

محاضرات في القضاء الإداري

الكتاب المنهجي المعتمد في الكلية: القضاء الإداري - تأليف د. وسام صيار العاني- ط 2015.
اعداد مدرس المادة (كتابة وملاحظات اضافية): م.د. حيدر نجيب احمد فائق المفتي.
الجامعة والكلية والقسم: جامعة ديالى- كلية القانون والعلوم السياسية- قسم القانون.
المستوى أو المرحلة الجامعية والدراسة: المرحلة الثالثة- الدراسة (الصباحية- المسائية).
العام الدراسي: 2020-2021م.

*ملاحظة عامة: لا تعتبر هذه المحاضرات منهج شامل لما ورد فيها من معلومات وعناوين أو محتوى، ولا يمكن اعتمادها كملزمة أو محاضرات كافية للاستعاضة بها عن الكتاب المنهجي نفسه، فهي مختصرة جدا للتفاصيل الواردة فيها مقارنة بالكتاب المنهجي المحدد أعلاه.

مقدمة عامة:

من المعروف ان القانون الدستوري هو قانون نظام الحكم في الدولة، اما القانون الإداري فهو قانون الإدارة العامة وهو فرع من فروع القانون العام الداخلي الذي يتكون من مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الإدارة العامة وعلاقتها مع الافراد أو علاقة الهيئات الإدارية بعضها مع البعض الآخر وكل ما يتعلق بحل النزاعات بين الإدارة والافراد الناشئة عن النشاط الإداري، اما الإدارة العامة فهي مجموع الهيئات الإدارية والسلطات والأشخاص الذين يتولون وظيفة الدولة وإدارة المشاريع العامة أو الاشراف عليها لتلبية الحاجات العامة خشية من عدم الوفاء بها أو توفيرها اذا كانت تحت إدارة المبادرات الفردية أو النشاط الخاص، فالقانون الإداري اذن يتضمن باختصار تنظيم النشاط الإداري للإدارة العامة وعلاقتها مع الافراد والفصل في النزاعات الناشئة بينهما كإدارة عامة ومحلية أو بينها وبين الافراد بسبب النشاط العام الإداري.

اما عن مفهوم القضاء الإداري فهو يتضمن دراسة القواعد المتعلقة بالفصل في المنازعات الإدارية، أي بحث وتحديد أسس التنظيم القضائي من حيث تحديد الجهات القضائية المختصة بالفصل في المنازعات الإدارية واختصاصاتها والإجراءات المتبعة لنظر تلك النزاعات وشروط ومراحل التقاضي والإجراءات والشكليات وأوضاع الخصومة القضائية وكل ما يتعلق بالحقوق والضمانات والالتزامات المتبادلة بين اطراف الخصومة الادارية...الخ.

والقضاء الإداري هو مضمون الاطار الشكلي والاجرائي وليس الموضوعي لقواعد القانون الإداري، وله أهمية نظرية لانه يمثل الجزاء الحقيقي والفعال المترتب على مخالفة مبدأ المشروعية القانونية، وله أهمية عملية من حيث ان القضاء الإداري يسلط الضوء على الدور الخطير والفعال للقاضي الإداري الذي يحسم النزاع الإداري ويحدد نهاية المواجهة بين المصلحة العامة للحكومة وبين المصلحة الخاصة للافراد وحقوقهم والتوفيق بين السلطة والحرية وتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة، وازدادت أهمية القضاء الإداري نتيجة للتطور العلمي والفني في المجتمع الذي بدوره أدى الى زيادة نشاط الدولة وتدخلها في أنشطة جديدة كانت حكرًا للنشاط الخاص إضافة الى تنوع وزيادة المرفق العام ووظائف الدولة نتيجة لزيادة احتياجات الافراد في المجتمع. ص 5-7

مبدأ المشروعية القانونية:

هو الخضوع لأحكام القانون، أي خضوع الجميع لأحكام القانون حكاما ومحكومين، فتطبيق احكام القانون يكون على جميع السلطات في الدولة، وهي ملزمة بتطبيقه والالتزام بحدوده، وان القانون الواجب التطبيق هو القانون بمعناه الواسع القائم في الدولة وليس فقط الموضوع من السلطة التشريعية، فالقانون ينظم مهمة

الرقابة على اعمال السلطات في الدولة التي تتقيد بأحكامه عند ممارستها لوظائفها، ومبدأ المشروعية في الواقع ينصرف عادة في التطبيق لجميع السلطات في الدولة، لكن ما يهمنا هنا ان مبدأ المشروعية في نطاق الإدارة العامة وفي اطار القضاء الإداري (مبدأ المشروعية الإدارية) وهو خضوع الإدارة في اعمالها للقانون والتقيد بأحكامه في مباشرتها لوظائفها ولرقابة القضاء الإداري عند اثاره الدفع بعدم مشروعية تصرفاتها من الغير (الافراد وغيرهم).

وقد انقسم الفقه في تفسير خضوع الإدارة لمبدأ المشروعية الى الاتي: (1- الرأي الأول: يرى ان لا تأتي الإدارة بتصرف مخالف لأحكام القانون حتى يكون تصرفها مشروعاً، 2- الرأي الثاني: يذهب الى ان تستند الإدارة في تصرفها وكل عمل تقوم به الى قاعدة قانونية مكتوبة او عرفية او مبدأ قانوني ولا يكفي فقط ان لا يكون مخالف للقانون حتى يكون تصرفها مشروعاً، 3- الرأي الثالث: يرى ان تصرف الإدارة يجب ان يكون تنفيذا لقاعدة قانونية قائمة مسبقاً)، والرأي الأول والثاني يكمل بعضهما البعض وغير متعارضين ومتفق عليهما فقهاً، اما الرأي الثالث فهو يجعل من الإدارة أداة صماء وإداة لتنفيذ القانون بعيدة عن الخلق والابداع

والحرية في تصرفاتها وفقاً للظروف والتطورات فهو يوسع من مبدأ المشروعية القانونية. ص 9-10

مصادر مبدأ المشروعية القانونية:

مبدأ المشروعية القانونية يمثل الخضوع لجميع أحكام القانون الوضعي بمعناه الواسع أيا كانت مصادره مدونة (مكتوبة) مثل الدستور والمعاهدات والاتفاقيات الدولية والتشريع العادي والأنظمة أو القرارات التنظيمية والأحكام القضائية أو غير مدونة (غير مكتوبة) مثل العرف والمبادئ القانونية العامة، فلا يمثل مبدأ المشروعية القانونية بالخضوع لأحكام القانون بمعناه الضيق أي للقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية فقط، ويمكن توضيح المصادر السابقة لمبدأ المشروعية القانونية على النحو الآتي: ص 11

أولاً: المصادر المدونة (المكتوبة):

1 - الدستور: القواعد الدستورية هي تأتي في مقدمة المصادر المكتوبة وهي الأسمى على جميع القواعد القانونية الأخرى في كل نظام قانوني قائم في كل دولة وتخضع لها الإدارة لأنها تنظم أعمال واختصاصات جميع السلطات العامة في الدولة وكيفية ممارستها، وتتضمن فلسفة النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي القائم والغايات والأهداف وتحديد حقوق الأفراد وحماية الحريات والالتزامات. وعن القيمة القانونية لمقدمة الدساتير أو الديباجة للدستور وإعلانات الحقوق المنفصلة عن الدستور فقد اختلفت وتوزعت الآراء الفقهية في هذا الجانب، وكالاتي:

أ - لها قيمة قانونية اعلى من النصوص الدستورية لأنها تمثل المبادئ العامة الأساسية للضمير الإنساني العالي وهي تعبير عن الإرادة العليا للامة وتمثل جوهر الفلسفة التي تنبني عليها النصوص الدستورية، بالتالي هي ملزمة للسلطة التأسيسية ومن باب أولى للسلطة المؤسسة.

ب - هي مساوية لنصوص الدستور لأنها تعبير عن إرادة السلطة التأسيسية كما هو الإلزام بالنص الدستوري.

ت - لها قيمة مساوية لنصوص القوانين العادية والإدارة ملزمة باحترامها لأنها تتضمن حقوق وتحمي الحريات ولكن لا ترتقي لمستوى النص الدستوري الجامد لان واضعيها لم يدرجوها في صلب الدستور، ويمكن أن يجوز للمشرع العادي تعديلها وملزمة للإدارة كما تلتزم باحترام وتطبيق القانون العادي.

ث - ليست لها قيمة أو إلزام قانوني، لأنها تتضمن مبادئ سياسية وفلسفية ليست لها قوة قانونية وإنما أدبية تمثل أهداف وأمال واضعي الدستور.

ج - يجب التمييز إذا كانت في صياغتها وشكلها تتضمن قواعد قانونية لإنشاء مراكز قانونية فهي ملزمة قانوناً كالنص الدستوري، وما صيغ منها في شكله كمبادئ عامة وأهداف وتوجيهات فيكون مجرد من الإلزام القانوني.

وبالنسبة لموقف مجلس الدولة الفرنسي من الزامية مقدمات الدساتير أو الديباجة أو إعلانات الحقوق المنفصلة عن الدستور بداية كان ينظر لها على انها مجرد مبادئ قانونية عامة أو عرفية وليست نصوص قانونية مكتوبة، ثم تطور موقفه منها نسبياً بان نصوصها قواعد قانونية ملزمة للإدارة وتنفيد في تصرفاتها بها ويبطل كل عمل لها مخالف لمضمونها.

أخيراً هي ملزمة ولها قوة قانونية كما للنص الدستوري لأنها تنبع من إرادة السلطة التأسيسية، بل هي اعلى من النص الدستوري لما يشكل منها قواعد قانونية لأنها تمثل المبادئ الأساسية المستقرة في الضمير الإنساني العالمي، بالتالي هي مقيدة للسلطة المؤسسة والإدارة على حد سواء، فهذه

النصوص هي أهداف عامة ومبادئ أساسية ترسم الإطار العام السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة، أما نصوص الدستور إنما تمثل القواعد التفصيلية المنظمة لعمل واختصاص السلطات العامة القائمة في الدولة في ضوء هذه الأهداف وفي حدود هذا الإطار. ص 12-15

2- المعاهدات والاتفاقات الدولية: وهي مصدر من مصادر المشروعية المكتوبة بشرط أن تكون مصدقة من السلطة المختصة وفقا للإجراءات القانونية عندها تكون جزء من القانون الداخلي للدولة ويلتزم بها الأفراد والسلطات العامة باحترامها والنزول عند أحكامها، والقيمة القانونية لها مختلفة من دولة لأخرى، في فرنسا لها قوة الزام أعلى من القوانين العادية وفي مصر هي بمرتبة القوانين العادية، في العراق لم تتضمن الدساتير نصوص صريحة عن قوتها القانونية ولكنها حددت كيفية المصادقة عليها والجهة المختصة بذلك، مثلا في دستور العراق لسنة 1925 أن الملك يعقد المعاهدة ولا تصادق إلا بعد موافقة مجلس الأمة، في دستور 2005 النافذ أن مجلس الوزراء هو الذي يتفاوض في المعاهدات والاتفاقات والتوقيع عليها أو من يخوله (م80- سادسا) وإن مجلس النواب يتولى تنظيم عملية المصادقة بقانون بأغلبية ثلثي الأعضاء (م61- رابعا) وإن رئيس الجمهورية هو من يصادق عليها بعد موافقة مجلس النواب وتعتبر مصادقا عليها بعد مضي 15 يوم من تسلمها (م73- ثانيا)، ومن كل ذلك يتضح أن المعاهدات والاتفاقات الدولية لها قوة قانونية بمستوى القوانين العادية أن لم تكن أعلى مستوى منها. ص 15-17

3- التشريعات العادية: وهي مجموعة القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية بحكم اختصاصها التشريعي دستوريا لتنظيم مختلف العلاقات ومجالات الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وهي في المرتبة الثانية للتدرج القانوني بعد النصوص الدستورية، وهي ملزمة للجهة الإدارية وواجبة الاتباع والاحترام والتطبيق، وبخلاف ذلك تكون إجراءاتها وتصرفاتها أو أعمالها عرضة للإلغاء والإبطال، ولا يعني ذلك الخضوع الرئاسي بحيث يخضع موظفو الإدارة للسلطة التشريعية وإنما يخضعون لها وظيفيا فقط باتباع القوانين ذات العلاقة بعمل الجهات الإدارية المشرعة من السلطة التشريعية وعلى أساس مبدأ الفصل بين السلطات، ولا يعني ذلك أيضا التزام الإدارة بتطبيق جميع القواعد القانونية وإنما تطبق فقط ما يتعلق بنشاطها والوظائف التي تمارسها وما يلزم فقط مع طبيعة النشاط الإداري منها، فلا تطبق مثلا القانون المدني أو التجاري إلا إذا كانت تتعلق أو تتلائم مع جانب من وظيفتها العامة أو تخاطب الإدارة أو باختيارها. ص 17-18

4- الأنظمة (اللوائح) أو القرارات التنظيمية: أن الجهات الإدارية أو السلطة التنفيذية يقع على عاتقها القيام بأعمال إدارية عند مباشرة الوظيفة والنشاط لإشباع الحاجات العامة لأفراد المجتمع، وبذلك يصدر عنها أعمال قانونية تتضمن قرارات إدارية تنظيمية أو حتى فردية، وما يهمنها هو القرارات التنظيمية التي تعرف بشكل عام وتمثل قواعد عامة مجردة ملزمة في التطبيق وتخاطب الأفراد بصفاتهم لا بذواتهم لإحداث مراكز قانونية جديدة أو تعديلها أو إلغاءها ولذلك هي جزء من البناء القانوني القائم في الدولة ومصدرا مكتوبا للمشروعية القانونية وتلتزم الإدارة باحترامها وتطبيقها وعدم مخالفتها بقرارات فردية، وهي على أنواع مثلا التنفيذية (اللوائح التي تصدرها الإدارة بغرض وضع القانون موضع التنفيذ، وهي تخضع تماما للقانون وتتقيد به وتتبعه، فلا تملك أن تعدل فيه أو تضيف إليه أو تعطل تنفيذه) أو مستقلة (اللوائح التي تتعدى تنفيذ القوانين إلى تنظيم بعض الأمور التي لم يتطرق إليها القانون فتقترب وظيفتها من التشريع) والأنظمة أو اللوائح التفويضية (القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية لتنظيم بعض المسائل الداخلة أصلا في نطاق التشريع ويكون لهذه القرارات قوة القانون سواء أصدرت في غيبة السلطة التشريعية أو في حال انعقادها)، ومن القرارات التنظيمية مثلا المتعلقة بإنشاء المرفق العام أو تنظيم أدارته أو ما يخص الضبط الإداري أو حالات الضرورة وغيرها.

والأنظمة أو اللوائح هي عمل إداري من الناحية الشكلية لأنها صادرة عن السلطة التنفيذية أو إحدى الجهات الإدارية المختصة وهي عمل تشريعي من الناحية الموضوعية لأنها تتضمن قواعد عامة مجردة صادرة عن السلطة التنفيذية، وإن السلطة التي صدرت عنها هذه القرارات هي المختصة بإلغائها أو تعديلها وتبقى ملزمة طالما كانت باقية لم تلغى أو لم تعدل. ص 18-20

5- الأحكام القضائية: قد يواجه القضاء خلال نظر الدعاوى ومباشرة لوظيفته بعض الحالات التي لا يوجد لها نص قانوني يحكمها، عندها يلجأ القاضي إلى القواعد المستقرة في ضمير الجماعة والمشرع ومن المبادئ العامة في فروع القانون الأخرى إذا كانت ملائمة لأعمال الإدارة العامة أو يلجأ القاضي إلى قواعد القانون الوضعي المبادئ العامة للعدالة، وبخلاف ذلك فإن القاضي يعتبر منكرا للعدالة وممتنع عن إحقاق الحق، وما يستوحيه أو يبتدعه القاضي من أحكام قضائية ومبادئ جديدة ستدعم القانون الإداري غير المقنن بالأساس وتكون مصدرا مكتوبا للمشروعية التي تلتزم الإدارة باتباعها وبطلان تصرفاتها المخالفة لها، وهي أحكام قضائية تحوز حجية الشيء المقضي به، أي قيام قرينة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات العكس لاستقرار النظام القانوني وتكون حل نهائي للمنازعات وإن الأحكام والإجراءات التي أدت إليها صحيحة قانونا وهي عنوان لتحقيق القانونية.

والقاعدة العامة هي أن الحكم القضائي له حجية نسبية يسري على أطراف الخصومة فقط، والاستثناء له حجية مطلقة يمكن الكافة الاحتجاج به مثل الحكم بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة التي تنصرف بأثر الغائها إلى الجميع وليس فقط لأطراف الخصومة أو البعض. وعلى الأفراد والإدارة تنفيذ الحكم القضائي سواء كان صادرا في مواجهة أو لمصلحة الأفراد أم الإدارة، فحكم القضاء ينصرف بآثاره في التطبيق والتنفيذ إلى الجميع، وعلى الإدارة التنفيذ ولا كانت ممتنعة

عن تنفيذ الحكم القضائي ومخالفة لأحكام القانون ولمبدأ المشروعية لان الحكم القضائي يكون بمستوى أحكام القانون.

والأحكام القضائية لا تتضمن قواعد عامة مجردة كما هو الوضع لأحكام القانون، إلا انها تعتبر من مصادر المشروعية احتراماً لحجية الشيء المقضي به، فهي من تطبيقات المبادئ القانونية العامة.

ص 20-22

ثانيا: المصادر غير المدونة (غير المكتوبة):

1- العرف: هو بشكل عام هو عادة او سلوك درج الناس على اتباعها لمدة من الزمن في تنظيم علاقاتهم مع إحساسهم بالإنزاهما، والعرف القانوني هو الذي يعتبر قواعد لم تصدر عن السلطة العامة نشأت عن الاستعمال العام المستمر مع الشعور بالإنزاهية اتباعها ووجود جزاء عن خالفها، أما العرف الإداري فهو ما جرى عليه العمل من جانب الإدارة في تنظيم شؤونها بشكل مضطرد مستمر وعام ودائم فيشكل بذلك قواعد عرفية واجبة الاتباع ما لم تلغى أو تعدل، والعرف بشكل عام هو مصدر لقواعد القانون الخاص العام على حد سواء، والعرف يشترط به في مجال الإدارة بالعمومية والتجريد وان يكون دائم في التطبيق غير متقطع وبشكل منتظم ومتكرر لتنظيم شؤون الإدارة، كذلك يجب أن لا تخالف القاعدة العرفية لنص قانوني قائم لان العرف يأتي بمنزلة ادنى من التشريعات القانونية النافذة الدستورية والقانونية أو الخروج عنها.

وتبقى الإدارة ملزمة بتطبيق القاعدة العرفية لحين الغائها أو تعديلها وهي تمتلك هذه الصلاحية بالأصل من دون أن يكون اتباع القاعدة العرفية أبدي إلى ما لا نهاية، فإذا عدلت الإدارة عن تطبيق قاعدة عرفية إلى أخرى أو خالفها بتطبيق أخرى جديدة فان قراراتها لا تكون مخالفة طالما كان قصد الإدارة العدول عن تطبيق القاعدة العرفية القديمة إلى أخرى جديدة لثبوت أفضليتها في مجال الإدارة العامة، والقضاء هو المرجع المختص في تحديد حقيقة وقصد تصرف الإدارة في هذا المجال.

ص 22-24

2- المبادئ القانونية العامة: وهي قواعد قانونية غير مكتوبة يستخلصها القضاء من روح التشريعات وظروف المجتمع السياسية والاجتماعية ومبادئ العدالة والإنصاف ويعلمها في أحكامه فتكون مصدرا للمشروعية، وأساس وجودها وإنزاهيتها هو مجلس الدولة الفرنسي خصوصا بعد الحرب العالمية الثانية في إحلالها محل النصوص الدستورية التي انهارت بسبب الاحتلال وغيرها من أحداث تاريخية، والقضاء لا يخلق هذه المبادئ القانونية وإنما يكشف عنها لوجودها بالضمير العام الإنساني للجماعة وروح التشريع بالأصل التي لم يفصح عنها بنصوص صريحة، مثلا مبادئ المساواة أمام القانون وأمام الضرائب والوظائف العامة واستعمال الأموال العامة والانتفاع بخدمات المرفق العام وأمام الأعباء أو التكاليف العامة واستمرار سير المرفق العام وعدم رجعية القرارات الإدارية وتخصيص المؤسسات العامة.

وقد مرت القوة الملزمة لمبادئ القانون العامة بتطور تاريخي طويل خصوصا في فرنسا، فقبل صدور دستور 1958 كانت قوتها الإنزاهية برأي الفقه والقضاء بمرتبة القوانين العادية، وبعد صدوره بحسب بعض الآراء الفقهية (رأي الفقيه فيدل) أن مبادئ القانون العامة لها مرتبة أعلى من القوانين العادية (قيمة دستورية) وهذا ما عارضه الفقه آنذاك لأسباب تتعلق بتدرج قواعد القانون واحترام الإدارة لهذا التدرج في قراراتها التنظيمية والتناقضات في هذا الجانب وغير ذلك من أسباب أخرى، وعلى العموم أن المستقر عليه حاليا في فرنسا انها بمرتبة القوانين العادية ويجب على الإدارة اتباعها والالتزام بها في أعمالها، وفي مصر فان الاتجاه السائد بان القوة القانونية والإنزاهية مبادئ القانون العامة للإدارة هي نفس الاتجاه في فرنسا ولا تقيد المشرع، وفي الأردن فان الفقه والقضاء قد استقر على أن لها مرتبة ادنى من القوانين العادية، وفي العراق لا يوجد ما يحدد مرتبة

المبادئ القانونية العامة وقوتها القانونية وإن المستقر عليه في هذا الجانب باختصار أن الإدارة لا يجوز أن يصدر عنها لوائح وقرارات بشكل مستقل عن القانون أصلاً سواء كان الموضوع متعلق بتنظيم المرفق العام أو بلوائح الضبط الإداري الصادرة عن الإدارة بقانون أو بناء على قانون وغير ذلك من الأوضاع القانونية، وبمعنى آخر أن اللوائح وأعمال الإدارة العامة في العراق تبقى خاضعة لأحكام القانون وتصدر بحدود أحكامه، مما يدعو إلى القول أن لها مرتبة أدنى من التشريعات العادية أو على الأقل هي لا تقيد المشرع العراقي.

تدرج قواعد القانون وجزء مخالفته:

ويتضمن مفهوم عام وهو أن مصادر مبدأ المشروعية متعددة ولا تكون بنفس الدرجة من القوة القانونية والإلزام في التطبيق وإنما يعلو بعضها على البعض الآخر في النظام والبناء القانوني للدولة، فبعضها له قوة قانونية واجبة التطبيق مقارنة بغيرها التي تأتي بعدها بالمرتبة، وبالتالي يجب على السلطات في الدولة مراعاة التدرج القانوني وإن القاعدة الأدنى يجب أن لا تخالف ولا تعدل القاعدة الأعلى منها مرتبة والا كان التصرف أو العمل غير مشروع ومخالف لمبدأ المشروعية القانونية. ص 28

أولاً: تدرج القواعد القانونية والمعايير المعتمدة للتدرج:

بداية أن الدولة القانونية هي التي يسود فيها ويطبق القانون على الأفراد والهيئات على حد سواء، والقانون بمعناه الواسع الذي يتكون من مصادر مدونة وغير مدونة، وتتكون وتنبني الدولة القانونية على عدة عناصر هي (تدرج قواعد القانون، وجود الدستور، اعتماد مبدأ الفصل بين السلطات، وجود الرقابة القضائية على أعمال الإدارة)، وما يهنا هنا عنصر تدرج قواعد القانون، وهناك معيارين لتحديد تدرج القواعد القانونية في هذا الجانب (شكلي-موضوعي).

بموجب المعيار الشكلي لتدرج قواعد القانون فإنه يتلخص بالدستور وهو أعلى مرتبة ثم التشريعات القانونية وبعدها الأنظمة واللوائح أو القرارات التنظيمية ثم مبادئ القانون العامة وهي بمرتبة التشريع العادي وأخيراً العرف وهو أدنى من النص المكتوب، وإن القاعدة القانونية التي تصدر من السلطة الأعلى هي واجبة الاتباع من القاعدة القانونية الصادرة عن السلطة الأدنى، وإذا صدرت القاعدتان من نفس السلطة عندها يتم اتباع القاعدة القانونية ذات الإجراءات الأشد في التكوين والإصدار فتكون بمرتبة أعلى مقارنة بالقاعدة القانونية ذات الإجراءات الأخف أو لا تتطلب إجراءات للإصدار، وإن السلطة المؤسسة تخضع للسلطة التأسيسية والسلطة التشريعية أعلى من التنفيذية حتى وإن كان لها صلاحية التشريع استثناءً وإن الجهات الإدارية أيضاً تخضع الأدنى منها لأوامر التي تعلوها في السلم الإداري وهكذا، وهذا هو المعيار الأسهل والأفضل في التطبيق والمرجح فقهاً.

ومن جانب آخر فإن المعيار الموضوعي لتدرج قواعد القانون، وطبقاً لهذا المعيار فإن قواعد القانون تتدرج على أساس العمومية والتجريد والأثار للقاعدة القانونية وبغض النظر عن الإجراءات المتبعة لإصدار القاعدة أو السلطة التي صدرت منها القاعدة القانونية.

وفي الواقع أن كلا المعيارين يكملان أحدهما الآخر في حالة فشل تطبيق المعيار الشكلي أحياناً، فالتدرج عندها يمكن معرفته من خلال تطبيق المعيار الموضوعي وخصوصاً في حالة صدور القرارات الإدارية التنظيمية والفردية من سلطة إدارية واحدة وبذات الإجراءات المعقدة على سبيل التمثيل. ص 29-31

ثانياً: النتائج المترتبة على مخالفة تدرج القواعد القانونية:

السلطات العامة في الدولة يجب عليها عند ممارسة أعمالها واختصاصاتها أن تراعي وتحترم تدرج القواعد القانونية الأعلى إلى الأدنى وبالعكس، فالقواعد القانونية في التشريعات العادية الصادرة من السلطة التشريعية لا يجوز أن تخالف النصوص الدستورية، وإن القرارات التنظيمية أو الفردية التي تصدر عن السلطة التنفيذية لا يجوز أن تخالف التشريعات العادية الدستورية أو القوانين وهكذا، وفي حالة المخالفة فإن القضاء يحكم بعدم المشروعية دستورياً أو قانوناً هذه التصرفات المخالفة وتكون باطلة. ص 31

أولاً: عدم دستورية القوانين: الدستور أعلى مرتبة بالتدرج في النظام القانوني القائم في الدولة ولا يجوز أن

يخالفه قانون تشريعي أو لائح تنظيمي، وهذه هي مهمة الرقابة على دستورية القوانين ومدى دستوريته، ويجب في هذا الجانب التمييز بين حالتين، الأولى إذا خالف القانون نصوص الدستور الجامد الذي ينص على إجراءات وشكليات معقدة للتعديل أو يقرر تنظيم خاص للرقابة على دستورية القوانين فإن القانون أو النصوص المخالفة تعتبر باطلة قطعاً، أما الحالة الثانية وهي مخالفة النصوص القانونية أو القانون للدستور المرن فإن تقرير البطلان لا يمكن تحقيقه ما لم يعترف القضاء بحقه في الرقابة على دستورية القوانين، فإذا تحققت حالة المخالفة للدستور المرن عندها يطبق القاضي القاعدة الأعلى ويقضي باستبعاد تطبيق النص المخالف أو القاعدة الأدنى ولا يلغي القانون ويطبق النص الدستوري قطعاً. ص 32

ثانياً: البطلان للعمل أو التصرف الإداري المخالف: في حالة مخالفة الإدارة لمبدأ المشروعية في أعمالها المادية أو القانونية على حد سواء فيحكم ببطلانها، وما يهمنا هنا العمل القانوني الذي يميز الفقهاء بين ثلاث درجات لبطلان العمل الإداري:

- 1- الانعدام: وهو جزء لتخلف ركن أساسي للعمل الإداري ولا يتصور وجوده بدون هذا الركن وهو المحل والإرادة والسبب والذي يتمثل بوجود عيب جسيم في الاختصاص أو اغتصاب السلطة فيتجرد القرار من المشروعية القانونية الإدارية ويكون منعدماً، ويترتب على الانعدام الآثار التالية:
 - أ- فقدان القرار لصفته القانونية الإدارية ويكون عملاً مادياً لا آثار قانونية له.
 - ب- لكل ذي مصلحة الاحتجاج بهذا البطلان والاستفادة من آثاره لأنه غير قابل للتنفيذ ويؤثر على المراكز القانونية المشروعة ولهم حق التخلص من هذا القرار وآثاره بوسائلهم الخاصة ولا لهم حق اللجوء للقضاء.
 - ت- لا يمكن تصحيح هذا العمل أو القرار بالإجازة اللاحقة أو التأييد، ويجوز سحبه إدارياً من دون الالتزام بمواعيد الطعن المقررة.
 - ث- تنفيذ هذا القرار يعتبر اعتداء مادي ويختص القضاء العادي بنظر هذا الجانب دون الإداري، ويتحمل الموظف المنفذ للقرار مسؤولية التنفيذ شخصياً. ص 33-34

- 2- البطلان المطلق: وهو جزء للعمل القانوني الذي توفرت له أركان انعقاده الأساسية (الإرادة - المحل - السبب) ولكن صدر مخالفاً للشروط الموضوعية الواجب توافرها والتي يحددها القانون لتجعل العمل مشروعاً من الناحية القانونية مثل الاختصاص والشكل والإجراءات والسبب والمحل والغاية أو الهدف من القرار، فيكون موجوداً ولكن غير مكتمل قانوناً ويحكم ببطلانه لعدم مشروعيته، وهذا النوع من القرارات يبطل بطلان مطلق ولكن الطعن به أو سحبه أو الغاء هذا القرار يكون مقيد بمدة محددة وهي مدة إقامة دعوى الغاء القرار الإداري وفقاً لما هو متفق عليه، وإذا تم تجاوزها فيكون محصناً من الطعن والإلغاء كأستثناء على مبدأ المشروعية للمحافظة على استقرار المعاملات والمراكز القانونية الناشئة للأفراد من هذه القرارات. ص 34

- 3- البطلان النسبي: وهو الجزء الذي يصيب القرار الإداري إذا ظهر فيه عيب يتعلق بالرضا والأهلية، وهذا الجزء لا يؤدي إلى بطلان القرار الإداري المعيب وإنما يبقى نافذاً وصحيحاً ومنتجاً لآثاره لحين الحكم ببطلانه، ومثال هذه التصرفات هي التي تتعلق بإبرام العقود الإدارية التي يصيبها عيب من عيوب الرضا وكذلك القرارات التي تمس وتتعلق بمصلحة الإدارة دون الأفراد ولا ترفع الدعوى إلا من جانب الجهة التي تقررت لمصلحتها القواعد المدعى بمخالفتها. ص 35

نطاق مبدأ المشروعية القانونية والتوسع فيه (السلطة التقديرية للإدارة العامة، سلطة الإدارة العامة في الظروف الاستثنائية أو حالة الضرورة، أعمال السيادة):

المفهوم العام في هذا الجانب، هو أن التزام الإدارة بأحكام القانون بمعناه الواسع لا يعني الخضوع المطلق له في تصرفاتها وأعمالها القانونية، فالإدارة لها سلطة تقديرية أو ما يطلق عليه بالاختصاص التقديري للإدارة وفي الظروف الاعتيادية من حيث تمتعها بقدر من الحرية في أعمالها وتصرفاتها القانونية وتقرير الأسلوب الملائم والوقت المناسب لإجراء التصرف على أن تسعى الإدارة في هذه التصرفات والأعمال إلى تحقيق هدف محدد هو الصالح العام لضمان تحقق مبدأ المشروعية وهذا من جانب، ومن جانب ثاني فإن توفر الظروف الاستثنائية والأزمات والاضطرابات قد تستدعي من الإدارة أيضا عدم التقيد بمبدأ المشروعية القانونية لما يتسبب من انهيار الدولة أو تعريض سلامتها للخطر على الأقل، فلا بد إذن من منح الإدارة قدر من المرونة والحرية في التوسع للحد الذي يحقق تجاوز الأزمات ومواجهة الظروف الطارئة الاستثنائية لان سلامة الدولة والشعب ترتقي لمستوى أعلى من التطبيق الحرفي لنصوص القوانين الوضعية والتقييد بمبدأ المشروعية، وبذلك تكون السلطة التقديرية للإدارة العامة للقيام بالعمل أو إجراء التصرف في ظل الظروف العادية والاستثنائية في الجانبين السابقين في التحديد هي تعبير عن التوسع في مبدأ المشروعية القانونية وفي ذات الوقت لا يمثلان خروجاً عنه لان الإدارة ستكون خاضعة لرقابة القضاء في كل الأحوال للتأكد من أن الإدارة قد ابتغت تحقيق الصالح العام من استعمال صلاحياتها وسلطاتها في التصرفات الصادرة عنها أو عدم ذلك، وإذا كانت الإجراءات المتبعة من الإدارة مناسبة وإن الظروف الاستثنائية موجودة أو على العكس من كل ذلك، ومن ثم إجازة التصرف لمشروعيته أو الحكم بإلغائه، ويضاف لما سبق ومن جانب ثالث أن الإدارة قد تتصرف على أساس المحافظة على المصالح العليا للدولة من أن تتعرض تصرفاتها للإلغاء أو الإبطال بالرغم من عدم خضوع أعمالها أو تصرفاتها في هذا الجانب لرقابة القضاء وهو ما يسمى بأعمال السيادة.

وتبعاً لما تقدم من توضيح، أن الفقه القانوني اتجه إلى صياغة عناوين ونظريات تتوزع على المفاهيم السابقة للجوانب الثلاثة عن تصرفات وأعمال الجهات الإدارية المختصة للتوسع في مبدأ المشروعية القانونية ومنها (الاختصاص التقديري للإدارة-الظروف الاستثنائية-أعمال السيادة)، وهي تمثل قيود لرقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة العامة تحت هذه العناوين السابقة. ص 37-38

أولاً: السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للإدارة العامة:

السلطة التقديرية للإدارة هي منح المشرع صلاحيات وسلطات أو ترك حرية من التصرف والاختيار والتقدير للجهة الإدارية لاتخاذ القرار واختيار أسبابه وشكله ومحلّه وغايته والوقت واتخاذ الإجراءات أو عدم ذلك، وبالمقابل هنالك السلطة المقيدة للإدارة والتي تمثل تقييد المشرع لتصرفات الإدارة وأعمالها والشروط والإجراءات اللازمة ورسم حدود نشاطها للتدخل أو عدم ذلك فلا يترك للإدارة حرية الاختيار في هذا المجال على عكس السلطة التقديرية وفقاً للمفهوم السابق، وفي كل الأحوال على الجهة الإدارية أن تتوخى تحقيق المصلحة العامة في أعمالها وتصرفاتها وإن لا تتحرف باستعمال السلطة (إساءة استعمال السلطة) انسجاماً مع مبدأ المشروعية. ص 39

الأساس والمبررات لمنح السلطة التقديرية للإدارة العامة:

أن تقييد الجهة الإدارية في تصرفاتها على نحو مطلق هو امر غير جائز وغير مقبول عدا حالة السلطة المقيدة للإدارة العامة، فالإدارة لا تخضع لرقابة الملازمة من جانب القضاء من حيث المبدأ وإنما رقابة قضائية

على المشروعية وفي إطار محدد، وإن منح وإعطاء السلطة التقديرية للإدارة لها أساس وأسباب ومبررات تتلخص بالآتي:

1- يستحيل على المشرع أن يحدد مسارات عمل ونشاط الإدارة العامة والمواقف والقرارات ويجبرها على اتباعها، فلا يستطيع المشرع أن يتنبأ بجميع الظروف والوقائع والملايسات المحيطة بالإدارة، فيترك للإدارة حرية التصرف والتقدير لإصدار القرارات المناسبة وفقا للظروف والوقائع والملايسات لكل حالة، فيضع المشرع القواعد العامة المجردة من دون التدخل بالتفاصيل والجزئيات إلا في حالات السلطة المقيدة.

2- أن حجب السلطة التقديرية عن الجهة الإدارية يجعل منها أداة صماء تنحصر مهامها بتنفيذ القوانين حرفيا من دون مراعاة للظروف المحيطة وما يصيب المرفق العام من جمود والقضاء على القدرة بالإبداع والتطور والتجديد وبالتالي الإضرار بالمصلحة العامة.

3- منح الإدارة سلطة تقديرية لا يعني انها ميزة لتعسف بها باستعمال سلطاتها، فهي تقرر وتقدر الظروف والوقائع للاضطلاع بالمسؤوليات الكبيرة والمهام الجسام لضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد. ص 40

رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة العامة:

إذا كانت السلطة التقديرية للإدارة استثناء للتوسع في مبدأ المشروعية وهي تقييد على رقابة القضاء الإداري، إلا أن هذا الأمر لا يجعل من الإدارة معفية من رقابة القضاء نهائيا، ورقابة القضاء على السلطة التقديرية للإدارة هي رقابة مشروعية من حيث التأكد من مدى صحة أعمال الإدارة وفحص تصرفاتها ومطابقتها لأحكام القوانين ذات العلاقة وهذا هو المبدأ العام، فرقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة من حيث المبدأ لا تمتد إلى رقابة الملائمة لأن القاضي الإداري يكون بعيدا عن الظروف والملايسات المحيطة بالإدارة عند القيام بالعمل أو التصرف زمانيا ومكانيا، كما أن إخضاع الإدارة لرقابة الملائمة يتعارض ومبدأ الفصل بين السلطات لأن للقاضي إذا قام بمهمة الرقابة على الملائمة سيكون له سلطة رئاسية على الإدارة، وفي كل الأحوال فإن الجهة الإدارية يجب أن يكون هدفها من العمل أو التصرف هو تحقيق الصالح العام سواء كانت سلطتها تقديرية أو مقيدة، فإذا انحرفت عن هذا المسار في ممارسة النشاط عندها يدخل العمل في إطار إساءة استعمال السلطة.

ويلاحظ أن رقابة القاضي الإداري قد تتعدى رقابة المشروعية إلى رقابة الملائمة فتكون عنصرا من عناصر رقابة المشروعية وخصوصا فيما يتعلق بسلطات الضبط الإداري للإدارة العامة وتقييد الحقوق والحريات العامة للأفراد بما لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات بل هذا تأكيدا له، ورقابة الملائمة تتلخص بتقدير مدى انسجام وتوافق أسباب القرارات الإدارية مع الوقائع وأهداف القرار والآثار التي ترتبت عليه وغيرها من أوضاع قانونية.

ويتجه القضاء الفرنسي استثناء بالرقابة على ملائمة القرارات الإدارية كعنصر من عناصر رقابة المشروعية التي تدخل في مجال نشاطه ووظيفته بالأساس، والتركيز في هذا المجال ينصب على تقدير صحة الوقائع وملائمتها ووجودها عدا أهمية الوقائع ولعدة تبريرات تتعلق بنشاط الإدارة وقانونية وغيرها، ثم تطور القضاء الإداري الفرنسي إلى إبعاد من ذلك بمد رقابته على السلطة التقديرية للإدارة العامة بوجود الوقائع وتبريرها للقرار والتناسب وعدم وجود غلط في تقييم الوقائع وتقدير القرار المناسب ومن ثم الموازنة بين منافع القرار

على الآثار السلبية التي قد تتحقق من تطبيقه بحث تزيد منافعه عن الأضرار المحتملة منه، ويجب على الإدارة عند استخدام السلطة التقديرية أن تراعي عنصر الزمن وأن تختار الوقت المناسب لإصدار القرار الإداري وفقاً لاتجاهات القضاء الإداري الفرنسي وهي خاضعة للرقابة في هذا المجال لتجنب الانحراف والتعسف في استعمال السلطة، وإن الرقابة القضائية على الملائمة في أعمال الإدارة للقضاء الإداري الفرنسي بقيت على سبيل الاستثناء وفي مجال الضبط الإداري وكذلك العقوبات التأديبية أيضاً.

أما عن موقف القضاء الإداري في مصر يراقب عنصر الملائمة لأعمال الإدارة العامة وخصوصاً في مسائل الضبط الإداري لأنها تمس الحقوق والحريات العامة، وكذلك باشر القضاء هذه الرقابة حتى في ظل إعلان الأحكام العرفية وهذا ما تؤكد الأحكام القضائية لمحكمة القضاء الإداري المصري بخضوع الأعمال والقرارات التي تصدر عن الحاكم العسكري، وكذلك الحال بالنسبة للرقابة على الملائمة للقرارات الصادرة عن المجالس التأديبية وخصوصاً بابتداع فكرة (لغلو) في اتخاذ القرارات الإدارية التأديبية، فإذا تحققت بقياس وتقدير القضاء الإداري عندها يحكم بإلغاء القرار أو بطلانه.

أما القضاء في العراق كان متردد في فرض الرقابة على القرارات والأعمال الإدارية وخصوصاً في المرحلة السابقة لإنشاء القضاء الإداري في العراق (استحداث محكمة القضاء الإداري) أي قبل صدور التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة العراقي، فلا ولاية للمحاكم العراقية على أعمال وقرارات الإدارة إلا إذا نتج ضرر عن القرار المخالف لأحكام القانون، وهذا ما تؤكد القرارات القضائية لمحكمة التمييز التي تأسست أحكامها في ذلك الاتجاه إلى تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات، وفي الواقع أن هذا المفهوم يتعارض مع الواقع العملي لنفس المبدأ، حيث أن الرقابة القضائية هي استكمال للتطبيق ولا تمثل انتقاص أو الإخلال بالتوازن لتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات ولا يؤدي إلى خضوع الإدارة للقضاء بل يمنع التجاوز في ممارسة النشاط الإداري، وإن أغلب الدساتير لدول العالم أعطت الصلاحيات والسلطات للقضاء بالرقابة على أعمال السلطة التشريعية (الرقابة على دستورية القوانين)، وبالتالي من باب أولى يكون للقضاء سلطة الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية أيضاً (أعمال الإدارة العامة) من دون انتقاص لأعمال الجهات الإدارية ولا تعدي على مبدأ الفصل بين السلطات.

ثم عادت محكمة التمييز بتغيير موقفها بشكل ضمني وهو ما تؤكد الأحكام القضائية بهذا الجانب للاعتراف صراحة بانعدام ولايتها على القرارات الإدارية المشروعة وما يؤدي ذلك من مفهوم المخالفة إلى ولاية المحاكم العراقية على القرارات الإدارية غير المشروعة فقط وذلك بالإلغاء، وكذلك يلاحظ أن القضاء العراقي في إطار الرقابة على أعمال وقرارات الإدارة العامة يعترف بولايته عليها في مجال الوظيفة العامة كاستحقاق الراتب

ثانيا: حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية:

الأصل أن الجهة الإدارية تقوم بتطبيق القواعد القانونية والالتزام بمبدأ المشروعية القانونية عند مباشرة وظائفها ونشاطها الإداري وهذا في ظل الظروف الاعتيادية، إلا أن تطبيق القوانين من جانب الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية ووقت الأزمات والاضطرابات يكون غير ذات فائدة ولا يحقق الغرض والأهداف المطلوبة للمحافظة على كيان الدولة وسلامتها من الخطر أو الانهيار في ظل هذه الظروف غير الاعتيادية، وبالتالي فإن الإدارة العامة تتوسع بمبدأ المشروعية القانونية في ظل الظروف الاستثنائية لدفع الخطر حتى وإن أدى ذلك إلى الخروج على القوانين التي تطبق في ظل الظروف الاعتيادية والضوابط واللوائح المقررة أو التعارض مع المبدأ السابق لضمان سرعة التصرف وبقدر من الحرية للإدارة ومنحها سلطات خاصة لاتخاذ الإجراء اللازم ودفع الأضرار أو الخطر، وهو ما يدخل في إطار المشروعية الاستثنائية التي تعمل وتتصرف الإدارة بموجبها استثناء لان سلامة الدولة والشعب هي القانون الأعلى الذي يسمو ويعلو على جميع القوانين الوضعية القائمة في ظل الظروف الاستثنائية.

ويلاحظ في هذا الجانب انه وفي كل الأحوال أن أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية تبقى خاضعة للرقابة القضائية مع توافر شروط معينة يجب توافرها حتى تتمكن الإدارة من ممارسة هذه الصلاحيات والسلطات الاستثنائية نظرا لمساسها بحقوق الأفراد وحياتهم العامة ومبررات أخرى.

فالمشروعية الاستثنائية تعني خروج الجهة الإدارية عن مبدأ المشروعية القانونية أو التوسع فيه وعن تطبيق القوانين الاعتيادية الوضعية التي تصبح غير ذات فائدة في التطبيق لوجود ظروف استثنائية أو طارئة تتصرف في إطارها الإدارة العامة بقدر من الحرية وبسلطات استثنائية لمعالجة ودفع الخطر الجسيم الحال فعلا مع خضوعها لرقابة القضاء وبشروط محددة يجب توفرها لضمان صحة تصرفات الإدارة في هذا المجال.

ص 49-50

شروط تطبيق أحكام الضرورة أو الظروف الاستثنائية:

تتلخص هذه الشروط ولسلامة التطبيق بالآتي:

- 1- وجود خطر جسيم يهدد سلامة الدولة أو على الأقل يخرج عن إطار المخاطر المتوقعة في حياة الدولة وواقع في الحال غير مستقبلي أو وقع وانتهى وإنما بدأ فعلا ولم ينتهي أو على وشك الوقوع وغير محتمل وحقيقي غير وهمي غير مبني على أسباب معقولة، مثل الفيضانات والزلازل والبراكين والغزو الخارجي وانتشار الوباء... الخ.
- 2- استحالة مواجهة الظروف الاستثنائية من الإدارة لدفع الخطر بتطبيق القواعد والإجراءات الاعتيادية المقررة في الظروف العادية، فتكون الإدارة مضطرة للتصرف بشكل استثنائي للضرورة القصوى لاستحالة الاستعانة وتطبيق القوانين ونصوص الدستور لمعالجة الوضع الاستثنائي، أما إذا كان بالإمكان تطبيقها فيجب على الإدارة اتباعها، وبخلاف ذلك يصبح اللجوء للمشروعية الاستثنائية أمراً لا بد منه لعجز الإدارة عن تطبيق المشروعية القانونية الاعتيادية.
- 3- أن تتناسب الإجراءات المتبعة من الإدارة العامة مع حالة الضرورة أو الظرف الاستثنائي، فتستخدم الإدارة الإجراءات بالقدر المناسب للحالة الاضطرارية وتتصرف بحدود الظرف الاستثنائي من دون استغلال السلطة والتعسف باستعمال الصلاحيات أو السلطات، فلا يجوز التضحية بمصالح الأفراد للمصلحة العامة إلا بالقدر اللازم لدفع الخطر الجسيم الحال الحقيقي وما تقتضيه الضرورة باختيار

انسب الوسائل واقلها ضررا على مصالح وحقوق وحريات الأفراد لتحقيق الغرض المقصود وهو حماية الدولة وسلامتها وإعادة الوضع إلى ما كان عليه.

4- انتهاء الإجراءات وسلطات الجهة الإدارية الاستثنائية بانتهاء الظرف الاستثنائي لأنها تدور معه وجودا وعدما، فلا تمتد الإجراءات والسلطات إلى فترة زمنية لاحقة أو بعد زواله، فتعود الإدارة العامة إلى تطبيق التشريعات الوضعية الاعتيادية التي كانت قيد التطبيق في ظل الظروف العادية.

ويترتب على تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية أو حالة الضرورة نتائج مهمة تتلخص بالآتي:

1- تمتك الإدارة سلطات سلطة أو صلاحية الخروج على القوانين الاعتيادية وعدم تطبيقها من خلال إيقاف العمل بها أو إلغاؤها أو تعديلها بلوائح الضرورة أو بإصدار قرارات لها قوة القانون، وما تتصرف الإدارة به يعتبر مشروعاً.

2- أعمال وإجراءات الإدارة في إطار الظرف الاستثنائي أو حالة الضرورة وحتى تكون مشروعة يجب أن تتناسب مع هذا الواقع الاستثنائي تحديداً، فإذا ثبت أنها تستطيع استخدام وتطبيق القوانين الاعتيادية الوضعية المتبعة في ظل الظروف العادية عندها تكون تصرفاتها أو إجراءاتها باطلة.

ص 51-53

رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية أو حالة الضرورة: كمفهوم عام، تخضع أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية إلى رقابة القضاء أيضاً كما هو الحال لأعمالها في الظروف الاعتيادية، وهذا الخضوع في الرقابة هو بالأساس للتأكد ولضمان أن الإدارة قد حققت الغرض أو الهدف الذي منحت من أجله هذه السلطات الاستثنائية، وبالرغم من الرقابة التي يمارسها البرلمان كرقابة سياسية على أعمال السلطة التنفيذية أو الإدارة عن القرارات الصادرة عنها كاللوائح الضبطية والقرارات التي لها قوة القانون بصفتها التشريعية في الظروف الاستثنائية إلا أن رقابة القضاء الإداري تبقى أكثر فاعلية ولها دور بارز في هذا الإطار لأن أعمال الإدارة بالأصل وفي كل الأحوال هي قرارات إدارية سواء صدرت في ظروف استثنائية أو اعتيادية، فالإدارة يجب عليها أن تبقى في نطاق مبدأ المشروعية القانونية دائماً سواء في ظل الظروف الاعتيادية أو الاستثنائية التي تقضي بتوسع الإدارة وتطبيق إجراءات وقواعد غير اعتيادية استثنائية خاضعة لرقابة القضاء في كل الأحوال، وتتركز رقابة القضاء الإداري في هذا الجانب على الآتي:

1- الرقابة القضائية على عنصر السبب، أي التأكد من وجود الواقعة أو الظرف الاستثنائي والتأكد من صحتها بما دفع الإدارة لاتخاذ التصرف أو القيام بعمل وإصدار القرار المناسب.

2- الرقابة القضائية على التناسب بين الإجراءات المتبعة من الإدارة العامة مع حجم ومقدار الضرر أو الظرف الاستثنائي المتحقق فعلاً، وبخلاف ذلك لعدم وجود التناسب فإن العمل أو الإجراء يعتبر باطلاً.

3- الرقابة القضائية على عنصر الغاية أو الهدف من القرار الإداري أو الإجراء أو التصرف والذي ينبغي أن يكون باتجاه تحقيق المصلحة العامة وهو الهدف العام وأيضاً تحقيق الهدف الخاص للإجراء أو العمل نفسه لأن الإجراءات أو التصرفات للإدارة في الظروف الاستثنائية تخضع لمبدأ تخصيص الأهداف أي بقصد مواجهة الخطر القائم.

ومن المهم أيضاً، أن الإدارة لا تنتفي مسؤوليتها عن الأضرار الناجمة المتحققة فعلاً من التصرفات أو الإجراءات المتبعة في ظل الظروف الاستثنائية والتي تقرر على أساس المخاطر أو تحمل التبعة لا على

أساس عدم المشروعية القانونية أو الخطأ.

ومن التطبيقات العملية والنظرية لحالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية، مثلاً في فرنسا صدرت تشريعات تنظم هذه الأوضاع ومنها قانون الأحكام العرفية لسنة 1849 المعدل وقانون حالة الاستعجال لسنة 1955 لمواجهة الاضطرابات في الجزائر، وفي مصر صدرت تشريعات أيضاً تنظم هذه الأوضاع الاستثنائية مثل نظام نوائح الضرورة المنصوص عليه في الدستور المصري لسنة 1923 والدساتير المتعاقبة بعده ونظام الأحكام العرفية لسنة 1923 وتعديلاته وما حل محله من قانون لسنة 1958، وفي العراق نلاحظ نفس الأوضاع لما سبق من تنظيم لحالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية بصدور تشريعات قانونية ذات العلاقة ومنها مثلاً ما ورد في الدستور العراقي الأساسي لسنة 1925 وقانون السلامة الوطنية لسنة 1965 وقانون التعبئة لسنة 1971 وقانون الدفاع المدني لسنة 1978 وحالياً تنظم حالة الطوارئ بالأمر التشريعي للدفاع عن السلامة الوطنية رقم (1) لسنة 2004 والذي تضمن في المادة الأولى ضوابط وشروط تنظيم حالة الطوارئ وإعلانها، وذلك بمنح رئيس الوزراء بعد موافقة هيئة الرئاسة ومجلس النواب أيضاً على إعلان حالة الطوارئ في البلاد وينشر في وسائل الإعلام والجريدة الرسمية وتحديد مدة الابتداء والانتهاؤ ولمدة لا تزيد على (60) يوم أو بانتهاء الظرف الطارئ وتحديد مكان حالة الطوارئ وإذا كان كلياً في البلاد أو جزءاً منه مع جواز التمديد للمدة بصورة دورية كل (30) يوم وهو ما يطلق عليه أعمال الحكومة. ص 53-56

ثالثاً: نظرية أعمال السيادة وتمييزها عن السلطة التقديرية وحالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية:

هي طائفة من الأعمال الإدارية التي لا تخضع للطعن أو لرقابة القضاء لا بالإلغاء أو التعديل أو التعويض، ويتميز هذا الوضع عن غير مما سبق، بأن الإدارة لا تخضع بمقتضاه إلى رقابة القضاء أصلاً في أعمال معينة ولها حصانة تامة في ذلك وهي استثناء من مبدأ المشروعية بالأساس، أما عن السلطة التقديرية وحالة الضرورة فإن أعمال الإدارة فيهما تخضع إلى رقابة القضاء وفيهما معنى التوسع في تطبيق مبدأ المشروعية القانونية لا بمعارضته أو الخروج عن مقتضاه. ص 56-57

أساس نظرية أعمال السيادة:

اختلف الفقه القانوني في تبرير وأساس أعمال السيادة وعلى النحو التالي:

1- ذهب البعض إلى اعتبار أعمال السيادة مظهر من مظاهر السياسة القضائية المرنة والحكيمة

لمجلس الدولة الفرنسي، فبعد عودة الملكية في فرنسا عام 1814 حاولت الحكومة إلغاء مجلس الدولة للتخلص من رقابته، فلجأ مجلس الدولة للتنازل عن بعض اختصاصاته في الرقابة على أعمال الحكومة بمقابل احتفاظه بالرقابة على أعمال أخرى، فجعل هذه النظرية وسيلة لحماية سلطته الرقابية واستمرارها.

2- ذهب آخرون إلى أن أعمال السيادة تستند إلى اعتبارات سياسية في أعمال وتصرفات الحكومة، فأعمال الحكومة تتركز في ممارستها لوظيفتين هما الحكومية والإدارية، فإذا كانت أعمالها ذات طابع سياسي فلا تخضع لرقابة القضاء، أما إذا مارست الحكومة وظيفتها الأخرى كإدارة فإنها خاضعة لرقابة القضاء من حيث مشروعية العمل أم بخلاف ذلك.

3- ذهب بعض من الفقه لتبرير أعمال السيادة على أساس نصوص القانون المنظم لعمل ونشاط مجلس الدولة، حيث تضمنت أحكام تنطوي بمفهومها وتفسيرها إلى الاعتراف ضمناً بوجود قضايا تخرج عن اختصاص مجلس الدولة وما يخص الإحالة لمحكمة التنازع، ويرى الفقه أن هذه القضايا هي التي تتعلق بأعمال السيادة.

4- ذهب البعض أيضاً إلى أن أعمال السيادة هي أعمال مختلطة واستندوا في ذلك إلى نصوص القانون أيضاً، حيث أنها أعمال تتصل بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطات الأخرى والأعمال التي تتعلق بالعلاقة مع الدول الأخرى الأجنبية وهي تخرج عن رقابة القضاء الإداري مثل القرارات المتعلقة بتنظيم العلاقة بين البرلمان وبين السلطة التنفيذية أو المنازعات التي تخص المعاهدات والاتفاقات الدولية وغيرها.

5- اتجه آخرون أيضاً إلى أن القانون هو وسيلة لحماية كيان الدولة بالأصل، ومن ثم وجبت التضحية به إذا لزم الأمر ذلك للمحافظة على سلامة الدولة وكيانها، فسلامة الدولة فوق القانون، وبالتالي فالحكام لهم صلاحية الخروج على أحكامه بتحقيق الغاية العليا أو الهدف الأسمى بالقيام بتصرفات وأعمال تمثل أعمال السيادة خارج إطار القانون.

في الواقع أن جميع المبررات والاتجاهات الفقهية السابقة لا يمكن الاعتماد عليها لإضفاء قانونية أعمال السيادة ولا تسويغها من الناحية القانونية، لأنها تتضمن خروج صريح على القانون وانتهاك وتجاهلاً تاماً له واعتداء عليه. ص 57-59

معايير تمييز أعمال السيادة:

اختلف الفقهاء في وضع معيار محدد لتمييز أعمال السيادة غير الخاضعة لرقابة القضاء عن غيرها من أعمال الإدارة الأخرى الخاضعة للرقابة القضائية وما يترتب عليها من الغاء أو تعويض، وسنوضح ذلك بالآتي:

1- معيار الباعث السياسي: بموجب هذا المعيار فإن العمل يعتبر سيادي إذا كان الدافع للقيام به سياسياً وبخلاف ذلك يعتبر عمل إداري خاضع لرقابة القضاء الغاء وتعويض، وهذا المعيار يتصف بالمرونة وعدم التحديد لأن الحكومة هي التي تصف العمل أنه سيادي وما لم تصفه بذلك يكون عملاً إدارياً، وهو معيار يتصف بالخطورة لأن الإدارة تستطيع التخلص من رقابة القضاء بوصف العمل على أنه سيادي، وقد أهمل وترك هذا المعيار من القضاء الإداري الفرنسي بل أصبح سبب لإلغاء العمل إذا تم الاستناد إليه من جانب الحكومة على أساس عيب الانحراف بالسلطة. ص 60-

61

2- معيار طبيعة العمل الذاتية: والذي يقضي بتمييز عمل الإدارة عن الأعمال الأخرى بالاعتماد على طبيعة نفس العمل وموضوعه، فالبعض يرى أن العمل يكون سيادياً إذا كان تنفيذاً لنص دستوري ويكون إدارياً إذا كان تنفيذاً لنصوص القانون العادي، والبعض الأخرى يذهب إلى أن أعمال السيادة تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها حكومة ويكون إدارياً إذا صدر منها بوصفها إدارة، والرأي الأول يعاب عليه أنه يجعل من نصوص الدستور التي تحمي بالأصل حقوق الأفراد وحرياتهم سبب لتهرب الإدارة من رقابة القضاء على أعمالها، أما الرأي الثاني فينتقد على أنه يستلزم إيجاد معيار للفرقة بين العمل الحكومي وبين الإداري وهذا موضوع معقد لا حل له لغاية الآن. ص 61-62

3- معيار القائمة القضائية: بعد فشل الاعتماد على المعايير السابقة لتمييز عمل الإدارة عن العمل السيادي، اتجه الفقه في هذا الإطار للاعتماد على الأحكام القضائية واستخلاص ما جاء في مضمونها لتحديد ما يعتبر عملاً سيادياً أو إدارياً يخضع لرقابة القضاء، وقد خرج الفقه لتحديد الأعمال التالية باعتبارها سيادية لا تخضع لرقابة القضاء الإداري وهي (الأعمال المتعلقة بتنظيم العلاقة بين البرلمان وبين السلطة التنفيذية - الأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية والدبلوماسية - بعض الأعمال الحربية والتي تتعلق بالحرب - بعض الأعمال والإجراءات المتعلقة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي).

وتجدر الملاحظة في هذا المجال، أن الفقه سعى إلى التصدي لنظرية أعمال السيادة وفي اتجاهات ثلاثة، الأول منها هو يذهب إلى التضييق من نطاق أعمال السيادة من خلال بسط الرقابة القضائية على بعض أعمال الإدارة السيادية وإخراجها من هذا النطاق ومن ثم تخضع للإلغاء والتعويض، والاتجاه الثاني يذهب إلى الحد من الآثار الخطيرة المترتبة على هذه الأعمال من خلال قصر الحصانة ضد الإلغاء وفحص المشروعية دون التعويض، أما الاتجاه الثالث فيذهب إلى محاولة القضاء النهائي عليها والاستغناء عنها بالاستعاضة لاستبدالها بنظريات أخرى مثل السلطة التقديرية للإدارة التي تحقق التوازن بين مبدأ المشروعية من جهة وبين تمتع الإدارة بقدر من الحرية في التصرف من جهة أخرى، ومما تجب الإشارة إليه هو أن مصطلح أعمال السيادة لا يزال مستخدماً بدلالة مضمون أحكام القضاء الفرنسي. ص 62-63

أعمال السيادة في التشريع المصري:

تضمنت التشريعات المصرية نصوص وأحكام كثيرة تشير وتعترف بوجود أعمال السيادة للإدارة غير الخاضعة لرقابة القضاء وحصانتها من الطعن أمامه وبأوضاع قانونية مختلفة، مثلاً في تعديل لائحة ترتيب المحاكم المختلطة لسنة 1900 وفي تعديل لائحة ترتيب المحاكم الأهلية لسنة 1937 وفي قانون تنظيم القضاء لسنة 1949 وفي جميع التشريعات المتعلقة بأعمال مجلس الدولة المصري لسنة 1947-1949 وفي اتجاهات متدرجة في صياغتها القانونية ومتغيراتها من عدم التقييد والحصر لأعمال السيادة ثم إلى التقييد من دائرة الأعمال الداخلة فيها بمنح السلطة التقديرية للقاضي الإداري، ثم توسع المشرع المصري في مفهوم أعمال السيادة قبل إنشاء المحكمة العليا عام 1969 بتحديد لها بالاعتماد ربما على معيار الباعث السياسي، وبعد إنشاء المحكمة العليا ومن ثم المحكمة الدستورية العليا التي حلت محلها عام 1979 تبنى المشرع المصري معيار طبيعة العمل الذاتية أو الموضوعية لإضفاء الصفة السيادية على العمل وهذا ما ثبت من مضمون أحكام القضاء الإداري. ص 63-65

أعمال السيادة في التشريع والقضاء العراقي:

تضمنت التشريعات العراقية نصوص قانونية صريحة عن تحصين أعمال السيادة الإدارية من الخضوع لرقابة القضاء العراقي وحتى القضاء الإداري بعد التأسيس عام 1989، ومن هذه التشريعات باختصار قانون السلطة القضائية رقم 26 لسنة 1963 وقانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979 واللذان وردت فيهما نصوص صريحة تمنع القضاء العراقي أو المحاكم من نظر أعمال السيادة، وفي قانون التعديل الثاني رقم 106 لسنة 1989 لقانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 والذي قرر فيه المشرع العراقي تحصين أعمال الإدارة السيادية من الطعن بها مع ترك تطبيقاتها للقضاء ومنها القرارات والمراسيم الصادرة عن رئيس الجمهورية والقرارات الإدارية التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية إضافة لتحصين القرارات التي رسم لها القانون طريق للطعن (ليست من أعمال السيادة)، وفي الواقع أن هذا الموضوع أو المسلك هو محل انتقاد شديد لما يؤدي إليه من توسيع في دائرة ونطاق أعمال السيادة في الوقت الذي يذهب فيه الفقه للقضاء على هذه النظرية بالأساس، ويضاف إلى ذلك، أيضاً هناك التعديل الدستوري في الدستور العراقي لسنة 1970 الذي صدر بموجبه التعديل الثاني المشار إليه سابقاً وما يعطيه من صلاحيات لرئيس الجمهورية (رئيس السلطة التنفيذية) بإصدار قرارات لها قوة القانون عند الاقتضاء وهي ستكون أيضاً محصنة من الاعتراض أو التظلم أو الطعن لأنها تدخل في إطار أعمال السيادة والتي لا تقتصر على إصدار القرارات في حالة الضرورة كما في الدستور الفرنسي لسنة 1958 والدستور المصري لسنة 1970 بل تتسع لأكثر من ذلك، وفي الواقع أن الأوضاع القانونية السابقة تتعارض مع حقوق الأفراد وحياتهم المنصوص عليها في نفس النصوص الدستورية من حيث حرية التقاضي المكفول دستورياً وحق مراجعة المحاكم المختصة وغيرها من مبررات قانونية ودستورية وعدم تقييد لولاية القضاء المختص، بل أن المشرع العادي لا يمتلك صلاحية هذا المنع من التقاضي وتقييد الأفراد ما لم يجيزه الدستور الذي لم يتضمن مثل هذا المنع أو التقييد، وقد تم حسم هذا الموضوع في الدستور العراقي النافذ الذي نص صراحة على حظر النص في القوانين عن تحصين أي عمل أو قرار من رقابة القضاء في نص المادة 100 من نفس الدستور السابق النافذ حالياً.

وفي إطار القضاء العراقي، يلاحظ في أحكامه وجود تطبيقات لنظرية أعمال السيادة من دون السير على وتيرة

واحدة بالاعتماد على معيار طبيعة العمل وموضوعه أو على القائمة القضائية أو كلاهما معا. ص 66-69

ضمانات تحقيق وحماية مبدأ المشروعية القانونية (الرقابة على أعمال الإدارة العامة):

كمفهوم عام، أن ضمانات تحقيق وحماية مبدأ المشروعية وسيادة القانون كثيرة ومختلفة باختلاف الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية وفلسفة النظام السياسي القائم إضافة إلى وجود الدستور والاعتراف بالحقوق والحريات للأفراد وخضوع هيئات الدولة للرقابة وكفالة حق التقاضي.

وما هو مستقر عليه في معظم النظم القانونية هو خضوع أعمال هيئات الدولة للرقابة للتأكد من سلامة التطبيق للقواعد والأحكام القانونية والتقييد في التصرفات ضمن اطار وحدود القانون المرسومة من دون تجاوز أو انتهاك، وفي الواقع أن الرقابة في مجال أوسع تتركز على أعمال السلطة التنفيذية ونشاطها في تطبيق قواعد القانون من دون مخالفة أو اعتداء عند ممارسة الوظيفة الإدارية أو النشاط الإداري، فالإدارة تلتزم بتطبيق القانون سواء كان تشريع عادي أو دستوري وإن لا تخالف الأحكام القانونية في قراراتها الإدارية التنظيمية والفردية لإضفاء المشروعية القانونية على هذه الأعمال ومن ثم الوصول إلى تحقيق سيادة القانون، والرقابة على أعمال الإدارة في هذا الاطار تستهدف مطابقة هذه الأعمال مع قواعد القانون بمعناه الواسع والحدود المرسومة لإجراء التصرفات في حدود إطارها، والرقابة لها أنواع مختلفة وتتنوع بحسب الجهة التي تمارس مهمة الرقابة على أعمال الإدارة، وسنفصل ذلك على النحو التالي: ص 71-72

ضمانات تحقيق وحماية مبدأ المشروعية القانونية (الرقابة على أعمال الإدارة العامة):

كمفهوم عام، أن ضمانات تحقيق وحماية مبدأ المشروعية وسيادة القانون كثيرة ومختلفة باختلاف الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية وفلسفة النظام السياسي القائم إضافة إلى وجود الدستور والاعتراف بالحقوق والحريات للأفراد وخضوع هيئات الدولة للرقابة وكفالة حق التقاضي.

وما هو مستقر عليه في معظم النظم القانونية هو خضوع أعمال هيئات الدولة للرقابة للتأكد من سلامة التطبيق للقواعد والأحكام القانونية والتقييد في التصرفات ضمن اطار وحدود القانون المرسومة من دون تجاوز أو انتهاك، وفي الواقع أن الرقابة في مجال أوسع تتركز على أعمال السلطة التنفيذية ونشاطها في تطبيق قواعد القانون من دون مخالفة أو اعتداء عند ممارسة الوظيفة الإدارية أو النشاط الإداري، فالإدارة تلتزم بتطبيق القانون سواء كان تشريع عادي أو دستوري وإن لا تخالف الأحكام القانونية في قراراتها الإدارية التنظيمية والفردية لإضفاء المشروعية القانونية على هذه الأعمال ومن ثم الوصول إلى تحقيق سيادة القانون، والرقابة على أعمال الإدارة في هذا الاطار تستهدف مطابقة هذه الأعمال مع قواعد القانون بمعناه الواسع والحدود المرسومة لإجراء التصرفات في حدود إطارها، والرقابة لها أنواع مختلفة وتتنوع بحسب الجهة التي تمارس مهمة الرقابة على أعمال الإدارة، وسن فصل ذلك على النحو التالي: ص 71-72

أولاً: الرقابة السياسية على أعمال الإدارة العامة:

ويقصد بها الرقابة على أعمال الإدارة التي يباشرها الأفراد مباشرة أو بشكل غير مباشر عن طريق ممثليهم أو منظماتهم أو أحزابهم (الرقابة الشعبية)، وقد تباشرها المجالس النيابية أو التشريعية (الرقابة البرلمانية)، وبذلك تنقسم الرقابة السياسية إلى رقابة شعبية ورقابة برلمانية وكالاتي: ص 72

أ- الرقابة الشعبية: هي التي يباشرها المواطنون على أعمال الإدارة من خلال التعامل والاتصال بهيئات الدولة أو باختيار أعضائها بمباشرة حقوقهم السياسية أو من خلال تنظيماتهم السياسية والنقابية كالأحزاب التي ينتمون لها وجماعات المصالح والنقابات والاتحادات وكل ما يمثل الرأي العام.

ولعل أهم أوجه الرقابة الشعبية على أعمال السلطة التنفيذية هو الاستفتاء الشعبي الذي يعني عرض مسألة أو موضوع محدد على هيئة الناخبين لأخذ رأيهم بها من خلال التصويت عليها، ويتنوع إلى الاستفتاء الشخصي الذي يجري بالتصويت لاختيار شخص معين كرئيس الجمهورية وقد يكون الاستفتاء موضوعي وذلك بعرض اقتراح أو موضوع أو تصرف معين على الشعب لأخذ رأيهم فيه كقانون أو معاهدة.

وتعتبر الأحزاب السياسية من أهم الجهات التي تمارس رقابة الرأي العام إضافة إلى الصحافة ووسائل التعبير عن الرأي الأخرى، فالأحزاب السياسية من أهم مظاهر الحياة الديمقراطية وأساسها التي لا تستقيم بغير حرية التعبير عن الرأي والفكر وهي تشارك في ممارسة السلطة أو التأثير على من يمارس السلطة مباشرة أو بطريق غير مباشر، وعن الصحافة فهي وسيلة فعالة أيضاً للرقابة على أعمال الإدارة وما تقدمه من خدمات وتقوم به من نشاط ومن خلال إيصال الرأي العام وتوضيح مطالب الأفراد وسماع أصواتهم ومراقبة ردود الفعل مقابل تصرفات هذه السلطات، وغير ذلك.

وفي كل الأحوال أن نجاح الرقابة الشعبية أو الرأي العام مرهون بدرجة الوعي والنضج المتطور للتعبير عن الحقوق والحريات ومعرفة المطالبة بها والدفاع عنها أيضاً، ولا يمكن تصور نجاح الرقابة الشعبية في ظل الأنظمة الدكتاتورية في الحكم، ونجاحها يتطلب توفر نظام ديمقراطي يؤمن بالحقوق والحريات ويحميها مع الاعتراف بدور الأحزاب المؤيدة والمعارضة والصحافة ووسائل الإعلام والمنظمات في صياغة الحياة السياسية

وتوجيه الرأي العام. ص 72-74

ب- الرقابة البرلمانية: وهي الرقابة التي تمارسها المجالس النيابية على أعمال السلطة التنفيذية وتنفيذ برامجها وسياساتها والوسائل التي تعتمد عليها لتحقيق الأهداف والطموحات، باعتبار أن هذه المجالس هي المعبرة عن طموحات الأفراد وأهدافهم وإرادتهم.

وهذا النوع من الرقابة يختلف بحسب النظام الدستوري القائم في الدولة، فهي أكثر فاعلية في ظل النظم السياسية النيابية بالمقارنة مع النظم الرئاسية، لأن النظام النيابي يتميز بالتوازن والعلاقة المتبادلة بين الحكومة والبرلمان من خلال رقابة المجالس التشريعية على أعمال الحكومة وحجب الثقة عنها وإن وزراؤها مسؤولون سياسيا أمام البرلمان ويراقب أعمالهم ونشاطهم وبإمكانية الحكومة على حل البرلمان، وللبرلمان سلطات واسعة ومنها إقرار الموازنة العامة أو الاعتمادات المالية المخصصة للجهاز الحكومي التنفيذي في كل سنة، كذلك توجيه الأسئلة للوزراء واستجوابهم والتحقيق وسحب الثقة عن الوزير أو كل الوزارة.

وما يلاحظ على هذا النوع من الرقابة أنه ذات طابع سياسي لا تصل إلى حد إلغاء العمل المخالف أو التعويض عنه مما يجعلها قاصرة في حماية مبدأ المشروعية القانونية وحقوق الأفراد وحرياتهم، وإن الاعتبارات الحزبية هي غالبا ما تؤثر في تعطيل عمل هذه الرقابة وخصوصا إذا كانت الوزارة مدعومة من الأغلبية والتمثيل الحزبي في البرلمان أو قد يسعى البرلمان بالأغلبية لتغطية أعمال الوزارة غير المرضية وما عليه من انحرافات بأكسائها ثوب المشروعية لدفع الإحراج أمام الرأي العام ويحول بذلك دون حجب الثقة عن الوزارة المعنية. ص 75-76

ثانيا: الرقابة الإدارية وأهميتها في تحقيق مبدأ المشروعية:

وهي الرقابة التي تمارسها الإدارة العامة وجهاتها على أعمالها بنفسها بعدة أساليب ذاتية من تلقاء نفسها أو بناء على تظلم من ذوي الشأن بأنواعه الرئاسي والولائي أو بلجان مختصة، وتهدف إلى مراجعة الإدارة لأعمالها ومنح الفرصة لها بتصحيح الأخطاء فيها وتلافي أسباب القصور سواء في مواجهة موظفيها أو الأفراد الذين يتعاملون معها، وهي رقابة تتفوق على الرقابة السياسية لان الإدارة لها تصحيح الأخطاء في نشاطها وأعمالها بالسحب والإلغاء والتعديل في اطار مبدأ المشروعية أو ما يحكم العمل والنشاط من إجراءات وقواعد القانون، وسنفضل أنواع الرقابة الإدارية على النحو الاتي: ص 76-77

وتتميز الرقابة الإدارية عموما بالسهولة والمرونة واليسر واختصار الوقت والجهد مع إمكانية مباشرتها من الشخص المتضرر قبل الدخول أو اللجوء إلى التقاضي الذي يتطلب الوقت والجهد والنفقات وغيرها، وهي تشمل رقابة المشروعية والملائمة أيضا، وتباشرها الإدارة تلقائيا أو بناء على تظلم، وبالرغم من هذه المميزات السابقة للرقابة الإدارية ووجودها العملي ودورها المهم في حل النزاعات الإدارية إلا إنها غير كافية لحماية الحقوق والحريات للأفراد بما يكفل ويضمن تحقيق مبدأ المشروعية القانونية، ولا تؤدي إلى دفع كل تجاوزات الإدارة على الأفراد، والسبب في ذلك لأنها رقابة ذاتية تجعل من الإدارة خصما وحكما في ذات الوقت ولانها أو رئاسيا ولا تمارسها جهة أو هيئة مستقلة. ص 80-81

أ- الرقابة الإدارية الذاتية: كمفهوم عام، أن الإدارة العامة ملزمة باحترام قواعد المشروعية في ممارسة نشاطها الإداري وتصحيح الأخطاء من تلقاء نفسها وللمحافظة على حسن سير المرفق العام وكفالة تطبيق القانون والأنظمة وضمان نزاهة العاملين، وللإدارة في ذلك صلاحية مراجعة قراراتها وأعمالها من دون حاجة لشكوى أو اعتراض ومن ثم سحب قراراتها أو تعديلها أو إلغاؤها. وتمارس هذه الرقابة عادة أما من الرئيس الإداري على مرؤوسيه وهي الرقابة الرئاسية، أو تمارس من نفس الجهة التي صدر عنها القرار بمراجعة أعمالها بنفسها من ذاتها وتسمى بالرقابة الولائية، وقد تكون هذه الرقابة سابقة بتوجيهات وأوامر وتعليمات ومنشورات تصدر من الرئيس الإداري إلى مرؤوسيه وهي واجبة الاتباع والتطبيق، أو لاحقة من خلال التعقيب على الأعمال أو القرارات ومتابعتها من الرئيس الإداري بعد صدورها.

وان إطار ومدى قوة هذه الرقابة الذاتية يختلف بحسب النظام الإداري المتبع في الدولة، فهي واسعة وقوية في ظل النظام الإداري المركزي وتكون ضعيفة محدودة في ظل الإدارة اللامركزية، وفي ظل الإدارة اللامركزية تمارس السلطة الإدارية المركزية على السلطات اللامركزية المرفقية والإقليمية نظام الوصاية الإدارية على أعضاء الهيئات اللامركزية في أعمالها وقراراتها. ص 77-78

ب- الرقابة الإدارية بناء على تظلم: وهي الرقابة التي تمارسها الإدارة على أعمالها ومراجعة تصرفاتها وقراراتها بناء على تظلم أو اعتراض اداري يقدم من صاحب الشأن، وللتظلم أنواع من حيث الجهة التي يقدم اليها وتتنوع الطلب وهي الولائي والرئاسي والتظلم إلى لجنة معينة مختصة، والأول هو الذي يقدم إلى الجهة الإدارية التي صدر عنها القرار المتظلم منه أو إلى الموظف المختص مصدر القرار من جانب المتضرر لإعادة النظر فيه وإزالة الإجحاف بحقه مع بيان الأسباب وما ينتج عن التظلم من تأييد أو تعديل القرار أو سحبه أو الإلغاء من الجهة الإدارية التي لها حق التزام الصمت ولمتضرر الحق بتقديم التظلم لعدة مرات طالما كان القانون يسمح بذلك، أما النوع الثاني فيقصد به

أن يقدم التظلم من جانب المتضرر إلى الرئيس الإداري للموظف الذي صدر عنه القرار المتظلم منه مع بيان الأسباب والذي له صلاحية تأييد أو سحب القرار أو تعديله أو الإلغاء بما لديه من سلطة رئاسية ورقابة على أعمال رؤوسيه ويصدر عنه التعليمات والأوامر وله حق الحلول محلهم فيتخذ القرار عنه، وأخيرا فإن التظلم الذي يقدم إلى لجنة معينة هو الاعتراض أو التظلم الذي يقدمه صاحب الشأن إلى لجنة معينة قانونا تختص بنظر التظلمات على القرارات الإدارية والتي لها صلاحيات تأييد القرار أو سحبه أو التعديل أو الإلغاء، وهذا الأسلوب أو النوع هو الأفضل مقارنة بغيره مما سبق لأنه أكثر ضمانا وفاعلية في فحص القرارات ومدى مشروعيتها وتتشكل في الغالب من أعضاء يتميزون بالنزاهة والخبرة والكفاءة وهي حلقة اتصال بين الإدارة القضائية والمحاكم الإدارية.

والتظلم الإداري من ناحية حرية التقديم ولكل أنواعه السابقة يكون أما اختياريا أو إجباريا (الزاميا)، ويقصد بالأول عندما لا يقيد المشرع صاحب الشأن في تقديم التظلم إلى الجهة الإدارية أو إلى القضاء مباشرة وهذا هو الأصل والقاعدة العامة للتظلم، أما النوع الثاني فهو الزام الفرد بتقديم التظلم إلى الجهة الإدارية أولا ثم إلى القضاء ويكون شرطا لقبول دعوى الإلغاء في حالة عدم امتثال الإدارة لطلب المتظلم من القرار (الرفض) مع التزام صاحب الشأن بالشروط القانونية للتظلم والتقييد بمواعيد الطعن والإجراءات المنصوص عليها قانونا.

ص 79-80

ثالثا: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة:

وهي الرقابة التي تتضمن إسناد مهمة الرقابة على أعمال الجهات الإدارية إلى القضاء أي إلى المحاكم باختلاف أنواعها كهيئات مستقلة لحماية الأفراد من أضرار القرارات الإدارية بالإلغاء أو بالتعويض. ورقابة القضاء من أفضل أنواع الرقابة لحماية مبدأ المشروعية والدفع عن حقوق الأفراد وحرياتهم إذا ما توافرت الضمانات القانونية لكفالة الاستقلال التقديرية، وللقاضي توجيه الأوامر المكتوبة إلى الموظف المختص للقيام بعمل أو بالامتناع عنه، وله إلغاء العمل أو التعديل كما للرئيس الإداري، فالإدارة تابعة للقضاء في هذا المجال بسلطة مختلطة، ولرقابة القضاء في إنجلترا مدى واسع تتعدى فيه رقابة المشروعية إلى رقابة الملائمة وحتى ما يتعلق بأمر القاضي للموظف بالامتناع لما توجبه الأداب العامة للقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بشيء غير لائق، ولهذه هذه التبعية والخضوع للقضاء من جانب الإدارة نجد البعض اتجه إلى وصف الإدارة إلى أنها إدارة قضائية.

غير أن التطور السياسي والاقتصادي والاجتماعي الذي أدى إلى زيادة تدخل الدولة واتساع أنشطتها وصلاحياتها في إصدار لوائح تنفيذية للقانون واعتبارها جزء من القانون وتخرج عن رقابة القضاء وغيرها من الاعتبارات الأخرى قد دفع باتجاه الفقه والقضاء لتبني فكرة الازدواج القضائي بإنشاء محاكم إدارية إلى جانب المحاكم العادية لحماية حقوق وحريات الأفراد التي أصبحت مهددة بالخطر نتيجة لذلك، وعلى أساس ذلك أنشأت محاكم إدارية متنوعة ومنها (محكمة للصناعة التي تنظر في منازعات الأفراد والإدارة في مجال التجارة والصناعة ومحكمة براءة الاختراع التي تنظر في قضايا ومنازعات رفض أو منع براءات الاختراع ومحكمة للمواصلات وأخرى للضمان الاجتماعي) وغيرها الكثير، وقد نظمت الأحكام العامة لهذه المحاكم وكثرتها واختلاف قوانين إنشائها بالقانون الصادر سنة 1958، إلا أن إنشاء هذه المحاكم لا يعني انتقال النظام الإنجليزي من الموحد إلى المزدوج، وهي ليست نظام أو هيكل قضائي مستقل تماما، حيث كانت هذه المحاكم متخصصة في جوانب ومجالات محددة ولا تمثل تعديا على النظام القضائي العام الإنجليزي، بل أن القرارات التي تصدر عن هذه المحاكم كانت خاضعة بالأصل لرقابة المحاكم العادية لاحقا. ص 89-91

تنظيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة:

كمفهوم عام، أن معظم النظم القانونية استقرت على أن الضمانة القانونية لتحقيق مبدأ المشروعية القانونية وسيادة القانون هو وجود مبدأ آخر هو الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة، ولكن هذه الرقابة تختلف بحسب النظام القضائي المتبع في كل دولة، فمن الدول من تتبع النظام القضائي الموحد وأخرى تتبع النظام القضائي المزدوج، ويقصد بالأول هو وجود هيئة قضائية واحدة مستقلة (القضاء العادي) تنظر في جميع القضايا والمنازعات ومنها الإدارية، أما الثاني فيراد به وجود نظام قضائي متخصص مستقل إلى جانب القضاء العادي يتولى مهمة الفصل ونظر النزاعات الإدارية. ص 83

النظام القضائي الموحد (النظام الانجلوسكسوني):

وهو النظام السائد في إنكلترا والولايات المتحدة الأمريكية والدول التي تتبعهما، والذي يقضي بوجود هيئة قضائية واحدة مستقلة (المحاكم العادية المدنية) والتي تتبع وتطبق قانون واحد ولها اختصاص عام وشامل للنظر في جميع القضايا والمنازعات سواء المدنية التي تنشأ بين الأفراد أو الإدارية. ص 85
تقدير النظام القضائي الموحد (المزايا والعيوب):

لهذا النظام انصار واخرون معارضون، ولكل منهم له مبرراته التي نوضحها على النحو الاتي: ص 95

أولاً: مزايا نظام القضاء الموحد: ان مزايا النظام القضائي الموحد والتي قال بها أنصاره تتلخص بالاتي:

- 1- النظام القضائي الموحد هو اكثر اتفاق مع مبدأ المشروعية القانونية، حيث يخضع الافراد والإدارة لقضاء وقانون واحد لحل جميع المنازعات، وبذلك يعتبر تطبيق واسع لمبدأ المشروعية القانونية.
- 2- يعتبر هذا النظام من أقوى الضمانات لحماية حقوق الأفراد وحياتهم من تعسف الإدارة، فلا يصح ان تكون للإدارة رغم حالات التجاوز والاعتداء محاكم إدارية خاصة تحمي حقوقها تجاه الافراد، بل يجب ان تخضع الإدارة أيضاً للمحاكم العادية التي يخضع لها الافراد لانها تحمي حقوقهم وحياتهم.
- 3- يتميز هذا النظام بالبساطة واليسر لانه يخلو من التعقيدات وإضاعة الوقت والجهد والاشكالات التي تنشأ بسبب تنازع الاختصاص أو تعارض الاحكام ولا تكليف فيه على الخزنة العامة لمزيد من التكاليف والنفقات في حالة وجود نظام قضائي مزدوج (محاكم إدارية الى جانب المحاكم العادية).

ص 95-96

ثانياً: عيوب النظام القضائي الموحد: يتجه المعارضون لهذا النظام بالاستناد الى عيوب كثيرة لتبرير اتجاههم وهي:

- 1- ان هذا النظام يتجاهل حاجات الإدارة والصالح العام لعدم وجود قواعد قانونية مختلفة عن قواعد القانون الخاص التي تنظم علاقات الافراد فيما بينهم، فالإدارة لها من الصلاحيات والسلطات التي تعلق فيها كفة الإدارة والصالح العام على مصالح الافراد، وان القضاء الموحد لا يحقق هذه النتيجة ولا يؤكد وجود مثل هذه القواعد القانونية، ولا يمكن تصور تطبيق المحاكم العادية لقواعد مختلفة بحسب ما اذا كانت المنازعات القائمة بين الافراد أو بينهم وبين الإدارة، الا ان وجود محاكم إدارية يساعد في دعم وتطبيق قواعد القانون الإداري التي تستجيب لتحقيق الصالح العام، وكما حصل ذلك في فرنسا وما نتج عن ذلك من تطور القضاء الإداري.
- 2- يتضمن هذا النظام القضائي انكار لاستقلال الإدارة وهي فيه تابعة للقضاء تماماً وفقاً للصلاحيات التي تؤكد تبعية الإدارة له في تنفيذ الأوامر والنواهي المكتوبة الموجهة من القضاء الى الإدارة، وكما هو مطبق في النظام القضائي الموحد في كل من إنجلترا والولايات المتحدة الاميريكية والدول التابعة لها في تطبيق هذا النظام.
- 3- تطبيق هذا النظام في موطنه الأصلي (إنجلترا والولايات المتحدة الاميريكية) فيه اعتراف بعدم قدرة المحاكم العادية على حل جميع منازعات الإدارة وعدم فهم طبيعتها، حيث نجد ان كلا من المشرعين في هذه الدول السابقة قد اخرج من ولاية المحاكم العادية بعض المنازعات الإدارية استثناء لينظرها الوزراء أو لجان خاصة أو محاكم إدارية متخصصة مثل محاكم الصناعة والمواصلات وبراءات الاختراع والضمان الاجتماعي والصحة العامة والتعليم وهذا في إنجلترا، ومنازعات إدارية خارج ولاية المحاكم العادية تنظرها المجلس النيابي أو لجان إدارية متخصصة كما في الولايات المتحدة الاميريكية، ولكثرة المنازعات الإدارية في كلا الدولتين وغيرهما والتي طغت على المبدأ العام لاختصاص المحاكم العادية في نظر قضايا الإدارة العامة وهيئاتها، وهذا ما دفع نحو الاتجاه لانشاء القضاء الإداري المستقل عن القضاء العادي كما هو الحال في فرنسا وغيرها من المبررات. ص 96-

النظام القضائي المزدوج وجوانب التمييز أو الاستقلال بين القضاء العادي والإداري:

تعتبر فرنسا هي الأصل في انشاء النظام القضائي المزدوج واستقلال المحاكم الإدارية عن القضاء العادي ومن ثم انتقل في التطبيق منها الى دول أخرى مثل إيطاليا وبلجيكا واليونان وغيرها، وفي الدول العربية مثل مصر وايضا العراق بعد التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة العراقي عام 1989، ويقصد به وجود جهتان قضائيتان مستقلتان تتولى وظيفة القضاء، تنظر الأولى بالمنازعات المدنية (المحاكم العادية) والثانية بالمنازعات الإدارية (القضاء العراقي)، وبذلك يختلف هذا النظام عن القضاء الموحد الذي يتميز بوجود المحاكم العادية التي تنظر بجميع الدعاوى اذا كانت مدنية بين الافراد انفسهم و إدارية بين الجهات الإدارية أو بينها وبين الافراد، والقضاء الإداري مستقل عن القضاء العادي وعن الإدارة أيضا.

وعن جوانب الاستقلال السابق بين القضائين أو التمييز بينهما يتمثل بوجود القضاة والموظفين المختصين لكل قضاء وبالمحاكم وكذلك بالمحكمة العليا التي تشرف وتراقب وتنظر الطعن بالقرارات (محكمة التمييز للقضاء العادي، مجلس الدولة للمحاكم الإدارية)، اما الاستقلال عن الإدارة فيمثل استقلال القضاة والعاملين في هذا النظام عن الموظفين والجهات الإدارية، والقضاء الإداري له صلاحيات الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية أو عدم مشروعيتها فيقضي بالغاء القرار أو بأوسع من ذلك بالتعديل والتعويض، وليس له صلاحيات الرقابة على الملائمة في القرار الإداري عدا حالات القرارات التي تتعلق بحريات الافراد وما يتصل بالعقوبات التأديبية وهذا كان بفعل التطورات القضائية حيث لم يكن لذلك وجود لان الإدارة سابقا هي من تستقل وتختص بتقدير مدى ملائمة القرار للظروف والوقائع واسبابه عند الاصدار، وفي ظل النظام القضائي المزدوج لا يحل القاضي محل الإدارة ولا تصدر عنه أوامر ونواهي للإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عنه، ولا يعني وجود القضاء الإداري هو اسقاط لحق وولاية القضاء العادي في هذا الجانب لانه يبقى مختصا في نظر بعض أنواع النزاعات الأخرى التي تتعلق بالغصب أو التعدي أو الدعاوى التي تكون الإدارة طرفا فيها بصفتها العادية لا بصفتها سلطة عامة. ص 99-100

النظام القضائي في فرنسا:

يتشكل النظام القضائي الفرنسي على أساس ثنائية التكوين، فيتكون من المحاكم العادية التي تختص بنظر المنازعات بين الافراد ومن القضاء الإداري المستقل والذي ينظر المنازعات بين الجهات الإدارية أو بين الإدارة والافراد، وقد مر النظام القضائي في فرنسا بتطور واسع المدى حتى وصل للحال الذي هو عليه في الوقت الحاضر، وفي هذا الجانب يجب التعرف على العوامل التي أدت الى نشوء النظام القضائي في فرنسا ومن ثم مراحل تطور النظام القضائي المزدوج في فرنسا وكل ما يتعلق بهذا النظام من تنظيم ومحاكم واختصاصات وغير ذلك. ص 101-102

النظام القضائي في العراق:

كمفهوم عام، ان القضاء العراقي مر بمرحلتين مختلفتين من التطور، الأولى قبل صدور قانون التعديل الثاني رقم 106 لسنة 1989 لقانون مجلس شورى الدولة والثانية بعد صدوره، فقبل صدور هذا القانون لم يكن في العراق قضاء اداري (محاكم إدارية) وإنما كان في العراق هيكل قضائي واحد هي المحاكم المدنية التي تنظر في جميع القضايا المدنية والإدارية على حد سواء وعلى رأسها أعلى هيئة قضائية هي محكمة التمييز التي ترأب تطبيق القانون في جميع المحاكم العراقية، ثم صدر قانون التعديل الثاني السابق في التحديد فتم استحداث محكمة القضاء الإداري التي تنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الصادرة عن الهيئات العامة للدولة، فانشاء هذه المحكمة كان النواة الحقيقية لانشاء القضاء العراقي الإداري الذي يتكون من محاكم تختص حصرا في المنازعات الادرية والخروج من النظام القضائي الموحد. ص 129-130

النظام القضائي العراقي قبل انشاء مجلس شورى الدولة:

كان القضاء في العراق سابقا قضاءا موحدا كما هو الحال في الدول التي تتبع النظام الانجلوسكسوني الذي يقوم على هيكل قضائي واحد (المحاكم المدنية) ينظر في جميع المنازعات التي تحصل بين الافراد انفسهم أو بين الافراد والهيئات الإدارية، واساس هذا النظام القضائي العراقي في الدستور العراقي الأساسي عام 1925 بعد استقلال العراق عن الدولة العثمانية والذي قرر بان تكون للمحاكم المدنية العراقية القضاء والنظر بجميع الدعاوى المدنية والجزائية ذات العلاقة بهيئات الدولة أو الحكومة، ثم سرى هذا الاتجاد في جميع التشريعات اللاحقة للقانون الأساسي. ص 130

ولاية القضاء العادي العراقي في نظر المنازعات الإدارية:

القضاء العادي في العراق كانت له الولاية العامة على جميع المنازعات المدنية والإدارية، وبالرغم من ذلك فان المشرع أورد بعض الاستثناءات على هذه الولاية، ومنها القضايا المتعلقة باحكام قوانين الجنسية والإصلاح الزراعي والاستملاك وضريبة الدخل ودعاوى التعويض عن الوفاة والاصابات المدنية وفقا لقانون التأمين الالزامي عن حوادث السيارات، ومع ذلك فان القضاء لا يملك الولاية بإلغاء القرار الإداري غير المشروع ولا حتى إيقاف تنفيذه ولا يحكم الا بالتعويض المناسب عن الضرر المتحقق من القرار غير المشروع.

وفي الواقع ان الدساتير العراقية المتعاقبة ومنذ صدور القانون الأساسي بدستور عام 1925 وما بعده لا تمنع ولاية القضاء على اعمال الإدارة العامة بالالغاء أو التعويض كما هو الحال في مصر أو الكويت، فتقييد ولاية القضاء في هذا الجانب لا سند ولا صحة له بالاصل في الدول التي يسودها نظام القضاء الموحد بمفهومه السابق بالولاية العامة للقضاء المدني على جميع المنازعات المدنية والإدارية على حد سواء الا ما يستثنى بنص القانون صراحة.

وان الاعتراف بولاية القضاء العادي على اعمال الإدارة العامة بالالغاء لغير المشروع منها يتفق مع تحقيق مبدأ المشروعية وسيادة القانون وكذلك الرقابة القضائية على اعمال الإدارة العامة، ومن غير المنطقي ترك العمل الإداري غير المشروع أو الذي يفتقد الى سند قانوني بعلم القضاء في التطبيق، ففي إنكلترا مثلا فان الفقه والقضاء يتجه الى الابتعاد عن التقليد الذي يمنع فيه المشرع القضاء ن فحص مشروعية القرارات الإدارية تنظيمية ام فردية، وكذلك الاتجاه في مجلس الدولة الفرنسي والذي قرر قبول الطعن بالالغاء لقرارات الإدارة غير المشروعة حتى لو صرح القانون بعدم جواز ذلك لان الطعن يدخل في اطار القانون العام.

وفي العراق فسرت المحاكم النصوص القانونية تفسيراً ضيقاً فكانت مترددة في الولاية القضائية على اعمال

الإدارة العامة بالإنهاء عدا التعويض عن ذلك، ومن ثم استقرت محكمة التمييز في العراق الى الاعتراف بولاية المحاكم المدنية بإلغاء القرارات والأوامر والأنظمة الإدارية غير المشروعة وان كان ذلك بحدود معينة ولم تستعمل المحاكم السابقة حقها وسلطتها بهذا المجال بسبب كثرة النصوص القانونية المقيدة وما يلحق ذلك من اعتبار أعمال الإدارة بأنها من أعمال السيادة المستثناه من رقابة القضاء، وبالتالي فان محكمة التمييز ومن تبعها من المحاكم العراقية المدنية عملت على احكام وتقييد عملها نفسها بنفسها وعدم التأكيد على أهمية تلك الرقابة في حماية حقوق وضمانات الافراد تجاه اعمال الإدارة العامة، وكانت المحاكم المدنية مترددة في بسط رقابتها وولايتها على القرارات الإدارية غير المشروعة وابعاد رقابة القضاء وواجب التصدي للرقابة بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة منها. ص 131-136

محاولات لانشاء قضاء اداري في العراق:

بذلت جهود عديدة واتجاهات في انشاء قضاء اداري في العراق ووضعت عدة مشاريع قوانين بهذا الجانب، مثلاً في دستور 1964 في المادة 93 نصت على انشاء مجلس دولة يختص بالقضاء الإداري وصياغة القوانين والأنظمة وتدقيقها وتفسيرها، ولم يطبق هذا النص بالأساس، وفي قانون الخدمة المدنية رقم 24 لسنة 1960 انيطت مهمة الفصل في المنازعات الإدارية بين الموظف والدولة عن حقوقه بموجب هذا القانون الى مجلس الانضباط العام وفقاً للمادة 59 أو الحقوق المترتبة للموظف بموجب قانون الخدمة المدنية رقم 55 لسنة 1956 وغيرها، وعلى أساس ذلك يمكن القول والاعتراف بوجود قضاء اداري في العراق ولكن على نطاق محدود في ممارسة الاختصاص، وفي قانون المحاكم الإدارية رقم 140 لسنة 1977 تقرر ان تكون محاكم الدرجة الأولى المدنية هي المختصة بنظر الدعاوى التي تكون الدولة طرفاً فيها، وبالرغم من ذلك فلم تكن محاكم قضاء اداري لا من ناحية التكوين والاختصاص والاستقلال وغيرها، فهي جزء من القضاء العادي وتختص بنظر المنازعات الإدارية تكون الدولة طرفاً فيها في حدود معينة مدنية أو تجارية أو إدارية، ولم تكن متميزة عن محاكم البداية الا باختصاصها بنظر المنازعات المذكورة بل هي محاكم بداية بالأصل، وهي لم تغير من طبيعة النظام القضائي العراقي الموحد وولاية القضاء العادي في نظر جميع المنازعات، وقد ألغيت هذه المحاكم بموجب القانون رقم 16 لسنة 1988. ص 136-138

النظام القضائي في العراق:

محاولات انشاء القضاء الإداري العراقي بقيت مستمرة لما يتضمنه هذا القضاء من ضمانات كثيرة لحقوق ومصالح للأفراد وحرياتهم ضد تعسف الإدارة وتجاوزها، وبدء هذا الحلم بالتحقق بصدور قانون التعديل الثاني رقم 106 لسنة 1989 لقانون مجلس شوري الدولة رقم 65 لسنة 1979، ثم صدر قانون التعديل الخامس لهذا القانون وعلى التفصيل التالي: ص 138 نشأة القضاء الإداري في العراق:

حصل التطور في النظام القضائي العراقي على اثر صدور قانون التعديل الثاني رقم 106 لسنة 1989 والذي قضى بإنشاء محكمة القضاء الإداري من ضمن تشكيلات مجلس شوري الدولة تختص بنظر صحة الأوامر والقرارات الإدارية الصادرة عن الموظفين والهيئات الإدارية في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي والتي لم يعين لها القانون مرجع للطعن فيها وفقا للمادة (7- ثانيا) مع بعض الاستثناءات في الفقرة خامسا من المادة نفسها ومنها اعمال السيادة والقرارات التي تتعلق بتنفيذ لتوجيهات رئيس الجمهورية وغيرها، فاقرب بذلك النظام القضائي العراقي من القضاء المزدوج مبتعدا عن ميدان القضاء الموحد، وبوجود هذه الاستثناءات السابقة يجعل من اختصاصات المحكمة محدودة ومتواضعا حيث خرجت اعمال إدارية ورئاسية من اختصاص المحكمة إضافة الى وجود اعمال وقرارات كثيرة رسم لها القانون طريق للطعن امام الجهات الإدارية التي صدرت عنها وامام مجالس وجهات شبه قضائية، فهدف انشاء هذه المحكمة تحقق بجزء منه مع محدودية الوظائف الأخرى بسبب الاستثناءات، ومهما كان الامر فان وجود المحكمة يعتبر خطوة مهمة في الإسراع لاستكمال مقومات القضاء الإداري بهيكلية متكاملة يمثل مجلس الدولة كهيئة قضائية إدارية مستقلة وبعدها صدر قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة والذي عالج كثير من القصور برغم عدم تحقيق جميع الامال المنشودة. ص 139-141

تنظيم القضاء الإداري في العراق:

بعد صدور قانون مجلس شوري الدولة رقم 65 لسنة 1979 الذي أسس مجلس شوري الدولة مرتبط بوزارة العدل ومقره في بغداد فقد الغي قانون التدوين القانون لسنة 1933، ويتكون المجلس من عدة هيئات ومنها الهيئات العامة والرئاسة والموسعة والمتخصصة ومجلس الانضباط العام، وبعدها صدر قانون التعديل الثاني رقم 106 لسنة 1989 الذي أضيفت بموجبه محكمة القضاء الإداري التي تختص بقضايا معينة مع الاستثناءات، ثم صدر قانون التعديل الخامس الذي أضاف شيء من التعديلات لقانون مجلس شوري الدولة.

ص 141-142

تكوين مجلس شوري الدولة:

يقضي قانون مجلس شوري الدولة رقم 65 لسنة 1979 بتأسيس مجلس شوري الدولة مقره في بغداد تابع لوزارة العدل يتكون بعضوية رئيس للمجلس ونائبين ومستشارون اصليين ومساعدين، ثم صدر قانون التعديل الخامس رقم 17 لسنة 2013 لقانون مجلس شوري الدولة رقم 65 لسنة 1979 والذي قرر نفس الاتجاه السابق مع تحديد الاختصاص التشريعي والرأي والفتوى وكذلك القضاء الإداري في المجلس، وتكون له وحدة حسابية ضمن موازنة الوزارة، ويكون كل الأعضاء السابقين بالذكر بدرجة قاضي في مباشرة مهامهم الوظيفية، مع ملاحظة ان تسمية المجلس بمجلس الدولة هي الأنسب من غيرها ومفضلة حتى من المشرع الدستوري في المادة 101 من الدستور العراقي النافذ لسنة 2005، وبالرغم من المهام الخطيرة والمهمة للمجلس في ممارسة الرقابة على مشروعية القرارات والأوامر الإدارية الا انه مرتبط بوزارة العدل كسلطة

تنفيذية تخضع في اعمالها الى رقابة المجلس وهذا ما يضعف ثقة المتقاضين بعمل وحياد المجلس نفسه، وقد قضى المشرع بزيادة عدد المستشارين الأصليين الى ما لا يقل عن 50 مستشار اصلي (قابل للزيادة) مع زيادة المستشارين المساعدين الى ما لا يقل عن 25 وبما لا يزيد على نصف عدد المستشارين الأصليين، وهذا الاتجاه كان بقصد تحقيق التوازن في ممارسة المهام والعبء الملقى على عاتق الأعضاء في المجلس، ووفقا للمادة 20 من نفس القانون للتعديل الخامس السابق التحديد يجب ان يكون المستشار عراقيا بالولادة من ابوين عراقيين ولا يزيد عمره عن 50 سنة وحاصل على شهادة أولية بالقانون مع خدمة لا تقل عن 18 سنة في وظائف قانونية أو قضائية في دوائر الدولة والقطاع العام ومدة 16 سنة خدمة لمن يكون حاصلا على شهادة الماجستير في القانون و14 سنة خدمة للحاصلين على شهادة الدكتوراه في القانون، وسواء كانت الخدمة قبل أو الحصول على الشهادات السابقة مع اعتماد المدة الاصفرية للحصول على هاتين الشهادتين كخدمة لأغراض هذا القانون، وبموجب المادة 21 من نفس القانون السابق وينفس الاتجاه للشروط التي يجب توافرها في المستشار المساعد ان يكون عراقيا بالولادة من ابوين عراقيين وان لا يزيد عمره عن 50 سنة وحاصلا على شهادة جامعية أولية في القانون وله خدمة في دوائر الدولة والقطاع العام بوظائف قانونية أو قضائية لا تقل عن 14 سنة و12 سنة لمن كان حاصلا على شهادة الماجستير في القانون و10 سنوات للدكتوراه في القانون، وسواء كانت الخدمة قبل أو الحصول على الشهادات السابقة مع اعتماد المدة الاصفرية للحصول على هاتين الشهادتين كخدمة لأغراض هذا القانون، أخيرا يجوز ترقية المستشار المساعد الى درجة مستشار بموجب المادة 23 من قانون التعديل نفسه اذا امضى مدة 3 سنوات في الخدمة بامانة ونزاهة وبكفاءة ومقدرة على العمل وقد نشر بحثين قانونيين بدرجة قيم في الأقل بناء على تقييم من هيئة الرئاسة في مجلس الدولة العراقي. ص 142-145

هيئات وتشكيلات مجلس الدولة العراقي (مجلس شوري الدولة سابقا):

بموجب المادة 2/ أولا من قانون التعديل الخامس رقم 17 لسنة 2013 لقانون مجلس شوري الدولة رقم 65 لسنة 1979، ان المجلس يتكون المجلس من الهيئات التالية: ص 145

1- الهيئة العامة: وتتألف من رئيس ونائبين والمستشارين وتنعقد بحضور الأكثرية من الأعضاء وبرئاسة رئيسها أو احد نائبيه بغيابه، كما يمكن حضور المستشارون المساعدين بدون حق التصويت، والقرارات تتخذ بالأغلبية للأعضاء مع ترجيح الجانب الذي معه الرئيس عند تساوي الأصوات. ص 146

2- هيئة الرئاسة: وتنعقد برئاسة رئيس المجلس ونائبيه ورؤساء الهيئات ورئيس المحكمة الإدارية العليا، ولها اختصاصات هي: 1- تقديم تقرير سنوي الى الأمانة العامة لمجلس الوزراء عن النقص والتعارض في التشريعات والقوانين أو فيها غموض أو حالات إساءة استعمال السلطة أو اقتراح بإعداد تشريع جديد 2- إعادة النظر في زيادة عدد الهيئات المتخصصة أو دمجها 3- اقتراح تشكيل محاكم قضاء اداري وقضاء الموظفين في مراكز المحافظات عند الحاجة والاقتضاء 4- اختيار نائبي الرئيس من بين المستشارين 5- التوصية بتعيين المستشار والمستشار المساعد والترقية لهم 6- التوصية بالانتداب للقضاة من الصنف الأول والمدراء العامين ورئيس وأعضاء الادعاء العام وأساتذة الجامعات والخبراء ومن بحكمهم 7- التوصية بتعيين سكرتير عام المجلس من بين موظفي المجلس. ص 146-147

3- الهيئة المتخصصة: تنعقد برئاسة نائب الرئيس لشؤون الرأي والفتوى أو اقدم المستشارين ومن عدد من المستشارين والمستشارين المساعدين بما لا يزيد عددهم على ثلث عدد المستشارين، ولرئيس المجلس ترشيح من يراه مناسباً من المستشارين لرئاسة الهيئة المتخصصة، وللهيئة المتخصصة سكرتير حاصل على شهادة أولية جامعية في القانون لا تقل درجته عن مدير ويعاونه عدد من الموظفين. ص 147-148

4- المحكمة الإدارية العليا: وتتشكل من رئيس المجلس أو من يخوله من المستشارين وعضوية 6 مستشارين و4 مستشارين مساعدين يحددهم رئيس المجلس، وتنعقد في بغداد، ويعتبر تشكيلها هذه المحكمة خطوة مهمة وبالغة الأهمية الى جانب محاكم القضاء الإداري لاستكمال القضاء الإداري في العراق، فبدون وجود هيئات قضائية متكاملة لا يمكن توفير لتطبيق مبدأ المشروعية وسيادة القانون وحماية الحقوق والحريات، وتعتبر هذه المحكمة أعلى هيئة قضائية إدارية في العراق. ص 148

5- محاكم القضاء الإداري ومحاكم قضاء الموظفين: قضت المادة 7 من قانون التعديل الخامس بتشكيل محاكم القضاء الإداري ومحاكم قضاء الموظفين وكذلك تعيين مراكزها، ويترأس هذه المحاكم نائب الرئيس لشؤون القضاء الإداري أو مستشار وعضوية عدد من المستشارين والمستشارين المساعدين، وتتوزع في المناطق التالية: 1- المنطقة الشمالية ومركزها في الموصل 2- منطقة الوسط ومقرها في بغداد 3- منطقة الفرات الأوسط ومركزها في مدينة الحلة 4- المنطقة الجنوبية ومقرها في البصرة.

ويجوز في حالات الاقتضاء والحاجة تشكيل محاكم قضاء اداري ولقضاء الموظفين في مراكز المحافظات ببيان يصدر عن وزير العدل بناء على اقتراح من هيئة الرئاسة وينشر في الجريدة الرسمية، ويجوز انتداب قضاة

من الصنف الأول والثاني بترشيح من مجلس القضاء الأعلى الى محاكم القضاء الإداري وقضاء الموظفين، وهناك من الاتجاهات الفقهية من يدعو الى تشكيل هيئة موظفي الدولة نظرا لاهميتها ودورها الخطير في دعم وتعزيز الجهاز القضائي الإداري العراقي بدلا من التعديلات وغيرها، فهي تعمل على تخفيف العبء في تهيئة الدعاوى وتحضيرها للمرافعة وتقديم المطالبات والمسائل القانونية بشأنها وابداء الرأي والاجتهادات لما يتصل بالقواعد والمبادئ القانونية وما يؤدي الى تطويرها وازدهار القانون الإداري ونظرياته، وفي الواقع ان تطور القضاء الإداري وازدهاره في مصر وفرنسا كان سببه مفوضي الدولة والبحوث التي يقدموها، إضافة للاعمال التي يقومون بها مثل اقتراح لحل النزاعات وديا والطعن باحكام المحاكم الإدارية ومحاكم قضاء الموظفين امام المحكمة الإدارية العليا كما هو مقرر في القوانين الجزائرية لهيئات الادعاء العام وما يماثلها للاحكام الجزائية، إضافة لمهام أخرى منها ما يتعلق بنظر طلبات الاعفاء من الرسوم القضائية وتحديد مواعيد المرافعات والجلسات وتوزيع القضايا على المحاكم والهيئات المختصة واجراء التحقيق بناء على ندب المحكمة. ص

اختصاص مجلس شورى الدولة:

وضحت المادة 4 من قانون التعديل الخامس رقم 17 لسنة 2013 لقانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 اختصاصات مجلس شورى الدولة في مجال القضاء الإداري والإفتاء والصياغة واعداد ودراسة وتدقيق مشروعات القوانين وابداء الرأي في الأمور القانونية لدوائر الدولة والقطاع العام، وكان نص المادة السابق افضل من النص الملغى وان كان يحمل نفس المضمون، الا ان النص الحالي جاء بتنظيم منطقي افضل للاختصاصات ورفع السرية على جميع اعمال المجلس، وهذه الاختصاصات تتوزع كالتالي: ص151-152

أولاً: الاختصاص غير القضائي لمجلس شورى الدولة (الاختصاص الاستشاري): للمجلس اختصاص استشاري للدولة في مجال التقنين والإفتاء وابداء المشورة القانونية، ويمكن توضيح اختصاصات المجلس في الجانب الاستشاري في ادناه:

1- وظيفة المجلس في مجال التقنين: في اطار المادة 4 من قانون التعديل الخامس تأكدت اختصاصات المجلس باعداد وصياغة ودراسة وتدقيق مشروعات القوانين لدوائر الدولة والقطاع العام، وفي المادة 5 من نفس القانون تحدد هذه الاختصاصات في مجال التقنين بالاتي: أ- اعداد وصياغة مشروعات القوانين والأنظمة المتعلقة بالوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة بناء على طلب منها، ب- تدقيق ما يرسل اليه من الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة من مشروعات قوانين أو أنظمة أو تعليمات من حيث الشكل والموضوع، وهذه الجهات ملزمة بذلك قبل رفع المشروعات للحكومة مع الأسباب الموجبة وارئ الجهات ذات العلاقة مع الاعمال التحضيرية لها، ويتولى عندها المجلس تدقيقها وإزالة التعارض بما يتفق مع المعاهدات والاتفاقات التي تكون الحكومة العراقية طرفاً فيها والتشريعات النافذة، ثم يرفع توصياته لرئاسة الحكومة وارسال نسخ منه الى الجهات المرسله للعمل، ج- المساهمة في ضمان وحدة التشريع وتوحيد أسس الصياغة التشريعية والمصطلحات القانونية وما يؤدي الى توحيد أسس تنفيذ القوانين وتسهيل تطبيقها في الحياة العملية.

2- وظيفة المجلس في مجال الرأي والمشورة القانونية: بموجب المادة 4 من قانون التعديل الخامس السابق الذكر فان المجلس له وظيفة في مجال الإفتاء وابداء الرأي في الأمور القانونية لدوائر الدولة والقطاع العام، وقد بينت المادة 6 الأمور التي تشتمل عليها هذه الوظيفة ومنها: أ- ما يعرض عليه من الجهات العليا، ب- الاتفاقات والمعاهدات الدولية قبل الانضمام اليها أو عقدها، ج- المسائل المختلف عليها بين الوزارات أو بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة اذا احتكمت هذه الجهات الى المجلس ورأيه بذلك يكون ملزماً، د- ابداء الرأي في المسائل القانونية اذا حصل تردد فيها من الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة، على ان يقدم طلب الى المجلس بذلك مع تحديد النقاط والجوانب المطلوب الرأي فيها والأسباب التي دعت العرض على المجلس، ورأي المجلس في ذلك ملزم لهذه الجهات السابقة. ص154

ثانياً: الاختصاص القضائي لمجلس شورى الدولة: يمارس المجلس وظيفة قضائية بموجب التعديل الخامس رقم 17 لسنة 2013 من خلال المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري ومحاكم قضاء الموظفين وكالتالي:

أولاً: اختصاص المحكمة الإدارية العليا: بموجب المادة 2 من قانون التعديل الخامس تمارس هذه المحكمة

نفس اختصاصات محكمة التمييز في العراق المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 عند نظر الطعن بقرارات محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين، وكذلك البت في تحديد اختصاص المحكمة التي تنظر القضية في حالة التنازع بين محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين، ونظر التنازع الحاصل حول تنفيذ حكمين مكتسبين الدرجة القطعية متناقضين صادرين عن محكمة القضاء الإداري أو محكمة قضاء الموظفين في موضوع واحد لنفس الخصوم أو كان أحدهم طرفاً في هذين الحكمين وترجح أحد الحكمين وتقرر تنفيذ أحد الحكمين دون الحكم الآخر، مع ملاحظة أن استحداث المحكمة الإدارية العليا والتي استطاع المشرع من خلالها حسم موضوع الاشتباك وتداخل الاختصاص بين القضاء الدستوري والقضاء الإداري والذي كان له تطبيق بموجب الأمر رقم 30 لسنة 2005 الصادر بناء على قانون إدارة الدولة العراقية لسنة 2004 الذي قضى بتشكيل المحكمة الاتحادية العليا، حيث تم نقل الاختصاص في نظر الطعن بقرارات محكمة القضاء الإداري من الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة إلى المحكمة الاتحادية العليا. ص154-156

ثانياً: اختصاصات محكمة القضاء الإداري: جاء نص المادة 7 من قانون التعديل الخامس رقم 17 لسنة 2013 لقانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 لترديداً لنص المادة 7 من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة السابق تحديده في تحديد نطاق عمل ونشاط محكمة القضاء الإداري وبشكل أكثر دقة وبما يتفق مع التنظيم الإداري لأجهزة الدولة وقطاعات النشاط فيها، فالمحكمة تفصل في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية الصادرة عن الموظفين والجهات الإدارية الوزارية والجهات الإدارية غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام والتي لم يعين مرجع في القانون للطعن فيها بناء على طلب من ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة... الخ. ص156-157

ثالثاً: محكمة قضاء الموظفين: في السابق كان مجلس الانضباط العام وقبل صدور قانون التعديل الخامس هو من يمارس الوظيفة القضائية للقضايا الخاصة بالوظيفة العامة والخدمة المدنية وكل ما يتعلق بالطعون الخاصة بالعقوبات الانضباطية المقدمة من الموظفين الصادرة بحقهم بموجب قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 المعدل، وقد حلت محكمة قضاء الموظفين بموجب التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة محل مجلس الانضباط العام في ممارسة المهام القضائية في المجلس، فتختص المحكمة بنظر الدعاوى التي يقيمها الموظف على دائرته فيما يتعلق بحقوقه وضماناته المقررة في قانون الخدمة المدنية رقم 24 لسنة 1965 والقوانين والتعليمات التي تحكم العلاقة بين الموظف والدولة (الجهة التي يعمل بها)، كذلك تنظر المحكمة في القضايا التي تتعلق بالعقوبات الانضباطية المفروضة على موظفي الدولة من جهاتهم الإدارية، وحسنا فعل المشرع العراقي بإحلال المحكمة لقضايا الموظفين محل المجلس لأن تسمية المجلس داخل المجلس هو امر غير مستساغ شكلاً ومن الناحية الموضوعية إن طبيعة العمل القضائي والاختصاص المناط به تقتضي وجود هيئة قضائية تحت تسمية المحكمة بالمعنى الحقيقي شكلاً وموضوعاً، وغير ذلك من تفضيل للنص الجديد بما يشمله من اختصاصات للمحكمة بشكل أفضل وأوضح من النص السابق قبل التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة. ص157-158

الأساس القانوني للاختصاص القضائي:

إن وجود قضائين مستقلين والازدواج القضائي والتنازع الذي قد يحصل بينهما يستلزم وضع قواعد أساسية وطرق لتوزيع وتحديد الاختصاصات بين القضاء العادي والقضاء الإداري، وهذا ما يتطلب البحث في معايير

الاختصاص القضائي ثم كيفية حل النزاع على الاختصاص بين القضائين وإزالة التعارض بينهما. ص 159

تنازع الاختصاص:

ان وجود القضاء العادي الى جانب القضاء الإداري في نظام القضاء المزدوج قد يؤدي الى نشوء منازعات في ممارسة الاختصاص بين القضائيين، ويرجع السبب في ذلك الى عدم وجود معيار موحد أساسي لتحديد اختصاص كل من القضائيين في تحديد نظر المنازعات وكذلك عدم دقة المشرع والقصور في تحديد اختصاص كل من القضائيين، وفي الواقع فان النزاعات تبقى قائمة حتى وان تمت معالجة للأحوال السابقة فقها وقانونا، ولكن ما يزيد هذه الاحتمالات قوة هو تحديد قواعد عامة ويترك المشرع للقضاء الحرية في تحديد الاختصاص ووضع المعايير والضوابط كما في فرنسا، إضافة الى التعارض في الاحكام الذي قد يثور الى جانب التنازع في ممارسة الاختصاص. 175-176

صور تنازع الاختصاص:

لتنازع الاختصاص صور محددة هي التنازع الإيجابي والسلبي، ونختصرهما بالاتي:

1- التنازع الإيجابي: هو ان تنظر المحاكم العادية في دعوى تعتقد الإدارة انها من اختصاص المحاكم الإدارية وهو تنازع يتقرر لمصلحة الإدارة فقط لانها الطرف الوحيد الذي له الحق بإثارة هذا الدفع بهدف رفع يد القضاء العادي عن النزاع، وليس للأفراد الحق برفع الدعوى من هذا الجانب امام محكمة التنازع، فالإدارة تطلب من المحكمة العادية وتدفع بعدم الاختصاص خلال الفترة التي تنظر فيها الدعوى وقبل انتهاء الفصل فيها، فاذا رفضت ذلك فان الإدارة لها الحق برفع التنازع الى محكمة التنازع التي تقرر اما بتأييد الطلب وإقرار الدفع أو بإلغاء الطلب وتقرير اختصاص المحكمة العادية التي تنظر الدعوى. ص 178-179

2- التنازع السلبي: هو ان يدفع كل من القضائيين العادي والإداري بعدم الاختصاص في نظر الدعوى بحجة ان موضوع الدعوى لا يدخل في الاختصاص لكل منهما مع وحدة اطراف الدعوى والموضوع وبصدور قرارات من كلا المحكمتين عن ذلك، ومن يتضرر بذلك هو الفرد تحديدا دون الإدارة، ومن ثم فان محكمة التنازع هي التي تقرر أي من القضائيين هو المختص وإلغاء قرار المحكمة التي تكون مختصة بنظر الدعوى دون الأخرى تجنباً لانكار العدالة. ص 179-180

تعارض الاحكام:

وهو حالة صدور حكمين متناقضين ومتعارضين في دعوتين مختلفتين (مدنية وإدارية) لاختلاف المدعى عليه في كل منهما وعن نفس موضوع الدعوى (الضرر المتحقق نفسه)، ولا تسمح هذه الاحكام للمتضرر من الحصول على حقه وهما يتضمنان انكار للعدالة، ولعل قضية (Rosay) كانت من افضل التطبيقات على توفر حالة تعارض الاحكام، ويشترط المشرع الفرنسي لثبوت اختصاص محكمة التنازع في نظر القضية تحقق الشروط التالية: (1- الاستقلال بين الدعاوى المرفوعة من المدعي حتى وان اتحدت في الموضوع والوقائع 2- ان ينظر كلا القضائيين في الدعوى لا ان يرفض بحجة عدم الاختصاص 3- ان يصدر حكمان في الدعوى متعارضان ويؤديان الى انكار العدالة بعدم حصول المتضرر على حقه)، وللمتضرر الحق برفع الموضوع الى محكمة التنازع خلال مدة شهرين من إعلانه للحكم الأخير، وللمحكمة صلاحية نظر الموضوع والدعوى وإصدار حكم نهائي يحسم هذا الموضوع لتحقيق العدالة فيحل حكم المحكمة الأخيرة محل الحكمين المتعارضين. ص 180-182

تنازع الاختصاص في مصر والعراق:

في مصر والعراق فإن الموقف مختلف في موضوع تنازع الاختصاص عن موقف المشرع الفرنسي، وسنوضح ذلك باختصار كما يلي:

أولاً: تنازع الاختصاص في مصر: إن اختصاص القضاء الإداري في ظل النظام القضائي المزدوج يأخذ اتجاهين، الأول في فرنسا وذلك بإعطاء القضاء الإداري اختصاص واسع وشامل (ولاية عامة) وتحديد ما يخرج عن ولايته بنصوص صريحة، أما الاتجاه الآخر وهو متبع في مصر ويقضي بتحديد اختصاص القضاء الإداري في نظر المنازعات الإدارية على سبيل الحصر وبنصوص صريحة ومن ثم يخرج من ذلك الاختصاص ما لم يرد في هذه النصوص صراحة، وبرغم التعديلات اللاحقة لنظام مجلس الدولة في مصر إلا أن الوضع لم يتغير، وكانت القضايا التي من اختصاص القضاء الإداري تتمثل بدعاوى الانتخابات والموظفين والعقود الإدارية وإلغاء القرارات الإدارية والقرارات الصادرة من جهات القضاء والتعويض ومنازعات الضرائب والرسوم وغيرها، وما يخرج من نطاق ذلك فيخرج من ولاية مجلس الدولة المصري وهيئاته القضائية، ثم تطور الموقف القضائي وصولاً للاعتراف الشامل والولاية العامة لمجلس الدولة المصري وهو ما ثبت في دستور مصر لسنة 1971 والقانون رقم 47 لسنة 1972 المتعلق بتنظيم شؤون وعمل مجلس الدولة، وفي السابق بتحديد اختصاص مجلس الدولة فقد ظهرت على نطاق واسع مسألة التنازع في الاختصاص وقد منحت المحكمة الدستورية العليا مهمة الفصل في هذا النزاع بصورتيه الإيجابية والسلبية وحتى عن تعارض الأحكام بعد انشائها بالقانون رقم 48 لسنة 1979 بعضوية رئيس ونواب وأعضاء يعينون بقرار من رئيس الجمهورية وهم غير قابلين للعزل. ص 182-185

ثانياً: تنازع الاختصاص في العراق: قبل صدور قانون التعديل الثاني رقم 106 لسنة 1989 لقانون مجلس شورى الدولة لم يكن هناك تصور لحالة تنازع الاختصاص لأن النظام القضائي السائد في العراق هو الموحد والقاضي بولاية القضاء العادي على جميع المنازعات الفردية والإدارية أيضاً مع بعض التحفظات والتردد لنظر المنازعات الأخيرة، وبعد تشكيل محكمة القضاء الإداري بصدور قانون التعديل الثاني أعلاه والانتقال لمرحلة النظام القضائي المزدوج أصبح التنازع محتمل ومن ثم نظم المشرع العراقي الحل والحكم لحالة التنازع التي قد تحصل بين القضائين العادي والإداري، فتعين الجهة المختصة هيئة قوامها 7 أشخاص يختار منهم رئيس محكمة التمييز 3 قضاة من المحكمة و3 آخرين يختارهم رئيس مجلس شورى الدولة من بين أعضاء المجلس وتعد برئاسة رئيس محكمة التمييز، والقرارات النهائية لحل التنازع تتخذ بالاتفاق أو بالأكثرية وإذا تساوت الأصوات فيرجح جانب الرئيس في التصويت، ولكن المشرع لم يحدد من هي الجهة المختصة ولغاية وقتنا الحاضر وإن رئاسة الهيئة من رئيس محكمة التمييز هي امر قد يوجي بعدم الحيادية وإضعافها لكثرة الأعضاء من جانب القضاء العادي، وبأري الأستاذ المؤلف كان الأفضل استحداث محكمة مستقلة لحل موضوع التنازع أو منح هذا الاختصاص الى المحكمة الاتحادية العليا العراقية لضمان الحيادية في اصدار القرارات أو بعهد برئاسة هيئة تعيين المرجع لرئيس المحكمة الاتحادية العليا أو رئيس مجلس القضاء الأعلى، مع ملاحظة ان دستور العراق لسنة 2005 في المادة 93 منه قد أعطت المحكمة الاتحادية العليا اختصاص نظر التنازع الحاصل بين الهيئات القضائية الاتحادية والأخرى في الأقاليم والمحافظات الغير منتظمة بإقليم

وكذلك في التنازع بين الهيئات القضائية في الاقاليم والأخرى في المحافظات الغير منتظمة بإقليم. ص185-

ولاية القضاء الإداري:

يذهب الفقه القانوني العام الى ان الاختصاص القضائي وولاية القضاء الإداري في نظر المنازعات الادارية ينقسم الى عدة أنواع بحسب سلطة القاضي أو طبيعة النزاع والمراكز القانونية فيه، وهي القضاء الكامل وقضاء الإلغاء وقضاء التفسير وقضاء العقاب (الزجر)، ونختصرها كالآتي: ص 189

1. قضاء الإلغاء: موضوع هذا القضاء هو البحث في مشروعية القرار الإداري (الفردية والتنظيمية (اللائحية)) من حيث توفر أركانه وشروطه ومدى مطابقتها للقانون، وللقاضي سلطة إلغاء القرار الإداري غير المشروع لا سلطة التعديل ومن باب أولى استبداله بغيره، وهذا القضاء هو موضوعي لأنه ينصب على بحث مشروعية القرار الإداري وليس قضاء شخصي كما هو الحال في القضاء الكامل الذي يوجه في خصومة شخصية ضد الإدارة العامة مصدرة القرار لاعتدائها في عملها على الحقوق الشخصية للمدعي رافع الدعوى. ص 190

2. القضاء الكامل: موضوع هذا القضاء يتمثل بسلطة القاضي الكاملة تجاه القرار الإداري المخالف بالإلغاء والتعديل والتعويض أو الحكم بالتسوية تجاه الموظف أو تصحيح نتائج انتخاب أيضاً، فالمدعي في الدعوى يطالب بحقوق شخصية ضد الإدارة العامة مصدرة القرار وهذا ما يعطي سلطة واسعة للقاضي الإداري للحكم في الدعوى، ويدخل في اختصاص هذا القضاء دعاوى العقود الإدارية والانتخابات وقضايا الضريبة والتعويض عن أعمال الإدارة الضارة. ص 190

3. قضاء التفسير وتقدير المشروعية للقرار: يختص هذا القضاء بإعطاء تفسير وتحديد مدلول القرار الإداري مع تقدير مشروعيته القانونية ومن دون الفصل في موضوع الدعوى، وينظر هذا القضاء بناء على إحالة من محكمة عادية تنظر في نزاع فتطلب من قضاء التفسير النظر في مشروعية القرار الإداري وتفسيره. ص 191

4. قضاء العقاب (الزجر): يختص هذا القضاء بسلطات غير مألوفة كما هو الحال للقاضي الإداري ومنها ما يصل الى حد إيقاع العقوبات الجزائية كما هو الوضع لمعاقبة المعتدين على الأموال العامة وتأدية الغرامات والالتزام بإصلاح الضرر والهدم لمبنى أقيم بشكل غير مشروع وغيرها، وإن المفهوم الحديث لهذا القضاء بقضي باختصاصه في توقيع العقوبات التأديبية عن مخالفاتهم الوظيفية.

ص 190

الانتقادات الفقهية الموجهة للتقسيم القضائي، والتقسيم أو التصنيف القضائي الجديد: من أهم الانتقادات الفقهية التي وجهت للتقسيم القضائي في الأنواع الأربع السابقة هو ان هذا التقسيم يعتمد على الحكم القضائي في التصنيف القضائي من دون الاهتمام بطبيعة النزاع والحالة القانونية والواقعية التي أدت لإصدار القرار أو الحكم القضائي، ولذلك ذهب الفقه لاعتماد تقسيم جديد يعتمد على أهمية موضوع النزاع فينقسم القضاء بذلك الى قضاء عيني (موضوعي أو مادي) وآخر قضاء شخصي، حيث يتركز هذا التقسيم على التمييز بين المراكز القانونية الذي تدخل في ولاية القضاء الموضوعي أو العيني حيث تكون المخالفة في القرار مادية وقانونية والذي تكون الأحكام القضائية فيه قطعية والدعاوى فيه أوسع نطاقاً وبين المراكز الشخصية الداخلة في ولاية القضاء الشخصي عندما يكون الاعتداء على حقوق شخصية كما هو الحال الحقوق المترتبة على العقد وإن الدعوى فيه أقل واضيق نطاق من القضاء السابق، وبناء على التقسيم الجديد فإن القضاء الموضوعي يشمل دعوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية والعقاب أو التأديب، أما

القضاء الشخصي فيشتمل على منازعات العقود والتعويض عن افعال الإدارة الضارة، والعيب في التقسيم القضائي الى موضوعي عيني وشخصي هو انه يخرج من كلاهما أنواع من الدعاوى مثل المنازعات الضريبية والانتخابية، وبالرغم من ذلك فان الفقه الفرنسي لا زال متمسك بالتقسيم التقليدي السابق في أعلاه.

ص191-193

قضاء الإلغاء :

موضوع هذا القضاء واختصاصه الأساسي هو دعوى الإلغاء أو تجاوز السلطة التي تمثل محوره وهي تقام من المتضرر ضد القرارات الإدارية غير المشروعة، وهذه الدعوى مهمة جدا وخطرة لانها تمثل الحماية الحقيقية وتطبيق لمبدأ المشروعية ضد أخطاء ومخالفات الإدارة العامة لأنها جزاء يترتب على بطلان القرار المعيب إضافة الى وسائل أخرى، ولهذه الدعوى نشأة وتطور وكذلك طبيعة قانونية (شروط ومميزات) نلخصها

بالتالي: ص195

أولاً: نشأة دعوى الإلغاء: هذه الدعوى نشأت في فرنسا وكانت في بدايتها تمثل تظلم إداري رئاسي ثم تطورت إلى دعوى قضائية موضوعية وهي من اختصاص مجلس الدولة الفرنسي وبعدها أصبحت من اختصاص المحاكم الإدارية في نظرها في عام 1953 بعد إنشاء هذه المحاكم، وكان مجلس الدولة الفرنسي هو الأصل في وضع القواعد العامة والاحكام لهذه الدعوى في التنظيم لها، وفي مصر فقد كانت دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية غير المشروعة قانوناً هي من صنع المشرع المصري بموجب قانون مجلس الدولة المصري عام 1946، أما في العراق فإن اختصاص النظر بعدم مشروعية القرارات الإدارية يقع تحت اختصاص محاكم القضاء الإداري بعد إنشائها بموجب قانون التعديل الثاني عام 1989 لقانون مجلس شورى الدولة عام 1979 فتكون بذلك دعوى الإلغاء من اختصاص القضاء الإداري لا العادي. ص 196-197

ثانياً: طبيعة دعوى الإلغاء (خصائص الدعوى ومميزاتها): دعوى الإلغاء لها طبيعة خاصة تميزها عن الدعاوى الأخرى بوصفها وسيلة لحماية وتحقيق مبدأ المشروعية القانونية، فلها خصائص ومميزات تلخص بالتالي:

1. دعوى الإلغاء من النظام العام: هذه الدعوى لها صفة عامة وللمدعي إقامتها ضد القرارات الإدارية غير المشروعة وإن لم ينص القانون على ذلك، وإن التحصين للقرار من إقامة الدعوى يشمل جميع الدعاوى باستثناء دعوى الإلغاء، ولا يجوز للمدعي التنازل عن حق إقامتها ابتداء ولكن يجوز التنازل عنها بعد رفعها، وإن تنازل المدعي عن الدعوى بعد رفعها وصدور الحكم القضائي بإلغاء القرار غير المشروع لا يمنع من تنفيذ الحكم القضائي بالإلغاء للقرار الإداري.
2. دعوى الإلغاء هي دعوى قضائية بعد أن تطورت من مجرد تظلم إداري رئاسي.
3. دعوى الإلغاء هي موضوعية عينية وليست شخصية: دعوى الإلغاء تقام لحماية وتحقيق مبدأ المشروعية القانونية وسيادة القانون من خلال إلغاء القرار أو العمل الإداري غير المشروع قانوناً ولا توجه لحماية الحقوق الشخصية، فالقاضي الإداري يبحث في مدى توفر شروط وأركان إصدار القرار الإداري وجميع متطلباته، وهذا ما يميز دعوى الإلغاء عن دعوى القضاء الكامل التي تمثل البحث في اعتداء الإدارة على الحقوق الشخصية للمدعي أو رافع الدعوى، وبذلك يترتب على موضوعية دعوى الإلغاء عدة نتائج تتميز بها الدعوى عن القضاء الكامل أهمها:

أ. يمكن إقامة دعوى الإلغاء بمجرد توفر المصلحة العادية للمدعي في رفعها على عكس دعوى القضاء الكامل التي يشترط في قبولها توفر الحق الشخصي للمدعي.

ب. وجود مخالفة قانونية في قرار أو عمل الإدارة العامة

ت. سلطة القاضي الإداري في دعوى الإلغاء هي إلغاء القرار أو التعديل أو الاستبدال وفي القضاء الكامل للقاضي سلطة الإلغاء والتعديل والتعويض أيضاً.

الاحكام الصادرة في دعوى الإلغاء لها حجية مطلقة بالإلغاء تجاه كافة وعلى خلاف الاحكام في دعوى

القضاء الكامل فلها حجية نسبية تقتصر على اطراف الدعوى فقط. ص 197-199

قضاء الإلغاء :

موضوع هذا القضاء واختصاصه الأساسي هو دعوى الإلغاء أو تجاوز السلطة التي تمثل محوره وهي تقام من المتضرر ضد القرارات الإدارية غير المشروعة، وهذه الدعوى مهمة جدا وخطرة لانها تمثل الحماية الحقيقية وتطبيق لمبدأ المشروعية ضد أخطاء ومخالفات الإدارة العامة لانها جزءا يترتب على بطلان القرار المعيب إضافة الى وسائل أخرى، ولهذه الدعوى نشأة وتطور وكذلك طبيعة قانونية (شروط ومميزات) نلخصها بالتالي: ص195

أولا: نشأة دعوى الإلغاء : هذه الدعوى نشأت في فرنسا وكانت في بدايتها تمثل تظلم اداري رئاسي ثم تطورت الى دعوى قضائية موضوعية وهي من اختصاص مجلس الدولة الفرنسي وبعدها أصبحت من اختصاص المحاكم الإدارية في نظرها في عام 1953 بعد انشاء هذه المحاكم، وكان مجلس الدولة الفرنسي هو الأصل في وضع القواعد العامة والاحكام لهذه الدعوى في التنظيم لها، وفي مصر فقد كانت دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية غير المشروعة قانونا هي من صنع المشرع المصري بموجب قانون مجلس الدولة المصري عام 1946، اما في العراق فان اختصاص النظر بعدم مشروعية القرارات الإدارية يقع تحت اختصاص محاكم القضاء الإداري بعد انشائها بموجب قانون التعديل الثاني عام 1989 لقانون مجلس شوري الدولة عام 1979 فتكون بذلك دعوى الإلغاء من اختصاص القضاء الإداري لا العادي. ص196-197

ثانيا: طبيعة دعوى الإلغاء (خصائص الدعوى ومميزاتها): دعوى الإلغاء لها طبيعة خاصة تميزها عن الدعاوى الأخرى بوصفها وسيلة لحماية وتحقيق مبدأ المشروعية القانونية، فلها خصائص ومميزات تتلخص بالتالي:

1. دعوى الإلغاء من النظام العام: هذه الدعوى لها صفة عامة وللمدعي اقامتها ضد القرارات الإدارية غير المشروعة وان لم ينص القانون على ذلك، وان التحصين للقرار من إقامة الدعوى يشمل جميع الدعاوى باستثناء دعوى الإلغاء، ولا يجوز للمدعي التنازل عن حق اقامتها ابتداء ولكن يجوز التنازل عنها بعد رفعها، وان تنازل المدعى عن الدعوى بعد رفعها وصدور الحكم القضائي بإلغاء القرار غير المشروع لا يمنع من تنفيذ الحكم القضائي بالإلغاء للقرار الإداري.
2. دعوى الإلغاء هي دعوى قضائية بعد ان تطورت من مجرد تظلم اداري رئاسي.
3. دعوى الإلغاء هي موضوعية عينية وليست شخصية: دعوى الإلغاء تقام لحماية وتحقيق مبدأ المشروعية القانونية وسيادة القانون من خلال الغاء القرار أو العمل الإداري غير المشروع قانونا ولا توجه لحماية الحقوق الشخصية، فالقاضي الإداري يبحث في مدى توفر شروط وأركان اصدار القرار الإداري وجميع متطلباته، وهذا ما يميز دعوى الإلغاء عن دعوى القضاء الكامل التي تمثل البحث في اعتداء الإدارة على الحقوق الشخصية للمدعي أو رافع الدعوى، وبذلك يترتب على موضوعية دعوى الإلغاء عدة نتائج تتميز بها الدعوى عن القضاء الكامل أهمها:
 - أ. يمكن إقامة دعوى الإلغاء بمجرد توفر المصلحة العادية للمدعي في رفعها على عكس دعوى القضاء الكامل التي يشترط في قبولها توفر الحق الشخصي للمدعي.
 - ب. وجود مخالفة قانونية في قرار أو عمل الإدارة العامة
 - ت. سلطة القاضي الإداري في دعوى الإلغاء هي الغاء القرار أو التعديل أو الاستبدال وفي القضاء الكامل للقاضي سلطة الإلغاء والتعديل والتعويض أيضا.

ث. الاحكام الصادرة في دعوى الإلغاء لها حجية مطلقة بالالغاء تجاه كافة وعلى خلاف الاحكام في دعوى القضاء الكامل فلها حجية نسبية تقتصر على اطراف الدعوى فقط. ص 197-199

شروط قبول دعوى الإلغاء: قبول نظر دعوى الإلغاء يتطلب توفر شروط لابد من تحققها، وهي تنقسم الى خمس جوانب عامة هي (الشروط التي تتعلق بالعمل الإداري موضوع الدعوى وكذلك الشروط التي تتصل برفع الدعوى وأيضا الشروط الخاصة بالتظلم الى جهة الإدارة وأخيرا الشروط التي تنصرف لمدة وميعاد رفع دعوى الإلغاء وأخيرا انتفاء طريق الطعن الموازي لرفع دعوى الالغاء)، وسنلخص كل ذلك بالتالي:

أولا: الشروط المتعلقة بالعمل الإداري موضوع الطعن: وهي ان يكون العمل أو القرار المطعون بالغائه اداري موجود فعلا ونهائي مؤثر من الناحية القانونية ويكون صادر عن جهة إدارية مختصة وطنية، وسنلخص ذلك بالتالي:

1. ان يكون العمل موضوع الطعن والدعوى هو قرار اداري موجود: يعرف القرار الإداري بأنه عمل اداري قانوني يصدر من الجهة الإدارية المختصة باراتها المنفردة لإحداث اثار قانونية جائزة وممكنة بإنشاء مركز قانوني جديد أو الغاء أو تعديل مركز قانون كان قائم، وهذا هو محل وموضوع الطعن بالقرار امام القضاء ونخص منه الإداري، اما القرارات الإدارية التي تتخذ وتصدر بمناسبة ابرام العقود الإدارية كعمل قانوني صادر باتفاق اړادتين فلا يصح ان تكون موضوع للطعن امام القضاء الإداري الا اذا امكن فصل هذه القرارات عن العقد الإداري نفسه تطبيقا لنظرية الاعمال المنفصلة في مجال العقود الإدارية، والقرار الإداري القابل للطعن يجب ان يكون موجود بالمعنى السابق للقرار ويصدر وفقا للشكلية التي تراها الإدارة مناسبة الا اذا حدد القانون هذه الشكلية فعندها يجب ان يصدر بمقتضاها قطعا ويمكن ان تكون القرارات المطعون فيها شفوية أو مكتوبة سواء كانت لاثنية تنظيمية مستقلة أو تنفيذية أو كانت القرارات موضوع الطعن فردية، وان يكون القرار محل الطعن باقي الى حين نظر الدعوى ولم يتم الغاءه أو سحبه من الجهة الإدارية. ص 200-203

2. ان يكون القرار الإداري محل دعوى الالغاء مؤثرا ونهائي: فالقرار الإداري يجب ان صادر من جهة مختصة في إصداره ويكون نهائي منتج لاثاره القانونية ولا يحتاج لتنفيذه واقعا الى تصديق جهة أخرى اعلى أو لإجراءات أخرى، فاذا كان القرار غير قابل للتنفيذ لنقص في الإجراءات الشكلية أو الموضوعية أو لتصاديق للإصدار فلا يجوز الطعن به بالأساس لأنه غير نهائي، فلا يجوز الطعن مثلا بالاعمال التحضيرية التي تسبق اصدار القرار الإداري ولا على مشروعات القرارات والمقترحات والاستشارات وغيرها، وإذا تحددت مدة لسريان اثار القرار أو تم وقفها مؤقتا بعد صدوره فيمكن اعتباره نهائي أيضا ويجوز الطعن بالغائه منذ لحظة صدوره والتبليغ به، كما يمكن الطعن بالقرار اذا كان لحظة إقامة الدعوى غير نهائي واصبح كذلك خلال فترة أو مراحل نظر الدعوى كاستثناء، ويجب ان يكون القرار النهائي مؤثرا أي مرتبا لاثار قانونية وما قد يلحق ضرر بالطاعن من هذه الاثار، فلا يجوز الطعن مثلا بالقرارات التي تتعلق بالإجراءات الداخلية لتنظيم النشاط الإداري والموجهة للموظفين والقرارات المفسرة والمؤكددة لقرارات سابقة في الصدور وغير ذلك. ص 203-

205

ان يكون القرار الإداري موضوع دعوى الإلغاء صادر من سلطة وطنية إدارية: ويعني ذلك ان يكون القرار الإداري صادر من جهة إدارية مختصة بصفتها شخص معنوي عام باعتبارها سلطة عامة سواء تابعة لإدارة

مركزية أو لا مركزية وسواء كانت داخل إقليم الدولة أو خارجه طالما تخضع لسلطان القانون والقضاء الإداري العراقي حتى يكون القرار موضوع أو محل لدعوى الإلغاء، وفي حالة صدور القرار عن الجهة الإدارية بصفتها الخاصة لا شخص معنوي عام بالأوصاف السابقة فلا يجوز ان يخضع في الطعن بالالغاء لولاية القضاء الإداري كموضوع لدعوى الإلغاء وإنما وفقا للقانون الخاص مثل صدور قرارات لتنظيم شؤون واحوال الإدارة الخاصة بها، وتجدر الملاحظة الى ان قانون التعديل الثاني لسنة 1989 لقانون مجلس شورى الدولة لسنة 1979 قد أشار صراحة الى إمكانية الطعن في القرارات الصادرة عن الجهات الإدارية والقطاع الاشتراكي ولم يذكر إمكانية الطعن بالقرارات الصادرة عن الجهات الإدارية والموظفين للنقابات والمنظمات المهنية حيث لا تعتبر جهات إدارية كسلطة عامة وطنية وبالتالي لا يطعن بها بالالغاء امام محكمة القضاء الإداري في العراق.

شروط قبول دعوى الإلغاء: قبول نظر دعوى الإلغاء يتطلب توفر شروط لابد من تحققها، وهي تنقسم الى خمس جوانب عامة هي (الشروط التي تتعلق بالعمل الإداري موضوع الدعوى وكذلك الشروط التي تتصل برفع الدعوى وأيضا الشروط الخاصة بالتظلم الى جهة الإدارة وأخيرا الشروط التي تنصرف لمدة وميعاد رفع دعوى الإلغاء وأخيرا انتفاء طريق الطعن الموازي لرفع دعوى الإلغاء)، وسنلخص كل ذلك بالتالي:

أولا: الشروط المتعلقة بالعمل الإداري موضوع الطعن: وهي ان يكون العمل أو القرار المطعون بإلغائه إداري موجود فعلا ونهائي مؤثر من الناحية القانونية ويكون صادر عن جهة إدارية مختصة وطنية، وسنلخص ذلك بالتالي:

1. ان يكون العمل موضوع الطعن والدعوى هو قرار إداري موجود: يعرف القرار الإداري بأنه عمل إداري قانوني يصدر من الجهة الإدارية المختصة بإرادتها المنفردة لإحداث آثار قانونية جائزة وممكنة بإنشاء مركز قانوني جديد أو الغاء أو تعديل مركز قانون كان قائم، وهذا هو محل وموضوع الطعن بالقرار امام القضاء ونخص منه الإداري، اما القرارات الإدارية التي تتخذ وتصدر بمناسبة إبرام العقود الإدارية كعمل قانوني صادر باتفاق إرادتين فلا يصح ان تكون موضوع للطعن امام القضاء الإداري الا اذا امكن فصل هذه القرارات عن العقد الإداري نفسه تطبيقا لنظرية الاعمال المنفصلة في مجال العقود الإدارية، والقرار الإداري القابل للطعن يجب ان يكون موجود بالمعنى السابق للقرار ويصدر وفقا للشكلية التي تراها الإدارة مناسبة الا اذا حدد القانون هذه الشكلية فعندها يجب ان يصدر بمقتضاها قطعا ويمكن ان تكون القرارات المطعون فيها شفهية أو مكتوبة سواء كانت لائحة تنظيمية مستقلة أو تنفيذية أو كانت القرارات موضوع الطعن فردية، وان يكون القرار محل الطعن باقي الى حين نظر الدعوى ولم يتم الغاءه أو سحبه من الجهة الإدارية. ص 200-203

2. ان يكون القرار الإداري محل دعوى الإلغاء مؤثرا ونهائي: فالقرار الإداري يجب ان صادر من جهة مختصة في إصداره ويكون نهائي منتج لآثاره القانونية ولا يحتاج لتنفيذه واقعا الى تصديق جهة أخرى اعلى أو لإجراءات أخرى، فاذا كان القرار غير قابل للتنفيذ لنقص في الإجراءات الشكلية أو الموضوعية أو لتصديق للإصدار فلا يجوز الطعن به بالأساس لأنه غير نهائي، فلا يجوز الطعن مثلا بالأعمال التحضيرية التي تسبق اصدار القرار الإداري ولا على مشروعات القرارات والمقترحات والاستشارات وغيرها، واذا تحددت مدة لسريان اثار القرار أو تم وقفها مؤقتا بعد صدوره فيمكن اعتباره نهائي أيضا ويجوز الطعن بإلغائه منذ لحظة صدوره والتبليغ به، كما يمكن الطعن بالقرار اذا كان لحظة إقامة الدعوى غير نهائي واصبح كذلك خلال فترة أو مراحل نظر الدعوى كاستثناء، ويجب ان يكون القرار النهائي مؤثرا أي مرتبا لآثار قانونية وما قد يلحق ضرر بالطاعن من هذه الآثار، فلا يجوز الطعن مثلا بالقرارات التي تتعلق بالإجراءات الداخلية لتنظيم النشاط الإداري والموجهة للموظفين والقرارات المفسرة والمؤكددة لقرارات سابقة في الصدور وغير ذلك. ص 203-

205

ان يكون القرار الإداري موضوع دعوى الإلغاء صادر من سلطة وطنية إدارية: ويعني ذلك ان يكون القرار الإداري صادر من جهة إدارية مختصة بصفقتها شخص معنوي عام باعتبارها سلطة عامة سواء تابعة لإدارة مركزية أو لا مركزية وسواء كانت داخل إقليم الدولة أو خارجه طالما تخضع لسلطان القانون والقضاء الإداري العراقي حتى يكون القرار موضوع أو محل لدعوى الإلغاء، وفي حالة صدور القرار عن الجهة الإدارية بصفقتها

الخاصة لا شخص معنوي عام بالأوصاف السابقة فلا يجوز ان يخضع في الطعن بالالغاء لولاية القضاء الإداري كموضوع لدعوى الإلغاء وإنما وفقاً للقانون الخاص مثل صدور قرارات لتنظيم شؤون وإحوال الإدارة الخاصة بها، وتجدر الملاحظة الى ان قانون التعديل الثاني لسنة 1989 لقانون مجلس شورى الدولة لسنة 1979 قد أشار صراحة الى إمكانية الطعن في القرارات الصادرة عن الجهات الإدارية والقطاع الاشتراكي ولم يذكر إمكانية الطعن بالقرارات الصادرة عن الجهات الإدارية والموظفين للنقابات والمنظمات المهنية حيث لا تعتبر جهات إدارية كسلطة عامة وطنية وبالتالي لا يطعن بها بالإلغاء امام محكمة القضاء الإداري في العراق. ص 205-206

ثانياً: الشروط المتعلقة برفع دعوى الإلغاء (صاحب الشأن والمصلحة برفع الدعوى): هنالك شروط يجب توافرها لدى رافع الدعوى لالغاء القرار الإداري لقبولها، وأهمها الأهلية وعدم الرضا والمصلحة لرافع الدعوى لالغاء القرار الإداري، ونلخص ذلك بالتالي:

1. توفر الأهلية لرافع دعوى الإلغاء: للشخص الطبيعي كرافع دعوى الإلغاء تعني ان يكون بالغ لسن الرشد وغير محجور عليه لجنون أو لسفه، اما عن أهلية الشخص المعنوي لرفع دعوى الإلغاء فيجب الرجوع في ذلك الى ما تقتضيه القوانين والأنظمة والتعليمات والعقود وقرارات الانشاء له للتأكد من صلاحية وأهلية الشخص المعنوي، وتباشر الدعوى نيابة عن الشخص المعنوي من قبل الممثل القانوني له بعد التحقق من الوثائق القانونية الاصولية للتمثيل امام القضاء والدوائر الرسمية. ص206

2. عدم الرضا (عدم الموافقة) لصاحب الشأن على القرار الإداري: القبول يعني وجود واقعة يثبت بها قبول الفرد بالقرار الإداري أو القضائي في الوقت الذي كان له فيه الرفض أو الاعتراض عليه لولا تنازل صاحب الشأن عنه، أو يراد به تصرف من المدعى عليه يؤيد فيه ما يدعيه المدعي فيسلم بادعاءات الطرف الآخر أو بالحكم الصادر، فقبول دعوى الإلغاء ينبنى على خلاف القبول بالمعنى المتقدم. ص207

3. تحقق المصلحة لرافع دعوى الإلغاء: اشترط المشرع المصري والعراقي وبخلاف التشريع الفرنسي على شرط توفر المصلحة لدى رافع الدعوى لالغاء القرار الإداري، فلا دعوى بدون مصلحة وهي أساس الدعوى، والمصلحة المقصودة هنا هو وجود فائدة أو منفعة عملية ومشروعة يراد تحقيقها من إقامة الدعوى امام القضاء المختص، وللمصلحة شروط وصفات يجب توافرها وكالتالي: ص208

أ. ان تكون المصلحة شخصية مباشرة خاصة أو عامة مادية أو معنوية: ويعني ذلك ان تكون المصلحة شخصية خاصة بالمدعي نفسه في دعواه كمتضرر من القرار الإداري المطعون فيه وبشكل مميز عن غيره من الافراد الآخرين غير مندمجة بالمصلحة العامة، فيتحقق هذا الشرط السابق اذا كان القرار قد مس أو اتصل بحالة قانونية خاصة شخصية ومباشرة بالمدعي، مثلاً ورثة المدعي ليس لهم الحق بالسير في إجراءات الدعوى بعد وفاته الا اذا كان القرار قد لحق ضرر بمصالحهم الشخصية مباشرة في طلب الإلغاء، ولا مانع من اشتراك افراد آخرين في تحقق المصلحة لهم أيضاً من طلب الإلغاء المقدم من احدهم طالما كانت المنفعة بالالغاء للقرار تعود الى جميعهم مثل حالة الانتفاع من خدمات المرفق العام لمجموعة من الافراد فيحقق الغاء القرار المقدم من فرد معين الى انتفاع مصالحهم جميعاً، كما يمكن ان تكون المصلحة هنا عامة لا مجرد شخصية وخاصة حيث يمكن رفع دعوى الالغاء من شخص معنوي عام (الهيئات المحلية) ضد قرار اداري صادر عن السلطة المركزية، كذلك ان المصلحة المطلوبة كشرط لقبول الدعوى لا يشترط ان تكون مادية فقد تكون مصلحة مباشرة شخصية أدبية لرافع الدعوى مثل حالة الدعوى لالغاء القرار الإداري التي يرفعها الموظف ضد القرار الذي كان قد مس سمعته أو ضد قرار صدر بحق طائفة بمنعهم من ممارسة طقوسهم وغيرها. ص208-210

ب. ان تكون المصلحة محققة أو محتملة: ويقصد بذلك ان الغاء القرار الإداري يعود ويحقق فائدة مادية

أو أدبية لرافع الدعوى وخصوصا عند تعرض مركزه القانوني أو حقوقه للاعتداء بإصدار القرار الإداري محل الدعوى، ومع ذلك يجوز قبول الدعوى بإلغاء القرار الإداري على أساس وجود مصلحة محتملة إذا كانت تهية الفرصة لجلب المنفعة أو دفع ضرر من غير أن يكون ذلك مؤكدا حتى وإن كان الغرض هو الاحتياط لدفع ضرر مؤكد سيقع وغير ذلك، وفي ذلك سار القضاء الفرنسي أيضا، فالمصلحة المحققة والمحتملة هي شرط لقبول الدعوى لإلغاء القرار الإداري الفردي والتنظيمي، وفي العراق نجد أن المشرع العراقي قد أخذ بالمصلحة المعلومة والحالة (المحققة) والممكنة وكذلك المصلحة المحتملة بمعناها السابق لقبول دعوى الإلغاء وفقا لما جاء في مضمون نص الفقرة ثانيا / د / المادة 7 من قانون التعديل الثاني رقم 106 لسنة 1989 لقانون مجلس شورى الدولة لسنة 1979، إلا أن قانون الإجراءات الخاصة بالمحكمة الاتحادية في العراق لسنة 2005 لم يتضمن تحقق المصلحة المحتملة لإقامة الدعوى أو الطعن وإنما ركز على تحقق المصلحة المحققة ويتوافر الشروط التالية:

- أن يكون للمدعي في إقامة دعواه مصلحة مباشرة وحالة ومؤثرة في مركزه القانوني أو المالي أو الاجتماعي.
- تقديم دليل على وقوع ضرر واقعي حصل من جراء التشريع المطلوب الغاءه.
- الضرر المتحقق يكون مباشر أو مستقل يمكن ازالته عند الحكم بإلغاء التشريع المطلوب الغاءه.
- لا يكون الضرر مستقبليا أو نظري أو مجهول.
- أن لا يستند أو لا يفيد المدعي بجانب من النص التشريعي المراد الغاءه.
- أن يكون النص التشريعي المراد الغاءه طبقا فعلا أو يراد تطبيقه على المدعي رافع الدعوى.

ص 210-21

توفر المصلحة وقت رفع الدعوى: حتى تقبل دعوى الإلغاء يجب توفر شرط المصلحة في رفعها في وقت إقامتها، علما أن القضاء الفرنسي كان ينهج منهج مرن بأن تتوفر المصلحة وقت إقامتها ولا مانع إذا توفرت وقت نظر القاضي بها بعد رفعها ولا يشترط استمرار بقاء المصلحة لغاية الفصل بالدعوى إلا إذا زالت المصلحة بإقرار الإدارة بعدم مشروعية قرارها المطعون فيه بدعوى الإلغاء، وفي مصر كان الوضع مختلف بين رأي مؤيد لتوفر شرط المصلحة وقت إقامة الدعوى واستمرارها لحين الفصل بها ولهذا الرأي مبرراته وبين معارض لشرط استمرار المصلحة لحين الفصل بالدعوى وهذا الرأي الأخير هو المقبول وله مبرراته، فدعوى الإلغاء وإن توفرت بها المصلحة الخاصة لرافعها وزالت فيما بعد فإنها تبقى دعوى تتعلق بالنظام العام وموضوعية وتتصل بالمصلحة العامة وهي باقية لتحقيق المشروعية القانونية وسيادة القانون. ص 213-

ثالثاً: شرط التظلم الى الجهة الإدارية لرفع دعوى الالغاء: للتظلم أو الاعتراض مفهوم وهو التماس يقدم الى الجهة الإدارية مصدرة القرار الإداري من صاحب الشأن بهدف إعادة النظر بالقرار الصادر عن نفس الجهة الإدارية لسحب القرار أو الإلغاء أو التعديل، وهو وسيلة وطريق فعال لاختصار الوقت والجهد والمال في حل النزاع إدارياً امام الجهة الإدارية قبل اللجوء الى التقاضي امام المحاكم المختصة، ويعتبر التظلم وسيلة لرقابة إدارية لمشروعية القرار والملائمة في ذات الوقت على خلاف رقابة القضاء التي تكون في الغالب رقابة مشروعية. ص 215

أنواع التظلم من جانب التقديم بالاختيار أو بالإجبار والوجوب: وينقسم الى نوعين هما:

1. التظلم الاختياري: وهو إعطاء الخيار للمتظلم من القرار في تقديمه الى الجهة الإدارية أو الطعن بالقرار مباشرة من خلال اللجوء الى القضاء.

2. التظلم الوجوبي (الإجباري): ويحصل عندما يفرض ويجبر المشرع على صاحب الشأن بالاعتراض على القرار الإداري امام جهة الإدارة مصدر القرار أولاً قبل الطعن امام القضاء، فيكون هذا النوع من التظلم هو الشرط الأساسي لقبول دعوى الإلغاء، وهذا هو الوضع في مصر للطعن بقرارات معينة، وفي العراق فان التظلم امام جهة الإدارة أولاً قبل الطعن بالإلغاء امام القضاء هو شرط لقبول الدعوى من المحكمة القضائية المختصة مع تحديد مدة تقديم التظلم من صاحب الشأن الى الإدارة خلال 30 يوم من التبليغ بالقرار وتحديد مدة نظر التظلم من جهة الإدارة نفسها خلال 30 يوم من تاريخ تسجيل التظلم لديها وفقاً لنص المادة 7-سابعا-أ من قانون التعديل الخامس رقم 17 لسنة 2013 لقانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979. ص 216-219

شروط قبول التظلم الإداري: وهي الصلاحية التي تمكن من فحص التظلم بعد التقديم الى الجهة الإدارية المختصة، ونفصل الشروط كالتالي:

1. ان يكون موضوع التظلم ومحلله ضد قرار إداري موجود فعلاً ونهائياً لا يحتاج لإجراءات أخرى لاستكمالها.

2. يكون التظلم واضح العرض ودقيق في كتابته ومعانيه وصفة القرار المطعون فيه والجهة الإدارية واسم المتظلم ومكان إقامته والطلبات من التظلم، وإذا اشترط القانون شكلاً محدداً لكتابة التظلم فيجب العمل بها.

3. ان يكون التظلم مجدياً بحيث يؤدي الى سحب القرار أو الإلغاء أو التعديل من خلال توفر الامكانية بمراجعة الإدارة لإعمالها وقراراتها الصادرة مع عدم تكرار نفس التظلم، وبخلاف ذلك فان التظلم لا يرتب اثر قانوني من التقديم.

4. ان يقدم التظلم الى الجهة الإدارية المختصة أو للجهة الرئاسية لها، ومع ذلك في فرنسا ومصر أيضاً سمح بقبول التظلم اذا قدم الى الجهة غير المختصة بتحويل التظلم منها الى الجهة المختصة اذا ما كانت تابعة الى شخص معنوي واحد أو تشاركاً في نفس النشاط أو العمل مثلاً.

5. ان يقدم التظلم في الميعاد أو في المدة المحددة للتقديم، وعلى صاحب الشأن اثبات ذلك عند حصول النزاع عن ذلك، وفي فرنسا يقدم التظلم خلال شهران وفي مصر خلال 60 يوم، اما في العراق فان التظلم يقدم الى الجهة الإدارية في خلال مدة 30 يوم من تاريخ التبليغ بالقرار أو اعتباره مبلغ وفقاً لنص المادة 7-سابعا-أ من قانون التعديل الخامس رقم 17 لسنة 2013 لقانون مجلس الدولة

رقم 65 لسنة 1979. ص 219-220

الاثار المترتبة على قبول تقديم ونظر الاعتراض أو التظلم: تتنوع هذه الاثار لقبول التظلم بعد التقديم ونظر الاعتراض أو التظلم الى ثلاث مجالات هي (اثار تتعلق بالمتظلم من القرار الإداري وأخرى اثار تتصل بالإدارة المختصة واخير اثار تنصرف الى القرار الإداري محل التظلم)، وسنلخصها بالتالي:
أولاً: اثار التظلم المتعلقة بالمتظلم من القرار الإداري: وهي كالتالي:

1. وضع الإدارة بين خيارين اما قبول الاعتراض وإعادة النظر بقرارها بالسحب أو التعديل أو الإلغاء واما بالرفض للتظلم ومن ثم سلوك ولجوء المتظلم الى الطعن القضائي.
2. يكون التظلم في حالة التظلم الوجوبي هو شرط لازم من النظام العام يجب توفره لقبول دعوى الإلغاء اذا ما رفض التظلم إدارياً. ص 221

ثانياً: اثار التظلم المتعلقة بالإدارة المختصة: وهي كالتالي:

1. على الجهة الإدارية الالتزام بإعادة النظر بقرارها الإداري خلال المدة المحددة لفحص القرار.
2. على الجهة الإدارية الإفصاح عن نتيجة إعادة النظر بالقرار بالرفض أو القبول (سلباً أو إيجاباً)، اما اذا التزمت الإدارة السكوت أو الصمت في الإجابة فان ذلك يعني في هذا الجانب هو الرفض حكماً أو ضمناً للقرار بعد انتهاء مدة نظر التظلم، ومن ثم يتم اختيار الطريق القضائي في الطعن من صاحب الشأن وحتى في الرض الصريح. ص 221-222

ثالثاً: الاثار المتعلقة بالقرار موضوع أو محل التظلم: وهي كالتالي:

1. في فرنسا ومصر لا يؤدي ولا يمنع التظلم الى وقف تنفيذ القرار الإداري، وفي ألمانيا يؤدي الى ذلك، اما في العراق فان المشرع العراقي سمح بتطبيق نصوص قانون المرافعات المدنية عن الحالات التي تخلو من حكم في قانون التعديل الثاني لسنة 1989 لقانون مجلس شورى الدولة لسنة 1979، ومن ثم يمكن للطعن بالقرار الإداري ان يؤدي في العراق الى وقف تنفيذ القرار الإداري اذا قدم صاحب الشأن طلب بذلك الإيقاف عند رفع دعوى الإلغاء أو في احد مراحلها.
2. يؤدي التظلم الى انقطاع ميعاد سريان دعوى الإلغاء الى حين الفصل في التظلم بالقبول أو الرفض الصريح أو الحكمي، ومن ثم يبدأ سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء.
3. يحل القرار الصادر من الإدارة نتيجة التظلم محل القرار الذي كان موضوعاً لنفس التظلم مسبقاً.
4. لا يجوز ان يتضمن الطعن القضائي بعد التظلم الإداري طلبات أوسع جديدة وأسباب أخرى بإضافتها من الطاعن أو المتظلم امام القضاء المختص، فيجب الالتزام بما ورد في التظلم اذا طعن صاحب الشأن بدعوى الإلغاء امام القضاء. 222-223

رابعاً: شرط الميعاد أو المدة المحددة لرفع دعوى الإلغاء :

كمفهوم عام، دعوى الإلغاء لها مدة محددة ترفع خلالها، فإذا انتهت هذه المدة فلا تقبل المحكمة الدعوى ومن ثم ترد من الناحية الشكلية، ومدة رفع دعوى الإلغاء من النظام العام لا يجوز اغفالها ولا تجاوزها وللقاضي وحتى المدعى عليه الاحتجاج والدفع بتجاوزها إذا خالف المدعي هذه المدة عند رفع الدعوى، ولتحديد هذه المدة أهمية ومبررات تتلخص (أ. استقرار الأوضاع والمراكز القانونية لعدم جواز الإبقاء على باب الطعن مفتوح، ب. حماية الحقوق المكتسبة الناشئة عن قرارات الإدارة العامة، ج. عدم التحديد لا يؤدي إلى التفرقة بين القرارات المعيبة بعيب جسيم (المنعقدة) التي لا تتحصن من الإلغاء بمضي مدة إقامة دعوى الإلغاء وبين القرارات غير المشروعة (معيبة بأحد عيوب الإلغاء) التي تتحصن بفوات مدة إقامة الدعوى)، وفي العراق فإن مدة إقامة دعوى الإلغاء أمام المحكمة وتسجيل الدعوى بعد دفع الرسم تكون خلال 60 يوم من تاريخ الرفض لتظلم صاحب الشأن صراحة (حقيقة) أو ضمناً (حكماً) بالاستناد لنص المادة 5-سابعاً-ب من قانون التعديل الخامس رقم 17 لسنة 2013 لقانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979، ويلاحظ هنا قصر مدة رفع دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري مقارنة بمدة رفع وتقدم دعاوى أخرى في القضاء غير الإداري لتقدم الحقوق المسقط لتحقيق أهداف من جانب المشرع تتلخص باستقرار المراكز القانونية والعمل الإداري وحسن سيره وسرعة البت في حسم النزاعات المتعلقة بالقرارات الإدارية وللتقليل من عدد القضايا والعبء على القضاء. ص224-225

بدء سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية الصريحة والضمنية:

القاعدة المعتمدة هنا، فيما يتعلق بالطعن القضائي ضد القرارات الإدارية الصريحة، يبدأ سريان وميعاد إقامة دعوى الإلغاء من اليوم التالي لتاريخ العلم الحقيقي بجميع عناصر القرار الإداري موضوع الدعوى أو الطعن القضائي والعلم يكون من خلال وسائل النشر للقرار الإداري في الجريدة الرسمية إذا كان القرار إداري لائحي أو تنظيمي ومن خلال الاعلان (التبليغ) للقرارات الإدارية الفردية في الغالب للأشخاص المحددين بذواتهم، أما العلم اليقيني بالقرار الإداري مقبول أيضاً لبدء سريان رفع دعوى الإلغاء والذي يتحقق من غير الوسائل السابقة للعلم بالقرار بالنشر والاعلان وإنما بطرق أخرى تتحقق لدى صاحب الشأن كعلم يقيني بالقرار والتي يمكن ان تثبت في تاريخ محدد لبدء سريان رفع دعوى الإلغاء ويقع عبء اثبات هذا العلم اليقيني على الإدارة بان صاحب الشأن كان يعلم بالقرار علماً يقينياً، وما سبق من توضيح هو ما معمول به في العراق، وفي فرنسا اتجه القضاء الى التضييق من الاخذ بالعلم اليقيني بالقرار بالمفهوم السابق بعد ان كان يتوسع في الاخذ به إضافة للعلم الحقيقي النافي للجهالة، وفي مصر تم تقييد حالة العلم اليقيني بالقرار بشروط للاخذ به في بدء سريان إقامة دعوى الإلغاء .

أما عن القرارات الإدارية الضمنية بالرفض للتظلم الإداري والتي لا تفصح الإدارة فيها عن رفضها صراحة وإنما يكون الرفض حكماً وضمناً (لا يتوفر العلم الحقيقي ولا العلم اليقيني بالقرار الإداري)، فنجد تمييز واختلاف في فرنسا ضمن نطاق دعاوى القضاء الكامل لا وجود لمدة سريان إقامة الدعوى إذا كان القرار الإداري ضمنياً برفض التظلم الإداري أو بسكوت الإدارة عن نظر التظلم الإداري ولكن في نطاق قضاء الإلغاء أيضاً في فرنسا فإن الطعن القضائي ضد القرار الإداري الضمني برفض التظلم الإداري له مدة سريان بعد انقضاء أربعة اشهر على السكوت الإداري، وفي العراق فإن سكوت الإدارة عن البت في التظلم الإداري يعتبر بدءاً لسريان رفع دعوى الإلغاء. ص226-228

وقف وانقطاع ميعاد رفع دعوى الغاء القرار الإداري (الاستثناءات):

الأصل والقاعدة العامة هي ان مدة رفع دعوى الإلغاء هي من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها بالاطالة أو قصرها من جانب الخصوم أو حتى المحكمة المختصة، ومع ذلك هنالك استثناءات على هذه القاعدة العامة، وهذه الاستثناءات تتلخص بالتالي:ص229

أولاً: وقف ميعاد رفع دعوى الإلغاء: يتوقف ميعاد رفع دعوى الإلغاء في الحالات التالية:

1. تحقق القوة القاهرة لوقف ميعاد رفع دعوى الإلغاء أو الاستمرار بالاجراءات: وهي حصول ووجود حادث أو ظرف فجائي لا يمكن دفعه ولا توقعه يستحيل معه استحالة مطلقة على المدعي إقامة أو رفع الدعوى أو الاستمرار باجراءات الدعوى بعد اقامتها خلال هذه الفترة للقوة القاهرة، مثل وجود حالة الحرب والفيضانات وانتشار الوباء والمرض العقلي أو الذي يؤدي الى الرقود في المستشفى والسجن في مكان منقطع وغيرها، وهنا يتوقف ميعاد رفع الدعوى أو إجراءاتها لحين زوال الظرف الطارئ ثم يستأنف العمل من جديد بعد انتهاء القوة القاهرة، وللمحكمة سلطة تقديرية اذا كانت القوة المانعة هي قاهرة ام على خلاف ذلك، ولا تخضع سلطة المحكمة في التقدير الى رقابة جهات أخرى، من ذلك نلاحظ التمديد والاطالة لمدة رفع الدعوى لتمكين الافراد من حماية حقوقهم ضد القرارات الإدارية المعيبة بعد زوال القوة القاهرة. ص 229-230

2. نص القانون الموقف لميعاد رفع دعوى الإلغاء: فقد يرد نص بالقانون يسمح بإيقاف ميعاد رفع دعوى الإلغاء أو يمنع إجراءات الاستمرار بها اذا ما تحقق ظرف معين اضطراري، كما في فرنسا ومصر.

ص230

ثانياً: انقطاع ميعاد رفع دعوى الإلغاء: هو حصول أو تحقق واقعة أو حالة تسبب قطع ميعاد رفع الدعوى أو إجراءاتها فتسقط المدة السابقة ما قبل تحقق الواقعة أو الحالة نهائياً ويبدأ احتساب مدة جديدة كميعاد لرفع الدعوى، وهذه الحالات أو الوقائع القاطعة للميعاد قد تحصل في بداية المدة لرفع الدعوى أو وسطها أو نهايتها، ونلخص حالات انقطاع ميعاد رفع دعوى الإلغاء بالحالات التالية: ص230-231

1. التظلم الإداري: وهو التماس يقدمه صاحب الشأن الى الجهة الإدارية المختصة لاعادة النظر بقرارها بالسحب أو الإلغاء أو التعديل مع تحقق شروطه كاملة سواء كان اختياري ام اجباري (وجوبي)، وفي كل الأحوال فان تقديم التظلم الى جهة الإدارية المختصة خلال نفس ميعاد رفع دعوى الإلغاء فانه يؤدي الى الانقطاع للميعاد ثم احتساب مدة جديدة لسريان رفع الدعوى بعد حسم موضوع التظلم الإداري. ص231

2. رفع دعوى الإلغاء امام محكمة غير مختصة: ان رفع الدعوى لالغاء القرار الإداري امام محكمة غير مختصة سواء إدارية أو مدنية أو لجنة قضائية يعتبر سبب أو حالة لانقطاع الميعاد القديم ومن ثم احتساب الميعاد من جديد برفع نفس الدعوى لالغاء امام المحكمة الإدارية المختصة من تاريخ اعلان صاحب الشأن بعدم اختصاص المحكمة التي قدمت اليها الدعوى مسبقاً وبنفس الطلبات السابقة من دون إضافة في الدعوى، ويعتبر هذا التصرف كأنه تظلم إداري يؤكد تمسك المتضرر من القرار بحقه والدفاع عن مصالحه بهذا الاتجاه ضد القرار الإداري. ص232

3. طلب المعونة القضائية: في في فرنسا ان حالة تقديم صاحب الشأن لطلب المعونة القضائية الى المحكمة المختصة وفي نفس مدة وميعاد رفع دعوى الإلغاء ويرفض هذا الطلب فإن ذلك يؤدي الى

قطع هذا الميعاد ويبدأ ميعاد رفع الدعوى من تاريخ اعلان مقدم الطلب برفض طلبه، اما اذا قبل طلب المعونة القضائية فيعتبر بمثابة المباشرة بإجراءات فعلية لرفع دعوى الإلغاء، فطلب المعونة القضائية انما يمثل الرغبة من صاحب الشأن بإلغاء القرار الإداري، اما في مصر فان طلب المعونة القضائية يمثل تظلم اداري ويرتب نفس اثار الرفض والقبول للتظلم وان رفض أو قبول طلب المعونة القضائية يقطع ميعاد إقامة الدعوى ويمثل بداية لسريان مدة رفع دعوى الإلغاء، مع ملاحظة ان المشرع يعفي الافراد من الرسوم القضائية عن رفع دعوى الإلغاء لأنها من النظام العام عوى موضوعية تقام ضد القرارات الإدارية غير المشروعة ولتشجيع الافراد على إقامة الدعوى. ص233-

الآثر المترتب على انقضاء أو مضي ميعاد رفع دعوى الإلغاء (القاعدة العامة)، والحلول:
القاعدة العامة المعتمدة في هذا المجال، إذا مضت مدة رفع دعوى الإلغاء فإن القرار الإداري المعيب وغير المشروع سيكون محصن تماما ضد أي طعن وسليم، ومع ذلك فإن هنالك حلول وحالات يمكن من خلال التخفيف من الأثر والقاعدة السابقة، وتتلخص الحلول بالتالي:

1. إذا تحصن القرار الإداري من الطعن بالإلغاء لمضي مدة رفع الدعوى الإدارية فيمكن للمتضرر من القرار اللجوء بطلب التعويض عن الأضرار الناجمة من القرار الإداري وفقا لأحكام القانون المدني.
2. يمكن للمتضررين من القرار الإداري اللانحي أو التنظيمي الطعن بالإلغاء ضده بمناسبة رفع دعوى أخرى ذات علاقة بالقرار أو أقيمت ورفعت لأثار ترتبت عليه بالأساس، فتكون الدعوى الأخرى حجة للدفع بإلغاء القرار الإداري الذي مضت عليه مدة رفع دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، فالدفع لا يمكن ان يتقدم ويمكن الدفع أمام القضاء المدني والإداري في كل الأحوال ضمن ميعاد إقامة الدعوى.
3. يمكن للأفراد الطعن قضائيا بالقرارات الإدارية التنظيمية أو اللانحائية التي انتهت مدة إقامة دعوى الإلغاء عنها بمناسبة الطعن قضائيا على عدم مشروعية القرارات الإدارية الفردية المبنية أو الصادرة عن نفس القرار الإداري التنظيمي الذي أصبح محصن من الطعن بمضي المدة السابق، وهنا فإن القضاء يقضي بعدم مشروعية القرارات الفردية دون القرار الإداري التنظيمي الأصلي.
4. يجوز الطعن القضائي وحتى التظلم الإداري من القرارات الإدارية الفردية التي تكون أثارها مستمرة تجاه الأفراد كلما تكررت الحالات أو المناسبات التي تتعلق بهذه الأثار القانونية، مثل قرار منع مواطن من السفر.
5. إذا تغيرت الظروف المادية والواقعية التي دفعت الإدارة لإصدار قرار إداري فإن الأفراد من ذوي العلاقة بالقرار لهم الحق بتقديم طلب الى نفس الإدارة لإلغاء القرار على أساس هذا التغيير في الظروف المادية والأسباب الواقعية، فإذا رفضت الإدارة هذا الطلب عندها يجوز الطعن بالرفض الإداري أمام القضاء الإداري.
6. القرارات الإدارية المعيبة بعيب جسيم ومنعدمة لا تكون محصنة من الإلغاء ويمكن للأفراد تجاهلها وعدم تنفيذها ولا ترتب أي اثر قانوني لأنها تتجرد من الصفة القانونية وتبقى مجرد عمل مادي، مثل القرارات التي تصدر عن الفرد العادي ليس موظف أو صدور قرار من جهة إدارية هو من اختصاص السلطة التشريعية أو القضائية. ص 234-236

خامسا: انتفاء طريق الطعن الموازي لرفع دعوى الإلغاء: كمفهوم عام لمعنى هذا الشرط وما تقتضيه هذه النظرية للطعن الموازي يتلخص (إذا وجد القاضي الإداري ان رافع دعوى الإلغاء يمكن له رفع دعوى قضائية أخرى تقابل دعوى الإلغاء نفسها وتؤدي الى نفس النتيجة بإلغاء القرار الإداري عندها للقاضي الإداري صلاحية برفض دعوى الإلغاء المقامة امامه على أساس شروط قبول الدعوى للإلغاء لا أساس عدم الاختصاص في نظر النزاع). ص 236

أساس نظرية الطعن الموازي وتطورها في فرنسا ومصر: ان وجود طريق الطعن الموازي بإقامة دعوى قضائية أخرى كبديل لدعوى الإلغاء انما يمثل حجة عملية للتخفيف من عدد الدعاوى للإلغاء المقامة وخصوصا امام مجلس الدولة الفرنسي، بل ان من المؤيدين للطعن الموازي يتجه الى ان دعوى الإلغاء هي دعوى احتياطية لا ترفع اذا كانت هناك دعوى أخرى كبديل عنها يمكن رفعها تؤدي لنفس النتيجة بإلغاء القرار، أو ان دعوى الإلغاء انما تمثل طريق استثنائي لا يتبع طالما كان القانون ينظم طريق أخرى بإقامة دعوى قضائية بديلة عن دعوى الإلغاء، وقد انتقدت هذه الاتجاهات لان دعوى الإلغاء هي موضوعية ولها طبيعة أخرى تختلف عن الدعاوى غيرها وهي دعوى النظام العام، بل ان الاخذ بالطعن الموازي سيقصر من الولاية العامة للقضاء الإداري ويبقي على التفرقة بين قضائي الإلغاء والتعويض، وهذه الانتقادات دفعت مجلس الدولة الفرنسي الى تغيير موقفه واسس وبرر وجود دعوى الطعن الموازي أو هذه النظرية على ضرورة استقلال المجاكم واحترام اختصاصاتها وان القواعد الخاصة بتقيد العامة منها، فاذا نظم المشرع طريق خاص للطعن بالقرارات الإدارية بطرق إدارية وعأوى قضائية أخرى عندها يجب تطبيقها دون حاجة الى اللجوء لدعوى الإلغاء، ومن واقع الحال يلاحظ ان هذه النظرية أيضا تعرضت للاخفاق لان مجلس الدولة كان يقبل الطعن قضائيا بدعوى الإلغاء للقرارات الداخلة في العملية المركبة في العقود الإدارية متى ما كان بالمكان فصلها عن العقد الإداري الذي صدرت بمقتضى ابرامه وفي الانتخابات وفي نزع الملكية، وبرغم التطورات التشريعية والتفاوت في دعم وتعزيز نظرية الطعن الموازي لدى مجلس الدولة الفرنسي وما لحق ذلك من انشاء للمحاكم الإدارية والتي أصبحت في كل الأحوال هي المختصة في نظر منازعات الإدارة، الا ان مجلس الدولة وغيره من المؤيدين لا زالوا متمسكين بفكرة ونظرية الطعن الموازي ولها تطبيقاتها عندما تدخل دعوى الإلغاء والدعوى الموازية في اختصاص جهة قضائية واحدة كما في النزاعات المالية الخاصة بالموظفين أو في اختصاص جهتين قضائيتين مختلفتين مثل المنازعات الخاصة بالإجراءات التنفيذية للأعمال التنظيمية والمنازعات الخاصة بالعمليات الإدارية المركبة، وقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على عدم قبول دعوى الإلغاء اذا كان هناك طريق طعن موازي قضائي (دعوى قضائية) وليس مجرد تظلم إداري ويؤدي لنفس النتائج التي تحققها دعوى الإلغاء وما يتصل بإزالة آثار القرار المعيب.

وفي مصر فان التشريعات لم تشير الى فكرة الطعن الموازي وحتى القضاء كان متردد في ذلك ثم الاخذ بها، وأخيرا اتجهت المحكمة الإدارية العليا الى حسم الامر لصالح تعلق شرط انتفاء الطعن الموازي بفكرة الاختصاص لقبول دعوى الإلغاء، وان الرأي الراجح في الفقه بتجته لرفض هذه النظرية بسبب عدم وجود نص قانوني يقضي باشتراط انتفاء طريق الطعن الموازي لقبول دعوى الإلغاء وكذلك الاكتفاء بتطبيق قواعد الاختصاص للوصول الى النتيجة نفسها التي ترتبها هذه النظرية إضافة لغياب الاعتبارات التاريخية والعملية التي قامت عليها النظرية في فرنسا لا وجود لها في مصر. ص 237-242

أساس نظرية الطعن الموازي في العراق: اخذ المشرع العراقي بنظرية الطعن الموازي بالإشارة الى عدم

اختصاص محاكم القضاء الإداري في العراق في صحة الأوامر والقرارات الصادرة عن الجهات الإدارية والموظفين إذا كان القانون قد رسم لها طريق للتنظيم منها أو الاعتراض أو الطعن وهذا ما جاء في المادة 7 - خامسا-ج من قانون التعديل الثاني لسنة 1989 لقانون مجلس شورى الدولة لسنة 1979، وكذلك ان المحاكم الإدارية تنظر في صحة القرارات والأوامر الإدارية الصادرة عن الجهات الإدارية والموظفين والتي لم يعين لها القانون مرجع للطعن وذلك بمقتضى المادة 7-رابعاً من قانون التعديل الخامس لسنة 2013 لقانون مجلس شورى الدولة والذي كان فيه اتجاه المشرع أفضل من السابق في التعديل الثاني المحدد سابقاً، وبشكل عام إذا كان هنالك طريق آخر للطعن ومحدد في القانون فيجب اتباعه بعيداً عن إقامة دعوى الإلغاء امام محاكم القضاء الاداري. ص240-241

شروط تطبيق نظرية الطعن الموازي: تتلخص شروط تطبيق الطعن الموازي بالتالي:

1. ان تكون الدعوى الموازية دعوى قضائية ترفع امام جهة قضائية، ولا يعتبر التنظيم الإداري طعناً موازياً ان كان اجباري ام اختياري.
2. ان يتخذ الطعن شكل دعوى مباشرة ترفع امام القضاء المختص غير مجلس الدولة ، وان الدفع بعدم المشروعية لا يعتبر طعن موازي ولا يؤدي لالغاء القرار الإداري غير المشروع وانما الى عدم تطبيق القرار في الحالة المعروضة على القاضي.
3. ان يقدم الطعن الموازي امام جهة قضائية غير مجلس الدولة كما ذكر ذلك، سواء كان امام القضاء الإداري أو العادي.
4. ان يؤدي الطعن الموازي نفس النتيجة التي تؤدي اليها دعوى الإلغاء من حيث الغاء القرار الإداري وإزالة اثره وليس مجرد التعويض.

أخيراً تجدر الإشارة الى ان الطعن بالأوامر والقرارات الإدارية يجوز ان يكون ضدها سواء كانت صادرة قبل نفاذ قانون التعديل الخامس لسنة 2013 لقانون مجلس شورى الدولة لسنة 1979 أو بعد نفاذه أيضاً. ص242-243

مفهوم أوجه أو أسباب الطعن بإلغاء القرار الإداري، والموقف من تحديدها في فرنسا ومصر والعراق: كمفهوم عام، يقصد بأوجه أو الطعن بالالغاء هي العيوب التي تصيب القرار الإداري فيصبح بها غير مشروع من الناحية القانونية وتكون حجة وسبب لطلب الحكم بالالغاء للقرار المعيب، والاصل بالقرار الإداري هو افتراض مشروعيته وقت صدوره، أي انه يصدر مشروع من الناحية القانونية ومطابق لاحكام القانون، لكن هذه القرينة السابقة والفرضية هي قابلة لاثبات العكس وعلى من يدعي عدم مشروعية القرار الإداري ان يثبت ذلك بتقديم الدليل على وجود عيب في القرار الإداري، وقد درج الفقه القانوني الفرنسي الحديث الى تقسيم عيوب القرار الإداري على أساس اركان القرار الإداري نفسه الى: (عيب الاختصاص في اصدار القرار، عيب الشكل والإجراءات للقرار الإداري، عيب السبب لاصدار القرار، عيب مخالفة القانون، عيب الغاية أو الانحراف بالسلطة).

في مصر تكفل المشرع في قوانين مجلس الدولة المصري بتحديد أسباب أو أوجه الطعن بالقرار الإداري لالغائه بوجود عيب عدم الاختصاص أو عيب الشكل أو عيب مخالفة القانون أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو عيب إساءة استعمال السلطة.

اما في العراق فقد جاءت القوانين العراقية ذات العلاقة بتحديد أسباب الطعن بإلغاء القرار الإداري ورفع دعوى

الإلغاء على اتجاه ونحو مشابه لما سبق في مصر، ونخص بذلك قانون التعديل الثاني لسنة 1989 وقانون التعديل الخامس لسنة 2013 لقانون مجلس شورى الدولة لسنة 1979، حيث حددت هذه القوانين جملة من الأسباب أو العيوب التي تبرر الطعن بإلغاء القرار الإداري ورفع دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري في العراق، وما يهمنا حقيقة هو ما جاء به قانون التعديل الأخير الخامس لسنة 2013 لقانون مجلس شورى الدولة لسنة 1979 والذي حدد اسباب الطعن بالقرار بشكل مشابه وأوسع أيضا مما جاء في قانون التعديل الثاني لسنة 1989 لقانون مجلس شورى الدولة لسنة 1979، وهذه الأسباب هي: (أ. ان يتضمن الامر أو القرار خرق أو مخالفة للقانون أو الأنظمة أو التعليمات أو الأنظمة الداخلية، ب. ان يكون الامر أو القرار قد صدر خلافا لقواعد الاختصاص أو معيبا في شكله أو الإجراءات أو في محله أو في سببه، ج. اذا كان الامر أو القرار متضمن لخطأ في تطبيق القانون أو الأنظمة أو التعليمات أو الأنظمة الداخلية أو تفسيرها أو اساء أو التعسف في استعمال السلطة أو الانحراف بالسلطة).

وبعد انشاء المحكمة الاتحادية العليا بالقانون رقم 30 لسنة 2005 فقد ذهب رأي في الفقه علة إمكانية سبب اخر للإلغاء القرار الإداري على أساس عدم الدستورية أيضا للقرار فتكون حجة للإلغاء، لكن هذا الرأي منتقد لاسباب تتعلق بالاختصاص الذي تمارسه هذه المحكمة واختصاص محكمة القضاء الإداري نفسها وولايتها بإلغاء القرار الإداري وكذا ان عيب مخالفة القانون هو بالاصل يتعلق بمخالفة قواعد الدستور أيضا من باب أولى وغيرها من مبررات، عدا حالة اصدار الإدارة للأنظمة أو اللوائح المستقلة التي تصدر عن الإدارة استنادا للقواعد الدستورية فانها الحالة الوحيدة التي يمكن ان يتصل بها عيب عدم الدستورية، ومع ذلك فقد عالج القضاء المصري هذه الحالة الأخيرة أيضا بان المحاكم الأخرى تستطيع الفصل بدستورية هذه اللوائح من عدمها حتى بعد تشكيل المحكمة الدستورية العليا أو المحكمة العليا التي سبقتها. ص 244-250

مفهوم أوجه أو أسباب الطعن بإلغاء القرار الإداري، والموقف من تحديدها في فرنسا ومصر والعراق: كمفهوم عام، يقصد بأوجه أو الطعن بالإلغاء هي العيوب التي تصيب القرار الإداري فيصبح بها غير مشروع من الناحية القانونية وتكون حجة وسبب لطلب الحكم بالإلغاء للقرار المعيب، والاصل بالقرار الإداري هو افتراض مشروعيته وقت صدوره، أي انه يصدر مشروع من الناحية القانونية ومطابق لاحكام القانون، لكن هذه القرينة السابقة والفرضية هي قابلة لاثبات العكس وعلى من يدعي عدم مشروعية القرار الإداري ان يثبت ذلك بتقديم الدليل على وجود عيب في القرار الإداري، وقد درج الفقه القانوني الفرنسي الحديث الى تقسيم عيوب القرار الإداري على أساس اركان القرار الإداري نفسه الى: (عيب الاختصاص في اصدار القرار، عيب الشكل والإجراءات للقرار الإداري، عيب السبب لاصدار القرار، عيب مخالفة القانون، عيب الغاية أو الانحراف بالسلطة).

في مصر تكفل المشرع في قوانين مجلس الدولة المصري بتحديد أسباب أو أوجه الطعن بالقرار الإداري لالغائه بوجود عيب عدم الاختصاص أو عيب الشكل أو عيب مخالفة القانون أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو عيب إساءة استعمال السلطة.

اما في العراق فقد جاءت القوانين العراقية ذات العلاقة بتحديد أسباب الطعن بإلغاء القرار الإداري ورفع دعوى الإلغاء على اتجاه ونحو مشابه لما سبق في مصر، ونخص بذلك قانون التعديل الثاني لسنة 1989 وقانون التعديل الخامس لسنة 2013 لقانون مجلس شوري الدولة لسنة 1979، حيث حددت هذه القوانين جملة من الأسباب أو العيوب التي تبرر الطعن بإلغاء القرار الإداري ورفع دعوى الإلغاء امام القضاء الإداري في العراق، وما يهمننا حقيقة هو ما جاء به قانون التعديل الاخير الخامس لسنة 2013 لقانون مجلس شوري الدولة لسنة 1979 والذي حدد اسباب الطعن بالقرار بشكل مشابه وأوسع أيضا مما جاء في قانون التعديل الثاني لسنة 1989 لقانون مجلس شوري الدولة لسنة 1979، وهذه الأسباب هي: (أ. ان يتضمن الامر أو القرار خرق أو مخالفة للقانون أو الأنظمة أو التعليمات أو الأنظمة الداخلية، ب. ان يكون الامر أو القرار قد صدر خلافا لقواعد الاختصاص أو معيها في شكله أو الإجراءات أو في محله أو في سببه، ج. اذا كان الامر أو القرار متضمن لخطأ في تطبيق القانون أو الأنظمة أو التعليمات أو الأنظمة الداخلية أو تفسيرها أو اساءة أو التعسف في استعمال السلطة أو الانحراف بالسلطة).

وبعد انشاء المحكمة الاتحادية العليا بالقانون رقم 30 لسنة 2005 فقد ذهب رأي في الفقه علة إمكانية سبب اخر للالغاء القرار الإداري على أساس عدم الدستورية أيضا للقرار فتكون حجة لالغائه، لكن هذا الرأي منتقد لاسباب تتعلق بالاختصاص الذي تمارسه هذه المحكمة واختصاص محكمة القضاء الإداري نفسها وولايتها بإلغاء القرار الإداري وكذلك ان عيب مخالفة القانون هو بالاصل يتعلق بمخالفة قواعد الدستور أيضا من باب أولى وغيرها من مبررات، عدا حالة اصدار الإدارة للأنظمة أو اللوائح المستقلة التي تصدر عن الإدارة استنادا للقواعد الدستورية فانها الحالة الوحيدة التي يمكن ان يتصل بها عيب عدم الدستورية، ومع ذلك فقد عالج القضاء المصري هذه الحالة الأخيرة أيضا بان المحاكم الأخرى تستطيع الفصل بدستورية هذه اللوائح من عدمها حتى بعد تشكيل المحكمة الدستورية العليا أو المحكمة العليا التي سبقتها. ص 244-250

أسباب الطعن بالإلغاء لرفع الدعوى: وتتلخص بعيب عدم الاختصاص في اصدار القرار الإداري، عيب الشكل والإجراءات، عيب مخالفة القانون، عيب السبب، عيب الغاية أو الهدف من القرار الإداري (الانحراف بالسلطة)، وسنفصل هذه الأسباب والأوجه للالغاء بالتالي:

أولاً: عيب عدم الاختصاص في اصدار القرار الإداري لرفع دعوى الالغاء :

هو احد عيوب عدم المشروعية القانونية الخارجية في القرار الإداري، ويقصد بعيب عدم الاختصاص هو (عدم الصلاحية والقدرة على ممارسة أو مباشرة عمل قانوني معين من جهة أو هيئة أو عضو لان المشرع جعل هذا العمل أو القرار من اختصاص جهة أو هيئة أخرى)، أو عيب عدم الاختصاص هو (خروج الجهة الإدارية أو الموظف عن الصلاحيات أو السلطات المحددة له في القانون أو الأنظمة أو التعليمات عند اصدار القرار الإداري). ص 250

صور عيب عدم الاختصاص: وهي عيب (عدم الاختصاص الإيجابي) والذي يراد به قيام الجهة الإدارية أو الموظف بإصدار قرار اداري لا يدخل بالأساس في اختصاصه قانونا، وكذلك عيب (عدم الاختصاص سلبياً) أي تمتع الجهة الإدارية أو الموظف المختص قانونا عن إصدار القرار الذي كان من الواجب اتخاذه للاعتقاد بعدم الاختصاص بالاصدار لهذا القرار. ص 251

التشابه والاختلاف بين الاختصاص في القانون العام وبين الاهلية في القانون الخاص: التشابه بين ممارسة الاختصاص في اصدار القرار الإداري أو ممارسة العمل الإداري والوظيفي في القانون العام وبين الاهلية لمباشرة التصرفات في القانون الخاص هو ان كلاهما يعبر عن الصلاحية والقدرة لممارسة العمل القانوني، الا ان الاختصاص في ممارسة العمل الإداري والوظيفي يختلف عن الاهلية في مباشرة التصرفات الفردية القانونية للقاصر بجملة من الفوارق في التالي ذكره:

1. الهدف من تحديد الاهلية للقاصر في ممارسة التصرفات هو لحماية مصلحته الشخصية، اما عن تحديد الاختصاص في القانون العام فهدفه تحقيق المصلحة العامة لضمان حسن سير المرفق العام ومنع إساءة استعمال السلطة.

2. ان سبب عدم الاهلية للقاصر هو غياب وقصور النضج العقلي والوعي لدى الفرد، اما عن سبب تحديد الاختصاص فهو لتقسيم العمل الإداري بين الهيئات ولضمان الجودة في ممارسة العمل بحسب التخصص.

3. كمال الاهلية في القانون الخاص هو القاعدة العامة وعدم الاهلية هو الاستثناء، اما عن الاختصاص فان القانون هو المحدد الأساس لممارسته ولا يجوز لاي سلطة ان تمنح اختصاصها لنفسها من تلقاء نفسها.

4. بطلان التصرف لنقصان الاهلية هو نسبي ويمكن تصحيحه من القاصر لاحقاً أو من نائبه، لكن عدم الاختصاص في اصدار القرار يؤدي الى البطلان ولا يمكن التصحيح باجازه لاحقاً ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك بهذا البطلان والاستفادة من الغاء القرار الإداري. ص 251

مميزات وصفات قواعد الاختصاص في ممارسة العمل الإداري: الاختصاص وقواعده من النظام العام ويحق لكل ذي مصلحة التمسك بعيب عدم الاختصاص في اصدار القرار الإداري ويمكن اثاره الدفع بذلك في أي مرحلة من مراحل الدعوى من الخصوم وحتى من القاضي من تلقاء نفسه، ولا يجوز للجهة الإدارية ان تتنازل عن اختصاصها لغيرها من الجهات الأخرى الا بتفويض الاختصاص وفقاً للاحكام القانونية، وان ظرف الاستعجال لا يبرر مخالفة قواعد الاختصاص في اصدار القرار الا في الظرف الاستثنائي والذي يجب ان يكون محكوم بقواعد القانون والمشروعية الاستثنائية والخاضعة لرقابة القضاء أيضاً، ويتولى الدستور تحديد اختصاصات ممارسة المهام لجميع السلطات في الدولة سواء كانت تشريعية أو تنفيذية أو قضائية ثم يتولى

المشرع العادي تحديد الاختصاصات الفرعية لكل سلطة لما سبق من سلطات قائمة في الدولة والتي يجب احترامها وعدم تجوزها لضمان مشروعية التصرف أو العمل الصادر من كل سلطة أو جهة فرعية تابعة لها. ص 252

أنواع وحالات عيب عدم الاختصاص في اصدار القرار الإداري:
وهي حالتين أو نوعين هما: (عيب عدم الاختصاص العادي أو البسيط) وله جوانب وحالات تفصيلية، و(عيب عدم الاختصاص الجسيم) وله جوانب وحالات تفصيلية أيضا، وسنوضح كل ما سبق من أنواع أو حالات في التالي ذكره:

أولاً: عيب عدم الاختصاص العادي أو البسيط: وهذه الحالة أو النوع من عيب عدم الاختصاص تتحقق ويمكن تصورها في ثلاث جوانب هي الموضوعي والمكاني والزمني، ونتكلم عنها بالتالي:

1. عيب عدم الاختصاص العادي أو البسيط (الموضوعي): تتحقق هذه الحالة عندما يصدر قرار إداري من جهة إدارية أو موظف ويكون موضوع هذا القرار الصادر هو من اختصاص جهة إدارية أخرى، ويمكن توضيح ذلك بالأوضاع التالية: ص 253

أ. اعتداء أو تجاوز سلطة إدارية مستقلة على اختصاص سلطة إدارية مستقلة أخرى موازية أو مساوية لها في المستوى ومن دون أن تكون إحدى السلطتين تابعة للآخرى، ويحصل ذلك بسبب غموض النصوص وتداخل الاختصاصات، مثلاً صدور قرار من الوزير والذي يدخل في اختصاص وزير آخر أو صدور قرار من مجلس المحافظة ويدخل هذا القرار في اختصاص المحافظ بالأساس. ص 253

ب. اعتداء أو تجاوز سلطة إدارية دنيا على اختصاص سلطة إدارية أعلى منها في اصدار القرار بمعناه الحقيقي، مثلاً صدور قرار من الوزير وهو من اختصاص مجلس الوزراء فقط لأن اصدار هذا القرار من اختصاص المجلس، باستثناء حالات التفويض من الرئيس الإداري إلى المأمور في اصدار القرارات فذلك مشروع قانوناً. ص 253-254

ت. اعتداء جهة إدارية علياً على جهة إدارية أدنى منها، ومعنى ذلك أن للمأمور صلاحيات وسلطات بحكم القانون له من خلالها اصدار قرارات إدارية داخلية في اختصاصه دون أن يكون للرئيس الإداري سلطة المساس بها بالغائها أو تعديلها، وللمأمور أيضاً سلطة اصدار قرارات إدارية يخضع بها إلى رقابة وإشراف الرئيس الإداري ولكن بعد الانتهاء منها والقيام بالعمل، كما يمكن أن يكون هناك اشتراك بإصدار الرئيس الإداري والمأمور في اصدار القرار الإداري وعندها لا يكون للرئيس الإداري الانفراد والاستقلال باتخاذ القرار الإداري بدون المأمور وإلا كان القرار معيب بعدم الاختصاص. ص 254

ث. اعتداء أو تجاوز من جهات الإدارة المركزية على اختصاص الجهات الإدارية اللامركزية، فالجهات اللامركزية يمنحها القانون الشخصية المعنوية وقدرة من الاستقلال في اتخاذ القرارات الإدارية وإن كانت خاضعة لرقابة وإشراف الجهات المركزية وفقاً لنظام الوصاية الإدارية، لكن هذا لا يعني أن الجهات المركزية لها صلاحيات مطلقة بتعديل أو إلغاء قرارات الإدارة اللامركزية. ص 255

2. عيب عدم الاختصاص العادي أو البسيط (المكاني): يحدد القانون الاختصاص المكاني أو النطاق الإقليمي للجهات الإدارية في ممارسة نشاطها وما يصدر عنها من قرارات إدارية ضمن نطاق هذه

الحدود المكانية فقط، فمثلا اذا صدر قرار من المحافظ بمنح قرار رخصة لمزاولة نشاط معين لاحد الافراد ضمن حدود ومكان محافظة أخرى فان هذا القرار معيب بعدم الاختصاص العادي أو البسيط المكاني. ص 255

3. عيب عدم الاختصاص العادي أو البسيط (الزماني): القرار الإداري له نطاق زماني لإصداره من جانب الجهة الإدارية التي يجب عليها التقيد به والا كان القرار الإداري في خارج زمان أو فترة اتخاذه مشوبا بعيب عدم الاختصاص البسيط الزماني، فممارسة الاختصاص لا تكون مؤبدة لاجل غير مسمى وإنما محددة، فاذا استقال الوزير مثلا عندها لا يجوز له الاستمرار بإصدار القرارات وممارسة الاختصاص، ولا يجوز أيضا للجان المشكلة لمدة محددة ان تمارس اختصاصها بعد هذا الاجل أو اذا تم حلها وغير ذلك من التمثيل غير الحصري، هذا وتتصل (قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية) و (قاعدة عدم ارجاء أو تأجيل اثار القرار الإداري الى المستقبل) بعيب عدم الاختصاص البسيط أو العادي الزماني، لان عدم احترام هاتين القاعدتين سيؤثر باستقرار المعاملات ويخرق قواعد الاختصاص الزماني. ص 255-256

ثانيا: عيب عدم الاختصاص الجسيم في اصدار القرار الإداري (عيب اغتصاب السلطة): وهو الذي يمثل مخالفة فادحة وجسيمة في القرار الإداري بحيث يكون هناك اعتداء على ابسط القواعد القانونية اللازمة في اصدار القرار الإداري ويصبح منعدم ولا يتصف بالقانوني ويكون عمل مادي ولا يكسب صاحب الشأن بالقرار أي حقوق ولا يتحصن بمضي ميعاد رفع الدعوى فيجوز الطعن به في أي وقت، وقد اختلف الفقه القانوني في تحديد حالات عيب اغتصاب السلطة أو عيب عدم الاختصاص الجسيم، ولكن ما هو مستقر عليه هو ان هذه الحالات لعيب عدم الاختصاص الجسيم هي: ص 256

1. صدور القرار من شخص عادي لا يتصف ولا يتمتع بصفة الموظف العام أصلا، أو يصدر القرار من شخص اداري موظف لكن لا يتمتع باختصاص أو تخويل ولا صلاحية اصدار القرارات الإدارية مثل صدور القرار من عامل النظافة أو ساعي البريد وغيرهم، ففي هذه الحالات تعتبر القرارات باطلة قانونا لعيب جسيم.

لكن هنالك بعض الاستثناءات على هذه الحالة السابقة طبقا لنظرية (الموظف الفعلي) عن تصرفات الشخص الموظف وقراراته في ظل الظروف الاعتيادية وفي ظل الظروف الاستثنائية أيضا والتي تعتبر مقبولة باعتباره موظف فعلي ولكن بشروط، ففي الحالة الأولى للظروف الاعتيادية تعتبر القرارات الصادرة مشروعة قانونا عن الموظف الفعلي الذي يظهر بهذه الصفة للفترة الممتدة من تاريخ التعيين له ولغاية الغاء الوظيفة أو التعيين للموظف نفسه وقبول هذه القرارات الصادرة عنه يتقرر لحماية من تعامل معه من الافراد بحسن النية ولحماية الحقوق المكتسبة لهم، وفي الحالة الثانية في ظل الظروف الاستثنائية قد تختفي السلطات الإدارية مؤقتا عند حصول الكوارث والحروب الأوبئة وغيرها فيظهر بعض الأشخاص العاديين الذين لا صلة لهم بالوظيفة العامة وتصدر عنهم قرارات لضمان حسن سير المرفق العام لحين زوال الظروف الاستثنائي وبذلك تعتبر هذه القرارات الإدارية صحيحة رغم صدورها من هؤلاء الأشخاص العاديين. ص 257-258

2. اعتداء الإدارة على اختصاص السلطات التشريعية والقضائية: فإذا اعتدت الجهة الإدارية في ممارسة الاختصاص وإصدار قرارات تدخل في اختصاص السلطات التشريعية أو القضائية فإن قرارات الإدارة عندها تعتبر باطلة لعيب جسيم (اغتصاب السلطة)، مثلا صدور تعليمات وقرارات تنظيمية من الإدارة العامة بفرض ضرائب أو رسوم لا يمكن فرضها الا بصور قانون من السلطة التشريعية، أو صدور قرارات إدارية تقضي بتعديل قوانين لا يمكن قبولها الا بصور قوانين من السلطة التشريعية، أو بصور قرارات إدارية تتدخل الإدارة بها في اختصاص القضاء الإداري أو العادي أو اللجان القضائية المتخصصة قانونا. ص 258-259

ثانيا: عيب الشكل والإجراءات كسبب لرفع دعوى الإلغاء وأهدافه:

يقصد بعيب الشكل والإجراءات لرفع دعوى الإلغاء هو مخالفة الإدارة للشكليات والإجراءات التي يجب اتباعها قانونا في اصدار القرارات الإدارية، وان الاصل ان الإدارة غير مقيدة بإصدار قراراتها وفقا لشكل معين الا اذا نص القانون على اتباع شكليات وإجراءات محددة لاصدار قرارها فعندها تكون الإدارة ملزمة بذلك، مع ملاحظة ان الشكل هو المظهر الخارجي للقرار وان الإجراءات هي المراحل التي يمر بها القرار لحين الإصدار والنفذ. وتهدف قواعد الشكل والإجراءات الى حماية المصلحة العامة وضمان حسن سير المرفق العام وكذلك ان وجود الشكليات والإجراءات لاصدار القرار الإداري يؤدي الى التأني وعدم الاستعجال من جانب الإدارة قبل اصدار القرار ودراسة العمل ومراجعته جيدا وبالتالي في ذلك حماية لمصلحة الافراد، مع ضرورة عدم التوسع والاكتثار

من الشروط الشكلية مما يسبب تعقيد في الروتين الإداري والإجراءات بشكل يضر بالمصلحة العامة. وتجدر الملاحظة الى ان هنالك دول حددت بالنص الشروط الشكلية والإجراءات لاصدار القرار وغيرها دول أخرى لم تحدد ذلك وإنما يتم الرجوع الى القواعد العامة في تحديد الشكل والإجراءات لاصدار القرار الإداري، وإن القضاء الإداري عمد الى إيجاد نوع من الموازنة بين ضرورة اتباع الشكليات والإجراءات لاصدار القرار الإداري وبين عدم التشديد بهذا الجانب في ذات الوقت. ص 259-261

الاجراء والشكل الجوهري والاجراء والشكل غير الجوهري أو الثانوي:

هناك من الشكليات والإجراءات ما تؤدي مخالفتها الى الغاء القرار الإداري وأخرى الى عدم ذلك، ومن ثم يجب التعرف على ما يؤدي الى بطلان وإنهاء العمل أو القرار الإداري لمخالفة الشكليات والإجراءات الجوهرية وما لا يؤدي الى الغاء للعمل أو القرار لمخالفة إجراءات وشكليات غير جوهرية أو ثانوية، فالشكل والاجراء الجوهري هو الذي ينص القانون على وجوب اتباعه وتطبيقه في اصدار القرار الإداري ويؤثر اغفاله على مضمون القرار الاداري سواء يقرر القانون جزاء البطلان في حالة المخالفة أو ان القانون لم ينص على جزاء البطلان فيكون القرار باطل قانونا لمخالفة هذه الشكليات والإجراءات مثل النص قانونا على وجوب استشارة هيئة أو لجنة مختصة قبل اتخاذ وإصدار القرار الإداري ولا يتم العمل بذلك من الجهة الإدارية المختصة وصدر عنها القرار من دون ذلك فيكون القرار غير مشروع، أما الاجراء والشكل الثانوي أو غير الجوهري فهو الذي لا يؤثر بمخالفته على مضمون القرار أو لعدم مراعاته عند اصدار القرار الإداري وبالتالي لا يحكم بإلغاء القرار ويبقى صحيح من الناحية القانونية. ص 261-264

حالات أو أوجه عيب الشكل والإجراءات في اتخاذ القرار الإداري:

وتتوزع هـ الحالات بين ما يتعلق بعيب الشكل وحالات أخرى تتصل بعيب الإجراءات، وهو ما سنفصله كالتالي:

أولاً: حالات عيب الشكل في اتخاذ القرار الإداري:

عيب الشكل هو المظهر الخارجي للقرار وهو في الغالب عيب ثانوي أو غير جوهري الا اذا نص القانون على خلاف ذلك، وتتمثل حالات عيب الشكل بالتالي:

1. كتابة القرار: الكتابة للقرار الإداري من الشكليات غير الجوهرية ولا يترتب عليها البطلان الا اذا تطلب

القانون صراحة أو ضمناً كتابة القرار مثل وجوب نشر القرار ومن ثم لابد من الكتابة للقرار.

2. التوقيع على القرار وذكر تاريخ الإصدار: يجب التوقيع على القرار من الموظف المختص والا اعتبر

القرار غير موجود، واغفال ذكر التاريخ لاصدار القرار هو عيب شكلي ثانوي وإن كان يضاف في

وقت لاحق للتوقيع، كما يمكن التصحيح له لاحقاً، مع ملاحظة ان ذكر التاريخ هو ضروري ولازم

خصوصاً اذا كان القرار يصدر في فترة زمنية محددة لا يجوز إصداره بعدها أو كان ذكر التاريخ مهم

لأغراض الطعن بعدم مشروعية القرار وغيرها من مبررات توجب ذكر التاريخ.

3. اغفال ذكر النص التشريعي أو الخطأ فيه والذي استند اليه القرار بالأساس هو من الأخطاء المادية

والعيوب الثانوية للشكل في القرار ولا يؤثر ذلك في صحة القرار، الا اذا كان النص القانوني هو

الذي أوصى بصدر القرار نفسه عندها يجب ذكره.

4. التسبب للقرار الإداري الصادر الذي يعني ذكر الأسباب الواقعية أو المادية والقانونية التي دفعت

الإدارة لاتخاذ القرار الإداري، والأصل ان الإدارة غير ملزمة بذكر سبب القرار الإداري الا اذا نص

القانون وأوجب على الإدارة ذكر السبب في القرار نفسه، وفي كل الأحوال يخضع سبب القرار والتسبب لرقابة القضاء، مع ملاحظة ان عيب السبب للقرار هو عيب جوهري داخلي له ويعني الخطأ بالوقائع المادية والقانونية الدافعة لاصدار القرار اما التسبب فهو عيب شكلي خارجي للقرار باغفال ذكر السبب لاتخاذ القرار.

5. نشر القرار الإداري: بالنسبة للقرارات الإدارية الفردية لا يعتبر اغفال أو عدم نشرها من العيوب الجوهرية المبطله لصحة القرار الإداري، لكن يلزم القانون جهة الإدارة بنشر القرارات الإدارية التنظيمية فيكون النشر بذلك لهذا النوع من القرارات من الشكليات الجوهرية الواجبة الاتباع لضمان مشروعية القرارات الإدارية التنظيمية. ص 264-265

ثانيا: حالات عيب الإجراءات في اصدار القرار الإداري:

وتنقسم الى حالتين عامة، وهما كالتالي:

1. مخالفة الإجراءات (السابقة) لاتخاذ القرار الإداري:

وهذه الحالة لها عدة تطبيقات نلخصها بالتالي:

أ. الاستشارة قبل اصدار القرار الإداري: فقد يفرض القانون على جهة الإدارة استشارة خبير أو خبراء أو هيئة متخصصة قبل اصدار القرار الإداري، هذه الاستشارة على أنواع، فقد تكون (اختيارية في طلبها وفي اتباعها أيضا) أو (الزامية في طلبها فقط واختيارية في اتباعها) أو (الزامية في طلبها وفي اتباعها أيضا)، وبالتالي فان بطلان القرار لمخالفة الإجراءات لهذه الحالة يعتمد بحسب نوع المخالفة لاحد أنواع هذه الاستشارة عموما. ص 265-266

ب. تشكيل اللجان المختصة لاتخاذ القرار الإداري: وتظهر هذه الحالة في جانب فرض العقوبات التأديبية غالبا، فقد يفرض المشرع لانزال العقوبة التأديبية على الموظف المخالف ان يتم قبل ذلك تشكيل لجنة تحقيقية توصي بالعقوبة وتتشكل وفقا للأوضاع والالية المنصوص عليها قانونا ومن ثم تصديق العقوبة من الرئيس الإداري وبما يراه ملائم، وبخلاف ذلك يكون قرار فرض العقوبة باطلا. ص 266

ت. الاجتماع والتصويت لاتخاذ القرار الإداري: فقد يوجب القانون ان يعرض القرار في اجتماع والتصويت عليه قبل إصداره واتخاذ، وعلى أساس ذلك يجب العمل بهذا الاتجاه وعقد الاجتماع في الزمان والمكان واكتمال النصاب وما يلحق ذلك من إجراءات ضرورية لصحة صدور واتخاذ القرار الإداري، وبخلاف ذلك سيكون القرار الصادر معيب باجراءات اتخاذه ويتجرد من صفته القانونية ويحكم عليه بالالغاء. ص 266-267

مخالفة الإجراءات (اللاحقة) لاتخاذ القرار الإداري: ويظهر ذلك في المصادقة على القرارات الإدارية من الجهات المختصة سواء في ظل الإدارة المركزية بمصادقة الجهة الأعلى على قرارات الجهة الأدنى، أو في ظل نظام الإدارة اللامركزية بمصادقة الإدارة المركزية على قرارات الإدارة الامركزية بحكم الوصاية الإدارية لها.

ص 267

ثانيا: عيب الشكل والإجراءات كسبب لرفع دعوى الإلغاء وأهدافه:

يقصد بعيب الشكل والإجراءات لرفع دعوى الإلغاء هو مخالفة الإدارة للشكليات والإجراءات التي يجب اتباعها قانونا في اصدار القرارات الإدارية، وإن الأصل أن الإدارة غير مقيدة بإصدار قراراتها وفقا لشكل معين إلا إذا نص القانون على اتباع شكليات وإجراءات محددة لاصدار قرارها فعندها تكون الإدارة ملزمة بذلك، مع ملاحظة أن الشكل هو المظهر الخارجي للقرار وإن الإجراءات هي المراحل التي يمر بها القرار لحين الإصدار والنفاد. وتهدف قواعد الشكل والإجراءات الى حماية المصلحة العامة وضمان حسن سير المرفق العام وكذلك ان وجود الشكليات والإجراءات لإصدار القرار الإداري يؤدي الى التأني وعدم الاستعجال من جانب الإدارة قبل اصدار القرار ودراسة العمل ومراجعته جيدا وبالتالي في ذلك حماية لمصلحة الافراد، مع ضرورة عدم التوسع والاكثار من الشروط الشكلية مما يسبب تعقيد في الروتين الإداري والإجراءات بشكل يضر بالمصلحة العامة. وتجدر الملاحظة الى أن هنالك دول حددت بالنص الشروط الشكلية والإجراءات لاصدار القرار وغيرها دول أخرى لم تحدد ذلك وإنما يتم الرجوع الى القواعد العامة في تحديد الشكل والإجراءات لاصدار القرار الإداري، وإن القضاء الإداري عمد الى إيجاد نوع من الموازنة بين ضرورة اتباع الشكليات والإجراءات لاصدار القرار الإداري وبين عدم التشديد بهذا الجانب في ذات الوقت. ص 259-261

الاجراء والشكل الجوهرى والاجراء والشكل غير الجوهرى أو الثانوي:

هناك من الشكليات والإجراءات ما تؤدي مخالفتها الى الغاء القرار الإداري وأخرى الى عدم ذلك، ومن ثم يجب التعرف على ما يؤدي الى بطلان وإلغاء العمل أو القرار الإداري لمخالفة الشكليات والإجراءات الجوهرية وما لا يؤدي الى الإلغاء للعمل أو القرار لمخالفة إجراءات وشكليات غير جوهرية أو ثانوية، فالشكل والاجراء الجوهرى هو الذي ينص القانون على وجوب اتباعه وتطبيقه في اصدار القرار الإداري ويؤثر اغفاله على مضمون القرار الاداري سواء يقرر القانون جزاء البطلان في حالة المخالفة أو ان القانون لم ينص على جزاء البطلان فيكون القرار باطل قانونا لمخالفة هذه الشكليات والإجراءات مثل النص قانونا على وجوب استشارة هيئة أو لجنة مختصة قبل اتخاذ وإصدار القرار الإداري ولا يتم العمل بذلك من الجهة الإدارية المختصة وصدر عنها القرار من دون ذلك فيكون القرار غير مشروع، أما الاجراء والشكل الثانوي أو غير الجوهرى فهو الذي لا يؤثر بمخالفته على مضمون القرار أو لعدم مراعاته عند اصدار القرار الإداري وبالتالي لا يحكم بإلغاء القرار ويبقى صحيح من الناحية القانونية. ص 261-264

حالات أو أوجه عيب الشكل والإجراءات في اتخاذ القرار الإداري:

وتتوزع هذه الحالات بين ما يتعلق بعيب الشكل وحالات أخرى تتصل بعيب الإجراءات، وهو ما سنفصله كالتالي:

أولا: حالات عيب الشكل في اتخاذ القرار الإداري:

عيب الشكل هو المظهر الخارجي للقرار وهو في الغالب عيب ثانوي أو غير جوهرى إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، وتتمثل حالات عيب الشكل بالتالي:

1. كتابة القرار: الكتابة للقرار الإداري من الشكليات غير الجوهرية ولا يترتب عليها البطلان إلا إذا تطلب القانون صراحة أو ضمنا كتابة القرار مثل وجوب نشر القرار ومن ثم لابد من الكتابة للقرار.
2. التوقيع على القرار وذكر تاريخ الإصدار: يجب التوقيع على القرار من الموظف المختص والا اعتبر القرار غير موجود، واغفال ذكر التاريخ لاصدار القرار هو عيب شكلي ثانوي وإن كان يضاف في

وقت لاحق للتوقيع، كما يمكن التصحيح له لاحقاً، مع ملاحظة ان ذكر التاريخ هو ضروري ولازم خصوصاً اذا كان القرار يصدر في فترة زمنية محددة لا يجوز إصداره بعدها أو كان ذكر التاريخ مهم لأغراض الطعن بعدم مشروعية القرار وغيرها من مبررات توجب ذكر التاريخ.

3. اغفال ذكر النص التشريعي أو الخطأ فيه والذي استند اليه القرار بالأساس هو من الأخطاء المادية والعيوب الثانوية للشكل في القرار ولا يؤثر ذلك في صحة القرار، الا اذا كان النص القانوني هو الذي أوصى بصدر القرار نفسه عندها يجب ذكره.

4. التسبب للقرار الإداري الصادر الذي يعني ذكر الأسباب الواقعية أو المادية والقانونية التي دفعت الإدارة لاتخاذ القرار الإداري، والأصل ان الإدارة غير ملزمة بذكر سبب القرار الإداري الا اذا نص القانون وأوجب على الإدارة ذكر السبب في القرار نفسه، وفي كل الأحوال يخضع سبب القرار والتسبب لرقابة القضاء، مع ملاحظة ان عيب السبب للقرار هو عيب جوهري داخلي له ويعني الخطأ بالقائع المادية والقانونية الدافعة لاصدار القرار اما التسبب فهو عيب شكلي خارجي للقرار بإغفال ذكر السبب لاتخاذ القرار.

5. نشر القرار الإداري: بالنسبة للقرارات الإدارية الفردية لا يعتبر اغفال أو عدم نشرها من العيوب الجوهرية المبطله لصحة القرار الإداري، لكن يلزم القانون جهة الإدارة بنشر القرارات الإدارية التنظيمية فيكون النشر بذلك لهذا النوع من القرارات من الشكليات الجوهرية الواجبة الاتباع لضمان مشروعية القرارات الإدارية التنظيمية. ص 264-265

ثانياً: حالات عيب الإجراءات في اصدار القرار الإداري:

وتنقسم الى حالتين عامة، وهما كالتالي:

1. مخالفة الإجراءات (السابقة) لاتخاذ القرار الإداري:

وهذه الحالة لها عدة تطبيقات نلخصها بالتالي:

أ. الاستشارة قبل اصدار القرار الإداري: فقد يفرض القانون على جهة الإدارة استشارة خبير أو خبراء أو هيئة متخصصة قبل اصدار القرار الإداري، هذه الاستشارة على أنواع، فقد تكون (اختيارية في طلبها وفي اتباعها ايضاً) أو (الزامية في طلبها فقط واختيارية في اتباعها) أو (الزامية في طلبها وفي اتباعها ايضاً)، وبالتالي فان بطلان القرار لمخالفة الإجراءات لهذه الحالة يعتمد بحسب نوع المخالفة لاحد أنواع هذه الاستشارة عموماً. ص 265-266

ب. تشكيل اللجان المختصة لاتخاذ القرار الاداري: وتظهر هذه الحالة في جانب فرض العقوبات التأديبية غالباً، فقد يفرض المشرع لانزال العقوبة التأديبية على الموظف المخالف ان يتم قبل ذلك تشكيل لجنة تحقيقية توصي بالعقوبة وتتشكل وفقاً للأوضاع والالية المنصوص عليها قانوناً ومن ثم تصديق العقوبة من الرئيس الإداري وبما يراه ملائماً، وبخلاف ذلك يكون قرار فرض العقوبة باطلاً. ص 266

ت. الاجتماع والتصويت لاتخاذ القرار الإداري: فقد يوجب القانون ان يعرض القرار في اجتماع والتصويت عليه قبل إصداره واتخاذ، وعلى أساس ذلك يجب العمل بهذا الاتجاه وعقد الاجتماع في الزمان والمكان واكتمال النصاب وما يلحق ذلك من إجراءات ضرورية لصحة صدور واتخاذ القرار الإداري، وبخلاف ذلك سيكون القرار الصادر معيب باجراءات اتخاذه ويتجرد من صفته القانونية ويحكم عليه

بالإلغاء . ص 266-267

2. مخالفة الإجراءات (اللاحقة) لاتخاذ القرار الإداري: ويظهر ذلك في المصادقة على القرارات الإدارية من الجهات المختصة سواء في ظل الإدارة المركزية بمصادقة الجهة الأعلى على قرارات الجهة الأدنى، أو في ظل نظام الإدارة اللامركزية بمصادقة الإدارة المركزية على قرارات الإدارة اللامركزية بحكم الوصاية الإدارية لها. ص 267

ثالثا: عيب مخالفة القانون في القرار الإداري كسبب لرفع دعوى الإلغاء (عيب المحل للقرار الإداري):
كمفهوم عام، ان محل القرار الإداري أو موضوعه يجب ان يتوافق مع احكام القانون عند الإصدار لاضفاء
المشروعية القانونية عليه، وبالتالي فان عيب المحل في القرار الإداري يقصد به مخالفة القرار الإداري
للقانون ومن ثم الحكم بالغاء، وهو عيب واسع يراه الفقه القانوني على انه غامض ويشمل جميع عيوب
القرار الإداري من اختصاص وشكل وإجراءات وسبب وغيرها للقانون على أساس ان مخالفة القرار الإداري
للقانون يتسع ليشمل كل جوانب وشروط اصدار القرار، وهذا ما يراه البعض أيضا بالمفهوم السابق بانه يمثل
الضمانة الأكثر فاعلية لحقوق الافراد.

ويرى الاتجاه الواسع في الفقه القانوني ان عيب المحل في القرار الإداري يشمل فقط مخالفة مضمون القرار
الإداري الفردي أو التنظيمي أو الأثر المترتب على صدوره لاحكام القانون وسواء بانشاء أو الغاء أو تعديل
لمراكز القانونية، وبالتالي فان محل القرار الإداري هو موضوع ومضمون القرار وما يحمله من اثار قانونية
بالانشاء أو التعديل أو الإلغاء للمراكز القانونية والذي يفترض ان يصدر مطابق لاحكام القانون، وفي حالة
المخالفة ستكون امام عيب مخالفة القانون. ص 267-268

شروط صحة ركن المحل في القرار الإداري أو مضمونه واثره القانوني:
لمحل القرار الإداري أو مضمونه شروط يجب توافرها لضمان مشروعية المحل قانونا ولتجنب أو لابتعاد عن
وجود عيب مخالفة القرار الإداري للقانون، وتتلخص شروط الصحة لمحل القرار الإداري بالتالي:
أولا: ان يكون محل القرار أو مضمونه وما يترتب عليه من اثر قانوني غير مستحيل وممكن التحقق والتنفيذ
من الناحية القانونية والواقعية والا سيعتبر القرار منعدم لان محل القرار أو مضمونه أو الاثر مستحيل التنفيذ،
من ناحية الاستحالة القانونية في التحقق مثلا صدور قرار تعيين لشخص في وظيفة مشغولة بالأساس، أما
من ناحية الاستحالة الواقعية للتحقق مثلا صدور قرار اداري بهدم منزل ايل للسقوط ثم يتضح بعدها ان
المنزل قد هدم وسقط فعلا. ص 269

ثانيا: ان يكون محل القرار أو مضمونه أو الأثر القانوني المترتب عليه جائز ومشروع قانونا، ومعنى ذلك ان
لا تكون هناك مخالفة لمحل القرار أو مضمونه ولا اثاره للقانون وبمعناه العام الواسع لما يشمل من مصادر
القانون المدونة وغير المدونة (تم توضيحها في المحاضرات سابقا) وليس بمخالفة القانون بمعناه الضيق بما
يحتويه من قوانين وضعية فقط صادرة عن السلطة التشريعية، وأيضا ان لا يخالف محل القرار أو مضمونه
واثره القانوني ما هو سائد من نظام عام واداب عامة، باستثناء حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية اذا ما
كانت متحققة حيث يعمل بالمشروعية الاستثنائية بدل المشروعية العادية وهذا ما استقر عليه القضاء في
فرنسا. ص 269-270

صور أو حالات عيب مخالفة محل القرار الإداري للقانون:
وتتلخص صور أو حالات مخالفة محل أو مضمون القرار الإداري للقانون في ثلاث حالات أو صور،
ونختصرها كالتالي:

أولا: المخالفة الصريحة أو المباشرة (الإيجابية والسلبية) في محل أو مضمون القرار الإداري لنصوص
القانون: وتتضمن هذه الحالة بتجاهل ومخالفة الإدارة عند اصدارها للقرار الإداري أو عند قيامها بالعمل
لنصوص القانون في جزء أو كل للقاعدة القانونية فيصدر القرار مخالف للقانون في مضمونه أو محله وهو
ما يسمى بالمخالفة (الإيجابية) في محل القرار الإداري للقانون كما في حالة قيام الإدارة مثلا بتسليم لاجئ

سياسي على خلاف النص الدستوري الذي يمنع أو يحظر هذا التصرف، أو قد تمتنع الإدارة عن تنفيذ النص القانوني وإصدار القرار الإداري المناسب وفقا للالتزامات المفروضة عليها وما يجب القيام به من جانبها عند ممارسة النشاط الإداري وهو ما يسمى بالمخالفة (السلبية) في محل القرار الإداري للقانون مثل عدم منح الإدارة بمقتضى اختصاصها رخصة لمزاولة النشاط لاحد الافراد برغم توفر الشروط القانونية لديه للحصول على هذه الرخصة، ويكفي لاثبات هذا العيب للمخالفة الإيجابية والسلبية لمحل القرار الإداري للقاعدة القانونية من خلال ادعاء المدعي في الدعوى أو المتضرر من القرار الإداري بوجود القاعدة القانونية وان الإدارة قد تصرفت على خلاف ما تقضي به من حكم سواء بمخالفتها أو برفض تطبيقها. ص 270-271

ثانيا: الخطأ في تفسير القانون: ويعني ذلك ان الإدارة تقوم بتطبيق القاعدة القانونية فعلا الا انها تعطي هذه القاعدة تفسير خاطئ ومخالف أو مغاير لما قصده المشرع من تطبيق لهذه القاعدة، وقد يكون التفسير الخاطئ متعمد أو عكس ذلك، والسبب قد يرجع الى غموض القاعدة القانونية، ويبقى القضاء هو الفيصل الحاسم للكشف عن ذلك القصد وما يترتب عليه من حكم لالغاء القرار الإداري. ص 271

ثالثا: الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع: ومعنى ذلك ان الإدارة قامت بإصدار القرار الإداري وقد استندت الى قاعدة قانونية الا ان الوقائع الدافعة لاتخاذ القرار غير موجودة أصلا وان الإدارة لم تكن دقيقة وغير موفقة في تكييف الوقائع الدافعة لاتخاذ القرار بالشكل الصحيح أو المطلوب، وللحالة الأولى مثلا صدور قرار بفصل موظف لم يرتكب المخالفة بالاصل، ومثال الحالة الثانية كما لو صدر قرار بمعاقبة موظف بعقوبة الفصل عن فعل أو مخالفة لا تصل لفرض هذه العقوبة وانما الموظف نفسه كان يستحق عقوبة ادنى منها وهذا لسوء تقدير الإدارة للوقائع (المخالفة) أو تكييفها الخاطئ للوقائع الدافعة لاتخاذ القرار الإداري كسبب لفرض العقوبة. ص 271

رابعاً: عيب السبب في القرار الإداري كسبب لرفع دعوى الإلغاء :

السبب هو احد اركان القرار الإداري، وهو مجموع الحالات والوقائع المادية والقانونية التي تدفع الإدارة العامة في اتخاذ القرار الإداري، اما عيب السبب فيراد به انعدام وغياب الحالات أو الوقائع المادية والقانونية أو عدم تكييفها بشكل صحيح لاتخاذ القرار الإداري فيحكم بالغاءه، مثلاً اصدار قرار اداري بانهاء رابطة الموظف بالدولة من خلال احواله على التقاعد الجوازي من دون طلب منه يعتبر قرار غير مشروع لعدم صحة الأسباب للحالة على التقاعد، وكذلك عدم مشروعية القرار الإداري الصادر من الإدارة العامة للمحافظة على النظام

العام مع عدم وجود الحالة الواقعية التي تدعو لاصدار هذا القرار بالأساس. ص 276-277

شروط صحة أسباب القرار الإداري لضمان مشروعيته: ان صحة شروط السبب في القرار الإداري يجب ان تتوفر لضمان مشروعية القرار وتجب الطعن به بالالغاء، وتتلخص هذه الشروط لصحة سبب القرار الإداري بالتالي:

أولاً: ان يكون سبب القرار الإداري موجود وقائم لحين صدور القرار، بمعنى ان الحالة القانونية والمادية يجب ان تكون موجودة في وقت اصدار القرار الإداري، فاذا قدم موظف طلب للاستقالة ثم عدل عن الطلب وصدر قرار الاستقالة فسيكون باطلا لان سبب الاستقالة والطلب قد عدل عنه الموظف مسبقاً قبل صدور القرار بقبول الاستقالة. ص 277

ثانياً: ان يكون سبب اصدار القرار الإداري مشروع من الناحية القانونية: سبب القرار الإداري ينبغي ان يكون مطابق لأحكام القانون وسواء كانت سلطة الإدارة مقيدة ام تقديرية في اصدار القرار الإداري والا اعتبر القرار غير مشروع ويحكم بالغاءه.

وتجدر الملاحظة هنا في حالة تعدد أسباب اتخاذ القرار الإداري وكان منها ما هو مشروع وأسباب أخرى معيبة، فعندها يؤخذ بالأسباب الصحيحة والكافية لإصدار القرار الإداري ولا ينظر للأسباب غير المشروعة ويعتبر القرار صحيح من الناحية القانونية، وعلى خلاف ذلك اذا كانت الأسباب المتعدد لاتخاذ القرار الإداري في بعضها مشروعة ولكنها لا تكفي لاصدار واتخاذ القرار فيحكم بعدم مشروعيته، والقضاء هو الفصل الحاسم لتقدير ما يعتبر سبب صحيح وكافي لاصدار القرار ومشروعته واهمال الأسباب غير الصحيحة أو على خلاف ذلك فيقضي بالغاء القرار لعدم مشروعية اسباب اتخاذه أو عدم كفايتها برغم صحتها. ص 277-

279

التمييز بين عيوب القرار الإداري بشكل عام كسبب لرفع دعوى الإلغاء : ويتوزع التمييز بين العيوب بشكل عام على المحاور التالية:

أولاً: يعتبر (عيب الاختصاص) و (عيب الشكل والإجراءات) من العيوب الشكلية للقرار الإداري وهي واضحة ومحددة في حالات المخالفة للحكم بالغاء القرار الاداري، اما (عيب السبب) و (عيب مخالفة القانون) و (عيب الغاية أو الانحراف بالسلطة) هي من العيوب المادية في القرار الإداري، والمهم هو التمييز بين العيوب الثلاثة الأخيرة.

ثانياً: عيب السبب يتعلق بعدم الصحة وغياب المشروعية القانونية للوقائع والحالات الدافعة لاتخاذ القرار أو عدم صحة تكييفها كاسباب لاتخاذ القرار، وعيب مخالفة القانون يتعلق بعدم مشروعية محل القرار أو مضمونه وإثاره القانونية التي تتضمن انشاء أو تعديل أو الغاء المراكز القانونية الفردية أو العامة، اما عن عيب الغاية أو الانحراف بالسلطة فهو ينصرف الى عدم مشروعية وعدم توافق الهدف من القرار الإداري مع

الهدف الذي قصده المشرع من القرار الصادر نفسه حيث ان هدف القرار سيمثل هدف وغاية مصدر القرار ذاته لا هدف المشرع سواء بتحقيق المصلحة العامة أو الهدف الخاص.

ثالثا: رقابة القاضي على عيب السبب تنصب بالأساس على التأكد من وجود الوقائع والحالات التي دفعت الإدارة لاتخاذ القرار الإداري، وعن عيب المحل أو مضمون القرار فتركز رقابة القاضي على التأكد من وجود القاعدة القانونية ومخالفتها من الإدارة أو الامتناع عن تطبيقها، اما عن عيب الغاية أو الهدف من القرار فان القضاء يراقب مدى تحقق التوافق بين هدف القرار وما قصده المشرع من غاية أو هدف من هذا القرار عند إصداره. ص 279

الرقابة القضائية على ركن السبب في القرار الإداري:

كمفهوم عام قبل الدخول في رقابة القضاء على ركن السبب في القرار الإداري، ان القرارات الإدارية عند صدورها يفترض ان تكون لها أسباب وهي صحيحة ابتداء وعلى من يدعي خلو القرار الإداري من أسباب لصدوره أو انها غير صحيحة ان يثبت ذلك، أيضا ان الإدارة غير ملزمة بذكر أسباب اتخاذ القرار الإداري الا اذا نص القانون على ذلك وبالتالي سيكون عبء الاثبات على مدعي العكس ثقيل لانه لا يملك جميع الوثائق والسندات التي تملكها الإدارة كسند قانوني لقرارها الصادر، وعلى العموم تتركز الرقابة القضائية على سبب القرار الإداري لضمان مشروعيته على ثلاث جوانب تتلخص بالتالي: ص 279

أولا: الرقابة على الوجود المادي للوقائع كسبب لاتخاذ القرار الإداري: يراقب القضاء ويتفحص وجود الوقائع والأسباب التي أدت لاتخاذ القرار اذا كانت موجودة ام غير موجودة أو كانت موجودة ولكنها تختلف عن حقيقة أسباب اتخاذ القرار عندها يحكم بإلغاء القرار لغياب أسبابه أو اختلافها.

وقد وردت عدة تطبيقات قضائية لمجلس الدولة الفرنسي بإلغاء القرارات الخالية من الأسباب أو ان أسبابها غير صحيحة ومن ذلك ما قضى به مجلس الدولة من إلغاء لقرار الحكومة المتضمن عزل رئيس البلدية على أساس انه لم يتم بالإجراءات اللائقة لمراسيم دفن وجنازة معينة حيث تبين للمجلس ان سبب العزل غير صحيح أو غير موجود، وكذلك ما قضى به المجلس من إلغاء قرار اعفاء المحافظ من منصبه بناء على طلبه حيث تبين للمجلس ان المحافظ لم يتقدم بالطلب للاعفاء أصلا فيكون سبب قرار الاعفاء غير موجود.

ص 280-281

ثانيا: الرقابة على التكيف القانوني للوقائع التي كانت سبب لاتخاذ القرار الإداري: ويعني ذلك ان القضاء يراقب مدى انطباق الوصف القانوني المطبق من الإدارة على الواقعة نفسها كسبب لاتخاذ القرار، مثلا تكيف فعل الموظف اذا كان يعتبر مخالفة أو خطأ تأديبي ويستحق عنه العقوبة الانضباطية أو عدم ذلك، فاذا كان التكيف القانوني خاطئ للواقعة عندها يعتبر القرار معيب بسببه على أساس هذه الحالة، علما ان رقابة القضاء هنا تنصب على التكيف الصحيح للوقائع ووصفها القانوني للوقائع العادية وليس الفنية والعلمية التي تتعلق باختصاصات علمية وفنية ويصدر عنها قرارات الا اذا كان القرار فيه انحراف أو إساءة استعمال السلطة، فالقول بخلاف ذلك سيجعل من القضاء في رقابته مشارك في العمل الإداري فنيا وعلميا وغير ذلك من مبررات.

ومثال الحالة السابقة للتكيف الخاطئ للوقائع ووصفها القانوني عند رفض البلدية لطلب رخصة بناء في ميدان عام في باريس بحجة ان الميدان هو اثرى وتأريخي وان البناء سيؤدي الى تشويه منظره استنادا لاحكام القانون لسنة 1911 فقضى مجلس الدولة بإلغاء القرار الإداري الراض لمنح الرخصة اذ تبين

للمجلس ان الميدان غير اثري وليس بتاريخه اساسا. ص 281-282

ثالثا: فحص الملائمة لسبب القرار الإداري مع الوقائع أو الظروف المحيطة ومحل القرار: الأصل ان رقابة القضاء هي رقابة تتلخص بالتأكد من مشروعية القرار وتحقق شروطه أو اركانه وليست رقابة ملائمة وتقدير للأمور لانها من اختصاص الإدارة التي تتولى مهمة تقدير الوقائع والظروف المحيطة ومحل القرار مع اسبابه، ولكن اذا كان القرار الإداري يتعلق بالحريات العامة وفي ظل الظروف الاستثنائية أو المستعجلة وما يتصل بالضبط الإداري وحتى حالات فرض العقوبة التأديبية عند وجود الغلو في انزال العقوبة الانضباطية فلا مانع من تدخل القضاء بمراقبة مدى ملائمة محل أو مضمون القرار مع أسباب إصداره إضافة لرقابة المشروعية المقررة له بالأصل. ص 282

الاختلاف الفقهي القانوني حول مكان عيب السبب في القرار الإداري من العيوب الأخرى: انقسم الفقه الى فريقين في تحديد مكان عيب السبب نسبة الى عيوب الغاء القرار الإداري الأخرى، فمنهم من يرى ان السبب هو ركن في القرار الإداري ومستقل الا انه يندرج العيب فيه يندرج ويدخل ضمن عيب مخالفة القانون وعيب الانحراف بالسلطة وهذا هو اتجاه منتقد بالرغم من مبرراته، وآخرون يؤيدون الاتجاه الحيث لتقسيم اركان القرار الإداري واستقلاليتها عن بعضها البعض وان كل عيب من عيوب الغاء القرار الإداري يقابل كل ركن من اركانه وبالتالي فان عيب السبب في القرار ينبع من مخالفة ركن السبب في القرار الإداري، ويتفق الفقه العراقي أيضا مع الاتجاه الأخير قطعاً بالاستناد الى النصوص القانونية الواردة في المادة 7-ثانياً-هـ من قانون التعديل الثاني لسنة 1989 والمادة 7-خامساً- 2 من قانون التعديل الخامس لسنة 2013 لقانون مجلس شورى الدولة لسنة 1979 والتي اكدت صراحة وضماناً بان ركن السبب هو ركن مستقل في القرار الإداري وما يشوبه من نقص يمثل عيب للسبب في القرار الإداري بصورة مستقلة عن اركان القرار الأخرى أو عيوبها التي تقابل كل ركن منها، وكذلك ما صدر عن الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بصفتها التمييزية من قرارات لالغاء القرارات الإدارية في نطاق الخدمة المدنية لانها تفتقر لاسباب أو انها غير مستوفية لشروط السبب في القرارات الإدارية التي الغيت. ص 283-286

خامسا: عيب الغاية أو الانحراف بالسلطة كسبب لرفع دعوى الإلغاء :

هو من العيوب الداخلية (الخفية أو النفسية) المادية التي تصيب القرار الإداري فتجعله قابلا للإلغاء، ويقصد به استخدام الجهة الإدارية لصلاحياتها أو سلطاتها لتحقيق غرض غير مشروع سواء بتحقيق أهداف بعيدة عن المصلحة العامة أو لغاية غير التي قصدها وحددها المشرع أو القانون، أو هو استعمال الإدارة لسلطتها المشروعة لتحقيق غير الأهداف التي أنشئت من أجلها تلك السلطة، فالإدارة في كل الأحوال يجب عليها تحقيق المصلحة العامة في جميع أعمالها وقراراتها الإدارية أو تحقيق الهدف الخاص الذي حدده المشرع في إطار عمل محدد.

عيب الانحراف بالسلطة يتصل على وجه الخصوص وفي الغالب بالسلطة التقديرية للجهة الإدارية عندما لا يحدد المشرع تصرفات الإدارة باتجاه معين وإنما يترك لها الصلاحية التقديرية للقيام بالعمل أو عدم ذلك وباختيار سبب القرار والوقت في التدخل وغيرها لتحقيق المصلحة العامة في قراراتها، ومع ذلك يمكن ظهور هذا العيب حتى في حالات السلطة المقيدة في تصرفات وأعمال الجهة الإدارية وإن كانت من الحالات النادرة لأن الجهة الإدارية هنا ملزمة ومقيدة في تصرفاتها باتجاه قانوني محدد في التشريع لاتخاذ القرار أو عدم ذلك ووقت التصرف أو السبب للقرار وغيرها لإضفاء المشروعية وافترضها في السلطة المقيدة. ص 286-287

كيفية إثبات عيب الغاية في القرار الإداري أو الانحراف بالسلطة:

يتميز هذا العيب بالدقة والحساسية والصعوبة في الإثبات مقارنة بالعيوب الأخرى (الاختصاص-الشكليات والإجراءات- المحل للقرار-السبب)، لأنه عنصر داخلي ونفسي لرجل الإدارة ويرتبط بأخلاقيات الإدارة، لذلك يذهب البعض إلى إلغاء هذا العيب كسبب لإلغاء القرار، ومن المستقر عليه هو اعتبار هذا العيب احتياطيا، فالقاضي إذا طعن أمامه بصحة قرار إداري معين فإنه يبحث في مشروعية شروط القرار الأخرى ابتداء، فإذا تأكد من عدم مشروعيتها عندها يقضي بإلغاء القرار، أما إذا كانت مشروعه عندها يبحث في هذا العيب الذي يتطلب توافر عنصرين لأثبات وجوده، الأول عنصر مادي باستهداف هدف غير المصلحة العامة أو هدف غير الذي حدده القانون على الجهة الإدارية في القرار، وعنصر معنوي يتمثل بالنية العمدية وقصد الإساءة أو الانحراف بالسلطة من الجهة الإدارية، مع ضرورة الملاحظة على عدم الخلط في حالة إصدار الإدارة لقرار يحقق المصلحة العامة بحس النية على غير الهدف المحدد بالقانون (عدم توفر النية العمدية).

وعبء الإثبات لهذا العيب يقع على عاتق من يدعي أو يعتقد تحققه في القرار الإداري، وهو عبء ثقيل مقارنة بالقواعد والمبادئ المقررة لصلاحيات الإدارة أو ما يتعلق بالقرار الإداري، مثلا افتراض مشروعية وصحة القرار الإداري بوقت صدوره وعدم الزام الإدارة بتسبب القرار الإداري وما تحتفظ به من وثائق ومستندات لقراراتها أو أعمالها القانونية، والعبء ثقيل على وجه الخصوص إذا كان القرار صادرا من هيئة أو مجلس وغير ذلك، وفي كل الأحوال تتحقق محكمة الموضوع من وجود هذا العيب من خلال القرائن لإثبات الحق المتنازع عليه بالاعتراف ومن مضمون القرار والسبب وظروف الإصدار وملف الدعوى والمراسلات وغيرها. ص 288-289

صور وحالات عيب الغاية أو الانحراف بالسلطة: وتتلخص هذه الصور والحالات التالية:

أولا: استعمال السلطة لتحقيق أغراض لا تتعلق بالمصلحة العامة:

الجهة الإدارية لا تكون حرة في تصرفاتها وإصدار القرارات حتى وإن لم يحدد لها القانون هدف خاص من القرار (السلطة التقديرية)، فيجب عليها تحقيق المصلحة العامة من تصرفها القانوني في جميع الأحوال،

وبخلاف ذلك يكون قرارها مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة ويحكم بإلغائه، وتتحقق هذه الحالة العامة في إحدى الحالات التالية: ص 290

1. استعمال السلطة لتحقيق هدف أو منفعة شخصية لمن صدر القرار عنه أو لغيره: ويراد بذلك استغلال السلطة وإساءة استعمالها من رجل الإدارة ليحقق به غرض وهدف شخصي له أو لغيره محددين بذاتهم لا إلى تحقيق المصلحة العامة، مثلاً حالة إصدار قرار لإغلاق نشاط معين لأحد الأشخاص، إلا أن القصد الحقيقي هو الإغلاق لاستفادة النشاط التابع لرجل الإدارة الذي صدر عنه القرار الإداري، أو صدور قرار باستحداث وظيفة إدارية جديدة لغرض إيجاد عمل لأحد الأشخاص، أو إصدار قرار إداري بإقالة موظف لأحلال وتعيين آخر محدد بدلاً منه. ص 290

2. استعمال السلطة لتحقيق أغراض أو أهداف سياسية: ويقصد بذلك استغلال السلطة وإساءة استعمالها من رجل الإدارة ليحقق به غرض وهدف سياسي فئوي أو حزبي على حساب المصلحة العامة، مثلاً إصدار قرار إداري بفصل موظف لأسباب سياسية وانتماءه لحزب معين أو عدم قبول تعيين شخص بسبب ميوله السياسية وانتماءه لفئة حزبية وهكذا. ص 291

3. استعمال السلطة بدافع الانتقام: وتتحصل هذه الحالة بإصدار قرار إداري بدافع الانتقام الشخصي وإيذاء الغير لأحقاد وضغائن شخصية، مثلاً فصل شخص موظف بقصد الثأر أو الانتقام منه، أو استغلال السلطة لفض وضرب مظاهرة بقصد الانتقام من شخص محدد في نفس المظاهرة. ص 291

ثانياً: مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف:

في هذه الحالة باستهداف الإدارة أو رجل الإدارة لتحقيق أهداف غير التي حددها القانون بالنص، وإذا لم يحددها المشرع عندها القاضي هو الذي يستخلص الهدف المحدد، فيجب على الإدارة تحقيق الهدف الخاص المحدد في القانون وتغليبه حتى على تحقيق المصلحة العامة وإلا اعتبر القرار الإداري غير مشروع، وتتحقق حالات هذه الصورة بالآتي: ص 291

1. في ميدان الضبط الإداري: يحدد القانون أهداف سلطات الضبط الإداري وهي حماية النظام العام بعناصره الثلاثة وهي الأمن العام والصحة والسكنة العامة إضافة إلى الآداب والأخلاق العامة، وفي حالة مخالفة هذه الأهداف فإن قرارها مشوباً بعيب مخالفة تخصيص الأهداف حتى لو كان الهدف هو تحقيق المصلحة العامة، مثلاً إصدار قرار إداري بغلق مصنع أو نشاط صناعي معين بحجة عدم امتلاكه الترخيص السليم ليتضح فيما بعد أن قصد الإدارة من ذلك الغلق فيما بعد هو احتكار صناعة المنتجات لحسابها. ص 292

2. في ميدان الوظيفة العامة: ويحصل ذلك في مجال توزيع الوظائف الإدارية عموماً وفرض العقوبات التأديبية بشكل خاص، من العروف أن الإدارة لها صلاحيات توزيع موظفيها وفقاً لما تراه مناسباً لضمان حسن وانتظام سير واستمرار المرفق العام، ولكن إذا استغلت الجهة الإدارية صلاحياتها بذلك من خلال إصدار قرار إداري يقضي بإعادة التوزيع للموظفين بقصد أقصاء موظف لوجود خلاف شخصي مع الرئيس الإداري سابقاً وكان القرار يمثل عقوبة تأديبية مقنعة ولا وجود لها بين العقوبات الانضباطية المحددة بالنص القانوني، وعندها يكون قرار الإدارة مشوباً بعيب الانحراف لمخالفة تخصيص الأهداف. ص 292

3. إساءة استعمال الإجراءات القانونية المحددة: وتتمثل هذه الحالة باستعمال أو لجوء الجهة الإدارية

أو الموظف المختص الى استعمال اجراءات اخرى غير الاجراءات القانونية المحددة للقيام بتصرف قانوني أو اصدار قرار اداري محدد بهدف التسهيل على الادارة للقيام بالتصرف أو اصدار القرار المقصود نفسه، مثل اتباع اجراءات الاستيلاء المؤقت على ملكية عقار بدلا من اجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة المعقدة مقارنة بالاجراءات السابقة، أو فرض عقوبة مقنعة على موظف لتجنب وعدم اتباع الاجراءات الادارية القانونية كضمانات حقيقية يجب اتباعها في فرض العقوبة التأديبية على نفس الموظف. ص 293

إجراءات رفع دعوى الإلغاء والحكم فيها:

وتتلخص إجراءات رفع دعوى الإلغاء بالحالات التالية:

- 1- القاضي الإداري لا ينظر دعوى الإلغاء ولا يتصدى لموضوع النزاع من تلقاء نفسه إلا إذا تقدم صاحب الشأن بطلب لإلغاء القرار الإداري وبصيغة عريضة دعوى أو استدعاء، فتفتتح الخصومة الإدارية على أساس ذلك.
- 2- يجب تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية التي صدر عنها القرار الإداري المطعون فيه وخلال مدة 30 يوم من تاريخ التبليغ بالقرار أو اعتباره مبلغاً به، وعلى الجهة الإدارية نظر التظلم خلال مدة 30 يوم من تاريخ تسجيل أو تقديم الطلب، فإذا رفض التظلم حقيقة أو حكماً أو عدم البت به ومضي المدة عندها يكون التظلم مرفوض ضمناً، ومن ثم يجب تقديم الطلب لإقامة الدعوى أمام محكمة القضاء الإداري خلال مدة 60 يوم من تاريخ رفض التظلم حقيقة أو حكماً مع دفع الرسوم القضائية، مع إمكانية التنازل عن الدعوى مع الاحتفاظ بحق إقامة دعوى التعويض أمام القضاء العادي.
- 3- دعوى الإلغاء هي عينية وموضوعية ومع ذلك يجب أن تكون موجهة ضد الإدارة كأستدعاء والتي صدر عنها القرار الإداري وهي تمتلك الصلاحية للإلغاء أو سحبه أو التعديل وغيرها.
- 4- تقام الدعوى في العراق وفقاً للإجراءات المعتمدة والمقررة في قانون المرافعات المدنية وتُدفع الرسوم القضائية وفقاً لأحكام قانون الرسوم العلية، مع إمكانية إقامة الدعوى بدون الاستعانة بمحامي إذا كان صاحب الشأن مؤهلاً لذلك أو بتوكيل محامي لإقامة الدعوى.
- 5- تخضع حالات إيقاف الدعوى أو الانقطاع أو التنازل أو الإبطال لقواعد قانون المرافعات المدنية.

ص 296-297

القاعدة العامة وأثر رفع دعوى الإلغاء على إيقاف تنفيذ أثار القرار الإداري المطعون فيه:

الأصل والقاعدة العامة أن رفع دعوى الإلغاء لا يرتب ولا يؤثر في إيقاف تنفيذ أثار القرار الإداري، لأن الإيقاف يؤدي إلى التأثير في نشاط الجهة الإدارية ويوقف أو يشل صلاحياتها وسلطاتها، ولكن الجهة الإدارية تمتلك حق تنفيذ أثار القرارات الإدارية بالرغم من رفع دعوى الإلغاء، وأن الإدارة ستتحمل المسؤولية القانونية عن تنفيذ أثار القرار الإداري وخصوصاً إذا أُلغي القرار فعلاً بعد رفع الدعوى لعدم مشروعية القرار الإداري وأن الإلغاء القضائي يكون باثراً رجعي، وبالتالي فإن الأفضل للجهة الإدارية أن تتريث في تنفيذ الأثار وأن توقف تنفيذ أثار القرار الإداري مؤقتاً بعد رفع دعوى الإلغاء ولحين صدور قرار الحكم القضائي، وهي تمتلك صلاحية إلغاء القرار أو السحب وحتى التعديل وغيرها إذا اقتضت بوجهة نظر المتظلم أو الطاعن. 298-300

شروط طلب إيقاف تنفيذ أثار القرار الإداري المطعون فيه كموضوع لدعوى الإلغاء:

- 1- أن يرد ويقدم صاحب الشأن طلباً إلى قاضي الموضوع بإيقاف تنفيذ القرار الإداري مؤقتاً لحين صدور القرار النهائي القضائي في الدعوى، وأن يقدم مع عريضة الدعوى وقت رفع دعوى الإلغاء، لأن هذا الطلب يمثل الإلغاء التمهيدي للقرار الإداري مرتبط بطلب أو دعوى الإلغاء المقيد بمدة محددة وهو طلب يرتبط بإقامة الدعوى وأن كان مستقلاً عليها في نظره، كما أن القرار الإداري يكون نافذاً وقت صدوره وأن الضرر المتوقع يكون متوفراً حينها، لذلك يشترط تقديم الطلب وقت رفع الدعوى، فإذا قدم بعدها فيرفض الطلب شكلاً، وما سبق من ذكره يمثل القاعدة العامة، وما هو

مستقر عليه فقها وقضاءا هو امكانية تقديم الطلب بعد رفع الدعوى وغير محدد بميعاد وخلال الفترة التي تستغرقها نظر الخصومة الادارية.

2- وجود وتوفر اسباب جدية وواضحة ومحددة ترجح الغاء القرار الاداري المطعون فيه، فيستند الطلب الى اسباب تشير بوضوح الى وجود عيب جسيم في القرار الاداري أو غيرها حتى وان كانت الاسباب لا تستند الى حجج ثابتة ومؤكدة، فيكفي ان تتوفر قناعة للمحكمة باحتمال لان يكسب الطاعن مقدم الطلب الدعوى أو الغاء القرار الاداري، ويمكن للمحكمة التماس هذا الوضع من خلال الاطلاع على الأوراق دون التصدي لاصل موضوع الدعوى، فيتركز الموضوع على الموضوع المستعجل فقط دون فحص القرار الاداري الا بقدر الكشف عن جدية اسباب طلب الايقاف لتنفيذ اثار القرار الاداري من عدمها.

3- توافر ركن الاستعجال، اي تعذر تدارك الضرر الناجم من تنفيذ اثار القرار الاداري المطعون فيه الفورية، حتى لو قضي بإلغائه قضائيا مستقبلا، فتتعدد مصلحة في طلب الايقاف بصفة مستعجلة لحين الفصل بموضوع الدعوى، فاذا قبل طلب الايقاف فان ذلك لا يعني الغاء القرار الاداري، واذا رفض الطلب فلا يعني ذلك رفضا للدعوى، ولكن على الجهة الادارية تنفيذ القرار القضائي في حالة قبول الطلب واييقاف اثار القرار الاداري والتوقف عن استكمالها اذا كانت قد نفذت في الاصل، اما عن موقف المشرع العراقي لايقاف تنفيذ القرار الاداري فقد جاء القانون خاليا من النص صراحة على امكانية ايقاف تنفيذ اثار القرار الاداري، الا ان ذلك لا يمنع من الايقاف وفقا لاحكام قانون المرافعات المدنية (القضاء المستعجل)، طالما كانت النصوص القانونية في قانون مجلس الدولة العراقي تشير صراحة الى امكانية تطبيق نصوص قانون المرافعات المدنية وغيرها. 300-305

عملية الاثبات في دعوى الالغاء :

ويتلخص الاثبات في دعوى الالغاء بالاتي:

1- القاعدة العامة في هذا المجال هي ان عبء الاثبات يقع على عاتق المدعي استنادا للقاعدة اصولية (البينة على من ادعى)، ولهذه القاعدة اثار خطيرة في مجال المنازعات الادارية، لان الادارة كمدعى عليه في الخصومة الادارية لها صلاحيات واسعة وامتيازات لا يملكها المدعي خلاف الظاهر وأفتراض مشروعية وسلامة القرار الاداري منذ وقت صدوره وصلاحيات التنفيذ الفوري لاثار القرار وما يتبع ذلك من امتلاك الادارة من وثائق وأوراق وعدم الزام الادارة بتسبب قراراتها الا اذا القانون بخلاف ذلك وهي حرة في اختيار سبب القرار في حالات السلطة التقديرية مع صعوبة اثبات عيب الانحراف بالسلطة الذي يمثل عيبا داخليا وماديا يصيب الغاية أو الهدف من القرار الاداري، وغير ذلك.

2- يذهب القضاء والفقهاء الى التخفيف من هذا العبء الثقيل على عاتق المدعي وتوزيع الاثبات على طرفي الخصومة ولا سيما الادارة العامة كمدعى عليه، وما هو مستقر عليه هو ان القضاء المختص (قاضي الموضوع) يدير الجلسات ويوجه الدعوى للوصول الى الحقيقة من خلال جمع القرائن القانونية والقضائية والاطلاع على جميع الأوراق والوثائق لدى الخصوم في الدعوى وخصوصا ما تحتفظ به الجهة الادارية ويخص موضوع الدعوى والتي يجب عليها الامتثال لأوامر القاضي بهذا الخصوص.

3- اما بالنسبة لطرق الاثبات، ان القضاء الاداري له الحرية التامة في تكوين قناعته في حل الخصومة الادارية بطرق الاثبات التي يراها مناسبة لتكوين هذه القناعة، وان ادلة الاثبات المعتمدة في القضايا المدنية لها تطبيق واسع في اطار الاثبات لدعوى الالغاء عدا بعض الادلة التي لا تنسجم مع طبيعة الدعوى الادارية والخصومة فيها، ولعل من ابرزها هي اليمين الحاسمة أو المتممة التي لا يمكن الاعتماد عليها أو ادائها في مجال القضايا الادارية لانها تعتمد على العقيدة والايمان والذاكرة وهو ما لا يمكن تصويره للجهة الادارية كشخص معنوي، ولكن يمكن ان تتحقق لدى الشخص العادي الطبيعي.

4- اما عن موقف المشرع العراقي من الاثبات في دعوى الالغاء، ان اجراءات دعوى الالغاء وكل ما يتعلق بها في اطار الاثبات وبمقتضى النصوص الصريحة لقانون مجلس الدولة العراقي فيما لم يرد به نص تكون خاضعة لاحكام قانون المرافعات المدنية وقانون الاثبات وحتى قانون اصول المحاكمات الجزائية وكذلك قانون الرسوم العدلية. ص 305-309

الحكم في دعوى الإلغاء والطعن فيه: ويتلخص بالآتي:

أولاً: الحكم أو القرارات الصادرة في دعوى الإلغاء: وذلك إما بقبول الدعوى وإلغاء القرار الإداري المعيب دون التعديل أو إصدار أوامر ولا حتى توجيهات، أو الحكم برفض الدعوى والقضاء بمشروعية القرار الإداري، وفي العراق يعطي المشرع للمحكمة صلاحية أوسع، تتضمن (1- رد الطعن شكلاً لمضي مدة الطعن أو انتفاء شروط إقامة الدعوى ومنها ما يتعلق بعدم تقديم التظلم الوجوبي أو عدم توافر المصلحة وغيره 2- إلغاء كلي أو جزئي للقرار الإداري المعيب بأثر رجعي وإزالة آثاره 3- تعديل القرار الإداري لجزء منه خصوصاً في حالات السلطة التقديرية للإدارة لعدم التناسب بين سبب القرار ومحلله (رقابة الملائمة) 4- الحكم بالتعويض إذا كان القرار الإداري غير المشروع قد رتب أضراراً حقيقية بالطاعن مع ثبوت مسؤولية الإدارة عن ذلك كعمل قانوني دون الأعمال المادية). 309-310

ثانياً: الطعن بالحكم الصادر بدعوى الإلغاء: إن القرارات القضائية الصادرة عن محكمة القضاء الإداري غير باتة ويمكن الاعتراض عليها حالياً أمام المحكمة الإدارية العليا بمقتضى نصوص قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة العراقي رقم 17 لسنة 2013، والطعن يقدم خلال 30 يوم من التبليغ بالقرار أو اعتباره مبالغاً، وإن أسباب الطعن تنلخص (1- وجود مخالفة أو خطأ في تطبيق القانون أو تفسيره 2- مخالفة قواعد الاختصاص في نظر الدعوى بعدم جواز الاعتراض على القرار الإداري بالأصل أمام محكمة القضاء الإداري 3- مخالفة المحكمة لقواعد الشكل والإجراءات في جلسات المرافعة أو لعدم تسبيب القرار القضائي الإداري 4- إذا كان الحكم الصادر مخالف لحكم قضائي سابق مكتسب الدرجة القطعية في نفس موضوع الدعوى 5- وجود خطأ جوهري أو جسيم في القرار القضائي لعدم فهم الوقائع أو اغفال النظر أو الفصل في بعض الطلبات أو الفصل في غير ما طلبه الخصوم أو باكثر منها أو وجود التناقض في بعض أجزاء الحكم مع البعض الآخر)، وللمحكمة رد الدعوى من الناحية الشكلية أو تصديق القرار القضائي أو نقضه وإلغاء القرار الإداري. ص 310-313

حجية الحكم الصادر في دعوى الإلغاء وتنفيذه:

تتمتع الأحكام القضائية بحجية الشيء المقضي به سواء بإلغاء القرار الإداري بعد قبول الدعوى أو رفض الدعوى وطلب الإلغاء، ويراد بالحجية أن القرار الصادر من المحكمة ينهي ولايتها ولا يجوز تعديله أو الرجوع عليه وهو عنوان للحقيقة وملزم لذوي العلاقة لا يقبل اثبات العكس، وهذه الحجية للحكم في دعوى الإلغاء تتوزع وتنوع وفقاً لمضمون القرار في الحالات الآتية: ص 314

أولاً: حجية الحكم برفض طلب الإلغاء للقرار الإداري (حجية نسبية): الأصل هو حجية الأحكام نسبياً باتحاد الخصوم والموضوع والسبب في الدعوى، والحجية النسبية لقرار الرفض لطلب الإلغاء تكمن أنها لا تكون قاطعة لاحتمال الخطأ أو الصواب فيه، فقد يصدق الحكم لطاعن ويؤدي للإلغاء ولا يصدق لطاعن آخر، ورفض طلب الإلغاء للقرار لا يكسب القرار أية إضافات، فالإدارة لها تنفيذه أو إلغاءه أو تعديله وفقاً لصلاحياتها الإدارية طبقاً لأحكام القانون، وقرار رفض طلب الإلغاء من القضاء الإداري لا يلزم المحاكم العادية بشيء، فلها قبول الدعوى والحكم بالتعويض وإلغاء القرار الإداري إذا اتضح لها عدم مشروعيتها. ص 314-

316

ثانياً: حجية الحكم بإلغاء القرار الإداري بعد قبول الدعوى (حجية مطلقة): حكم إلغاء القرار الإداري له حجية مطلقة تجاه كافة وليس فقط أطراف الخصومة الإدارية فيكون القرار كأن لم يكن وبأثر رجعي ويجوز للغير

الاحتجاج به وللمقاضي اثارته من تلقاء نفسه، فالقرار القضائي بالإلغاء يحوز قوة الشيء المقضي به ويكون قاطعا لا رجعة فيه للمحكمة التي صدر عنها ولا بالتعديل ولا تجاهله، ولا يشترط لحجيته وحدة الخصوم أو الموضوع أو السبب، والسبب لاكتساب الحجية المطلقة هو ان الطعن بالإلغاء موضوعي لتطهير النظام القانوني من القرارات غير المشروعة لوجود عيب فيها، وبالتالي لا يمكن تصور اعتبار القرار الإداري الملغي قضائيا معدوم لبعض الأشخاص ويحتج به تجاه اشخاصا اخرين، مع وجود استثنائيين على هذه القاعدة العامة، احدهما هو الاعتراض على حكم الالغاء القضائي من الغير الذين لم يكونوا طرفا بالخصومة ولهم مصلحة بالابقاء على القرار مع قبول طلب الاعتراض، والثاني هو تدخل المشرع عندما يكون ن الصعب ازالة اثار القرار الإداري الملغي أو مشكلات في تنفيذ حكم الالغاء، وفي كل الاحوال فان الجهة الادارية تكون ملزمة بتنفيذ حكم الالغاء القضائي مع بعض الاستثناءات، ولها صلاحية اتخاذ قرار اداري اخر طبقا للقانون بعد الغاء القرار المطعون فيه، وان حجية الالغاء المطلقة للقرار الإداري تكون نافذه حتى تجاه القضاء العادي وليس فقط تجاه القضاء الإداري. ص 316-317

تنفيذ حكم الإلغاء للقرار الإداري:

القرارات التي يحكم بإلغائها تعتبر كأن لم تكن من تاريخ صدورها لان الالغاء القضائي يكون باثر رجعي ويزيل اثاره في الماضي، والقرار القضائي بالإلغاء هو كاشف للقرار غير المشروع منذ تاريخ صدوره ولا يعتبر منشئ لمركز قانوني جديد، ويرد استثناء على حكم الالغاء القضائي للقرار وهو ما يتعلق بقرارات وتصرفات (الموظف الفعلي) قبل صدور حكم الالغاء على قرار تعيينه فتعتبر مشروعة وتحمل عنها الادارة المسؤولية القانونية وما يلحق ذلك من تقرير مسؤوليته التأديبية في تلك المدة وعدم مطالبته بما تقاضاه وتحسب جميع حقوقه من أقدمية وتقاعد وغيرها، وكذلك يشمل الاستثناء تطبيق قاعدة (العمل الفعلي للموظف) المفصول لسبب غير مشروع والذي حكم بالغاء قرار فصله من الوظيفة، بحيث يستحق الراتب عن المدة التي كان مبعدا فيها عن وظيفته مع امكانية التعويض بدلا من الراتب تعويضا عن الضرر الذي لحق الموظف. ص 318-319

التزامات وواجبات الجهة الادارية في حالة الحكم بإلغاء القرار الإداري:

بصدور قرار الالغاء يجب على الجهة الادارية تنفيذ القرار القضائي كاملا بدون تحايل أو أبطاء أو تراخ، سواء كان ذلك بازالة اثار القرار الإداري الملغي قضائيا القانونية والمادية، وكالاتي:
أولا: التزام الادارة بازالة الاثار (القانونية) للقرار الإداري الملغي:

ويتحقق ذلك في عدة حالات بمجرد صدور حكم الالغاء للقرار الإداري المعيب، منها ما لا يتطلب تدخلا أو تصرفا من الجهة الادارية فتزول الاثار القانونية تلقائيا ومباشرة للقرار الملغي قضائيا كما هو الحال في الغاء القرار التنظيمي أو اللانحي أو الغاء قرار حل هيئة أو جمعية، وفي احوال اخرى يتطلب حكم الالغاء للقرار تدخلا من الادارة باصدار قرار اداري اخر يقضي بسحب القرار الملغي أو اصدار قرار اداري اخر ليحل محل القرار الملغي قضائيا، وبالنسبة للقرارات السلبية فان الغاءها يستوجب الزام الادارة بالتدخل من خلال اصدار قرار اداري ايجابي محل القرار الذي رفضت أو امتنعت الادارة عن اصداره مسبقا وقضي بالغاءه قضائيا لسلبيته. ص 319-320

ثانيا: التزام الادارة بازالة الاثار (المادية) للقرار الإداري الملغي:

القاعدة العامة كما ذكرنا سابقا ان الاعتراض أو الطعن بالقرار الإداري لا يؤدي الى ايقاف تنفيذ اثار القرار عدا حالة الموافقة على قرار قضائي مستعجل بالايقاف وبشروط محددة قانونا، وعلى العموم فان صدور حكم

قضائي بالغاء القرار الإداري المعيب يستلزم على الإدارة إزالة آثاره المادية التي نفذت سابقا بإعادة الحال إلى ما كان عليه، ومنها ما هو ممكن ومنها ما هو مستحيل ولا بديل لذلك إلا بالتعويض، مثلا إخلاء العقار بعد الاستيلاء عليه وإعادة الموظف المفصول إلى وظيفته مع صرف مستحقاته المالية وكل ما يتعلق بحقوقه وضماناته خلال مدة إبعاده نتيجة تنفيذ قرار الفصل أو العزل غير المشروع، مع الأخذ بنظر الاعتبار والتمييز بين (العودة القانونية) للموظف إلى وظيفته وهي تتحقق في الغالب وبين العودة الفعلية التي قد تظهر فيها موانع تتعلق بعيوب القرار الإداري الشكلية أو أسباب القرار والتي يمكن معالجتها من الإدارة بقرار إداري آخر صحيح قانونا أو أن الموظف كان قد وصل إلى السن القانوني للاحالة على التقاعد وغيرها من الحالات، أما إذا أصبح من المستحيل إعادة الحال إلى ما كان عليه وإزالة الآثار المادية التي نفذت بالفعل مثل هدم منزل بقرار إداري غير مشروع وتم الهدم فعلا فعندها لا يكون أمام الإدارة سبيل آخر لإعادة الحال إلى ما كان عليه غير التعويض عن الضرر بسبب الهدم. ص 320-322

ثالثا: أثر حكم الإلغاء القضائي على القرارات الأخرى المرتبطة أو المترتبة على القرار الإداري المقضي بإلغائه قضائيا: فإذا صدر حكم الإلغاء القضائي لقرار تنظيمي فإن ذلك يؤدي إلى إلغاء جميع القرارات الإدارية الفردية التي صدرت على أساس القرار التنظيمي الملغى قضائيا وبشرط أن لا تكون قد رتبت حقوقا مكتسبة للمستفيد من القرار الفردي، أما إذا كان القرار الملغى قضائيا قرارا فرديا فعندها تلغى جميع القرارات الفردية المرتبطة به ارتباطا مباشرا والتي تعتبر جزء لا يتجزأ منه ولا يمكن فصلها عنه كصدور حكم قضائي بالغاء قرار فردي غير مشروع بفصل أو عزل موظف يؤدي أيضا إلى إلغاء القرار الإداري الذي تضمن تعيين آخر بدلا أو خلفا عنه وكذلك إلغاء القرار الإداري للاستيلاء يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري لتمديد الاستيلاء، وغيرها من الحالات، أما إلغاء القرارات الإدارية قضائيا والتي تدخل في أبرام العقد الإداري فإنه يشمل القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد فتلغى من دون التأثير على العقد المبرم وهذا من الناحية القانونية فقط، فمن الناحية العملية يجعل العقد بمجمله عرضة للإلغاء، أما إذا كانت القرارات الملغية قضائيا لا يمكن فصلها عن العقد وعندها يؤدي ذلك لإلغاء العقد أيضا. ص 322-323

صور اخلال الإدارة بتنفيذ الحكم القضائي بإلغاء قرارها الإداري:

من المفترض ان تنفذ الإدارة الحكم القضائي بإلغاء قرارها الإداري غير المشروع لان الحكم القضائي يحوز قوة الشيء المقضي به وهو سند تنفيذي بقوة القانون، وبخلاف ذلك تفقد دعوى الإلغاء أهميتها ولا يتحقق مبدأ المشروعية القانونية، وتتخذ الإدارة في الاخلال بتنفيذ الحكم القضائي بالإلغاء للقرار الإداري عدة صور منها (الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي صراحة أو ضمنا ولكل الحكم القضائي أو لجزء منه، أيضا بإصدار قرار جديد خارج السياقات القانونية، كذلك ان تتراخى الإدارة في تنفيذ الحكم القضائي دون مبرر للتأخير)، مثال ذلك الاخلال امتناع الإدارة عن إعادة الموظف الى وظيفته بعد الحكم له من القضاء أو اعادته الى درجة ادنى من السابق، أو اصدار الإدارة لقرار تنظيمي جديد لتصحيح قرارها الإداري الملغي بحكم قضائي لتجنب تنفيذ حكم القضاء بإلغاء قرارها الإداري. 323-324

الاحكام والاثار المترتبة عن اخلال ومخالفة الإدارة بتنفيذ الحكم القضائي بإلغاء قرارها الإداري:

تتلخص هذه الاحكام والاثار بالتالي:

1. الطعن بالإلغاء: بمعنى إقامة دعوى الإلغاء من المتضرر مجددا على قرار الإدارة الممتنعة عن تنفيذ حكم القضاء الأول بإلغاء قرارها الإداري وسواء كان الامتناع الإداري عن تنفيذ الحكم القضائي إيجابيا بالرفض صراحة أو سلبيا بعدم اصدار قرار كان من الواجب عليها اتخاذه. ص324-325
 2. التعويض: أي ان المتضرر من قرار الإدارة الصريح أو الضمني بالامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي ان يتقدم بطلب للقضاء الإداري للمطالبة بتعويض الضرر من هذا الامتناع على الأقل على أساس نظرية التبعية والمخاطر مع عدم اهمال نسبة خطأ الموظف الشخصي في التعويض على أساس القواعد العامة بتحمل المسؤولية للموظف عن الخطأ أيضا. ص325
 3. العقوبة الجزائية: ان القضاء الفرنسي والمصري اعتبر الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي هو عمل غير مشروع تتحمل الإدارة عنه مسؤوليتها المدنية، أيضا ان بعض التشريعات الجنائية في بعض الأنظمة المقارنة يعتبر امتناع الموظف عن تنفيذ الحكم القائي بإلغاء القرار الإداري جريمة يستحق عنها العقوبة مع الاخذ بنظر الاعتبار ما يترتب من عقوبات تأديبية أيضا وكما هو الحال في مصر. ص325
 4. الوسائل غير التقليدية لاجبار الإدارة على تنفيذ الحكم القضائي: ان تنفيذ الحكم القضائي بإلغاء قرارها الإداري هو واجب على الادارة وهي الأساس في فرض احترام وتطبيق هذا الحكم القضائي بالاصل على الغير، ومن غير المتصور ان تستخدم الإدارة القوة الجبرية ضد نفسها في حالة الامتناع من جانبها في تنفيذ الحكم القضائي، كما ان الوسائل القضائية والدعاوى الإدارية والجنائية التي تقام على الإدارة بهذا الجانب قد لا تحقق الآثار المطلوبة باجبار الإدارة على التنفيذ للحكم القضائي أحيانا ولعدة أسباب تتعلق بعدم وجود أساليب تنفيذ الحكم الثاني بالتنفيذ على الإدارة وكذلك عن اثبات الخطأ الشخصي للموظف الممتنع عن تنفيذ الحكم القضائي لالغاء القرار الإداري أو ما يتعلق بتنفيذ الأوامر الرئاسية والتدخلات، وغير ذلك من مبررات.
- وبالتالي تعتبر الوسائل غير التقليدية لاجبار الإدارة على تنفيذ الامر أو الحكم القضائي هو امر مهم في هذا الجانب، ومن اهم هذه الوسائل غير التقليدية هي (الحكم بغرامة تهديدية على الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة التي تدير المرفق أو الجهة في نفس حكم الإلغاء القضائي الأصلي بناء

على طلب المتضرر لكفالة تنفيذه أو فرض الغرامة التهديدية بحكم قضائي آخر إذا حصل الامتناع الإداري في التنفيذ). ص 326-328

قضاء التعويض (مفهوم دعوى التعويض والتطور في تقرير مسؤولية الحكومة عن أعمالها الإدارية):
دعوى التعويض إحدى صور دعاوى القضاء الكامل، وتتضمن التوسع في صلاحيات القاضي الإداري لتشمل إضافة لالغاء القرارات الإدارية الغير مشروعة أو تعديلها الى تعويض المتضرر عن الضرر من القرار، اذن تعرف دعوى التعويض بانها (الدعوى التي يرفعها المتضرر من القرار أو تصرفات الإدارة للمطالبة بالتضمين عن الاضرار التي اصابته منها).

وكان في السابق سيادة الدولة وعدم مسؤوليتها عن أعمالها تجاه مواطنيها على أساس ان سلطات الحكومة تختلط بسلطات الملك، وهكذا استمر الحال حتى بعد قيام الثورة الفرنسية لان تقرير مسؤولية الدولة يتعارض مع مبدأ سيادتها على اقليمها ومواطنيها أيضا، ومع زيادة تدخل الدولة في الحياة وتعاضم نشاطها ووظيفتها تطور الوضع تحقيقا للعدالة والانصاف ورفع الظلم عن الافراد الى اعتراف القضاء الفرنسي بمسؤولية الدولة عن أعمالها العادية فقط، ومن ثم تدخل المشرع الفرنسي لتقرير مسؤولية الدولة عن أعمالها الأخرى ولكن في مجال محدود، وبرغم هذا التطور وتقرير مسؤولية الدولة عن أعمالها الإدارية الا ان عدم مسؤولية الدولة عن بعض أعمالها الأخرى التشريعية والقضائية بقي قائما. ص 329-330

المسؤولية التقصيرية للإدارة العامة وموقف القضاء الإداري الفرنسي منها:

الإدارة العامة مسؤولة عن أعمالها المادية والقانونية أيضا، لكن القضاء الإداري في فرنسا اتجه نحو ضرورة تحمل الإدارة للمسؤولية التقصيرية مستقلة عن المسؤولية التقصيرية في القانون المدني ويجب إيجاد نوع من التوازن بين المصلحة العامة للإدارة والخاصة للأفراد وإن واجبات الإدارة ونشاطها العام ومصلحتها العامة تختلف بها عن الأفراد قطاعا، وهذا ما ثبت من أحكام القضاء الإداري الفرنسي في قضية (روتشيلد و بلانكو)، وبالتالي وضع القضاء الإداري الفرنسي قواعد عامة تتعلق بالإدارة في هذا الجانب لتقرير مسؤوليتها التقصيرية عن أعمالها ومن ثم تعويض الأضرار، وبالتالي فإن قواعد القانون العام الإداري هي التي تنظم عمل الإدارة وتقرير مسؤوليتها عن أعمالها في الدول التي تأخذ بالنظام القضائي المزدوج وعلى خلاف الدول التي تأخذ بالنظام القضائي الموحد حيث تنقرر مسؤولية الإدارة على أساس قواعد القانون الخاص كما للأفراد أيضا، ولكن لا يعني ذلك أيضا الاستغناء عن قواعد القانون العام الإداري، وفي الواقع فإن مسؤولية الإدارة قد تنقرر على أساس الخطأ أو بدون خطأ على أساس المخاطر أو تحمل التبعة، وهذا ما سنوضحه باختصار في الاتي. ص 331-333

أولا: مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ: تتحمل الإدارة تعويض الأضرار التي لحقت بالأفراد أو الجماعة على أساس مسؤوليتها التقصيرية على أساس الخطأ باعتبار أن الإدارة قد اخلت بالتزامها بقيامها بأعمالها والتزاماتها من دون الأضرار بالآخرين، وهذا ما يتطلب توافر ثلاثة عناصر أو أركان هي (الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر)، وسنفصل ذلك باختصار في التالي:

1. ركن الخطأ: يعرف الخطأ الإداري للمسؤولية التقصيرية بأنه (مخالفة القانون من جانب الإدارة في أعمالها المادية أو القانونية سواء بعمل إيجابي من الإدارة إلا أنه مخالف للقانون أو سلبي بعدم قيام الإدارة بعمل كان من واجبها القيام به)، وإن الخطأ يرتكب عادة من الأشخاص الموظفين العاملين في الجهة الإدارية ومن ثم قد يكون الخطأ شخصي من الموظف نفسه عند اتباع الأوامر أو خطأ مرفقي وهو من الإدارة نفسها وإن الموظف مجرد وسيلة للتنفيذ. ص 334

وقد قيلت عدة معايير فقهية وقضائية لتمييز الخطأ الشخصي للموظف عن الخطأ المرفقي للإدارة، والتي لم يأخذ بأحدها القضاء الإداري الفرنسي وإنما اعتمدها بمجموعها كاملة لتمييز الخطأ الشخصي للموظف عن الخطأ المرفقي للإدارة وهذا ما كان عليه الوضع لدى القضاء الإداري المصري، إلا أن القضاء العادي المصري خالف هذا الاتجاه السابق لأن المحاكم المختلطة والوطنية فيه تقرر مسؤولية الإدارة التقصيرية عن أعمالها على أساس قواعد القانون المدني، وكانت المعايير لتمييز الخطأ الشخصي للموظف عن الخطأ المرفقي الإداري كالتالي: ص 335-336

أ. معيار جسامة الخطأ: فالخطأ الشخصي يتمثل بالجسيم وهو الذي يأتيه الموظف عند تقديره للوقائع أو تفسير القانون مثل خطأ الطبيب الذي أدى لوفاة المريض أو خطأ من يقوم بحماية شخص مهدد وكانت النتيجة اغتياله. ص 334-335

ب. معيار النزوات والاهواء الشخصية: وهو أقدم المعايير والذي يكون بموجبه الخطأ شخصي طالما كان ناتج عن تصرفات الإنسان الشخصية وعن نزوات واهواء وعدم تبصر، أما الخطأ المرفقي فهو الذي لا يكون صادر من الإدارة على أساس شخصي وصادر عن الموظف الذي هو بالأصل عرضه للخطأ والصواب. ص 335

ت. معيار انفصال الخطأ عن الوظيفة أو عن العمل الإداري: يكون هنا الخطأ مرفقي إداري إذا لم يكن بالإمكان فصله عن الوظيفة، ويكون شخصي إذا كان بالإمكان فصله عن الوظيفة أو عن العمل إن كان مادي أو معنوي. ص 335

ث. معيار الغاية: أي إن يكون الخطأ شخصي إذا كان العمل بقصد تحقيق غايات ومصالح خاصة منفصلة عن الوظيفة، ويكون الخطأ مرفق إداري إذا كانت غاياته وأهدافه تدخل في إطار المصلحة العامة للإدارة. ص 335

2. ركن الضرر: لا خطأ على الإدارة بدون تحقق ضرر من أعمالها، وللضرر شروط للأخذ به ومن ثم تقرير المسؤولية التقصيرية للإدارة العامة، وتتخلص الشروط للضرر بالتالي:

أ. إن يكون الضرر محققاً أي مؤكداً وواقع فعلاً وغير محتمل أو مفترض لتقدير التعويض.
ب. إن يكون الضرر خاص بفرد أو مجموعة أفراد محددين بالذات وليس عام وغير محدد لأنه سيكون عندها أعباء عامة وعلى جميع الأفراد تحمل ذلك الضرر العام.

ت. إن يتصل الضرر بحق مشروع ووقع عليه واثراً فيه مادياً أو معنوياً لأغراض التعويض.
ث. إن يكون الضرر قابل للتقييم نقداً، وإن الضرر المادي ممكن تقييمه بشكل أسهل (هو ما يصيب الشخص بأمواله) مقارنة بالضرر المعنوي (هو ما يصيب الشخص بذاته مادياً بجسمه أو معنوياً بسمعته وكرامته وغيرها) والذي أخذ واتجه فيما بعد القضاء الإداري الفرنسي بالتعويض عنه اقتداء بالقضاء العادي، مع ملاحظة إمكانية حصول الضرر المادي والمعنوي في ذات الوقت مع مراعات ما يحصل منه أولاً ثم الثاني. ص 336-337

3. العلاقة السببية بين الخطأ والضرر: بمعنى إن يكون هنالك ضرر متحقق نتيجة الخطأ الذي كان مصدر له بالأساس، فلا مسؤولية على الإدارة إذا كان الضرر الذي أصاب الفرد نتيجة لسبب اجنبي كالقوة القاهرة أو بخطاء غير الإدارة أو خطأ المضرور نفسه وبعيد عن خطأ الإدارة ولا علاقة له به وبذلك لا تسأل الإدارة عن التعويض، ولكن إذا كان خطأ الإدارة قد اسهم ولو بجزء بسيط مع أخطاء أخرى في الحاق الضرر فعندها تسأل الإدارة عن تعويض بمقدار ونسبة مساهمة خطأها بالضرر المتحقق. ص 338

مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ في التشريع العراقي المدني والإداري:
في التشريع العراقي المدني، نظم المشرع العراقي مسؤولية الإدارة عن الخطأ في أعمالها بعنوان (المسؤولية عن فعل الغير) بمقتضى المادة 219 في القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، فقد عرف القانون المدني الخطأ الشخصي والمسؤولية عنه على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه باعتباره ما يملكه المتبوع من سلطة رقابة وإشراف وتوجيه وإصدار الأوامر على التابع له، ومن ثم فإن المتضرر له حق المطالبة بالتعويض عن الضرر بطريقتين يختار أحدهما بشكل مستقل وهما إما عن الخطأ الشخصي للموظف لأنه لم يتخذ الحيطة والحذر في عمله أو لعدم بذله عناية الرجل المعتاد أو على أساس الخطأ المرفقي أو ما يسمى بالمصلحي للإدارة على أساس أنها قصرت في الرقابة والإشراف على المرؤوسين العاملين لديها، أو بالدفع بكلاهما معاً في ذات الوقت على حد سواء.

أما في إطار القضاء الإداري العراقي والتشريع العراقي الإداري، بموجب قانون التعديل الثاني رقم 106 لسنة 1989 وكذلك قانون التعديل الخامس رقم 17 لسنة 2013 لقانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 تقرر منح محكمة القضاء الإداري صلاحية نظر مشروعيات القرارات الإدارية والبت في طلب المتضرر

بالتعويض إذا كان له مبرر ومن دون التمييز بين الخطأ المرفقي أو الشخصي. ص 338-339

ثانياً: مسؤولية الإدارة بدون خطأ على أساس المخاطر أو تحمل التبعة: الخطأ الإداري هو أساس الضرر ثم التعويض وهذا هو المبدأ العام، إلا أن مسؤولية الإدارة يمكن أن تتقرر أيضاً بدون خطأ منها وإنما على أساس المخاطر وتحمل التبعة بشرط توفر ركنين يتمثل الأول منها بالضرر الذي أصاب الغير من تصرف الإدارة حتى وإن كان مشروع والركن الثاني هو العلاقة السببية بين تصرف الإدارة المشروع بدون خطأ والضرر الحاصل من تصرفها هذا، وتنتمي مسؤولية الإدارة هنا إذا تم اثبات انتفاء العلاقة السببية بين تصرفها وبين الضرر المتحقق كأن يكون الضرر لسبب اجنبي مثل القوة القاهرة وغير ذلك. ص 340

ظهور فكرة مسؤولية الإدارة من دون خطأ: بداية في فرنسا وبعد الثورة الصناعية في أوروبا وظهور المعامل والمصانع الكبرى والآلات والمعدات وما ذهب من جراء ذلك كثير من العمال ضحية المسؤولية التقصيرية التقليدية القائمة عن الخطأ لصعوبة تقرير وإثبات ذلك بتحمل أصحاب العمل عن الخطأ، وهذا ما دفع القضاء الإداري الفرنسي إلى تقرير مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر المهنية عام 1895، وساعد في دعم هذا التوجه السابق أيضاً ظهور تيارات فكرية وقانونية مثل (تيار الموضوعية المادية وتيار المدرسة الوضعية وتيار المدرسة التاريخية) والتي اتجهت نحو تقرير المسؤولية الإدارية والتعويض عن الضرر وإن كان بدون خطأ وكذلك بالحكم على الجاني مهما كانت صفته وغيرها من آراء واتجاهات، وبالتالي فالمسؤولية لا يجوز أن تبقى على أساس الخطأ فقط في وقت التطور وانتشار الصناعة وغيرها، فالإدارة تقوم بنشاط عام لصالح الجماعة وبالتالي فإن أي ضرر يصيب أحدهم أو البعض منهم ستتحملة الإدارة أيضاً باعتبارها ممثل عن الجماعة بالأساس، وفي مصر كان القضاء الإداري متباين بالاعتراف بمسؤولية الإدارة بدون خطأ أو على العكس من ذلك.

ومن شروط اعمام والعمل بهذا الاتجاه نحو التعويض عن الضرر نتيجة تحمل المخاطر أو التبعة بشروط هي أن يكون الضرر قد أصاب فرد أو مجموعة من الأفراد المعينين بذواتهم وإن يكون الضرر غير عادي لا يمكن الرجعة للخطأ المرفقي الإداري، ومثال ذلك مسؤولية الإدارة عن حالات الفصل غير المشروعة وعن إصابات العمل وعن اضرار الاشغال العامة وعن الاضرار لأعمال وانشطة الدولة الخطرة بالاصل وعن الاضرار المترتبة عن امتناع الإدارة عن تنفيذ الاحكام القضائية. ص 340-342

مسؤولية الإدارة بدون خطأ في التشريع العراقي المدني والإداري: في القانون المدني العراقي لا وجود للاعتراف صراحة بتقرير المسؤولية بدون خطأ، ولكن ضمناً يلاحظ أن المادة 231 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 تقرر فيها وجود المخاطر في حراسة الأشياء أو احتمال وجودها مستقبلاً مما يستلزم تنظيم قواعد المسؤولية عنها في احكام خاصة، وهذا ما تأيد بقرارات القضاء العراقي أيضاً بالتعويض عن الاضرار التي اصابته الأفراد عن اعمال الإدارة المشروعة من دون خطأ على أساس فكرة المخاطر أو تحمل التبعة، مثلاً هلاك المزروعات وتلفها نتيجة الفرق لكسر الإدارة لنهر قريب منها تفادياً للفيضان اضطراراً وكذلك وفاة الفرد لصعقة كهربائية من سلك الكهرباء الرابط للعمود الكهربائي بالأرض للتثبيت، وبالتالي تكون الإدارة مسؤولة عن التعويض عن الاضرار من دون خطأ برغم أن تصرفاتها مشروعة.

أما عن القضاء الإداري العراقي وبموجب قانون التعديل الثاني رقم 106 لسنة 1989 وقانون التعديل الخامس رقم 17 لسنة 2013 لقانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 لا يمكن البحث صراحة أو ضمناً عن إمكانية تقرير مسؤولية الإدارة من دون خطأ، حيث أن القضاء الإداري يبحث في مدى مشروعية

القرارات الإدارية ومن ثم تقرير التعويض أيضا عن القرارات غير المشروعة اذا كان له مقتضى وبناء على
طلب المدعي المتضرر من القرار. ص 342-344

جزاء المسؤولية التقصيرية للإدارة العامة:

عند ثبوت مسؤولية الإدارة بخطأ أو بدون خطأ فيكون الجزاء على تصرفها هو التعويض لإصلاح وجبر الضرر المتحقق، وفي كل الأحوال فإن التعويض لا فائدة منه إذا امتنعت الإدارة عن التعويض أو ماطلت وتعمدت في دفع التعويض، وسنفصل ذلك باختصار ما سبق في التالي: ص 345

التعويض: للتعويض عن مسؤولية الإدارة بخطأ أو بدون خطأ أحكام يجب مراعاتها، ونلخص أحكام التعويض بالآتي:

1. التعويض عن الضرر الناتج عن ثبوت تقصير الإدارة يكون نقدي على أساس جسامته الضرر وإن يغطي الربح الفائت للمتضرر وما لحقه من خسارة أيضا ولا يكون التعويض عيني مثلا (قيام الإدارة بعمل أو الامتناع عن عمل)، لأن القاضي لا يستطيع في النظام القضائي المزدوج أن يأمر أو ينهي الإدارة للقيام بعمل أو بالامتناع عنه كما هو الحال في النظام القضائي الموحد، باستثناء حالة أعمال التعدي في فرنسا حيث إن القضاء العادي له صلاحية أمر الإدارة بالتعويض العيني للقيام بعمل مثل الهدم والرد أو بالامتناع عن العمل مثل كعدم التعرض.

2. العبرة في التعويض من تاريخ ووقت صدور الحكم به لتجنب الاضرار بالمتضرر المحكوم له بالتعويض إذا طالت المدة خلال نظر الدعوى ولحين صدور الحكم بالتعويض، أما الموظف المفصول بدون سبب مشروع والذي حكم بإعادته لوظيفته فيمنح تعويض عن الفترة التي فصل فيها تعويضا عن الضرر والمصاريف التي تكبدها خلال مدة الفصل ولجميع الجوانب التي تضرر منها والآثار نتيجة هذا الفصل غير المشروع لأن الراتب لا يعطى إلا بمقابل العمل الفعلي، وهذا ما قضى به القضاء في فرنسا ومصر أيضا، وفي العراق لم يتجه القضاء إلى نفس الاتجاهات السابقة باعتماد نظرية العمل الفعلي لاستحقاق الراتب ومن ثم التعويض فقط عن الفصل غير المشروع وإنما تقرر منح الموظف استحقاقاته وجميع الرواتب خلال مدة فصله إذا تقرر عدم مشروعية القرار. ص 345-348

حكم وجزاء مخالفة الإدارة لالتزامها بتنفيذ حكم التعويض والعقبات أو الموانع:

الإدارة قد تتخذ طرق متعددة للتملص من تنفيذ الحكم القضائي بالتعويض عن أعمالها غير المشروعة أو مسؤوليتها التقصيرية وسواء بتصرفات صريحة أو ضمنية وبحكم أن لها السلطة والصلاحية والسيطرة في هذا الجانب، ومن هذه الطرق عدم تنفيذ الحكم أو المماطلة والتأخير أو التعطيل في التنفيذ وإصدار قرارات وأنظمة جديدة وغيرها، ومن ثم فإن المتضرر من عدم تنفيذ الإدارة لحكم القضاء بالتعويض له حق إقامة دعوى أمام القضاء ضد المسؤول عن عدم تنفيذ حكم القضاء بالتعويض ولا تكون الدعوى على أصل الحق بالتعويض لأنه ثابت بالأصل في الحكم القضائي الأول الذي تقرر فيه التعويض مسبقا، إلا أن مسألة تنفيذ الأحكام القضائية ضد الدولة قد تحيطها عقبات وموانع، ومن أهمها هي:

1. عدم جواز الحجز على أموال الدولة لأنها مخصصة للمنفعة العامة وهو ما يؤثر قطعاً على حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد وما ينتج عن ذلك من زعزعة الثقة بأموال الدولة ومركزها المالي.
2. خضوع ديون الدولة في التسوية لها إلى قواعد المحاسبة الحكومية لأوامر الصرف ووجود الاعتمادات المالية أو عدم ذلك مما يعقد في إجراءات استيفاء الدين للدائن والاضرار بمصالحه وحقوقه. ص 348-350

وسائل إجبار الإدارة على تنفيذ حكم القضاء بالتعويض في ألمانيا وفرنسا:

تتباين الاحكام في الدول عن وسائل اجبار الدولة بدفع التعويض الى الدائن المتضرر، في المانيا يحق للدائن استخدام وسائل التنفيذ الجبري لتنفيذ الحكم القضائي بالتعويض سواء تجاه الحكومة الاتحادية أو السلطات المحلية، وفي فرنسا فان الدائن للدولة من حيث المبدأ له حق استيفاء دينه بالحجز على أموال الدولة من الدومين الخاص اما عن اموالها من الدومين العام فلا يجوز له ذلك الا بعد إتمام كثير من الإجراءات الخاصة التي يقوم بها الموظف المختص وما يتصل بأوامر الدفع وبحسب حالة الأموال العامة وما يتعلق بالاعتمادات المالية للخزانة العامة وما يدخل ذلك في اختصاصات السلطة التنفيذية بالأمر بالدفع أو عدمه ولا رقابة للقضاء في هذا المجال وخصوصا في حالة الامتناع عن إعطاء الامر بالدفع لان الموضوع يتعلق بالاموال العامة التي تقع بالأساس تحت عهدة السلطة التنفيذية وهي التي تقدر الأوضاع بهذا الصدد، وبعدها تطور القضاء الإداري في فرنسا متأثرا بالقضاء الألماني فسمح للمحاكم الإدارية بصلاحيات توجيه أوامر للإدارة وكذلك بفرض الغرامات التهديدية على الإدارة من خلال اقتران الحكم القضائي القاضي بالتعويض بغرامة تهديدية في حالة الامتناع وبناء على طلب المتضرر الدائن أو بدون طلبه ابتداء اذا تعذر ذلك بحيث يستطيع الدائن فيما بعد ان يقدم عريضة جديدة مستقلة اذا كانت له أسباب قانونية معقولة لضمان تنفيذ الدفع للتعويض، وما تبع ذلك أيضا من تنظيم للقضاء الإداري المستعجل لحماية الحقوق والحريات الأساسية وخصوصا في حالة وقوع اعتداء جسيم على أي شخص من السلطات العامة وما يستتبع ذلك من احكام. ص 350-353

وسائل اجبار الإدارة على تنفيذ حكم القضاء بالتعويض في التشريع المدني والجنائي العراقي:

ان القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1959 لا يجيز الحجز على أموال الإدارة العامة اذا امتنعت عن أداء ودفع التعويض للدائن المتضرر لان أموالها تعتبر عامة وهذا ما استقر عليه القضاء العراقي أيضا، لكن وبموجب قانون البنك المركزي العراقي رقم 56 لسنة 2004 فنلاحظ جواز الحجز على أموال المصارف لدين ناجم عن خطأ في تصرفها أو عملها لحق الخرين بضرر وبشرط وجود حكم قضائي من أي محكمة مختصة أو محكمة الخدمات المالية، وبذلك يجب التمييز بين أموال الدولة العامة العادية والتي لا يجوز الحجز عليها وبين أموال الدولة العامة التجارية التي يجوز الحجز عليها لدين محدد وبحكم قضائي.

اما في اطار احكام القانون الجنائي العراقي ونخص بذلك قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل الذي تضمن في المادة 329 منه حكم خاص بالحبس وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين للموظف أو المكلف بالخدمة العامة اذا استغل سلطته في وقف أو تعطيل تنفيذ الأوامر الصادرة عن الحكومة أو للأحكام القضائية الصادرة من المحاكم، ويعاقب نفس الأشخاص السابقين بنفس العقوبة السابقة اذا امتنع عن تنفيذ أوامر السلطة العامة أو أي حكم قضائي بعد انذاره رسميا بالتنفيذ وبعد مضي 8 أيام اذا كان التنفيذ يدخل في اختصاصه. ص 353-354

قضاء التأديب:

الإدارة تسأل عن التعويض نتيجة لخطأ أو بدون خطأ، وهذه الأخطاء عادة تصدر من الأشخاص العاملين لديها كموظفين اثناء ممارسة النشاط الإداري، لكن هذه الأخطاء من الموظفين في الغالب تضر بالإدارة العامة والوظيفة لأنها تتحقق من اخلال الموظف بواجبات وظيفته الإدارية ومن ثم تكون العقوبة التأديبية هي الجزاء المترتب على اخلال الموظف بواجباته الوظيفية وهي الرادع الحقيقي لتجنب الأخطاء الوظيفية وإعادة التوازن للنظام الوظيفي الذي اضطرب لوجود هذه الأخطاء، مع مراعاة تحقيق العدالة في فرض الجزاء وكفاءة الإدارة العامة في هذا الجانب، فالموظف المخطئ يجب ان يحاسب تأديبيا مع ضرورة ان يكون العقاب في الحدود

التي تضمن الحفاظ على مصلحة الإدارة في ذات الوقت لضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، وللقضاء هنا دور فعال في بسط رقابته على العقوبات التأديبية المفروضة من الإدارة على الموظف وفقا لصلاحياتها. ص355

اركان الجريمة التأديبية:

للجريمة التأديبية كما للجريمة الجنائية ركنان هما الركن المادي والركن المعنوي، ونختصر توضيحهما بالتالي:
أولاً: الركن المادي: هو المظهر الخارجي للجريمة التأديبية، وهو سلوك إيجابي أو سلبي يأتيه الموظف فيمثل
إخلال بواجبات وظيفته، والسلوك الإيجابي هو قيام الموظف بعمل محظور عليه إما السلبي فهو الامتناع عن
أداء الواجب الذي يفرضه القانون، وعن الاعمال التحضيرية للجريمة التأديبية عموماً كالإعداد للجريمة أو
التجهيز والتحضير لوسائل ارتكابها فلا عقاب عن ذلك من الناحية القانونية الا اذا اعتبر ذلك جريمة بنظر
القانون بحيث يشكل جريمة مستقلة بحد ذاتها، كما ان الشروع في ارتكاب الجريمة التأديبية هو معاقب عنه
قانوناً كما هو الحال للشروع في الجريمة الجنائية وحتى مفهومها، أخيراً يجب ان يمثل الركن المادي للجريمة
التأديبية بسلوك محدد ثبت ارتكابه فعلاً لا مجرد أوصاف عامة. ص 359-360

ثانياً: الركن المعنوي: يتوفر هذا الركن للجريمة العمدية ويتمثل بالقصد الجرمي أو الإرادة الاثمة في نفس
الموظف مقترف الفعل والدافعة لارتكابه السلوك المادي للجريمة التأديبية بسلوك إيجابي أو سلبي لتحقيق
النتيجة الجرمية المقصودة أو غيرها، أو هو توجيه الفاعل لارادته لارتكاب السلوك المكون للجريمة لتحقيق
الجريمة المترتبة على الفعل أو أي نتيجة جرمية أخرى، اما الركن المعنوي للجريمة غير العمدية فهو توفر
إرادة الفاعل لارتكاب النشاط الجرمي من دون قصد النتيجة لخطأ من الفاعل ناتج عن الرعونة أو الإهمال أو
عدم الاحتياط أو عدم الانتباه أو عدم مراعاة للقوانين والأنظمة والأوامر، ومن الفقهاء من ينكر الركن المعنوي
في الجريمة التأديبية على أساس ان الإرادة الاثمة هي لا تخرج عن ارتكاب الفعل المخالف دون عذر مشروع،
والمهم هنا ان المعيار الأساسي لقياس سلوك الموظف والخطأ التأديبي لا يمكن اعتباره معيار شخصي أو
ذاتي وإنما موضوعي والذي يعتمد على قياس سلوك الموظف المخطئ على سلوك غيره من الموظفين
بالمقارنة وبنفس الدرجة والفئة عموماً والزمان والمكان وغيرها، فاذا خرج عن هذا المألوف فيعتبر سلوك
الموظف المعني خاطئ، وهذا هو ما مستقر عليه فقهاء وقضاء. ص 360-361

التعريف بالموظف العام وعناصره بشكل عام وموقف التشريعات العراقية الادارية منه:

لا يوجد تعريف محدد عام وشامل للموظف العام في معظم التشريعات الوظيفية، وكان الفقه القانوني يسعى
لاستخلاص مفهوم للموظف العام في القانون الإداري، الا ان الفقه القانوني القديم يتجه للتوسع في هذا
المفهوم على خلاف الفقه القانوني الحديث الذي يميل الى التضييق من نطاق هذا المفهوم، وعلى العموم
وبرغم الاختلاف الفقهي الا انهم متفقين على تحديد العناصر اللازمة في صفة الشخص الذي يعتبر موظف
عام، وهذه العناصر هي: (1. اشغال الشخص العامل لوظيفة بصفة دائمة، 2. الدخول في التدرج الإداري
بالتثبيت، 3. الاسهام في خدمة مرفق عام معين).

وفي العراق فقد عرفت التشريعات الإدارية الموظف العام مثلاً في المادة 2 من قانون الخدمة المدنية رقم 24
لسنة 1960 المعدل تضمنت ان الموظف العام هو كل شخص تعهد اليه وظيفة دائمة داخله في ملاك خاص
بالوظيفة، وفي المادة 1 من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 المعدل فان
الموظف العام هو كل شخص عهدت اليه وظيفة داخل الوزارة أو في الجهة الإدارية غير المرتبطة بوزارة.

ص 361-363

شروط تحقق صفة الموظف العام:

إن تحقق صفة الموظف العام يتطلب توافر عدة شروط، وسنختصر هذه الشروط بالتالي:

1. ان يعهد الى الشخص وظيفة دائمة: ويقصد بذلك ان الوظيفة تتصف بالدوام والاستمرار والانتظام كجزء من التنظيم الإداري للمرفق العام، فلا تكون وظيفة عارضة أو مؤقتة مع استبعاد العاملين لبعض الوقت وموظفي العقود من فكرة الدوام ومفهوم الموظف العام، لان فكرة الديمومة والاستمرار لا يعني العمل الوظيفي لكل الوقت. ص 363

2. ان تدخل الوظيفة في الملاك الخاص بالموظفين: ويعني ذلك ان تكون الوظيفة ضمن تصنيف الملاك نفسه والخاص بالموظفين فيكون الموظف عندها حائزا للوظيفة دون غيره بالتثبيت عليها كإجراء قانوني مستقل عن التعيين نفسه فتأتي الحيازة بعد التعيين بتوافر الشروط القانونية، فالملاك الوظيفي هو مجموع الوظائف والدرجات المعينة والمصادق عليها بموجب قانون الميزانية العامة أو الوزير المختص. ص 363-364

3. ان تكون الوظيفة داخلية في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو احد اشخاص القانون العام: بمعنى ان تكون الوظيفة داخلية في خدمة مرفق عام والذي يراد به كل نشاط تديره الإدارة العامة بنفسها مباشرة أو احد اشخاص القانون العام لإشباع الحاجات العامة لأفراد المجتمع، وهذا التعريف هو الراجح وهو عام وجامع للعنصرين العضوي والموضوعي، اما المرفق العام المخصص لإشباع حاجات عامة ولكنه يدار من اشخاص القانون بطرق الالتزام للمرفق العام فلا يعتبر موظفيهم عموميين. ص 364-365

4. ان يقوى الشخص مهام الوظيفة بطريق مشروع قانونا: أي ان من يعمل بصفة موظف عام يجب ان يتم تعيينه بشكل صحيح ومشروع قانونا وذلك بصدر قرار اداري بالإرادة المنفردة بالتعيين من السلطة العامة المختصة بالتعيين، فالموظف الفعلي ومن اغتصب الوظيفة في اشغالها ومن شغل الوظيفة بعقد مؤقت أو مكلف أو مجند لا يعتبر موظف عام والذي يكون مركزه القانوني على أساس تنظيمي لانحي ولم يتم على أساس الاختيار في خدمة وإدارة الشؤون العامة. ص 365

واجبات الموظف العام أو الوظيفة العامة:

كمفهوم عام، من المستحيل تحديد الجرائم التأديبية التي تمثل مخالفات الموظف العام لكثرتها وتنوعها وهي لم ترد على سبيل الحصر بل التمثيل على خلاف ما هو ثابت في الجرائم الجنائية في اطار القانون الجنائي، ويحدد المشرع عادة واجبات الموظف العام وقد يترك للإدارة أيضا تحديد ما يعتبر من المخالفات والجزاء المترتبة عليها بموجب لوائح تنظيمية، وقد حدد قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 في المادة 4 منه جملة من الواجبات الوظيفية المتنوعة بحسب طبيعة العمل والوظيفة والاداء وغيرها، وتتلخص هذه الواجبات الموظف العام بالتالي:

1. أداء اعمال وواجبات الوظيفة بنفسه وبأمانة ووفقا لما تقرره القوانين والأنظمة والتعليمات.
2. الالتزام بمواعيد العمل وعدم التغيب الا بأذن وتخصيص وقت الدوام للعمل.
3. احترام الرؤساء ومخاطبتهم بأدب ولياقة وإطاعة أوامره لإداء الواجبات الوظيفية وفقا للقانون والأنظمة والتعليمات واذا كانت هنالك مخالفة فعلى الموظف اشعار رئيسه الإداري بذلك كتابة ولا يلتزم بتلك الأوامر الا اذا اكدها الرئيس الإداري عندها يكون الرئيس هو المسؤول عنها.
4. مخاطبة الرؤوسين بالحسن وبما يحفظ كرامتهم.
5. احترام المواطنين وتسهيل انجاز معاملاتهم.

6. المحافظة على أموال الدولة وما يكون تحت تصرفه واستعمالها بصورة رشيدة.
7. كتمان المعلومات ولا يفشي الأسرار الا اذا تطلب الواجب ذلك بحكم القانون ويبقى هذا الواجب قائما حتى بعد انتهاء الخدمة، والمحافظة على الوثائق الرسمية التي بحوزته ولا يجوز له الاحتفاظ بها بعد انتهاء رابطة الوظيفة.
8. المحافظة على كرامة الوظيفة والابتعاد عن أي عمل أو تصرف يمس احترام الوظيفة سواء خلال الدوام الرسمي أو خارجه.
9. الامتناع عن استغلال الوظيفة لتحقيق منافع شخصية له أو لغيره.
10. إعادة ما بحوزته من الات ومعدات الى مكانها المخصص بعد الانتهاء من استخدامها الا اذا تطلبت طبيعة العمل ذلك.
11. مراعاة القوانين والأنظمة والتعليمات فيما يتعلق بالصحة العامة والوقاية من المخاطر بأنواعها.
12. الابتعاد عن إتيان التصرفات أو الاعمال المحظورة قانونا بمقتضى المادة 5 من نفس قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 وما تقضي به الأنظمة والتعليمات. ص366-

العقوبات التأديبية:

تعرف العقوبات التأديبية أو الانضباطية بأنها الجزاء المترتب عن الاخلال بالواجبات الوظيفية والتي يحدد المشرع أنواعها على سبيل الحصر وكذلك اثارها القانونية وإجراءات فرضها وما يتعلق بالطعن بها، وهي تتدرج بحسب شدة اثارها القانونية من الاخف الى الأعلى والأشد منها وبحسب جسامته المخالفة الإدارية للموظف. ص 368-369

أنواع العقوبات التأديبية أو الانضباطية واثارها القانونية:

العقوبات الانضباطية محددة على سبيل الحصر قانوناً، ولا تفرض العقوبة الانضباطية الا اذا نص القانون عليها وفقاً لتطبيق مبدأ المشروعية القانونية، وللإدارة صلاحية اختيار العقوبة التأديبية المناسبة بحسب فعل الموظف المخالف، ولا يجوز للإدارة فرض عقوبة مقننة مثل فصل الموظف أو نقله كعقوبة له ضمناً، ولا يجوز فرض أكثر من عقوبة على نفس الفعل المخالف وإنما تطبق عليه العقوبة الأشد اذا تعددت العقوبات الانضباطية ويدخل من ذلك ما يخص تأخير الترفيع والزيادة، وإن تأخير الترفيع أو الزيادة كأثر مترتب على العقوبة الانضباطية يكون من تاريخ استحقاقها، كما ان القوانين الجنائية العراقية ومن بينها قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل يقرر عقوبات تبعية أو تكميلية إضافة للعقوبات الاصلية المقررة عن جرائم الوظيفة العامة ومنها الحرمان من الوظائف والخدمات التي كان يتولاها أو يتمتع بها قبل فرض العقوبة عليه وغير ذلك من أوضاع قانونية.

وقد حدد المشرع العراقي في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 في المادة 8 منه أنواع العقوبات الانضباطية التي تفرض على الموظف العام واثارها القانونية والتي تتدرج من الأدنى أو الاخف الى اعلاها أو اشدها اثراً، وهي كالتالي:

1. لفت النظر: وهي اشعار الموظف تحريراً بالمخالفة المرتكبة منه وتوجيهه الى تحسين سلوكه الوظيفي، ويترتب عليها تأخير الترفيع أو الزيادة مدة 3 اشهر.
 2. الإنذار: هي اشعار الموظف بالمخالفة المرتكبة تحريراً وتحذيره من الاخلال بواجباته الوظيفية مستقبلاً، ويترتب عليها تأخير الترفيع والزيادة مدة 6 أشهر.
 3. قطع الراتب: هي حسم القسط اليومي لراتب الموظف لمدة لا تتجاوز 10 أيام واشعاره بذلك تحريراً مع تحديد المخالفة التي استوجبت فرض العقوبة، ويترتب عليها تأخير الترفيع أو الزيادة لمدة 5 اشهر اذا كانت العقوبة لمدة لا تتجاوز 5 أيام وكذلك الى مدة شهر واحد عن كل يوم اذا تجاوزت مدة القطع أكثر من 5 أيام.
 4. التوبيخ: هي اشعار الموظف بالمخالفة المرتكبة منه تحريراً وتحذيره بتجنب المخالفات وتحسين سلوكه الوظيفي، ويترتب عليها تأخير الترفيع أو الزيادة مدة سنة واحدة.
 5. انقاص الراتب: هي اشعار الموظف بالمخالفة المرتكبة منه تحريراً وتحذيره بتجنب المخالفات وتحسين سلوكه الوظيفي، ويترتب عليها قطع مبلغ نقدي من راتب الموظف بنسبة لا تتجاوز 10% ولمدة لا تقل عن 6 اشهر ولا تزيد على سنتين مع تأخير الترفيع أو الزيادة لمدة سنتين.
 6. تنزيل الدرجة: هي اشعار الموظف تحريراً بالمخالفة المرتكبة منه وتحذيره من الاخلال بواجباته مجدداً وتحسين سلوكه، ويترتب عليها الاثار التالية:
- أ. الموظف الخاضع لقوانين وأنظمة وتعليمات خدمة للدرجات المالية والترفيع فينزل راتبه للدرجة الأدنى

لدرجته مباشرة مع منحه العلاوات لدرجته المنزل منها بقياس العلاوة للدرجة المنزل اليها، وبعد 3 سنوات من تاريخ فرض العقوبة وانقضاءها يعاد لاستلام راتبه الذي كان يتقاضاه قبل تنزيل درجته مع تدوير المدة المقضية في راتبه الأخير قبل فرض العقوبة.

ب. الموظف الخاضع لقوانين وأنظمة وتعليمات خدمة تأخذ بنظام الزيادة كل سنتين فتخفض زيادتين من راتب الموظف، وبعد 3 سنوات من تاريخ فرض العقوبة وانقضاءها يعاد لاستلام راتبه قبل تنزيل درجته مع تدوير المدة المقضية في راتبه الأخير قبل فرض العقوبة.

ت. الموظف الخاضع لقوانين وأنظمة وتعليمات خدمة تأخذ بنظام الزيادة السنوية فتخفض ثلاث زيادات سنوية من راتبه مع تدوير المدة المقضية في راتبه الأخير قبل فرض العقوبة.

7. الفصل: هي تحية الموظف عن الوظيفة لمدة يحددها قرار الفصل الذي يكون مسبب، ويكون الفصل في الحالات التالية:

أ. مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على 3 سنوات اذا عوقب الموظف باثنتين من العقوبات التالية أو بإحداها مرتين ثم ارتكب احدها فعلا يستوجب معاقبته بإحداها خلال خمس سنوات من تاريخ فرض العقوبة الأولى، وهذه العقوبات هي (التوبيخ، انقاص الراتب، تنزيل الدرجة).

ب. مدة بقاءه في السجن من تاريخ صدور الحكم عليه عن حكم بالسجن أو الحبس لجريمة غير مخلة بالشرف ويدخل بضمن المدة أيضا مدة الموقوفة، مع عدم استرداد انصاف الرواتب المدفوعة له خلال مدة سحب اليد.

8. العزل: هي تحية الموظف نهائيا عن الوظيفة بقرار مسبب من الوزير المختص ولا يجوز إعادة توظيفه مجددا في دوائر الدولة والقطاع العام، ويكون العزل في الحالات التالية:

أ. اذا ارتكب فعل خطير يجعل من بقاءه في الوظيفة مضر بالمصلحة العامة.

ب. اذا حكم عليه بجناية ناشئة عن وظيفته أو ارتكبها بصفته الرسمية.

ت. اذا عوقب بالفصل ثم اعيد للوظيفة فارتكب فعل اخر يستحق عنها عقوبة الفصل مرة أخرى.

إجراءات فرض العقوبة التأديبية أو الانضباطية:

كمفهوم عام هي المراحل التي تمر بها العملية التأديبية للموظف العام من بداية التحقيق ولحين تحديد العقوبة الانضباطية وهي إجراءات مختلفة بحسب السلطة أو الجهة التي خولها القانون بالقيام بهذه الإجراءات، وهذه الإجراءات توفر ضمانات قانونية لحماية الموظف المتهم بالمخالفة وهي من خلق القضاء، ولا يجوز المبالغة في الإجراءات لأنها ستؤدي إلى الأضرار بمصالح وحقوق الموظف لأن طول الإجراءات لا يؤدي لاستقرار أوضاع الموظف، كما لا يجوز التأخر في انزال العقوبة الانضباطية لأنها لن تحقق الهدف منها بحاسبة الموظف المقصر ولا ردع غيره، وفي أغلب الأنظمة القضائية جعلت الاختصاص بنظر دعاوى النزاعات الإدارية العقابية والطعون المتعلقة بها من اختصاص القضاء الإداري لتحقيق أكبر قدر ممكن من الضمانات في فرض العقاب التأديبي ونخص بذلك الدول التي تتبع النظام القضائي المزدوج، فالقضاء الإداري يتمتع بالحيدة والنزاهة لحماية الحقوق والحريات، وفي العراق فقد جعل المشرع الاختصاص للشروع بالإجراءات التأديبية ابتداء من التحقيق وحتى انزال العقوبة من صلاحيات واختصاص الجهات الإدارية الرئيسية. ص 374-375

السلطات أو الجهات الرئيسية المختصة بفرض العقوبة والشروع بالإجراءات التأديبية في العراق:

1. رئيس الجمهورية: بموجب المادة 14 من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 المعدل فإن لرئيس الجمهورية أو من يخوله صلاحية فرض أي من العقوبات الانضباطية

المحددة في هذا القانون على أي موظف من الموظفين التابعين له. ص 375

2. رئيس مجلس الوزراء: بموجب المادة 14 من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 المعدل فإن لرئيس مجلس الوزراء فرض أي من العقوبات الأربع التالية على الموظفين التابعين له، وهي (انقاص الراتب، تنزيل الدرجة، الفصل، العزل). ص 375

3. الوزير المختص، رئيس الدائرة غير المرتبطة بوزارة: بموجب المادة 22 من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 المعدل فإن للوزير المختص صلاحية فرض أي العقوبات الثلاث التالية على المدير العام التابع لوزارته، وهي (لفت النظر، الإنذار، قطع الراتب)، وإذا كان المدير العام يستحق عقوبة أشد فإن للوزير رفع الموضوع إلى مجلس الوزراء مع التوصية بالعقوبة الأشد التي يراها الوزير مناسبة، أما الموظفين العاديين من غير المدراء العامين فإن للوزير بموجب المادة 11 من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 المعدل فرض أي من العقوبات عليهم والمنصوص عليها ضمن هذا القانون، ونفس الصلاحيات السابقة للوزير المختص تعطى وتخول لرئيس الدائرة غير المرتبطة بوزارة بموجب المادة 14 من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 المعدل لمعاقبة المدير العام أو للموظفين العاديين. ص 375-376

4. رئيس الدائرة المرتبطة بوزارة: بموجب المادة 11 من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 المعدل فإن لرئيس الدائرة المرتبطة بوزارة له صلاحية فرض العقوبات الأربع التالية على الموظفين المخالفين التابعين لدائرته، وهي (لفت النظر، الإنذار، قطع الراتب لمدة لا تتجاوز (5) أيام، التوبيخ)، وإذا وجد المدير العام أن الموظف يستحق عقوبة أشد فيرفع الموضوع إلى الوزير المختص للنظر بفرض العقوبة الأشد. ص 376

إجراءات فرض العقوبة الانضباطية أو التأديبية بموجب قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي
وُقم 14 لسنة 1991 المعدل النافذ:

بموجب المادة 10 من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 المعدل، تتلخص
هذه الإجراءات بان الوزير أو رئيس الدائرة يأمر بتشكيل لجنة تحقيقية بعضوية رئيس وعضوين من ذوي
الخبرة على ان يكون احدهم حاصل على شهادة جامعية أولية في القانون، وتتولى اللجنة التحقيق تحريريا مع
الموظف المخالف والاستماع لأقوال الموظف وللشهود والاطلاع على كافة الوثائق المستندات الضرورية،
وتثبت جميع إجراءات اللجنة بمحضر يكتب بدقة مع التوصية اما بعدم مسائلة الموظف وغلق التحقيق أو
بفرض احدى العقوبات الانضباطية المنصوص عليها قانونا، ويرفع كل ذلك الى الجهة التي احوالت الموظف
الى التحقيق. ص 377

الاستثناء من تشكيل اللجان التحقيقية في فرض العقوبة التأديبية: استثناء من احكام الإحالة الى اللجنة
التحقيقية لمحاسبة الموظف، فان للوزير المختص أو رئيس الدائرة وبعد استجواب الموظف ان يفرض احدى
العقوبات الانضباطية عليه مباشرة من دون حاجة للإحالة الى لجنة تحقيقية، وهي (لفت النظر، الإنذار، قطع
الراتب)، وعن الأحوال والأوضاع القانونية للإحالة الى لجنة تحقيقية سابقا فان اللجنة اذا وجدت ان فعل
الموظف يشكل جريمة ناشئة عن وظيفته أو ارتكبتها بصفته الرسمية فيجب ان توصي اللجنة بإحالته الى
المحاكم المختصة. ص 377-378

شروط الغاء أو ابطال العقوبة الانضباطية: للوزير صلاحية وسلطة الغاء أيا من العقوبات الانضباطية المحددة حصرا وهي (لفت النظر والاذنار وقطع الراتب و التوبيخ)، ولكن بشروط هذا الإلغاء لا يجوز قانونا الا بتوافر شروط وهي كالتالي:

1. اذا مضت مدة سنة كاملة على فرض العقوبة.
 2. اذا قام الموظف المعاقب باعمال متميزة عن اقرانه وزملائه في العمل.
 3. عدم معاقبة باي عقوبة ولمدة سنة كاملة من فرض العقوبة الأولى. ص 378
- الطعن بقرارات فرض العقوبة الانضباطية أو التأديبية: تطور الطعن بقرارات فرض العقوبة الانضباطية تاريخيا في العراق على مرحلتين، ونختصرها بالتالي:

أولا: المرحلة السابقة للاعتراض على قرار فرض العقوبة الانضباطية وقبل صدور قانون التعديل الخامس رقم 17 لسنة 2013 لقانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979: فالطعن بالعقوبات الانضباطية أو التأديبية كان قد نظم بالأساس بموجب قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 المعدل، وانيطت مهمة نظر الاعتراضات على العقوبات الانضباطية الى مجلس الانضباط العام وكانت عقوبة لفت النظر والاذنار وقطع الراتب من العقوبات الباتة التي لا يجوز الاعتراض عليها، ثم صدر قانون التعديل الأول رقم 5 لسنة 2008 لقانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 فأصبحت هذه العقوبات الثلاث السابقة غير نهائية ويمكن الطعن بها، ويشترط قبل تقديم الطعن امام مجلس الانضباط العام ان يطعن الموظف بقرار فرض العقوبة في خلال 30 يوم امام الجهة الإدارية مصدرة قرار فرض العقوبة من تاريخ التبليغ بالقرار ثم في خلال 30 يوم امام مجلس الانضباط العام من تاريخ تبليغ الموظف بقرار رفض التظلم حقيقة أو حكما من الجهة الإدارية مصدرة القرار، على ان يراعي مجلس الانضباط العام قانون أصول المحاكمات الجزائية وان تكون الجلسات سرية عند نظر الاعتراضات على قرارات فرض العقوبة الانضباطية، وتكون قرارات المجلس غير نهائية فيجوز الطعن بها امام الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة والتي تمارس صلاحيات محكمة التمييز في العراق عند نظر الطعون، اما عن قرارات مجلس الانضباط العام بعد نظر الاعتراض فهي كالتالي:

1. رد الطعن من الناحية الشكلية نظرا لعدم الاعتراض ابتداء امام الجهة الإدارية بقرار فرض العقوبة الانضباطية قبل الاعتراض امام مجلس الانضباط العام أو لمضي مدة الاعتراض امام الجهة الإدارية أو مجلس الانضباط العام.
2. المصادقة على القرار الإداري الانضباطي المطعون فيه امام مجلس الانضباط العام لانه موافق للقانون.
3. الغاء العقوبة اذا كانت غير موافقة للقانون.
4. تخفيض العقوبة اذا كانت لا تتوافق وجسامة الخطأ المرتكب. ص 378-381

ثانيا: المرحلة اللاحقة للاعتراض على قرارات فرض العقوبة الانضباطية في وقتنا الحاضر وبعد صدور قانون التعديل الخامس رقم 17 لسنة 2013 لقانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979: تغيرت وتعدلت تسمية مجلس الانضباط العام الى محكمة قضاء الموظفين التي تشكلت بموجب قانون التعديل السابق في التحديد، فالموظف له الحق بالاعتراض امام محكمة القضاء الإداري عن قرارات العقوبة الانضباطية وكذلك عن الحقوق والضمانات المقررة له بموجب قانون الخدمة المدنية والأنظمة والتعليمات الوظيفية وعن علاقته بالجهة الإدارية التي يعمل بها، ويجب عليه قبل تقديم اعتراضه امام محكمة قضاء الموظفين فيما يخص الاعتراض على القرارات الانضباطية ان يعترض أو يتظلم في ابتداء خلال 30 يوم امام الجهة الإدارية مصدرة القرار الانضباطي ثم في خلال 30 يوم اذا كان داخل العراق أو خلال 60 يوم اذا كان خارج العراق امام المحكمة من تاريخ رفض التظلم أو الاعتراض من الجهة الإدارية حقيقة أو حكما، اما عن اعتراضه امام المحكمة نفسها عن حقوقه وضماناته في القوانين والأنظمة والتعليمات الوظيفية فيما عدا العقوبات الانضباطية فيقدم الدعوى مباشرة امام محكمة قضاء الموظفين ولا حاجة للاعتراض ابتداء امام الجهة الإدارية مصدرة القرار والتي يعمل بها الموظف، وفي كل الأحوال للموظف حق الاعتراض على قرارات محكمة قضاء الموظفين امام المحكمة الإدارية العليا والتي تمارس اختصاصات محكمة التمييز الاتحادية في خلال 30 يوم من التبليغ بالقرار أو اعتباره مبلغا، ويكون قرار محكمة قضاء الموظفين غير المطعون فيه أو الصادر من

المحكمة الإدارية العليا بات ونهائي لا يجوز الطعن به مجددا امام جهات أخرى. ص 381-382