

قرار التضمين ورقابة القضاء الاداري عليه

The inclusion decision and the control of the administrative judiciary over it

سجى محمد الفاضلي جامعة النهريين

dralimajeed82@gmail.com

كرار عبد الحسن

تاريخ النشر	تاريخ القبول:	تاريخ الارسال:
2022-12-31	2022-08-11	2022-07-24

الملخص

إن قيام الدولة بوظائفها يتطلب كفاءة جهازها الإداري، لذلك أولت قوانين الوظيفة العامة أهمية خاصة بالنسبة لاختيار المتقدمين لشغل هذه الوظيفة، إذ أن العنصر المادي لوحده غير كاف لقيام مؤسسات الدولة بأعمالها ما لم يتضافر معه العنصر البشري، من اجل تحقيق الاستخدام الأمثل لخدمة الصالح العام، وتمثل حالات اختلاس الأموال وإهمال الواجبات الوظيفية تهديداً للنظام الوظيفي، ومن ثم فقد وفرت قوانين الوظيفة العامة للإدارة

العديد من الوسائل التي تستعين بها الإدارة من اجل كشف المخالفات المالية والإدارية, ومن هذه الوسائل هي تضمين الموظف الذي يلحق أضراراً بخزينة الدولة.

إن أهمية البحث تكمن في عدة جوانب منها، ما توفره الرقابة على قرارات الإدارة التي تتعلق بتضمين الموظف العام من ضمانة مهمة للموظف، وذلك من حيث مدى مشروعية هذا القرار من عدمه، ومدى تناسب القرار مع جسامة المخالفة التي ارتكبتها الموظف، كذلك تنصرف أهمية البحث في بيان مدى أهمية منح اختصاص الرقابة لمحكمة القضاء الإداري بعد أن كان الطعن في قرارات التضمين يكون أمام القضاء العادي (محكمة البداية) وفق القانون.

الكلمات المفتاحية: قرار التضمين - رقابة القضاء الاداري

summary

The state's performance of its functions requires the efficiency of its administrative apparatus, so the laws of the public service have given special importance to the selection of applicants to fill this position, as the material element alone is not sufficient for state institutions to carry out their work unless the human element joins hands with it, in order to achieve the optimal use of serving the public interest. Cases of embezzlement of funds and neglect of

job duties represent a threat to the job system, and therefore the laws of the public service provided the administration with many means that the administration uses in order to detect financial and administrative violations, and among these means is the inclusion of the employee who causes damage to the state treasury.

The importance of the research lies in several aspects of it, represented in the fact that oversight of management decisions related to the inclusion of the general employee provides an important guarantee for the employee, in terms of the legitimacy of this decision or not, and the extent to which the decision is proportional to the severity of the violation committed by the employee, as well as the importance of research In an indication of the importance of granting oversight jurisdiction to the Administrative Court after the appeal against inclusion decisions was before the ordinary court (the Court of First Instance) in

accordance with the repealed Inclusion Law No. 12 of 2006

Keywords: the inclusion decision – the control of the administrative judiciary

المقدمة

إن قيام الدولة بوظائفها يتطلب كفاءة جهازها الإداري، لذلك أولت قوانين الوظيفة العامة أهمية خاصة بالنسبة لاختيار المتقدمين لشغل هذه الوظيفة، إذ أن العنصر المادي لوحده غير كاف لقيام مؤسسات الدولة بأعمالها ما لم يتضافر معه العنصر البشري، من اجل تحقيق الاستخدام الأمثل لخدمة الصالح العام، وتمثل حالات اختلاس الأموال وإهمال الواجبات الوظيفية تهديداً للنظام الوظيفي ، ومن ثم فقد وفرت قوانين الوظيفة العامة للإدارة العديد من الوسائل التي تستعين بها الإدارة من اجل كشف المخالفات المالية والإدارية، ومن هذه الوسائل هي تضمين الموظف الذي يلحق أضراراً بخزينة الدولة.

أولاً : أهمية البحث

أن أهمية البحث تكمن في عدة جوانب منها، ما توفره الرقابة القضائية على قرارات الإدارة التي تتعلق بتضمين الموظف العام او المكلف بخدمة عامة من ضمانة مهمة للموظف

والمكلف، وذلك من حيث مدى مشروعية هذا القرار من عدمه، ومدى تناسب القرار مع حسامة المخالفة التي ارتكبها الموظف او المكلف، اضافة الى اهمية هذه الرقابة للإدارة نفسها من حيث صحة قراراتها وسلامتها، كذلك تنصرف أهمية البحث في بيان مدى أهمية منح اختصاص الرقابة لمحكمة القضاء الإداري بعد أن كان الطعن في قرارات التضمين يكون أمام القضاء العادي (محكمة البداية) وفق قانون التضمين الملغى.

كما ان اهمية البحث سوف تظهر واضحة من خلال دراستنا لأسباب اختيار هذا الموضوع والاشكاليات التي يثيرها البحث في هذا الموضوع، والتي سنذكرها تباعا في ادناه.

ثانيا : أسباب اختيار الموضوع

1- كثرة الاشكاليات التي يثيرها البحث في موضوع (قرار التضمين ورقابة القضاء الاداري عليه).

2- عدم وجود دراسة سابقة توضح رقابة القضاء الاداري على قرار التضمين، لاسيما بعد سن قانون التضمين العراقي رقم (31) لسنة 2015، وما تضمنه من مستجدات، وما لدينا عليه من ملاحظات واقتراحات.

3- وجود العديد من التعديلات والمقترحات التي نرغب التوصية بها في نهاية دراستنا لمعالجة كل الاشكاليات التي تثار في هذا الجانب، ولجعل تنظيم موضوع قرار التضمين ورقابة القضاء الاداري عليه تتم بالشكل الصحيح ولتحقق الغاية المرجوة من اصدار القرار بالتضمين من جانب الادارة، تلك الغاية التي تتمثل بجبر الضرر وحماية المال العام والمصلحة العامة.

ثالثا : إشكاليات البحث

ان اهمية البحث تظهر لنا من التساؤلات الكثيرة التي تحتاج الى اجابة في ثنايا هذه الدراسة والتي توضح الاشكاليات العديدة التي يثيرها هذا الموضوع واهمها:

1- هل أن المشرع العراقي قد نظم تضمين الموظف والمكلف بخدمة عامة في القانون، بالصورة التي تضمن للدولة او للموظف والمكلف حقهم؟ وما هي الملاحظات التي يمكن ان تسجل على هذا القانون؟ وماهي التعديلات والاقتراحات التي سنسورها للمشرع في نهاية دراستنا؟

2- هل ان مفهوم قرار التضمين ومفهوم الاختصاص في قرار التضمين واضح في هذا الجانب؟ هل يمكن ان يكون هنالك خلط في مدلوله وبالتالي الاخفاق في اصداره بالشكل الصحيح من جانب الادارة او الجهات الادارية المختصة التي حولها القانون تضمين الموظف العام او المكلف بخدمة عامة؟

3- ما هي المتطلبات التي اوجب القانون تواجدها في قرار التضمين، بحيث رتب البطلان او الانعدام لقرار التضمين في حال تخلفها؟

4- من هي الجهة التي منحها القانون صلاحية اجراء التحقيق قبل اصدار قرار التضمين؟ وما هي الشروط التي يتطلبها القانون في هذه اللجنة؟ وما هي الشروط التي يتطلبها في الاجراءات المتخذة من جانبها؟ او الشروط التي يتطلبها القانون في القرار الذي يصدر عنها؟

5- كيف يتم تحديد مقدار مبلغ التضمين؟

6- هل يمنع انتهاء خدمة الموظف أو مهمة المكلف بخدمة عامة أو نقلهما لأي سبب كان من تضمينه وفق أحكام القانون؟

7- من هي المحكمة المختصة بالرقابة القضائية على قرارات التضمين؟ وهل كان المشرع العراقي موفقاً في تحديد الجهة المختصة بالنظر في الطعون المقدمة على قرارات التضمين؟

8- ما هي الأسباب التي تستوجب تضمين الموظف العام؟

9- ما هي شروط الطعن بإلغاء قرار التضمين؟ وهل يشترط تقديم تظلم من قرار التضمين من قبل المدعي (الموظف صاحب الشأن) أمام الجهة المختصة قبل الطعن بقرار التضمين امام القضاء؟

10- ما هي سلطة المحكمة في نظر الطعن بقرار التضمين؟

11- ماهي التطبيقات القضائية في هذا الجانب؟ وماهي المبادئ القانونية التي

ارساها القضاء الاداري فيما يتعلق بالطعون المقدمة اليه على قرارات التضمين؟

«سوف نسعى لدراسة هذه الاشكاليات والإجابة عن الاسئلة ووضع الحلول

والتوصيات اذ سنعمد الى تحديد التعديلات القانونية بالنص والمادة كي يسهل الرجوع

اليها وتلافيها، وترك دراسة منتجة في هذا الجانب ان شاء الله»

ثالثا : منهج البحث

أن طبيعة البحث تنسجم مع اختيار المنهج التعريفي الوصفي التحليلي، وذلك من

خلال التعريف بجميع المصطلحات والعبارات المتعلقة بالموضوع، وتحليل النصوص القانونية

حل البحث، وبيان مدى انسجامها مع منح الإدارة سلطة التضمين، كذلك سنعتمد على المنهج التطبيقي، وذلك من خلال التطرق إلى القرارات القضائية التي تتعلق بموضوع البحث كلما تطلب الأمر إلى ذلك .

رابعا : خطة البحث

من اجل الإحاطة في موضوع البحث، ارتأينا تقسيمه على مبحثين خصصنا المبحث الأول إلى التعريف بقرار التضمين، وذلك من خلال تقسيمه على مطلبين، سنبحث في المطلب الأول تعريف قرار التضمين، ونخصص المطلب الثاني لدراسة المتطلبات القانونية لقرار التضمين، أما في المبحث الثاني سندرس فيه رقابة القضاء الاداري على قرار التضمين، وذلك من خلال تقسيمه على مطلبين، سنبين في المطلب الأول الجهة المختصة بالرقابة، وسنوضح في المطلب الثاني التطبيقات القضائية في هذا المجال .

وسوف ننهي بحثنا بخاتمة تضع جملة من النتائج والتوصيات التي سنعمد على ان تكون محددة ودقيقة ... والله ولي التوفيق

المبحث الأول

التعريف بقرار التضمين

إن التضمين يشكل امتيازاً تملكه الإدارة في مواجهة الموظف العام من أجل حماية أموال الدولة ودوام سير المرافق العامة، وفي طبيعة الحال أن قرار التضمين لا يعدو إلا أن يكون قرار إدارياً، كونه يرتب أثراً قانونياً على المركز القانوني للموظف، وعليه فإنه من أجل الإحاطة بهذه السلطة، لا بد أن نبين المقصود بقرار التضمين، وتحديد أركان قرار التضمين، وهذا ما سنتطرق اليه في الفرعين الآتيين :

المطلب الأول

تعريف قرار التضمين

أن الأعمال التي تصدر عن الإدارة أما ان تكون أعمالاً قانونية (تتمثل بالقرارات او العقود الادارية)، تبغي الادارة من اتخاذها ترتيب اثر قانوني معين، أو قد تكون أعمالاً مادية لا تستهدف الادارة من اتخاذها ترتيب أي اثر قانوني، وبما أن قرار التضمين يمس المركز القانوني للموظف العام، أي انه يرتب اثر قانوني، فعليه يجب الإحاطة بمفهوم قرار التضمين، وتحديد الأساس الفلسفي والقانوني له، وهذا ما سنبيحه في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

تعريف اللغة والاصطلاح لقرار التضمين

أن الهدف الحقيقي من تشريع قانون التضمين هو لتأمين الحماية اللازمة للمال العام، لذلك سنبين تعريف قرار تضمين الموظف العام، فضلا عن تحديد محل التضمين، وكما يأتي:

أولاً: تعريف اللغة لقرار التضمين

يعرف التضمين لغةً، ويقال : ضمن الشيء (بالكسر) ضامناً كفل به فهو (ضامن) و (ضمين) وضممه الشيء (تضميناً فتضمنه) عنه مثل (غرمه)، وللضمان في اللغة معان عدة نقتصر على أقربها معنى لهذه الدراسة فالضمان يعني : الكفالة ، تقول : ضمن الشيء إذا كفله " ويأتي بمعنى الالتزام، تقول ضمنت المال ، أي : ألتزمته، ويتعدى بالتضمين، فتقول ضمنتها المال، بمعنى ألتزمته إياه التغميم، تقول : ضمنتها الشيء فتضمنه عني ، إذا غرمتها فالتزمه⁽¹⁾. وبذلك فإن المعنى الأخير هو الأقرب إلى معنى التضمين في اللغة والذي يدخل ضمن مفهوم التضمين من الناحية اللغوية، عليه ولكل ما تقدم يمكن القول وبكلمة موجزة بأن التضمين في اللغة هو نفس الفكرة المفهومة من المعنى بصورته العامة وإن اختلفت المعاني في المبني.

ثانياً: تعريف الاصطلاح لقرار التضمين

أما اصطلاحاً فإنه من خلال الاطلاع على قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015، فلم نجد تعريفاً محدداً للتضمين، وعليه فإنه عندما لا يصرح النص القانوني عن إيراد تعريفاً

(1) محمد بن ابي بكر الرازي: مختار الصحاح، دار الكتب العربي، بيروت، لبنان، 1981، ص384، وينظر: مجد الدين يعقوب الفيروز: القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987، ص1564.

لمصطلح ما فأن المعول عليه في ذلك هو كتابات الفقهاء وأحكام القضاء، فنجد إن الفقه القانوني في العراقي تعرض للتضمين من ناحية تعلقه بموضوعاته، فمنهم من تطرق إليه بوصفه الضمان المالي وبعبارته وسيلة لتعويض الضرر وهو يختلف بذلك عن العقوبة⁽¹⁾.

اذ يعرف قرار التضمين فقها بأنه : "القرار الصادر عن الوزير المختص - أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة- بالزام الموظف بإداء قيمة الضرر الذي تسبب به للخزينة العامة بإهماله ومخالفته للقوانين"، كذلك عرف بانه "نظام خاص غاية الشارع من خلال وضعه هي تحقيق هدفين : أولها : إزالة الضرر الذي أصاب المال العام من جراء فعل الموظف أو جبره عند تعذر الإزالة، وثانيها : حماية المال العام من الضرر بردع الموظف وغيره عن الإضرار به بأي وجه من وجوه الضرر"⁽²⁾، يتضح بان التضمين عبارة عن قرار يصدر عن الجهة المختصة يترتب عليه الزام الموظف بدفع قيمة الضرر الذي لحق الأموال العامة نتيجة الإهمال أو ارتكاب أي نشاط مخالف للقانون .

كما عرف التضمين على أنه "نظام قانوني، يتعلق بالنظام العام يقوم على فكرة قيام الإدارة بإلزام الموظف العام إداريا بتعويض الأضرار المباشرة وغير المباشرة التي يلحقها بالمال العام بسبب إهماله أو تقصيره أو مخالفته القوانين والأنظمة والتعليمات بعد إتباع الإجراءات

(1) د. حسن على الذنون: احكام الالتزام، مطبعة المعارف ، ص27.

(2) د. حنان محمد مطلق القيسي: النظام القانوني لتضمين الموظف العام في التشريع العراقي، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون، جامعة بغداد، 1996، ص55.

الإدارية والقضائية التي نص عليها القانون⁽¹⁾، أن هذا التعريف لا يختلف عن سابقه بان التضمنين ينصب على مخالفة الموظف للقواعد القانونية النافذة، والتي تحكم علاقته بالدولة . كذلك هناك من عرف التضمنين بأنه اصطلاح قانوني وضعه المشرع من اجل الدلالة على الزام الموظف أو المكلف بخدمة عامة بضمان الضرر الذي أصاب المال العام، ويتحقق بقرار يصدر من قبل الجهة المختصة، وينفذ جبراً من دون الالتجاء إلى القضاء، حماية للمال العام، وإصلاح الضرر الذي أصابه⁽²⁾، يتضح من التعريف السابق أن التضمنين عبارة عن مصطلح قانوني يدل على مسؤولية الشخص عن الضرر الذي لحق بالمال العام نتيجة سلوكه (سواء أكان عن طريق الخطأ أم العمد)، ويتحقق بقرار إداري يتم إصداره من الجهة التي حددها القانون، ويمكن للإدارة أن تنفذ هذا القرار بصورة جبرية، ومن دون الحاجة إلى إصدار حكم قضائي، وذلك من اجل توفير الحماية القانونية الكافية للمال العام .

كذلك عرف بأنه قرار إداري يتم إصداره عن الجهة الإدارية المختصة بحق الموظف الذي تسبب بخطئه أضراراً لحقت بأموال الدولة، ويترب عليه الزامه بدفع قيمة الضرر الذي أصاب أموال الدولة⁽³⁾، يتضح من التعريف السابق أن التضمنين يتم اتخاذه بقرار إداري بحق الموظف التابع للجهة الادارية المعنية، نتيجة الخطأ الذي صدر منه، ونرى بان الضرر الذ

(1) مهند فلاح حسن، تضمنين الموظف العام في القانون العراقي، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون- جامعة بابل، 2011، ص26 .

(2) د. وليد مرزة المخزومي، التضمنين في القانون العراقي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، مجلد 24، 2009، ص110 .

(3) رشا محمد جعفر الهاشمي، سلطة الادارة في تضمنين الموظف في القانون العراقي، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2014، ص10 .

يصيب الأموال العامة لا يتحقق عن طريق الخطأ فقط، إذ انه يمكن أن يتحقق الضرر بالأموال العامة بصورة عمدية وبصورة خاطئة على حد سواء .

ويمكننا أن نعرف التضمين بانه :

" قرار أداري يصدر عن السلطة المختصة تجاه الموظف أو المكلف بخدمة عامة التابع لها نتيجة سلوكه (الإيجابي أو السلبي) المرتكب بصورة عمدية أم بصورة خاطئة، والذي لحق ضرر بالأموال العامة، ويترتب عليه الزامه بدفع قيمة هذا الضرر الذي تسبب بحدوثه نتيجة مخالفة القواعد القانونية النافذة " .

الفرع الثاني

الأساس الفلسفي والقانوني لقرار التضمين

إن التضمين يعد احدى القرارات التي تصدر عن السلطة التي حددها القانون بحق الشخص الذي تسبب بسلوكه ضررا لحق الأموال العامة، وان الخوض في أساس هذا القرار يتطلب منا أن نبين أساسه الفلسفي، وذلك من خلال تحديد المصلحة المراد حمايتها، والتي تتمثل في الأموال العامة، فضلا عن ذلك يجب أن نحدد الأساس الفلسفي والقانوني لهذا القرار، وهذا ما سنوضحه في النقطتين الآتيتين :

أولا : الأساس الفلسفي لقرار التضمين (حماية المال العام)

إن البحث في الأساس الفلسفي يعد من الأمور الضرورية في الدراسات الإنسانية - منها الدراسات القانونية-؛ وذلك من اجل تحديد الغاية التي يطمح المشرع الوصول اليها، والتي تتحقق عن إضفاء الحماية القانونية على المصلحة المحمية قانونا، لذلك تعرف المصلحة بانها حالة الموافقة بين المنفعة وبين الهدف⁽¹⁾، أي انها تنصرف إلى الفائدة التي يكسبها الشخص، والغرض (الهدف المباشر، أما الغاية هي الهدف غير المباشر للسلوك) الذي يريد تحقيقه، فاذا كان هذا الغرض لا يخالف القواعد النافذة فانه يتسم بالمشروعية، والا فانه يكون معرضا للإلغاء، وقدر تعلق الأمر بموضوع البحث فان الأساس الفلسفي ينصرف إلى تفهم الأبعاد الحقيقية من التضمين، وعليه فان هدف المشرع من إصدار قانون التضمين ينصرف إلى حماية المال العام .

إن المال العام يعد احد أهم مفاصل القانون الإداري الذي تلزم التشريعات ذات الطابع الإداري بحمايته، والمال بصفة عامة هو كل حق ذو قيمة مالية، والحق مصلحة يحميها القانون وتنقسم الحقوق المالية إلى حقوق عينية وأخرى شخصية والحقوق الأدبية تعد من الحقوق العينية⁽²⁾، لذلك تعرف الأموال العامة بانها : المنقول أو العقار الذي تملكه الدولة أو الأشخاص الإدارية العامة ومخصصة للنفع العام، وتخضع لأحكام القانون العام واختصاص القضاء الإداري سواء أكان المال مخصصا للاستعمال العام المباشر أم مخصصا للمرفق العام

(1) مجيد حميد العنبي، اثر المصلحة في تشريع الأحكام في النظامين الاسلامي والانكليزي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة ميسان، 2019، ص 95 .

(2) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا: مبادئ وأحكام القانون الاداري، دار الجامعة، 1983 م ،ص 246.

(1)، يتضح أن مصطلح الأموال العامة يتمثل في مجموع الممتلكات المنقولة وغير المنقولة التي تملكها الدولة، وتخصصها للمنفعة العامة من قبل السكان، وتقسم الأموال من حيث الهدف الذي خصصت له أو من حيث ملكيتها إلى أموال عامة وأخرى خاصة، فالأموال العامة هي حقوق ترد على أشياء مملوكة للدولة أو احد الأشخاص المعنوية وتكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بموجب القانون⁽²⁾، لذا يخرج عن هذا المفهوم الأموال العائدة للأفراد وغيرهم من أشخاص القانون الخاص ولو كانت مخصصة للمنفعة العامة، وكذلك أموال الدولة الخاصة، الدومين الخاص، فهي وان كانت عائدة للدولة إلا أنها غير مخصصة للمنفعة العامة بصورة مباشرة⁽³⁾.

يمكن القول إن اغلب أموال الإدارة التي يتابعها الموظف هي أموال عامة، وهي ذاتها أموال الدولة فليس للإدارة شخصية مستقلة عن شخصية الدولة، لكنها تمثلها في ممارستها لاختصاصاتها بما فيها إدارة أموالها متى كانت هذه الأموال مخصصة للمنفعة العامة سواء باستعمال الجمهور لها مباشرة أو عبر تخصيصها للمرافق العامة⁽⁴⁾، واستنادا لما تقدم نعرف

(1) القاضي ياسر محمد سعيد قدو، الحماية الجنائية للمال العام – أسباب الفساد وسبل المكافحة والعلاج،-، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2018، ص20.

(2) د. ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1983، ص 172.

(3) د. خالد خليل الظاهر: طبيعة المال العام ووسائل حمايته (دراسة مقارنة) مجلة العلوم القانونية، العدد الثاني، 1994، ص 115.

(4) د. ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 147.

المال العام بأنه الأموال العقارية وغير العقارية والتي تملكها الدولة بشخصيتها المعنوية ملكية عامة.

من الجدير بالذكر أن المشرع نص في المادة (1) قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015 على (يضمن الموظف أو المكلف بخدمة عامة قيمة الأضرار التي تكبدتها الخزينة العامة بسبب إهماله...) يتضح من خلال الاطلاع على هذا النص أن النطاق الموضوعي للتضمين يتمثل في التضمين عن الأضرار التي تصيب الخزينة العامة، وهذا المصطلح (الخزينة العامة) ينصرف إلى النقود أي المبالغ النقدية الموجودة في خزانة الدولة، بمعنى انه يتحدد بالأموال المنقولة، وبالتالي فإنه لا ينصرف إلى الأموال غير المنقولة كالمباني والطرق والمساحات العامة

أما التشريعات فقد نظمت المال العام، إذ بين القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل "1- تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص المعنوية والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون. 2 - وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجر عليها أو تملكها بالتقادم"⁽¹⁾. ومن ذلك فأن الحماية المدنية للمال العام تتمثل : عدم جواز التصرف في الأموال العامة عدم جواز الحجر على الأموال العامة، عدم جواز تملك الأموال العامة بالتقادم، فضلاً عن ذلك هناك حماية دستورية للمال العام في المادة (27/ أولاً) إذ نصت (للأموال العامة حرمة وحمايتها واجب على كل مواطن)، بالإضافة إلى الحماية التي تفرضها الإدارة والتضمين احد صور تلك الحماية.

(1) نص المادة (71) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.

أما الحماية الجنائية فقد أوردها قانون العقوبات بموجب مواد متعددة منه، إذ نصت المادة (353) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل على " 1- يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو الحبس كل من احدث كسرا أو أتلافا أو نحو ذلك في الآلات أو الأنابيب أو الأجهزة الخاصة بمرفق المياه أو الكهرباء أو الغاز أو غيرها من المرافق العامة اذا كان من شان ذلك تعطيل المرفق وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنين أو الحبس اذا ترتب على ذلك تعطيل المرفق فعلا. 2- - ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو الحبس كل من هدم أو خرب أو اتلف أو اضر المنشآت الصحية الثابتة أو الوحدات الصحية المتنقلة أو المواد أو الأدوات الموجودة فيها أو عطل شيئا منها أو جعلها غير صالحة للاستعمال. 3- - يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تسبب بخطئه بأحداث جريمة من الجرائم المبينة في الفقرة 1".

من الجدير بالذكر في هذا المجال أن قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (120) لسنة 1994، أكد على عدم جواز اطلاق سراح المحكوم عليه نتيجة ارتكابه جريمة عمدية ضد أموال الدولة بعد قضاء مدة محكوميته ألا بعد سداد ما بذمته، ألا أن المحكمة الاتحادية العليا أصدرت قرارها المرقم (57) لسنة 2017، والذي بينت فيه عدم دستورية قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (120) لسنة 1994، وأكدت على أنه المركز القانوني للمحكوم عليه اصبح مدينا للجهة المتضررة بعد أن امضى مدة الحكم الجزائي، يجب على هذه الجهة أن تستحصل ديونها وفق الإجراءات المحددة في قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1985، ومن دون التنفيذ على بدن المدين إلى ما لا نهاية عندما يكون معسرا عن تسديد الدين، وحكم

المحكمة الاتحادية هذا جاء متفقاً مع احكام المادة (37) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 التي تنص صيانة حرية وكرامة الانسان، فقد انتظم نص المادة (37) على: (حرية الأنسان وكرامته مصونة) .

ثانياً الأساس القانوني لقرار التضمين :

سوف ندرس الأساس الدستوري أولاً، ثم ندرس الأساس التشريعي ثانياً، ثم ندرس اساس التضمين في التشريعات الفرعية ثالثاً.

1- الأساس الدستوري لقرار التضمين

يعد الدستور القانون الأسمى والأعلى في الدولة، فهو يفرض أن تكون التشريعات الصادرة متفقة وأحكامه ومنفذة لها أو على الأقل غير مخالفة له⁽¹⁾. ويُعد تغير النظام السياسي في العراق بعد عام 2003 جاء قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الصادر عام 2004 فنص على إن للأموال العامة حرمة، وعاد وألقى واجب الحماية على المواطن دون الدولة، وحين صدر دستور جمهورية العراق لعام 2005 النافذ ردد ما سبق وان نص عليه سلفه قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية فيما يتعلق بالحرمة وواجب الحماية فضلاً عن تبنيه التفرقة التقليدية بين أموال الدولة إلى عامة وخاصة.

(1) د. حميد حنون خالد: مبادئ القانون الدستوري ونظور النظام السياسي في العراق، دار السنهوري: بيروت، 2015، ص119.

ويمكن القول بأن أن نص البند (أولاً) من المادة (27) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 قد شكّل سنداً دستورياً لكل تشريع عادي يصدر مبتغياً حماية الأموال العامة ومنها قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015 الذي شرع لحماية المال العام بموجب هذا القانون.

2- الاساس التشريعي لقرار التضمين

أن التشريع العادي احتوى نصوصاً تتعلق بموضوع التضمين والتي تتمثل :

أ- القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 المعدل : في هذا المجال يمكن القول أن القانون المدني يحتل الصدارة من بين التشريعات العادية التي تعد سنداً قانونياً للتضمين، لأنه يمثل القواعد العامة والأصول الثابتة في المسؤولية المدنية وتعويض الضرر، إذ أورد هذا القانون مبدأ عاماً يتجسد بإلزام كل شخص يتلف مال غيره بالضمان إذا كان في إحداثه الضرر قد جاء تعمداً أو تعدي⁽¹⁾، ثم جاء فأسس لحق الرجوع حينما أتاح للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه⁽²⁾، وما قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015 سوى صوره من صور الرجوع - المدني - فهذا الرجوع هو من حيث التأسيس والتأصيل القانوني للتضمين .

ب- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة 1991 المعدل : تضمن هذا القانون مجموعة من الواجبات يتعين على الموظف مراعاتها عند أداء مهامه الوظيفية ومن بين هذه الواجبات ما يتعلق بأموال الدولة أو الدائرة التي يعمل فيها، حيث ألزم هذا القانون الموظف بالمحافظة على أموال الدولة الموضوعة في حيازته أو تحت تصرفه وعليه أن يستخدمها بصورة رشيدة، كما منع هذا القانون الموظف من عدم الاستغلال

⁽¹⁾ الفقرة (أ) من المادة (186) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .

⁽²⁾ المادة (220) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.

الصحيح لساعات العمل ووسائل الإنتاج أو الإهمال والتهاون في العمل مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالإنتاج أو الخدمات أو الممتلكات⁽¹⁾.

كما انه منع الموظف من العبث بالمشروع أو إتلاف آلاته أو المواد الأولية أو الأدوات واللوازم، ومنعه من التعمد في إنقاص الإنتاج أو الإضرار به، كل هذه الواجبات يترتب عليها مسؤولية الموظف الانضباطية⁽²⁾، وبلا شك مسؤوليته المدنية، إذ أن إخلال الموظف بهذه الواجبات إخلالاً يلحق الضرر بالمال العام يعطي للإدارة الحق في تضمينه قيمة الأموال المتضررة.

ج- قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015 : يعد قانون التضمين السند القانوني المباشر لتضمين الموظفين قيمة الأضرار التي يلحقونها بالمال العام بأخطائهم الموصوفة بالإهمال أو التقصير أو مخالفات القوانين والأنظمة والتعليمات⁽³⁾، وابتغى المشرع من إصدار هذا القانون حماية الأموال العامة. وجاء في وقت شهد صنوفاً من الاعتداء والتجاوز عليها، وأسند هذا القانون للوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة صلاحية إصدار قرارات وأوامر

⁽¹⁾ البند (سابعاً) من المادة (5) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة 1991 المعدل.

⁽²⁾ المسؤولية الانضباطية: وهي المسؤولية التي يترتب عليها فرض احدى العقوبات المنصوص عليها في قانون الانضباط الذي يخضع له الموظف، وفي حالة الموظف العام فهو يخضع لقانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة 1991 المعدل. ينظر: القاضي رحيم حسن العكيلي / صلاحيات المفتش العام الانضباطية / منشور على الموقع الالكتروني (تاريخ الزيارة: 2022/6/29).

⁽³⁾ المادة (1) من قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015 النافذ.

إدارية تضمينية، لكن صياغة هذا القانون جعلت منه مقيد بقيدتين قللت من فاعليته في حماية الأموال العامة وهذين القيدتين⁽¹⁾ احدهما شخصي والآخر موضوعي :

- القيد الشخصي :- ويتمثل هذا القيد بمحدودية الأشخاص الخاضعين لنطاقه وهم كل من الموظف والمكلف بخدمة عامة، فنطاق الحماية وفق هذا القانون مقرر فقط ضد هؤلاء الأشخاص، فهي حماية نسبية في وقت والمال العام أحوج ما يكون إلى مد نطاق الحماية وتعزيز سبل الوقاية، وبذلك فأن عدا هذه الفئات لا يخضع لحكم قانون التضمين، فإذا ألحق شخص من غيرهم ضرراً بالمال العام فلا يجوز تضمينه وفق هذا القانون بل يتعين الرجوع إلى الأصل العام واستحصال حكم قضائي يلزمه بالتعويض. وعليه نقترح على المشرع العراقي تعديل قانون التضمين بالشكل الذي يشمل مد نطاق هذه الحماية ليشمل كل شخص الحق ضرراً بأموال الدولة أياً كانت صفته، مع ضرورة اعتماد نظرية الأخطاء الشخصية والمرفقية فيما يتعلق بالموظف أو المكلف بخدمة عامة⁽²⁾.

- القيد الموضوعي: يتعلق هذا القيد بمحل منظومة الحماية أو موضوعها وغايتها فالقانون جاء وقصر الحماية على الأموال العامة دون الأموال الخاصة (الدومين الخاص)⁽³⁾

(1) زينب عباس محسن، التضمين حماية لأموال الدولة رؤية قانونية في أحكام قانونية في أحكام قانون التضمين الجديد رقم (31) لسنة 2015، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد(1)، المجلد(9)، حزيران 2018، ص324.

(2) د. سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري ورقابة أعمال الإدارة ، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1961، ص223.

(3) الدومين الخاص: هي الاموال التي تملكها الدولة او الهيئات العامة الاخرى ملكية خاصة وتخضع لأحكام القانون الخاص ويجوز ان تجري عليها التصرفات الناقلة للملكية مالم يوجد نص صريح يمنع ذلك حفاظا على هذا المال ويدر هذا الدومين ايرادا للدولة.

وهذا اتجاه لا نتفق معه إذ أن الأخيرة هي أيضا أموال تابعة للدولة وتحقق النفع العام بصورة غير مباشرة، إضافة للأرباح التي تدرها للدولة والتي من المفترض ان تخصص للمنفعة العامة ايضا .

3- اساس التشريع الفرعي لقرار التضمين: ان القرارات التنظيمية او الانظمة والتعليمات هي قرارات إدارية تصدرها السلطة التنفيذية وهي واجبة الاحترام من حيث كونها قواعد قانونية عامة مجردة، ولا يقتصر الأساس القانوني للتضمين على النصوص الدستورية والتشريعات العادية بل من الممكن أن يكون التشريع الفرعي (أنظمة وتعليمات) سنداً لتضمين الموظف العام عن الأضرار التي يلحقها بالمال العام، فكل نص يرد في القرارات التنظيمية ويستوجب تضمين الموظف يُعد سنداً قانونياً لعملية التضمين⁽¹⁾.

هناك العديد من الأنظمة والتعليمات التي تضمنت نصوصاً في هذا الجانب منها ما ذهب إلى تحميل الموظف المسؤول عن حيازة الكتب والمطبوعات والمواد المكتبية الأخرى الموجودة في المكتبات العامة قيمة ما يُفقد منها ويكون التضمين على سبيل التضامن في حال تعدد الموظفين المسؤولين عن الضرر، وهناك بعض القرارات التنظيمية التي يقتصر دورها على تنظيم عملية تسليم وتسلم موجودات دوائر الدولة بين الموظفين، فإذا وجد نقص في

اما الدومين العام: هي الاموال التي تملكها الدولة او الهيئات العامة الاخرى والتي تخضع لأحكام القانون العام، ويترك للأفراد حق الانتفاع المباشر بها دون مقابل او مقابل رسوم، ولا يجوز ان تجري عليها التصرفات الناقلة للملكية.

د. طاهر الجنابي، علم المالية العامة والتشريع المالي، ط4، العاتك، القاهرة، 2011، ص57.

(¹) د. إبراهيم طه الفياض: القانون الإداري، مكتبة الفياض، الكويت، 1988، ص451.

هذه الموجودات عما هو ثابت في السجلات الرسمية ضمن المسؤول قيمة هذا النقص إذا كان ناشئاً عن إهماله وتقصيره وثبت ذلك بقرار اللجنة التحقيقية .

ويجب اتخاذ التدابير لتضمينه قيمة النقص، وهناك من الأنظمة ما أوجبت على رئيس الدائرة المحافظة على موجودات دائرته ومنحته في سبيل ذلك جملة من السلطات من بينها إجراء تحقيق في حالة ظهور فروقات نتيجة لعمليات الجرد وتحديد المسؤولين عن هذه الفروقات واتخاذ الإجراءات اللازمة لمحاسبة المقصرين وتضمينهم الأضرار التي تكبتها الدائرة وفق القوانين والقرارات النافذة وهناك تعليمات تأتي لتسهيل تنفيذ قانون ما تصلح أن تكون أساساً للتضمين منها تعليمات تسهيل تنفيذ قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015، والتي نصت على سريانها على عين الأشخاص الطبيعية والمعنوية التي نص عليها قانون التضمين ومن بينهم الموظف في حالة تسبب أي منهم في إحداث الضرر بالمال العام⁽²⁾.

المطلب الثاني

المتطلبات القانونية لقرار التضمين

كي يصدر قرار التضمين سليماً وصحيحاً من الجهة المختصة بإصداره، كان لا بد من استيفائه لعدد من المتطلبات التي أوجب القانون تواجدها في قرار التضمين، أولى هذه المتطلبات تتعلق بالتحقيق الإداري الذي يسبق إصدار القرار بالتضمين، أما المتطلبات

(2) المادة (1) من تعليمات رقم (2) لسنة 2017 - تعليمات تسهيل تنفيذ قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015 .

الآخري فهي تتعلق بكون ان قرار التضمين هو قرار اداري يشترط فيه ما يشترط في القرار الاداري من اركان لا يمكن تصور وجود القرار بدونها، إذ عند تخلف احد هذه الأركان يصبح القرار الاداري موصوم بعيب عدم المشروعية، الأمر الذي يجعل منه قرار باطل أو معدوم، فللقرار الإداري خمسة أركان ، بعضها شكلية، كالاختصاص والشكل، والبعض الآخر موضوعية كالسبب والمحل والغاية.

بناء على ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، نبحت في الفرع الأول التحقيق الاداري، ونخصص الفرع الثاني لدراسة اركان قرار التضمين، وعلى النحو الآتي :

الفرع الأول

التحقيق الإداري السابق لصدور قرار التضمين

إن التحقيق في مفهومه العام يعني التحري والبحث عن شيء ما للتأكد من وجوده، أما التحقيق الإداري فانه يعد إجراء شكلي يتخذ بعد وقوع المخالفة القصد منه كشف الفاعل، والتثبت من التهمة المسندة اليهم، إذ يهدف إلى كشف العلاقة التي تربط بين الموظف العام المتهم وبين المخالفة المنسوب اليهم ارتكابها⁽¹⁾، لذلك فان التحقيق الإداري هو الوسيلة لإظهار الحقيقة، إذ يتمثل في الإجراءات التي تضطلع بها الجهة المختصة وفق الشكل الذي حدده القانون من اجل معرفة الفاعل الحقيقي للمخالفة .

(1) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص571

أن التحقيق الإداري يمثل وسيلة وليس غاية تترجى الإدارة من خلالها استجلاء الحقيقة لكشف مواضع الخلل في المرافق العامة من خلال السلطة التي تتمتع بها، واستنادا لمبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد من اجل تحقيق المصلحة العامة كونها تعد الغاية التي ترمي الإدارة الوصول اليها⁽¹⁾.

أن السلطة المختصة في التحقيق الإداري تتمثل في الجهة التي يحق لها فرض العقوبة التأديبية على الموظف نتيجة مخالفته أحكام القانون⁽²⁾، يتضح بانها تتمثل في السلطة التي تملك الحق في محاسبة الموظف عند مخالفته لأحكام الوظيفة العامة، لذلك فان هذه السلطة يجب أن تكون محددة من قبل المشرع، ولا يمكن لها أن تفوض اختصاصها إلى أي سلطة أخرى إلا في الحالات التي يحددها القانون، وعليه يمكن القول بانها تتسم بمبدأ الشرعية⁽³⁾. من اجل إضفاء صفة المشروعية على قرار التضمين فانه يتطلب الخوض بجملة من الإجراءات، إذ أن تخلف أحداها يعرض القرار للطعن، ويكون جديرا بالإلغاء لذلك نجد أن المادة (2) قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015، أكدت على ضرورة إجراء تحقيق مع

⁽¹⁾ د. مغاوري محمد شاهين، المسألة التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام، دار الهنا للطباعة، القاهرة، 1974، ص 257.

⁽²⁾ د. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، ط 1، الاسكندرية، 2012، ص 409.

⁽³⁾ د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري - قضاء التاديب، الكتاب الثالث، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971، ص 451.

الموظف أو المكلف بخدمة عامة⁽¹⁾، من اجل تضمينهم، إذ نصت على: (أولا : يشكل الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظ أو من يخوله أي منهم لجنة تحقيقية من رئيس و عضوين من ذوي الخبرة و الاختصاص على أن يكون احدهم حاصلًا على شهادة جامعية أولية في الأقل في القانون رابعا : يعد رئيس مجلس الوزراء الوزير المختص فيما يخص الوزراء ورؤساء الجهات غير المرتبطة بوزارة) بعد إن بينا فيما سبق النطاق الشخصي لقانون التضمين والذي يتمثل في الموظف والمكلف بخدمة عامة لذلك فان إجراء التحقيق استنادا للنص السابق يتطلب تحديد ثلاثة مسائل، والتي تتمثل في الاختصاص بتشكيل اللجنة التحقيقية، وعدد أعضائها، فضلا عن تحديد الجانب الفني للجنة التحقيقية وهذا ما سنبينه في النقاط الآتية :

أولا : الاختصاص بتشكيل اللجنة التحقيقية

⁽¹⁾ الموظف العام: هو كل شخص عهدت اليه وظيفة داخلية في ملاك الوزارة او الجهة غير المرتبطة بوزارة" المادة (1 / ثالثا) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة 1991 المعدل.

"المكلف بخدمة عامة: هو كل موظف او مستخدم او عامل انيطت به مهمة عامة في خدمة الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية والمصالح التابعة لها او الموضوعة تحت رقابتها ويشمل ذلك رئيس الوزراء واعضاء المجالس النيابية والادارية والبلدية كما يشمل المحكمين والخبراء ووكلاء الدائنين (السنديكيين) والمصفيين والحراس الفضائيين واعضاء مجالس ادارة ومديري ومستخدمي المؤسسات والشركات والجمعيات والمنظمات والمنشآت التي تساهم الحكومة او احدى دوائرها الرسمية او شبه الرسمية في مالها بنصيب ما بأية صفة كانت، وعلى العموم كل من يقوم بخدمة عامة باجر او بغير اجر" المادة (19/ ثانيا) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل.

ينصرف الاختصاص إلى القدرة على مباشره عمل قانوني من عدمه، لذلك فان الجهة التي تتمتع بصلاحيه إجراء التحقيق تتمثل في الوزير المختص، ورئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة، والمحافظ كذلك يعد رئيس مجلس الوزراء بمثابة الوزير المختص في ما يتعلق بالوزراء، ورؤساء الجهات غير المرتبطة بوزارة .

مما تجدر الإشارة اليه أن المشرع أورد مصطلح (أو من يخوله أي منهم) يتضح انه يمكن للفئات المذكورة أعلاه أن تعتمد إلى تفويض اختصاصها بأجراء التحقيق إلى من ترى انه أهلا لذلك، ويشترط لا تقل درجة المخول اليهم عن مدير عام⁽¹⁾، كذلك نجد أن تعليمات تسهيل تنفيذ قانون التضمين رقم (2) لسنة 2017 نصت في المادة (1) على (أولا : يشكل الوزير أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظ أو من يخوله أي منهم على أن لا تقل درجة المخول عن مدير عام لجنة تحقيقية في مركز الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظة...)⁽²⁾، يتضح أن المشرع أكد على أن اللجنة التحقيقية يتم تشكيلها في الجهة

(1) تعليمات تسهيل تنفيذ قانون التضمين رقم (2) لسنة 2017

(2) تعليمات تسهيل تنفيذ قانون التضمين رقم (2) لسنة 2017، إذ نصت المادة (1) على (أولا : يشكل الوزير او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة او المحافظ او من يخوله اي منهم على ان لا تقل درجة المخول عن مدير عام لجنة تحقيقية في مركز الوزارة او الجهة غير المرتبطة بوزارة او المحافظة تت الف من رئيس و عضوين من ذوي الخبرة و الاختصاص على ان يكون احدهم حاصلًا على شهادة جامعية اوليه في الاقل في القانون .

ثانيا : يجوز تشكيل اكثر من لجنة في مركز الوزارة او الجهة غير المرتبطة بوزارة او المحافظة للنظر بقضايا التضمين اذا اقتضت الضرورة ذلك .

ثالثا : للجنة التحقيقية الاستعانة بذوي الخبرة و الاختصاص للاستئناس بر ايهم و لا يكون لهم حق التصويت) .

المركزية للدائرة التي يتبعها الموظف، ويرجع ذلك إلى رغبة المشرع في إضفاء الصفة المركزية على اجراء التحقيق في هذا المجال، وعليه لا نرى ضرورة لذلك لأنه قد يساهم في تأخير اجراء التحقيق لذلك فان تشكيل لجنة التحقيقية من اجل التضمن لا تختلف في جوهرها عن اللجان التحقيقية في المسائل الأخرى التي تتعلق بالوظيفة العامة ألا في طبيعة الشيء محل الاعتداء، والذي يتمثل بالأموال العامة، لذلك فمن الأولى أن يتم تشكيل اللجنة التحقيقية في الجهة التي ينتمي اليها الموظف والمكلف بخدمة عامة .

إن السؤال الذي يثار هنا من هي الجهة المختصة بأجراء التحقيق مع المكلف بخدمه عامة (أعضاء مجلس النواب)؟ للإجابة نوضح: صحيح أن المشرع حدد الاختصاص إلى الوزير ورئيس الجهة غير المرتبط بوزارة والمحافظ ورئيس مجلس الوزراء، ونرى بان هذه الفئات تختص في ما يتعلق بأجراء التحقيق مع الموظفين التابعين لهم، وبالتالي لا يمكن لأي وزير أن يأمر بتشكيل اللجنة التحقيقية بحق احد أعضاء مجلس النواب؛ لعدم الاختصاص، وعليه ينبغي الرجوع إلى المادة (83) النظام الداخلي لمجلس النواب لعام 2007، والتي تقضي بانه يتم تشكيل لجان التحقيق بموافقة اغلبية عدد الأعضاء الحاضرين لمجلس النواب بناء على اقتراح هيئة الرئاسة أو خمسين عضوا من أعضاء مجلس النواب⁽¹⁾، ونرى بان هذه الإجراءات لا يوجد مبررا لها، إذ لا يمكن الاستناد إلى الحصانة النيابية على حساب الأموال العامة،

(¹) المادة (83) النظام الداخلي لمجلس النواب ذي العدد (4032) لعام 200، والتي تنص على (يتم تشكيل اللجان المؤقتة ولجان التحقيق بموافقة اغلبية عدد الحاضرين في المجلس بناء على اقتراح من هيئة الرئاسة او من خمسين عضوا من الاعضاء) .

لذلك يكفي أن يعقد الاختصاص بتشكيل اللجنة التحقيقية إلى رئيس مجلس النواب فيما يتعلق بتضمين أعضاء المجلس .

ثانيا : عدد أعضاء اللجنة التحقيقية

إن اللجنة التحقيقية تتكون من ثلاثة أشخاص، وتمثل في الرئيس وعضوين أي انها تتكون من عدد فردي، وذلك من اجل منع تعادل الأصوات عند التوصية بتضمين الموظف أو المكلف بخدمة عامة من عدمه .

ثالثا : الجانب الفني للجنة التحقيقية

إن المشرع اشترط أن يتم تشكيل اللجنة التحقيقية من ذوي الخبرة والاختصاص، وتمتع الإدارة بسلطة تقديري في هذا الشأن، اذا يمكنها أن تختار من ترى انه جديرا بأجراء التحقيق، كذلك تطلب المشرع أن يكون احد أعضاء اللجنة التحقيقية حائزا على شهادة جامعية أولية في القانون .

من المسلم به أن إجراء التحقيق فيما يتعلق بالتضمين فانه ينصب بشكل أساس على الجوانب المالية لذلك نرى ضرورة أن يكون احد أعضاء اللجنة التحقيقية عضوا ماليا كونه يتمتع بخبرة أكثر من غيره في المسائل ذات الجنبه المالية .

أما واجبات اللجنة التحقيقية فأنها تتمثل في المهام التي تسند اليها عند إجراء التحقيق، والتي حددتها المادة (2/ ثانيا) قانون التضمين، وتمثل هذه المهام في التحقيق مع

الموظف، والمكلف بخدمة عامة بصورة تحريرية وتحديد المسؤول عن أحداث الضرر فضلا عن تحديد جسامة الفعل المرتكب ومبلغ التضمين⁽¹⁾.

إن أولى هذه المهام تتمثل في تحديد المسؤول عن الضرر، والذي ينصرف إلى الموظف أو المكلف بخدمة عامة الذي تسبب بسلوكه (الإيجابي أو السلبي) في أحداث الضرر، والذي يمكن أن نعرفه بأنه الأثر المترتب على مخالفة القانون أي التغيير الذي حصل في الأموال العامة كآثر لهذا السلوك .

بعد أن يتم تحديد المسؤول عن المخالفة تتولى اللجنة إجراء التحقيق معه بصورة مكتوبة، أي تدون كافة الإجراءات التي تقوم بها؛ لسهولة أثباتها، وإمكانية الرجوع إليها كلما تطلب الأمر، فضلا عن ذلك يمكن للجنة التحقيق أن تستعين بالشهود من اجل أثبات صحة الواقعة من عدمها كما تتمتع بسلطة الاطلاع على ما تراه ضروريا من اجل الوصول إلى الحقيقة ثم تصدر توصية مسببة بتضمين المسؤول من عدمه⁽²⁾، كذلك يمكن للجنة التحقيق أن تستعين بذوي الخبرة والاختصاص للاستئناس برأيهم، ومن دون أن يكون لهم حق التصويت على تضمين المسؤول عن الضرر من عدمه⁽³⁾ .

مما تجدر الإشارة اليهم أن المشرع لم يعتد بالقصد عند حصول الضرر بالأموال العامة، إذ انه ساوى بين العمد وبين الخطأ من حيث المسؤولية، وهذا ما لا يمكن الأخذ به؛ كونه يجافي قواعد العدالة، لذلك يفترض من المشرع أن ينص على الزام المتعمد بأعادة ضعف مبلغ

(1) المادة (2/ثانيا) قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015

(2) المادة (2/ثانيا/أ) قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015 .

(3) المادة (1/ ثالثا) تعليمات تسهيل تنفيذ قانون التضمين رقم (2) لسنة 2017 .

التضمين إلى السلطة التي حصل الأضرار بأموالها؛ كون وجوده في الوظيفة العامة أو التكاليف بخدمة عامة يشكل خطرا على المصلحة العامة، على عكس الموظف أو المكلف بخدمة عامة الذي يسبب الضرر بالأموال العامة عن طريق الخطأ .

من الجدير بالذكر أن المادة (3) قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015 نصت على (يحدد مبلغ التضمين على وفق الأسعار السائدة بتاريخ مصادقة الوزير ... على أن تستكمل إجراءات التحقيق والمصادقة خلال مدة لا تزيد على 90 يوما من تاريخ حصول الضرر) يتضح من النص السابق أن مقدار مبلغ التضمين يتم تحديدها استنادا إلى الأسعار السائدة بتاريخ موافقة الرئيس الإداري للمضمن على توصية اللجنة التحقيقية بتضمين الموظف أو المكلف بخدمة عامة، كذلك نجد أن المشرع اشترط أن يتم الانتهاء من إجراءات التحقيق والموافقة على التوصية التي تصدرها اللجنة التحقيقية خلال مدة اقل من (90) يوم من تاريخ حصول الضرر، وهذا ما لا يمكن التسليم به، إذ انه ليس من السهل اكتشاف الضرر الذي يصيب الأموال العامة، فقد تمضي مدة تزيد على (90) يوم على حصول هذا الضرر، وفي الوقت ذاته نجد أن المادة (8) من القانون أعلاه نصت على (لا يمنع انتهاء خدمة الموظف أو مهمة المكلف بخدمة عامة أو نقلهما لأي سبب كان من تضمينه وفق أحكام هذا القانون) هذا النص، أن دل على شيء، فانه ينصرف إلى رغبة المشرع في إضفاء الحماية القانونية الكافية على الأموال العامة حتى بعد انتهاء خدمة الموظف أو مهمة المكلف بخدمة عامة، وهذا يتعارض مع المادة (3) سالفة الذكر، وبالتالي فانه يعد قصورا في التشريع ينبغي تداركه، من خلال النص على أن يتم استكمال إجراءات التحقيق والمصادقة عليها بعد (90) يوما من تاريخ اكتشاف الضرر .

الفرع الثاني

أركان قرار التضمين

أولاً : الأركان الشكلية لقرار التضمين

منح المشرع العراقي السلطة التنفيذية صلاحية بتضمين الموظف أو المكلف بخدمة عامة، ما لحق بالمال العام من ضرر خلافا للأصل في أن ذلك من صلاحية القضاء، وذلك لغرض توفير حماية إدارية للمال العام والحفاظ عليه دون الحاجة إلى إقامة دعوى تعويض أمام

المحاكم المدنية، إذ يجب مراعاة عدة إجراءات شكلية من اجل إصدار هذا القرار، وتمثل هذه الإجراءات بما يأتي :

1 - ركن الاختصاص : فالاختصاص كركن في القرارات الإدارية يعني ولاية إصدار القرار الإداري من الجهة التي حددها القانون، ويعرف بانه " الصلاحية القانونية لموظف معين أو جهة إدارية محددة في اتخاذ القرار الإداري تعبيراً عن إرادة الإرادة "(1).

استناداً على ذلك يمكن أن نعرف الاختصاص في قرار التضمين بانه "السلطة الممنوحة لأحدى الجهات التي حولها القانون تضمين الموظف العام التابع لها ويتمثل بالمبلغ المالي الذي يضمن مقابل الأضرار التي الحقت بالمال العام".

هناك عدة قواعد تتعلق بركن الاختصاص، والتي ينبغي على الجهة الإدارية مراعاتها، وتمثل :

أ - الاختصاص الشخصي : أن يصدر القرار الإداري من العضو الإداري أو الجهة الإدارية التي حددها القانون⁽²⁾، وهذا يعني بدوره وجوب صدور القرار من عضو أداري وان تكون له سلطة التعبير عن إرادة الدولة أو أي شخص أداري آخر⁽¹⁾.

(1) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الادارية (في الفقه وقضاء مجلس الدولة)، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2007، ص 49.

(2) " Le principe est que la compétence est personnelle. Cela veut dire que l'agent chargé de prendre une décision doit agir lui-même, personnellement. Il ne peut pas renoncer à exercer sa compétence en donnant, par exemple, à un autre agent le mandat d'agir à sa place. Telle est la règle générale" .

يشترط لصحة القرار الإداري أن يصدر من شخص أو الهيئة المنوط بها إصداره، فلا يملك هذا الشخص أو تلك الجهة نقل اختصاصها للغير إلا في الأحوال التي يجيزها القانون بناء على التفويض أو الحلول القانوني الصحيح، والا كان القرار الصادر مشوباً بعيب عدم الاختصاص⁽²⁾. فقانون التضمين قد حدد الجهات المختصة بإصدار قرار بتضمين الموظف المخالف، (كل من رئيس مجلس الوزراء ، والوزير ، ورئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة، والمحافظ) فأن الخروج عن هذه القاعدة من شأنه أن يؤثر سلباً على القرار الإداري، ويجعل القرار مخالف لقواعد الاختصاص معرض للطعن والإلغاء.

إذ أكد الرأي الصادر من مجلس الدولة رقم (15 / 2014) بتاريخ 27 / 2 / 2014 ، إذ جاء به "1. أن قرار التضمين أو عدم التضمين الصادر من غير الوزير قراراً معدوماً . 2. على الإدارة أن تسحب القرار المعدوم وتصدر قرار بتوقيع الوزير في موضوع التضمين"⁽³⁾.

ب - الاختصاص الزمني: يعني أن يتمتع خلالها صاحب الشأن بالسلطة أو الصلاحية القانونية لإصدار القرار⁽⁴⁾، وعليه اشترط القانون حتى يعد القرار الإداري صحيحاً أن يصدر

- Ahmed MAHIOU , Cours D' institutions Administratives , 3ème Edition , Office Des Publications Universitaires , Alger , 1981 , p.205.

(1) د. علي محمد بدير، د. مهدي ياسين السلامي، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مبادئ واحكام القانون الاداري، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة نشر، ص 421.

(2) د. مازن ليلو راضي ، القانون الاداري، مصدر سابق، ص، 222.

(3) رأي مجلس الدولة رقم (15 / 2014) الصادر بتاريخ 27 / 2 / 2014 . لفته هامل العجيلي ، قرارات مجلس الدولة (للسنوات 2010 / الى 2015)، مكتبة السنهوري ، بغداد، ص205.

(4) د. ماجد راغب الحلو ، القرارات الادارية، منشأة المعارف ، الاسكندرية، 2007. ص 120.

من الموظف المختص أو الجهة الإدارية المختصة في الفترة زمنية التي يشغل فيها الموظف المختص هذه الوظيفة، والاختصاص الزمني في قرار التضمين يتمثل في "صدوره من الجهة التي حددها قانون التضمين وان تكون تلك الجهة متمتعة بالصفة التي نص عليها القانون ، بمعنى أن يصدر القرار من رئيس مجلس الوزراء وهو لازال في سدة الحكم وكذلك الأمر بالنسبة لوزير أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظ"⁽¹⁾.

ج - الاختصاص الموضوعي : لا يكفي لصحة التصرف القانوني أن يصدر عن شخص الذي حدده المشرع لإصداره ، بل يتعين أن يكون هذا التصرف يدخل ضمن الاختصاصات

ينظر كذلك:

La compétence ratione temporis: n'appartient qu'à l'autorité investie de décision au moment ou celle-ci est prise. Un acte ne peut être pris que par une autorité régulièrement investie, ce qui entraîne l'illégalité des actes pris par une autorité qui n'a pas encore été effectivement investie de ses fonctions, ou qui en a été déchargée. Afin de maintenir la continuité de l'action administrative, une autorité à laquelle l'investiture a été retirée (telle par exemple qu'un gouvernement à l'endroit duquel une motion de censure a été adoptée) peut cependant adopter des actes ne visant précisément qu'à garantir cette continuité, c'est-à-dire à expédier les affaires courantes
- Martine LOMBARD, droit administratif, 6ème édition, Dalloz, paris, 2005, P.208.

(1) المادة (2/ ف/ ثالثا، رابعا) من قانون التضمين رقم 31 لسنة 2015.

التي أوكل المشرع له ممارستها⁽¹⁾، وإلا عد القرار الصادر في هذا الشأن باطل⁽²⁾. وهذا يعني إن لكل موظف أو هيئة عليها أن تمارس عملها في حدود الموضوعات التي حددها لها المشرع، لاتخاذ القرارات الإدارية، فإذا قامت إحدى هذه الجهات بممارسة اختصاصها فان ذلك يمنع الجهة الأخرى من إصدار قرار يتعارض مع القرار الأول، لكون الاختصاص يعد من النظام العام، فأن إصدار قرار التضمين من جهة ليس لها الحق بإصداره يكون القرار معيب ومعرض للطعون والإلغاء بدافع عدم مشروعية قرار التضمين لكونه أصدر من جهة غير مختصة .

La compétence ratione materiae: La règle de compétence détermine ⁽¹⁾ d'abord les matières rentrant dans la sphère propre de chaque autorité, L'attribution d'une compétence à telle catégorie d'autorités est généralement précisée par la désignation dans la hiérarchie du titulaire de la compétence (ministre, directeur d'un service central, directeur d'un service extérieur, etc)

- André DE LAUBADERE, Traité de droit administratif, tome 1, 16ème édition, L.G.D.J, Paris, 2001, p.604.

⁽²⁾ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الادارية، مصدر سابق، ص 70. ينظر الى قرار الانضباط العام رقم 89 / انضباط / 2007 في 22 / 4 / 2007 " لا تستطيع السلطة المركزية في محافظة العمارة ان تجعل نفسها محل السلطة المركزية فيما جعله القانون.. فأن فعلت فقرارها باطل ومعيب بعيب عدم الاختصاص الموضوعي وهو اصدار جهة ادارية او مجلس قراره في موضوع لا يملك قانونا اصدار القرار بشأنه لانه يندرج من اختصاص جهة ادارية اخرى". ينظر الى د. غازي فيصل، د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الاداري، الكعبة الثالثة، دار السلام، النجف الاشرف، 2017، ص 190.

د - الاختصاص المكاني : يعني أن يصدر القرار من الشخص المسموح له بموجب القانون إصداره وضمن النطاق الجغرافي المحددة ⁽¹⁾: لأن القانون وعلى أساس التقسيمات الإدارية لإقليم الدولة يحدد بالنسبة لبعض الجهات أو الأعضاء الإداريين نطاقاً إقليمياً لا يجوز لهم أن يتجاوزوه في ممارسة الاختصاص المخولين بممارسته ومن ثم فقد تقع قراراتهم وتصرفاتهم معيبة بعيب الاختصاص المكاني ⁽²⁾، فمثلاً لا يمكن لمحافظة بغداد أن يصدر قراراً بتعيين موظف في محافظة أخرى حيث لا يرتب هذا القرار نفس الآثار التي يرتبها فيما لو صدر بحق أحد موظفي محافظة بغداد، ففي هذه الحالة نكون أمام تجاوز للاختصاص المكاني، فلا يكون له أثر في المركز القانوني للموظف الذي صدر بحقه القرار الإداري.

2 - ركن الشكل : يعد ركن الشكل والإجراءات من الأركان المهمة للقرار الإداري بصورة عامة والقرار التضمين بصورة خاصة، يقصد بالشكل في القرار الإداري "المظهر الخارجي

(1) د. غازي فيصل مهدي، د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري، الطبعة الرابعة، دار السلام، 2020، ص 248.
ينظر كذلك:

- La compétence ratione loci: "Comme on l'a déjà indiqué, la compétence territoriale des autorités centrales s'étend à tout le territoire; au contraire, les autorités administratives régionales, départementales, locales, ont une compétence limitée à des ressorts territoriaux".

André DE LAUBADERE, Traité de droit administratif, op.cit., p.607.

(2) د. علي محمد بدير، د. مهدي ياسين السلامي، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مصدر سابق، ص 427.

الذي يبدو فيه القرار والإجراءات التي تتبع في إصداره وتهدف الشكليات إلى ضمان حسن سير الإدارة من ناحية، و ضمان صيانة حقوق الأفراد من ناحية أخرى⁽¹⁾.

تتمثل القواعد القانونية التي تنظم الشكل والإجراءات في قواعد الدستور أو التشريع العادي كما هو الحال في قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015 أو الأنظمة والتعليمات كما هو الحال في التعليمات رقم (2) لسنة 2017 الخاصة بتسهيل تنفيذ قانون التضمين العراقي، وكذلك تؤدي المبادئ القانونية العامة دوراً مهماً في إقرار قواعد شكلية غير منصوص عليها في القانون والأنظمة، ويقسم ركن الشكل في القرار الإداري إلى :

أ - الأشكال الجوهرية: أي كل شكل أو إجراء رتبته القانون للقرار الإداري بصورة تجعله مؤثراً على مضمون هذا القرار، ويكون الشكل جوهرياً إذا وصفه القانون صراحة بذلك أو إذا رتب البطلان جزاء لمخالفته، وتأخذ الأشكال الجوهرية في القرار الإداري صورتان هما :

- الإجراءات السابقة على القرار : التأديبية كأعلام الموظف المخالف بالوقائع المنسوبة اليهم، وإطلاعهم على ملفه، وإتاحة الفرصة لأبداء دفاعه، ويترتب على أغفالها بطلان القرار، ومن أبرز هذه الإجراءات هي ضرورة توافر اللجنة التحقيقية في القرار التضمين كونها تشكل موازنه حقيقية بين حق الموظف واعتبارات الفاعلية الخاصة بحماية أموال الدولة⁽²⁾.

(1) د. ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص216.

(2) د. ماهر صالح علاوي الجبوري: مبادئ القانون الإداري، العاتك، المكتبة القانونية، بغداد، ص125.

- المظهر الخارجي للقرار: تتعلق هذه الصورة بالشكل الخارجي للقرار، وإن كان الأصل ألا يشترط صدور القرار في شكل معين، فقد يصدر على شكل شفاهي أو بالإشارة وقد يشترط القانون في بعض الأحوال ضرورة صدوره مكتوباً، وفي هذه الحالة فأن على الإدارة أن تلتزم بنص القانون وتصدر قرارها مكتوباً والا عد باطلاً (1).

ب - الأشكال الثانوية : هي المظاهر التي لا تؤثر على سلامة القرار، ولا تمس موضوعه، وتدخل في هذا النطاق الشكليات التي قررها القانون لمصلحة الإدارة وحدها، ومثالها أن يوقع أحد أعضاء هيئة أو مجلس لاحقاً على جلسة انعقاد لم يوقع عليها ابتداءً وغيرها من مظاهر ثانوية للقرار الإداري (2).

ثانيا : الأركان الموضوعية لقرار التضمين

أن من خصائص القرار الإداري انه يصدر من الإدارة بإرادتها المنفردة لكي تمارس الاختصاصات المنوطة بها استناداً للدستور والقوانين، ومن هنا تبرز خطورة القرار الإداري الذي يشكل امتياز للإدارة في مواجهة الأفراد، فلكي لا يكون هذا الامتياز مهدد لحقوق الآخرين لا بد أن تراعي الإدارة الجوانب أو الأركان الموضوعية للقرار الإداري، وهي كل من السبب والحل والغاية، وهذا ما سنبيّنه في النقاط الآتية :

(1) د. ماهر صالح علاوي: القرار الإداري، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1991، ص114.

(2) د. غازي فيصل مهدي ود. عدنان عاجل عبيد: القضاء الإداري، ط4، دار السلام القانونية الجامعة، 2020، ص252-253.

1 - ركن السبب : أن السبب احد الأركان الموضوعية للقرار الإداري ويجب لصحته أن يستند على سبب يبرر إصداره وهو الدافع لإصدار القرار الإداري وان رجل الإدارة لا يستطيع أن يتصرف ألا اذا قام سبب يبرر له ذلك تحقيقا للصالح العام فأن سلطة الإدارة مقيدة بوجود السبب، وهذا ما أكده عليه قرار مجلس الدولة في العراق " أن السبب ركن من أركان القرار الإداري مما يتعين ذكره والا كان القرار معيباً"⁽¹⁾.

يعرف السبب بأنه " الحالة الواقعية أو القانونية التي تسبق وتدفع رجل الإدارة لإصداره"⁽²⁾، ويعرف أيضا بأنه " مجموعة من العناصر القانونية والواقعية التي تقود الإدارة إلى التصرف وتثيره إلى إصدار القرار الإداري"⁽³⁾ يتضح أن السبب يتمثل في حالة واقعية وقانونية تدفع إرادة رجل الإدارة في إصدار قرار بتضمين الموظف أو المكلف بخدمة عامة، نتيجة لمخالفته القوانين والأنظمة والتعليمات .

مما تجدر الإشارة اليهم بانه هناك عدة شروط في السبب، والتي تتمثل في :

أ - أن يكون السبب موجوداً : ومعنى ذلك وجود الوقائع التي تدفع رجل الإدارة لإصدار قرارها أي أن تكون الأسباب صحيحة من الناحية القانونية والمادية ، وتستمر هذه الوقائع

(1) سوسن عبد الستار علي ، الرقابة على مشروعية سبب القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق لسنة (6)، العدد (1) ، الجزء (2) ، 2021 ، ص 275.

(2) د. مازن ليلو راضي، اصول القضاء الاداري ، الطبعة الرابعة، دار المسلة ، لبنان، 2017، ص233.

(3) د. علي محمد بدير، مهدي ياسين السلامي، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مصدر سابق، ص 432.

حتى وقت صدور قرار بتضمين الموظف عن المخالفة التي ارتكبتها، فإذا لم تكون الحالة المادية والواقعية التي دفعت رجل الإدارة لاتخاذ قرارها موجودة أو كانت موجودة ولكن عناصر وجودها قد زالت قبل صدور القرار الإداري فهنا يصبح القرار مشوب بعيب السبب⁽¹⁾.

يفهم مما سبق أن قرار الإدارة بتضمين الموظف أو المكلف لا بد أن يستند إلى سبب موجود سلفاً إلى حين تحريك إرادة رجل الإدارة في إصدار قرار التضمين، فأن زوال السبب قبل اكتشاف الضرر من قبل الإدارة، فأن ذلك قد يمنع الإدارة من تضمين الموظف أو الكلف بسبب انتفاء الخطأ، ألا أن ذلك لا يمنع الإدارة من معاقبة الموظف بعقوبة انضباطية نتيجة التقصير في أداء الواجب الملقى على عاتقه وهو تبليغ الإدارة عن الضرر الذي الحق بالمال العام

ب - أن يكون مشروعاً: ينبغي أن يكون السبب مشروعاً أي مطابقاً للقانون وهذا الشرط استثناء على الأصل العام الذي يمنح الإدارة حرية الاختيار أسباب قراراتها حيث يورد على تلك الحرية قيوداً مفاده أن المشرع إذ حدد للإدارة سبباً أو أسباب معينة لإصدار القرار ، فأن على الجهة الإدارية أن تراعي تلك الأسباب لتتجنب رقابة القضاء الإداري ، لان عدم الالتزام من شأنه أن يعرض القرار للطعن والإلغاء⁽²⁾.

فأن قانون التضمين قد الزم رجل الإدارة قبل إصدار القرار الإداري أن تكون هنالك أسباب مشروعاً تدفعه إلى إصدار القرار الإداري المتمثلة بحماية المال العام من الأضرار التي الحقت به من وراء الأعمال الصادرة من الموظف او المكلف بخدمة عامة ، فإذا كان دافع رجل

(1) د. مازن ليلو راضي ، مصدر سابق، ص 234.

(2) د. عبد العزيز منعم خليفة ، مصدر سابق، ص 224.

الإدارة ليس حماية المال العام فأن قرار التضمين يكون معيب بعيب السبب ، ومن شأنه أن يعرض للطعن والإلغاء.

ج - أن يكون محدداً: أن يكون السبب محدداً بوقائع ظاهرة يقوم عليها القرار، ومن ثم يعد القرار الإداري معيب في سببه اذا تعمدت الإدارة في إصداره على سبب مجهول أو عام (1).

يتضح انه على الجهة الإدارية عندما تصدر قرار بتضمين الموظف أو المكلف لا بد أن تذكر في مضمون القرار نوع الضرر الذي الحق بالمال العام والذي دفعها إلى إصدار القرار الإداري بالتضمين، وهذا ما نلاحظه في كثير من القرارات الصادرة عن القضاء الإداري بهذا الخصوص، إذ يذكر القرار نوع الضرر الذي الحق بالمال العام .

2 - ركن المحل : لم يتفق الفقه في وضع تعريف محدد لركن المحل في القرار الإداري، ألا أن التعاريف التي أوردها الفقه وان كانت تختلف في الصياغة ألا أن المحتوى متشابه ، فقد عرفه البعض بأنه " الأثر القانوني الذي يترتب عليه حالاً و مباشرةً وهذا الأثر هو أنشاء أو تعديل أو إلغاء حالة قانونية معينة " (2).

بينما عرفه آخرون بأنه " هو التغيير الذي يحدثه القرار في الوضع القانوني القائم لحظة صدوره فينشئ مركزاً قانونياً جديداً أو يعدل أو يلغي مراكز قائمة " (3).

(1) سوسن عبد الستار علي، مصدر سابق، ص 280.

(2) د . سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الخامسة ،دار الفكر العربي، القاهرة، 1984، ص60.

(3) د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مصدر سابق، ص 126.

ويعرف أيضا بأنه " موضوع القرار الإداري المتمثل بالآثار القانونية التي تترتب على القرار سواءً أتخذ هذا الأثر صيغة إنشاء أو تعديل أو إلغاء في المراكز القانونية"⁽¹⁾.

ومن خلال التعاريف أعلاه نلاحظ أن الفقه قد اتفق أن المحل في القرار الإداري المتمثل بالأثر الذي يتركه بحق المركز القانوني ، فان المحل في قرار التضمين شأنه شأن المحل في أي قرار إداري آخر، فقد يترتب اثر في الذمة المالية للموظف أو المكلف بخدمة عامة.

وقد نلاحظ إن ركن المحل في القرار الإداري يختلف باختلاف نوع القرار، فالمحل أو الأثر المترتب على القرار الإداري الفردي مغاير للمحل أو الأثر المترتب على القرار الإداري التنظيمي، وهكذا الحال في قرار الإدارة بتضمين الموظف أو المكلف بخدمة عامة يختلف عن القرارات الانضباطية، فأن اثر القرار الانضباطي الصادر بحق الموظف من شأنه أن يؤثر في المركز القانوني للموظف سواء كان بالإنشاء أو التعديل أو الإلغاء، في حين أن قرار التضمين لا يؤثر في المركز القانوني للموظف وإنما يكون له اثر بالذمة المالية له، إذ تحمل الإدارة الموظف قيمة الأضرار التي لحقت بالمال العام من وراء العمل أو التصرف الصادر من الموظف أو المكلف بخدمة عامة .

3 - ركن الغاية : يعد ركن الغاية احد أركان القرار الإداري الصادر من الإدارة، إذ يتوجب على الإدارة مراعاة ذلك الركن لغرض تحقيق الغاية من وراء تضمين الموظف أو المكلف بخدمة عامة، فلا بد أن يكون غرض الإدارة هو حماية المال العام، ويعرف بأنه " الهدف أو

(1) د. نواف كنعان ، القانون الإداري، الجزء الثاني ،مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،2002،ص274.

الغرض النهائي الذي تبتغيه الإدارة من اتخاذ القرار الإداري⁽¹⁾. أما البعض الآخر فقد عرف ركن الغاية بأنه "الهدف الذي يسعى القرار الإداري إلى تحقيقه وغاية القرارات الإدارية دائما هي تحقيق المصلحة العامة، وفي حال الانحراف بهذه المصلحة فأن القرار الإداري سيتعارض مع المصلحة العامة وسيكون معرضا للطعن وإلغاء القرار الإداري"⁽²⁾. يتضح أن قرار التضمين شأنه شأن القرار الإداري العادي يحتاج إلى مجموعة من الأركان ومن بين هذه الأركان هو ركن الغاية، فلا بد أن يكون قرار الإدارة يتضمن الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة هو هدفه حماية المال العام (جبر الضرر) الذي الحق به من وراء عمل أو خطأ أقام به الموظف والمكلف بخدمة عامة.

مما تجدر الإشارة اليهم أن ركن الغاية في قرار التضمين يكون على عدة صور منها :

1- أن يكون الغرض من القرار التضمين جبر الضرر : أن السلطة التي منحها القانون في ما يتعلق بتشكيل اللجنة التحقيقية لغرض التحقيق مع الموظف الذي يرتكب فعل من شأنه الأضرار بالمال العام ، فأن غاية الإدارة من وراء ذلك هو جبر الأضرار التي لحقت بالمال العام من وراء الفعل المرتكب من قبل الموظف أو المكلف بخدمة عامة سواء كان هذا الضرر الحق بالمال العام أثناء ممارسة العمل الوظيفي أو خارجه ما دام أن الموظف مقصر في أداء الواجب الملقى على عاتقه .

(1) د. سامي جمال الدين: أصول القانون الإداري، الجزء 2، ط1996، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص689.

(2) د. مازن ليلو راضي: القانون الإداري، ط3، 2010، مطبعة جامعة دهبوك، 2010، ص207-208.

مما لا شك في أن المال العام الذي تملكه الجماعة يشكل عمودها الفقري وعصبها الحساس فيه تسود وعليه تقوم، فهو يساعد على دفع عجلة الحياة العامة نحو الأمام كونه (المال العام) ضرورة من ضرورات الحياة التي يجب المحافظة عليها، فأهمية المال العام والفوائد المتوخاة منه والتي تساعد الجماعة على العمل والنشاط في ميادين الإنتاج، تفرض أن تمارس هذه الجماعة كل صلاحياتها للحفاظ عليه ووضع الضوابط والقيود التي تحول دون الاعتداء عليه من قبل الأفراد أو السلطات.

ومما يزيد من أهمية المال العام هو ارتباطه الوثيق بالاقتصاد الوطني فهو يمثل الأساس الذي تقوم عليه اقتصاديات الدول، وعليه توضع الخطط المستقبلية بهدف تحقيق أغراض التنمية، وصولاً لأعلى معدلات الرفاهية العامة والتقدم التنموي اللذان يمثلان الغاية الاقتصادية لأغلب الدول. فضلاً عن أن الأموال العامة تعد بحق المصدر الرئيس لتمويل النفقات العامة والتوازن الاقتصادي للمجتمع والدولة⁽¹⁾.

2- ضمان سير المرفق العام بشكل منتظم ومستمر : المرافق العامة مشروعات تقيمها السلطة الإدارية في الدولة مستهدفة تقديم الخدمات العامة بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وتسير المرافق العامة على وفق وسيلتين لا ثالث لهما، وهما الوسيلة البشرية التي تمثل طائفة الموظفين والعاملين في المرافق، والثانية وهي الوسيلة المادية التي تتمثل بالأموال العامة وطبيعة العمل في المرافق العامة اقتضى التكامل بين هاتين الوسيلتين، فلا يمكن ضمان سير العمل بالمرافق العامة بالاعتماد على وسيلة دون الأخرى، ومن اجل تحقيق هذا التكامل بين العنصر

(1) مهند فلاح، تضمين الموظف العام في القانون العراقي- دراسة مقارنة، مكتبة القانون المقارن،

البشري والعنصر المادي اقتضى الحال وضع المال العام تحت تصرف الموظفين للوصول إلى الغاية السامية وهي تحقيق المصلحة العامة، وهذه الأخيرة هي التي تمنع الموظفين من استعمال المال العام للأغراض الشخصية منعاً رتب عليه القانون جزاءً يتمثل بتعويض الضرر الذي لحق بالمال العام، ولما كانت هذه الأموال لازمة لعمل المرفق عن طريق استخدامها من قبل الموظفين فإن كل اعتداء عليها أو إتلاف لها أو إنقاص لقيمتها يُعرض عمل المرفق لخطر التوقف خاصة إذا كانت هذه الأموال على قدر من الأهمية بحيث يعتمد عليها عمل المرفق بصورة رئيسة، لذا فمن المصلحة العامة إيجاد وسائل وحلول لمواجهة الاعتداءات التي تطال هذه الأموال بصفة عمدية أو غير عمدية فحسن النية أو سوءها إنما يؤديان إلى نتيجة واحدة هي تعرض دوام سير المرفق العام للخطر⁽¹⁾.

(1) مهند فلاح، مصدر سابق، ص 38.

المبحث الثاني

رقابة القضاء الاداري على قرار التضمين

من خلال الاطلاع على قانون التضمين النافذ رقم (31) لسنة 2015 نجد إن المادة (2/ ثالثا) قد رسمت الإجراءات المتعلقة بإصدار قرار التضمين، إذ نصت على "يصدر الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظ قراره بناء على توصيات اللجنة التحقيقية بموجب البند (أولاً) من هذه المادة" .

إن إصدار قرار من الجهة المختصة بتضمين الموظف أو المكلف بخدمة عامة لن يكون بمنحى من الرقابة القضائية، أي بمعنى لن يكون هذا القرار محصننا من الطعن به أما الجهات التي حددها القانون، إذ أن القول بخلاف ذلك يجافي الواقع والعدالة، ولا ينسجم مع المبادي الدستورية، إذ نجد أن المادة (100) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 نصت على "يحظر النص في القوانين على تحصيل أي عمل أو قرار أداري من الطعن" .

بناء على ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين، ندرس في المطلب الأول الجهة المختصة بالرقابة على قرار التضمين، ونخصص المطلب الثاني لدراسة التطبيقات القضائية لرقابة القضاء الاداري على قرار التضمين.

المطلب الأول

الجهة المختصة بالرقابة على قرار التضمين

عند التمعن في قانون التضمين النافذ رقم (31) لسنة 2015، نجد أن المادة (6) /أولا) نصت على (للمضمن الطعن بقرار التضمين لدى محكمة القضاء الإداري)، يتضح من النص السابق أن المشرع العراقي حدد الجهة المختصة بالرقابة على قرار التضمين أمام محكمة القضاء الإداري، كذلك نجد في الوقت ذاته أن قانون مجلس الدولة النافذ رقم (65) لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم (71) لسنة 2017 (التعديل السادس)، نص في المادة (2) /رابعا/ ج) منه على "تختص المحكمة الإدارية العليا بالنظر فيما يأتي :

1- الطعون المقدمة على القرارات والأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري ...".
استنادا إلى ذلك أن إصدار قرار بتضمين الموظف أو المكلف بخدمة عامة من الجهة المختصة، يمكن الطعن به أمام محكمة القضاء الإداري، كذلك يمكن الطعن في قرارات هذه المحكمة أمام المحكمة الإدارية العليا، وهذا ما سنبيّنه في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

اختصاص محكمة القضاء الإداري

أن محكمة القضاء الإداري تعد إحدى التوكيلات القضائية في مجلس الدولة⁽¹⁾، وتتمتع بجملة من الاختصاصات في هذا الشأن، والتي بيّنتها المادة (7/ رابعا) قانون مجلس الدولة إذ نصت على "تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناء على طلب من ذي مصلحة معلومة وحالة ممكنة، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي أن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن"⁽²⁾.

يلاحظ على النص السابق أن المشرع قد أخفق في استخدام التسمية الصحيحة فيما يتعلق باختصاص محكمة القضاء الإداري من خلال النص على اختصاصها بالنظر في صحة (الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية) إذ كان من الأجدر بالمشرع أن ينص على

(¹) المادة (7) قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم (71) لسنة 2017 والتي نصت على:

اولا : تشكل محكمة للقضاء الاداري ومحكمة لقضاء الموظفين برئاسة نائب الرئيس لشؤون القضاء الاداري او مستشار وعضوين من المستشارين او المستشارين المساعدين في المناطق الاثية :-

ا - المنطقة الشمالية وتشمل المحافظات نينوى وكركوك وصلاح الدين ويكون مركزها في مدينة الموصل.

ب - منطقة الوسط وتشمل محافظات بغداد والانبار وديالى وواسط ويكون مركزها في مدينة بغداد.

ج - منطقة الفرات الاوسط وتشمل محافظات كربلاء والنجف وبابل

(²) المادة (7/ رابعا) قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم (71) لسنة 2017 (التعديل السادس).

الولاية العامة للقضاء الإداري في النظر بصحة القرارات الإدارية التي تنطوي في ظلها جميع التسميات، إذ أن كل من الأمر والنظام يعدان قرار أداري، وهذا الأخير ينصرف إلى القرار الإداري الفردي والتنظيمي⁽¹⁾.

كذلك نجد أن المادة (6/أولا) من قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015 نصت على (للمضمن الطعن بقرار التضمين لدى محكمة القضاء الإداري)، يتضح أن هذه المحكمة تعد إحدى الجهات التي تملك الحق بالنظر في صحة القرارات الصادرة بتضمين الموظف أو المكلف بخدمة عامة .

إن من ضروريات تحقيق العدالة قيام التوازن بين المصلحة العامة في جبر الضرر الذي يصيب الأموال العامة، وبين حماية الموظف من قرار التضمين في حال تعسف الإدارة عند إصدار هذا القرار، إذ يكون للقضاء دور في الدفاع عن المال العام بوصفه قاضي الدولة وقوتها من خلال إظهار وكشف أنواع صور التحدي التي قد يتعرض لها المال العام، ومن خلال احكام قانون التضمين المتعلقة بحماية أموال الدولة نجد أن المشار إعطاء الحق للمضمن في الطعن بقرار التضمين كضمانة مهمة من اجل تحقيق العدالة وجدير بالذكر انه قبل إصدار قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015، نجد أن المشرع العراقي قد اعطى الاختصاص للمحاكم المدنية في النظر بالطعون المقدمة على قرار التضمين، ففي قانون الخدمة المدنية المعدل رقم (24) لسنة 1960، نصت المادة (61) منه على:

(1) ميسون علي عبد لهادي الحسناوي، التنظيم القانوني للمحكمة الادارية العليا في العراق، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهدين، 2015، ص101

1- للوزير المختص أن يضمن الموظف الأضرار التي تكبتها الخزينة بسبب إهماله أو مخالفته القوانين والأنظمة والتعليمات المرعية، وللموظف حق الاعتراض على قرار الوزير المختص لدى المحاكم المدنية خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبليغه.

2- لا يمنع خروج الموظف أو المستخدم من الخدمة بأي شكل كان من تضمينه وفق الفقرة (1) من هذه المادة.

يتضح بأنه يحق للموظف الاعتراض على قرار الوزير المختص لدى المحاكم المدنية خلال (30) يوم من تاريخ تبليغه، ألا أن قرار مجلس قياده الثورة المنحل رقم (100) لسنة 1999 قضى في المادة (8) منه على منع المحاكم عن سماع الدعاوى الناشئة عن تطبيق أحكام القرار وان السبب الذي دعى المشرع إلى سلب التقاضي هو رغبته في جبر الضرر الذي قد يصيب أموال الدولة بصورة مستعجلة كون الاعتراض على قرار التضمين قد يؤدي إلى التسويف والمماطلة، وبالتالي يؤخر حق الدولة في جبر الضرر الذي يصيب أموالها.

أن فتح باب الطعن بقرار التضمين أمام الموظف والمكلف بخدمة عامة يعد مسلكا حميدا يثنى عليه المشرع، لذلك نجد أن قانون التضمين النافذ رقم (31) لسنة 2015 حدد طريق الطعن في المادة (6) منه، إذ بينت بأنه يجب التظلم أمام الجهة التي أصدرت قرار التضمين من قبل الموظف والمكلف بخدمة عامة خلال (30) يوم من تاريخ التبليغ به⁽¹⁾، كذلك يجب على الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظ البت في هذا التظلم خلال (30) يوم من تاريخ تقديم الطلب، وعند عدم البت في التظلم أو رفضه رغم انتهاء المدة

(1) المادة (6) قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015. التي نصت على (ثانيا - يشترط للطعن

بقرار، التظلم منه لدى الجهة التي اصدرته خلال (30) ثلاثين يوما من تاريخ التبليغ به) .

فان ذلك يعد رفضا للتظلم⁽¹⁾، وهذا بدوره يعد امر وجوبي إذ يشترط تقديمه قبل تقديم الطعن أمام محكمه القضاء الإداري، وبعد ذلك لا يجوز التنازل عنه، ونجد الحكمة من ذلك هو أتاحة الفرصة للجهة الإدارية التي أصدرت القرار بتضمين الموظف أو المكلف بخدمة عامة في مراجعه قرارها، ومما تجدر الإشارة اليهم أن التظلم كأحد إجراءات الطعن في قرار التضمين هو إجراء استمده المشرع من قانون انضباط موظفي الدولة رقم (14) لسنة 1991 المعدل⁽²⁾، إذ لم ينص عليه قانون التضمين الملغى رقم (12) لسنة 2006 .

الفرع الثاني

اختصاص المحكمة الإدارية العليا

أن المحكمة الإدارية العليا تمارس الاختصاصات التي تمارسها محكمة التمييز الاتحادية التي نص عليها قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل، وذلك عند مباشرة اختصاصها الرقابي على القرارات التي تصدر عن المحاكم الأدنى درجة منها، والتي تتمثل في محكمة القضاء الإداري، ومحكمة قضاء الموظفين، لذلك نصت المادة (2) من قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل على :

(¹) المادة (6) من قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015. التي نصت على (ثالثا : على الوزير او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة او المحافظ البت في التظلم خلال (30) ثلاثين يوما من تاريخ تقديم الطلب و عند عدم البت في التظلم او رفضه رغم انتهاء المدة يعد ذلك رفضا للتظلم) .
رابعا : يكون تقديم الطعن امام محكمة القضاء الاداري خلال (30) ثلاثين يوما من تاريخ تبليغه برفض التظلم حقيقة او حكما.

(²) المادة (5) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم (14) لسنة 1991 المعدل .

"تختص المحكمة الإدارية العليا بالنظر فيما يأتي: 1- الطعون المقدمة على القرارات والأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري" (1).

يتم الطعن أمام هذه المحكمة خلال (30) يوم من تاريخ التبليغ بالقرار أو اعتباره مبلغاً به (2)، وعلى الرغم من عدم أشاره هذا القانون إلى الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا إلا أنه مع استحداث هذه المحكمة بموجب القانون رقم (17) لسنة 2013 (3)، أي قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979، أصبح من ضمن الاختصاصات الأصلية لهذه المحكمة هو النظر في الطعون المقدمة ضد القرارات الصادرة من محكمته القضاء الإداري وعليه فإن هذه القرارات التي تصدر لا تكون بائنة بل يمكن الطعن بها أمام المحكمة

(1) المادة (2) قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم (71) لسنة 2017 التعديل السادس، التي نصت على :
"تختص المحكمة الادارية العليا بالنظر فيما ياتي :

1- الطعون المقدمة على القرارات والاحكام الصادرة عن محكمة القضاء الاداري ومحاكم قضاء الموظفين.

2- التنازع الحاصل حول تعيين الاختصاص في نظر الدعوى الذي يقع بين محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين.

3- التنازع الحاصل حول تنفيذ حكمين مكتسبين درجة البتات متناقضين صادرين عن محكمة القضاء الاداري او محكمة قضاء الموظفين في موضوع واحد اذا كان بين الخصوم انفسهم او كان احدهم طرفا في هذين الحكمين وترجح احد الحكمين وتقرر تنفيذه دون الحكم الاخر. "

(2) المادة (7/ ثامنا/ ب) قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979.

(3) نشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (4283) الصادر بتاريخ 29 / 7 / 2013 .

الإدارية العليا والتي تعد بمثابة محكمة تمييز ، اما القرارات التي تصدر عن المحكمة الإدارية العليا تكون باطة وواجبة النفاذ⁽¹⁾ .

مما تجدر الإشارة اليهم أن قانون التضمين الملغى فقد نص صراحة على أن يكون الحكم الصادر من محكمه البداءة في القضايا المتعلقة بالتضمين فأتمها تكون قابلة للطعن فيها أمام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية، والتي يكون القرار الصادر عنها باطا وملزما⁽²⁾ .

من خلال إجراء مقارنة بين مسلك القانونين يتضح لنا أن المشرع العراقي في قانون التضمين الاخير، كان موفقا في تحديد الجهة المختصة بالنظر في الطعون المقدمة على قرارات التضمين ان جعلها للقضاء الاداري (مجلس الدولة العراقي)، كونه المختص بالنظر في المنازعات الإدارية والتي تتميز بالطابع الخاص الذي يميزها عن المنازعات التي تثار أمام القضاء العادي، لان قرار التضمين هو قرار إداري، كما أن منازعات التضمين تكون بين الموظف أو بين المكلف بخدمة عامة من جهة والإدارة التي يتبعها من جهة أخرى فأن الاختصاص يكون للقضاء الاداري وحسنا فعل المشرع العراقي، ولكن كان الاجدر به ان يجعلها من اختصاص محكمة قضاء الموظفين وليس من اختصاص محكمة القضاء الاداري³ في مجلس الدولة .

(1) المادة (7/ ثامنا/ ج) قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل .

(2) المادة (5) قانون التضمين رقم (12) لسنة 2006 الملغى.

(3) المادة (6/ أولا) من قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015 نصت على (للمضمن الطعن بقرار

التضمين لدى محكمة القضاء الإداري)

المطلب الثاني

التطبيقات القضائية لرقابة القضاء الاداري على قرار التضمين

إن التطرق إلى التطبيقات القضائية يعد من المسائل المهمة في الدراسات القانونية، وذلك من اجل بحث ودراسة توجه السياسة القضائية في الدولة، فضلا عن تحديد الجهة المختصة بنظر المنازعة، وتحديد المسائل التي تدخل ضمن اختصاصها من عدمه، ومدى سلطة المحكمة في نظر هذه المنازعة، وكيفية معالجتها .

أن هذه التطبيقات تنصرف إلى الطعون التي تقدم ضد القرارات الصادرة بتضمين الموظف أو المكلف بخدمة عامة أمام محاكم الاستئناف فضلا عن المحاكم التمييزية، وهذا ما سنبينه في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

التطبيقات الاستئنافية

اولا: قرار محكمة القضاء الإداري رقم (15 / 2014) الصادر بتاريخ 27 / 2 / 2014

أن هذا القرار جاء به:

1. أن قرار التضمين أو عدم التضمين الصادر من غير الوزير قرارا معدوما .
2. على الإدارة أن تسحب القرار المعدوم وتصدر قرار بتوقيع الوزير في موضوع التضمين⁽¹⁾.

(1) رأي مجلس الدولة رقم (15 / 2014) الصادر بتاريخ 27 / 2 / 2014 . لفته هامل العجيلي ، قرارات مجلس الدولة (للسنوات 2010 / الى 2015)، مكتبة السنهوري ، بغداد، ص205.

ونلاحظ من خلال هذا الرأي أن قرار تضمين الموظف من الاختصاصات الشخصية للوزير، إذ لا يجوز لوكيل الوزارة أن يصدر قرار تضميني، لكون القانون قد حدد الجهات المختصة، وجاء هذا التحديد على سبيل الحصر، ولا يجوز تحويلها للغير هذا من جانب، إضافة إلى أن القرار الإداري الصادر من جهة ليست بذات اختصاص قرار معدوم ولا ينتج أي اثر قانوني بحق الشخص الذي صدر بحقه .

ثانيا: قرار محكمة استئناف بغداد - الرصافة الاتحادية رقم (1035) في 2010/11/29

إن النص قد حدد تشكيل اللجنة التحقيقية الخاصة بالتضمين، وهي بذلك تتكون من رئيس وعضوين من ذوي الخبرة والاختصاص على أن يكون احدهم حاصلاً على شهادة أولية في الأقل في اختصاص القانون، وهذا ما أكده القضاء بأن تشكيل لجنة من أربعة أعضاء دون تحديد الاختصاص يخالف الشكلية المطلوبة⁽¹⁾، وهذا مسلك محمود على خلاف قانون التضمين الملغى الذي لم ينص على عدد أعضاء اللجنة التحقيقية بشكل صريح.

ثالثا: قرار محكمة القضاء الإداري المرقم (1278) في 2016/12/12

(1) حكم محكمة استئناف بغداد - الرصافة الاتحادية رقم (1035) في 2010/11/29، اوردته: د.

رشا محمد جعفر الهاشمي: مصدر سابق، ص168.

أن القضاء الإداري في العراق أكد بأن عدم تدوين محظر التحقيق من موجبات ابطال قرار التضمين⁽¹⁾، بناء على ذلك يجب تدوين الإجراءات المتعلقة بالتحقيق مع الموظف أو المكلف بخدمة عامة من اجل تضمينه .

رابعاً: قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (1345/أداري/تميز/2019) في

2019/2/13

أن هذا القرار أكد بانه لا يجوز أن يخلو محظر التحقيق الخاص بالتضمين من الخطأ والضرر والعلاقة السببية وهذا ما يجعل القرار معيب بعيب الشكل وهذا ما أكدته القضاء الإداري في العراق⁽²⁾ .

خامساً: قرار محكمة استئناف بغداد-الكرخ-الاتحادية، المرقم، (413) في

2013/6/26

إن المادة (2/ثانياً/أ) حددت واجبات اللجنة التحقيقية الخاصة بتضمين الموظف العام، أذ توصي اللجنة بتضمين الموظف في حال تبين بأن الموظف ارتكب خطأ سبب ضرراً بالمال العام بعد التأكد من وجود العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وفي حال عدم ثبوت الضرر فإن اللجنة لا توصي بتضمين الموظف وبذلك فإن تضمين الموظف مرتبط بصورة أساسية بالضرر وليس بالخطأ فان كان الخطأ لا يسبب ضرراً بالمال العام فإن اللجنة التضمينية لا

(1) قرار محكمة القضاء الاداري المرقم(1278) في 2016/12/12، اوردته: د. علياء غازي فيصل و عادل شياح مرعي البياتي: اجراءات الادارة في تضمين الموظف العام، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة(2) العدد(2)، المجلد(2)، الجزء(2)، كانون الاول، 2018، ص153.

(2) قرار المحكمة الادارية العليا المرقم (1345/اداري/تميز/2019) في 2019/2/13.

توصي بتضمينه، كما أن من بين التوصيات التي توصي بها اللجنة التضمينية تحدد من المسؤول عن أحداث الضرر سواءً أكان شخص واحد أو أكثر وجسامة الفعل، وفي حال كون توصيات تلك اللجنة مخالفة فأن قرار التضمن الذي يبنى على تلك التوصيات يكون باطل وهذا ماكده القضاء العراقي⁽¹⁾.

سادسا: قرار محكمة القضاء الإداري المرقم (22) لسنة 2010

إن توصيات اللجنة التضمينية بعد المصادقة تعد ملزمة ولا يجوز التحقيق بالضرر مرة أخرى، أما في ما اذا لم يصادق عليها فأن بإمكان صاحب الاختصاص بإصدار قرار التضمن بأعاده التوصيات إلى اللجنة لغرض إعادة النظر بالتوصيات وهذا ما أكده القضاء العراقي⁽²⁾. وبذلك فأن توصيات اللجنة غير ملزمة لصاحب الاختصاص ومن اهم توصياتها هو تحديد مبلغ التضمن الواجب دفعة من قبل الموظف أو المكلف بخدمة عامة الذي احدث ضرراً بالمال العام وجاء استناداً إلى نص المادة (2/ثانياً) من قانون التضمن النافذ، واللجنة التضمينية لا تختص بكيفية تسديد مبلغ التضمن بل هي خاضعة للسلطة التقديرية للإدارة في حال ارتأت التسيط.

سابعا: قرار محكمة القضاء الإداري نشر بتاريخ 2020/12/27

حددت المحكمة المذكورة بأن إهمال الرئيس الإداري من تسبب في الضرر بالمال العام "أن قرار الإدارة بتضمن الموظف نتيجة لقيامه بإدخال عدد من القيود الوهمية وتسببه في صرف

(1) قرار محكمة استئناف بغداد-الكرخ-الاتحادية، المرقم، (413) في 2013/6/26، اوردته: د. رشا محمد جعفر الهاشمي: مصدر سابق، ص172.

(2) قرار مجلس الدولة المرقم (22) لسنة 2010، قرارات وفتاوي مجلس شوري الدولة لسنة 2010، ص80.

إعانات الحماية الاجتماعية لغير مستحقيها، لا يتحملها المدعي، وإنما يتحملها مدير قسم الحماية الاجتماعية ويتحمل نتيجة إهماله وتقصيره في القيام بواجب المتابعة والأشراف على عمل موظفين القسم، في حين أن إدخال البيانات كل من الموظفين المعين نتيجة استعمال الغش والتلاعب وهو ما يتعدى واجب الرجل المعتاد الذي يضطلع به مدير القسم الذي يوجب مساءلته الانضباطية والمدنية ، وعليه تجد المحكمة أن إجراءات تضمين المدعي مخالفة للقانون ومن ثم يكون الأمر محل الطعن مخالف للقانون وحرى بالإلغاء"⁽¹⁾.

الفرع الثاني

التطبيقات التمييزية

(1) قرار محكمة القضاء الاداري ، منشور عبر شبكة التواصل الاجتماعي الفيس بوك، تاريخ القرار

2020/12/27.

من هذه القرارات نذكر ما يلي:

اولا: قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (459/ادري/تميز/2017) في
2018/1/18

إن مهام اللجنة التحقيقية الخاصة تتمثل بصورتها الأساس على التحقق من الضرر وتحديد الموظف المخالف بقدر الضرر الذي خلفه نتيجة الخطأ⁽¹⁾. وقد نصت المادة (2/ثانياً/ب) من قانون التضمين النافذ هذه المهمة الملقاة على اللجنة التحقيقية، من خلال بيان الموظف الذي ارتكب خطأ نتج عنه أحداث الضرر الذي أصاب المال العام وحسامة ذلك الضرر، وقد يكون الذي أحدث ذلك الضرر شخص واحد أو أكثر، كما أن اللجنة التحقيقية عليها تحديد أوصاف ذلك الضرر ومن شأن ذلك تحديد ملاسبات حدوث الضرر مثل الوقت الذي حدث به الضرر وهل هو أثناء الدوام الرسمي وعليها تقدير حسامة الضرر.

ثانيا: قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (415/قضاء اداري/تميز/2018) في
2018/6/14

إن هذا القرار جاء بمقتضاه " تضمين الموظف قيمة الأضرار التي أصابة المال العام سيتوجب التحقق من توافر أركان المسؤولية التقصيرية"⁽²⁾.

قد بين جانباً من الفقه معنى الخطأ التقصيري بأنه هو "إخلال بالتزام قانوني سابق بعدم الأضرار بالغير يصدر عن ادراك"⁽¹⁾. وان المعيار العام الذي يحدد الخطأ الذي يقوم

(1) قرار المحكمة الاداري العليا المرقم (459/ادري/تميز/2017) في 2018/1/18، والذي جاء بمبدأ " يكون الموظف مسؤولاً عن تعويض الضرر بالمال العام بقدر مساهمته في احداث الضرر " .

(2) قرار المحكمة الادارية العليا المرقم(415/قضاء اداري/تميز/2018) في 2018/6/14 .

على أساسه قرار التضمين يكون على أساس معيار الشخص المعتاد استناداً إلى قواعد القانون المدني ، لذلك فإن سلوك الموظف يجب أن يقارن بسلوك الشخص الطبيعي المعتاد الذي تسبب بأضرار بالمال العام .

ثالثاً: قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (1066/قضاء أداري/تميز/2018 في 2018/11/8)

إن هذا القرار جاء بمبدأ مقتضاه " الخطأ الموجب لتحقيق مسؤولية الموظف عن الضرر الذي أصاب المال العام هو الخطأ الذي لا يقع به الشخص المعتاد" (2)، يتضح انه حدد المعيار الذي يمكن الاستناد اليه في تضمين الموظف العام وبذلك فإن القضاء قد اتجه بأن المسؤولية التضمينية يجب أن تسند إلى الموظف المعتاد، ونجد بان هذا القرار فيه نوع من الغموض؛ كون طبيعة الوظيفة العامة يجب أن تسند إلى موظف لديه مؤهلات معينة، قد ألحق بالوظيفة العامة بموجبها، وبذلك فإن هذا الفرض يخرج جميع الموظفين من طائفة هذا القرار، أما الفرض الآخر فهو أسناد عمل وظيفي معين إلى موظف لا يمتلك مؤهلات تلك الوظيفة، فهنا يكون الخطأ الوظيفي وارد الحصول كونه؛ غير متخصص ولا يعد ضمن طائفة الموظفين المعتادين، وهنا تحظر فرضية خطأ الإدارة في أسناد ذلك العمل للموظف على الرغم من عدم تخصصه الدقيق .

(1) د. عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية بغداد، 2007، ص488 .

(2) قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (1066/قضاء أداري/تميز/2018 في 2018/11/8) .

رابعاً: قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (496/قضاء أداري/تميز/2019، في 2018/11/1)

إن هذا القرار جاء بمقتضاه " لا يجوز تضمين الموظف الأضرار التي أصابت المال العام بدون ثبوت ارتكابه فعلاً تسبب في الحاق الضرر"⁽¹⁾، يتضح أن حسامة الخطأ التي يتركز عليها قرار التضمين يجب أن يثبت ارتكابه من قبل الموظف العام وهذا ما جاء بالقرار .

خامساً: قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (576/ قضاء أداري/تميز/2016، في 2018/11/1)

إن هذا القرار جاء فيه " لا يسأل الموظف عن الضرر الذي أصاب المال العام اذا كان لسبب اجنبي عنه"⁽²⁾، يتضح أن الضرر الذي يصيب المال العام والذي يخرج عن خطأ الموظف وانما لسبب اجنبي لا دخل لإرادة الموظف في حدوثه او خارج عن ارادته، فإنه بذلك ليس من دواعي تضمين الموظف العام .

سادساً: قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (1881/قضاء أداري/تميز/2019)

إن هذا القرار جاء بمقتضاه " يتحمل الموظف قيمة الأضرار التي أصابت المال العام جراء الخطأ المرتكب منه"⁽³⁾، يتضح أن من عناصر السبب التي توجب التضمين هو وجود الضرر الذي يصيب المال العام نتيجة الخطأ المرتكب، ويعد الضرر ركناً أساسياً لقيام مسؤولية

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (496/قضاء أداري/تميز/2019، بتاريخ 2018/11/1).

(2) قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (576/ قضاء أداري/تميز/2016، بتاريخ 2018/11/1).

(3) قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (1881/قضاء أداري/تميز/2019).

الموظف مهما كان نوعها، فلا يكفي لقيام مسؤولية الموظف وقوع الفعل وإنما لابد من وجود الضرر والعلاقة السببية .

سابعاً: قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 480/ قضاء أداري/ تمييز/ 2017/ بتاريخ 2018 / 1 / 18

إن هذا القرار جاء به "يكون قرار التضمين غير صحيح إذا لم يوجد ضرر بالمال العام"، إذ تتلخص حيثيات القرار، إذا لم يثبت في الدعوى حصول ضرر بالخزينة العامة وإنما الفعل المسند إلى الموظف يمثل مخالفة القرارات والأنظمة والتعليمات، ويمكن أن يكون جزاءه العقوبة الانضباطية وليس التضمين"⁽¹⁾ وبذلك فإن الضرر هو عنصر أساسي في المسؤولية عن التضمين للموظف العام وبخلافه فإن الموظف لا يطبق عليه قانون التضمين .

ثامناً: قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (1245/ قضاء أداري/ تمييز/ 2017/ بتاريخ 2019 / 1 / 18

إن أهم ما جاء به هذا القرار، بأنه لا يجوز استناد قرار التضمين في محضر لجنة تحقيق يخلو من بيان الفعل المنسوب للموظف والضرر والعلاقة السببية بينهما² .

(1) قرار محكمة القضاء الاداري رقم 480/ قضاء اداري/ تمييز/ 2017/ بتاريخ 2018 / 1 / 18

(2) ينظر: قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (1245/ قضاء أداري/ تمييز/ 2017/ بتاريخ 2019 / 1 / 18 .

الخاتمة

في خاتمة بحثنا هذا، توصلنا بما تراءى لنا من معطيات الى مجموعة من النتائج والتوصيات ، التي تشكل ثمار ومحصلة هذه الدراسة سوف نذكرها تباعا.

أولا : النتائج

1- أن المشرع العراقي نظم تضمين الموظف والمكلف بخدمة عامة في قانون خاص بذلك، وهو قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015، اذ يعد هذا القانون هو السند القانوني المباشر لتضمين الموظفين قيمة الأضرار التي يلحقونها بالمال العام بأخطائهم الموصوفة بالإهمال أو التقصير أو مخالفة القوانين والأنظمة والتعليمات، وابتغى المشرع من إصدار هذا القانون حماية الأموال العامة لاسيما مع كثرة الاعتداءات والتجاوزات عليها، وأسند هذا القانون للوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة صلاحية إصدار قرارات وأوامر إدارية تضمينية، لكن صياغة هذا القانون جعلت منه مقيد بقيدين مما قلل من فاعليته في حماية الأموال العامة وهذين القيدين احدهما شخصي والآخر موضوعي، فالأول (القيد الشخصي) يتمثل بمحدودية الأشخاص الخاضعين لنطاقه (وهم كل من الموظف والمكلف بخدمة عامة)، وبالتالي هي حماية نسبية اذ ان ما عدا هذه الفئات لا يخضع لحكم قانون التضمين، بل يتعين الرجوع إلى الأصل العام واستحصال حكم قضائي يلزمه بالتعويض. اما القيد الثاني (الموضوعي) فهو يتعلق بمحل منظومة الحماية أو موضوعها وغايتها فالقانون جاء وقصر الحماية على الأموال العامة دون

الأموال الخاصة للدولة (الدومين الخاص)، ولنا على هذه النتيجة مقترح نذكره في التوصيات.

2- أن السند القانوني للتضمن يرجع اولا إلى الدستور العراقي لعام 2005 والذي يقضي بحماية الأموال العامة والخاصة، فضلا عن السند التشريعي المباشر في قانون التضمنين رقم (31) لسنة 2015 وكما اوضحنا في النقطة السابقة، اضافة الى القوانين الاخرى ومنها القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، وقانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة 1991 المعدل.

3- ان المقصود بقرار التضمنين هو "قرار اداري يصدر عن السلطة المختصة تجاه الموظف أو المكلف بخدمة عامة التابع لها نتيجة سلوكه (الإيجابي أو السلبي) المرتكب بصورة عمدية أم بصورة حاطئة، والذي الحق ضرر بالأموال العامة، ويترتب عليه الزامه بدفع قيمة هذا الضرر الذي تسبب بحدوثه نتيجة مخالفة القواعد القانونية النافذة"، اما المقصود بالاختصاص في قرار التضمنين فهو "السلطة الممنوحة لأحدى الجهات التي خولها القانون تضمين الموظف العام التابع لها ويتمثل بالمبلغ المالي الذي يضمن مقابل الأضرار التي الحقت بالمال العام".

4- أن ركن الغاية في قرار التضمنين يكون على عدة صور منها: جبر الضرر، وكذلك ضمان سير المرفق العام بشكل منتظم ومستمر.

5- كي يصدر قرار التضمنين سليما وصحيحا من الجهة المختصة بإصداره، كان لابد من استيفائه لعدد من المتطلبات التي اوجب القانون تواجدها في قرار التضمنين، اولى

هذه المتطلبات تتعلق بالتحقيق الاداري الذي يسبق اصدار القرار بالتضمنين، اما المتطلبات الاخرى فهي تتعلق بكون ان قرار التضمنين هو قرار اداري يشترط فيه ما يشترط في القرار الاداري من اركان لا يمكن تصور وجود القرار بدونها، إذ عند تخلف احد هذه الأركان يصبح القرار الاداري موصوم بعيب عدم المشروعية، الأمر الذي يجعل منه قرار باطل أو معدوم، فللقرار الإداري خمسة أركان، بعضها شكلية، كالاختصاص والشكل، والبعض الأخر موضوعية كالسبب والمحل والغاية.

6- ان الجهة التي تتمتع بصلاحيه إجراء التحقيق قبل اصدار قرار التضمنين، تتمثل في الوزير المختص، ورئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة، والمحافظ، كذلك يعد رئيس مجلس الوزراء بمثابة الوزير المختص في ما يتعلق بالوزراء، ورؤساء الجهات غير المرتبطة بوزارة، كما يمكن لهذه الفئات أن تعمد إلى تفويض اختصاصها بأجراء التحقيق إلى من ترى انه أهلا لذلك، ويشترط ان لا تقل درجة المخول اليهم عن مدير عام.

7- أن اللجنة التحقيقية التي تتشكل قبل اصدار قرار التضمنين، يتم تشكيلها في الجهة المركزية للدائرة التي يتبعها الموظف، ويرجع ذلك إلى رغبة المشرع في إضفاء الصفة المركزية على إجراء التحقيق في هذا المجال، ولنا توصية في هذا الجانب سوف نذكرها في التوصيات.

8- إن المشرع اشترط أن يتم تشكيل اللجنة التحقيقية التي تسبق اصدار قرار التضمنين، من ذوي الخبرة والاختصاص، وتتمتع الإدارة بسلطة تقديري في هذا الشأن، اذا يمكنها أن تختار من ترى انه جديرا بأجراء التحقيق، كذلك تطلب المشرع أن يكون

احد أعضاء اللجنة التحقيقية حائزا على شهادة جامعية أولية في القانون، ولنا ملاحظة على هذا التنظيم القانوني سوف نذكرها في التوصيات.

9- يتم إجراء التحقيق الذي يسبق اصدار قرار التضمنين، بصورة مكتوبة، لسهولة الأثبات، وإمكانية الرجوع اليها كلما تطلب الأمر، اضافة الى امكانية الاستعانة بالشهود من اجل أثبات صحة الواقعة من عدمها كما تتمتع اللجنة التحقيقية بسلطة الاطلاع على ما تراه ضروريا من اجل الوصول إلى الحقيقة ثم تصدر توصية مسببة بتضمنين المسؤول من عدمه، كذلك يمكن للجنة التحقيقية أن تستعين بذوي الخبرة والاختصاص للاستئناس برأيهم، ومن دون أن يكون لهم حق التصويت على تضمين المسؤول عن الضرر من عدمه.

10- أن المشرع لم يعتد بالقصد عند حصول الضرر بالأموال العامة، إذ انه ساوى بين العمد وبين الخطأ من حيث المسؤولية، ولنا توصية في هذا الجانب سوف نذكرها في التوصيات.

11- أن مقدار مبلغ التضمنين يتم تحديده استنادا إلى الأسعار السائدة بتاريخ موافقة الرئيس الإداري للمضمن على توصية اللجنة التحقيقية بتضمنين الموظف أو المكلف بخدمة عامة، كما يجب أن يتم الانتهاء من إجراءات التحقيق والموافقة على التوصية التي تصدرها اللجنة التحقيقية خلال مدة اقل من (90) يوم من تاريخ حصول الضرر، ولنا على هذه النتيجة ملاحظة سوف نذكرها في التوصيات.

- 12- لا يمنع انتهاء خدمة الموظف أو مهمة المكلف بخدمة عامة أو نقلهما لأي سبب كان من تضمينه وفق أحكام قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015، ولنا على هذه النتيجة ملاحظة سوف نذكرها في التوصيات.
- 13- أن الجهة المختصة بالرقابة على قرارات التضمين تتمثل بمحكمة القضاء الإداري، والتي يمكن الطعن بقرارات هذه المحكمة أمام المحكمة الإدارية العليا .
- 14- يشترط تقديم تظلم من قرار التضمين من قبل المدعي (الموظف صاحب الشأن) أمام الجهة المختصة قبل الطعن بقرار التضمين امام القضاء، وهو مسلك حميد يثنى عليه المشرع، ونجد ان الحكمة من ذلك هو أتاحة الفرصة للجهة الإدارية التي أصدرت القرار بالتضمين في مراجعة قرارها، علما أن التظلم كأحد إجراءات الطعن في قرار التضمين هو إجراء استمده المشرع من قانون انضباط موظفي الدولة رقم (14) لسنة 1991 المعدل، إذ لم ينص عليه قانون التضمين الملغى رقم (12) لسنة 2006.
- 15- نجد أن المشرع العراقي في قانون التضمين الاخير رقم (31) لسنة 2015، كان موفقا في تحديد الجهة المختصة بالنظر في الطعون المقدمة على قرارات التضمين ان جعلها للقضاء الاداري (مجلس الدولة العراقي)، كونه المختص بالنظر في المنازعات الإدارية والتي تتميز بطابع خاص يميزها عن المنازعات التي تثار أمام القضاء العادي، لان قرار التضمين هو قرار إداري، كما أن منازعات التضمين تكون بين الموظف أو المكلف بخدمة عامة من جهة والإدارة التي يتبعها من جهة أخرى، او بين الاشخاص والادارة، فالإدارة طرف فيها، لذا فأن الاختصاص يكون

للقضاء الاداري وحسنا فعل المشرع العراقي، ولكن كان الأجدر بالمشرع أن يفرق بين المحاكم المختصة بالطعن، لاختلاف المركز القانوني لكل من الموظف، المكلف بخدمة عامة، والأشخاص، ووفقا للتعديل الذي سنذكره في التوصيات.

16- جاءت التطبيقات القضائية فيما يتعلق بقرار التضمين مؤكدة للمبادئ القانونية الاتية:

أ- ان القانون حدد الجهات المختصة بإصدار القرارات الادارية التضمينية على سبيل الحصر، إضافة إلى أن قرار التضمين الصادر من جهة ليست بذات اختصاص هو قرار معدوم ولا ينتج أي اثر قانوني.

ب- ان القانون حدد تشكيل اللجنة التحقيقية الخاصة بالتضمين، وهي بذلك تتكون من رئيس وعضوين من ذوي الخبرة والاختصاص على أن يكون احدهم حاصلًا على شهادة أولية في الأقل في اختصاص القانون، وعليه ان تشكيل لجنة تخالف الشكلية المطلوبة، يجعل قرارها مستحقًا للإلغاء.

ت- أن عدم تدوين محظر التحقيق مع الموظف او المكلف بخدمة عامة، من موجبات ابطال قرار التضمين .

ث- لا يسأل الموظف عن الضرر الذي أصاب المال العام اذا كان لسبب اجنبي عنه.

ج- لا يجوز تضمين الموظف الأضرار التي أصابة المال العام بدون ثبوت ارتكابه فعلاً تسبب في الحاق الضرر، وفي حال عدم ثبوت الضرر فأن اللجنة لا توصي بتضمين الموظف، فالتضمين مرتبط بصورة أساسية بالضرر وليس بالخطأ فان كان الخطأ لا يسبب ضرراً بالمال العام فأن اللجنة التضمينية لا توصي

بتضمينه، كما يجب تحديد من المسؤول عن أحداث الضرر سواءً أكان شخص واحد أو أكثر، وتحديد جسامة الفعل، وفي حال كون توصيات تلك اللجنة مخالفة فإن قرار التضمين الذي يبنى على تلك التوصيات يكون باطل.

ح- يتحمل الموظف قيمة الأضرار التي أصابت المال العام جراء الخطأ المرتكب منه.

خ- يكون قرار التضمين غير صحيح إذا لم يوجد ضرر بالمال العام.

د- لا يجوز استناد قرار التضمين في محضر لجنة تحقيق يخلو من بيان الفعل المنسوب للموظف والضرر والعلاقة السببية بينهما.

ذ- إن توصيات اللجنة التضمينية بعد المصادقة تعد ملزمة ولا يجوز التحقيق بالضرر مرة أخرى، أما في ما اذا لم يصادق عليها فإن بإمكان صاحب الاختصاص بإصدار قرار التضمين بأعاده التوصيات إلى اللجنة لغرض إعادة النظر بالتوصيات وهذا ما أكده القضاء العراقي، وبذلك فإن توصيات اللجنة غير ملزمة لصاحب الاختصاص ومن اهم توصياتها هو تحديد مبلغ التضمين الواجب دفعه من قبل الموظف أو المكلف بخدمة عامة الذي احدث ضرراً بالمال العام

ر- الخطأ الموجب لتحقيق مسؤولية الموظف عن الضرر الذي أصاب المال العام هو الخطأ الذي لا يقع به الشخص المعتاد، اذ ان تضمين الموظف قيمة الأضرار التي أصابة المال العام يستوجب التحقق من توافر أركان المسؤولية التقصيرية، أي توافر الخطأ التقصيري والذي يراد منه الإخلال بالتزام قانوني سابق بعدم الأضرار بالغير والذي يصدر عن ادراك. وان المعيار العام الذي يحدد الخطأ

الذي يقوم على إساسه قرار التضمين يكون على أساس معيار الشخص المعتاد استناداً إلى قواعد القانون المدني، لذلك فإن سلوك الموظف يجب أن يقارن بسلوك الشخص الطبيعي المعتاد الذي تسبب بأضرار بالمال العام .

ثانيا : التوصيات

1- ضرورة اتساع النطاق الشخصي للتضمين، بمعنى يجب أن لا يقتصر على الموظف والمكلف بخدمة عامة، وإنما يجب أن يشمل كل من الحق ضررا بالأموال العامة، سواء أكان شخصا طبيعيا أم شخصا معنويا، كما يفضل استبدال مصطلح (الخزينة العامة) بمصطلح (الأموال العامة) كون الأخير ينصرف إلى الأموال المنقولة وغير المنقولة، فضلا عن التفرقة بين العمد وبين الخطأ عند الأضرار بالأموال العامة، لذلك نوصي أن تكون المادة (1) قانون التضمين على النحو الآتي:

(يضمن الموظف أو المكلف بخدمة عامة أو الأشخاص قيمة الأضرار التي تلحق بالأموال العامة بما لا يقل عن ضعف قيمة الضرر عند تعمد أحداث الضرر، والتضمين بمقدار الضرر عند حصول الضرر عن طريق الخطأ) .

2- ان قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015، قصر الحماية على الأموال العامة دون الأموال الخاصة (الدومين الخاص)، وهذا اتجاه لا نتفق معه وندعو المشرع الى تعديله، لان الاموال الخاصة للدولة هي أيضا أموال تابعة للدولة وتحقق النفع العام

بصورة غير مباشرة، اضافة للأرباح التي تدرها للدولة والتي من المفترض ان تخصص للمنفعة العامة ايضا.

3- أن العلاقة التي تربط الموظف مع الدائرة التي يتبعها هي علاقة تنظيمية، إذ يترتب على الموظف جملة من الحقوق والالتزامات، وان حصول أي خلاف بهذا الشأن يمكن رفعه إلى محكمة قضاء الموظفين، وهذا ما بينته المادة (7) قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل، ألا أن المادة (6) قانون التضمنين النافذ رقم (31) لسنة 2015، جعلته من اختصاص محكمة القضاء الإداري، وكان الأجدر بالمشرع أن يفرق بين المحاكم المختصة بالطعن، لاختلاف المركز القانوني لكل من الموظف، المكلف بخمة عامة، والأشخاص، لذلك يقتضي تعديل المادة (6/أولا) لتكون على النحو الاتي:

(للمضمن الطعن بقرار التضمنين، وعلى النحو الاتي: 1- الموظف : يتم الطعن أمام محكمة قضاء الموظفين 2- المكلف بخدمة عامة والاشخاص : يتم الطعن أمام محكمة القضاء الإداري) .

4- بما أن التضمنين ينصب بشكل أساس على الجانب المالي، لذلك نقترح ضرورة اشراك عضو مالي في اللجنة التحقيقية، لذلك يقتضي تعديل المادة (2/أولا) قانون التضمنين لتكون على النحو الاتي:

(يشكل الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظ أو من يخوله أي منهم لجنة تحقيقية من رئيس و عضوين من ذوي الخبرة و الاختصاص على أن

يكون احدهم حاصلًا على شهادة جامعية أولية في القانون، وآخر حاصلًا على شهادة جامعية أولية في الإدارة والاقتصاد) .

5- نوصي انه عند انتهاء اللجنة التحقيقية من مهامها فأتمها تعمد إلى إصدار توصية بنتيجة التحقيق وليس قرارًا كما أشارت اليه المادة (3) من قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015، كذلك نوصي أن يتم استكمال إجراءات التحقيق والمصادقة خلال مدة اقل من (90) يوم من تاريخ اكتشاف الضرر الذي لحق بالمال العام، وليس من تاريخ حصول الضرر، لذلك يقتضي تعديلها لتكون على النحو الآتي:

(يحدد مبلغ التضمين على وفق الأسعار السائدة بتاريخ مصادقة الوزير أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظ على قرار اللجنة التحقيقية المشكّلة بموجب البند (أولاً) من المادة -2- من هذا القانون على أن تستكمل إجراءات التحقيق و المصادقة خلال مدة لا تزيد على (90) يوماً من تاريخ اكتشاف الضرر) .

6- نصت المادة (7/ رابعاً) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل، على "تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناء على طلب من ذي مصلحة معلومة وحالة ممكنة، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي أن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن".

يلاحظ على النص السابق أن المشرع قد اخفق في استخدام التسمية الصحيحة فيما يتعلق باختصاص محكمة القضاء الإداري من خلال النص على اختصاصها بالنظر في صحة (الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية) إذ كان من الأجدر بالمشرع أن ينص على الولاية العامة للقضاء الإداري في النظر بصحة القرارات الإدارية التي تنطوي في ظلها جميع التسميات، إذ أن كل من الأمر والنظام يعدان قرار إداري، وهذا الأخير ينصرف إلى القرار الإداري الفردي والتنظيمي، لذا ندعو المشرع لتعديل ذلك واستخدام التسمية القانونية الصحيحة (النظر في صحة القرارات الادارية التي تصدر ...).

7- أن المشرع لم يعتد بالقصد عند حصول الضرر بالأموال العامة، إذ انه ساوى بين العمد وبين الخطأ من حيث المسؤولية، وهذا ما لا يمكن الأخذ به؛ كونه يجافي قواعد العدالة، لذلك يفترض من المشرع أن ينص على الزام المتعمد بأعادة ضعف مبلغ التضمين إلى السلطة التي حصل الأضرار بأموالها؛ كون وجوده في الوظيفة العامة أو التكليف بخدمة عامة يشكل خطرا على المصلحة العامة، على عكس الموظف أو المكلف بخدمة عامة الذي يسبب الضرر بالأموال العامة عن طريق الخطأ

لذا نجد ضرورة اضافة فقرة إلى المادة (4) من قانون التضمين بمضاعفة مبلغ التضمين عند تعمد الأضرار بالمال العام، والزام المضمن بدفع مبلغ يساوي مقدار الضرر عند الأضرار بالمال العام عن طريق الخطأ، كذلك نوصي بتعديل هذه المادة فيما يتعلق بجواز تقسيط مبلغ التضمين عن طريق اذن من قبل الجهة المختصة، لتكون هذه المادة على النحو الاتي:

(1- يلتزم المضمن بدفع ضعف مبلغ التضمين عند تعمد الأضرار بالمال العام، ويلتزم بدفع مقدار الضرر عند الأضرار بالمال العام عن طريق الخطأ 2- يسدد ضعف مبلغ التضمين دفعة واحدة ويعاقب بالسجن عند عدم تسديد مبلغ التضمين 3- عند عدم تسديد مبلغ التضمين رغم انقضاء مدة السجن، يحق للمؤسسة المتضررة أن تلجأ إلى أحكام قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980 من اجل استحصال مبلغ التضمين) .

بعد القران الكريم

المراجع

أولاً: كتب اللغة

1- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتب العربي، بيروت، لبنان، 1981.

2- مجد الدين يعقوب الفيروز، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987.

ثانيا: الكتب

1- د. إبراهيم طه الفياض، القانون الإداري، مكتبة الفياض، الكويت، 1988.

2- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار الجامعة،

1983.

3- د. حسن على الذنون، أحكام الالتزام، مطبعة المعارف، بدون سنة طبع او نشر.

4- د. حميد حنون خالد، مبادئ القانون الدستوري ونظور النظام السياسي في العراق،

دار السنهوري، بيروت، 2015.

5- . سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، الجزء 2، ط1996، دار المطبوعات

الجامعية، الإسكندرية.

6- د. سليمان محمد المطاوي، القضاء الإداري ورقابة أعمال الإدارة ، ط3، دار الفكر

العربي، القاهرة، 1961.

7- د . سليمان محمد المطاوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الخامسة ،دار

الفكر العربي، القاهرة، 1984.

8- د. طاهر الجنابي، علم المالية العامة والتشريع المالي، ط4، العاتق، القاهرة، 2011.

9- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الإدارية (في الفقه وقضاء مجلس الدولة)،

منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.

10- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني ، ج1 ، مصادر

الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 2007.

- 11- د. علي محمد بدير، د. مهدي ياسين السلامي، د. عصام عبد الوهاب البرنجين، مبادئ وأحكام القانون الإداري، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة نشر.
- 12- د. غازي فيصل ، د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري ، الطبعة الثالثة، دار السلام، النجف الأشرف، 2017.
- 13- د. غازي فيصل مهدي، د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري، الطبعة الرابعة، دار السلام، 2020.
- 14- لفته هامل العجيلي، قرارات مجلس الدولة (للسنوات 2010/ إلى 2015)، مكتبة السنهوري.
- 15- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، 1983.
- 16- د. ماجد راغب الحلو، القرارات الإدارية، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2007.
- 17- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2008.
- 18- د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، ط3، 2010، مطبعة جامعة دهبوك، 2010.
- 19- د. مازن ليلو راضي، أصول القضاء الإداري ، الطبعة الرابعة، دار المسلة ، لبنان، 2017.

- 20- د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، العاتك، المكتبة القانونية، بغداد.
- 21- د. ماهر صالح علاوي: القرار الإداري، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1991.
- 22- مجد الدين يعقوب الفيروز، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987.
- 23- د. نواف كنعان، القانون الإداري، الجزء الثاني، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- 24- القاضي ياسر محمد سعيد قدو، الحماية الجنائية للمال العام وأسباب الفساد وسبل المكافحة والعلاج، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2018.

ثالثا: الاطاريح والرسائل

- 1- د. حنان محمد مطلق القيسي، النظام القانوني لتضمين الموظف العام في التشريع العراقي، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1996.
- 2- رشا محمد جعفر الهاشمي، سلطة الإدارة في تضمين الموظف في القانون العراقي، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2014.
- 3- مجيد حميد العنبي، اثر المصلحة في تشريع الأحكام في النظامين الإسلامي والإنكليزي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة ميسان، 2019.

4- مهند فلاح حسن، تضمين الموظف العام في القانون العراقي، رسالة ماجستير

مقدمة إلى مجلس كلية القانون- جامعة بابل، 2011.

5- ميسون علي عبد لهادي الحسناوي، التنظيم القانوني للمحكمة الإدارية العليا في

العراق، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2015.

رابعاً: البحوث القانونية

1- د. خالد خليل الظاهر، طبيعة المال العام ووسائل حمايته (دراسة مقارنة) مجلة العلوم

القانونية ، العدد الثاني ، 1994.

2- زينب عباس محسن، التضمين حماية لأموال الدولة رؤية قانونية في أحكام قانونية في

أحكام قانون التضمين الجديد رقم (31) لسنة 2015، بحث منشور في مجلة

القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد(1)، المجلد(9)، حزيران 2018.

3- سوسن عبد الستار علي، الرقابة على مشروعية سبب القرار الإداري في قضاء مجلس

الدولة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق لسنة (6)، العدد (1) ، الجزء

(2) ، 2021.

4- د. علياء غازي فيصل وعادل شياع مرعي البياتي، إجراءات الإدارة في تضمين

الموظف العام، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة(2) العدد(2)،

المجلد(2)، الجزء(2)، كانون الأول، 2018.

5- وليد مرزة المخزومي، التضمين في القانون العراقي، مجلة العلوم القانونية، كلية

القانون، جامعة بغداد، مجلد 24، 2009 .

خامساً: القوانين

أ- الدساتير:

1- الدستور العراقي لسنة 2005

ب- التشريعات الداخلية:

2- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.

3- قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل.

4- قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979.

5- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة 1991 المعدل.

6- قانون التضمين رقم (12) لسنة 2006 الملغى.

7- تعديل قانون مجلس الدولة العراقي رقم (17) لسنة 2013.

8- قانون التضمين رقم (31) لسنة 2015 النافذ.

9- تعديل قانون مجلس الدولة العراقي رقم (71) لسنة 2017.

ج- التشريعات الفرعية:

10- قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (120) لسنة 1994 .

11- تعليمات رقم (2) لسنة 2017 - تعليمات تسهيل تنفيذ قانون التضمين

رقم (31) لسنة 2015.

سادسا: القرارات القضائية

1- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 57/ اتحادية 2017 .

- 2- قرار محكمة القضاء الإداري المرقم (1278) في 12/12/2016.
- 3- قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (1345/أداري/تميز/2019) في 13/2/2019.
- 4- قرار محكمة استئناف بغداد-الكرخ-الاتحادية، المرقم، (413) في 26/6/2013.
- 5- قرار مجلس الدولة المرقم (22) لسنة 2010.
- 6- قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (459/ادري/تميز/2017) في 18/1/2018.
- 7- قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (415/قضاء أداري/تميز/2018) في 14/6/2018.
- 8- قرار محكمة القضاء الإداري رقم 480/ قضاء أداري/ تميز / 2017 / بتاريخ 18 / 2018.
- 9- قرار الانضباط العام رقم 89/ انضباط/ 2007 في 22 / 4 / 2007.
- 10- رأي مجلس الدولة رقم (15 / 2014).
- 11- حكم محكمة استئناف بغداد -الرصافة الاتحادية رقم (1035) في 29/11/2010.
- 12- قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (1245/ قضاء أداري/ تميز/2017/تاريخ 18/1/2019).
- 13- قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (1881/قضاء أداري/تميز/2019).
- 14- قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (576/ قضاء أداري/تميز/2016، في 1/11/2018).

15- قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (496/قضاء أداري/تميز/2019)، في
2018/11/1).

16- قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (1066/قضاء أداري/تميز/2018) في
2018/11/8).

سابعا: المواقع الالكترونية

1- القاضي رحيم حسن العكيلي / صلاحيات المفتش العام الانضباطية / منشور على
الموقع الالكتروني (تاريخ الزيارة 2022/6/29):

Rahimaqeeli.blogspot.com

ثامنا: المصادر الاجنبية

1- Ahmed MAHIOU , Cours D' institutions
Administratives , 3ème Edition , Office Des Publications
Universitaires , Alger , 1981.

2- André DE LAUBADERE, Traité de droit
administratif, op.cit.

3- Martine LOMBARD, droit administratif, 6ème édition, Dalloz, paris, 2005.