامة، أما المادة (١٤٦) من الدستور فقد أعطت السلطة المحلية حق إنشاء المرافق المحلية حيث تنص على أنه: "تقوم الدولة بتشجيع ورعاية هيئات التطوير التعاوني على مستوى الوحدات الإدارية باعتبارها من أهم وسائل التنمية المحلية"، فلها الحق في إنشاء المرافق المحلية وفقاً للقانون رقم (٤) لسنة ٢٠٠٠م الخاص بالسلطة المحلية.

(١) د. سليمان الطمطاوي، المرجع السابق، ص ٣٩٤.

ب. **إلغاء المرافق العامة:** إذا كان المرفق العام ينشأ لإشباع حاجات عامة لتحقيق مصالح عامة، والذي يخضع لتنظيم وإشراف ورقابة الدولة، فإن الأفراد لا يملكون إجبار الإدارة على إنشاء المرافق العامة ولا يستطيعون إجبارها على الاستمرار في تأدية خدماتها إذا ما قدرت السلطة العامة إن إشباع الحاجات التي يقدمها المرفق يمكن أن يتم بغير وسيلة المرفق العام أو لاعتبارات أخرى تقدرها هي وفقاً لمتطلبات المصلحة العامة.

والقاعدة أن يتم الإلغاء بنفس الأداة التي تقرر بها الإنشاء، فالمرفق الذي تم إنشاؤه بقانون لا يتم إلغاؤه إلا بنفس الطريقة وإذا كان إنشاء المرفق بقرار من السلطة التنفيذية فيجوز أن يلغى بقرار إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

وعندما يتم إلغاء المرفق العام فإن أمواله تضاف إلى الجهة التي نص عليها القانون الصادر بإلغائه، فإن لم ينص على ذلك، فإن أموال المرفق تضاف إلى أموال الشخص الإداري الذي كان يتبعه هذا المرفق، أما بالنسبة للمرافق العامة التي يديرها أشخاص معنوية عامة مستقلة فإن مصير أموالها يتم تحديده من خلال معرفة مصدر هذه الأموال كأن تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الإقليمية الأخرى فيتم منحها لها.

أما إذا كان مصدرها تبرعات الأفراد والهيئات الخاصة فإن هذه الأموال تؤول إلى أحد المرافق العامة التي تستهدف نفس غرض المرفق الذي تم إلغاؤه أو غرضاً مقارباً له، احتراماً لإرادة المتبرعين^(١).

المطلب الثاني

المبادئ التي تحكم المرافق العامة

تخضع المرافق العامة لمجموعة من المبادئ العامة التي استقر عليها القضاء والفقهاء والتي تضمن استمرار عمل هذه المرافق وأدائها لوظيفتها في إشباع حاجات الأفراد، وأهم هذه المبادئ مبدأ استمرار سير المرفق العام ومبدأ قابلية المرفق للتغيير ومبدأ المساواة بين المنتفعين^(٢).
أولاً - **مبدأ استمرار سير المرفق العام:** تتولى المرافق العامة تقديم الخدمات للأفراد وإشباع حاجات عامة وجوهرية في حياتهم ويترتب على انقطاع هذه الخدمات حصول خلل واضطراب في حياتهم اليومية.

(١) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مرجع سابق، ص ١٦٢.
(٢) جورج فودال - بيار دلفولفييه، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٥٤٧.

لذلك كان من الضروري ألا تكتفي الدولة بإنشاء المرافق العامة بل تسعى إلى ضمان استمرارها وتقديمها للخدمات، لذلك حرص القضاء على تأكيد هذا المبدأ واعتباره من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري ومع أن المشرع يتدخل في كثير من الأحيان لإرساء هذا المبدأ في العديد من مجالات النشاط الإداري، فإن تقريره لا يتطلب نص تشريعي لأن طبيعة نشاط المرافق العامة تستدعي الاستمرار والانتظام.

ويترتب على تطبيق هذا المبدأ عدة نتائج منها: تحريم الإضراب، وتنظيم استقالة الموظفين العموميين ونظرية الموظف الفعلي ونظرية الظروف الطارئة، وعدم جواز الحجز على أموال المرفق.

أ- **تحريم الإضراب:** يقصد بالإضراب توقف بعض أو كل الموظفين في مرفق معين عن أداء أعمالهم لمدة معينة كوسيلة لحمل الإدارة على تلبية طلباتهم دون أن تنصرف نيتهم إلى ترك العمل نهائياً^(١)، وللإضراب نتائج بالغة الخطورة على سير العمل في المرفق وقد تتعدى نتائجها إلى الأضرار بالحياة الاقتصادية والأمن في الدولة وليس هناك موقف موحد بشأن الإضراب، ومدى تحريمه فهناك من الدول التي تسمح به في نطاق ضيق، غير أن أغلب الدول تحرمه وتعاقب عليه ضماناً لدوام استمرار المرافق العامة.

ب- **تنظيم الاستقالة -تنظم** التشريعات ومنها التشريع اليمني استقالة الموظف، وفي تطبيقات هذا المبدأ تنظيم استقالة الموظفين بعدم جواز إنهاء خدماتهم بإرادتهم عن طريق تقديم طلب يتضمن ذلك قبل قبوله لما يؤدي إليه هذا التصرف من تعطيل العمل في المرفق.

ج- **الموظف الفعلي:** يقصد بالموظف الفعلي "هو الشخص المعين بقرار من السلطة المختصة للقيام بعمل ذهني أو مهني أو حرفي أو غيره تنظمه وظيفة مصنفة ومعتمدة في الموازنة العامة للدولة، والذي يعتبر بمجرد تعيينه في مركز نظامي سواء كانت الوظيفة دائمة أو مؤقتة بموجب هذا القانون واللوائح المنفذة له والقوانين والقرارات الأخرى النافذة^(٢)، ولا شك أنه لا يجوز للأفراد العاديين أن يتولون وظيفة عامة بصورة غير قانونية لأنهم يكونون مغتصبين لها وجميع تصرفاتهم تعتبر باطلة، غير أنه استثناء على هذه القاعدة وحرصاً على دوام استمرار سير المرافق العامة في ظروف الحروب والثورات عندما يضطر الأفراد إلى إدارة المرفق دون إذن من السلطة اعترف القضاء

(١) د. أحمد عبدالرحمن شرف الدين، مرجع سابق، ص ١٥٧.
(٢) أنظر المادة (٢) من قانون الخدمة المدنية اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٠ م.

- والفقه ببعض الآثار القانونية للأعمال الصادرة منهم كموظفين فعليين^(١)، فتعتبر الأعمال الصادرة عنهم سليمة ويمنحون مرتباً لقاء أدائهم لعملهم إذا كانوا حسني النية.
- د- **نظرية الظروف الطارئة:** تفترض نظرية الظروف الطارئة أنه إذا وقعت حوادث استثنائية عامة غير متوقعة بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه وخارجه عن إرادة المتعاقد وكان من شأنها أن تؤدي إلى إلحاق خسائر غير مألوفة وإرهاق للمتعاقد مع الإدارة فإن للإدارة أن تتفق مع المتعاقد على تعديل العقد وتنفيذه بطريقة تخفف من إرهاق المتعاقد وتحمل بعض عبء هذا الإرهاق بالقدر الذي يمكن المتعاقد من الاستمرار بتنفيذ العقد فإن لم يحصل هذا الاتفاق فإن للقضاء أن يحكم بتعويض المتعاقد تعويضاً مناسباً وهذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي أقرها خروجاً على الأصل في عقود القانون الخاص التي تقوم على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"^(٢)، ضماناً لاستمرار سير المرافق العامة وللحيلولة دون توقف المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزاماته وتعطيل المرافق العامة.
- هـ- **عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام:** خلافاً للقاعدة العامة التي تجيز الحجز على أموال المدين الذي يمتنع عن الوفاء بديونه، لا يجوز الحجز على أموال المرافق العامة وفاءً لما يتقرر للغير من ديون في مواجهتها لما يترتب على ذلك من تعطيل للخدمات التي تؤديها^(٣)، ويستوي في ذلك أن تتم إدارة المرافق العامة بالطريق المباشر أو أن تتم إدارتها بطريق الالتزام مع أن أموال المرفق في الحالة الأخيرة تكون مملوكة للملتزم، فقد استقرت أحكام القضاء على أنه لا يجوز الحجز على هذه الأموال تأسيساً على مبدأ دوام استمرار المرافق العامة ولأن المرافق العامة أيّاً كان أسلوب أو طريقة إدارتها تخضع للقواعد الضابطة لسير المرافق العامة^(٤).

ثانياً - مبدأ قابلية المرفق للتغيير:

إذا كانت المرافق العامة تهدف إلى إشباع الحاجات العامة للأفراد وكانت هذه الحاجات متطورة ومتغيرة باستمرار فإن الإدارة المنوط بها إدارة وتنظيم المرافق العامة تملك دائماً تطوير وتغيير المرفق من حيث أسلوب إدارته وتنظيمه وطبيعة النشاط الذي يؤديه بما يتلاءم مع الظروف والمتغيرات التي تطرأ على المجتمع ومسايرة لحاجات الأفراد المتغيرة باستمرار ومن تطبيقات

(١) د. مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص ٣٢١.

(٢) المرجع السابق، ص ٣٢٤.

(٣) د. علي علي المصري، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

(٤) د. مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص ٣٠٧.

هذا المبدأ أن من حق الجهات الإدارية القائمة على إدارة المرفق كلما دعت الحاجة أن تتدخل لتعديل إدارتها المنفردة لتعديل النظم واللوائح الخاصة بالمرفق أو تغييرها بما يتلاءم والمستجدات دون أن يكون لأحد المنتفعين الحق في الاعتراض على ذلك والمطالبة باستمرار عمل المرافق بأسلوب وطريقة معينة ولو أثر التغيير في مركزهم الشخصي(١)، وقد استقر القضاء والفقهاء على أن هذا المبدأ يسري بالنسبة لكافة المرافق العامة أيًا كان أسلوب إدارتها بطريق الإدارة المباشرة أم بطريق الالتزام(٢)، كما أن علاقة الإدارة بالموظفين التابعين لها في المرافق علاقة ذات طبيعة لائحية، فلها دون الحاجة إلى موافقتهم نقلهم من وظيفة إلى أخرى أو من مكان إلى آخر تحقيقاً لمقتضيات المصلحة العامة، وفي هذا الاتجاه يذكر الدكتور "سليمان الطماوي" إن الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل مرتبطة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة ومن أولها قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير والمرفق العام يقبل التغيير في كل وقت متى ثبت أن التغيير من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها إلى المنتفعين وفكرة التعديل هي فكرة ملازمة للقاعدة السابقة(٣)، وتتبع هذه الطريقة في إدارة المرافق العامة الإدارية القومية بصفة أساسية ويرجع ذلك إلى أهمية هذه المرافق واتصالها بسيادة الدولة كمرفق الأمن والدفاع والقضاء، وفي الوقت الحاضر أصبحت الكثير من المرافق الإدارية تدار بهذه الطريقة وكذلك بعض المرافق الصناعية والتجارية متى وجدت الإدارة أن من المناسب عدم ترك إدارتها لأشخاص القانون الخاص.

ثالثاً - أسلوب المؤسسة أو الهيئة العامة:

قد يلجأ المشرع إلى أسلوب آخر لإدارة المرافق العامة، فيمنح إدارتها إلى أشخاص عامة تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة ويسمح لها باستخدام وسائل القانون العام ويكون موظفيها موظفين عموميين وأموالها أموالاً عامة وأعمالها أعمالاً إدارية.

ويطلق على هذه الأشخاص الإدارية الهيئات العامة إذا كان نشاط المرفق الذي تديره تقديم خدمات عامة ويطلق عليها المؤسسات العامة إذا كان الموضوع نشاط المرفق تجارياً أو صناعياً أو زراعياً أو مالياً(٤).

كما تتميز الهيئات العامة عن المؤسسات العامة من حيث أن المؤسسات العامة لها ميزانية مستقلة لا تلحق في الغالب بالميزانية العامة للدولة وتوضع ميزانيتها على نمط المشاريع الاقتصادية والتجارية وتكون أموالها مملوكة للدولة ملكية خاصة، في حين تعد أموال الهيئات العامة أموالاً

(١) د. أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص ١٦٦.

(٢) د. مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص ٣١٢.

(٣) د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٣٩٧.

(٤) د. محمد رفعت عبدالوهاب، د. عصام عجيلة، القانون الإداري اليمني، ط ١٩٨٥، ص ١٧٨.

عامة وتلحق ميزانيتها بميزانية الدولة، كذلك تتميز رقابة الدولة على الهيئات العامة بأنها أكثر اتساعاً من رقابتها على المؤسسات العامة نظراً لطبيعة نشاط الهيئات العامة وتعلقه بتقديم الخدمات العامة^(١).

المطلب الثالث

التزام أو امتيازات المرافق العامة

للتخفيف من الأعباء تتعاقد الإدارة مع فرد أو شركة لإدارة واستغلال مرفق من المرافق العامة الاقتصادية لمدة محددة بأمواله وعماله وأدواته وعلى مسؤوليته مقابل التصريح له بالحصول على الرسوم من المنتفعين بخدمات المرفق وفق ما يسمى بعقد التزام المرافق العامة أو عقد الامتياز، وقد استقر القضاء والفقه على اعتبار عقد الالتزام عملاً قانونياً مركباً يشمل على نوعين من النصوص، الأول منه يتعلق بتنظيم المرفق العام وبسيره وتملك الإدارة تعديل هذه النصوص وفقاً لحاجة المرفق أما النوع الثاني من النصوص فيسمى بالنصوص أو الشروط التعاقدية التي تحكمها قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، ومنها ما يتعلق بتحديد مدة الالتزام و الالتزامات المالية بين المتعاقدين ولا تتعدى ذلك لتشمل أسلوب تقديم الخدمات للمنتفعين^(٢) وعلى أي حال فإن المرفق العام الذي يدار بهذا الأسلوب يتمتع بذات امتيازات المرافق العامة الأخرى كونه يهدف إلى تحقيق النفع العام، فهو يخضع لنفس المبادئ الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة وهي مبدأ إقرار سير المرافق بانتظام واطراد ومبدأ قابلية المرفق للتعديل ومبدأ المساواة في الانتفاع بخدمات المرفق، كما يتمتع الملتزم بحق نزع الملكية للمنفعة العامة. غير أن من يعمل في المرفق الذي يدار بهذا الأسلوب لا يعد موظفاً عاماً بل يخضع في علاقته بالملتزم لأحكام القانون الخاص، وتمارس الإدارة في مواجهة الملتزم سلطة الرقابة والإشراف على ممارسة عمله وفقاً لشروط العقد والقواعد الأساسية لسير المرافق العامة، على ألا تصل سلطة الإدارة في الرقابة حداً يغير من طبيعة الالتزام، وتعديل جوهره أو أن تحل محل الملتزم في إدارة المرفق وإلا خرج عقد الالتزام عن مضمونه وتغير استغلال المرفق إلى الإدارة المباشرة.

(١) د. سليمان الطمطاوي، مرجع سابق، ص ٣٩٧.

(٢) د. محمد رفعت عبدالوهاب، د. عصام عجيلة، القانون الإداري اليمني، ط ١٩٨٥، ص ١٨٠.

غير أن الإدارة تملك إنهاء عقد الالتزام قبل مدته بقرار إداري ولو لم يصدر أي خطأ من الملتزم كما قد يصدر الاسترداد بموجب قانون حيث تلجأ الإدارة إلى المشرع لإصدار قانون باسترداد المرفق وإنهاء الالتزام وهو ما يحصل غالباً عند التأميم^(١)، وفي الحالتين للملتزم الحق في المطالبة بالتعويض، وفي مقابل إدارة الملتزم للمرفق العام وتسييره يكون له الحق بالحصول على المقابل المالي المتمثل بالرسوم التي يتقاضاها نظير الخدمات التي يقدمها للمنتفعين كما يكون له الحق في طلب الإعفاء من الرسوم الجمركية ومنع الأفراد من مزاوله النشاط الذي يؤديه المرفق.

المطلب الرابع

الاستغلال المختلط

يقوم هذا الأسلوب على أساس اشتراك الدولة أو أحد الأشخاص العامة مع الأفراد في إدارة مرفق عام، ويتخذ هذا الاشتراك صورة شركة مساهمة تكتتب الدولة في جانب من أسهمها على أن يساهم الأفراد في الاكتتاب بالجزء الأخر، وتخضع هذه الشركة إلى أحكام القانون التجاري مع احتفاظ السلطة العامة بوصفها ممثلة للمصلحة العامة بالحق في تعيين بعض أعضاء مجلس الإدارة وأن يكون الرأي الأعلى لها في هذا المجلس ويأتي هذا من خلال الرقابة الفعالة التي تمارسها الدولة أو الشخص العام المشارك في هذه الشركة على أعمالها وحساباتها.

تتم إدارة المرفق إدارة مختلطة من ممثلي الإدارة و توفر هذه الطريقة نوع من التعاون بين الأفراد والسلطة العامة في سبيل الوصول إلى إدارة ناضجة وربح معقول^(٢) وقد انتشرت شركات الاقتصاد المختلط في كثير من الدول الأوروبية كوسيلة لإدارة المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي لا سيما فرنسا في إدارة مرافق النقل والطاقة لما يحققه هذا الأسلوب في فائدة تتمثل في تخليص المرافق العامة من التعقيدات والإجراءات الإدارية التي تظهر في أسلوب الإدارة المباشرة، كما أنه يخفف العبء عن السلطة العامة ويتيح لها التفرغ لإدارة المرافق العامة القومية، ويساهم في توظيف رأس المال الخاص لما يخدم التنمية الاقتصادية، ويخضع هذا النوع من الشركات لأحكام القانون التجاري اليمني رقم (٣٥) لسنة ١٩٩١ وتعديلاته .

(١) د. محمد رفعت عبدالوهاب ، د. عصام عجيلة، القانون الإداري اليمني، ط١٩٨٥، ص٢١٠ ومابعدھا.

(٢) د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، مرجع سابق، ص٢٤٢.

الفصل الرابع

القرار الإداري

من المعلوم أن موضوع القرار الإداري من أكثر المواضيع أهمية في القانون الإداري، فهو الأسلوب الأكثر شيوعاً في أعمال الإدارة، ولا نظير له في مجال القانون الخاص، له آثاره القانونية، وتتناول تعريفه والتمييز بين القرار الإداري وأعمال الدولة الأخرى، ونبين أركانه (عناصره) وأنواعه والشروط اللازم توافرها في القرار الإداري ليكون صحيحاً وسليماً من الناحية القانونية ونهاية القرارات الإدارية، والنظام القانوني، وعلى النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم وعناصر القرار الإداري.

المبحث الثاني: تمييز القرار الإداري عن أعمال الدولة الأخرى.

المبحث الثالث: تصنيف القرارات الإدارية.

المبحث الرابع: النظام القانوني للقرارات الإدارية.

المبحث الخامس: النظام القانوني للقرارات الإدارية.

المبحث الأول

مفهوم وعناصر القرار الإداري

المطلب الأول

تعريف القرار الإداري

أهتم الفقه والقضاء بشأن موضوع القرار الإداري، واختلفوا في تعريفه من حيث الألفاظ فإنه ينم عن مضمون واحد، فقد عرفه العميد " دوجي " بأنه كل عمل إداري يصدر بقصد تعديل الأوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدوره أو كما تكون في لحظة مستقبلية معينة، وعرفه " بونار " بأنه كل عمل إداري يحدث تغييراً في الأوضاع القانونية القائمة^(١)، وعرفه " رفيرو " بأنه العمل الذي بواسطته تقوم الإدارة باستعمال سلطتها في تعديل المراكز القانونية بإرادتها المنفردة^(٢).

(١) د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٤٠.

(٢) د. سليمان الطمطاوي، مرجع سابق، ص ٣٩٧.

أما في الفقه العربي، فقد عرفه الدكتور "سامي جمال الدين" بأنه تعبير عن الإرادة المنفردة لسلطة إدارية بقصد أحداث أثر قانوني معين^(١)، وعرفه الدكتور "ماجد راغب الحلو" بأن القرار الإداري هو إفصاح عن إرادة منفردة يصدر عن سلطة إدارية ويرتب آثاراً قانونية".

أما القضاء الإداري المصري فقد استقر على تعريفه أنه إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد أحداث أثر قانوني معين ابتغاء مصلحة عامة^(٢) ويتضح من هذه التعريفات أن هناك عدة شروط يجب توافرها لتكون أمام قرار إداري وهي:

- أن القرار الإداري صادر من جهة إدارية.
- صادر بالإرادة المنفردة للإدارة.
- القرار الإداري عمل قانوني.

أولاً- إن القرار الإداري صادر من جهة إدارية:

لكي نكون أمام قرار إداري يشترط أن يصدر القرار من سلطة إدارية سواء أكانت داخل حدود الدولة أو خارجها من دون النظر إلى مركزية السلطة أو عدم مركزيتها، وأن يصدر هذا القرار من شخص عام له الصفة الإدارية وقت إصداره ولا عبرة بتغير صفته بعد ذلك، وهو ما يميز القرار الإداري عن الأعمال التشريعية والقضائية التي بينها وفقاً للمعيار الشكلي، إذ يتم النظر إلى صفة الجهة التي قامت بالعمل والإجراءات المتبعة في إصداره.

ووفقاً لهذا الشرط لا يمكن اعتبار القرارات الصادرة عن أشخاص القانون الخاص قرارات إدارية إلا في حالتين اعترف فيهما القضاء الإداري بالصفة الإدارية للقرارات الصادرة من أشخاص القانون الخاص، تتعلق الحالة الأولى بالقرارات الصادرة عن الموظف الفعلي أو الظاهر، وهو شخص تدخل خلافاً للقانون في ممارسة اختصاصات وظيفة عامة، متخذاً مظهر الموظف القانوني المختص، أما في الحالة الثانية فتتعلق بالقرارات الصادرة من ملتزم المرافق العامة^(٣).

ثانياً- صدور القرار بالإرادة المنفردة للإدارة:

يجب أن يصدر القرار من جانب الإدارة وحدها، وهو ما يميز القرار الإداري عن العقد الإداري الذي يصدر باتفاق أرائتين سواء أكانت هاتين الإرادتين لشخصين من أشخاص القانون العام أو كان أحدها لشخص من أشخاص القانون الخاص.

(١) د. عبدالفتاح صبري أبو الليل، الوجيز في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٢١٢.

(٢) المحكمة الإدارية العليا مصر، س ١٢ق، بتاريخ ١٩٦٧/٩/٢، ملف رقم ١٢-١٣٩-١٢٣٦٦.

(٣) د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن، مرجع سابق، ص ٥٤٢.

والقول بضرورة أن يكون العمل الإداري صادراً من جانب الإدارة وحدها ليكتسب صفة القرار الإداري لا يعني أنه يجب أن يصدر من فرد واحد، فقد يشترك في تكوينه أكثر من فرد كل منهم يعمل في مرحلة من مراحل تكوينه لأن الجميع يعملون لحساب جهة إدارية واحدة^(١).

ثالثاً-القرار الإداري عمل قانوني: من المعلوم أن المركز القانوني هو عبارة عن مجموعة الحقوق والواجبات لشخص معين أو مجموعة من الأشخاص (٢)، ولكي يكون القرار إدارياً يجب أن يرتب آثاراً قانونية وذلك بإنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني معين، فإذا لم يترتب على العمل الإداري ذلك فإنه لا يعد قراراً إدارياً، لهذا نجد القضاء الإداري الفرنسي يشترط في القرار المطعون فيه بالإلغاء أن ينتج ضرراً برفع الدعوى، ومن ثم تكون له مصلحة في إلغاء هذا القرار ويتطلب توفر عنصرين أساسيين للقول بوجود مصلحة للطاعن هما^(٣):

١. وجوب تولد آثار قانونية عن القرار المطعون فيه، ومن ثم يجب استبعاد القرارات التي لا يحدث آثاراً قانونية من نطاق دعوى الإلغاء.

٢. أن يحمل القرار قابلية أحداث آثار قانونية بنفسه، وبناءً على ذلك فإن الأعمال التمهيدية والتقارير والمذكرات التحضيرية التي تسبق اتخاذ القرار لا تعد قرارات إدارية لعدم تحقق هذين العنصرين، وهذه الأعمال:

أ. **الأعمال التمهيدية والتحضيرية:** وهي مجموعة من القرارات التي تتخذها الإدارة وتتضمن رغبات واستشارات وتحقيقات تمهيداً لإصدار قرار إداري فلا تولد آثاراً قانونية ولا يجوز الطعن فيها بالإلغاء.

ب. **المنشورات والأوامر المصلحية:** وهي الأعمال التي تتضمن تعليمات وتوجيهات صادرة من رئيس الدائرة إلى مرؤوسيه لتفسير القوانين أو اللوائح وكيفية تطبيقها وتنفيذها، ما دامت هذه المنشورات لم تتعد هذا المضمون أما إذا تضمنت أحداث آثار في مراكز الأفراد فأنها تصبح قرارات إدارية يقبل الطعن فيها بالإلغاء.

ج. **الأعمال اللاحقة لصدور القرار:** الأصل أن هذه الأعمال لا ترتب آثاراً قانونية لأنها إما أن تكون بمثابة إجراءات تنفيذية لقرارات سابقة فلا يقبل الطعن فيها بالإلغاء لأنها تنصب على تسهيل تنفيذ القرار الإداري السابق، ولا تشير إلى قرارات مستقبلية فلا يكون الأثر المترتب عليها حالاً.

(١) د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن، مرجع سابق، ص ٥٤٢.

(٢) د. أحمد عبدالرحمن شرف الدين، مرجع سابق، ص ٢٥.

(٣) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مرجع سابق، ص ٤٣٥.

د. **الإجراءات الداخلية:** وتشمل إجراءات التنظيم للمرافق العامة التي تضمن حسن سيرها بانتظام وأطراد، والإجراءات التي يتخذها الرؤساء الإداريون في مواجهة موظفيهم المتعلقة بتقسيم العمل في المرفق وتبصير الموظفين بالطريق الأمثل لممارسة وظائفهم، وهذا النوع من الإجراءات لا يدخل من ضمن القرارات الإدارية التي يجوز الطعن بها أمام دوائر القضاء الإداري لأنها لا تؤثر في المراكز القانونية للأفراد.

المطلب الثاني

عناصر القرار الإداري

أستقر الفقه والقضاء على أنه يلزم أن يتوافر للقرار الإداري باعتباره عملاً قانونياً خمس عناصر لينتج آثاره ويكون صحيحاً هي: الاختصاص، الشكل، السبب، المحل، الغاية^(١).
أولاً - الاختصاص:

لكي يكون القرار الإداري صحيحاً يجب أن يصدر من المختص قانوناً، وإلا عد القرار غير مشروع وباطل، ويقصد بالاختصاص القدرة على مباشرة عمل إداري معين أو تحديد مجموعة الأعمال والتصرفات التي يكون للإدارة أن تمارسها قانوناً وعلى وجه يعتد به^(٢)، وقواعد الاختصاص تتعلق بالنظام العام، لذلك لا يجوز لصاحب الاختصاص أن يتفق مع الأفراد على تعديل تلك القواعد، وإلا فإن القرار الصادر مخالفاً لهذه القواعد يكون معيباً بعبء عدم الاختصاص، ويكون لصاحب الشأن أن يطعن بهذا العيب أمام القضاء الإداري بدعوى الإلغاء ولا يسقط الدفع بهذا العيب بالدخول في موضوع الدعوى، ويجوز إبدائه في أي مرحلة من مراحلها، وعلى القاضي أن يحكم بعدم الاختصاص تلقائياً لو لم يثيره طالب الإلغاء، والقاعدة أن يتم تحديد اختصاصات كل عضو إداري بموجب القوانين والأنظمة ولا يجوز تجاوز هذه الاختصاصات وإلا اعتبر القرار الصادر من هذا العضو باطلاً.

(١) د. طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص ٢٤٣.
(٢) د. عبدالله طلبه، القانون الإداري الرقابة القضائية من أعمال الإدارة (القضاء الإداري)، المطبعة الجديدة، دمشق، ط ٢، ١٩٨٠، ص ١٤.

وقد شبه بعض الفقهاء قواعد الاختصاص في القانون العام بقواعد الأهلية في القانون الخاص لأن كلاهما يقوم في الأساس على القدرة على مباشرة التصرف القانوني، والقواعد القانونية المتعلقة بالاختصاص يمكن حصرها بالعناصر الآتية^(١):

١. **من حيث الأشخاص:** يشترط لصحة القرار الإداري أن يصدر من الشخص أو الهيئة المنوط بها إصداره، فلا يملك هذا الشخص أو تلك الجهة نقل اختصاصها للغير إلا في الأحوال التي يجيزها القانون بناءً على تفويض أو حل قانوني صحيح وإلا كان القرار الصادر مشوباً بعيب عدم الاختصاص.

٢. **من حيث الموضوع:** يحدد القانون اختصاصات كل موظف أو جهة إدارية بموضوعات معينة فإذا تجاوز هذا الموظف أو الإدارة اختصاصاته تلك فتعدى على اختصاصات جهة أخرى، تحقق عيب عدم الاختصاص، ويكون هذا الاعتداء إما من جهة إدارية على اختصاصات جهة إدارية أخرى موازية أو مساوية لها، أو من جهة إدارية دنياً على اختصاصات جهة إدارية عليا أو من جهة أخرى إدارية عليا على اختصاصات جهة أدنى منها، أو اعتداء السلطة المركزية على اختصاصات الهيئات اللامركزية.

٣. **من حيث المكان:** يتم من خلالها تحديد النطاق المكاني الذي يجوز لرجل الإدارة أن يباشر اختصاصه فيه، فإذا تجاوز هذا النطاق، فإن قراراته تكون مشوبة بعيب عدم الاختصاص، وهذا العيب قليل الحدوث في العمل لأن المشرع كثيراً ما يحدد وبدقة النطاق المكاني الذي يجوز لرجل الإدارة أن يمارس اختصاصه فيه وغالباً ما يتقيد الأخير بحدود هذا الاختصاص ولا يتعداه.

٤. **من حيث الزمان:** وذلك بأن يتم تحديد فترة زمنية معينة يكون لرجل الإدارة أن يباشر اختصاصه فيها، فإذا أصدر قرار خارج النطاق الزمني المقرر لممارسته، كما لو أصدر رجل الإدارة قراراً إدارياً قبل صدور قرار تعيينه أو بعد قبول استقالته أو فصله من الوظيفة أو إحالته على التقاعد، كذلك إذا حدد المشرع مدة معينة لممارسته اختصاص معين أو لإصدار قرار محدد فإن القرار الإداري الصادر بعد انتهاء المدة الزمنية المعينة لإصداره يعد باطلاً ومعيباً بعدم الاختصاص إذا اشترط المشرع ذلك.

ثانياً - الشكل: من المعلوم أن القرار يجب أن يصدر طبقاً للإجراءات التي حددها المشرع ووفقاً للشكل المرسوم له، ويقصد بالشكل هو المظهر الخارجي أو الإجراءات التي تعبر بها الإدارة عن إرادتها الملزمة للأفراد.

(١) د. سليمان الطمطاوي، مرجع سابق، ص ٣١٧.

والأصل أن الإدارة غير ملزمة بأن تعبر عن إرادتها بشكل معين إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، وفي هذه الحالة يجب أن يتخذ القرار الشكلية المقررة لصدوره، كأن يشترط القانون ضرورة أن يكون القرار مكتوباً، أو استشارة جهة متخصصة قبل إصداره أو تسببيه إلى غير ذلك من أشكال أخرى، ويحدد القانون بمعناه العام قواعد الشكل والإجراءات بما ينص عليه الدستور أو التشريع العادي أو الأنظمة وكذلك تؤدي المبادئ القانونية العامة دوراً مهماً في ابتداء قواعد شكلية غير منصوص عليها في القانون والأنظمة بالاستناد إلى روح التشريع وما يمليه العقل وحسن تقدير الأمور^(١)، وعندما يشترط القانون إتباع شكل أو إجراء معين إنما يسعى من جهة إلى تحقيق مصلحة الأفراد وعدم فسح المجال للإدارة لإصدارها قرارات مجحفة بحقوقهم بصورة ارتجالية، ومن جهة أخرى يعمل على تحقيق المصلحة العامة في الزام الإدارة بإتباع الأصول والتروي وعدم التسرع في اتخاذ قرارات خاطئة.

وعليه لا يكون القرار مشروعاً إلا إذا تم مراعاة الشكليات والإجراءات المطلوب إتباعها من جهة مصدر القرار^(٢).

ثالثاً - السبب: سبب القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تسبق القرار وتدفع الإدارة لإصداره^(٣)، فالسبب عنصر خارجي موضوعي يبرر للإدارة التدخل بإصدار القرار وليس عنصراً نفسياً داخلياً لدى من إصدار القرار، والأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها استناداً إلى قرينة المشروعية التي تفترض أن قرارات الإدارة تصدر بناءً على سبب مشروع وعلى صاحب الشأن إثبات العكس، أما إذا أفصحت الإدارة عن هذا السبب من تلقاء ذاتها فإنه يجب أن يكون صحيحاً وحقيقياً، ما لم تكن الإدارة ملزمة بذكر سبب القرار قانوناً.

وقد استقر القضاء على ضرورة توفر شرطين في سبب القرار الإداري:

١. أن يكون سبب القرار قائماً وموجوداً حتى تاريخ اتخاذ القرار، ويتفرع من هذا الشرط ضرورتان الأولى أن تكون الحالة الواقعية أو القانونية موجودة فعلاً وإلا كان القرار الإداري معيباً في سببه.

٢. أن يكون السبب مشروعاً، وتظهر أهمية هذا الشرط في حالة السلطة المقيدة للإدارة، عندما يحدد المشرع أسباباً معينة يجب أن تستند إليها الإدارة في إصدار بعض قراراتها، فإذا استندت الإدارة في إصدار قرارها إلى أسباب غير تلك التي حددها المشرع فإن قرارها يكون مستحقاً للإلغاء لعدم مشروعية سببه.

(١) د. أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص ١٩٠.

(٢) د. عبدالغني بسيوني عبدالله، القانون الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩١م، ص ٤٧٢.

(٣) د. سليمان الطمطاوي، مرجع سابق، ص ٢٢٤.

ذهب القضاء اليمني في رقابته على الوجود المادي وعلى مدى توافر الأسباب القانونية التي تبني عليها الإدارة قراراتها الإدارية للتأكد من صحتها، وتحكم بانعدام القرار لانعدام صحة السبب، ومن أحكامها حكم محكمة غرب الامانة حيث جاء فيه " ... وبتأمل تلك الإجراءات نجد أن عقوبة وقف الراتب قد نفذت في حق المدعي بمجرد صدور التعليمات من رئيس مجلس الإدارة، ودون تحقيق مسبق، وذلك مخالف للقانون الذي يقضي بأن إيقاع أي من العقوبات التأديبية لا يتم إلا بعد اجراء التحقيق.

رابعاً - المحل: يقصد بمحل القرار الإداري الأثر الحال والمباشر الذي يحدثه القرار مباشرة سواء بإنشاء مركز قانوني أو تعديله أو إنهائه، ويجب أن يكون محل القرار ممكناً وجائزاً من الناحية القانونية، فإذا كان القرار معيباً في فحواه أو مضمونه بأن كان الأثر القانوني المترتب على القرار غير جائز أو مخالف للقانون أيًا كان مصدره دستورياً أو تشريعياً أو لائحياً أو عرفاً أو مبادئ عامة للقانون، ففي هذه الحالات يكون غير مشروع ويكون القرار بالتالي باطلاً.

خامساً - الغاية: يقصد بالغاية من القرار الإداري الهدف الذي يسعى هذا القرار إلى تحقيقه، والغاية عنصر نفسي داخلي لدى مصدر القرار، فالهدف من إصدار قرار بتعيين موظف هو لتحقيق استمرار سير العمل في المرفق الذي تم تعيينه فيه، والهدف من إصدار قرارات الضبط الإداري هو حماية النظام العام بعناصره الثلاث السكينة العامة، والصحة العامة، والأمن العام، فالغاية تحقيق المصلحة العامة^(١).

وغاية القرارات الإدارية كافة تتمثل في تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، فإذا انحرفت الإدارة في استعمال سلطتها هذه بإصدار قرار لتحقيق أهداف تتعارض مع المصلحة العامة فإن قرارها يكون مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، ويعد هذا العيب من أسباب الطعن بالإلغاء التي ترد على القرار الإداري^(٢).

والأصل أن كل قرار إداري يستهدف تحقيق المصلحة العامة، ويفترض فيه ذلك، وعلى من يدعي خلاف ذلك الإثبات وعبء الانحراف بالسلطة أو الغاية عيب قصدي أو عمدي يتعلق بنية مصدر القرار الذي يجب أن يكون سيء النية يعلم أنه يسعى إلى غاية بعيدة عن المصلحة العامة أو غير تلك التي حددها القانون.

(١) د. أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص ١٩٢.

(٢) د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، شركة مطابع الطويجي التجارية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ٢٩٢.

المبحث الثاني

تمييز القرار الإداري عن أعمال الدولة الأخرى

تمارس الدولة وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ثلاث مهام أو وظائف هي الوظيفة التشريعية والوظيفة القضائية والوظيفة التنفيذية، فالوظيفة التشريعية تتضمن مهمة وضع القواعد السلوكية العامة والمجردة وتختص بممارستها السلطة التشريعية، أما الوظيفة القضائية فتتضمن الفصل في المنازعات وتختص بها السلطة القضائية، أما الوظيفة التنفيذية فتختص بها السلطة التنفيذية التي تمارس أعمالاً مختلفة منها الأعمال المادية كبناء المنشآت العامة وتعبيد الطرق أو بناء الجسور، كما تصدر أعمالاً قانونية وهذه الأخيرة منها ما يصدر بإرادتها المنفردة دون مشاركة الأفراد وهذه القرارات الإدارية، ومنها الأعمال القانونية التعاقدية التي تصدر باتفاق أرادتين، ومن ثم فإن تمييز القرار الإداري ليس بالأمر السهل، فالفصل بين السلطات لا يعني الفصل التام إذ تقتصر كل هيئة على ممارسة وظيفة خاصة، فالسلطة التشريعية تمارس عملاً إدارياً عندما تصدر الميزانية والسلطة التنفيذية قد تفصل في خصومة عن طريق المجالس الإدارية ذات الاختصاص القضائي، بينما يمارس القضاء بعض الاختصاصات الإدارية المتعلقة بموظفي الهيئات القضائية فضلاً عن وظيفته الأصلية في الفصل في المنازعات، لذلك كان من الواجب تمييز القرار الإداري عن أعمال السلطة التشريعية والسلطة القضائية، ثم نبحت في تمييز القرار الإداري عن العمل المادي، وستتناول هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: القرارات الإدارية والأعمال التشريعية.

المطلب الثاني: القرارات الإدارية والأعمال القضائية.

المطلب الثالث: القرارات الإدارية والأعمال المادية.

المطلب الأول

القرارات الإدارية والأعمال التشريعية

القرارات الإدارية تقبل الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري وعلى العكس من ذلك فإن القوانين لا يمكن الطعن فيها إلا بالطريق الدستوري المقرر^(١)، ويتردد الفقه الحديث بين معيارين لتحديد صفة العمل التشريعية أم إدارية:

أولاً - المعيار الشكلي: وفيه يتم الرجوع إلى الهيئة التي أصدرت العمل أو الإجراءات التي اتبعت في إصداره دون النظر إلى موضوعه فإذا كان العمل صادراً من السلطة التشريعية فهو عمل تشريعي، أما إذا كان صادراً من إحدى الهيئات الإدارية بوصفها فرعاً من فروع السلطة التنفيذية فهو عمل إداري.

ومن ثم يمكن تعريف العمل الإداري وفق هذا المعيار بأنه كل عمل صادر من فرد أو هيئة تابعة للإدارة أثناء أداء وظيفتها^(٢).

فهذا المعيار يقف عند صفة القائم بالعمل دون أن يتعدى ذلك إلى طبيعة العمل ذاته، وهو معيار سهل التطبيق لو التزمت كل سلطة بممارسة نشاطها وأخذت بمبدأ الفصل التام بين السلطات، إلا أن طبيعة العمل تقتضي في أحيان كثيرة وجود نوع من التداخل والتعاون بين السلطات مما دعي بالفقه إلى البحث عن معيار آخر للتمييز بين القرارات الإدارية والأعمال التشريعية.

ثانياً - المعيار الموضوعي: يعتمد المعيار الموضوعي على طبيعة العمل وموضوعه بصرف النظر عن الجهة التي أصدرته أو الإجراءات التي اتبعت في إصداره فإذا تمثل العمل في قاعدة عامة مجردة فأنشأ مركزاً قانونياً عاماً اعتبر عملاً تشريعياً أما إذا تجسد في قرار فردي يخص فرداً أو أفراداً معينين بذواتهم فأنشأ مركزاً قانونياً خاصاً اعتبر عملاً إدارياً^(٣)، ويأتي في مقدمة أنصار الاتجاه الموضوعي الفقيه دوجي وبونار، وجيز، ويؤمن هؤلاء الفقهاء بأن القانون يقوم على فكرتين أساسيتين هما فكرتا المراكز القانونية والأعمال القانونية^(٤):

١. **المراكز القانونية:** وهي الحالة التي يوجد فيها الفرد أزا القانون وتقسّم إلى قسمين: أ- المراكز القانونية العامة أو الموضوعية: وهو كل مركز يكون محتواه واحد بالنسبة لطائفة معينة من الأفراد، فترسم حدوده ومعالمه قواعد مجردة متماثلة لجميع من يشغلون هذا المركز ومثله مركز الموظف العام في القانون العام والرجل المتزوج في القانون الخاص.

(١) د. سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٢٩٣.

(٢) د. سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٢٩٣.

(٣) المرجع السابق، ص ٢٩٤.

(٤) د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن، مرجع سابق، ص ٦٧٥.

٢. **المراكز القانونية الشخصية أو الفردية:** وهي المراكز التي يحدد محتواها بالنسبة لكل فرد على حده، وهي بهذا تختلف من شخص إلى آخر ولا يمكن أن يحدد القانون مقدماً هذه المراكز لأنها تتميز بأنها خاصة وذاتية ومثله مركز الدائن أو المدين في القانون الخاص ومركز المتعاقد مع الإدارة في القانون العام.
٣. **الأعمال القانونية:** وتتميز بأنها متغيرة ومتطورة بحسب الحاجة ويتم هذا التغيير إما بإرادة المشرع أو بإرادة شاغلها ويقسم " دوجي " هذه الأعمال إلى ثلاثة أقسام:
- أ. **أعمال مشروعة:** وهي كل عمل قانوني ينشئ أو يعدل أو يلغى مركزاً قانونياً عاماً أو موضوعياً من هذه الأعمال القوانين المشرعة واللوائح والأنظمة، والتي تتضمن قواعد تنظيمية عامة وغير شخصية.
- ب. **أعمال شخصية أو ذاتية:** وهي الأعمال القانونية التي تنشئ أو تتعلق بمراكز شخصية لا يمكن تعديلها إلا بإرادة أطرافه وأوضح مثال على هذه الأعمال العقود.
- ج. **أعمال شرطية:** وهي الأعمال الصادرة بصدد فرد معين وتسنده إليه مركزاً عاماً، فهي تجسيد لقاعدة عامة على حالة أو واقعة فردية، ومثاله في القانون العام قرار التعيين في وظيفة عامة، فهذا القرار يعد عملاً شرطياً لأنه لا ينشئ للموظف مركزاً شخصياً، لأن هذا المركز كان قائماً وسابقاً على قرار التعيين.
- وبهذا المعنى فإن العمل التشريعي عند " دوجي " هو الذي يتضمن قاعدة عامة موضوعية " قوانين أو اللوائح " بغض النظر عن الهيئة أو الإجراءات المتبعة لإصداره، في حين يعد إدارياً إذا اتسم بطابع الفردية وهذا يصدق على القرارات والأعمال الفردية والأعمال الشرطية^(١).

المطلب الثاني

القرارات الإدارية والأعمال القضائية

يشترك القضاء مع الإدارة في سعيهما الحثيث نحو تطبيق القانون وتنفيذه على الحالات الفردية، فهما ينقلان حكم القانون من العمومية والتجريد إلى الخصوصية والواقعية وذلك بتطبيقه على

(١) د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن، مرجع سابق، ص ٦٧٦.

الحالات الفردية، ويظهر التشابه بينهما أيضاً في أن الإدارة شأنها شأن القضاء تسهم في معظم الأحيان بوظيفة الفصل في المنازعات من خلال نظرها في تظلمات الأفراد وفي الحالتين يكون القرار الإداري الصادر من الإدارة والحكم القضائي الصادر من السلطة القضائية أداة لتنفيذ القانون^(١)، ومع هذا التقارب سعى الفقه والقضاء إلى إيجاد معيار للتمييز بين العمل القضائي والعمل الإداري لخطورة النتائج المترتبة على الخلط بينهما، فالقرارات الإدارية يجوز بصورة عامة إلغاؤها وتعديلها وسحبها، أما الأحكام القضائية فطرق الطعن فيها محددة تشريعياً على سبيل الحصر.

وبرزت في مجال التمييز بين القرارات الإدارية والأعمال القضائية نظريات عدة يمكن حصرها ضمن معيارين:

أولاً - المعيار الشكلي: يقوم هذا المعيار على أساس أن العمل الإداري هو ذلك العمل أو القرار الذي يصدر عن فرد أو هيئة تابعة لجهة الإدارة بصرف النظر عن مضمون وطبيعة العمل أو القرار ذاته، بينما يعد العمل قضائياً إذا صدر عن جهة منحها القانون ولاية القضاء وفقاً لإجراءات معينة، بصرف النظر عن مضمون وطبيعة العمل.

وهذا المعيار منتقد من حيث أنه ليس جل الأعمال القضائية أحكاماً، بل أن منها ما يعد أعمالاً إدارية بطبيعتها، ومن جانب آخر نجد أن المشرع كثيراً ما يخول الجهات الإدارية سلطة الفصل في بعض المنازعات فيكون لهذه الجهات اختصاص قضائي.

وعلى هذا الأساس فإن المعيار الشكلي لا يكفي لتمييز الأعمال الإدارية عن الأحكام القضائية.

ثانياً - المعيار الموضوعي: المعيار الموضوعي أو المادي يقوم على أساس النظر في موضوع وطبيعة العمل نفسه دون اعتبار بالسلطة التي أصدرته، واعتمد هذا المعيار عناصر عدة يتم من خلالها التوصل إلى طبيعة ومضمون العمل، فيكون العمل قضائياً، إذ تضمن على " أدعاء بمخالفة القانون، وحل قانوني للمسألة المطروحة يصاغ في تقرير، وقرار هو النتيجة الحتمية للتقرير الذي انتهى إليه القاضي " في حين يكون العمل إدارياً إذا صدر من سلطة تتمتع باختصاص تقديري وليس من سلطة تتمتع باختصاص مقيد كما في أحكام القضاء، وأن يصدر بشكل تلقائي وليس بناءً على طلب من الأفراد وأن يكون الغرض من العمل إشباع حاجات عامة.

ولا شك أن هذه العناصر لا تكفي لتمييز الأعمال الإدارية عن أعمال القضاء، لأن الكثير من قرارات الإدارة إنما يصدر عن اختصاص مقيد، وكثيراً منها لا يصدر إلا بطلب من الأفراد.

(١) د. عمر فؤاد أحمد بركات، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٨٤.

والإدارة عندما تفصل في المنازعات باعتبارها جهة ذات اختصاص قضائي إنما يقترب نشاطها من نشاط القضاء ويهدف إلى حماية النظام القانوني للدولة. إزاء ذلك نشأ معيار مختلط يقوم على أساس المزج بين المعيارين الشكلي والموضوعي إذ ينظر إلى طبيعة العمل من ناحية، والشكل الذي يظهر فيه العمل والإجراءات المتبعة لصدوره من ناحية أخرى.

المطلب الثالث

القرارات الإدارية والأعمال المادية

العمل المادي مجرد واقعة مادية غير مؤثرة في المراكز القانونية التي تتصل بها، فإذا كان وجود الأثر القانوني هو معيار القرارات الإدارية، فإن غيبة هذا الأثر تصبح هي معيار الأعمال المادية^(١)، والأعمال المادية إما أن تكون أفعالاً إرادية أرادتها الإدارة وتدخلت لتحقيقها، مثل الإجراءات التنفيذية التي لا تسمو لمرتبة القرار الإداري كهدم المنازل الآيلة للسقوط تنفيذاً لقرار الإدارة بالهدم، وقد تكون أفعالاً غير إرادية تقع بطريق الخطأ والإهمال مثل حوادث السير التي يسببها أحد موظفي الإدارة، والأعمال المادية لا تعتبر من قبيل الأعمال القانونية الإدارية لأنها لا ترتب آثاراً قانونية مباشرة وتخرج هذه الأعمال عن نطاق الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن: " محل العمل المادي الذي لا يختص به القضاء الإداري يكون دائماً واقعة مادية أو إجراء مثبتاً لها دون أن يقصد به تحقيق آثار قانونية إلا ما كان منها وليد إرادة المشرع مباشرة لا إرادة جهة الإدارة"، وبهذا يتميز محل العمل القانوني عن العمل المادي الذي يكون دائماً نتيجة مادية واقعية " ^(٢)، وعلى الرغم من ذلك فإن عدم اعتبار العمل المادي قراراً إدارياً وأن كان يمنع الطعن فيه بالإلغاء، فإنه يصح أن يكون محلاً لمنازعة إدارية تمس مصالح الأفراد فيكون محلاً لطلب التعويض على أساس دعوى القضاء الكامل.

(١) د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن، مرجع سابق، ص ٦٧٦.

(٢) د. محمد رفعت عبدالوهاب، د. عصام عجيلة، مرجع سابق، ص ٢٧٨.

ومن المستقر في القضاء الإداري أن كل قرار لم يصدر عن أرادة الإدارة في أحداث أثر قانوني سلبياً كان أو إيجابياً لا يعد قراراً إدارياً صالحاً للطعن فيه بالإلغاء ولا يعدو أن يكون إجراءً تنفيذياً أو عملاً مادياً.

المبحث الثالث

تصنيف القرارات الإدارية

تنقسم القرارات الإدارية إلى أنواع متعددة حسب الزاوية التي ينظر منها إلى القرار أو حسب الأساس الذي يقوم عليه التقسيم^(١)، فمن حيث التكوين توجد قرارات بسيطة وأخرى مركبة ومن حيث أثرها تقسم إلى قرارات منشئة وقرارات كاشفة ومن زاوية رقابة القضاء توجد قرارات خاضعة لرقابة القضاء وقرارات لا تخضع لرقابة القضاء وفي حيث نفاذها في مواجهة الأفراد تقسم إلى قرارات نافذة في حق الأفراد وأخرى غير نافذة في حقهم وأخيراً من حيث مدى القرارات وعموميتها توجد قرارات فردية وأخرى تنظيمية، ونتناول ذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: القرارات الإدارية من حيث التكوين.

المطلب الثاني: القرارات الإدارية من حيث آثارها .

المطلب الثالث: القرارات الإدارية من حيث رقابة القضاء.

المطلب الرابع: القرارات الإدارية من حيث نفاذها في مواجهة الأفراد.

المطلب الخامس: القرارات الإدارية من حيث مداها أو عموميتها.

المطلب الأول

القرارات الإدارية من حيث التكوين

تنقسم القرارات الإدارية من هذه الجهة إلى قسمين الأول القرارات البسيطة أو المستقلة وهي تلك القرارات التي تتميز بكيان مستقل وتستند إلى عملية قانونية واحدة غير مرتبطة بعمل قانوني آخر كالقرار الصادر بتعيين موظف أو ترفيته أو نقلة وهي الصورة الأكثر شيوعاً في القرارات الإدارية أما النوع أو القسم الثاني فيسمى بالقرارات المركبة وهي تلك القرارات التي تدخل في عملية

(١) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٨٢.

قانونية مركبة تتم من عدة مراحل ومن هذه القرارات قرار نزع الملكية للمنفعة العامة وقرار إرساء المزداد أو إجراء المناقصة في العقود الإدارية.

فالقرار الإداري الصادر بنزع الملكية للمنفعة العامة تصاحبه أعمال إدارية أخرى قد تكون سابقة أو معاصرة أو لاحقه له وتتم على مراحل متعددة تبدأ بتقرير المنفعة العامة للعقار موضوع نزع الملكية ثم أعداد كشوف الحصر لها وأخيراً صدور قرار نقل الملكية أو تقرير المنفعة العامة.

ولهذا التقسيم أهمية تاريخية في فرنسا إذ أن القرارات التي تدخل في تكوين عمل إداري مركب كانت لا تقبل الطعن فيها بدعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة تطبيقاً لنظرية الدعوى الموازية على أساس أن القانون قد نظم لصاحب الشأن طريقاً قضائياً آخر يستطيع به تحقيق ما توفره دعوى الإلغاء من مزايا وقد تخلى مجلس الدولة عن هذه النظرية بصورة تدريجية عندما سمح بالطعن بالإلغاء استقلالاً في الأعمال القابلة للانفصال عن العملية المركبة ولو انه مازال يأخذ بها في دائرة ضيقة^(١)، ومن جانب آخر تظهر أهمية هذا التقسيم في أن القرارات البسيطة يمكن الطعن فيها بالإلغاء باعتبارها قرارات إدارية نهائية، أما في حالة القرارات المركبة فلا يجوز الطعن بالقرارات التمهيدية أو التحضيرية التي تتطلب تصديق جهات إدارية أخرى ولا يمكن الطعن بالإلغاء إلا بالقرار الإداري النهائي الناتج عن العملية المركبة.

وقد استقر القضاء الإداري في فرنسا ومصر على أن القرارات الإدارية السابقة على أبرام العقد أو الممهدة لانعقاده مثل قرارات لجان فحص العطاءات ولجان البث في العطاءات وقرار استبعاد أحد المتقدمين وقرار إرساء المزايدة أو إلغائها هي قرارات إدارية مستقلة عن العقد يجوز الطعن بها بدعوى الإلغاء وسمحت نظرية الأعمال الإدارية المنفصلة لمن له مصلحة من الغير أن يطعن بالإلغاء في هذه القرارات أما المتعاقدون فليس لهم أن يطعنوا في هذه القرارات إلا أمام قاضي العقد وعلى أساس دعوى القضاء الكامل^(٢).

المطلب الثاني

القرارات الإدارية من حيث آثارها

يمكن تقسيم القرار الإداري من حيث طبيعة آثارها إلى قسمين: قرارات منشئة وهي القرارات التي يترتب عليها إنشاء مراكز قانونية جديدة أو أحداث تغيير في المراكز القانونية القائمة تعديلاً أو

(١) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٨٤.

(٢) المرجع السابق نفسه، ص ٤٨٥.

إلغاء، كالقرار الصادر بتعيين موظف عام أو فصله أو معاقبته، أما القسم الثاني من القرارات فيسمى بالقرارات الكاشفة ويقصد بها القرارات التي لا تحدث مركزاً قانونياً جديداً وإنما تقرر حالة موجودة أو تكشف عن مركز قانوني قائم مسبقاً، مثل القرار الصادر بفصل موظف لصدور حكم ضده بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو القرار الذي يتضمن تأكيد أو تفسير قرار سابق دون أن يضيف إليه.

وتبدو أهمية التفرقة بين القرارات الإدارية الكاشفة والقرارات الإدارية المنشئة في أمرين:

١. أن القرارات المنشئة ترتب آثارها منذ صدورها، أما القرارات الكاشفة فترجع آثارها إلى التاريخ الذي ولدت فيه الآثار القانونية التي كشف عنها القرار، إلا أن ذلك لا يعتبر إخلالاً بمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، لأن أثر القرارات الكاشفة فوري إذ تكشف عن العمل القانوني المنشئ للمركز القانوني محل القرار الكاشف.
٢. القرارات الكاشفة يجوز للإدارة سحبها دون التقيد بميعاد محدد مطلقاً، أما القرارات الإدارية المنشئة فإن سحبها يكون مقيد بميعاد الطعن بالإلغاء^(١).

المطلب الثالث

القرارات الإدارية من حيث رقابة القضاء

تنقسم القرارات الإدارية من زاوية خضوعها لرقابة القضاء، إلى قرارات تخضع لرقابة القضاء وهذا هو الأصل، وقرارات لا تخضع لرقابة القضاء وهي القرارات المتعلقة بأعمال السيادة أو تلك التي منعت التشريعات الطعن فيها أمام القضاء.

أولاً - القرارات الخاضعة لرقابة القضاء:

تعد رقابة القضاء على أعمال الإدارة أهم صور الرقابة والأكثر ضماناً لحقوق الأفراد وحياتهم لما تتميز به الرقابة القضائية من استقلال وما تتمتع به أحكام القضاء من قوة وحجية تلزم الجميع بتنفيذها واحترامها.

والأصل أن تخضع جميع القرارات الإدارية النهائية لرقابة القضاء أعمالاً لمبدأ المشروعية، ووفقاً لهذا النظام تخضع جميع القرارات الإدارية لرقابة القضاء الإداري إلغاءً وتعويضاً، إلا في استثناءات معينة تتعلق بأعمال السيادة والقرارات التي حصنها المشرع من رقابة القضاء.

(١) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ٤٨٦.

ومن الدول التي أخذت بهذا الأسلوب فرنسا التي تعد مهد القضاء الإداري ومنها انتشر هذا النظام في كثير من الدول كبلجيكا واليونان ومصر^(١) وأخيرا بدأ في اليمن.

ثانياً -القرارات غير خاضعة لرقابة القضاء: القرارات الإدارية التي لا تخضع لرقابة القضاء تتمثل في صنفين الأول يتعلق بأعمال السيادة أو الأعمال الحكومية، أما الثاني فيشمل القرارات الإدارية التي يحصنها المشرع من رقابة القضاء لاعتبارات خاصة^(٢)، وأهم أعمال السيادة أ:

- الأعمال المتعلقة بعلاقة الحكومة بالبرلمان.
- القرارات الخاصة بانتخاب المجالس النيابية والمنازعات الناشئة عنها.
- قرارات رئيس الجمهورية المتعلقة بالعلاقة بين السلطات الدستورية وممارسة الوظيفة التشريعية مثل قرار اللجوء إلى السلطات الاستثنائية المنصوص عليها في الدستور.
- الأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية والدبلوماسية.
- الأعمال المتعلقة بالحرب.

ومن مظاهر سيادة القانون أن تخضع القرارات الإدارية جميعا لرقابة القضاء، فهو الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حقوق الأفراد في مواجهة الدولة بهيئاتها المختلفة التشريعية والتنفيذية فالقضاء يملك تقويم الإدارة وإجبارها على احترام المشروعية وضمنان حماية حقوق الأفراد وحررياتهم، وتتم من خلال السماح للأفراد بالطعن في القرارات الإدارية إذا مست مصالحهم طالبين إلغائها أو التعويض عنها^(٣)، وإذا كان الأصل خضوع الإدارة لرقابة القضاء فان مستلزمات المصلحة العامة قد التخفيف من هذا المبدأ فتسمح بموازنة مبدأ المشروعية من خلال نظرية السلطة التقديرية والظروف الاستثنائية.

المطلب الرابع

القرارات الإدارية من حيث نفاذها في مواجهة الأفراد

تنقسم القرارات الإدارية من حيث أثرها بالنسبة للأفراد إلى قرارات ملزمة للأفراد ونافذة بحقهم، وعليهم احترامها وإذا قصرُوا في ذلك اجبرُوا على التنفيذ، وهذا الأصل في القرارات الإدارية.

(١) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط٥، ١٩٨٤م، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ١٢١ وما بعدها.

(٢) د. محمد رفعت عبدالوهاب، القضاء الإداري، ١٩٨١، ص ٢٢٣.

(٣) د. محمد رفعت عبدالوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٢٩.

والقرارات الإدارية التي يقتصر أثرها على الإدارة تسمى الإجراءات الداخلية ومنها المنشورات والتعليمات على اختلاف أنواعها وتعليمات شارحة أو أمره أو ناصحه أو مقررته ومؤكده^(١) وهذا النوع من القرارات غير نافذ في حق الأفراد وغير ملزم لهم، ولا يحتج بها عليهم، بل إن من القضاء من أنكر على التعليمات صفتها القانونية واعتبرها من قبيل الأعمال المادية محللين ذلك بانها موجهة من الرؤساء الإداريين الى موظفين وليس من الواجب على هؤلاء اطاعتها ولا يمكن إلزامهم بها الا بطريق غير مباشر عن طريق العقوبات التأديبية، وهذا القول لا يمكن الاعتداد به لأن مخالفة التعليمات ينتج عنها بطبيعة الحال التهديد بالمساس بمركز شخص الموظف، إلا أن ما يميز هذا النوع من القرارات هو أنها غير موجهة للأفراد ولا ترتب آثار قانوني في مواجهتهم لأنها تخاطب الموظفين فقط^(٢).

ويترتب على هذا التقييم أن الإجراءات الداخلية أو التعليمات لا يمكن ان تكون موضوعا لدعوى الإلغاء فلا يقبل من الأفراد الطعن بالإلغاء ضدها لأنها غير نافذة في مواجهتهم كما أنه لا يقبل من الموظف الذي تخاطبه هذه القرارات الطعن فيها بالإلغاء لأنه يقع على عاتقه إطاعتها والعمل بها والا تعرض للعقوبات التأديبية.

المطلب الخامس

القرارات الإدارية من حيث مداها أو عموميتها

تنقسم القرارات الإدارية من حيث مداها الى قرارات تنظيمية أو لوائح وقرارات فردية ويعد هذا التقسيم من أهم تقسيمات القرارات الإدارية لما يترتب عليه من نتائج تتعلق بالنظام القانوني الذي يخضع له كل من القرارات التنظيمية والقرارات الفردية.

أولاً - القرارات التنظيمية: القرارات التنظيمية هي تلك القرارات التي تحتوي على قواعد عامة مجرد تسري على جميع الأفراد الذين تنطبق عليهم الشروط التي وردت في القاعدة، وعمومية المراكز القانونية التي يتضمنها القرار التنظيمي لا تعني انها تنطبق على كافة الأشخاص في المجتمع فهي تخاطب فرد أو فئة معينة في المجتمع معينين بصفاتهم لا بذواتهم^(٣)، والقرارات التنظيمية هي في حقيقتها تشريع ثانوي يقوم إلى جانب التشريع العادي، الا أنه يصدر عن الادارة وعلى ذلك فهو تشريع ثانوي يطبق على كل من يستوفي شروطا معينة تضعها القاعدة مسبقا ولا تستنفذ اللائحة موضوعها بتطبيقها بل تظل قائمة للتطبيق مستقبلا، مع انها اقل ثباتا من القانون.

(١) المرجع السابق، ص ٢٢٤.

(٢) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص ١٢٣.

(٣) د. أحمد شرف الدين، الوجيز في احكام القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٩٤.

وعلى الرغم من اشتراك اللائحة مع القانون من حيث انهما يتضمنان قواعد عامة مجردة فانهما يختلفان في مضمون كل منهما فالقانون يضع أو يقرر مبادئ عامة أساسية، بينما يقتصر دور اللائحة على إيراد الأحكام التفصيلية التي يتعرض إليها القانون كما أن القانون يصدر بعد إقراره من السلطة التشريعية، أما القرارات التنظيمية أو اللوائح فتصدر عن السلطة التنفيذية. وتتنوع اللوائح الى عدة انواع أهمها:

١. **اللوائح التنفيذية:** وهي التي تصدرها الإدارة بغرض وضع القانون موضع التنفيذ، وهي تخضع تماماً للقانون وتقيده به وتتبعه، فلا تملك أن تعدل فيه أو تضيف إليه أو تعطل تنفيذه.
٢. **لوائح الضبط:** وهي تلك اللوائح التي تصدرها الإدارة بقصد المحافظة على النظام العام بعناصره المختلفة، الأمن العام والصحة العامة والسكنية العامة وهي مهمة بالغة الأهمية لتعلقها مباشرة بحياة الافراد وتقيدهم لأنها تتضمن أوامر ونواهي وتوقع العقوبات على مخالفيها مثل لوائح المرور وحماية الأغذية والمشروبات والمحال العامة.
٣. **اللوائح التنظيمية:** وتسمى أيضاً اللوائح المستقلة وهي اللوائح التي تتعدى تنفيذ القوانين الى تنظيم بعض الامور التي لم يتطرق إليها القانون فتقترب وظيفتها من التشريع.
٤. **لوائح الضرورة:** وهي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية في غيبة البرلمان أو السلطة التشريعية لمواجهة ظروف استثنائية عاجلة تهدد أمن الدولة وسلامتها، فتمتلك السلطة التنفيذية من خلالها ان تنظم امور ينظمها القانون أصلاً ويجب ان تعرض هذه القرارات على السلطة التشريعية في أقرب فرصة لإقرارها.
٥. **اللوائح التفويضية:** وهي القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية لتنظيم بعض المسائل الداخلة أصلاً في نطاق التشريع ويكون لهذه القرارات قوة القانون سواء أصدرت في غيبة السلطة التشريعية أو في حالة انعقادها.

ثانياً -القرارات الفردية:

وهي القرارات التي تنشئ مراكز قانونية خاصة بحالات فردية تتصل بفرد معين بالذات أو أفراداً معينين بذواتهم، وتستنفذ موضوعها بمجرد تطبيقها مرة واحدة^(١)، مثل القرار الصادر بتعيين موظف عام أو ترقية عدد من الموظفين، ويظهر الاختلاف بين القرارات التنظيمية أو اللوائح والقرارات الفردية فيما يلي:

(١) د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري ، مرجع سابق، ص ١٧٩.

١. تسري القرارات الفردية على فرد معين بالذات أو أفراد أو حالات معينة بالذات، بينما تتضمن القرارات التنظيمية قواعد عامة مجردة تطبق على كل من تتوافر فيهم شروط معينة دون أن يتم تحديد هؤلاء الأشخاص مقدماً بذواتهم أو أسمائهم.
٢. يسري القرار الفردي من تاريخ إعلان صاحب الشأن به كقاعدة عامة، في حين يبدأ سريان القرارات الإدارية التنظيمية من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية.
٣. تملك الإدارة الحق في تعديل القرارات التنظيمية أو إلغائها أو سحبها دون أن يكون لأحد الحق بالتمسك بحقوق مكتسبة، على اعتبار أنها تنظم قواعد عامة، في حين تخضع الإدارة في سحبها وإلغائها أو تعديلها للقرارات الإدارية الفردية لشروط معينة حددها القانون^(١).
٤. تختص المحاكم العادية في تفسير القرارات التنظيمية، كما هو الحال في تفسير القوانين، في حين يختص القضاء الإداري بتفسير القرارات الإدارية الفردية.

المبحث الخامس

النظام القانوني للقرارات الإدارية

يتضمن النظام القانوني للقرارات الإدارية على امتيازات مهمة مقررة للسلطة، مثلما يحتوي على قيود ترد على حرية الإدارة، وفي هذا الجانب من الدراسة نتناول هذه الامتيازات والقيود في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: سلطة الإدارة في إصدار القرارات الإدارية.

المطلب الثاني: نفاذ القرارات الإدارية.

المطلب الثالث: تنفيذ القرارات الإدارية.

المطلب الرابع: نهاية القرارات الإدارية.

(١) د. محمد رفعت، د. عصام عجيلة، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

المطلب الأول

سلطة الإدارة في إصدار القرارات الإدارية

تمارس الإدارة سلطتها في إصدار القرار بإتباع أسلوبين: الأول أن تمارس اختصاصاً مقيداً عندما يلزمها المشرع بوجوب التصرف على النحو معين، والأسلوب الثاني يتمثل بممارسة الإدارة اختصاصاً تقديرياً عندما يترك لها المشرع قدراً من حرية التصرف.

أولاً - الاختصاص المقيد: يقصد بالاختصاص المقيد ألا تكون الإدارة حرة في اتخاذ القرار أو الامتناع عن اتخاذه، فالقانون يفرض عليها عند توفر شروط معينة أو قيام عناصر واقعية محددة إصدار قرار معين، وقد يحدد الهدف الذي يتعين على الإدارة أن تعمل على تحقيقه أو الوقت المناسب لإصداره.

وفي هذه الحالة تكون مهمة الإدارة مقصورة على تطبيق القانون على الحالات التي تصادفها عندما تتحقق أسبابها، فلا يترك لها أية حرية في التقدير^(١)، ومثال الاختصاص المقيد حالة ترقية الموظف بالأقدمية فإذا توفرت هذه الأقدمية فإن الإدارة مجبرة على التدخل وإصدار قراراتها بالترقية، ومع ذلك فإن المشرع قد لا يكبل الإدارة بجميع هذه القيود فمن المستحيل أن تكون جميع عناصر القرار الإداري مقيدة، لأن المهم أن يسير القرار الإداري الصادر ضمن الاختصاص المقيد للإدارة في مجال النطاق القانوني الذي رسمه المشرع حتى لا يكون مشوباً بعدم مشروعيته، ويتمثل الاختصاص المقيد في بعض عناصر القرار الإداري أكثر من الأخرى، فلا تتمتع الإدارة بحرية في مجال عنصر الاختصاص، حيث يكون قرارها باطلاً أو معدوماً إذا لم تحترم قواعد الاختصاص، وكذلك في عنصر الشكل عندما يرسم المشرع القواعد والإجراءات الواجب إتباعها عند إصدار القرار، كما يرد الاختصاص المقيد أحياناً في العناصر الموضوعية من القرار الإداري فيجب أن يكون للقرار الإداري سبب ومحل مشروعان، وأن تهدف الإدارة من إصداره إلى تحقيق المصلحة العامة.

ثانياً - السلطة التقديرية: يقصد بالسلطة التقديرية أن تكون الإدارة حرة في اتخاذ القرار أو الامتناع عن اتخاذه أو في اختيار القرار الذي تراه، أي أن المشرع يترك للإدارة حرية اختيار وقت وأسلوب التدخل في إصدار قرارها تبعاً للظروف، فالمشرع يكتفي بوضع القاعدة العامة التي تتصف بالمرونة تاركاً للإدارة تقدير ملائمة التصرف، شريطة أن تتوخى الصالح العام في أي قرار تتخذه وأن لا تنحرف عن هذه الغاية، وإلا كان قرارها مشوباً بعيب إساءة استعمال

(١) د. عبدالحميد الرفاعي، مرجع سابق، ص ١٦٥.

السلطة (١)، مثال ذلك سلطة الإدارة في إصدار قرار الترقية بالاختيار على أساس الكفاءة، وتتجلى سلطة الإدارة التقديرية في عنصر السبب وهو الحالة الواقعية والقانونية التي تبرر اتخاذ القرار، والمحل وهو الأثر القانوني المترتب عنه حالاً ومباشرة، أما باقي عناصر القرار الإداري وهي الاختصاص والشكل والغاية فإنها تصدر بناءً على اختصاص مقيد.

مدى رقابة القضاء على السلطة التقديرية: ترتبط السلطة التقديرية بفكرة ملائمة القرار الإداري، إذ أن المشرع منح الإدارة هذه السلطة شعوراً منه بأنها أقدر على اختيار الوسائل المناسبة للتدخل واتخاذ القرار الملائم في ظروف معينة، وأنه مهما حاول لا يستطيع أن يتصور جميع الحالات التي قد تطرأ في العمل الإداري ويضع الحلول المناسبة لها، في حين يقوم الاختصاص المقيد على فكرة مشروعية القرار الإداري، لأن الإدارة مقيدة دائماً بما يفرضه القانون، ويترتب على ذلك أن القضاء يملك بسط رقابته على مشروعية القرار الصادر بناءً على اختصاص الإدارة المقيد، ويملك إلغاؤه إذا ما تبين أنه مخالف للقانون.

المطلب الثاني

نفاذ القرارات الإدارية

الأصل أن يكون القرار الإداري نافذاً من تاريخ صدوره من السلطة المختصة قانوناً بإصداره، ولكنه لا يسري في حق الأفراد المخاطبين به إلا إذا علموا به عن طريق إحدى الوسائل المقررة قانوناً، ومن ثم فهناك تاريخان رئيسيان لنفاذ القرارات الإدارية هما تاريخ صدور القرار، وتاريخ العلم به أو سريانه في مواجهة الأفراد، وتتناول هذين التاريخان ثم مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية وآثارها.

أولاً - تاريخ صدور القرار الإداري ذاته: الأصل أن القرار الإداري يعد صحيحاً وناظراً من تاريخ صدوره، ومن ثم فإنه يسري في حق الإدارة من هذا التاريخ ويستطيع كل ذي مصلحة أن يحتج بهذا التاريخ في مواجهتها غير أن هذا القرار لا يكون نافذاً بحق الأفراد إلا من تاريخ علمهم به، إلا أن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات، من ذلك أن هناك من القرارات ما يلزم لنفاذها إجراءات أخرى من قبيل التصديق أو وجود اعتماد مالي، فلا ينفذ القرار إلا من تاريخ استيفاء هذه

(١) د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٨١..

الإجراءات، كما قد تعتمد الإدارة إلى أرجاء أثار القرار إلى تاريخ لاحق لتاريخ صدوره وهو ما يعرف بإرجاء أثار القرار الإداري (١).

ثانياً - سرريان القرار الإداري في مواجهة الأفراد: إذا كان القرار الإداري ينفذ في حق الإدارة بصدوره، فإنه لا يكون كذلك في مواجهة الأفراد، فيلزم لذلك علمهم به بإحدى وسائل الإعلام المقررة قانوناً، وهي: الإعلان، النشر، أو بعلم صاحب الشأن علماً يقينياً.

١. **الإعلان:** يقصد بالإعلان تبليغ القرار الإداري إلى المخاطب به بالذات، والأصل أن الإعلان يتم بكافة الوسائل المعروفة والتي من خلالها يمكن أن يتحقق علم صاحب الشأن بالقرار، كتسليمه القرار مباشرة أو بالبريد أو عن طريق محضر أو لصقه في المكان المخصص للإعلان، والإعلان هو الوسيلة الواجبة لتبليغ القرارات الفردية الصادرة بصدور فرد معين بالذات أو أفراداً معينين بذواتهم أو بخصوص حالة أو حالات معينة، كما هو الحال بالنسبة لقرار تعيين موظف أو منح رخصة مزاوله مهنة معينة، وعلى ذلك لا يكفي نشر القرار لافتراض العلم به.

٢. **النشر:** النشر هو الطريقة التي يتم من خلالها علم أصحاب الشأن بالنسبة للقرارات الإدارية التنظيمية أو اللائحية، وعادة ما تتضمن القرارات التنظيمية قواعد عامة مجردة تنطبق على عدد غير محدد من الحالات أو الأفراد، مما يتطلب علم الكافة به من خلال نشره، ويتم النشر عادة في الجريدة الرسمية إلا إذا نص القانون على وسيلة أخرى للنشر فيجب على الإدارة أتباع تلك الوسيلة كأن يتم في الصحف اليومية أو عن طريق لصق القرار في أماكن عامة في المدينة.

٣. **العلم اليقيني:** أضاف القضاء الإداري إلى النشر والإعلان العلم اليقيني بالقرار كسبب من أسباب علم صاحب الشأن بالقرار الإداري وسريان مدة الطعن بالإلغاء من تاريخه، والعلم اليقيني يجب أن يكون متضمناً المضمون الكامل لعناصر القرار الإداري ومحتوياته فيقوم مقام النشر والإعلان، فيصبح صاحب الشأن في مواجهة القرار في حالة تسمح له بالإلمام بكافة ما تجب معرفته، فيتبين مركزه القانوني من القرار وإدراك مواطن العيب فيه، وما يمس مصالحته، فلا عبره بالعلم الظني أو الافتراض مهما كان احتمال العلم قوياً (٢) وثبوت العلم اليقيني في تاريخ معين حتى يمكن حساب ميعاد الطعن بالإلغاء من تاريخه،

(١) د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري ، مرجع سابق، ص ١٨٥ .
(٢) د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري ، مرجع سابق، ص ١٨٩ .

ومن ثم فلا عبره بالعلم اليقيني بالقرار حتى وأن ثبتت واقعة أو قرينة العلم به طالما أنها تمت دون أن يوضع تاريخها.

ثالثاً- مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية: الأصل أن تسرى آثار القرارات الإدارية على المستقبل، ولا تسري بأثر رجعي على الماضي احتراماً للحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي تمت في ظل نظام قانوني سابق، واحتراماً لقواعد الاختصاص من حيث الزمان، ويقوم مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية على عدة اعتبارات تتمثل في:

١. احترام الحقوق المكتسبة: إذا اكتسب الأفراد حقاً في ظل نظام قانوني معين أو رتب لهم قرار إداري مركزاً قانونياً معيناً، فإنه لا يجوز المساس بهذا المركز إلا بنص خاص ويسرى التغيير أو التعديل في هذا المركز بأثر حال ومباشر من تاريخ العمل به وليس بأثر رجعي.

٢. استقرار المعاملات بين الأفراد: المصلحة العامة تقتضي ألا يفقد الأفراد الثقة والاطمئنان على استقرار حقوقهم ومراكزهم الذاتية التي تمت نتيجة لتطبيق أوضاع قانونية سابقة.

٣. احترام قواعد الاختصاص: تقوم قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية على ضرورة اعتداء مصدر القرار على اختصاص سلفه.

رابعاً- إرجاء آثار القرار الإداري للمستقبل: في مقابل قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية على الماضي تملك الإدارة في بعض الأحيان أرجاء تنفيذ القرار الإداري إلى تاريخ لاحق، ودرج القضاء الإداري على التمييز في ذلك بين القرارات الإدارية التنظيمية أو اللوائح والقرارات الإدارية الفردية:

١. **القرارات الإدارية التنظيمية:** تملك الإدارة أرجاء آثار القرارات التنظيمية إلى تاريخ لاحق لصدورها، لأن ذلك لا يتضمن اعتداء على سلطة الخلف، لأن هذا الخلف يملك دائماً حق سحب أو إلغاء أو تعديل قراراته التنظيمية لأنها لا ترتب حقوقاً مكتسبة بل تنشئ مراكز تنظيمية عامة.

٢. **القرارات الإدارية الفردية:** الأصل في القرارات الإدارية الفردية ألا يجوز للإدارة أن ترجى آثارها للمستقبل لأن ذلك يمثل اعتداء على السلطة القائمة في المستقبل لأنه يولد عنها مراكز قانونية خاصة، يستطيع الأفراد أن يحتجوا بها في مواجهة الإدارة استناداً إلى فكرة الحقوق المكتسبة، كما لو أصدرت السلطة الإدارية الحالية قراراً بتعيين موظف وأرجئت تنفيذ هذا القرار إلى فترة لاحقة، فتكون قد قيدت السلطة الإدارية في المستقبل بقرار التعيين خلافاً لقواعد الاختصاص.

ومع ذلك يجوز أحياناً ولضرورات سير المرافق العامة تأجيل آثار القرار الإداري إلى تاريخ لاحق، فيكون المرجع هنا هو الباعث وليس التأجيل ذاته، ويكون الحكم على مشروعية هذا القرار أن يكون محله قائماً حتى اللحظة المحددة للتنفيذ، فإن انعدم هذا الركن أصبح القرار منعماً لانعدام ركن المحل فلا يرتب أثراً^(١).

المطلب الثالث

تنفيذ القرارات الإدارية

تتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات استثنائية في تنفيذ قراراتها، منها قرينة المشروعية التي تفترض سلامة قراراتها الإدارية حتى يثبت العكس، وتمتع قراراتها بقوة الشيء المقرر وقابليته للتنفيذ، وهو ما يجعل الإدارة في مركز المدعى عليها باستمرار، ويفرض على الأفراد احترام القرارات الصادرة عنها، كما تتمتع الإدارة في مجال تنفيذ قراراتها الإدارية بامتياز التنفيذ المباشر الذي يتيح لها تنفيذ القرارات الإدارية التي تصدرها بنفسها.

أولاً - مفهوم التنفيذ المباشر:

يقصد بالتنفيذ المباشر السلطة الاستثنائية التي تملكها الإدارة في تنفيذ قراراتها بنفسها تنفيذاً جبرياً عند امتناع الأفراد عن تنفيذها اختيارياً دون اللجوء إلى القضاء، وتقوم هذه السلطة على أساس افتراض أن كل ما تصدره الإدارة من قرارات يعد صحيحاً ومطابقاً للقانون إلى أن يثبت العكس لوجود قرينة المشروعية التي تعفى الإدارة من إثبات صحة قراراتها، ومن ثم لا يقبل من أحد الامتناع عن تنفيذها لمطابقتها للقانون.

وهنا يجب التمييز بين نفاذ القرار الإداري وتنفيذه فالنفاذ يتعلق بالآثار القانونية للقرار الإداري وهي عنصر داخلي في القرار الإداري، في حين يكون تنفيذ القرار بإظهار آثاره في الواقع وإخراجه إلى حيز العمل وتحويله إلى واقع مطبق يؤدي إلى تحقيق الهدف من اتخاذه^(٢).

(١) د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٩٠..
(٢) المرجع السابق نفسه، ص ١٩٢.

ثانياً - حالات التنفيذ المباشر:

إذا كان التنفيذ المباشر يعد وسيلة استثنائية فإن الإدارة لا تلجأ إلى استخدامه إلا في حالات معينة هي:

١. النص من جانب المشرع: قد يخول المشرع الإدارة سلطة تنفيذ قراراتها تنفيذاً جبرياً دون الحاجة إلى إذن سابق من القضاء، مثال ذلك حجز الإدارة على المرتب والعلاوات والمعاشات والمكافآت وسائر المزايا المالية التي يستحقها الموظف في حدود معينة.
٢. عدم وجود وسيلة قانونية أخرى لتنفيذ القرار الإداري: إذا لم يكن للإدارة وسيلة قانونية تلجأ إليها لتنفيذ القرار الإداري، كان لها أن تنفذه جبرياً لتكفل احترامه ولو لم ينص القانون على ذلك، فإذا نص المشرع على جزاءات جنائية تترتب على الأفراد في حالة امتناعهم عن تنفيذ القرار الإداري فإنه يمنع على الإدارة استعمال سلطة التنفيذ المباشر.
٣. حالة الضرورة: يجوز للإدارة أن تلجأ إلى التنفيذ المباشر في حالة وجود خطر يهدد النظام العام بعناصره الثلاثة الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة، بحيث يتعذر عليها مواجهة هذا الخطر باستخدام الطرق العادية، ونظراً لخطورة اللجوء إلى التنفيذ مثال ذلك الحجر على الأفراد من وباء كورونا، أن يستند القرار المراد تنفيذه إلى نص تشريعي.
٤. امتناع من جانب الأفراد تنفيذ القانون أو القرار.
٥. يجب أن يقتصر التنفيذ المباشر على الإجراءات الضرورية لتنفيذ القرار، دون أن تنصرف وتستعمل ما يتجاوز الضروري.
٦. فإذا خالفت الإدارة هذه الشروط، وتدرعت بالتنفيذ المباشر، فأنها تتحمل ما قد ينشأ عن تنفيذ القرار من أضرار تلحق بالأفراد، ويعد إجراءها اعتداءً مادياً مع عدم المساس بالقرار الإداري الذي من الممكن أن يكون مشروعاً في ذاته.

المطلب الرابع

نهاية القرارات الإدارية

بقصد بنهاية القرارات الإدارية انتهاء كل أثر قانوني لها، وقد تنتهي القرارات الإدارية بنهاية طبيعية عندما ينفذ مضمونها، أو تنتهي المدة المحددة لسريانها، أو استنفاد الغرض الذي صدر

لأجله أو يستحيل تنفيذه لانعدام محله أو وفاة المستفيد منه، إلى غير ذلك من أسباب لا دخل لأي سلطة في تقريرها، وقد تكون نهاية القرارات الإدارية نهاية غير طبيعية بأن تتدخل إحدى السلطات الثلاث لإنهائها كأن يتدخل المشرع أو القضاء لإلغاء القرار، كما قد يصدر قرار الإنهاء من الإدارة وذلك بسحب القرار أو إلغاؤه، لذا نتناول الصور المختلفة لنهاية القرارات الإدارية على النحو التالي:

الفرع الأول: نهاية القرارات الإدارية بغير عمل الإدارة.

الفرع الثاني: نهاية القرارات الإدارية بعمل من جانب الإدارة.

الفرع الأول

نهاية القرارات الإدارية بغير عمل الإدارة

ينتهي القرار الإداري نهاية لا دخل للإدارة فيها إما بنهايتها الطبيعية، أو عن طريق القضاء بحكم قضائي، ولأن الحالة الأخيرة تدخل ضمن موضوع رقابة القضاء على أعمال الإدارة فأنا سنقتصر البحث في هذا الجانب من الدراسة على النهاية الطبيعية للقرار الإداري، حيث تنتهي القرارات الإدارية نهاية طبيعية مهما طال مدة سريانها في الحالات التالية:

أولاً - تنفيذ القرار الإداري: ينتهي القرار الإداري بمجرد تنفيذه أو استنفاد الغرض منه، كتفويض القرار بإبعاد أجنبي، فإن القرار ينتهي بمغادرة ذلك الأجنبي البلاد، والقرار الصادر بهدم منزل آيل للسقوط ينتهي بهدم ذلك البيت، وقد تستدعي طبيعة بعض القرارات استمرارها لمدة طويلة من الزمن، كالقرار الصادر بترخيص محل، فلا ينتهي القرار بإنشاء المحل، بل يستمر ما دام المستفيد من الترخيص مزاولاً لنشاطه، إلا إذا تدخلت الإدارة وقامت بسحب الترخيص لمقتضيات المصلحة العامة أو لمخالفة المستفيد لشروط الاستفادة منه.

ثانياً - انتهاء المدة المحددة لسريان القرار:

قد يحدد المشرع مدة معينة لسريان القرار الإداري يتوقف أثره بانتهائها، كما في حالة الترخيص بالإقامة الأجنبي لمدة معينة، أو قرار منح جواز سفر ففي الحالتين ينتهي القرار بانتهاء المدة المحدد سلفاً لنفاذ الترخيص وجواز السفر.

ثالثاً - زوال الحالة الواقعية أو القانونية التي تعلق عليها استمرار نفاذ القرار الإداري:

كما لو منحت الإدارة الأجنبي الترخيص بالإقامة لأنه يعمل في جهة أو مصلحة حكومية فإذا انتهت خدمته في هذه الجهة انتهى معها الترخيص له بالإقامة.

رابعاً - استحالة تنفيذ القرار: كالقرار الصادر بترخيص مزاوله مهنة معينة، ثم يتوفى المستفيد من الرخصة أو القرار الصادر بتعيين موظف يتوفى قبل تنفيذه لقرار التعيين، فالأصل في هذه الأحوال أن يرتبط مصير القرار بمصير من صدر لصالحهم إلا في بعض الحالات الاستثنائية التي تسمح بترتيب بعض آثار القرار على ورثة المستفيد.

خامساً - تحقق الشرط الفاسخ الذي يعلق عليه القرار: قد يصدر القرار معلقاً على شرط فاسخ، وهو قرار كامل وتكون آثاره نافذة، غير أن تحقق الشرط الفاسخ يؤدي إلى زوال القرار من تاريخ صدوره وليس من تاريخ تحقق الشرط^(١)، كما في قرار التعيين فهو قرار فردي مقترن بشرط فاسخ يتمثل في رفض صاحب الشأن فإذا لم يتحقق الرضا استمر القرار صحيحاً ومنتجاً لآثاره، أما إذا رفض التعيين زالت آثار القرار بأثر رجعي من تاريخ صدوره وليس من تاريخ تحقق الشرط.

سادساً - اقتران القرار بأجل فاسخ:

قد تقترن الإدارة القرار الإداري بأجل فاسخ، فإذا حل هذا الأجل زال القرار الإداري من تاريخ حلول الأجل على خلاف القرار المعلق على شرط فاسخ الذي تزول آثاره بأثر رجعي في تاريخ صدوره، فالقرار في هذه الحالة يكون نافذاً ومنتجاً لآثاره حتى يتحقق الأجل الفاسخ، ومن ذلك القرارات الإدارية التي تحدد علاقة الموظف بالدولة والتي تنتهي حكماً ببلوغ الموظف سن التقاعد.

سابعاً: الهلاك المادي للشيء الذي يقوم عليه القرار:

كما لو صدر قرار بالترخيص لأحد الأشخاص باستعمال جزء من المال العام، فينتهي القرار بهلاك هذا الجزء من المال العام، أو فقده لصفة العمومية.

ثامناً: تغير الظروف التي دعت إلى إصدار القرار: القرار الصادر بتنفيذاً لقانون معين من الطبيعي أن ينتهي بزوال أو إلغاء القانون، إلا إذا نص على غير ذلك.

الفرع الثاني

نهاية القرارات الإدارية بعمل من جانب الإدارة

قد ينتهي القرار الإداري نتيجة لتصرف من جانب الإدارة ويتم ذلك بوسيلتين: الإلغاء، والسحب. أولاً - الإلغاء: أن سرعة تطور الحياة الإدارية وتغيرها يؤدي إلى ضرورة تطور القرارات الإدارية وتغيرها في كل وقت، لتساير هذا التطور وتجاوب مع الأوضاع المتغيرة، لذلك تلجأ

(١) د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٩٢.

الإدارة في كثير من الأحيان إلى وضع حد لتطبيق قراراتها غير المناسبة، وفق ما يسمى بالإلغاء، ويختلف حق الإدارة في إلغاء قراراتها الإدارية باختلاف قراراتها التنظيمية أو فردية^(١).

١. **إلغاء القرارات الإدارية التنظيمية:** لما كانت القرارات التنظيمية تنشئ مراكز عامة لا ذاتية، فإن الإدارة تملك في كل وقت أن تعدلها أو تلغيها أو تستبدل بها غيرها وفقاً لمقتضيات الصالح العام، وليس لأحد أن يحتج بوجود حق مكتسب، وإذا كان إلغاء القرارات التنظيمية يتم بهذه المرونة، فإن ذلك لا يعني عدم إلزامية القواعد التنظيمية، فهذه القواعد ملزمة لكل السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التي أصدرتها، وان الخروج على أحكامها في التطبيقات الفردية غير جائز إلا إذا تقرر ذلك في القاعدة التنظيمية ذاتها، ومن ناحية أخرى يجب أن يتم إلغاء القرار التنظيمي أو تعديله بقرار تنظيمي مماثل، وأن تظل القرارات الفردية التي اتخذت بالتطبيق للقرار الملغي نافذة ومنتجة لأثارها.

٢. **إلغاء القرارات الإدارية الفردية:** تلزم التفرقة في هذا المجال بين القرارات الفردية التي ترتب حقوقاً للأفراد وتلك التي لا تولد حقوقاً:

أ. **القرارات التي ترتب حقوقاً للأفراد:** الأصل أن القرارات الإدارية الفردية إذا ما صدرت سليمة مستوفية للشروط التي يطلبها القانون وترتب عليها حق شخصي أو مركز خاص، فإن الإدارة لا تملك المساس بها إلا في الحالات التي يجبرها القانون، ويقرر الفقه أن احترام المراكز الخاصة التي تنشأ عن القرارات الإدارية الفردية، يعتبر مثله في ذلك مثل مبدأ المشروعية من أسس الدولة القانونية^(٢)، إلا أن هذا الأصل لا يجري على إطلاقه، فالإدارة تملك أحياناً أن تلغي قراراً ترتب عليه حقوق مكتسبة، ومن ذلك القرار الصادر بتعيين شخص في وظيفة عامة فهذا القرار وان أكسب هذا الشخص حقاً في تقلده الوظيفة العامة، فإن الإدارة تستطيع فصل الموظف في حالة ارتكابه خطأ يبرر هذا الجزاء، إذا كان القرار الفردي سليماً، أما إذا القرار الفردي المنشئ لحقوق مكتسبة غير سليم، فإن الإدارة تملك أن تلغيه أو تعدل فيه وإلغائها له يمثل جزاء لعدم مشروعيته.

ب. **القرارات الإدارية التي لا ترتب حقوقاً للأفراد:** القرارات الإدارية التي لا ترتب حقوقاً للأفراد، تستطيع الإدارة إلغائها أو تعديلها، وقد استقر الفقه على عدة أنواع منها:

(١) د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٩٤.
(٢) المرجع السابق، ص ١٩٢.

- **القرارات الوقتية:** وهي القرارات التي لا تنشئ حقوقاً بالمعنى القانوني لتعلقها بأوضاع مؤقتة ولو لم ينص على سريانها لمدة معينة، ومن ذلك القرارات الصادرة بنذب موظف عام أو بمنح تراخيص مؤقتة.
 - **القرارات الولائية:** وهي القرارات التي تخول الأفراد مجرد رخصة من الإدارة لا تترتب عليها أي آثار قانونية أخرى مثل منح أحد الموظفين اجازة مرضية في غير الحالات التي يحتمها القانون، فهذا القرار لا يمكن اعتباره حقاً مكتسباً وبالتالي تملك الإدارة إلغاؤه في أي وقت.
 - **القرارات السلبية:** القرار السلبي هو ذلك القرار الذي لا يصدر في شكل الإفصاح الصريح عن إرادة جهة الإدارة بإنشاء المركز القانوني أو تعديله أو إنهائه، بل تتخذ الإدارة موقفاً سلبياً من التصرف في أمر كان الواجب على الإدارة أن تتخذ إجراءً فيه طبقاً للقانون واللوائح، فسكوت الإدارة عن الإفصاح عن أرائها بشكل صريح يعد بمثابة قرار سلبي بالرفض، وهذا القرار لا يترتب حقوقاً أو مزايا للأفراد ويجوز إلغاؤه في أي وقت، مثل قرار الإدارة برفض منح رخصة لأحد الأفراد لمزاولة مهنة معينة.
 - **القرارات غير التنفيذية:** وهي القرارات التمهيدية التي تصدر بقصد الإعداد لإصدار قرار معين، مثل قرار الإدارة بإيقاف موظف عن عمله بقصد إحالته إلى المحاكمة التأديبية، والقرارات التي تحتاج إلى تصديق من السلطة الراسية^(١).
- فهذه القرارات جميعاً يمكن للإدارة العدول عنها وإلغاؤها بالنسبة للمستقبل في أي وقت ودون التقيد بميعاد معين.
- ثانياً - السحب:** يقصد بسحب القرارات الإدارية إعدامها بأثر رجعي من تاريخ صدورها، وكان القرار لم يولد مطلقاً ولم يترتب أية آثار قانونية، والسحب بهذا المعنى كإلغاء القضائي من حيث أثره، إذ يترتب عليه إنهاء جميع الآثار القانونية المترتبة على القرارات الإدارية اعتباراً من تاريخ صدورها^(٢)، وإذا كان من حق القضاء إلغاء القرارات الإدارية المعيبة خلال مدة معينة هي مدة الطعن بالإلغاء، فإن المنطق يحتم أن تتمتع الإدارة بحق سحب قراراتها المعيبة خلال هذه المدة، توفيقاً لإجراءات التقاضي المطولة، كما أن سحب الإدارة قرارها المعيب أكرم لها من إلغائه قضائياً، وفي هذا المجال يجب التمييز بين سحب القرارات الإدارية المشروعة وسحب القرارات الإدارية غير المشروعة.

(١) د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٩٨.

(٢) د. عبدالغني بسيوني عبدالله، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٧٤.

١. سحب القرارات المشروعية: القاعدة العامة المستقرة فقهاً وقضاً أنه لا يجوز سحب القرارات الإدارية المشروعة، حماية لمبدأ المشروعية وضمان الحقوق المكتسبة للأفراد، سواء أكانت قرارات فردية أو تنظيمية مع أن الأخيرة لا تنشئ مراكز شخصية بل مراكز عامة أعمالاً للاستقرار في الأوضاع القانونية وتطبيقاً لمبدأ عدم الرجعية للقرارات الإدارية^(١)، غير أن القاعدة لا تجري على إطلاقها، فقد أجاز القضاء الإداري سحب القرارات الإدارية المشروعة في حالات معينة من ذلك:

أ. القرارات الإدارية الخاصة بفصل الموظفين: أجاز القضاء الإداري في مصر وفرنسا ولا اعتبارات تتعلق بالعدالة سحب قرار فصل الموظف، بشرط ألا يؤثر قرارا السحب على حقوق الأفراد التي قد اكتسبت، كما لو تم تعيين موظف آخر لشغل الوظيفة التي كان يقوم بها الموظف المفصول^(٢).

ب. القرارات التي لا يتولد عنها حقوق للأفراد: إذا لم يترتب أي حقوق مكتسبة للأفراد عن القرار الإداري، فإن الإدارة تملك أن تسحبه، ومن ذلك قرارها بسحب القرار بتوقيع الجزاء التأديبي على أحد موظفيها لعدم تعلق هذا القرار بحق مكتسب لشخص آخر، وهنا تظهر مسألة القرارات الإدارية التنظيمية فهي تنشئ مراكز قانونية عامة، وبالتالي لا ترتب أي حقوق مكتسبة للأفراد وهذا يعني إمكان سحب القرارات التنظيمية في أي وقت، إلا أن هذا الحق مقيد بأن لا يترتب هذا القرار حقوقاً للأفراد ولو بطريق غير مباشر.

٢. سحب القرارات الإدارية غير المشروعة: القاعدة المستقرة في القضاء الإداري أنه يجوز للإدارة أن تسحب قراراتها غير المشروعة، كجزاء لعدم مشروعيتها واحتراماً للقانون، وأساس هذه القاعدة هو أن القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المشروعية لا تنشأ حقوق مكتسبة للأفراد ومن ثم يجوز إعدام آثارها بالنسبة للماضي والمستقبل^(٣)، والسلطة التي تملك سحب القرار هي السلطة التي أصدرته أو السلطة الراسية لها ما لم يمنح المشرع هذا الحق لسلطة أخرى.

(١) المرجع السابق، ص ٤٧٤.

(٢) المرجع السابق نفسه، ص ٤٧٥.

(٣) د. عبدالغني بسيوني عبدالله، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٧٤.

الفصل الخامس

العقود الإدارية

تعد العقود الإدارية من أهم الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة لتحقيق الأهداف العامة من أجل تقديم الخدمات العامة وتحقيق المصلحة العامة لأفراد المجتمع، والتخفيف من العبء الملقى على عاتق الإدارة في إدارة المرافق العامة وانجاز الأعمال لتسيير عجلة التنمية في الدولة، وتتخذ العقود الإدارية نوعين: الأول عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص، حيث تكون الإدارة طرفاً في هذا العقد كأفراد العاديين ولا تتمتع الإدارة بأي امتياز، وتخضع هذه العقود للقضاء العادي، الثاني عقود الإدارة التي تخضع للقانون العام وتسمى "العقود الإدارية" تبرمها الإدارة باعتبارها سلطة عامة لتحقيق خدمة مرفق عام وهنا تمتلك الإدارة سلطة الامتياز في مواجهة الطرف الاخر، ولذا نتناول دراسة هذا الفصل في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية العقد الإداري وأهم صوره.

المبحث الثاني: النظام القانوني للعقود الإدارية.

المبحث الأول

ماهية العقد الإداري وأهم صوره.

العقد يقوم على فكرة التراضي والتقاء الارادتين، والعقد الإداري لا يختلف في هذا العنصر الجوهري عن العقد المدني الذي يتم بين الأفراد أنفسهم^(١). والجدير بالذكر أن نظرية العقود الإدارية ماتزال حديثة في اليمن، لأن القضاء العادي اليمني لم يبدأ تطبيقه للقواعد الإدارية فيما يتعلق بنظر المنازعات الإدارية إلا متأخراً، مما يعني أنه قبل ذلك

(١) د. محمد رفعت عبدالوهاب، د. عصام أحمد عجيلة، القانون الإداري اليمني، دار النهضة العربية، القاهرة

يطبق النصوص المدنية، وحيث أن العقد الإداري يعترف للإدارة بسلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها لا تتمتع بها في عقودها المدنية، لذا نتناول هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف العقد الإداري واركانه.

المطلب الثاني: أهم صور العقود الإدارية.

المطلب الأول

تعريف العقد الإداري واركانه

حظيت مشكلة تحديد نشاط السلطة العامة باهتمام كبير من رجال القانون والإدارة، واختلف هذا الاهتمام تبعاً للأفكار السياسية التي يؤمن بها كل منهم، ولعل أبرز مذهبين كان لهما التأثير في هذا المجال هما المذهب الفردي الحر والمذهب التدخل المعاصر، حيث وضع كل منهما أسلوباً محدداً لدور الدولة ووظيفتها في مختلف المجالات وفقاً للفلسفة السياسية التي يؤمن بها.

وكان لانتصار مفهوم الدولة التدخلية وتوسيع مجال نشاط السلطة العامة في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، وانتشار المرافق العامة المهنية والاقتصادية الفضل في خلق مبادئ قانونية جديدة هي مبادئ القانون الإداري تتميز عن قواعد القانون الخاص وتتماشى مع طبيعة نشاط الإدارة وهدفها، مع الاهتمام بحقوق الأفراد وحررياتهم، وساهم في ذلك بشكل كبير مجلس الدولة الفرنسي الذي يعود له الفضل في تأسيس العديد من نظريات القانون الإداري ومنها نظرية العقود الإدارية.

وقد طبقت مصر أحكام العقود الإدارية عقب إنشاء مجلس الدولة في عام ١٩٦٤ واختص مجلس الدولة بنظر منازعات العقود الإدارية بصدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩م، ولبيان ماهية العقد الإداري لابد من تعريفه، ثم بيان اركانه.

الفرع الأول

تعريف العقد الإداري

اختلف القضاء والفقهاء في وضع تعريف محدد للعقود الإدارية، وقد حاول القضاء الإداري في فرنسا ومصر حسم هذا الخلاف بتحديد المبادئ الرئيسية للعقود الإدارية.

وفي ذلك عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر العقد الإداري بأنه "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص"^(١).

وقد أيد جانب كبير من الفقهاء في مصر هذا الاتجاه، منهم الدكتور سليمان محمد الطماوي، الذي ذهب إلى أن العقد الإداري "هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر في نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وأية ذلك أن يتضمن شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"^(٢).

ويبدو أن الرأي الغالب سواء في مصر أم اليمن قد أستقر على أن العقد يكتسب صفته الإدارية إذا توافرت فيه ثلاثة عناصر هي:

١. أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً.
٢. أن يتصل هذا العقد بمرفق عام.
٣. أن تختار الإدارة وسائل القانون العام.

الفرع الثاني

اركان العقد الإداري

أستقر القضاء والفقهاء على أن العقد يكتسب صفته الإدارية إذا توافرت فيه ثلاثة عناصر هي:

١. أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً.
٢. أن يتصل هذا العقد بمرفق عام.
٣. أن تختار الإدارة وسائل القانون العام.

(١) ق٧٧٩، ل ١٠، مجموعة السنة الحادية عشر، ع ١، أكتوبر ١٩٥٦، ص ٢٢٨.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠١٤م، ص ٩٧.

أولاً - أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً:

الدولة أهم وأكبر هؤلاء الأشخاص العامين، بالإضافة للوزارات والمصالح التابعة لها، والأشخاص المعنوية المحلية كالمحافظات والمديريات، وكذلك الأشخاص العامة المرفقية مثل الهيئات والمؤسسات العامة (١)، ولكن هذا الشرط لا يكفي وحده.

ثانياً - أن يتصل هذا العقد بمرفق عام:

الغاية من هذا الركن أن مقتضيات سير المرافق العامة هي التي تبرز ما يتضمنه النظام القانوني للعقود الإدارية من خروج على القواعد المألوفة في عقود القانون الخاص (٢)، والمقصود بالمرفق العام هو منظمة إدارية تخضع لرقابة الدولة أوكل إليها القيام بنشاط ما لتحقيق نفع عام لأفراد المجتمع أو بعضهم (٣)، ويتحقق هذا الشرط بأي صورة من صور الاتصال.

ثالثاً - أن تختار الإدارة وسائل القانون العام:

لكي يكون العقد إدارياً لا يكفي أن يكون أحد طرفيه من أشخاص القانون العام، أو أن يتصل هذا العقد بمرفق عام، وإنما يجب توافر امتيازات استثنائية غير مألوفة في العقود، فيعتبر العقد إدارياً (٤)، ومن الشروط غير المألوفة أن تحتفظ الإدارة لنفسها في تنفيذ العقد بامتيازات تخرج على مبدأ المساواة بين المتعاقدين كأن تشترط لنفسها سلطة فسخ العقد دون حاجة للالتجاء إلى القضاء ودون خطأ من الطرف الآخر المتعاقد معها، أيضاً للإدارة سلطة تعديل بعض الشروط الواردة في العقد بارادتها وحدها.

المطلب الثاني

أهم صور العقود الإدارية

التصرفات القانونية التي تجريها الإدارة وتقصدها إلى أحداث الآراء القانونية، إما أن تتمثل بالتصرفات التي تقوم بها الإدارة من جانب واحد وبارادتها المنفردة وتشمل القرارات والأوامر الإدارية التي أوضحناها سابقاً، وإما أن تتمثل بالأعمال القانونية الصادرة عن الإدارة بالاشتراك

(١) د. أحمد شرف الدين، الوجيز في القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص ١٨٧، وهذه الأشخاص هي التي تضمنها التشريع اليمني النافذ.

(٢) د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٦٢١.

(٣) د. علي علي المصري، الوجيز في القانون الإداري اليمني، ج ٢، مرجع سابق، ص ٣٤.

(٤) د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٦٢٢.

مع بعض الأفراد بحيث تتوافق الإراداتان وتتجهان نحو إحداث أثر قانوني معين وتلجأ الإدارة إلى إتباع هذا الأسلوب لتحقيق هدفها في إشباع الحاجات العامة، وفق ما يمكن تسميته بعقود الإدارة. والعقود التي تبرمها الإدارة لا تخضع لنظام قانوني واحد، فهي على نوعين: الأول عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص والتي تماثل العقود التي يبرمها الأفراد في نطاق القانون الخاص، والنوع الثاني هو العقود الإدارية التي تخضع للقانون العام والتي تبرمها الإدارة باعتبارها سلطة عامة تستهدف تنظيم مرفق عام أو تشغيله، حيث تقوم الإدارة بإبرام أنواع مختلفة من العقود الإدارية، منها عقود نظمها المشرع بأحكام خاصة ونص عليها في القانون المدني اليمني ومنها ما ورد عليه النص في قانون المناقصات والمزايدات اليمني ولائحته التنفيذية، ومنها ما ترك تحديده للقضاء الإداري.

وفي هذا الموضوع سنتناول أهم ثلاثة عقود إدارية أشارت إليها اغلب التشريعات العربية ومنها التشريع اليمني:

١. عقد الالتزام أو الامتياز.

٢. عقد الأشغال العامة.

٣. عقد التوريد.

أولاً - **عقد الالتزام أو الامتياز:** يعد عقد الالتزام من أهم العقود الإدارية، لأنه يمنح فرد أو شركة الحق بإدارة واستغلال مرفق من المرافق العامة، ويعرف هذا العقد بأنه " أحد طرق إدارة المرفق العام، حيث تكلف الإدارة أحد اشخاص القانون الخاص (شخص طبيعي أو معنوي وهو صاحب الامتياز) بإنشاء وإدارة المرفق العام على حسابه ومسؤوليته، وتحت اشراف الإدارة مانحة الامتياز لقاء الانتفاع من رسوم يدفعها المنتفعون، وعند انتهاء مدة العقد يتم اعادة التجهيز للإدارة أو الدولة^(١)، وعرفته محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها "

إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع لها، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح"^(٢)، وقد ثار بشأن طبيعة عقد الالتزام خلاف فقهي كبير، إذ ذهب فريق من الفقهاء " الألمان " إلى القول إنه عمل من جانب واحد هو الإدارة، وعلى ذلك فأن

(١) د. هيام مروة، القانون الإداري الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط١، ٢٠٠٣م، ص ١٠٢.

(٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٣/٢/٢٥م، اشار إليه د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، شركة مطابع الطوبجي التجارية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ٣٦٤.

آثاره لا تنشأ عن عقد وإنما عن أمر انفرادي تصدره السلطة بإرادتها المنفردة، وتملك تعديله أو إلغائه، ولم يصادف هذا الرأي القبول لأنه ينفي دور الملتزم في تحديد شروط الالتزام ودور إرادته في إبرامه^(١).

وانقسم الفقه الفرنسي إلى اتجاهين ذهب الأول نحو اعتبار عقد الالتزام من عقود القانون الخاص متجاهلاً خصائصه المميزة من حيث منحه الملتزم سلطات من طبيعة خاصة من قبيل ذلك سلطته في فرض أعباء مالية على المنتفعين بالمرفق وسلطته في شغل الدومين العام وما إلى ذلك من امتيازات أخرى ويوفرها له نظام القانون العام^(٢)، أما الاتجاه الثاني ويتزعمه الفقيه Duguit فيعتبر الالتزام عملاً قانونياً مركباً يشتمل على نوعين من النصوص، الأول منها يتعلق بتنظيم المرفق العام وبسيره وتملك الإدارة تعديل هذه النصوص وفقاً لحاجة المرفق، أما النوع الثاني من النصوص فيسمى بالنصوص أو الشروط التعاقدية التي تحكمها قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" ومنها ما يتعلق بتحديد مدة الالتزام والالتزامات المالية بين المتعاقدين ولا تتعدى ذلك لتشمل أسلوب الخدمات للمنتفعين^(٣).

وقد لاقى هذا الرأي ترحيباً في القضاء الإداري في فرنسا ومصر إذ أن المسلم به فقها وقضاء إن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين: شروط لائحة وشروط تعاقدية، الشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم، والمسلم به إن التعريف أو خطوط السير وما يتعلق بهما، من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة، وتمارس الإدارة في مواجهة الملتزم سلطة الرقابة والإشراف على ممارسة عمله وفقاً لشروط العقد والقواعد الأساسية لسير المرافق العامة.

على أن لا تصل سلطة الإدارة في إصدار قراراتها بمناسبة سلطة الرقابة حداً يغير من طبيعة الالتزام وتعديل جوهره أو أن تحل محل الملتزم في إدارة المرفق وإلا خرج عقد الالتزام عن مضمونه، وتغير استغلال المرفق إلى الإدارة المباشرة.

ثانياً - عقد الأشغال العامة:

عرفت أحكام القضاء الإداري المختلفة عقد الأشغال العامة بأنه عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو

(١) د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٠٨.

(٢) د. محمد رفعت عبدالوهاب، د. عصام أحمد عجيلة، القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص ٣٠٢.

(٣) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ١٠٩ وما بعدها.

الصيانة مقابل ثمن يحدد في العقد^(١)، وعرفه المشرع اليمني بأنه " عقد بين طرفين يتعهد بمقتضاه أحدهما بصنع شيء أو بيعه للطرف الآخر أو أداء عمل مقابل أجر أو بيع"^(٢)، وهو ما ذهب إليه الفقه اليمني^(٣) ومن هذه التعريفات يتبين أنه يتميز عقد الأشغال العامة بتوافر العناصر التالية:

١. أن موضوع العقد يتعلق بعقار: ويشمل ذلك أعمال البناء والترميم والصيانة الواردة على عقار، وكذلك بناء الجسور وتعبيد الطرق وما إلى ذلك، ويخرج من نطاق الأشغال العامة العقود الواردة على منقول مهما كانت ضخامته، فلم يعتبر القضاء الإداري في فرنسا من عقود الأشغال العامة الاتفاقات التي يكون محلها إعداد أو بناء أو ترميم سفينة أو حظيرة متحركة للطائرات، وقد توسع مجلس الدولة الفرنسي في مفهوم الأشغال العامة وأدخل في اختصاصه كثيراً من العقود التي تتعلق بصيانة الأموال العامة من قبيل أعمال التنظيف والرش في الطرق العامة، وعقود توريد ونقل المواد اللازمة للأشغال العامة، وكذلك عقود تقديم مساعدة مالية أو عينية لتنفيذ أشغال عامة^(٤).

٢. أن العمل لحساب شخص معنوي: سواء كان العقار محل الأشغال مملوكاً لشخص عام أم مملوكاً لشخص من أشخاص القانون الخاص لكن العمل قد تم لحساب شخص معنوي عام.

٣. أن يكون القصد من الأشغال تحقيق نفع عام: ولا يشترط أن تتم هذه الأشغال على مال عام، أو عقار مخصص لمرفق عام.

ويتميز عقد الأشغال العامة في أن الإدارة تملك سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد في أوسع مدى لها، إذ تملك سلطة توجيه العمال واختيار طريقة التنفيذ، كما يجوز للإدارة أن تعدل الشروط الأصلية للعقد بما يحقق المصلحة العامة.

ثالثاً - عقد التوريد:

عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية عقد التوريد بأنه " اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين"^(٥)، ومن ذلك يتبين انه يشترط في هذا العقد ما يلي:

(١) د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٠٨.

(٢) أنظر المادة (٢) من القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧م بشأن المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية.

(٣) د. علي علي المصري، مرجع سابق، ص ٤٠.

(٤) د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١١١.

(٥) نقلاً عن: د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١١١.

١. **عقد يرد على شيء منقول:** وهو ما يميزه عن عقد الأشغال العامة الذي يتعلق بالعقارات، ومن قبيل هذه المنقولات توريد مواد التموين والأجهزة والبضائع المختلفة الأخرى.
٢. **عقد رضائي:** يتم إبرامه بالاتفاق بين الإدارة والمتعهد المورد، ويستوي بالنسبة لعقد التوريد أن يتم دفعة واحدة أو على دفعات متعددة.
٣. **اتصال العقد بمرفق عام وتضمنه شروطاً استثنائية غير مألوفة،** وإلا فإن العقد يعد من عقود القانون الخاص، وقد أفرز التطور الصناعي ظهور عقود جديدة دخلت ضمن نطاق عقد التوريد، تتعلق بتسليم منقولات بعد صناعتها وسميت هذه العقود بعقود التوريد الصناعية والتي تقسم بدورها إلى نوعين من العقود: عقود التصنيع وعقود التعديل والتحويل.

المبحث الثاني

النظام القانوني للعقود الإدارية

يعتبر النظام القانوني للعقود الإدارية أحد ركائز القانون الإداري التي أنشأها القضاء الإداري، ومع ذلك لا تملك الإدارة حرية واسعة عند التعاقد مثلما هو الحال في إبرام الأفراد عقودهم، إذ فرض المشرع جملة من القيود والإجراءات تلتزم الإدارة باتباعها حفاظاً على المصلحة العامة والمال العام.

وبنتج تشريعات الدول سنجد تباين واضحاً بما يتعلق بالنظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية، وذلك طبقاً لمدى وحدة النظام القانوني ووحدة النظام القضائي وازدواجهما في هذا البلد أو ذلك^(١)، وسنتناول دراستنا طرق وأساليب اختيار المتعاقد مع الإدارة، ثم إجراءات التعاقد وفقاً لما يلي:
المطلب الأول: طرق إبرام العقود الإدارية.
المطلب الثاني: إجراءات التعاقد.

(١) د. علي علي المصري، مرجع سابق، ص ٤٥.

المطلب الأول

طرق إبرام العقود الإدارية

تتبع الإدارة أساليب عدة في إبرام عقودها وفي هذا المجال بين القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧م بشأن المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية ولائحته التنفيذية، طرق أساسية لإبرام العقود الإدارية هي:

١. المناقصة.
٢. الممارسة.
٣. التكليف المباشرة.
٤. المزايدة العامة.

أولاً - المناقصة:

يقوم نظام المناقصة وفقاً للقانون اليمني على أساس وجود عدد من الراغبين في التعاقد مع الإدارة، يتنافسون فيما بينهم لتقديم العطاءات تختار الإدارة أفضلها سعراً وشروطاً، وتلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب عندما تريد الحصول على الخدمات والسلع مثلما هو الحال في عقود الأشغال العامة و التوريد، ولا يجوز العدول عن أسلوب المناقصة إلا في حالات خاصة، إذ ورد في المادة السادسة عشر "تبرم عقود الأشغال، وعقود التوريد وغيرها من العقود الإدارية - بصفة عامة - بطريقة المناقصة العامة ولا يجوز العدول عن طريق المناقصة العامة إلى طريق آخر من طرق التعاقد إلا لمقتضى يستند إلى أحكام هذه القانون."

وتقوم المناقصة على ثلاثة مبادئ رئيسية هي:

١. الإعلان عن المناقصة.
٢. حرية المنافسة.
٣. المساواة بين المتنافسين.

١. **الإعلان عن المناقصة:** عرف المشرع اليمني المناقصة بأنها: " هي مجموعة الإجراءات التي يفتح فيها باب المنافسة أمام المتنافسين المؤهلين للقيام بالأشغال أو أداء الخدمات أو توفير المواد والآليات والمعدات المطلوبة وذلك عن طريق إعلان تنشره الجهة المختصة عبر وسائل الأعلام المناسبة"^(١)، ومن خلال النص نجد أن إعلان الإدارة عن رغبتها بالتعاقد شرط ضروري لضمان فرص متساوية للراغبين بالتعاقد تتيح لهم تقدير كلفة المشروع موضوع العقد ونوع الخدمات المراد تقديمها وشروطها، إذا يتوجب على الإدارة

(١) أنظر المادة (٢) من القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧م بشأن المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية.

أن تضع مواصفات تفصيلية كاملة وجداول الكميات التي تبين للأفراد البنود والإجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ العقد والجزاءات التي يمكن توقيعها على المتعاقد في حالة الإخلال بأحكامه أو التأخر في تنفيذه، إضافة إلى صفة المناقصة وشروط العقد العامة، وتتولى لجنة العطاءات الإعلان عن المناقصة بناء على قرار الجهة المختصة بعد التحقق من صدور الأذن من الجهة المختصة.

٢. **حرية المنافسة:** من مقتضيات هذا المبدأ إعطاء الحق لكل المقاولين أو الموردين المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط الذي تريد الإدارة التعاقد عليه، أن يتقدموا بعطاءاتهم بقصد التعاقد مع أحدهم وفق الشروط التي تضعها هي^(١)، ولا يجوز للإدارة أن تبعد أيًا من الراغبين في التعاقد والمنتمين إلى هذه المهنة من الاشتراك في المناقصة. وهذا المبدأ يقوم على أساس وقوف الإدارة موقفاً حيادياً إزاء المتنافسين، فهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقدير فئات المقاولين التي تدعوها وتلك التي تبعدا.

المساواة بين المتنافسين:

يقوم هذا المبدأ على أساس أن جميع المتقدمين بعطاءاتهم يكونوا على قدم المساواة مع بقية المتنافسين، وليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم فلا تطلب من أحدهم ما لا تطلبه من غيرهم، إلا أن هذا القيد لا ينبغي تعميمه، إذ أن الإدارة تستطيع أن تفرض شروطاً إضافية على المتقدمين إليها تضمن توفر خبرات خاصة أو تطلب وثائق أو شهادات معينة لا تتوفر إلا لفئة معينة من الراغبين في التعاقد، ناهيك عن أن الإدارة تملك إعفاء بعض المتقدمين من بعض الشروط كإعفاء الشركات الوطنية من التأمين الابتدائي الواجب تقديمه أو شرط توافر القدرة المالية، والمناقصات تقسم على أنواع منها المناقصة العامة و المناقصة المحدودة: المناقصة العامة: هي تلك التي يعلن عنها لجميع الراغبين في التعاقد مع الإدارة دون تعيين، وهي القاعدة العامة في المناقصات وتقوم على أساس المبادئ الأساسية التي سبق ذكرها، وعرفتها لائحة العقود الإدارية بأنها هي التي يعلن عنها لجميع أدوات التنفيذ بقصد الوصول إلى أصلح عرض " (٢)

والمناقصة العامة: هي مجموعة الإجراءات التي يفتح فيها باب المنافسة أمام المتنافسين المؤهلين للقيام بالأشغال أو أداء الخدمات أو توفير المواد والآليات والمعدات المطلوبة وذلك عن طريق إعلان تنشره الجهة المختصة عبر وسائل الأعلام المناسبة^(٣)، إما أن تكون مناقصة داخلية أو

(١) أنظر المادة (٢) من القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧م بشأن المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية.

(٢) أنظر المادة (٢) من القانون نفسه.

(٣) أنظر المادة (٢) من القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧م بشأن المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية.

محلية وإما أن تكون مناقصة دولية وتتبع في المناقصة المحلية إجراءات المناقصة العامة ذاتها من حيث وجوب المساواة بين المتقدمين وحرية المنافسة فضلاً عن الإجراءات الأخرى، لكن المناقصة تختلف في أن المشاركة فيها تقتصر على الشركات المحلية والمقاولين المحليين الذين يختارون من بين المقيدة أسماؤهم في السجلات المعدة لذلك وهي على ذلك يعلن عنها بالنشر في وسائل الإعلام المحلية، في حين يعلن عن المناقصة العامة أو الدولية عن طريق النشر في وسائل الإعلام المحلية والعالمية، ويتعلق هذا النوع من المناقصات ببعض العقود المهمة التي تتطلب قدراً عالياً من الخبرة، التي لا تتوفر في الشركات المحلية، فيسمح باشتراك الأفراد والشركات الأجنبية.

أما المناقصات المحدودة: عرفها المشرع اليمني في المادة الثانية من القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧م بأنها " هي تلك العملية التي يحصر التنافس فيها بين عدد محدود من المقاولين والمتعهدين والموردين لا يقلون عن ثلاثة وتسري عليها جميع قواعد المناقصة ما عدا النشر في وسائل الإعلام"، فهي المناقصات التي يقتصر الاشتراك فيها على جهات أو أشخاص يختارون عن طريق قائمة تعدها الإدارة بأسمائهم ولا يحق لمن هم خارج هذه القائمة المشاركة إلا في حالات استثنائية، وهذه القائمة تعد بناء على توافر شروط معينة تقررها الإدارة من حيث المقدرة المالية للشركات أو خبرتها الفنية في الأعمال المماثلة، وتلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب في حالات الضرورة ولا اعتبارات تعود إلى طبيعة المشروعات التي ترغب الإدارة بإنجازها، والتي تتطلب قدرة من الخبرة والكافية، مثلما هو الحال في إنشاء الجسور والأنفاق والمصافي... الخ.

ثانياً - الممارسة: يمكن للإدارة أن تلجأ إلى طريق آخر في إبرام عقودها هو طريق الممارسة، ويتم بتقديم العروض أو الاتصال بجهات أو أشخاص متخصصين و التفاوض معهم للوصول إلى أفضل الشروط و الأسعار للتعاقد (١)، ويتميز هذا الأسلوب باختصار الإجراءات الطويلة التي يستغرقها غالباً طريق المناقصة، بالإضافة إلى طابع العلنية من خلال معرفة جميع الراغبين بالتعاقد بالأسعار التي يقدمها المنافسون، و التفاوض العلني للوصول إلى الاتفاق، مثلما هو الشأن بالنسبة لعقود القانون الخاص.

والممارسة في القانون اليمني: هي التفاوض مع عدد لا يقل عن اثنين من الموردين أو المنفذين أو الفنيين للتعرف على أسعارهم و سلعهم وخدماتهم واختيار أفضل العروض بأفضل المواصفات وبأقل الأسعار ليتم التعاقد أو الشراء في ضوءه، ويقوم بالشراء عن طريق الممارسة لجنة متفرعة عن اللجنة المعنية في الجهة.

(١) نقلاً عن: د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

ثالثاً-التكليف المباشر:

تملك الإدارة أيضاً حرية التعاقد مع الجهات بصورة مباشرة دون اتباع إجراءات خاصة، بإصدار أمر الشراء أو التكليف بالأعمال مباشرة من المختص بتوقيع العقود في الوحدات الإدارية، وفق ما يسمى بطريقة التكليف المباشر، وتلجأ الإدارة لهذا الأسلوب في أحوال معينة استثناء (١)، ويقصد بالتكليف المباشر لدى المشرع اليمني، الاتفاق المباشر بين الجهة المعنية وأي شخص يتم التعاقد معه على أساس الاختيار الحر والمباشر طبقاً للإجراءات المحددة لذلك.

رابعاً-المزايدات: عرف المشرع اليمني المزايدة العلنية بأنها: "مجموعة الإجراءات المعلن عنها وفقاً للأوضاع الموضحة بهذا القانون للوصول إلى أعلى الأسعار للأصناف المراد بيعها" وتسلك الإدارة طريق المزايدة في إبرام العقود الإدارية المتعلقة ببيع الأشياء التي تستغني عنها الإدارة أو التي يتقرر بيعها وفقاً للقانون، وتتم عن طريق تقديم عطاءات أو عروض للشراء أو بطريق المناذاة للوصول إلى أعلى الأسعار.

ووفقاً لنص المادة الثانية من قانون المناقصات والمزايدات اليمني فإن المزايدة نوعان، مزايدة بالمظاريف المغلقة وهي مجموعة الإجراءات المعلن عنها وفقاً للأوضاع المبينة بهذا القانون بقصد الوصول إلى أعلى الأسعار للأصناف المراد بيعها عن طريق مظاريف مغلقة وتتم بطريقة سرية، ومزايدة بالممارسة وهي التفاوض مع عدد من الأشخاص للتعرف على أسعارهم بهدف البيع للمتقدم بأعلى الأسعار للأصناف المراد بيعها.

المطلب الثاني

إجراءات التعاقد

وضع المشرع اليمني مجموعة من الإجراءات التي يجب على الجهة المختصة إتباعها قبل وأثناء إبرام العقود الإدارية، حيث يمر التعاقد في العقود الإدارية بأربع مراحل، حددها القانون في المادة السادسة عشر التي أحالت بيان طريقة الاجراءات في العطاءات و ابرام العقود الإدارية وأوجب اتباعها وهي:

المرحلة الأولى: استيفاء الإجراءات الشكلية السابقة على التعاقد.

المرحلة الثانية: تقديم العطاءات.

(١) د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

المرحلة الثالثة: فتح المطاريف والبت فيها.

المرحلة الرابعة: إبرام العقد.

المرحلة الأولى - استيفاء الإجراءات الشكلية السابقة على التعاقد:

يتطلب القانون أن تستكمل الإدارة بعض الإجراءات الشكلية قبل إبرام العقد وأهمها:

- الاعتماد المالي.

- دراسة الجدوى.

- الحصول على تصريح بالتعاقد.

١. **الاعتماد المالي:** الإدارة لا تستطيع الإدارة التعاقد أو إجراء أي تصرف يرتب عليها

التزامات مالية، ما لم يتوفر لديها الاعتماد المالي اللازم، كذلك تلتزم بعدم تجاوز حدود

هذا الاعتماد المالي.

ووفقاً للقواعد العامة في التعاقد لا يمنع تعاقد الإدارة في هذه الحالة، من مطالبة المتعاقد فسخ العقد

لعدم تنفيذ الإدارة التزاماتها المالية المستحقة لصالحها مع التعويض إذا كان لها مقتضى.

٢. **دراسة الجدوى:** يوجب المشرع قبل المباشرة بأي إجراء من إجراءات التعاقد دراسة

موضوع العقد وإجراء استشارات متعددة في سبيل إنجاز المشروعات، وفقاً للمواصفات

المطلوبة في الخطة مع مراعاة حدود الاعتماد المالي المخصص.

٣. **التصريح بالتعاقد:** يشترط قبل إبرام العقد الإداري الحصول على إذن الجهة المختصة

التي يحددها القانون، وبالعكس ذلك لا يجوز للإدارة مباشرة أي إجراء من إجراءات التعاقد.

ويترتب على ذلك أن العقد الذي تبرمه الإدارة دون الحصول على الأذن معدوماً من الناحية

القانونية ولا يجوز تصحيحه بصدور إذن لاحق.

وعلى ذلك لا تتوافر الرابطة التعاقدية بين الإدارة والطرف الآخر، ويملك هذا الأخير المطالبة

بالتعويض الذي لحق به على أساس المسؤولية التقصيرية إذا كان له مقتضى.

المرحلة الثانية - تقديم العطاءات:

حدد المشرع اليمني تقديم العطاءات التي تنظمها المواد (١١٠-١٢٠) من اللائحة التنفيذية للقانون

رقم (٣) لسنة ١٩٩٧م بشأن المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية، حيث يتقدم

الراغبون بالتعاقد بعطاءاتهم خلال المدة التي يحددها الإعلان، ولا يعتد بالعطاءات بعد هذه المدة،

إلا إذا قررت لجنة العطاءات تمديد مدة قبول العطاءات لأسباب تتعلق بقلّة عدد العطاءات المقدمة

بالنسبة لأهمية المشروع، أو عندما تطلب مد الميعاد أغلبية الشركات أو المنشآت التي دعيت

للمناقصة أو طلب ذلك عدد كبير من الشركات أو المنشآت الراغبة في التقدم للمناقصة.

المرحلة الثالثة -فتح المظاريف والبت فيها:

يحد في الاعلان يوم لفتح المظاريف حيث تقوم اللجنة المركزية للقطاعات أو اللجنة الفرعية لها بفتح صندوق العطاءات، لفحص كل عطاء على حدة بعد ترقيمه والتحقق من سلامة الأختام، ثم يقرأ اسم مقدم العطاء وقيمه الإجمالية بحيث يسمعه الحاضرون من مقدمي العطاءات ويدون ذلك بمحضر الجلسة، ثم يجري إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً من بين العطاءات الأخرى، كقاعدة عامة، ولها أن ترسي المناقصة على مقدم أنسب العروض ولو لم يكن أقلها سعراً لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، مع ضرورة أن تتمثل هذه الأسباب بعوامل جدية تتعلق بطبيعة الأعمال موضوع المناقصة وقيمتها ومواصفاتها، على أن لا يكون الفارق في الأسعار بين أنسب العروض المقدمة وأقلها سعراً كبيراً ويجب أن يكون قرار اللجنة باعتماد هذا العطاء مسيماً.

المرحلة الرابعة - إبرام العقد: إرساء المناقصة لا يعني إلزام الإدارة بإبرام العقد مع من رسي عليه العطاء فلا يعد قرار الإرساء آخر إجراءات التعاقد وإنما هو إجراء تمهيدي ينتهي بصورة قرار باعتماد الإرساء من الجهة المختصة، وللجهات الإدارية السلطة التقديرية في إبرام العقود بعد فحص العطاءات وإرسائها على المتعدين، وذلك تمهيداً للعقد الذي تبرمه الحكومة مع المتعهد ومن ثم فهي تملك كلما رأت أن المصلحة العامة تقضي بذلك إلغاء المناقصة والعدول عنها دون أن يكون لصاحب العطاء أي حق في إلزامها بإبرام العقد أو المطالبة بأي تعويض عن عدم إبرامه.

المبحث الثالث**آثار النظام القانوني للعقد الإداري**

يترتب على إبرام العقد الإداري جملة من الآثار على الطرفين المتعاقدين، تتمثل في الحقوق والالتزامات التي تتمتع بها الإدارة من جهة وما يقابلها من حقوق والتزامات يتمتع بها المتعاقد من جهة أخرى (١)، وبسبب الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية فإن ما تملكه الإدارة من امتيازات يفوق ما يتمتع به المتعاقد الآخر باعتبار أنها تسعى نحو تحقيق الصالح العام، ومن قبيل هذه الامتيازات

(١) د. محمد رفعت عبدالوهاب، د. عصام أحمد عجيلة، القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص ٣٢٥.

سلطتها في الرقابة والتوجيه وسلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد وسلطة تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، ولذلك نتناول حقوق والتزامات المتعاقدين في العقد الإداري في مطلبين:
المطلب الأول: سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها.
المطلب الثاني: حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة.
المطلب الثالث نهاية العقود الإدارية

المطلب الأول

سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها

مع أن العقود الإدارية تتفق مع عقود القانون الخاص في أنها تنشئ بين الأطراف حقوقاً والتزامات متبادلة، غير إنها تختلف من حيث عدم تسليمها بقاعدة المساواة بين المتعاقدين، فتمتع الإدارة بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد ترجيحاً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد^(١).

وفي ذلك تنص المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها: " فبينما مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازنة إذا بكفتي المتعاقدين غير متكافئة في العقد الإداري تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية من ذلك سلطة الإدارة في مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وكذا حق توقيع جزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إداري دون رضا هذا المتعاقد إنهائه دون تدخل القضاء"^(٢)، وعلى ذلك نبين فيما يأتي حقوق وسلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في المجالات الآتية:

- سلطة الرقابة والتوجيه.
- سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد.
- سلطة تعديل شروط العقد.
- سلطة إنهاء العقد.

(١) د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، شركة مطابع الطوبجي التجارية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ٣٧٤.
(٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٣/٢/٢٥م، أشار إليه د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، شركة مطابع الطوبجي التجارية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ٣٦٤.

أولاً - سلطة الرقابة والتوجيه:

تتمتع الإدارة بحق الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد، كما تملك سلطة توجيه المتعاقد وإصدار الأوامر والتعليمات اللازمة لهذا التنفيذ، وغالباً ما تشترط الإدارة ضمن نصوص عقودها الإدارية أو في دفاتر الشروط العامة والخاصة التي تحيل عليها، حقها في إصدار القرارات التنفيذية التي تخضع التنفيذ لتوجيهها وتراقب المتعاقد في تنفيذ التزاماته^(١).

فالإدارة عندما تتعاقد مع الأشخاص لا تتخلى عن مسئوليتها للمتعاقد معها، إنما تعاون المتعاقد في تسيير المرفق تحت إشرافها ورقابتها، ويكون لزاماً عليها الرقابة والتوجيه أثناء عمل المتعاقد في تنفيذ العقد، ولهذه السلطة نظيرها في عقود القانون الخاص، أما في العقود الإدارية فأن الإدارة تملك سلطات أوسع تتعدى الرقابة إلى توجيه المتعاقد إلى كيفية التنفيذ والتدخل باختيار الطريقة المناسبة للتنفيذ.

وحق الإدارة في الرقابة والتوجيه يختلف في مداه من عقد إداري إلى آخر، فهي محدودة في عقد التوريد وأكثر اتساعاً في عقود الأشغال العامة إذ أن الإدارة غالباً ما تمارس هذه السلطة عن طريق إرسال مهندسيتها لزيارة موقع العمل والتأكد من سير العمل وفقاً للمدى الزمني المحدد ووفقاً للمواصفات المذكورة في العقد وإصدار الأوامر المناسبة في هذا المجال، شريطة أن تكون هذه التعليمات لازمة لتنفيذ العمل ومن قبيل رقابة الإدارة وأشرفها على تنفيذ عقودها حق الإدارة في التدخل في علاقة المتعاقد بمستخدميه وعماله، وتنظيم ساعات العمل وتحديد الأجور الخاصة بهم^(٢)، غير أن السلطة ليست مطلقة إذ أن الإدارة تلتزم بعدم التعسف باستخدامها لتحقيق أغراض خاصة لا تتعلق بالمصلحة العامة، ومن جانب آخر يجب أن لا تؤدي الرقابة والتوجيه إلى حد تغيير طبيعة العقد.

ثانياً - سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد: تملك الإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته سواء امتنع عن التنفيذ أو تأخر فيه أو نفذ الالتزام على غير الوجه المطلوب أو أحل غيره محله في التنفيذ دون موافقة الإدارة، وتعد سلطة فرض الجزاءات أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها بقرار تصدره دون اللجوء إلى القضاء^(٣). وتخضع سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها لنظام قانوني خاص هو نظام القانون العام في العقود الإدارية إذ أن ضرورة الحرص على سير المرافق العامة بانتظام واطراد تستلزم التشدد في التعامل مع المتعاقد لإجباره على تنفيذ العقد بدقة، ولما كانت الإجراءات

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩١م، ص ٥٤١.

(٢) المرجع السابق، ص ٥٤١.

(٣) د. محمد رفعت عبدالوهاب، د. عصام أحمد عجيلة، القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص ٣٢٩.

المعروفة في قواعد القانون الخاص كالفسخ والتنفيذ العيني مع التعويض لا تكفي للحيلولة دون إخلال المتعاقد، استلزم أن تتمتع الإدارة بهذا الحق تحقيقاً للمصلحة العامة، وقد درجت الإدارة على النص في عقودها في الشروط العامة والخاصة الملحقة بها على سلطة الإدارة بإيقاع الجزاءات، هذا وتتبع فكرة الجزاءات الإدارية من مفهوم السلطة العامة في العقود الإدارية، والجزاءات ثلاثة أنواع: الجزاءات المالية، والجزاءات غير المالية (الضاغطة)، والجزاءات التي تسمح بإنهاء العقد.

ثالثاً: سلطة تعديل شروط العقد:

من المبادئ الرئيسية التي تقوم عليها عقود القانون الخاص قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومضمونها أن لا يجوز لأي من المتعاقدين التحلل من التزاماته بصورة منفردة ولا يجوز لأي من المتعاقدين تعديل العقد أو نقضه إلا بالاتفاق مع المتعاقد الآخر، إلا أن الطبيعة الخاصة للعقود الإداري وعدم مساواة المتعاقدين لكون الفرد يسعى لتحقيق مصلحته الخاصة بينما تسعى الإدارة لتحقيق المصلحة العامة^(١)، مما تقتضي ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ومن مستلزمات ذلك أن لا تنقيد الإدارة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وأن تتمكن من تعديل عقودها لتتمكن من تلبية التغيير المستمر في المرافق التي تديرها^(٢)، هذا ويجوز للمتعاقد أن يطلب من الجهة الإدارية المتعاقدة تمديد مدة العقد إذا كانت هناك أسباب جوهرية تبرر ذلك. ويقدم طلب التوريد من جانب المتعاقد إلى الجهة المتعاقدة مرفقاً ببيان للمبررات والأسباب بوضوح والمدة الإضافية المطلوبة، ولا يجوز في هذه الحالة للمتعاقد أن يطالب الجهة المتعاقدة بأية نتيجة لهذا التمديد.

شروط استعمال الإدارة لسلطة التعديل:

أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ليست سلطة مطلقة دون قيود ولهذا فإن القانون الإداري وأحكام القضاء قد فرضت على الإدارة قيوداً لا بد من مراعاتها عندما تنوي استخدام سلطة التعديل وهذه المبادئ والأحكام يمكن إجمالها بما يلي:

١. اقتصار تعديل العقود على نصوصه المتصلة بتسيير المرفق وحاجاته.
٢. وجود ظروف قد استجدت بعد إبرام العقد.
٣. الالتزام بموضوع العقد.
٤. احترام قواعد المشروعية.

(١) د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٥٩.
(٢) د. محمد رفعت عبدالوهاب، د. عصام أحمد عجيلة، القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص ٣٢٩.

يجب على الإدارة في الأحوال التي يجوز لها تعديل العقد أن تحترم مبدأ المشروعية، إذ لا بد أن يصدر قرار التعديل من سلطة مختصة به وفق الصيغة التي حددها القانون، وينبغي أن يكون قرارها موافقاً للأنظمة النافذة^(١).

رابعاً: سلطة إنهاء العقد: تتمتع الإدارة بامتياز مهم في عقودها الإدارية هو قدرتها على إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إتمام هذا العقد نهائياً، دون أن يصدر خطأ من جانب المتعاقد. وغالباً ما تضمن الإدارة عقودها شرط تمتعها بهذا الامتياز تجاه المتعاقد معها، وتضمنه في أحيان أخرى في دفاتر الشروط العامة والخاصة، إلا أن ذلك لا يعني أن الإدارة لا تملك إنهاء عقودها إذا لم يوجد مثل هذا الشرط، فمن المستقر فقها وقضاء أن هذه السلطة موجودة خارج شروط العقد ونصوص القوانين والأنظمة^(٢).

ويمارس القضاء الإداري رقابته على قرار الإدارة بإنهاء العقد للمصلحة العامة من حيث مدى مشروعيته وتأسيسه على مقتضيات المصلحة العامة، فإذا تبين للقضاء أن قرار الإنهاء لم يرق على أسباب مشروعة حكم للمتعاقد بالتعويض المناسب، دون أن تمتد سلطة المحكمة للبحث في ملائمة القرار وإلغائه^(٣).

المطلب الثاني

حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة

مثلما تملك الإدارة حقوق في مواجهة المتعاقد معها، فإن الأخير يتمتع بحقوق متماثلة وتتمثل هذه الحقوق في حقه في الحصول على المقابل النقدي وحقه في اقتضاء بعض التعويضات، وأخيراً حقه في ضمان التوازن المالي للعقد.

أولاً - المقابل النقدي:

يسعى المتعاقد مع الإدارة لتحقيق مصالح مادية من وراء تعاقدته تتمثل بالمقابل النقدي للسلع أو الخدمات التي قدمها للإدارة وفقاً لالتزاماته التعاقدية. وتختلف طبيعة هذا المقابل باختلاف العقود الإدارية، ففي عقد الامتياز يتمثل بما يحصل عليه المتعاقد من رسوم تفرض على المنتفعين من خدمات المرفق، أما في عقود التوريد والأشغال العامة، قد يكون بشكل الثمن الذي تدفعه الإدارة نظير السلع التي تم توريدها أو الأشغال التي تم تنفيذها.

(١) المرجع السابق نفسه، ٣٢٩.

(٢) د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

(٣) د. علي علي المصري، مرجع سابق، ص ٦٨.

والقاعدة فيما يخص المقابل المادي تنص على أن لا يدفع إلا بعد انتهاء تنفيذ العقد، وتسوية الحساب الختامي إلا في بعض الحالات التي تتعلق بطبيعة العقد الذي يتطلب تنفيذه مدة طويلة^(١).

ثانياً: حق اقتضاء التعويضات:

للمتعاقدين وفقاً للقواعد العامة أن يتقاضى بعض التعويضات في حالة تسبب الإدارة بإحداث ضرر به لعدم تنفيذها التزاماتها التعاقدية، كذلك يتقاضى المتعاقد التعويض عن الأعمال الإضافية التي ينجزها ولم تكن واردة بالعقد إذا كانت هذه الأعمال ضرورية لتنفيذ العقد وتكون مطالبته في هذه الحالة استناداً إلى قاعدة الإثراء بلا سبب^(٢)، كما يستحق المتعاقد التعويض إذا واجه أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد وتجعل التنفيذ أكثر من الكلفة التي قدرها.

ثالثاً: ضمان التوازن المالي للعقد:

أن الاعتراف للإدارة بسلطة تعديل شروط العقد وزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة لا بد أن يقابلها من جانب آخر حق للمتعاقدين يتمثل بمنحه من الامتيازات المالية ما يساوي الزيادة في التزاماته، فالعدالة تقتضي أن يكون من طبيعة العقود الإدارية أن تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها.

١. **نظرية عمل الأمير:** يراد بعمل الأمير جميع الأعمال الإدارية المشروعة التي تصدر عن

السلطة الإدارية المتعاقدة، وتؤدي إلى ضرر بالمركز المالي للمتعاقدين معها.

وهذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي وقد كان يطبقها بالنسبة لجميع الأعمال الإدارية التي تصدر من السلطات العامة في الدولة وينتج عنها إخلال بالتوازن المالي للعقد، إلا أنه ضيق من نطاق هذه الأعمال وحصرها بالأعمال الصادرة عن الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد اتبع القضاء الإداري في مصر هذا الاتجاه.

فقد ورد في فتوى صادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر أن عمل الأمير هو " إجراء خاص أو عام يصدر عن جانب الجهة الإدارية المتعاقدة لم يكن متوقعاً وقت التعاقد، يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقدين لا يشاركه فيه سائر من يمسه الإجراء^(٣).

ويشترط لتطبيق نظرية الأمير توافر ما يأتي^(٤):

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

(٢) المرجع السابق، ص ٢٨٥.

(٣) المرجع السابق نفسه، ص ٢٨٦.

(٤) المرجع السابق نفسه، ص ٢٨٧.

١. أن يتعلق عمل الأمير بعقد إداري: لا تقوم نظرية الأمير إلا بخصوص تنفيذ عقد إداري أيًا كان نوعه، ولا مجال لتطبيق هذه النظرية على عقود القانون الخاص.
٢. أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة.
٣. أن ينتج عن هذا الفعل ضرر للمتعاقد: ويتمثل هذا الضرر في زيادة أعباء تنفيذ شروط التعاقد إلى حد يخل بالتوازن المالي للعقد، ولا يشترط في هذا الضرر درجة معينة من الجسامة، فقد يكون جسماً أو يسيراً وبهذا تختلف نظرية فعل الأمير عن نظرية الظروف الطارئة التي تتطلب إصابة المتعاقد بضرر جسيم لتطبيقها.
٤. ألا تكون الإدارة المتعاقدة قد أخطأت بعملها الضار: يشترط لتطبيق هذه النظرية أن تتصرف الإدارة في حدود سلطتها المعترف بها وألا تكون الإدارة قد أخطأت باتخاذ هذا العمل.
٥. أن يكون الإجراء الذي أصدرته الإدارة غير متوقع: يشترط لتطبيق هذه النظرية أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إليها الآثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير: يترتب على توافر شروط تطبيق نظرية عمل الأمير إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به نتيجة الإجراء الذي أصدرته الإدارة، تعويضاً كاملاً.

نظرية الظروف الطارئة: ظهرت نظرية الظروف الطارئة من صنع مجلس الدولة الفرنسي، الذي أقرها في حكمه بتاريخ ٣٠-٣-١٩١٦ بشأن قضية إنارة مدينة "بورديو" وتتلخص وقائع القضية في أن الشركة الملتزمة بتوريد الغاز لمدينة بورديو، أثناء تنفيذها للعقد، وجدت أن الأسعار التي تتقاضاها أبعث كثيراً من أن تغطي النفقات بعد الارتفاع في أسعار الفحم المستخرج منه الغاز ارتفاعاً كبيراً عقب نشوب الحرب العالمية الأولى، بحيث ارتفع سعر الفحم إلى أكثر من ثلاثة أمثاله، فقد كان ثمن طن الفحم عند إبرام العقد في عام ١٩٠٤ - "٢٣ فرنكا"، وارتفع في عام ١٩١٦ إلى أكثر من "٧٣ فرنكا"، مما أصبح معه تنفيذ الشركة لالتزاماتها مرهقاً، وقد طلبت الشركة من بلدية المدينة المتعاقد معها رفع الأسعار المفروضة على المنتفعين، فرفضت البلدية ذلك، وتمسكت بشروط العقد استناداً إلى قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" المتبعة في عقود القانون الخاص، وقد عرض النزاع على مجلس الدولة الذي أقر بدوره نظرية الظروف الطارئة كسبب لإعادة التوازن المالي للعقد، وفي ذلك ورد الحكم " .. من حيث أنه نتيجة لاحتلال العدو الجزء

الكبير من مناطق إنتاج الفحم في أوربا القارة، ولصعوبات النقل بالبحر التي تتزايد خطورة أكثر فأكثر سواء بسبب الاستيلاء على البواخر أو بسبب طبيعة أعمال الحرب البحرية ومدتها، فإن الارتفاع الطارئ خلال الحرب العالمية الحالية في أسعار الفحم، وهو المادة الأولية في صناعة الغاز بلغ نسبة لا توصف فقط بأنها ذات طبيعة استثنائية بالمعنى المعتاد لهذا اللفظ ولكنه أدى كذلك إلى ارتفاع في تكلفة صناعة الغاز لدرجة أخلت بكل الحسابات، وجاوز أقصى حدود الزيادات التي كان يمكن للطرفين توقعها عند إبرام عقد الالتزام، وأنه نتيجة لاجتماع كل الظروف السابق بيانها انقلب اقتصاد العقد بصورة مطلقة، وأن الشركة إذن على حق في التمسك بأنها لا تستطيع كفاءة تشغيل المرفق بذات الشروط المتفق عليها أصلاً طالما استمر الموقف غير العادي المذكور أعلاه.. " وخلص المجلس من ذلك إلى قوله "بالترام الشركة بضمان المرفق محل الالتزام، ومن ناحية أخرى بأن عليها أن تتحمل فقط خلال هذه الفترة الوقتية جزءاً من النتائج المجهضة لموقف القوة القاهرة... الذي يسمح بالتفسير المتزن للعقد بتركه على عاتقها^(١).

ومن هذا يتضح أن نظرية الظروف الطارئة لا تجعل تنفيذ العقد مستحيلًا مثلما هو الحال بالنسبة للقوة القاهرة التي تعفي المتعاقد من التنفيذ، فالتنفيذ في نظرية الظروف الطارئة يبقى ممكناً ولكنه مرهق، وعلى ذلك لا تعفى المتعاقد من تنفيذ العقد، إلا أنها تمنح المتعاقد الحق في الطلب من الإدارة أن تسهم في تحمل بعض الخسائر التي تلحق به، ضماناً لحماية المرفق العام واستمراره في أداء خدماته دون انقطاع.

ويشترط لتحقيق هذه النظرية توافر الشروط الآتية: -

١. وقوع حوادث استثنائية عامة غير متوقعة بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه ويشترط ألا يمكن دفعها أو تداركها من قبيل الظروف الاقتصادية كارتفاع الأسعار ارتفاعاً فاحشاً، أو سياسياً مثل إعلان الحرب، أو طبيعياً كحدوث زلزال أو فيضان.

(١) د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٨٩.

المطلب الثالث

نهاية العقود الإدارية

تنتهي العقود الإدارية بالطرق الطبيعية لانتهاء العقود في ظل القانون الخاص، إما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنها، أو بانقضاء مدتها^(١)، وقد تنتهي العقود الإدارية نهاية طبيعية أو قبل أجلها الطبيعي.

الفرع الأول

الانقضاء العادي للعقد الإداري

ينقضي العقد الإداري مثلما هو الحال في عقود القانون الخاص بتنفيذ موضوعه أو بانتهاء المدة المحددة له:

أولاً – انقضاء العقد بتنفيذ الالتزامات المترتبة على طرفيه تنفيذاً كاملاً: ينقضي عقد الأشغال العامة بتنفيذ تلك الأشغال واستلام المتعاقد الثمن، كذلك ينتهي عقد التوريد بإتمام تسليم البضائع محل التوريد واستلام المتعاقد الثمن من الإدارة.

ثانياً: انقضاء العقد الإداري بانتهاء المدة المحددة له: متى كان العقد محدد المدة فإن انتهاء هذه المدة يستتبع انتهاء العقد، مثلما هو الحال في عقود الالتزام وهذه هي القاعدة بالنسبة للعقود فورية التنفيذ.

الفرع الثاني

الانقضاء بالفسخ للعقد الإداري

بالإضافة إلى الانقضاء العادي للعقد الإداري، من الجائز أن ينقضي العقد نهاية قبل أوانه في حالات معينة.

أولاً: الفسخ باتفاق الطرفين:

قد يتفق المتعاقد مع جهة الإدارة على إنهاء العقد قبل مدته أو اتمام تنفيذه، ويكون الإنهاء في هذه الحالة اتفاقاً يستند إلى رضا الطرفين وتطبق على الفسخ هذا أحكام الإقالة في عقود القانون الخاص.

وقد يكون إنهاء العقد بهذه الطريقة مصحوباً بالتعويض عما فات المتعاقد من كسب نتيجة لإنهاء العقد قبل أوانه إذا ما اتفق المتعاقدان على ذلك.

(١) تؤكد المادة (٢٧٢) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات أنه

ثانياً: الفسخ بقوة القانون:

ينقضي العقد بقوة القانون في حالات معينة تطبيقاً للقواعد العامة ومنها^(١):

١. **هلاك محل العقد:** ينقضي العقد بقوة في حالة هلاك محله، إلا أنه يجب التمييز بين ما إذا كان الهلاك بسبب خارج عن إرادة الطرفين وبين ما إذا كان الهلاك بسبب راجع للإدارة ففي الحالة الأولى ينقضي العقد دون أن يتحمل أي من الطرفين تعويضاً بسبب الإنهاء، أما في الحالة الثانية فإن الإدارة تعوض المتعاقد عن هذا الإنهاء الذي تسببت فيه للعقد، إلا إذا كان هلاك محل التعاقد تنفيذاً لإجراء عام كهدم دور آيلة للسقوط كان المتعاقد ملتزماً بصيانتها، إذا توافرت شروط نظرية عمل الأمير.
٢. إذا تحققت شروط معينة منصوص عليها في العقد ويتم الاتفاق على أن العقد يعد مفسوخاً من تلقاء نفسه في حالة تحققها فينقضي العقد اعتباراً من هذا التاريخ.
٣. إذا تحققت أسباب معينة منصوص عليها في القوانين واللوائح فعندئذ يتم انفساخ العقد من تاريخ تحققها.

ثالثاً: الفسخ القضائي:

قد يتقرر فسخ العقد الإداري بحكم قضائي بناء على طلب الإدارة أو المتعاقد معها في حالات معينة.

- أ- **الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة:** تؤدي القوة القاهرة إلى إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته إذا ما ثبت أن تحققها بسبب أجنبي لا دخل فيه ولم يكن في وسعه توقعه. ويتبين من نص هاتين المادتين أنه إذا ما تحققت القوة القاهرة فإن العقد يعد مفسوخاً من تلقاء نفسه ولا تستطيع الإدارة أن ترغم المتعاقد على التنفيذ وإذا التجأ المتعاقد إلى القضاء للحصول على حكم بأن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي فإن الحكم في هذه الحالة يقرر الفسخ ولا ينشئه.

ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي معزراً رأيه ببعض أحكام مجلس الدولة إلى أنه يتعين على المتعاقد أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بانفساخ العقد للقوة القاهرة في حين تستطيع الإدارة إنهاء العقد بقرار منها استناداً إليها إلى القوة القاهرة ويكون الفسخ هنا فسخاً إدارياً.

٢. **الفسخ القضائي كجزاء للإخلال بالالتزامات العقدية:** أن حق الفسخ بحكم قضائي بناء على طلب الإدارة أو المتعاقد، لإخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته مضمون للطرفين ما دامت الإدارة تملك حق فسخ العقد بقرار إداري استناداً إلى خطأ المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية، فلا تلجأ

(١) د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، شركة مطابع الطوبجي التجارية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ٣٧٤.

إلى القضاء لتقرير الفسخ إلا لكي تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض إذا تبين أن قرارها بالفسخ مشوباً بالتعسف^(١).

باستثناء حالة طلب إسقاط الالتزام في فرنسا، إذ أن القضاء الفرنسي مستقر على أنه لا يجوز أن يتم الفسخ إلا بحكم قضائي.

أما بالنسبة للمتعاقد فلا بد له من اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد إذا أخلت الإدارة بالتزاماتها إخلالاً جسيماً، وإذا حكم القضاء بذلك فإن آثار الفسخ ترتد إلى يوم رفع الدعوى^(٢).

٣. **الفسخ في مقابل حق الإدارة في تعديل العقد:** تملك الإدارة كما بينا سلطة تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يترأى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام، ويملك المتعاقد في مقابل هذا الحق المطالبة بالتعويض.

وإذا وجد المتعاقد أن التعويض غير كاف لمواجهة الظروف التي أوجدها التعديل، وأن التعديل تجاوز إمكانياته المالية وقدراته الفنية وتسبب في قلب اقتصاديات العقد.

فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بفسخ العقد قضاء مع التعويض، لأن مرجع الفسخ في هذه الحالة هو تصرف الإدارة دائماً^(٣).

رابعاً: الفسخ عن طريق الإدارة: تملك الإدارة في بعض الحالات التي ينص عليها في العقد أو في دفاتر الشوط العامة أو لائحة العقود الإدارية أن تفسخ عقودها الإدارية، دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء^(٤).

كذلك إذا كان العقد مبرماً مع أكثر من متعاقد وتوفي أحد هؤلاء المتعاقدين فتملك الإدارة الخيار بين إنهاء العقد مع رد التأمين وبين تكليف باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه.

ويتم إنهاء العقد في هاتين الحالتين بخطاب مسجل دون الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء أو اتخاذ أي إجراءات أخرى.

ومن جانب آخر للإدارة أن تنهي عقودها الإدارية دون الحاجة لنص في قانون أو اللائحة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك دون وقوع خطأ من جانب التعاقد، مع تعويضه عن ذلك عند الاقتضاء، وللمصلحة العامة^(٥).

(١) د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٧٥.

(٢) د. سامي جمال الدين، المرجع السابق نفسه، ص ٣٧٥.

(٣) د. عمر فؤاد أحمد بركات، مبادئ القانون الإداري، جامعة طنطا، ط ١٩٨٥م، ص ٧٧.

(٤) المرجع السابق، ص ٧٨.

(٥) المرجع السابق نفسه، ص ٧٧.

أهداف هذا الباب:

- تعريف الطالب بمبادئ القانون التجاري.
 - تزويد الطالب بالقواعد التجارية القانونية.
 - تعويد الطالب على التأمل والقدرة على الاستنباط في قضايا القانون التجاري.
- يتوقع من الطالب الاطلاع على:
- القانون التجاري اليمني وقانون الشركات التجارية.
 - شرح القانون التجاري اليمني للدكتور محمد عبد القادر الحاج.

الباب الثالث

أساسيات القانون التجاري

إنّ القانون عبارة عن مجموعة من الأسس والقواعد التي تحكّم المجتمع وتعمل على تنظيمه، حيث إنّه لا يمكن للمجتمع العيش بنجاح إذا كان أفراده لا يخضعون لقوانين تحكّمهم، ولأن القانون التجاري ينفرد بخاصية السرعة في الفصل، وهو ما استقر عليه الفقه من تقسيم القواعد القانونية ونظرا للتطورات الاقتصادية، وزيادة حركة النشاط التجاري واتساع نطاقها، ظهرت الحاجة ماسة إلى قواعد خاصة تتسم بالسرعة والثقة تتلاءم مع النشاط التجاري، فنشأت قواعد القانون التجاري مستقلة عن قواعد القانون المدني تقوم على السرعة والثقة، ونتناول في هذا الباب ماهية القانون التجاري، والاعمال التجارية، والتاجر، وذلك في ثلاثة فصول، على النحو التالي:

الفصل الأول: ماهية القانون التجاري.

الفصل الثاني: الاعمال التجارية.

الفصل الثالث: التاجر.

الفصل الرابع: المحل التجاري.

الفصل الأول

ماهية القانون التجاري

لبيان ماهية الشيء يلزم تعريفه ونشأته ونطاقه ومصادره، ولذا نتناول في هذا الفصل تعريف القانون التجاري ونشأته في مبحث أول، ثم نطاقه ومصادره في مبحث ثاني، وعلى النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف القانون التجاري ونشأته.

المبحث الثاني: نطاق القانون التجاري ومصادره.

المبحث الأول

تعريف القانون التجاري ونشأته

المطلب الأول

تعريف القانون التجاري

استقر الفقه على تعريف القانون التجاري بأنه فرع من فروع القانون الخاص يختص بتنظيم القواعد القانونية التي تحكم الأعمال التجارية ونشاط التجار في ممارسات تجارتهم، أفراداً كانوا أم شركات.

ويتضح من هذا التعريف أن قواعد القانون التجاري تتعلق بفئة معينة من الأعمال التجارية التي يقوم بها طائفة معينة من الأشخاص هم التجار سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين ويعود سبب إيجاد قانون تجاري خاص بالمعاملات التجارية والتجار للخصائص التي يتميز بها النشاط بشأن السجل التجاري لتشمل التجارة والصناعة معاً، فالصانع المنتج – في نظر القانون- تاجر، والمصنع يعتبر محلاً تجارياً ومع ذلك فالقانون التجاري لا يحكم كافة أوجه النشاط الاقتصادي حيث يخرج عن نطاقه مجالات كثيرة منها الانتاج الزراعي والصناعات الحرفية ونشاط المهن الحرة وهو لذلك أضيق نطاقاً من القانون المدني الذي يضم القواعد والاحكام العامة التي تنظم العلاقات بين الافراد بصرف النظر عن صفاتهم أو طبيعة اعمالهم(١)، ويبرر وجود القانون التجاري واستقلاله عن القانون المدني بالضرورات العملية والظروف الاقتصادية، فالسرعة هي روح التجارة، وكما أشرنا في الفصل التمهيدي(٢).

(١) د. محمد عبد القادر الحاج، شرح القانون اليمني-الاعمال التجارية-التاجر-السجل التجاري، دار الكتب اليمنية، صنعاء، ٢٠١٤، ص٦.

(٢) أنظر ص ١٦.

وقد لجأت الدول إلى توحيد بعض احكام القانون التجاري عن طريق عقد الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، ومن تلك الاتفاقيات اتفاقيات برن عام ١٨٩٠م والمعدلة عام ١٩٥٣م الخاصة بالنقل بالسكك الحديدية واتفاقيات بروكسل عام ١٩٢٤م الخاصة بسندات الشحن البحري، ولأن هذه الاتفاقيات تخلق ازدواج في القواعد القانونية لجأت الدول إلى عقد اتفاقيات دولية تلتزم بمقتضاها كافة الدول الموقعة بتعديل قانونها الداخلي وفقا لأحكام الاتفاقية، وأشهر هذه الاتفاقيات اتفاقية جنيف لتوحيد احكام الكميالية والسند لأمر عام ١٩٣٠م والشيك عام ١٩٣١م وهو ما تم العمل به وتضمنته القوانين التجارية.

وللقانون التجاري علاقة بمعظم فروع القانون الأخرى فهناك صلة بينه وبين قانون العمل والتشريعات الاجتماعية التي تنظم العلاقة بين أرباب الأعمال والعمال من تحديد الأجر وساعات العمل وتقرير الكثير من المزايا والضمانات للعمال مما يؤثر في تكلفة الإنتاج وينعكس اثره على الحياة التجارية والاقتصادية للمجتمع (١)، وله علاقة بالقانون المالي والتشريعات الضريبية حيث يخضع التجار والشركات لضريبة الارباح التجارية والصناعية وللرسوم الجمركية، وله علاقة أيضاً بقانون الجرائم والعقوبات والاجراءات الجزائية المتعلقة بممارسة التجار مثل جرائم الافلاس وإصدار شيك بدون رصيد ومخالفة التسعيرة، وكذلك له صلة وعلاقة بالقانون العام حيث ظهرت الدولة أو أحد أشخاص القانون العام بممارسة النشاط التجاري مثال ذلك شركة التجارة الخارجية والمؤسسة الاقتصادية اليمنية ومصنع الغزل والنسيج، كما تدخلت الدولة في تنظيم الحياة الاقتصادية كالرقابة على الصرف ووضع حد أعلى للأسعار بما يكفل حماية الاقتصاد الوطني ومنع الاحتكار والتلاعب بأسعار السلع والخدمات.

المطلب الثاني

نشأة القانون التجاري

نشأ القانون التجاري في صورته العرفية الأولى بوجود الحاجة للتعامل التجاري بين الشعوب المختلفة منذ العصور الأولى، فقد كان الإنسان في بداية الوجود على الأرض كان يعتمد على معيشته وتوفير حاجاته الضرورية على جمع الأشجار والثمار وقنص الحيوان وما يفيض عن حاجاته منها يقوم بمقايضته للحصول على سلعة أخرى، وبتطور الزراعة وظهور الحرف اليدوية

(١) د. محمد عبد القادر الحاج، شرح قانون العمل، دار الكتب اليمنية، صنعاء، ٢٠١٣، ص ٣٠.

في الصناعة ازدهرت المعيشة لدى الشعوب، خاصة شعوب حوض البحر الأبيض المتوسط واليمن وبلاد الرافدين^(١)، فوجدت الحاجة إلى التبادل التجاري بين هذه الشعوب وغيرها من الشعوب المجاورة، وقسمه الفقهاء نشأة القانون في ثلاث مراحل: العصور القديمة، والوسطى والحديثة.

العصور القديمة: ازدهرت التجارة في عهد البابليين الذين سكنوا في وادي الرافدين في القرن الـ ٢٠ قبل الميلاد حيث تركوا بعض القواعد الخاصة بالتجارة في مدونة مجموعة حمورابي الشهيرة ويتعلق أهمها بعقد القرض وعقد الوديعة وعقد الشركة^(٢)، وبرز الفينيقيون في ميدان التجارة البحرية وابتدعوا نظام الخسارة المشتركة أو عوار البحر المعروف في القانون البحري، أما الرومان فلم يكن لهم دور يذكر في القانون التجاري، أما في اليمن فقد عرف أجدادنا تشريعات وقوانين ملكية منذ الألف الثالث قبل الميلاد تتضمن قواعد وأصول المعاملات المدنية والتجارية^(٣) **العصور الوسطى:** إن معظم قواعد القانون التجاري ظهرت وتبلورت في العصور الوسطى وبرزت معالمه كقانون مستقبل بفضل المكانة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية لطبقة التجار وتميز هذا العصر بكونه قانوناً عرفياً نابعاً من البيئة التجارية^(٤)، وظهر كقانون طائفي لأنه خاص بفئة التجار.

العصور الحديثة: بعد الاكتشافات الجغرافية لطريق رأس رجاء الصالح والقارة الأمريكية، وسقوط الامبراطورية الرومانية الشرقية بفتح العثمانيين للقسطنطينية في أواخر القرن الخامس عشر تحول مركز التجارة وانتقلت حركة الملاحة من حوض البحر الابيض المتوسط والموانئ الايطالية إلى الموانئ الأوروبية المطلّة على المحيط الأطلنطي، وصاحب ذلك نمو سكاني، وكانت فرنسا أول من قننت الاعراف والعادات التجارية فأصدرت امرين ملكيين في ١٦٧٣ خاص بالتجارة البرية والثاني بالتجارة البحرية عام ١٦٨١م واقتبست كثير من الدول منها التشريع التجاري^(٥).

(١) د. محمد عبد القادر الحاج، شرح القانون اليمني-الاعمال التجارية-التاجر-السجل التجاري، مرجع سابق، ص ١٦.

(٢) د. أكرم الخولي، الموجز في القانون اليمني، ج ١، ١٩٧٠، ص ١٢.

(٣) د. محمد عبد القادر الحاج، مرجع سابق، ص ١٧.

(٤) المرجع السابق، ص ١٨.

(٥) المرجع السابق نفسه، ص ١٩.

تطور القانون التجاري اليمني:

أشتغل أهل اليمن بالزراعة والتجارة منذ أقدم العصور، وكانت التجارة نتيجة طبيعية للموقع الجغرافي المتميز لليمن بين أفريقيا واسيا ولوجود المنتجات الزراعية الوفيرة والمعادن الثمينة كالذهب والفضة والأحجار الكريمة، كما اشتهرت اليمن بصناعة الملابس والسيوف والطيب. وقد وصلت قوافل التجارة اليمنية إلى بلاد الرافدين والشام مروراً بالحجاز وإلى الشام وشرق أفريقيا كالحبشة ومصر وإلى الهند وجنوب شرقي اسيا عن طريق ميناء المخا وعدن^(١)، حتى عرف أهل اليمن بأنهم من أغنى شعوب العالم القديم وأكثرهم ثراءً، وقد سجل مؤرخو اليونان والرومان ذلك في كتبهم ومؤلفاتهم^(٢).

وقد كان لأهل اليمن أسواق تجارية معروفة، ذكر منها المؤرخون سوق صنعاء، وعدن أبين، وسوق الشحر وسوق الرابية بحضرموت^(٣)، وتميزت اليمن بوجود دولة اتجهت إلى البناء الاقتصادي والعمراني وحماية القوافل التجارية وإصدار المراسيم والقوانين المنظمة لنشاط الافراد في المجتمع والتي منها مجال المعاملات المدنية والتجارية.

وبعد الإسلام سادت أحكام الشريعة الاسلامية التي لا تميز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية، واستمر هذا الوضع حتى عام ١٩٦٢، حيث صدر القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٣م بشأن السجل التجاري الذي حل محله القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٣م بشأن شركات المساهمة وشركات الوصية بالأسهم، والقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٦٣م بشأن الغرفة التجارية والصناعية والذي حل محله القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٨٢ والقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٣ بتنظيم الوكالة التجارية.

وقد شهدت البلاد العديد من القوانين المتعلقة بالتجارة في الفترة من ١٩٧٦ وحتى ٢٠٠٤م، فقد صدر القانون التجاري رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٦ وقانون الشركات التجارية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ والذي حل محل القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٣ والقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٦ بشأن الاشراف والرقابة على شركات ووكلا التأمين والقانون رقم ٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن تنظيم وكالات وفروع الشركات والبيوت الاجنبية في الجمهورية والقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٦ بشأن المعاملات والاسماء التجارية، وبعد الوحدة عام ١٩٩٠م صدر القرار الجمهوري بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٩١م بشأن القانون التجاري والمعدل بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٨م والقانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٤م والقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩١م

(١) د. جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الاسلام، ج٧، ص ١٧٢.

(٢) المرجع السابق نفسه، ص ٢٣٢ وما بعدها.

(٣) المرجع السابق نفسه، ص ٢٧١ وما بعدها.

بشأن السجل التجاري المعدل بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٩٧م والقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٠م والقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧م بشأن الشركات التجارية.

المبحث الثاني

نطاق القانون التجاري ومصادره

لتحديد نطاق القانون التجاري ومصادره يتوجب معرفة نطاق هذا القانون وهو ما نتناوله في المطلب الأول، ثم مصادره في مطلب ثاني وعلى النحو التالي:

المطلب الأول

نطاق القانون التجاري

يقصد بنطاق القانون التجاري تحديد مجال تطبيقه، وتأخذ التشريعات في تحديد نطاق القانون التجاري بوجهة إحدى النظريتين: الشخصية أو الذاتية، الموضوعية أو المادية^(١).

- والنظرية الشخصية أو المادية: ويحدد النطاق في هذه النظرية بالنظر إلى شخص القائم بالعمل فإن كان تاجراً سرت أحكام قانون التجارة أما غير التاجر فلا يخضع لأحكامه ولو قام بأعمال تجارية لان القانون التجاري قانون طائفي خاص بالتجار وحدهم^(٢)، وتنطلق هذه النظرية من الاساس التاريخي لنشأة القانون التجاري وكان نشأة طائفية حتى قيام الثورة الفرنسية عام ١٧٩٢م، التي الغت نظام الطوائف فأصبحت التجارة مهنة حرة لكل فرد يباشرها ويخضع لأحكام وقواعد التجارة.

النظرية الموضوعية أو المادية: وتأخذ هذه النظرية بمزاولة العمل التجاري دون الاعتداد بالشخص القائم به، وتجعل من القانون التجاري قانون الاعمال التجارية لا الحرف التجارية^(٣).

(١) د. سميحة القليوبي، القانون التجاري، ١٨٥٠م، ص ٢٢.

(٢) د. محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، ج ١، ١٩٦٧م، ص ٨.

(٣) د. محسن شفيق، المرجع السابق نفسه، ص ٨.

موقف القانون التجاري اليمني من النظريتين الشخصية والمادية:

يبدو من خلال نص المادة الثالثة منه التي تنص على أنه: " تسري أحكام هذا القانون على التجار وعلى جميع الأعمال التجارية التي يقوم بها أي شخص ولو كان غير تاجر "، وأكد في المادة الثامنة من الباب الأول من الكتاب الأول اعتناقه للنظرية المادية حيث نصت على أنه: " الأعمال التجارية هي الأعمال التي يقوم بها الشخص بقصد تحقيق الربح ولو كان غير تاجر " وذكر في المواد التالية لها أنواعاً من الأعمال التجارية التي تعتبر أعمال تجارية لصعوبة تحديد الأعمال التجارية، ومع نهجه الموضوعي أخذ المشرع اليمني أيضاً بنظرية التبعية الموضوعية أي اكتساب العمل المدني للصفة التجارية إذا تم بمناسبة أعمال تجارية بغض النظر عن صفة القائم حيث نصت المادة الثالثة عشر على أنه: " الأعمال المرتبطة بالمعاملات التجارية المذكورة في المواد السابقة أو المسهلة لها وجميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارية تعتبر أيضاً أعمالاً تجارية.

"، وعرفت المادة الثامنة عشر التاجر بأنه: " كل من اشتغل باسمه في معاملات تجارية وهو حائز للأهلية الواجبة واتخذ هذه المعاملات حرفة له يكون تاجراً، وكذلك يعتبر تاجراً كل شركة تجارية وكل شركة تتخذ الشكل التجاري، ولو كانت تزاول أعمالاً غير تجارية.

" فتثبت الصفة التجارية للعمل، ولا يعد تاجراً من قام بمعاملة تجارية أي عمل عارض، حيث أكد المشرع اليمني ذلك في المادة عشرون على أنه: ""ويتضح من خلال النصوص أن المشرع اليمني توسع في تحديد نطاق تطبيق القانون التجاري حيث لم يقتصر على الاخذ بنظرية التبعية الموضوعية بل أضاف إليها التبعية الشخصية، وأخضع الأعمال المختلطة لأحكام القانون التجاري، حيث نصت المادة (١٧) على أنه: " إذا كان العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين دون الآخر، سرت أحكام قانون التجارة على التزامات المتعاقد الآخر الناشئة من هذا العقد مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك "

المطلب الثاني

مصادر القانون التجاري

حدد المشرع اليمني المصادر التي يجب على القاضي الرجوع إليها حيث حدد في المادة الرابعة من القانون التجاري رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١ المعدل بالقانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٨ م حيث نصت على أنه: " في تحديد القواعد التي تسري على التجار وعلى الأعمال التجارية يعتد بالعقود المعتبرة قانوناً فهي شريعة المتعاقدين "، كما نصت المادة الخامسة منه على: " إذا لم يوجد عقد أو وجد وسكت عن الحكم أو كان الحكم الوارد في العقد باطلاً سرت النصوص التشريعية التي يتضمنها هذا القانون والقوانين الأخرى على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها "، أما المادة السادسة منه فقد نصت على أنه: " إذا لم يوجد نص قانوني يمكن تطبيقه حكم القاضي بموجب أحكام الشريعة الإسلامية فإن لم يوجد حكم بموجب العرف ويقدم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام وإن لم يوجد عرف طبقت مبادئ وقواعد العدالة " . ويتضح من خلال النصوص أن المشرع اليمني قد اورد النص الأول رغم عدم الحاجة إلى ايراده لان من المسلم به أن العقد ملزم للجانبين فهو شريعة المتعاقدين شريطة أن يكون العقد موافقاً للشرع والقانون، وهو ما عبر عنه بالقول "...

يعتد بالعقود المعتبرة قانوناً فهي شريعة المتعاقدين "، لذا فمصادر القانون التجاري اليمني هي:
أولاً - التشريع:

يعتبر التشريع المصدر الأول للقانون التجاري اليمني ويضم:

التشريع التجاري:

لا يقتصر التشريع التجاري على القانون التجاري وإنما يشمل كافة القوانين المكملة له^(١)، كقانون الشركات التجارية وقواعد احكام القانون المدني المتعلقة بمزاولة الاعمال التجارية أو التجارة.

القانون المدني:

يعتبر القانون المدني الشريعة العامة التي تحكم كافة المعاملات والعلاقات القانونية بين الافراد فيما لم يرد به نص في قانون خاص، وهو ما أشارت إليه المادة (١٣٧) منه حيث نصت على: " إذا لم يوجد نص في القوانين الخاصة يمكن تطبيقه على المسألة المتنازع عليها يرجع أولاً إلى أحكام هذا القانون "، فإذا لم يوجد نص في القانون التجاري أو القوانين المكملة له حكم يمكن تطبيقه على النزاع وجب الرجوع عندئذ إلى أحكام القانون المدني.

(١) د. محمد عبد القادر الحاج، شرح القانون اليمني-الاعمال التجارية-التاجر-السجل التجاري، مرجع سابق، ص ٣٢.

ج-القوانين الأخرى:

أحال المشرع اليمني في المادة الخامسة منه إلى القوانين الأخرى ويعني بذلك القوانين ذات الصلة بالمعاملات التجارية كالقانون البحري والجوي وقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون السجل العقاري.

ثانياً - الشريعة الإسلامية:

وفقاً للدستور فإن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع في الجمهورية اليمنية، وتطبق أحكام الشريعة عند خلو نص، حيث تؤكد المادة (١) من القانون المدني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م على: " يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناول نصوصه لفظاً ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً فإذا لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافق لأصول الشريعة الإسلامية جملة ويشترط في العرف أن يكون عاماً ثابتاً ولا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة".

ثالثاً - العرف التجاري:

يقصد بالعرف التجاري ما تعارف عليه التجار من قواعد معينة في معاملاتهم التجارية مع اعتقادهم بالزامها وعدم جواز الخروج عليها.

ووفقاً للمادة السادسة من القانون التجاري اليمني أنه يجب تقديم العرف الخاص أو المحلي على العرف العام، ويشترط بعض الفقهاء أن ينتمي أطراف النزاع إلى نوع معين من التجار أو موطن واحد (١)، ومن يدعي وجود العرف اثباته، والعرف لا يخالف قاعدة أمره في القانون التجاري.

رابعاً - مبادئ وقواعد العدالة:

القضاء:

للسوابق القضائية في مجال المعاملات التجارية دور خاص في تكملة النقص التشريعي أو لسد القصور الناتج عن جمود النصوص، وقد ساهم القضاء في كل من فرنسا ومصر في إيجاد حلول كثيرة، وعلى الرغم من عدم اعتبار القضاء مصدراً رسمياً من مصادر القانون اليمني إلا أن للأحكام الصادرة من محكمة النقض تأثيراً ادبياً كبيراً على القضاء الأدنى (٢).

(١) د. علي الزيني، أصول القانون التجاري، ١٩٤٥، ج١، ف٤٢، ص٤١، أيضاً: د. أحمد البسام، مبادئ القانون التجاري العراقي، ١٩٦١، ج١، ف١٩، ص٢٧.

(٢) د. محمد عبد القادر الحاج، شرح القانون اليمني-الاعمال التجارية-التاجر-السجل التجاري، مرجع سابق، ص

الفقه:

يقوم الفقه بشرح نصوص القانون وبيان ما ينطوي عليه من مزايا وعيوب أو ما يكتنفها من تعارض أو غموض، وبذلك ساعد الفقه الكثير من الدول على تطوير قواعد القانون التجاري وتوحيد احكام القضاء^(١).

(١) المرجع السابق نفسه، ص ٤٠.

الفصل الثاني

الأعمال التجارية

أخذ المشرع اليمني بالنظرية الموضوعية لتطبيق أحكام القانون التجاري حيث نصت المادة الثامنة منه على: " الأعمال التجارية هي الأعمال التي يقوم بها الشخص بقصد تحقيق الربح ولو كان غير تاجر"، وفي المواد (١٠، ١١، ١٢) عدد الأعمال التي تعتبر تجارية تمييزاً عن الاعمال المدنية، ولم يكتفي بذلك بل أضاف نوعاً ثالثاً من الاعمال حيث نصت المادة (١٣) على " الأعمال المرتبطة بالمعاملات التجارية المذكورة في المواد السابقة أو المسهلة لها وجميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارية تعتبر أيضاً أعمالاً تجارية"، وتضمنت المادة (١٧) الاعمال المختلطة، ولما تقدم نتناول هذا الفصل على النحو التالي:

المبحث الأول: ضوابط التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني وأهمية التفرقة.

المبحث الثاني: الأعمال التجارية بقص المضاربة.

المبحث الثالث: صفة القائم ب الاعمال التجارية أو بنيته.

المبحث الرابع: الاعمال التجارية بالتبعية.

المبحث الخامس: الاعمال التجارية المختلطة.

المبحث الأول

ضوابط التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني وأهمية التفرقة

إن التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني له ضوابط حددها القانون، لذا سنتناول هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: ضوابط التفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري.

المطلب الثاني: أهمية التفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري.

المطلب الأول

ضوابط التفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري

يتميز التشريع التجاري اليمني بإشارته الواضحة إلى أن الأعمال التجارية المنصوص عليها في القانون إنما وردت على سبيل المثال لا الحصر حيث أشارت المادة (٩) من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٩١م المعدل بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٨م حيث نصت على " تعد بوجه خاص الأعمال الآتية أعمالاً تجارية:

- شراء السلع وغيرها من المنقولات المادية وغير المادية بقصد بيعها بربح سواءً قصد بيعها بحالتها أو بعد تحويلها وتصنيعها.
- شراء السلع وغيرها من المنقولات المادية وغير المادية بقصد تأجيرها أو استئجارها لغرض تأجيرها من الباطن.
- البيع أو التأجير من الباطن للأشياء المشتراة أو المستأجرة على الوجه المبين فيما تقدم.
- استئجار الشخص أجيراً بقصد إيجار عمله أو إيجاره عمل الأجير الذي أستأجره بهذا القصد.
- عقود التوريد.
- شراء الشخص أرضاً أو عقاراً بقصد الربح من بيعه بحالته الأصلية أو بعد تجزئته وبيع الأرض أو العقار الذي أشتري بهذا القصد.

كما نصت المادة (١٣) منه على " الأعمال المرتبطة بالمعاملات التجارية المذكورة في المواد السابقة أو المسهلة لها وجميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارية تعتبر أيضاً أعمالاً تجارية."، فالأعمال المجانسة الواردة في الفقرة الأخيرة من المادة التاسعة اعتبرها المشرع اليمني في عداد الأعمال التجارية، وهذا النهج الموضوعي يعني أن المشرع اليمني أختار ضابطاً عاماً لتميز الأعمال التجارية يسهل إضافة ما يستجد من أعمال يكون لها طابع تجاري لم يرد ذكرها في القانون وهذا المعيار المنصوص عليه في المادة (٨) من القانون سالف الذكر التي تنص على أن " الأعمال التجارية هي الأعمال التي يقوم بها الشخص بقصد تحقيق الربح ولو كان غير تاجر ".

وتفادياً للصور في المعيار الموضوعي فإن المشرع اليمني لجأ إلى طريقتين لتعداد بعض الأعمال التجارية التي تعتبر تجارية بصرف النظر عن صفة القائم بها "سواء صدرت من تاجر أم من غير تاجر" أو نيته " سواء كان يهدف إلى تحقيق الربح أم لا يهدف إليه"، وهنا نجد المشرع أنه قد أخذ بنظرية التبعية الموضوعية والتبعية الشخصية معاً.

المطلب الثاني

أهمية التفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري

النظام القانوني للأعمال التجارية يختلف عن القواعد التي تنظم الأعمال المدنية الواردة في القانون المدني، وتتمثل في القواعد التالية:

أولاً - الاختصاص القضائي:

تأخذ الدول عادة بأحد نظامين هما وحدة الاختصاص القضائي للمنازعات المدنية والتجارية، فالقاضي يفصل في كل انواع المعاملات سواء كانت مدنية أو تجارية، ويعقد الاختصاص النوعي لمحكمة واحدة هي المحكمة المدنية، والنظام الثاني هو نظام التخصص بمقتضاه تختص بعض المحاكم بنظر المنازعات التجارية فقط.

ويعقد الاختصاص في اليمن للمحاكم التجارية للنظر في المعاملات التجارية حيث صدر القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٦م بإنشاء وتنظيم المحاكم التجارية الابتدائية، وبعد الوحدة عام ١٩٩٠م تم انشاء شعب استئنافية بالقرار الجمهوري رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٦م، وتختص هذه المحاكم الابتدائية التجارية والاستئنافية التجارية والدائرة التجارية بالمحكمة العليا بنظر كافة الدعاوي والمنازعات التجارية دون غيرها.

ثانياً - قواعد الإثبات:

ذهبت معظم التشريعات العربية إلى أن القاعدة العامة وجوب الإثبات بالكتابة إذا كان الدين ذا قيمة أو غير محدد القيمة أو متى كان ثابتاً بالكتابة، أما في المسائل التجارية فيجوز إثبات التصرف مهما كانت قيمته بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، كما يجوز إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة بغير دليل كتابي.

ثالثاً - التضامن بين المدنيين بدين تجاري:

يقصد بالتضامن أو التكافل: ضم ذمة إلى ذمة في استيفاء الحق أو الوفاء به (١)، فإذا كان التضامن والتكافل بين أصحاب الحق جاز للملتزم أن يفي بالالتزام لأي منهم وإذا مات أحد أصحاب الحق المتضامين انقسم الحق على ورثته كل بقدر حصته إلا إذا كان الحق غير قابل للانقسام ما لم يوجد وصي فيقدم في الحاليتين، ويجوز لأصحاب الحق المتضامين مجتمعين أو منفردين مطالبة المدين

(١) أنظر المادة (٢٧٩) من القانون المدني اليمني، أيضاً: أنظر د، سميحة القليوبي، القانون التجاري الكويتي، مرجع سابق، ص ١١٣.

الملتزم بالوفاء إلا لمانع شرعي، ولا يجوز لمن عليه الحق إذا طالبه أصحاب الحق المتضامنين بالوفاء أن يحتج بما يمنع الدفع لغير طالبه، ولكن يجوز له أن يحتج بما يمنع الدفع لطالبه أو بما يمنع الدفع للدائنين جميعاً، وإذا برئت ذمة من عليه الحق من أحد أصحاب الحق المتضامنين وكان ذلك لسبب غير الوفاء بالحق فلا تبرأ ذمته إلا بقدر حصة صاحب الحق المذكور وللباقيين مطالبته بحصتهم^(١).

وإذا كان المشرع التجاري ينص على التضامن في بعض الحالات كما هو الحال بالنسبة للمادة (١٤) من قانون الشركات التجارية التي تنص على أن جميع الشركاء في شركة التضامن مسؤولين بصفة شخصية وبالتضامن والتكافل عن ديون الشركة وجميع عقودها والتزاماتها، والمادة (٢٨٦) من القانون التجاري التي تقر تضامن الموقعين على الورق التجارية فيجوز لصاحب الحق مطالبة من عليهم الحق المتضامنين به مجتمعين أو منفردين إلا لمانع شرعي، ولا يجوز لمن عليه الحق الذي يطالبه صاحب الحق بالوفاء به أن يحتج بما يمنع غيره من المدينين من الوفاء ولكن يجوز له الاحتجاج بما يمنعه هو من الوفاء أو بما يمنع المدينين جميعاً من الوفاء.

والقاعدة في المعاملات المدنية أن التضامن لا يفترض وإنما يقوم بناء على اتفاق أو نص في القانون، وعلى العكس من ذلك في المسائل التجارية حيث جرى العرف على التضامن^(٢)، وإذا كان المشرع التجاري ينص على التضامن في بعض الحالات كما هو الحال في المادة (١٤) من شركات التضامن التي تنص على أن شركة التضامن هي الشركة التي يكون جميع الشركاء فيها مسؤولين بصفة شخصية وبالتضامن والتكافل عن ديون الشركة وجميع عقودها والتزاماتها، والمادة (٤٩٨) من القانون التجاري ساحب الكميالة وقابلها ومظهرها وضامنها الاحتياطي مسئولون جميعاً بالتضامن نحو حاملها، ولهذا مطالبتهم منفردين أو مجتمعين دون مراعاة أي ترتيب ويثبت هذا الحق لكل موقع على كميالة وفي بقيمتها تجاه المسئولين نحوه، والدعوى المقامة تجاه أحد الملتزمين لا تحول دون مطالبة الباقيين، ولو كان التزامهم لاحقاً لمن وُجِّه إليه الدعوى ابتداءً.

رابعاً - المهلة القضائية (نظرة الميسرة):

قواعد القانون المدني تقضي بأنه يجوز للقاضي إذا لم يمنعه نص في القانون أن يمنح المدين أجلاً أو آجالاً لينفذ فيها التزامه، وإذا ثبت بحكم القضاء إعسار المدين حيل بينه وبين دائنه إلى أن يثبت

(١) أنظر المواد (٢٨٠، ٢٨١) من القانون.

(٢) أنظر المادة (٣٧٢) من القانون المدني.

أيساره (١)، أما قواعد القانون التجاري فتتسم بالشدة في معاملة المدين خاصة الديون الناشئة عن الاوراق التجارية حيث نصت المادة (٥٠١) من القانون التجاري على أنه لا يجوز للمحاكم أن تمنح مهلاً للوفاء بقيمة الكمبيالات وللقيام بأي إجراء متعلق بها إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون، وقد استقر الرأي على أنه يسري على كافة الاوراق التجارية الأخرى وهي السند لأمر والشيك.

خامساً - الإفلاس:

يقصد بالإفلاس التصفية الجماعية لأموال المدين التاجر الذي توقف عن دفع ديونه التجارية وذلك بقصد توزيعها على جماعة الدائنين قسمة غرماء (٢)، وقد نظم المشرع اليمني موضوع الإفلاس في المواد (٥٧٠-٨٢٣)، فالمادة (٥٧٠) تنص على أن " كل تاجر اضطرت أعماله المالية فوقف عن دفع ديونه التجارية، يجوز شهر إفلاسه" ويشهر إفلاس التاجر بناءً على طلب أحد دائنيه أو بناءً على طلبه هو، ويجوز للمحكمة أن تقضي بشهر إفلاس التاجر بناءً على طلب النيابة العامة أو من تلقاء ذاتها.

سادساً - الفوائد:

الفائدة قد تكون تعويضية وهي التي تدفع مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود وقد تكون تأخيرية وهي التي تدفع تعويضاً عن التأخير في الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود، ويختلف حكمها في القانون المدني عنه في القانون التجاري، ففي القانون التجاري يلتزم الوكيل بدفع الفائدة عن الأموال المستحقة للموكل من اليوم الذي كان يلزمه فيه تسليماً أو إيداعاً وفقاً لأمر المدين، أما القانون المدني الفوائد الأصلية هي ما تولد عن الشيء نفسه كالولد والصوف واللبن والتمر وما إليهما والفوائد هي ما نتج عن استعمال الشيء واستغلاله والتصرف في منافعه.

المبحث الثاني

الأعمال التجارية بقصد المضاربة

كما ذكرنا سلفاً أن المشرع اليمني أعتمد معيار المضاربة لتمييز العمل المدني عن العمل التجاري حيث نصت المادة (٨) على أن " الأعمال التجارية هي الأعمال التي يقوم بها الشخص بقصد

(١) د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٩١.

(٢) د. محمد عبد القادر الحاج، شرح القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٦٣.

تحقيق الربح ولو كان غير تاجر."، ووفقاً لهذا المعيار جاء نص المادة التاسعة من ذات القانون ونصت على أن " تعد بوجه خاص الأعمال الآتية أعمالاً تجارية:

- شراء السلع وغيرها من المنقولات المادية وغير المادية بقصد بيعها بربح سواء قصد بيعها بحالتها أو بعد تحويلها وتصنيعها.
- شراء السلع وغيرها من المنقولات المادية وغير المادية بقصد تأجيرها أو استئجارها لغرض تأجيرها من الباطن.
- البيع أو التأجير من الباطن للأشياء المشتريات أو المستأجرة على الوجه المبين فيما تقدم.
- استئجار الشخص أجيراً بقصد إيجار عمله أو إيجاره عمل الأجير الذي أستأجره بهذا القصد.
- عقود التوريد.
- شراء الشخص أرضاً أو عقاراً بقصد الربح من بيعه بحالته الأصلية أو بعد تجزئته وبيع الأرض أو العقار الذي اشتري بهذا القصد.

الأعمال التي يمكن اعتبارها مجانية للأعمال المتقدمة لتشابه صفاتها وغاياتها. ويتضح لنا من خلال النصوص فكرة المضاربة لتحقيق الربح، وأن أي عمل من هذه الأعمال التجارية ولو وقع مرة واحدة وبغض النظر عن صفة القائم به سواء كان تاجراً أم غير تاجر كموظف أو طالب يشتري مثلاً سيارة بقصد البيع والربح أو يستأجرها بقصد تأجيرها من الباطن، وكذلك شراء مهندس أو طبيب أو محام قطعة أرض بقصد بيعها وتحقيق الربح من وراء ذلك، وكل عمل يمكن اعتباره متجانساً للأعمال الواردة في الفقرات (١-٦)، ولا تعتبر مزاوله المهن الحرة من قبيل الأعمال التجارية مهما كان المقابل لأن مزاولتها تتطلب خبرة وكفاءة كمهنة الطب والمحاماة والهندسة والمحاسبة، أيضاً توريد المزارع للحاصلات الزراعية من منتج أرضه وتوريد لوحات الرسام ما يرسمه ونشر الروائي روايته وبيع المؤلف كتابه في صورة مقالات لا يعتبر عملاً تجارياً (١)، وقد حسم القانون التجاري اليمني ذلك في المادة الخامسة إذا لم يوجد عقد أو وجد وسكت عن الحكم أو كان الحكم الوارد في العقد باطلاً سرت النصوص التشريعية التي يتضمنها هذا القانون والقوانين الأخرى على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

(١) د. ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري الكويتي، مرجع سابق، ص ٥٨.

المبحث الثالث

صفة القائم بالأعمال التجارية أو بنيته

بالرغم أن المشرع اليمني وضع معيار المضاربة كما سبق ذكر ذلك قد خرج عن ذلك في المواد (١٠، ١١، ١٢) حيث جاء نص المادة العاشرة أن تعد أعمالاً تجارية الأعمال المتعلقة بالأموال التالية، بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته: معاملات البنوك، الحساب الجاري، الصرف والمبادلات التجارية، السمسرة والوكالة بالعمولة، الكمبيالات والسندات لأمر والشيكات، تأسيس الشركات التجارية وبيع أو شراء أسهمها وسنداتها، المخازن العامة والرهون المترتبة على الأموال المودعة بها، التأمين بأنواعه المختلفة.

المحلات المعدة للجمهور كالملاعب العامة ودور السينما والفنادق والمطاعم ومحلات البيع بالمزايدة، توزيع الماء والكهرباء والغاز، النقل برّاً وبحراً وجواً، وكالات الأعمال ومكاتب السياحة والتصدير والاستيراد، الطبع والنشر والصحافة ونقل الأخبار أو الصور والإعلانات وبيع الكتب، المصانع وإن كانت مقترنة باستثمار زراعي والتعهد بالإنشاء (المقاولات) والتصنيع، مقاولات بناء العقارات وتعديلها وترميمها وهدمها متى تعهد المقاول بتقديم المواد الأولية أو بتوريد العمال.

ويعد عملاً تجارياً وفقاً للمادة (١١) جميع الأعمال المتعلقة بالملاحة البحرية وبوجه خاص: إنشاء السفن وبيعها وشراؤها وإيجارها واستئجارها وإصلاحها،

العقود المتعلقة بأجور ورواتب ربان السفينة وملاحها وسائر المستخدمين فيها.

الإقراض والاستقراض البحري، النقل والإرساليات البحرية وكل عملية تتعلق بها كإجراء أو بيع لوازمها من مهمات وأدوات وذخائر ووقود وحبال وأشرطة وموّن.

التأمين البحري بأنواعه المختلفة، أيضاً يعد عملاً تجارياً جميع الأعمال المتعلقة بالملاحة الجوية وفقاً للمادة (١٢) وبوجه خاص إنشاء الطائرات وبيعها وشراؤها وإيجارها واستئجارها وإصلاحها، العقود المتعلقة بأجور ورواتب الملاحين وسائر المستخدمين، الإقراض والاستقراض، النقل والإرساليات الجوية وكل عملية تتعلق بها كإجراء أو بيع أدوات ومواد تموين الطائرات، التأمين الجوي بأنواعه المختلفة.

وقد أكدت ونظمت مواد القانون التجاري هذه الاعمال، فعملية الايداع المواد (٣٥٣-٣٨٨)، والائتمان المواد (٣٩٤-٤٠٧)، والحساب الجاري المواد (٣٤٣-٣٦٧)، وكذلك السمسرة المواد (٣٢٦-٣٤٢) والوكالة (٣٠٠-٣٢٥)، وبتناول هنا موضوع الاوراق التجارية (الكمبيالات والسند لأمر والشيكات) في الآتي:

الكمبيالة: هي صك مكتوب وفقاً لبيانات قانونية محددة يتضمن أمراً من شخص يسمى الساحب إلى شخص يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغاً معيناً من النقود لدى الاطلاع أو في تاريخ معين لأمر شخص ثالث يسمى المستفيد، وصورتها كالتالي:

صنعاء في ٢٠٢٠/١/١م	<u>كمبيالة</u>	١,٠٠٠,٠٠٠ ريال يمني
الاخ سالم علي سعيد - شارع جمل - تعز		
أدفعوا بموجب هذه الكمبيالة للأخ محمد أحمد صالح أو لأمره المبلغ المذكور أعلاه		
وقدره مليون ريال يمني في ٢٠٢١/٥/١م.		
توقيع الساحب		
عامر أحمد		

وقد تضمنت المادة (٤٢٢) من القانون التجاري البيانات التي يجب توافرها في الكمبيالة (١)، وخصص المواد من (٤٢٢-٥٢٢) لبيان أحكام الكمبيالة التي تضمنت كافة أحكام قانون الصرف باعتبارها نموذجاً للأوراق التجارية مع أنها قليلة الاستخدام في المعاملات الداخلية بعكس الشيك والسند لأمر.

السند لأمر:

هو صك مكتوب وفقاً لبيانات قانونية محددة (٢)، يتعهد بمقتضاه محرره بأن يدفع مبلغاً معيناً من النقود في تاريخ معين لأمر شخص آخر يسمى المستفيد وصورة السند للأمر كالتالي:

(١) أنظر المادة (٤٢٢): تشتمل الكمبيالة على البيانات التالية: ١- لفظ (كمبيالة) مكتوباً في متن الصك، وباللغة التي كتب بها. ٢- تاريخ إنشاء الكمبيالة ومكان إنشائها. ٣- اسم من يلزمه الوفاء (المسحوب عليه). ٤- اسم من يجب الوفاء له أو لأمره. ٥- أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود. ٦- ميعاد الاستحقاق.

٧- توقيع من أنشأ الكمبيالة (الساحب).

(٢) أنظر المادة (٥٢٣): يشتمل السند لأمر على البيانات الآتية:

١- شرط لأمر أو عبارة (سند لأمر) مكتوبة في متن السند وباللغة التي كتب بها. ٢- تاريخ إنشاء السند ومكان إنشائه. ٣- اسم من يجب الوفاء له أو لأمره. ٤- تعهد غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود. ٥- ميعاد الاستحقاق. ٦- مكان الوفاء. ٧- توقيع من أنشأ السند.

صنعاء في ٢٠٢٠/١/١ م سند لأمر ١٠٠,٠٠٠ ريال يمني

أتعهد أنا مصلح محمد محمود علي بأن أدفع بموجب هذا السند لأمر أحمد محمد شمسان المبلغ المذكور أعلاه وقدره مائة ألف ريال يمني في ٢٠٢٠/٢/١ م

توقيع المحرر

وتحرير السندات لأمر كثيرة في المعاملات الداخلية خاصة من غير التجار في تعاملاتهم مع الشركات والتجار، ومثالها عند شراء سيارة بالتقسيط يحرر على نفسه بباقي المبلغ سندات لأمر يحمل كل سند منها مبلغ القسط الشهري الواجب عليه دفعه، وقد تضمنت المواد (٥٢٣-٥٢٦) من القانون التجاري اليمني أحكام هذه السندات لأمر.

ج- الشيك:

هو صك مكتوب وفقاً لبيانات قانونية محددة (١)، يتضمن أمراً من الساحب إلى بنك له رصيد لديه بأن يدفع بمجرد الاطلاع مبلغاً معيناً مكن النقود لأمره أو لأمر شخص آخر أو لحامله، وصورته كالاتي:

البنك اليمني للإنشاء والتعمير

صنعاء في ٢٠٢٠/١/١ م ١,٠٠٠,٠٠٠ ريال يمني

ادفعوا بموجب هذا الشيك لأمر محمد أحمد صالح أو لحامله المبلغ المذكور أعلاه وقدره مليون ريال يمني لا غير.

توقيع الساحب

وقد تضمنت المادة (٥٢٣) من القانون التجاري البيانات التي يجب توافرها في الشيك وخصص المواد من (٥٢٣-٥٦٩) لبيان أحكام الشيك التي تضمنت كافة أحكام قانون الصرف باعتبارها نموذجاً للأوراق التجارية.

(١) أنظر المادة (٥٢٨): يشتمل الشيك على البيانات الآتية: ١- لفظ (شيك) مكتوباً في متن الصك وباللغة التي كتب بها. ٢- تاريخ إنشاء الشيك ومكان إنشائه. ٣- اسم من يلزمه الوفاء (المسحوب عليه). ٤- اسم من يجب الوفاء له أو لأمره وفقاً لما سيرد في المادتين (٥٣١، ٥٣٣). ٥- أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود. ٦- مكان الوفاء. ٧- توقيع من أنشأ الشيك (الساحب).

المبحث الرابع

الأعمال التجارية بالتبعية

إضافة للأعمال التجارية السالف ذكرها في المواد (٨-١٢) في القانون التجاري اليمني، أكد في المادة الثالثة عشر على أن الأعمال المرتبطة بالمعاملات التجارية المذكورة في المواد السابقة أو المسهلة لها وجميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارية تعتبر أيضاً أعمالاً تجارية، وهو بمقتضى هذا النص فإن الصفة التجارية تلتق بالأعمال المدنية، وهي ما تعرف بالتبعية الشخصية أو الذاتية أو النسبية^(١).

المبحث الخامس

الأعمال التجارية المختلطة

الأعمال المختلطة هي تلك الأعمال التي تعتبر تجارية بالنسبة لأحد طرفي الرابطة القانونية ومدنية بالنسبة للطرف الثاني^(٢) مثال ذلك في المجال التعاقدى بيع المزارع حاصلاته الزراعية لأحد تجار الجملة، وشراء المستهلك سلعة من أحد تجار التجزئة، ودخول مشاهد داراً للسينما، واستئجار نزيل غرفة في فندق، وقيام موظف بالتأمين على حياته لصالح أولاده أو اقتراضه مبلغاً من البنك لبناء داراً^(٣)، وبيع المؤلف كتابه لأحد دور الطبع والنشر، وتعاقد المسافر لغرض غير تجاري مع الناقل، وتعاقد صاحب المصنع مع العمال والمستخدمين، ففي جميع هذه العقود يعتبر العمل تجارياً من جانب أحد طرفي العقد ومدنياً من الجانب الآخر، فيعتبر العمل مختلطاً، وهنا يكون النزاع بشأن المحكمة المختصة نوعياً، والقانون الواجب التطبيق، وقد نصت المادة (١٧) على أنه إذا كان العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين دون الآخر، سرت أحكام قانون التجارة على التزامات المتعاقد الآخر الناشئة من هذا العقد مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك، وبالنسبة للمحكمة يستوي أن تكون المحكمة المدنية أو التجارية.

(١) د. محمد عبد القادر الحاج، شرح القانون التجاري اليمني، مرجع سابق، ص ١٤١.

(٢) المرجع السابق، ص ١٥٥.

(٣) أنظر المادة (٢٠٧) تجاري يمني.

الفصل الثالث

التاجر

كما أسلفنا في موضوع نشأة القانون التجاري في العصور الوسطى (١)، وأن المشرع اليمني أخذ بالأعمال التجارية بغض النظر عن صفة القائمين بها تجاراً كانوا أم غير تجار ولم يتجاهل صفة التاجر لذا نتناول هنا صفة التاجر ثم التزاماته وفقاً للقانون اليمني:

المبحث الأول: صفة التاجر.

المبحث الثاني: التزامات التاجر.

المبحث الأول

صفة التاجر

عرفت المادة (١٨) من القانون التجاري اليمني بأن التاجر كل من اشتغل باسمه في معاملات تجارية وهو حائز للأهلية الواجبة واتخذ هذه المعاملات حرفة له يكون تاجراً، وكذلك يعتبر تاجراً كل شركة تجارية وكل شركة تتخذ الشكل التجاري، ولو كانت تزاول أعمالاً غير تجارية. ويتضح لنا من هذا النص أنه يجب توافر أربعة شروط ليكتسب الشخص صفة التاجر وهي:

- الاشتغال بالأعمال التجارية.
- أن يتخذها حرفة له.
- أن يمارسها باسمه ولحسابه الخاص.
- أن تتوافر فيه الأهلية الواجبة لاحتراف التجارة.

الشرط الأول - الاشتغال بالأعمال التجارية:

ذكرنا فيما سبق أن الأعمال المنصوص عليها في المواد من ٨-١٢ من القانون التجاري هي أعمال تجارية والأعمال التجارية بالتبعية هي في الأصل أعمال مدنية، وإنما تكسب الصفة التجارية، وإذا كان الاشتغال بالأعمال التجارية واتخاذها حرفة تكسب القائم بها صفة التاجر.

وقد ثار الخلاف في الفقه والقضاء حول اكتساب الشخص الذي يشتغل بأعمال تجارية محرمة شرعاً أو قانوناً صفة التاجر.

قال البعض أن العبرة في اكتساب صفة التاجر هي بممارسة الاعمال التجارية واتخاذها حرفة ولا أثر لمشروعية العمل أو عدم مشروعيته على اكتساب الشخص صفة التاجر والقول بغير ذلك فيه اجحاف بمصالح الغير (١).

وذهب رأي وهو الراجح للقول أنه يجب في الاعمال التجارية التي يؤدي الاشتغال بها واتخاذها حرفة إلى اكتساب صفة التاجر أن تكون مشروعة وغير مخالفة للنظام العام والآداب لأنها تؤدي إلى وضع الشخص في مركز قانوني خاص لا يجوز أن يناله شخص يمارس اعمال غير مشروعة (٢)، وهذا هو الراجح من وجهة نظرنا ففي القواعد العامة ما يحمي حسني النية، وهو ما ذهب إليه المشرع اليمني في المادة (٢٣) أن كل يماني بلغ الثامنة عشر ولم يقم به مانع شرعي أو قانوني يتعلق بشخصه أو بنوع المعاملة التجارية التي يباشرها يكون أهلاً للاشتغال بالتجارة، أيضا المادة (٨) من قانون الشركات اليمني رقم ١٤ لسنة ١٩٩١م التي نصت على أن يجب أن يكون غرض الشركة التجارية عملاً تجارياً مشروعاً ولا يكون مخالفاً للقوانين النافذة.

الشرط الثاني - أن يتخذها حرفة له:

يشترط القانون التجاري اليمني أنه لا يعد تاجراً من قام بمعاملة تجارية عارضة دون أن يتخذ التجارة حرفة له ومع ذلك تخضع المعاملة التجارية التي يقوم بها لأحكام قانون التجارة وهذا ما أكدته المادة (٢٠) منه، ويتضمن الاحتراف إلى جانب الاستمرار والانتظام حيث يقصد الشخص الارتزاق والكسب من هذا الاحتراف، ولا عبرة بقيمة المال في التجارة أو حجم المشروع التجاري ودرجة تنظيمه في اكتساب صفة التاجر، ولكن القانون أعفي نوعاً من الأشخاص حيث نصت المادة (٢٢) من القانون التجاري بأن الأفراد الذين يزاولون حرفة بسيطة أو تجارة صغيرة ويعتمدون فيها على عملهم للحصول على أرباح قليلة لتأمين معيشتهم أكثر من اعتمادهم على رأس مال نقدي كالباعة الجوالين وأصحاب الحوانيت الصغيرة لا يخضعون لواجبات التجار الخاصة بالدفاتر التجارية وبالقيود في السجل التجاري وبأحكام الإفلاس والصلح الواقعي.

وكل من أعلن للجمهور عن طريق الصحف أو النشرات أو أية طريقة أخرى عن محل أسسه للتجارة يعد تاجراً وان لم يتخذ التجارة حرفة مألوفة له، وتثبت صفة التاجر لكل من احترف التجارة باسم مستعار - أو مستتر وراء شخص آخر فضلاً عن ثبوتها للشخص الظاهر وإذا زاول التجارة أحد الأشخاص المحظور عليهم الاتجار بموجب قوانين أو أنظمة خاصة عد تاجراً وسرت

(١) من أنصار هذا الرأي د. محسن شفيق، الوجيز في القانون التجاري، ص ٨٣، د. ثروت عبد الرحيم، التجاري الكويتي، مرجع سابق، ص ١٥١.

(٢) من أنصار هذا الرأي د. سميحة القليوبي التجاري الكويتي، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

عليه أحكام هذا القانون، ويثبت الاحتراف في كل من أشتغل باسمه في معاملات تجارية وهو حائز للأهلية الواجبة واتخذ هذه المعاملات حرفة له يكون تاجراً، وكذلك يعتبر تاجراً كل شركة تجارية وكل شركة تتخذ الشكل التجاري، ولو كانت تزاول أعمالاً غير تجارية، وعلى من يدعي صفة التاجر يقع عليه عبء الإثبات.

الشرط الثالث - أن يمارسها باسمه ولحسابه الخاص:

لا يكفي لاكتساب صفة التاجر أن يشتغل الشخص بالأعمال التجارية ويتخذها حرفة وإنما يجب أن يكون انشغاله بها باسمه ولحسابه الخاص على وجه الاستقلال، فهل تكتسب الأشخاص المعنوية صفة التاجر؟ وفي هذا أجابت المادة (٢١) من القانون التجاري اليمني أنه لا يعد تاجراً من قام بمعاملة تجارية عارضة دون أن يتخذ التجارة حرفة له ومع ذلك تخضع المعاملة التجارية التي يقوم بها لأحكام قانون التجارة.

والاصل ان الشخص غير تاجر كما أن الأصل أن العمل غير تجاري وعلى من يدعي صفة التاجر في نفسه أو في غيره أن يثبت بكافة طرق الإثبات.

الشرط الرابع - أن تتوافر فيه الأهلية الواجبة لاحتراف التجارة:

لاكتساب صفة التاجر حتى يشتغل باسمه في معاملات تجارية ويتخذها حرفة له لا بد أن يكون متمتعاً بالأهلية التجارية، والمقصود بالأهلية هنا الواجبة قانوناً لاكتساب صفة التاجر، أهلية الشخص وفقاً للقواعد العامة في الأهلية فإذا قام شخص بالغ سن الرشد وفقاً للقواعد العامة بأعمال تجارية على وجه الاحتراف دون أن تتوافر له الأهلية التجارية فلا يكتسب صفة التاجر رغم اشتغاله بأعمال تجارية واتخاذها حرفة له ذلك ان اكتساب صفة التاجر تحتاج إلى أهلية خاصة (١)، حددته المادة (٢٣) حيث نصت على أنه كل يمني بلغ الثامنة عشر ولم يقم به مانع شرعي أو قانوني يتعلق بشخصه أو بنوع المعاملة التجارية التي يباشرها يكون أهلاً للاشتغال بالتجارة.

والاهلية في القواعد العامة:

حددت المواد (٤٩-٥٢) من القانون المدني نوع الأهلية وأحكامها (٢)، وسن الرشد، حيث نصت المادة (٥٠) منه على أن " الأهلية نوعان:

(١) د. محمد عبد القادر الحاج، شرح القانون التجاري اليمني، مرجع سابق، ص ١٨٤.

(٢) نظم القانون المدني اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م الأهلية في المواد (٤٩-٥٣) حيث حددت المادة (٥١) سن الرشد (١٥) سنة كاملة إذا بلغها الشخص متمتعاً بقواه العقلية رشيداً في تصرفاته يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية والتصرف فيها، ويجوز أن تشترط القوانين الخاصة سناً أعلى يحق للشخص بموجبها ممارسة أية حقوق أخرى أو التمتع بها، والمادة (٥٢) سن التمييز هي عشر سنين كاملة فإذا بلغها الشخص مميزاً كان ناقص الأهلية وتكون له أهلية الصبي المميز ومن لم يبلغ سن الرشد وكان سفيهاً يكون ناقص الأهلية.

١. أهلية وجوب للحقوق الشرعية للشخص وعليه تثبت له منذ ولادته.
 ٢. أهلية أداء بمقتضاها يباشر الإنسان حقوقه المدنية وتكون له طبقاً للأحكام المبينة في المواد التالية، والمادة (٥١) نصت على أن سن الرشد (١٥) سنة كاملة إذا بلغها الشخص متمتعاً بقواه العقلية رشيداً في تصرفاته يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية والتصرف فيها، ويجوز أن تشترط القوانين الخاصة سناً أعلى يحق للشخص بموجبها ممارسة أية حقوق أخرى أو التمتع بها "
- الأهلية التجارية:** إذا كانت الأهلية في القانون اليمني تمر بثلاث مراحل، فإن الأهلية التجارية قد حددتها المادة (٢٣) من القانون التجاري على أن " كل يمني بلغ الثامنة عشر ولم يقم به مانع شرعي أو قانوني يتعلق بشخصه أو بنوع المعاملة التجارية التي يباشرها يكون أهلاً للاشتغال بالتجارة.
- أهلية القاصر للتجارة:** وعن أهلية القاصر في التجارة فقد نظمت المادة (٢٤) من القانون التجاري اليمني هذا الحق بالنص أنه إذا كان للقاصر مال في تجارة وليس له وصي جاز للمحكمة أن تأمر بتصفية ماله وسحبه من هذه التجارة أو باستمراره فيها وفقاً لما تقضي به مصلحة القاصر مع مراعاة أحكام قانونه الوطني عند الاقتضاء، فإذا أمرت المحكمة بالاستمرار في التجارة فلها أن تمنح النائب عن القاصر تفويضاً عاماً أو مقيداً للقيام بجميع الأعمال اللازمة لذلك ويقيد التفويض في السجل التجاري وينشر في صحيفة السجل ولا يكون القاصر ملتزماً إلا بقدر أمواله المستغلة في هذه التجارة ويجوز شهر إفلاسه ولا يشمل الإفلاس الأموال غير المستقلة في التجارة ولا يترتب عليه أي أثر بالنسبة إلى الشخص القاصر، والمادة (٢٥) إذا طرأت أسباب جديدة يخشى معها سوء إدارة النائب عن القاصر جاز للمحكمة أن تسحب التفويض المنصوص عليه في المادة السابقة دون أن يترتب على ذلك أضرار بالحقوق التي كسبها الغير، كما يجب على قلم كتاب المحكمة خلال الأربع والعشرين الساعة التالية لصدور الأمر بسحب التفويض أن يبلغه لمكتب السجل التجاري لقيده ونشره في صحيفة السجل، ولا يتعرض القاصر لتوقيع أية عقوبة عليه بسبب الإفلاس بالتقصير أو التدليس، ولا يحرم من حقوقه المدنية أو المهنية أو السياسية أو تولي الوظائف العامة.

الأهلية في حكم الصبي المميز ومن لم يبلغ سن التمييز أو بلغها مجنوناً أو معتوها يكون فاقد الأهلية ، أما المادة (٥٣) يخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية والوصاية المنصوص عليها في قانون الوصية كما يخضعون لأحكام الحجر على الأهلية المبينة في الفرع الثاني من الفصل الثالث تحت إشراف المحكمة والنيابة العامة.

أهلية النساء الأجنبية:

ينظم أهلية النساء لممارسة التجارة قانون الدولة التي يتمتعن بجنسيتها ويفترض في الزوجة الأجنبية التي تحترف التجارة أنها تمارسها بإذن زوجها فإذا كان القانون الواجب التطبيق يجيز للزوج الاعتراض على احترام زوجته للتجارة أو سحب إذنه السابق، وجب قيد الاعتراض أو سحب الإذن في السجل التجاري من صحيفته ولا يترتب على الاعتراض أو سحب الإذن أي اثر إلا من تاريخ نشره في صحيفة السجل التجاري، ولا يضر بالحقوق التي كسبها الغير، ووضعت المادة (٢٧) شروط فيها بأنه يفترض في الزوجة الأجنبية التاجرة أنها تزوجت طبقاً لنظام انفصال الأموال إلا إذا كانت المشاركة المالية بين الزوجين تنص على خلاف ذلك وتم شهر هذه المشاركة ويكون الشهر بالقيد في السجل التجاري ونشر المشاركة في صحيفة هذا السجل، ويجوز للغير في حالة إهمال الشهر في السجل التجاري أن يثبت أن الزواج قد تم طبقاً لنظام مالي أكثر ملائمة لمصلحته ولا يحتج على الغير بالحكم الأجنبي القاضي بانفصال أموال الزوجين إلا من تاريخ قيده في السجل التجاري الواقع في دائرته المحل الذي يزاو في الزوجين أو أحدهما التجارة.

ولم يتعرض القانون التجاري اليمني لأهلية الرجل الأجنبي كما فعل بالنسبة لأهلية المرأة الأجنبية، ولذا فإنه تسري عليه القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني المادة (٢٤) يرجع في الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم إلى قانون جنسيتهم ومع ذلك فإنه بالنسبة للتصرفات المالية التي تعقد في الجمهورية وتترتب آثارها فيها، إذا كان نقص أهلية الطرف الأجنبي الراجع إلى قانون بلده فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه وكان كامل الأهلية بحسب القانون اليمني فإنه لا يؤبه بنقص أهليته، ويرجع في نظام الأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات وغيرها إلى قانون الدولة التي اتخذت فيها مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في الجمهورية فإن القانون اليمني هو الذي يسري.

وقد نظمت المواد (٢٨، ٢٩) القيود على اشتغال الأجانب بالتجارة فالمادة (٢٨) تنص على أنه: من يوم نفاذ هذا القانون لا يجوز لغير يمني الاشتغال بالتجارة في الجمهورية اليمنية إلا إذا كان له شريك أو شركاء يمنيين ويشترط أن لا يقل رأسمال اليمنيين في المتجر المشترك عن (١٥%) من مجموع رأسمال المتجر ويستثنى من الأحكام السابقة الأفراد غير اليمنيين الذين يزاولون حرفة بسيطة أو تجارة صغيرة المشار إليهم في المادة (٢٢) فيجوز لهؤلاء الاشتغال بالتجارة دون أن يكون لهم شريك يمني.

وبالنسبة للشركات الاجنبية فقد نصت المادة (٢٩) على القيود الواردة على الشركات الاجنبية حيث تنص على أنه من يوم نفاذ هذا القانون لا يجوز لشركة أجنبية إنشاء فرع لها في الجمهورية اليمنية ولا يجوز أن تباشر أعمالاً تجارية في (ج. ي) إلا عن طريق وكيل يمني تاجر.

الأشخاص المحظور عليهم الاتجار:

وفقاً للقانون التجاري اليمني فإنه لا يجوز للأشخاص التالية ممارسة التجارة:
أولاً: كل تاجر أشهر إفلاسه خلال السنة الأولى من مزاولته التجارة ما لم يرد إليه اعتباره.
ثانياً: كل من حكم عليه الإدانة في إحدى جرائم الإفلاس بالتدليس أو الغش التجاري أو السرقة أو النصب أو خيانة الأمانة أو التزوير أو استعمال الأوراق المزورة ما لم يرد إليه اعتباره.
يعاقب كل من خالف هذا الحظر بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز خمسين ألف ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين مع الحكم بإغلاق المحل التجاري في جميع الأحوال، وذلك مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في قوانين أخرى^(١).

المبحث الثاني

التزامات التاجر

من المعلوم أنه متى ما اكتسب الشخص سواء كان طبيعياً أم معنوياً، وطنياً كان أم أجنبياً، صفة التاجر، فإن القانون يفرض عليه التزامات، واهمها مسك الدفاتر التجارية، ثم القيد في السجل التجاري، و سنتناول ذلك في مطلبين.

المطلب الأول: الالتزام بمسك الدفاتر التجارية.

المطلب الثاني: الالتزام بالقيد في السجل التجاري.

المطلب الأول

الالتزام بمسك الدفاتر التجارية

للدفاتر التجارية أهمية في حياة التاجر فعلى التاجر الالتزام بالتالي:

على التاجر أن يمسك الدفاتر التجارية التي تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها بطريقة تكفل بيان مركزه المالي بالدقة وبيان ماله وما عليه من الديون المتعلقة بتجارته.

(١) أنظر المادة (٨٠٤) من القانون التجاري اليمني.

يجب أن يمك التاجر على الأقل الدفترين الآتيين:

- دفتر اليومية الأصلي.
- دفتر الجرد.

وقد أكدت المواد من (٣٠-٤١) ما يجب على التاجر في مسك الدفاتر، أما المادة (٣٢) تنص على أنه " ويعفى من هذا الالتزام الأفراد الذين يزاولون حرفة بسيطة أو تجارة صغيرة المنصوص عليهم في المادة (٢٢) والتجار الذين لا يزيد رأس مالهم على خمسين ألف ريال، وعلى التاجر الالتزام بالقيود اليومي وتنص المادة (٣٢) على أنه: تقيد في دفتر اليومية الأصلي جميع العمليات المالية التي يقوم بها التاجر وكذلك المصروفات التي أنفقها على نفسه وعلى أسرته ويتم هذا القيد يومياً.

وفي دفاتر الجرد تنص المادة (٣٣) على أنه: تقيد في دفتر الجرد تفاصيل البضاعة الموجودة عند التاجر في آخر سنته المالية أو بيان إجمالي عنها إذا كانت تفاصيلها واردة في دفاتر وقوائم مستقلة وفي هذه الحالة تعتبر هذه الدفاتر والقوائم جزءاً متمماً للدفتر المذكور، كما تقيد بدفتر الجرد صورة من الميزانية العامة للتاجر في كل سنة إذا لم تقيد في دفتر آخر.

تنظيم الدفاتر:

وتنظم المادة (٣٤) كيفية التعامل بالدفاتر فيجب أن تكون الدفاتر التجارية خالية من أي فراغ أو كتابة في الحواشي أو كشط أو تحشير فيما يدون بها، ويجب قبل استعمال دفتر اليومية والجرد أن ترقم كل صفحة من صفحاتهما وأن يختم على كل ورقة فيهما الموثق، ويقدم التاجر إلى الموثق خلال شهرين من انقضاء كل سنة مالية هذين الدفترين للتأشير عليهما بما يفيد انتهائهما وذلك بحضور التاجر ودون حجز الدفترين لدى الموثق فإذا انتهت صفحات هذين الدفترين قبل انقضاء السنة المالية تعين على التاجر أو ورثته في حالة وقف المحل التجاري تقديم الدفترين المشار إليهما إلى الموثق للتأشير عليهما بما يفيد ذلك.

ويكون الختم والتأشير في الحالات المتقدمة بغير رسوم.

المراسلات:

تعد المراسلات التجارية من الأعمال اليومية ذو الأهمية لإثبات الحقوق والالتزامات والرسوم الضريبية، فالمادة (٣٥) تنص أنه على التاجر أن يحتفظ بصورة مطابقة للأصل من جميع المراسلات والبرقيات التي يرسلها لأعمال تجارية وكذلك يحتفظ بجميع ما يرد إليه من مراسلات وبرقيات وفواتير وغيرها من المستندات التي تتصل بأعمال تجارته، وعلى التاجر أو ورثته

الاحتفاظ بدفتر اليومية الأصلي ودفتر الجرد مدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ أقفالهما ويجب عليهم كذلك حفظ المراسلات والمستندات، والصور المشار إليها في المادة السابقة مدة خمس سنوات.

نظر الدفاتر أثناء النزاع:

ولأهمية الدفاتر في النزاع للمحكمة عند نظر الدعوى أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصمين إبراز الدفاتر والأوراق التجارية للاطلاع على القيود المتعلقة بالموضوع المتنازع فيه وحده واستخلاص ما ترى استخلاصه منها.

وتكون الدفاتر التجارية الإلزامية حجة لصاحبها التاجر ضد خصمه التاجر إذا كان النزاع متعلقاً بعمل تجاري وكانت الدفاتر منتظمة حسب القواعد السالف ذكرها وتسقط هذه الحجة بالدليل العكسي ويجوز أن يؤخذ هذا الدليل من دفاتر الخصم التجارية المنتظمة، والدفاتر التجارية الإلزامية منتظمة كانت أو غير منتظمة حجة على صاحبها التاجر فيما إذا أُستند إليها خصمه التاجر على أن تعتبر القيود التي في مصلحة صاحب الدفاتر أيضاً.

ودفاتر التاجر لا تكون حجة على غير التاجر على أن البيانات عما أورده التاجر تصلح أساساً يجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين وذلك حتى فيما لا يجوز إثباته بالبينة وتكون دفاتر التاجر حجة على هؤلاء التاجر ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزأ ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه.

المطلب الثاني

الالتزام بالقيود في السجل التجاري

تختلف التشريعات في تحديد الوظيفة القانونية للسجل التجاري لاختلاف وجهة نظر المشرع، وصحة السجل التجاري يترتب عليها آثار قانونية، وقد بينت المادة الثانية من قانون السجل التجاري اليمني رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٢ المعدلة بالقانون رقم (٣١) لسنة ١٩٩٧م الأهداف من القانون تحقيق ما يلي:

إعلان وإشهار الصفة القانونية للشخصية التجارية وتحديد الذمة المالية.

تنظيم الآثار القانونية الكاملة للبيانات والمعلومات التي تدون في السجل التجاري واعتبار كل ما يدون فيه حجة على كافة تضمن انحصار الحق في ملكية المدرجات فيه لمن سجلها أولاً.

تلقي البيانات والمعلومات التجارية والصناعية التي يتقدم بها التاجر لتثبيتها في السجل بغية الاستفادة منها إحصائياً عند وضع الخطط الاقتصادية للدولة.

تمكين كل من يرغب في الحصول على البيانات والمعلومات التي يطلب استخراجها من السجل باعتبار السجل وسيله إشهار استعلاميه للخدمة في الشؤون الاقتصادية للدولة.

نظام السجل التجاري:

تنظيم القيد في السجل التجاري يعود إلى القرن الثالث عشر ميلادي كما أسلفنا سابقاً عند تعريف القانون التجاري ونشأته، ونظام السجل التجاري اليمني وفقاً للقانون رقم (٣٣) لسنة ١٩٩١م والمعدل بالقانون رقم (٣١) لسنة ١٩٩٧م والمعدل بالقانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٠م أنه:

١. على التاجر الفرد أن يتقدم بطلب قيد اسمه في السجل التجاري وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ مزاولة النشاط التجاري أو افتتاح المحل أو الفرع أو الوكالة وان يرفق بالطلب المستندات والبيانات التي تحددها اللائحة التنفيذية.

٢. على مدراء الشركات والمؤسسات في الجمهورية أو التي يقع مركزها الرئيسي فيها، التقدم بطلب قيد الشركة في السجل التجاري خلال ستين يوماً من تاريخ مزاولة نشاطها وان يرفقوا بطلب القيد نسخة معتمدة من عقد التأسيس والنظام الأساسي وقرار الترخيص بالنسبة لشركات الأموال العامة واصل عقد التأسيس بالنسبة لشركات الأشخاص والمستندات والبيانات الأخرى.

٣. على المسؤولين والممثلين القانونيين للمؤسسات والهيئات العامة التي تباشر نشاطاً تجارياً أو الجمعيات التعاونية التي تكون لها أغراض تجارية تقديم طلبات القيد في السجل التجاري خلال ستين يوماً من تاريخ مزاولة نشاطها ويرفق بطلب القيد نسخة من قانون المؤسسة أو الهيئة العامة وترخيص الجهة المختصة (النظام الأساسي) بالنسبة للجمعيات التعاونية والمستندات والبيانات الأخرى التي تحددها اللائحة التنفيذية.

٤. على الأشخاص المسؤولين عن إدارة فروع أو وكالات تجاريه تابعه لشركات أو منشآت أجنبية مركزها الرئيسي خارج الجمهورية أن يتقدموا بطلب قيد الفرع أو الوكالة خلال ستين يوماً من تاريخ مزاولة نشاط الوكالة وان يرفقوا بطلب القيد صورته من عقد تأسيس الشركة الأجنبية ونظامها الأساسي واتفاقيه التوكيل مع ترجمه باللغة معتمدة من جهة مختصة والمستندات والبيانات التي تحددها اللائحة التنفيذية.

٥. تتعدد طلبات القيد في السجل التجاري بتعدد الشركات أو الأشخاص الاعتباريين أو الأسماء التجارية، وفي حاله فتح فروع أو محلات في غير مركزها الرئيسي يتم إبلاغ إدارة السجل التجاري الذي يقع الفرع أو المحل في نطاقها ويسجل هذا الفرع أو المحل في صحيفة التاجر الصادرة من إدارة السجل التجاري بالمركز الرئيسي.

وعلى التاجر المذكورين في المادة الثالثة من هذا القانون إخطار مكتب السجل التجاري المختص عند حدوث إضافة أو إلغاء يطرأ على البيانات المقيدة بصحيفة الفرد خلال ستين يوماً من تاريخ

حصول التغيير وان يرفقوا بالطلب المستندات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون (١)، ويجدد القيد في السجل التجاري كل عشر سنوات من تاريخ القيد أو من تاريخ آخر تجديد ويقدم الطلب من المقيد في هذا السجل خلال السنة السابقة لانتهاء المدة، ويقبل الطلب إذا قدم خلال السنتين التاليتين من انتهاء المدة مع غرامة بواقع ٢٥% من رسوم التجديد في السنة الأولى، وبواقع ٥٠% في السنة الثانية، وتقوم الإدارة المختصة بالشطب في حالة عدم التقدم بطلب تجديد القيد خلال المدة المحددة قانوناً بذلك.

الآثار المترتبة على القيد في السجل التجاري:

يترتب على قيد التاجر في السجل التجاري التزامات فيجب عليه:

- على كل تاجر مشمول بأحكام هذا القانون أن يذكر في مكاتباته المتعلقة بأعماله التجارية وعلى واجهة محله التجاري رقم السجل التجاري الخاص به واسمه التجاري وان تكون هذه البيانات مطابقة للبيانات الواردة في السجل التجاري.
- على التاجر أو ورثته أو أولياء هؤلاء أو وصيائهم أو المصفيين بحسب الأحوال أن يطلبوا كتابياً شطب القيد في السجل التجاري عند حدوث أي من الأحوال التالية:
 - أ. خلال ثلاثين يوماً من ترك التاجر تجارته نهائياً سواء باعتزال التجارة أو الهجرة أو نقل ملكية المحل إلى شخص آخر أو لأي سبب كان.
 - ب. خلال ستة أشهر من وفاة التاجر.
 - ج. خلال ستين يوماً من تصفية الشركة سواء كانت التصفية بالاتفاق أو بناءً على عقد الشركة أو بحكم قضائي أو بقرار من جهة الاختصاص ويرفق بطلب شطب القيد صورة طلب القيد الأصلي وصور طلبات التعديل إن حدثت والمستندات والبيانات التي تحددها اللائحة التنفيذية.

وأكدت المادة (٩) من قانون السجل التجاري أنه إذا لم يقدم طلب شطب القيد من الأشخاص المنصوص عليهم في المادة (٨) من هذا القانون.. جاز لمكتب السجل أن يمحو القيد بعد استصدار قرار من المحكمة وان يبلغ ذلك صاحب الشأن والجهات ذات العلاقة خلال أسبوعين من تاريخ هذا الإجراء.

(١) أنظر المادة (٤) من قانون السجل التجاري اليمني.

ويحضر القانون الاتي:

١. يحظر مزاولة التجارة في محل تجاري إلا لمن يكون اسمه مقيدا في السجل التجاري الذي يقع المحل التجاري في دائرته وتكتسب صفة التاجر من تاريخ القيد في السجل مالم يثبت تلك الصفة بطريقة أخرى.
٢. لا يجوز لأحد أن يعمل بصفة تاجر إذا لم يكن له محل ثابت في الجمهورية يباشر فيه مهنته، وللوزير إعفاء صغار التجار الذين يحددهم من الخضوع لأحكام هذا القانون.

الفصل الرابع

المتجر

المبحث الأول

تعريف المتجر

المتجر كما عرفه المشرع اليمني: هو محل التاجر والحقوق المتصلة بالمحل ويشتمل المتجر على مجموعة من العناصر المادية وغير المادية تختلف بحسب الأحوال وهي بوجه خاص البضائع والأثاث التجاري والآلات الصناعية وعنصر الاتصال بالعملاء والاسم والعنوان التجاري وحق تأجير المحل والعلامات والأسماء والبيانات التجارية وبراءات الاختراع والتراخيص والرسوم والنماذج الصناعية.

حقوق صاحب المتجر:

ورد في المادة (٤٣) أن حقوق صاحب المتجر في العناصر المختلفة التي يشتمل عليها المتجر تعينها النصوص الخاصة المتعلقة بها فإذا لم يوجد نص خاص سرت القواعد العامة.

بيع المتجر:

ولا يتم بيع المتجر إلا بمحضر رسمي ويحدد في عقد البيع ثمن البضائع والمهمات المادية والعناصر غير المادية كل منها على حده، وإذا لم يتم معجلاً دفع ثمن المتجر بجميع عناصر المذكورة فإن ما يدفع منه يخصم منه أولاً ثمن البضائع ثم ثمن المهمات المادية ثم ثمن العناصر غير المادية ولو أتفق على خلاف ذلك،

ولضمان أجرى البيع فقد أكدت المادة (٤٥) على أنه: يشهر عقد بيع المتجر بقيدته في السجل التجاري ويكفل القيد حفظ امتياز البائع لمدة خمس سنوات من تاريخه ويعتبر القيد ملغياً إذا لم يجدد خلال المدة السابقة ويشطب القيد بتراضي أصحاب الشأن أو بموجب حكم نهائي ولا يعتد بعقد البيع بالنسبة للغير إلا من تاريخ قيده في السجل التجاري، وعلى البائع الذي ينوي أن يرفع دعوى لفسخ أو بيع المتجر أن يعلن الدائنين الذين لهم قيود على المتجر في محالهم المختارة المبينة في قيودهم، وإذا اشترط البائع عند البيع أنه يصبح مفسوخاً بحكم القانون إذا لم يدفع الثمن في الأجل المسمى أو إذا تراضى البائع والمشتري على فسخ البيع وجب على البائع إخطار الدائنين المقيدون في محالهم المختارة بالفسخ أو بحصول الاتفاق عليه.

البيع بالمزاد العلني:

ورد النص في المادة (٤٧) أنه إذا طلب بيع المتجر في المزاد العلني وجب على الطالب أن يخطر بذلك البائعين السابقين في محالهم المختارة المبينة في قيودهم معلناً إياهم أنهم إذا لم يرفعوا دعوى الفسخ خلال شهر من تاريخ الإخطار سقط حقهم فيه قبل من يرسو عليه المزاد.

رهن المتجر:

يجوز رهن المتجر فإذا لم يعين على وجه الدقة ما يتناوله الرهن لم يقع إلا على العنوان التجاري والحق في الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية.

ولا يتم الرهن إلا بمحرر رسمي، ويجب أن يشتمل عقد الرهن على تصريح من المدين عما إذا كان هناك امتياز للبائع على المتجر وأن يشتمل كذلك على اسم شركة التأمين التي أمنت المتجر ضد الحريق إن وجدت (١)، ويشهر عقد رهن المتجر بقيده في السجل التجاري ويكفل القيد حفظ الامتياز لمدة خمس سنوات من تاريخه.

ويعتبر القيد ملغياً إذا لم يجدد خلال المدة السابقة ويشطب القيد بتراض أصحاب الشأن أو بموجب حكم نهائي.

مسؤولية الراهن:

الراهن مسؤول عن حفظ المتجر المرهون في حالة جيدة، وإذا لم يوف صاحب المتجر بالثمن أو بباقيه للبائع، أو بالدين في تاريخ استحقاقه للدائن المرتهن جاز للبائع أو للدائن المرتهن، بعد ثمانية أيام من تاريخ التنبيه على مدينه والحائز للمتجر تنبيهاً رسمياً أن يقدم عريضة لقاضي الأمور المستعجلة بطلب الإذن بأن تباع بالمزاد العلني مقومات المتجر كلها أو بعضها التي يتناولها امتياز البائع أو الدائن المرتهن ويكون البيع في المكان واليوم والساعة وبالطريقة التي يعينها القاضي وينشر عن البيع قبل حصوله بعشرة أيام على الأقل^(٢).

- يكون للبائع وللدائن المرتهن على المبالغ الناشئة من التأمين إذا تحقق سبب استحقاقها نفس الحقوق والامتيازات التي كانت لهم على الأشياء المؤمن عليها.

- ليس لمؤجر المكان الذي يوجد به الأثاث والآلات المرهونة التي تستعمل في استغلال المتجر أن يباشر امتيازه لأكثر من سنتين.

(١) أنظر المادة (٤٩) من القانون التجاري اليمني.

(٢) أنظر المادة (٥٢) من القانون التجاري اليمني.

المبحث الثاني

العنوان التجاري

يتمثل العنوان التجاري بضرورة إقران العمل أو النشاط التجاري بعنوانٍ معين يعرف باسم العنوان التجاري، بالإضافة إلى ضرورة إدراج الاسم واللقب لمالك المشروع، ولا يسمح القانون للتاجر بممارسة الأعمال التجارية ما لم يكن له عنوان تجاري، ويشترط القانون التجاري اليمني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٧م في المادة (٥٥) على أن يتألف العنوان التجاري من اسم التاجر ولقبه ويجب أن يختلف في وضوح عن العناوين المقيدة قبلاً، ويجوز أن يتضمن العنوان التجاري بيانات خاصة بالأشخاص المذكورين فيه متعلقة بنوع التجارة المخصص لها، كما يجوز أن يتضمن تسمية مبتكرة .

وفي جميع الأحوال يجب أن يطابق العنوان التجاري الحقيقة وألا يؤدي إلى التضليل أو المساس بالصالح العام.

ويشترط أن يقيد العنوان التجاري في السجل التجاري وفقاً لأحكام القانون ولا يجوز بعد القيد لتاجر آخر استعمال هذا العنوان في نوع التجارة التي يزاولها وإذا كان اسم التاجر ولقبه يشبهان العنوان التجاري المقيد في السجل وجب عليه أن يضيف إلى اسمه بياناً يميزه عن العنوان السابق قيده.

وعلى التاجر أن يجري معاملاته التجارية ويوقع أوراقه المتعلقة بهذه المعاملات بعنوانه التجاري وعليه أن يكتب هذا العنوان في مدخل متجره^(١)، ولا يجوز التصرف في العنوان التجاري تصرفاً مستقلاً عن التصرف في المتجر ولكن إذا تصرف صاحب المتجر في متجره لم يشمل التصرف العنوان التجاري ما لم ينص على ذلك صراحة أو ضمناً.

نقل ملكية المحل التجاري:

إذا انتقلت ملكية المحل التجاري لشخص آخر فلا يجوز لمن تنتقل إليه ملكية متجران يستخدم عنوان سلفه التجاري إلا إذا آل إليه هذا العنوان أو أذن له السلف في استعماله، وفي جميع الأحوال عليه أن يضيف إلى هذا العنوان بياناً يدل على انتقال الملكية، وإذا وافق السلف على استعمال العنوان التجاري الأصلي دون إضافة كان مسؤولاً عن التزامات الخلف المعقودة تحت هذا العنوان إذا عجز الخلف عن الوفاء بهذه الالتزامات (٢)، وعلى من يملك عنواناً تجارياً تبعاً لمتجر يخلف

(١) أنظر المادة (٥٧) من القانون التجاري اليمني.

(٢) أنظر المادة (٥٩) من القانون التجاري اليمني.

سلفه في الالتزام والحقوق التي ترتبت تحت هذا العنوان ولا يسري اتفاق مخالف في حق الغير إلا إذا قيد في السجل التجاري أو أخبر به ذو الشأن وتسقط المسؤولية عن التزامات السلف بمضي خمس سنوات من تاريخ انتقال المتجر.

ما يترتب على نقل المحل:

- من أنتقل له متجر دون عنوانه التجاري لا يكون مسؤولاً عن التزامات سلفه مالم يكن هناك اتفاق مخالف مقيد في السجل التجاري.
- يكون عنوان الشركات التجارية وفق الأحكام القانونية الخاصة بها، وللشركة أن تحتفظ بعنوانها الأول دون تعديل إذا أنضم إليها شريك جديد أو خرج منها شريك كان عنوان الشركة يشتمل على اسمه مادام هذا الشريك أو ورثته قد قبلوا إبقاء الاسم في العنوان.

،،تم بحمد الله وتوفيقه،،

قائمة المراجع:

أولاً- القرآن الكريم.

ثانياً - الكتب:

١. جورج فودال، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط ٢٠٠١.
٢. د. أحمد عبد الرحمن شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري اليمني، مكتبة الصادق، صنعاء، ٢٠١٠.
٣. د. أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ط ١٠، ١٩٩٥.
٤. د. حسام مرسي، أصول القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٢.
٥. د. خالد عمر عبد الله باجنيد، القانون الإداري اليمني، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، ط ٤، ٢٠٠٤.
٦. د. رمضان محمد بطيخ، أصول التنظيم الإداري في النظم الوضعية والإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
٧. د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، شركة مطابع الطوبجي التجارية، القاهرة، ١٩٩٣.
٨. د. سعيد جبر، المدخل لدراسة القانون، ١٩٨٧.
٩. د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط ٥، ١٩٨٤م، دار الفكر العربي، القاهرة.
١٠. د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠١٤.
١١. د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩.
١٢. د. طعيمة الجرف، القانون الإداري دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٦٣.
١٣. د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩١.
١٤. د. عبد الفتاح صبري أبو الليل، الوجيز في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

١٥. د. عبد الله محمد على المخلافي، المدخل لدراسة القانون، الأمين للنشر والتوزيع، صنعاء، الطبعة الأولى، ٢٠١١.
١٦. د. عبد الحميد الرفاعي، القضاء الإداري بين الشرعية والقانون دراسة مقارنة، دار الفكر المعاصر، بيروت، ١٩٨٩.
١٧. د. علي علي المصري، الوجيز في القانون الإداري اليمني ج ١ تنظيم الإدارة ووظائفها، دار الفكر المعاصر، صنعاء، ٢٠٠٧.
١٨. د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مبادئ القانون الإداري، جامعة طنطا، ١٩٨٥ م.
١٩. د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، د. أحمد شوقي محمد الرحمن، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠١.
٢٠. د. ماجد راغب الطلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، ١٩٨٧.
٢١. د. مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، مطبعة جامعة دهوك، بغداد، الطبعة الثالثة، ٢٠١٠.
٢٢. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٩٦.
٢٣. د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون القاعدة القانونية-نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦.
٢٤. د. محمد حسين منصور، مدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، رمضان وإخوانه للطباعة والتجليد.
٢٥. د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، ١٩٨١.
٢٦. د. محمد رفعت عبد الوهاب، د. عصام أحمد عجيلة، القانون الإداري اليمني، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٥.
٢٧. د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن، ج ١، ١٩٥٨.
٢٨. د. محمدي فريدة زاوي، المدخل إلى العلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ١٩٩٨.
٢٩. د. محمود عاطف البنا، حدود سلطات الضبط الإداري، مطبعة جامعة الأزهر، ١٩٨٠.
٣٠. د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، ج ١، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
٣١. د. مطهر محمد اسماعيل العزي، المبادئ الدستورية العامة والنظام الدستوري في الجمهورية اليمنية، مكتبة الصادق، صنعاء، ٢٠٠٦.

٣٢. د. مطيع علي حمود جبير، مبادئ القانون الإداري اليمني، والمقارن، مكتبة الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، ٢٠١٤.

٣٣. د. نبيل سعد إبراهيم، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠١

٣٤. نجيب خلف أحمد الجبوري، القانون الإداري، مكتبة ياد كار، السليمانية، ط/١، ٢٠١٥

ثالثاً - القوانين.

٣٥. دستور الجمهورية اليمنية.

٣٦. القانون المدني اليمني.

٣٧. القانون اليمني التجاري.

٣٨. قانون الشركات التجارية اليمنية.

٣٩. قانون السجل التجاري اليمني.

