

اقليم كوردستان / العراق

مجلس القضاء



ههريمي كوردستان / عيراق

نه نجومهني دادوهري

عنوان البحث

مبدأ المشروعية في القرارات الإدارية

(دراسة تحليلية)

الباحث

صباح قادر كاملا

قاضي المحكمة الادارية في اربيل

تم تقديم هذا البحث كجزء من متطلبات الترقية لاصناف القضاة من الصنف الثاني الى الصنف الاول

بإشراف

القاضي كيلان خالد مصطفى

نائب رئيس محكمة استئناف منطقة أربيل

يَسْمِ اللّٰهَ الرَّحْمٰنَ الرَّحِیْمَ

﴿ وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ

وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ ۖ بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ ﴾

(آية ٣٨ سورة الشورى)

صدق الله العظيم

توصية المشرف

تم تكليفي من قبل رئاسة محكمة استئناف منطقة أربيل بموجب كتابهم المرقم ٩١٦/١/٢ في ٢٠٢٣/٩/٥ بالاشراف على البحث المقدم من قبل زميلنا القاضي السيد (صباح قادر كاملا) حول (مبدأ المشروعية في القرارات الإدارية) لغرض الترقية الى الصنف الأول من أصناف القضاة، فثناء الاطلاع على خطة البحث ومضمونها وجدت ان الباحث قد بذل جهدا كثيرا في البحث عن المصادر في أمهات كتب القانون في هذا المجال، وان موضوع البحث من المواضيع المطروقة والواردة في التطبيق العملي، فخيرنا فعل عند اختياره العنوان، وقد وجهته لترتيب المباحث مزودا بالقرارات القضائية وزودته بالملاحظات عسى ان أكون قد افدته بملاحظاتي، وبالأجمال فان البحث المذكور جدير بان ينال رضى وقبول لجنة المناقشة.. ومن الله التوفيق..

المشرف القاضي

كيلان خالد مصطفى

نائب رئيس محكمة استئناف منطقة

اربيل

الفهرست

١	المقدمة.....
٣	الفصل الاول: ماهية القرار الاداري ومفهومه.....
٣	المبحث الاول: مفهوم القرار الاداري.....
٣	المطلب الاول: تعريف القرار الاداري.....
٥	المطلب الثاني: عناصر القرار الإداري.....
٧	المبحث الثاني: القرارات الإدارية القابلة للطعن امام المحكمة الإدارية.....
٨	المطلب الأول: خصائص القرار المطعون فيه:.....
١٠	المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بالقرار باقامة الدعوى:.....
١٠	الفرع الاول: التظلم:.....
١٢	الفرع الثاني: ميعاد الطعن في القرار الاداري:.....
١٣	الفصل الثاني: المبدأ المشروعية في القرارات الادارية.....
١٣	المبحث الاول: مصادر مبدأ المشروعية.....
١٤	المطلب الأول: المصادر المكتوبة لمبدأ المشروعية.....
١٧	المطلب الثاني: المصادر غير المكتوبة لمبدأ المشروعية.....
١٨	المبحث الثاني: الرقابة القضائية على مبدأ المشروعية وتقييداتها.....
١٩	المطلب الأول: أوجه الطعن في القرارات الإدارية.....
٢٦	المطلب الثاني: تعقيدات مبدأ المشروعية في القرارات الإدارية.....
٣٠	المطلب الثالث: المسؤولية الإدارية نتيجة لقراراتها غير المشروعة.....
٣٦	الخاتمة والاستنتاجات.....
٣٦	أولاً: الاستنتاجات:.....
٣٧	ثانياً: التوصيات:.....
٣٩	المصادر.....

المقدمة

الدولة الحديثة بمفهومها الجديد تقوم على اساس احترام القواعد القانونية، فكلما امتثلت الدولة لتطبيقها بشكل سليم ودون التفرقة بين موادها كلما ازداد شرعيتها القانونية بحيث يكتسب الدولة بذلك صفة دولة القانون، فالادارة العامة المتمثلة بمجموعة من الهيئات والسلطات والاشخاص الذين يتولون وظائف عامة تلبية للحاجات العامة المشتركة لا يمكن ان تترك للنشاط الخاص او المبادرات الفردية دون وضع قواعد ومبادئ تحكم وتشرف على نشاطاتها بغية مسطرة الاجراءات وتحقيق العدالة وعدم الانحراف بالسلطة، لهذا وجدت قانون الادارة العامة او ما يسمى بالقانون الاداري باعتباره جملة من القواعد القانونية التي تنظم الادارة العامة ونشاطها وعلاقتها بالافراد والفصل في المنازعات التي تنشأ بينها وبين الافراد او الاشخاص المعنوية غير الحكومية، ونتيجة لتطبيقات القواعد الادارية احدثت مجموعة من المبادئ تشمل قواعد متعلقة بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين هيئاتها واجهزتها الفرعية مع الافراد، حيث ان القضاء باعتباره الجهة المختصة للفصل في المنازعات الادارية، اجتهد ويحث عن اسس التنظيم القضائي، وقواعد اختصاصها، والاجراءات التي تتبعها، ومراحل التقاضي، وشروطها، واوضاع الخصومة فيها كقواعد شكلية او اجرائية بعيدا عن القواعد الموضوعية الاخرى التي تحكم مضمون الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الادارة والافراد، ومن اهم مميزات الادارة العامة التي اعطيت لها لتمكينا من تحقيق النفع العام وخدمة المواطنين هو القرار الاداري، حيث ان الجهة الادارية تمتلك صلاحية انشاء او تعديل او الغاء المراكز القانونية بارادتها المنفردة دون حاجة لموافقة اي جهة اخرى باعتبارها جهة مخولة بارادتها المنفردة لاصدار القرارات الادارية، ففي ظل اتساع نشاطات الادارة وتعدد اختصاصاتها وواجباتها باعتبارها تدير المرافق العامة، اصبحت دراسة القرار الاداري ضرورة تساعد في تبصير رجال الادارة، ومعرفة اختصاصاتهم وحدودهم ومدى مشروعية القرار الذي يتخذونه، وسبل الاعتراض عليه او الطعن به من خلال قضاء اداري متخصص تحدد المشرع اختصاصاته للنظر في الطعون الموجهة على القرار الاداري كجهة الرقابة على القرارات الادارية، ومن جهة اخرى تخضع الدولة بكافة هيئاتها وافرادها لاحكام القانون، وانها تمارس صلاحياتها واختصاصاتها ضمن نطاق مشروع والات تعرض قراراتها للالغاء استنادا للاسس الذي تقوم عليه مبداء المشروعية، بحيث ان هذا المبداء هو الذي يمنح تصرفات الحكومة طابعا شرعيا ويضعها في مصاف الدول القانونية المبنية على مؤسسات شرعية، وبعكسها قد تصنف ضمن الدول البوليسية.

لهذا وحفاظا لسمعتها.. فان الدول والحكومات اجتهدت على وضع دستور وقوانين وتعليمات لتحديد الانظمة والقواعد الاساسية لاجل ممارسة سلطاتها وفق التشريعات المرعية، وعدم الخروج منها مقيدة بذلك بمبدأ تدرج القواعد القانونية، واناط بالقضاء حق الرقابة على اعمالها تبعا لطبيعة النظام القضائي المعمول به في كل دولة على حدى سواء كانت محاكم عادية او ادارية، حيث ان تلك الدول التي يعمل بالمحاكم الادارية ينهض قضائها على ركيزة اساسية المتمثلة بمبدأ المشروعية وضمن احترام حقوق وحرية الافراد من تعسف الادارة باعتبارها قضاء انشائيا لا يتورع عن ابتداع الحلول المناسبة لتنظيم علاقة الادارة بالافراد في ظل القانون العام، عليه فاذا كان من سمات الدولة المعاصرة هو تمسكها بمبدأ سيادة القانون الذي اصبح مقياسا لتطور الدول ومستوى رقيها، فان تقييد الادارة بتطبيق القانون بشكلها الصحيح هو معيار نجاعتها، من هنا فان مبدأ المشروعية في القرار الاداري يمثل الهدف الذي يبغى تحقيق التوازن بين مقتضيات حسن سير المرافق العامة وحماية حقوق وحرية الافراد.

وعلى هذا الأساس فإن هذا البحث جاءت تلبية للضرورات العلمية والعملية التي تقتضيها واقع الحياة اليومية للمرافق العامة، وذلك لتأثر الافراد بخدماتها وتصرفاتها واعمالها إيجابا وسلبا بسبب تغيير مراكزهم القانونية خلال نشاطات الادارة المستمرة، فليبيان طبيعة اعمال المرافق وتصرفاتها من خلال اصدار قرارات إدارية، ومدى توافقها مع القانون، يفترض بنا معرفة هذه التصرفات وكيفية انشاءها وعناصرها وشروطها وكيفية رقابة القضاء عليها وطرق الطعن فيها، إضافة الى معرفة أسس التي ينتهجها المحاكم الإدارية لاجل احقاق الحق، وذلك بتحديد مصدر القرار ومدى التزامها بالقانون والاثار المترتب على حالة الاخلال بها، وغيرها من الأمور التي يتوجب معرفتها لبيان مدى تمسك الإدارة بالقواعد القانونية بشكلها السليم، عليه قسمنا هذا البحث الى فصلين سنتناول في الأول عن مفهوم القرار الإداري واركانه وشروطه وعناصره والقرارات الإدارية القابلة للطعن فيها، ثم سنتحدث في الفصل الثاني عن مبدأ المشروعية ومصادرها ودور القضاء في القرارات الإدارية لاجل تحقيق المشروعية فيها، بالإضافة الى التقيدات التي تطرأ على هذا المبدأ، وكذلك سنتحدث أخيرا عن المسؤولية التي يتحملها الإدارة جراء قراراتها الغير المشروعة.

الفصل الاول:

ماهية القرار الاداري ومفهومه

القرار الاداري يعد واحدا من اهم مظاهر نشاط الدولة، من خلالها تعبر عن سلطتها بارادة منفردة دون الوقوف على طلب او رضى شخص ما، وذلك استثناء من القواعد العامة في القوانين الخاصة التي لا يمكن ان يرى فيها شخص تغيرت مركزه القانوني من طرف اخر دون علمه وموافقته، لكن في القانون الاداري تنشأ مراكز قانونية او تعدل فيها او تلغىها بارادة منفردة، وهذه الميزة تستمد منها الادارة سلطتها من قانون العام، وذلك لان الادارة تمثل المصلحة العامة التي تعلق على المصالح الخاصة، لهذا تعد دراسة القرار الاداري من اهم الموضوعات في القانون الاداري وتحتل مكانا بارزا فيها، كونها محور معظم نظريات ومبادئ هذا القانون، فضلا عن كونها من مظاهر السلطة ومن اهم الوسائل القانونية التي تستخدمها الادارة للتعامل مع افراد المجتمع في نشاطاتها اليومية.

لهذا تستند دراسة القرار الاداري ضرورتها نظرا لاتساع نشاطات الادارة وتعدد واجباتها، وهذا يرافقه ضرورة اتساع مجال تدخل الادارة باراتها وسلطتها في اصدار قرارات والزام الافراد بها، فدراسة القرار الاداري تساعد على تنوير الطريق ومعرفة الادارة لحدود اختصاصاتها ومدى مشروعيتها تصرفاتها وسبل الاعتراض عليه والطعن به امام المحاكم المختصة، حيث ان التشريعات وضعت قواعد معينة تحدد خلالها اختصاصات المحاكم الادارية بالنظر في الطعون الموجهة ضد القرارات الادارية باعتبارها الجهة المختصة للرقابة، لهذا سنقسم هذا الفصل الى مباحث سنتناول خلالها عن مفهوم القرار الاداري وتعريفه وعناصره وكذلك عن القرارات الادارية القابلة للطعن فيها.

المبحث الاول:

مفهوم القرار الاداري

سنتناول خلال هذا المبحث من خلال فروع عن تعريف القرار الاداري فقها وقضاء، ثم عن عناصره وتمييزه عن القرارات الصادرة من السلطات الاخرى، وكذلك القرارات القابلة للطعن فيه امام القضاء الاداري:

المطلب الاول: تعريف القرار الاداري

بما ان القرار الاداري تعد من اهم مظاهر عمل الادارة العامة التي تعتمد عليها وتستخدمها لاجل القيام بوظائفها المكلفة بها بموجب القوانين والانظمة، وتحضى باهمية بالغة لدى الفقهاء الاداريين، وكان محور معظم نظرياتهم ومبادئهم القانونية، لهذا طرحوا تعاريف متعددة لها تختلف باختلاف توجهاتهم والنظريات التي يؤمنون بها، والزاوية التي ينظرون بها للقرار الاداري⁽¹⁾، فعرفه الدكتور ماهر صالح علاوي بانه (عمل قانوني تصدره جهة إدارية باراته المنفردة)، مبينا انه ليس من الضرورة الإشارة الى احداث تغيير في المراكز القانونية للأطراف المعنية في القرار مسببا ذلك ان تغيير المراكز ليس الا نتيجة

(1) د. يحيى جلال عبدالله: الرقابة القضائية على القرارات الضمنية للادارة، دراسة مقارنة تحليلية- بين فرنسا مصر لبنان والعراق-، الطبعة الاولى ٢٠٢٠، ص ٢٢.

للمعمل القانوني الجاري في القرار الإداري^(١)، وهذا ما اتجه اليه أيضا الدكتور عصام نعمة إسماعيل قائلاً بالبحث عن صور أو آثار القرار الإداري هو خلط بين التعريف وبين الأركان التي يتكون منها، أو خصائصها التي يحدث أثراً في المراكز التي هو نتيجة طبيعية للقرار باعتبارها مصدر مباشر للحقوق والواجبات، لهذا لا يمكن جمعها في تعريف القرار الإداري، وعرف القرار الإداري بأنه (تصرف قانوني منفرد صادر عن سلطة إدارية يتمتع بقوة تنفيذية)^(٢)، عليه فالقرار الإداري يكتمل ولادته باكتمال أركانه وليس بتوفر شروطه، حيث يجب أن لا نخلط بين أركان القرار وشروط صحته، لأن تخلف شرط من شروط صحة القرار الإداري يجعله قابلاً للإلغاء أمام القضاء الإداري، لكن ذلك لا يعني أنها ليس بقرار إداري، فمسئلة وجود القرار الإداري لا ترتبط بصحته، بل هما مشكلتان منفصلتان عن بعضهما تماماً، فالقرار يكون موجوداً بغض النظر عن صحته من عدمها.

أما بخصوص القضاء الإداري الفرنسي، فإن مجلس الدولة الفرنسي فضل السكوت عن إعطاء تعريف للقرار الإداري، وهذا ما اتجه اليه القضاء اللبناني أيضاً، واكتفياً بذكر أوصاف القرار وخصائصه و أركانه و تمتعه بالقوة التنفيذية، وذكر أثره بتعديل أو إلغاء المراكز القانونية فيه^(٣)، لكن القضاء الإداري المصري عرف القرار الإداري بأنه (إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من السلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد أحداث أثر قانوني معين ابتغاء مصلحة عامة)^(٤).

أما حول تعريف القرار الإداري لدى القضاء العراقي.. فعرفه مجلس شورى الدولة بأنه (كل قرار إداري نهائي صادر من سلطة إدارية ومنتج لأثر قانوني)^(٥)، أما مجلس شورى إقليم كردستان الذي تم إنشائه بموجب قانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٨ فعرف القرار الإداري بأنه (إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بموجب القوانين والأنظمة، غرضه أحداث أثر قانوني معين على شرط أن يكون هذا الإفصاح جائزاً وممكناً ومشتتلاً على أركانه الأساسية وهي السبب والمحل والاختصاص والغاية والشكل هدفه المصلحة العامة)^(٦).

مما تجدر الإشارة إليه هو أن أعمال الإدارة العامة خلال أداء مهامها تنقسم إلى الأعمال المادية والأعمال القانونية، فالأولى هي ما تقوم به الإدارة من الأعمال دون أن تقصد من ذلك أحداث آثار قانونية معينة أو تغيير مراكز قانونية، على سبيل المثال كإعمال البناء، وتوفير أثاث الدوائر، وتبليط الطرق، وحفر المجاري وغيرها، أما الأعمال القانونية هي التي نقصده بالضبط وهي موضع هذا البحث باعتبارها أعمال إدارية التي تقصد من خلالها الإدارة إلى أحداث آثار قانونية معينة سواء كان انشأ مركز أو تعديلها أو إلغاءها .

(١) د. ماهر صالح علاوي الجبوري: مبادئ القانون الإداري، الطبعة الأولى، مطبعة الذاكرة، ص ٣١٥.
(٢) د. عصام نعمة إسماعيل: الطبيعة القانونية للقرار الإداري - دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء الفقه والاجتهاد، المنشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ص ٨.
(٣) د. يحيى جلال عبدالله: الرقابة القضائية على القرارات الضمنية للإدارة - دراسة مقارنة تحليلية بين فرنسا مصر لبنان والعراق - الطبعة الأولى، منشورات مكتبة يادكار، ص ٢٢.
(٤) ساكار امير عبدالكريم حويزي: الرقابة القضائية على ركن الغاية في القرار الإداري - دراسة مقارنة، مطبعة شهاب - أربيل، الطبعة الأولى، ص ٧٤.
(٥) د. يحيى جلال عبدالله، المصدر السابق، ص ٣٥.
(٦) عدنان ملا صالح: الرقابة القضائية على عنصر السبب في القرار الإداري - دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر والعراق - الطبعة الثانية، مطبعة يادكار، ص ٩.

المطلب الثاني: عناصر القرار الإداري

من خلال ما سبق ذكره يتبين بان القرار الإداري يتكون من العناصر الآتية:

أولاً: القرار الإداري عمل قانوني:

سبق الذكر بان الإدارة تقوم باعمال مادية وأخرى قانونية، وما نقصد دراسته هنا هو الأخير كونه يترتب على إصداره انشأ مراكز قانونية جديدة، كالقرار باعطاء إجازة استثمارية لمشروع معين، او تعديل مركز قانوني كقرار الترفيع او تأخيرته، او الغاء مركز قانوني موجود مثل سحب إجازة المشروع او فصل الموظف، ومن خلال ذلك نكون امام تصرف قانوني بقصد احداث اثر معين، أي ان إرادة الإدارة اتجهت الى احداث ذلك الأثر وهذه الإرادة هي التي تميزه عن العمل المادي يجب توفرها في القرار الإداري، وتعتبر عنصراً ضرورياً للتصرف القانوني بجانب عنصر الإعلان عن القرار باعتبار وجود ميزتين تستوجب حضورهما في العمل القانوني الصادر من الإدارة الذي قصد احداث اثر في مركز قانوني معين^(١)، لهذا فالقرار الإداري عمل قانوني يمثل الإرادة لاحداث تغيير في مركز معين، وان عنصر الإعلان هو التي تميزها عن التصرفات التحضيرية التي لم تدخل مرحلة الإعلان بعد، لان الاعمال التحضيرية تعتبر إجراءات قبل ولادة القرار ولا يحدث اثراً قانونية، فمن يطلب تشكيل لجنة للبحث عن موضوع تتعلق بالإدارة لاجل توضيح الحقائق وتقديم توصيات لازمة اتخاذها، او مراحل دراسة الإدارة لطلبات الحصول على إجازة استثمارية والكشوفات التي تقوم بها الأطراف المعنية لاجل الوقوف على جدوى منح الاجازة، كلها تعتبر اعمال تمهيدية لاجل اصدار القرار الاداري.

ثانياً: القرار الإداري يصدر من سلطة إدارية عامة:

كما هو معروف فان المهام والوظائف داخل الدولة تنقسم الى السلطات الثلاث التشريعية والقضائية والتنفيذية، ولكل واحد منهما اختصاصاتها بحيث لا يمكن ان يتدخل احد السلطات الثلاث في شؤون سلطة أخرى، وذلك تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، عليه فالسلطة التنفيذية هي المختصة بقيام باعمال إدارية مادية كانت او قانونية، حيث تتولى السلطة التنفيذية مباشرة اعمالها ومهامها اليومية بإصدار قرارات إدارية سواء كانت من أجهزة مركزية او فرعية، عليه حتى نكون امام قرار اداري وجب ان تصدر من احدى الدوائر التابعة للدولة او الحكومة، وتشمل ذلك كل الإدارات المركزية او اللامركزية سواء كانت إقليمية او الفرعية و المرفقية التي تقوم بمهامها تلبية لاجات المصلحة العامة وحماية النظام العام^(٢).

فصدور القرار من جهة إدارية تعد امتيازاً لا يتمتع بها سوى جهات رسمية تابعة للحكومة، فليس للأفراد او الأشخاص المعنوية الخاصة ممارسة هذه السلطة، لانه حق حصري بيد الإدارة العامة لا يشاركه أي طرف اخر مهما كانت صفتها، فيمكن ان ترى أشخاصاً في القانون الخاص مكلفين بإدارة مرافق عامة او تحقيق نفع عام، لكن ما يميزها عن اشخاص القانون العام هو ميزة السلطة العامة باعتبارها تمارس مهامها بالامر وبالارادة المنفردة، لهذا فالقرار الإداري هو أداة يمارس بها السلطة

(١) جاء في قرار غير منشور لمجلس شوري الإقليم المرقم ٥٢/الهيئة العامة -إدارية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٤/٥ : (بعد التدقيق تبين ان القرار المطعون فيه ليس الا ايعازاً من المدعى عليه إضافة لوظيفته الى المدعي بتنفيذ مضمون قرار لجنة تحديد أجور الخدمات في المشاريع الاستثمارية في محافظة أربيل المشكلة بكتاب ذي العدد ٦٤٦٤/٦/١ الصادر من محافظ أربيل في ٢٠١٥/٩/١٥ فكان على المدعي الاعتراض على هذا القرار لانه هو المؤثر في مركزه القانوني).

(٢) يستثنى من ذلك ما يعرف بنظرية الموظف الفعلي الذي يمارس نشاطاً إدارياً كان هدفه تحقيق الصالح العام وحالة أخرى اذا نص القانون على قيام هيئة خاصة بإدارة مرفق عام.. ولمزيد من التفصيل انظر الرقابة القضائية على عنصر السبب في القرار الإداري، المصدر السابق، ص١٧.

العامية امتيازاتها في إدارة المرافق العامة ويفرضها على رعيها وبارادته المنفردة، لهذا لا يكون القرار إداريا الا اذا صدر من شخص تصنف ضمن القانون العام، وهذا الشخص قد يكون فردا يمثل الإدارة العامة او يكون مجموعة من افراد، فذلك لا يغير من التعبير شيئا طالما يتصرفون باسم شخص اداري عام^(١).

ومن هنا نجد ان المشرع العراقي حدد القرارات الخاضعة للطعن امام المحكمة الإدارية بانه (الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام)^(٢)، وهذا ما انتهجه اليه المشرع الكوردستاني أيضا حيث نص (تختص المحكمة الإدارية ... بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الإقليم...)^(٣).

ثالثا: القرار الإداري تصدر بإرادة منفردة:

مهما كانت نوع القرار الصادر من الإدارة باختلاف انواعها، بالنتيجة هو عمل تتجه اليه الإرادة المنفردة للسلطة الإدارية تعبيراً عن ارادتها وحدها، بغض النظر عن ارادة الاطراف المعنية كانت او غير المعنية، فهذه الميزة تلعب دورا بارزا في القرار الإداري مقارنة بالعقد الإداري، واستبعاد هذا الأخير من نطاق دعاوي الإلغاء باستثناء القرارات التي تسبق العقد او تعمل على ابرامه او تكون معاصرة لانعقاده^(٤)، عليه فان ما نقصده هو القرار التي تصدر بإرادة منفردة للإدارة ويعبر عنها موظف عام او مجلس او هيئة عامة، فليس العبرة بتعدد الأشخاص الذين يتخذون القرار طالما يعبرون عن إرادة منفردة لشخص معنوي عام^(٥)، لهذا تكون وصف القرار بانه تصدر عن إرادة منفردة تأتي بمعنى انه تصرف اداري قانوني احادي نابع عن إرادة الإدارة توحى بان لها سلطان باتخاذ القرار بشكل مطلق، ولكن في نطاق القانون باعتبار ان الصفة الأحادية للإدارة لاجل اصدار القرارات هي صفة مميزة للقرار والعنصر الاساس فيها سواء كانت الأطراف المعنويين موافقون على مضمونه او لا، لكن حتى اذا وافقوا على محتواه قبل إصداره فهذا لن يقلل من ميزة انفراد الإرادة لدى الإدارة شيئا، بل يبقى متحفظا بطابعه الانفرادي ولا يترتب أي اثر عليها.

رابعا: القرار الإداري يحدث اثرا في المركز القانونية:

من المفروض ان تحدث القرار تغييرا في المركز القانوني للطرف او الأطراف المعنية به، وهذا ما يتفق عليه الفقه والقضاء دون خلاف سواء كان هذا التغيير هو انشاء مركز قانوني جديد او تعديل مركز قانوني موجود او الغاءه، فالمركز القانوني عادة تكون حق او واجب لفرد معين او مجموعة من الافراد، والقرار الإداري تمس هذه الحق او ذلك الواجب وتحدث فيه تغييرا، كتعيين طالب خريج او منح إجازة استثمارية او تعديلها او الغاءها، فالتغيير في المركز القانوني يدور مع القرار الإداري وجودا وهدما، لان في حالة الانتفاء تكون الطعن فيها امام القضاء غير مجد لعدم توفر المصلحة في الطعن في القرار الإداري^(٦)، ولكن ليس من المفروض ان تكون التغيير ملموسا في القرار الإداري، فيكفي مجرد اتخاذ

(١) د. عصام نعمة إسماعيل، المصدر السابق، ص ١٤.

(٢) قانون مجلس شوري الدولة العراقي رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ (التعديل الثاني)

(٣) المادة ١٣ من قانون مجلس شوري إقليم كوردستان رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٨.

(٤) د. عصام نعمة إسماعيل، المصدر السابق، ص ٩.

(٥) د. ماهر صالح علاوي الجبوري، المصدر السابق، ص ٣٢٣.

(٦) جاء في قرار غير منشور لهيئة التنازع في رئاسة محكمة تمييز إقليم كوردستان المرقم ١٢/الهيئة التنازع/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١١/٢ (ولدى امعان النظر في موضوع الدعوى وجد ان الهامش المذكور يفيد التأكيد على تنفيذ العقد المبرم بين الشركة البريطانية وهذا التأكيد يعبر عن ارادته باحداث اثر قانوني معين باعتباره السلطة العامة وحيث ان ذلك يعتبر قرارا

موقف سلبي عن القيام باجراء عمل معين إزاء وضع قانوني قائم دون ان يحدث تغييرا في مركز قانوني، وهذه الحالة يحدث غالبا في القرارات الإدارية السلبية او ما يعرف بالامتناع، فعندما يتمتع الموظف المختص عن منح رخصة او اعطاء إجازة، فهذا لا يحدث تغييرا في المركز القانوني وانما يتخذ موقفا سلبيا إزاء وضع قانوني يتوجب فيها القيام بعمل معين باعتبار ان المركز القانوني اما ان تكون حقا او واجبا وسيكون معرضا للتغيير بشكل من الاشكال، لان الموقف السلبي كمنع حصول الطالب على ما أراده فيكون مؤثرا بالتالي في مركزه القانوني^(١).

خامسا: القرار الإداري يتمتع بالقوة التنفيذية:

تستمد القرار الإداري قوتها من سلطتها التنفيذية، لأنها تصدر من جهة تنطوي غالبا على عنصر الامر بفعل ما او النهي عنه، وبالتالي تتضمن صيغة الالتزام بالقيام بعمل او الامتناع عنه، وبما ان وظيفة الإدارة هي تنفيذ و تطبيق القوانين عن طريق اصدار قرارات إدارية، لهذا تستمد قوة تنفيذها من القانون أيضا، عليه تصبح امر التنفيذ اجراء لاحق تأتي بعد نفاذ القرار، أي بعد وضعه حيز التطبيق فعليا، سواء كانت حقوقا او التزامات، وان عبء التنفيذ يقع على عاتق الإدارة ذاتها، وعليها اتخاذ اجراءات وتدبير كفيلة بتطبيقها، مثل قطع الراتب للموظف الذي صدر قرار اداري يفصله او قبول استقالته، لهذا فالادارة تتمتع بسلطات استثنائية لاجل تنفيذ قراراتها وتتمتع بقوة الشيء المقرر وقابليته للتنفيذ، فالادارة تطبق سياساتها عن طريق تنفيذ قراراتها كوسيلة لتحقيق أهدافها، لان الإدارة تتمتع بقوة قانونية لتنفيذ قراراتها بشكل مباشر ويفرض الامتثال لها حفاظا للمصلحة العامة.

المبحث الثاني:

القرارات الإدارية القابلة للطعن امام المحكمة الإدارية

حق النقاضي هو حق مكفول دستوريا لكل فرد في المجتمع، وهذا ما سعى اليه جميع الدول خلال تشريع قواعد قانونية تقضي بذلك وتنظمها ضمن دساتيرها وقوانينها بشكل صريح، وبما ان الإدارة تمارس نشاطا متنوعا بقصد تحقيق المصلحة العامة في شتى النواحي خلال سلطة اتخاذ القرارات الإدارية والتنفيذ المباشر والجبري كصاحب للسلطة في اصدار وتنفيذ القرارات، عليه فان مراقبة التزام الإدارة العامة بالخضوع للقانون اثناء اصدار قراراتها وتنفيذها تكون امرا في غاية الأهمية لمساسها المباشر بالمراكز القانونية للأفراد.

لهذا تنوعت أداة الرقابة على القرارات الإدارية، حيث غالبا ما نجد الرأي العام التي تسود في المجتمع بخصوص موضوع معين تتعلق بمصالحهم العامة او الخاصة وسيلة لردع الحكام واجبارهم على احترام القوانين وما يتضمنه من الحقوق والحريات، فكلما كانت هذه الرقابة قويا كلما كان التقيد بالقوانين قويا، وعادة ما يشارك في ذلك لاجل خلق الرأي العام مؤسسات المجتمع المدني و وسائل الاعلام والأحزاب

إداريا مما يكون من اختصاص المحكمة الإدارية) . وكذلك جاء في قرار لمجلس شوري الإقليم (غير منشور) بالعدد ٢/الهيئة العامة -إدارية/٢٠٢١ في ٢٤/١/٢٠٢١ (العبرة في التمييز بين ما يعد قرارا إداريا من عدمه هو في مدى تأثيره على المركز القانوني للمشمول به) وفي قرار اخر لمجلس شوري الدولة العراقي المرقم ٥١/انضباط/تمييز/٢٠٠٨ في ٢١/٢/٢٠٠٨ جاء فيها (اذا انتهت حالة المساس بالمركز القانوني اثناء السير الدعوى فان المصلحة التي يشترط وجودها استنادا الى نص المادة ٦ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل تكون قد انقضت مما يستوجب رد الدعوى) منشور في قرارات وفتاوي مجلس شوري الدولة لعام ٢٠٠٨ منشورات مجلس شوري الدولة ص ٣٧٩.^(١) د.ماهر صالح علاوي الجبوري، المصدر السابق، ص ٣٢٣.

السياسية، او حتى عن طريق البرلمان كما هو مرسوم في دساتير الدول رغم اختلافها من دولة الى أخرى، هذا ناهيك عن أدوات أخرى للرقابة كأن تتجه الإدارة الى رقابة نفسها بنفسها تلقائياً او عن طريق التظلم، او عن طريق رقابة الهيئات المستقلة على الاعمال الإدارية كما تبنتها بعض الدول، ولكن أشهرها التي اعتمدت عليها جميع الدول هو عن طريق هيئة الادعاء العام، لكن اهم وسائل الرقابة على القرارات الإدارية تأتي عن طريق القضاء باعتبار ان القانون كفل لكل شخص حق المطالبة بالحماية القانونية والمقاضاة امامها، لهذا عندما يشعر المواطن بان هناك قضاء يراقب اعمال الإدارة ويعطي لكل ذي حق حقه سيكون هناك طمأنينة من الجانبين الإدارة والمواطن^(١).

حيث ان الرقابة القضائية تمتد الى جميع سلطات الدولة بما فيها السلطة القضائية نفسها، بحيث حتى في كثير من الدول تمتلك قضائها حق المراقبة الدستورية للقوانين والتشريعات التي تصدر من السلطة التشريعية، لكن نظرا لان السلطة التنفيذية اكثر احتكاكا بالجمهور مقارنة بالسلطة التشريعية وحتى القضائية، وان مثل هذا الاحتكاك المباشر قد تمس حقوقا بانشأ او تعديل او الغاء مراكز قانونية، ولكون الإدارة تتمتع بقدر كبير من الامتيازات يمكن ان تهدد حقوق الأطراف الأخرى، ويمكن لو شعر بان عيون القضاء قد غض نظره عنها قد تتحرف بالسلطة او يسيء استخدامها محاباة لجهة ومحاربة لاخرى وبالنهاية سيكون هناك اضراراً بالصالح العام، من هنا نجد ان الرقابة الإدارية الذاتية او حتى الرأي العام او منظمات المجتمع المدني وغيرها من الوسائل قد لا تكفي، وانما يجب ان توجد رقابة قضائية كافضل صور الرقابة واقواها من حيث المحافظة على التطبيق السليم للقوانين واكثر ضمانا لمبدأ المشروعية واكثر مصداقية لدى الطرفين لانه سيعطي لكل ذي حق حقه.. عليه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين سنتحدث في الأول عن خصائص القرار المطعون فيه والشروط المتعلقة برفع الدعوى وميعادها وفي الثاني سنتناول أوجه الطعن في القرارات الإدارية.

المطلب الأول: خصائص القرار المطعون فيه:

عندما تصدر قرار من سلطة ادارية مكتمل لاركانه ويرتب اثارا على مركز قانوني معين، فمن الطبيعي ان يحاول المتضرر منه إيجاد طرق قانونية لاجل الطعن فيه امام القضاء، لكن ليس بمقدور المتضرر من القرار الطعن امامه الا بعد توفر شروط معينة فيها نستخلصها فيما يأتي:

أولاً: يجب ان يكون القرار الإداري المطعون فيه قراراً نهائياً: حتى يكون القرار الإداري محلاً لدعوى الإلغاء فيجب ان يكون القرار نهائياً، أي لم يبق فيها اي اجراء اداري آخر لاجل تصديقه او الموافقة عليه من عدمه^(٢)، بمعنى انه استنفذ جميع المراحل التحضيرية لحين صدوره من سلطة تملك صلاحية البت في مضمونه نهائياً دون ان يكون بحاجة الى عرضه على سلطة اعلى لاجل التصديق عليه^(٣)، وبالتالي فالقرارات التمهيدية التي تكون موضوعها واثارها مركزة على تهيئة الرؤيا لاجل

(١) جوان غريب علي: القيود الواردة على حق التقاضي امام القضاء الإداري، (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة ماجستير ، (غير منشور)، ٢٠٢٢، ص ١٠.

(٢) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - مسئولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية - القرارات والعقود الإدارية -، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى ٢٠٠٨، ص ٢٩.

(٣) جاء في المادة ١٣ من قانون مجلس شوري إقليم كردستان: (تختص المحكمة الإدارية بما يلي (أولاً : النظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الإقليم بعد نفاذ هذا القانون والتي لم يعين مرجع للطعن فيها بناء على طعن من ذي مصلحة معلومة او محتملة اذا كان هناك ما يدعو الى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن. ثالثاً: الفصل في الطلبات التي تقدمها الهيئات و الافراد بإلغاء القرارات الإدارية النهائية... وكذلك جاء في

اصدار قرار لاحق كما هو الحال في الكتابات الاستشارية او الاقتراحات او المراسلات او الاحالات او بيان الرأي او النصيحة او استطلاع الراي، كل ذلك لا يكون قرارا قابلا للطعن امام القضاء الاداري لعدم تأثير هكذا القرارات على المراكز القانونية، ولانعدام الضرر والتأثير فيها، او لعدم وجود المصلحة^(١).

الثانيا: يجب ان لا يكون القرار محصنا من الطعن امام القضاء الإداري: المعروف هو ان تخضع جميع التصرفات الإدارية لرقابة القضاء بمن فيها تصرفات الدولة، وهذا ما ينادي به مبداء المشروعية باعتباره ضمانا مهمة لحماية حقوق الافراد وحررياتهم، الا ان مستلزمات المصلحة العامة قد قضت بتخفيف هذه القاعدة في بعض الأحيان لاعتبارات تتعلق باعمال السيادة التي اخرجها المشرع من رقابة القضاء في القوانين كما جاء في قانون مجلس الدولة العراقي التي اخرج القرارات الإدارية التي تتخذ تنفيذيا لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقا لصلاحياته الدستورية او كما جاء في قانون مجلس شوري إقليم كردستان عندما يمارس رئيس الإقليم صلاحياته المنصوص عليها وفق القوانين^(٢).

مما تجدر الإشارة اليه هو وجود تعارض في الأفكار التشريعية بخصوص هذه الاستثناءات، حيث القوانين السابقة تنادي بحرمان المحاكم من النظر في تلك التصرفات الإدارية، بينما سبق وان اصدر المشرع العراقي قانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٥ والتي بموجبها الغي جميع النصوص القانونية الواردة في أي قانون او قرار كان يقضي بمنع المحاكم من سماع الدعاوي الناشئة من خلال تطبيق القوانين او القرارات، في بادئ الامر قد ننظر لهذا التوجه انه المشرع لا يستثني اعتبارا من ذلك القانون أي عمل اخر من الخضوع للرقابة القضائية، لكن نجد من هنا وهناك صدور قوانين جديدة يمارس خلالها المشرع نفس هوايتها السابقة باستثناء المحاكم من النظر في تصرف او قرار معين، خصوصا فيما يعرف بالقرارات السيادية متأثرا بذلك بنظرية اعمال السيادة واخذا بفكرة السياسة القضائية المرنة، لان تلك القرارات تحمل صفة سياسية بالنظر الى الدافع فيها ولانها تشترك مع القانون في تحقيق غاية او هدف معين وهو المحافظة على امن وسلامة المجتمع والدولة^(٣).

ثالثا: يجب ان يكون القرار صادرا من سلطة إدارية: يشترط في القرار الإداري ان يصدر من سلطة إدارية وطنية باعتبارها شخص معنوي عام، اما اذا صدر عنها بصفتها شخصا معنويا خاصا فان تصرفها تماثل وقتنذ تصرفات الافراد العاديين وبالتالي تخضع لقواعد القانون الخاص، ومن هنا يجب التركيز على مصدر السلطة لمعرفة ما اذا كانت الجهة التي أصدرت القرار تعتبر قرارا من سلطة وطنية

المادة السادسة عشرة فقرة ثانيا: لا تختص محكمة القضاء الإداري .. القرارات الإدارية التي رسم القانون طريقا للتظلم منها او الاعتراض عليها او الطعن فيها) وفي نص مشابه أيضا جاء في قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل في المادة ٧ رابعا : تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في صحة الأوامر والقرارات الإدارية ... التي لم يعين مرجع للطعن فيها...) وهذا ما جاء في القرار المرقم ٩٠-٩١/قضاء اداري - تمييز/٢٠١٦ (لا تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في القرارات الإدارية التي لها مرجع قانوني للطعن) المنشور في (من قضاء المحكمة الإدارية العليا -مختارات من قضاء محكمة لقضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين للسنوات ٢٠١٦-١٧ للقاضي لفنة هامل العجيلي -ج٢ مكتبة السنهوري، ص ١٩).

^(١) جاء في قرار غير منشور لمجلس شوري الإقليم الرقم ١٤٠/الهيئة العامة-إدارية/٢٠٢١ في ٢٦/٨/٢٠٢١: (حيث ان الكتاب المطعون فيه الصادر من وزارة المالية والاقتصاد والموجه الى وزارة الثقافة والشباب لا يتضمن قرارا إداريا نهائيا، بل انها عبارة عن كتاب مخاطبة واعلام وزارة الثقافة بمعلومات جوابا على كتاب سابق لوزارة الثقافة ولا يرتقي الى مصاف القرارات الإدارية النهائية قابلة للطعن).

^(٢) وهذا ما جاء في قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ م ١٠ والقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ وهو التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ وكذلك جاء في قانون مجلس شوري إقليم كردستان في المادة ١٦ منها:(لا تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون المتعلقة فيما يأتي: أولا: اعمال السيادة وتعتبر من اعمال السيادة صلاحيات رئيس الإقليم المنصوص عليها في المادة العاشرة من قانون رئاسة الإقليم رقم ١ لسنة ٢٠٠٥).

^(٣) القضاء الإداري للدكتور وسام صبار العاني من منشورات مكتبة دار السنهوري - بيروت - الطبعة الاولى ص٥٧.

ام لا، حيث يتوجب ان يصدر القرار من سلطة عامة او شخص يحمل صفة عامة إدارية وقت إصداره، وبعد ذلك لا يهم كيف كانت ذلك القرار سواء تم الإفصاح عنه بشكل صريح او ضمني وسواء كانت بالامتناع او بالسكوت وعدم الرد، من هنا يجب ان ننوه بان المدلول السلطة الإدارية لا تقتصر على السلطة المركزية فقط، بل يتناول الأشخاص العامة الإدارية والإقليمية كذلك كالمحافظات ومجالس البلديات والاقاليم والمؤسسات التي تدير المرافق العامة مثل الجامعات ومؤسسات النقل والاتصالات ومؤسسة الضمان الاجتماعي والنقابات المهنية، حتى لو لم يدخل في نطاق المؤسسات العامة الا انها تعتبر من اشخاص القانون العام، حيث ان هؤلاء لا يندرجون تحت مدلول القرارات التي تصدر من الأشخاص المعنوية الخاصة سواء كانت طبيعية او معنوية كالشركات مثلاً^(١)، لهذا فان القرار الخاضع للطعن امام القضاء الإداري هو القرار الصادر من الإدارة بصفتها السلطة العامة او ممن يدير المرافق العامة سواء كان القرار صادرا من داخل الإقليم او خارجها مادامت تستمد سلطتها في اصدار القرارات الإدارية من قانون الدولة^(٢).

المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بإقامة الدعوى

الفرع الأول: التظلم: التظلم هو ما يقدمه المتضرر كتابة الى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار والذي اثر على مركزه القانوني يطالب فيه إعادة النظر في القرار، اما بسحبه او الغاءه او تعديله خلال مدة معينة قبل ان يقدم على إقامة الدعوى^(٣)، فالتظلم باعتباره احد الوسائل التي يمنحها المشرع للمتضرر من القرار الإداري ويمنحه حق المطالبة امام سلطة الاصدار بالعدول عنه قبل اللجوء الى إجراءات قضائية قد تكون معقدة وطويلة الأمد مقارنة بمراجعة الإدارة لقرارها التي مس حقوق المتظلم باعتباره وسيلة لعدم اهدار الوقت والمال والجهد، وقد تخفف العبء على القضاء وغيرها، ولكل هذه الفوائد جعله المشرع شرطا أساسيا لقبول دعوى الإلغاء امام المحاكم الإدارية، اذ لم تقبل الدعوى بالطعن على قرار اداري امام المحكمة الا بعد التظلم تسبق تسجيل الدعوى بمدة معينة، كما هو الحال في القضاء العراقي و الكوردستاني بعكس القضاء المصري والفرنسي الذين اخذا بالتظلم الاختياري الا نادرا بموجب نص صريح في القانون^(٤)، حيث اشترط المشرع العراقي في المادة ٧ سابعاً من قانون مجلس شوري الدولة المعدل نصها (يشترط قبل تقديم الطعن الى محكمة القضاء الإداري ان يتم التظلم منه لدى الجهة الإدارية المختصة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه بالامر او القرار الإداري المطعون فيه او اعتباره مبلغاً)، وفي نص مشابه جاء في قانون مجلس شوري إقليم كوردستان المادة ١٧ منها نصها (يشترط قبل تقديم الطعن الى المحكمة الإدارية ان يتظلم صاحب الطعن لدى الجهة الإدارية المختصة التي عليها ان تبت فيه خلال خمسة عشرة يوماً اعتباراً من تاريخ تسجيل التظلم لديها)، وبعد مضي هذه المدة يحق لصاحب الشأن ان يقدم طلب الطعن الى المحكمة الادارية وعادة ما يكون ذلك خلال مدة معينة، وتبدأ مدة التظلم من تاريخ تسجيل التظلم لدى الدائرة التي أصدرت القرار او جهة اعلى او ادنى منها، وتنتهي مدتها

(١) د.فهد عبدالكريم أبو العثم -القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق-، من منشورات دار الثقافة للنشر والتوزيع -عمان الأردن-، الطبعة الأولى، ص ٢٣٩.

(٢) في التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة حدد المشرع اختصاصات المحكمة وليس من بينها القرارات الصادرة عن النقابات والمنظمات المهنية، لذلك لا يجوز الطعن بالالغاء في هذه القرارات امام محكمة القضاء الإداري حيث نص في المادة ٧ رابعاً: تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام... وفي نص مشابه جاء في قانون مجلس شوري إقليم كوردستان في المادة ١٣ أولاً: تختص المحكمة الإدارية في النظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الإقليم بعد نفاذ هذا القانون ..

(٣) د. وسام صبار العاني، المصدر السابق، ص ٢١٣.

(٤) د. مازن ليلو راضي، - القضاء الإداري-، من منشورات جامعة دهوك، الطبعة الثانية ٢٠١٠، ص ٢١٠.

بانتهاء المدة المحددة في القانون او بجواب الجهة المعنية بالنفي، وقد تنقطع المدة المحددة للتظلم وتبدأ مدة الطعن امام المحكمة الإدارية، واذا تعدد التظلم يعتد بالتظلم الأول^(١).

يتوجب ان يكون التظلم كتابة ويقدم الى مصدر القرار، يبين فيه عن هوية المتضرر ومحل الضرر الذي هو القرار الإداري، إضافة الى الإشارة الى الضرر الحاصل مع الطلبات بخصوص تعديل او الغاء القرار، وفي حالة تعدد المتضررين يكفي ان يقدم طرف واحد منهم تظلمه الى الإدارة باعتبار انه يكفي لتذكير الإدارة وتنبيهها بمراجعة قراره فلا يمكن في هذه الحالة ان تقبل المحكمة دعوى من قدم تظلمه ويرد دعوى باق المدعين في نفس الدعوى لعدم تقديم طلب التظلم من قبلهم^(٢).

ولاجل الاخذ بالتظلم امام المحكمة يتوجب توفر توحيد الموضوع بين مضمون التظلم ومضمون عريضة الدعوى^(٣) بحيث ان المتظلم يطالب جهة الإدارة بمراجعة قرار معين في تظلمه وبعبارة سيقتضيه طلبه بإلغاء او تعديل ذلك القرار امام المحكمة الإدارية، فلا يتصور في حال اختلاف المضامين بين التظلم وعريضة الدعوى ان تقبل دعوى الطاعن لعدم توفر شرط التظلم^(٤)، اذا يمكن القول بان التظلم يجب ان يقدم من صاحب الشأن او من ينوبه قانونا الى متخذ القرار نفسه او رئيسه او الى لجنة مختصة بالنظر في التظلم، ويشترط أيضا ان يكون التظلم واضحا ودالا على القرار المطعون فيه بشكل صريح وفي حال افتقار التظلم لشروطه تتعرض الدعوى لرددها شكلا امام القضاء الإداري^(٥).

الفرع الثاني: ميعاد الطعن في القرار الإداري: من خصائص الدعوى الإدارية هي انها من الدعاوي المحددة المدة، أي يفترض بالمتضرر من القرار الإداري ان يرفعها خلال مدة معينة تالية لمدة التظلم، والا تعرض رافعه لرد دعواه شكلا لوقوعها خارج المدة القانونية، وهذه المدة تختلف من دولة لاخرى، ولكن المهم فيها انها موجودة رغم اختلاف الزمن المسموح به لرفع الدعوى، والحكمة من تحديدها تكون لضمان استقرار الأوضاع الإدارية والمراكز القانونية، حيث لا يمكن ان يكون القرارات الإدارية تحت تهديد الطعن لاجل غير مسمى تأمينا للحماية القانونية للحقوق المكتسبة الناشئة من القرارات، لهذا فان المشرع العراقي حدد مهلة ستين يوما تبدأ من تاريخ عدم البت في التظلم خلال مدتها المحددة بثلاثين يوما او من تاريخ رفض التظلم حقيقة او حكما من قبل الجهة الإدارية المختصة، وبعد تقديم الطلب تسجل المحكمة الدعوى لديها بعد استيفاء الرسم القانوني وبعدها يكون قرار المحكمة اما يرد الطعن او الغاء او تعديل الامر او القرار المطعون فيه مع الحكم بالتعويض ان كان له مقتضى بناء على طلب المدعي^(٦).

(١) في قرار لمجلس شوري الإقليم رقم ١٦/الهيئة العامة - الإدارية/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٢/١٩ المنشور في القرارات والفتاوي لمجلس شوري إقليم كردستان لعام ٢٠١٣ ط١ ص١٥٩ جاء فيها (ان التظلم الذي يعتد به في إقامة دعوى الإلغاء لدى المحكمة الإدارية هو التظلم الأول).

(٢) في قرار غير منشور لمجلس شوري الإقليم الرقم ١٥٢/الهيئة العامة - إدارية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١١/٢٢ جاء فيها: (ان التظلم في مجال القضاء الإداري يقدم من القرار الإداري ذاته لدى الجهة التي أصدرته او الجهة اعلى منها وبالتالي فان تقديم هذا التظلم من قبل احد الورثة على فرض صحة انه مقدم من المدعى واحد يكفي لتذكير الإدارة وتنبيهها لعلها تتراجع عن قرارها المعترض عليه الا ان الثابت ان الإدارة رفضت هذا التظلم).

(٣) جاء في القرار المرقم ٧٠/اتحادية/تميز/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٨/١٥ نصها (لا يعد التظلم مجزيا لاقامة الدعوى اذا كان طلبه في الدعوى يغاير ويختلف مع ماورد في تظلمه المقدم الى الجهة الإدارية المختصة) منشور في احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٠ المجلد الثالث - تموز ٢٠١١ من إصدارات جمعية القضاء العراقي ص٢٣٠.

(٤) في قرار غير منشور لمجلس شوري الإقليم الرقم ٢١٣/الهيئة العامة - إدارية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/١٢/٥ جاء فيها (ان المحكمة ردت الدعوى لوجود نسختين من التظلم باريخين مختلفين وحيث تبين ان كل تظلم منها قد قدم ضد قرار مختلف عن الاخر لذا كان حريا بالمحكمة التثبت من محل الدعوى وتحديد القرار المطعون فيه وفي ضوء ذلك التحقق من أي من التظلمين المقدم ضد ذلك القرار ومن ثم التحقق من مدى إقامة الدعوى في الميعاد المقرر لاقامتها).

(٥) د. يحيى جلال عبدالله، المصدر السابق، ص ٢١٠.

(٦) المادة ٧ - ب من قانون مجلس الدولة الرقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩.

بينما المشرع الكوردستاني اعطى الحق للمتظلم عند رفض تظلمه او عدم البت فيه خلال مدة خمسة عشرة يوما ان يطعن في القرار او الامر خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء المدة المذكورة، والا سقط حقه في الطعن^(١).

لهذا يمكن القول بان هذه المدد المحددة لرفع دعاوي الإلغاء تعد مددا من النظام العام ومسقطا للحقوق، ويلاحظ فيها تمييزها بالقصر خلافا لمدد التقادم المسقط للحقوق، وذلك سعيا من المشرع لتحقيق استقرار المراكز القانونية وحسن سير العمل الإداري ومقتضياته وسرعة البت في مصير القرارات والامور، وعدم الالتزام بهذه المدد من قبل الخصوم يجبر القضاء على اثارها بناء على الطلب او من تلقاء نفسه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ولا يجوز ابداء الاتفاق على مخالفة المدد المحددة^(٢).

وعادة تبدأ سريان ميعاد الطعن في القرار او الامر الإداري بانتهاء المدة المحددة للتظلم وعدم البت فيه من قبل الجهة الإدارية المختصة، او تبدأ بعد البت في التظلم بالنفي او الرفض خلال مدة التظلم وعلم المتظلم به، حيث ان هناك فرق بين بت الإدارة في التظلم وعدم بت فيها، لان في الأول المشرع اعطى الخيار للمتظلم ان يطعن في القرار فور انتهاء المدة دون حاجة لاجراء معين من الإدارة، بينما في حالة البت في التظلم خلال مدتها تستوجب تبليغ المتظلم به لاجل بدء سريان مدة الطعن امام القضاء الإداري، ولكن ينتهي هذا الاجراء في كل الأحوال بانتهاء مدة التظلم التي حددها المشرع العراقي بثلاثين يوما والمشرع الكوردستاني بخمسة عشرة يوما، وفي حالة التبليغ بقرار رفض التظلم يقع عبء اثباتها على الإدارة، فاذا لم يقدم ما يثبت تبليغ المتظلم بقرار رفض التظلم ستبقى مدة التظلم سارية لحين انتهاءها قانونا، ويبدأ بعدها المدة المحددة للطعن في القرار الإداري التي لا يوقفها ولا يقطعها الا قوة قاهرة او حادث طارئ او طلب المعونة القضائية او الطعن بها امام محكمة غير مختصة، ويترتب على انقضاءها تثبيت القرار الإداري وتحسينها تجاه أي طعن اخر من قبل المتظلم كما لو كان القرار قرارا سليما، واي طعن فيه يكون مردودا شكلا لتقديمه خارج المدة القانونية دون الدخول في تفاصيله الموضوعية، ويخسر بذلك الطاعن فرصته في قبول طعنه امام القضاء الإداري طالما لم يكن القرار معدوما او صادرا من إدارة ذات صلاحية مقيدة او لم يكن القرار ذا اثر مستمر^(٣)، لكن ذلك لا يحول دون قيام ذوي الشأن الاخرين من التظلم فيه او الطعن به طالما تغيرت الأشخاص فيها^(٤).

(١) المادة ١٧ أولا وثانيا من قانون مجلس شورى إقليم كوردستان رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٨.

(٢) د.فارس علي جانكير، - المرشد العملي في الدعاوي الإدارية -، المكتبة القانونية، أربيل، الطبعة الاولى، ص ٤٥.

(٣) الحقوقي عبدالقادر صالح عبدول، القرارات الإدارية المدعومة - دراسة تحليلية مقارنة مزودة بالقرارات القضائية-، مكتبة يادكار للنشر والتوزيع /أربيل، الطبعة الأولى ٢٠٢٠، ص ١٢.

(٤) د.فهد عبدالكريم أبو العثم، المصدر السابق، ص ٢٧٦.

الفصل الثاني:

المبدأ المشروعية في القرارات الادارية

الإدارة بحاجة للسلطة لكي تتمتع بامتيازات تمكنها من القيام بمسؤولياتها المناطة بها لتحقيق مصالح المجتمع وتنظيم المرافق العامة وحماية الافراد، ولكن هذه السلطة يحكمها مبدأ ذو أهمية بالغة وهو المبدأ المشروعية، وذلك بان يخضع جميع مؤسسات الدولة لاحكام القانون، لكن السلطة في بعض الأحيان تفقد القدرة على الاتزان والامتثال لاحكام القانون وتخشى من تحقيق العدل، لهذا لا بد من وجود ضمانات تحمي الافراد من هذا التعسف المحتمل، وهذه الضمانات تتمثل في خضوع الإدارة للقانون وتطبيق هذا المبدأ الذي اخذ بها كثير من الدول وصنفت بالدولة الحديثة والتي تكون كل اعمال مؤسسات الدولة وقراراتها خاضعة لاحكام القوانين، وبعبارة أخرى ستكون معرضا للطعن فيها وإيقاف تنفيذها فضلا عن حق التعويض ان كان له مقتضى، وبناء على ذلك يمكن القول ان مفاد هذه المبدأ تتمثل بخضوع الجميع حكما ومحكومين لاحكام القوانين، وحينها نكون امام الدولة القانون و مبدأ مبدأ سيادة القانون على الجميع وتتخذ معيار أساسي لتصنيف الدول، حيث ان هناك دول يسود فيها خضوع الإدارة للقانون فتسمى بالدولة القانونية، وفي مقابلها هناك الدولة البوليسية او الاستبدادية، وهي التي تدير شؤونها من قبل حكام غير ملتزمين بالقوانين الا عندما يكون لصالحهم ويصدرون قرارات دون ان تستند فيها الى مصدر قانوني صحيح، او بالأحرى حتى لو التزموا بالقانون فالسلطات والحكام هم من سنوا هذه القوانين وفق مصالحهم الشخصية، كما ان بعض الدول قد تصنف بالقانونية لكن الأمور فيها تكون نسبية امام الأساليب المستعملة سرا وعلانية للمراوغة والتحاكي في تطبيق القوانين تحت مسميات قانونية، كوجود الاستثناءات والقوانين الخاصة او حتى عن طريق استغلال النفوذ والرشوة والضغط بطرق مختلفة وتفشي الفساد، لهذا ارتفعت الاصوات المناهية بالدولة القانونية التي تخضع فيها الحكام والمحكومون للقانون الذي لا تأتي سلطاته الإدارية بتصرف الا لتحقيق اهداف قانونية ومصالح عامة، ولا تقوم باي نشاط الا وفقا لاحكام وقواعد سبق وان تم وضعها وفقا للأوضاع والشروط المقررة باعتبار ان القانون هو الحاكم، ولكن اذا كانت الإدارة تلتزم بالقانون وتطبيقه فأى قانون نقصده؟ او بالأحرى اي قانون تكون مصدرا لهذا المبدأ وكيف تتمكن القضاء من الرقابة عليها، وما هو الاثار التي تترتب على الاخلال بهذا المبدأ؟ وللإجابة على هذه الأسئلة سنقسم هذا الفصل الى عدة مباحث سنتحدث خلالها عن مصادر مبدأ المشروعية اولا ثم عن دور القضاء في الرقابة على الادارة وتعقيدها، واخيرا نقلي الضوء على المسؤولية الإدارية نتيجة اصدار قرارات غير مشروعة.

المبحث الاول:

مصادر مبدأ المشروعية

المقصود بمبدأ المشروعية هو المفهوم العام والشامل بمختلف القواعد القانونية في الدولة بدءا بالدستور وانتهاء بالقواعد القانونية الدنيا، لتشمل كافة المصادر المكتوبة منها وغير المكتوبة والمتدرجة من حيث القوة والالزام من قواعد الدستور والمعاهدات والتشريع العادي واللوائح وكذلك المصادر الأخرى لها كالعرف والمبادئ العامة للقانون، عليه فهذا المبدأ تنصب على التزام الإدارة في تصرفاتها

باحترام القانون باعتبارها قواعد ملزمة أيا كان مصدرها او شكلها حتى لو كان خارج السلطة التنفيذية، بان تكون صادرة من السلطة التشريعية او القضائية او حتى من السلطة الإدارية نفسها، عليه سنقسم بحثنا حول المصادر هذه في مطلبين، في الأول سنتحدث عن المصادر المكتوبة وفي الثانية عن المصادر غير المكتوبة.

المطلب الأول: المصادر المكتوبة

تشمل المصادر المكتوبة لمبدأ المشروعية، الدستور، والتشريع العادي (اي القانون)، والتشريع الفرعي (اي الأنظمة والتعليمات)، وسنتحدث عنهما بشيء من الإيجاز.

أولاً: الدستور: الدستور يتكون من مجموعة من النصوص التي تمثل القانون الأعلى في الدولة، وهو عبارة عن مبادئ عامة وقواعد كلية تحدد وضع الدولة وتنظم سلطاتها الأساسية وتحدد اختصاصات كل منها، مع بيان العلاقة بين هذه السلطات وحقوق الافراد وحررياتهم، من هنا يمكن القول ان الدستور هو اول مصدر من المصادر المشروعية واسماها في مدارج النصوص التشريعية، بحيث لا يمكن لاي قواعد ملزمة أخرى ان يناقضها، وتتصف بصفة سمو وبمرتبة العلو على كافة المصادر الأخرى لمبدأ المشروعية، وتترتب على رأس التنظيم القانوني للدولة وتحكم باق القواعد القانونية الأخرى^(١).

تأسيساً على ذلك فانه من غير الجائز الوقوف عند ذلك القدر مما تتمتع به النصوص الدستورية من مزايا سمو على سائر القواعد القانونية أخرى، وانما يتعين ترجمة هذه المزايا الى الواقع العملي بما يترتب عليها من ضرورة احترام سلطات الدولة لقواعدها والالتزام بحدودها والتصرف وفق النطاق الذي رسمها، ويفترض في صدور أي تشريع ان يكون قد صدر مطابقاً لها، وان مخالفة مبادئها يجعل القرار الإداري في بعض الأحيان معدوماً ولا ينتج اي اثر، لانه يتسم بعيب جسيم يجرده عن كيانته وصفته الإدارية ويجعله مجرد عمل مادي ولا يتمتع بمزايا القرار الإداري الصحيح ويجعل وجوده وعدمه سواء^(٢)، وترجع خضوع الإدارة لاحكام الدستور الى اعتبارات تتعلق بان الوظيفة التشريعية التي تنصرف بطبيعتها الى وضع قواعد عامة مجردة تتولي السلطة التنفيذية بتطبيقها خلال ما تصدره من القرارات، ولان الدستور يصدر بإرادة الأمة وعن طريق ممثلي الشعب وباستفتاء عام، لهذا لا يجوز لاي سلطة كان مخالفتها.

وتشكلت في العراق المحكمة الاتحادية العليا بموجب المادة ٩٣ من الدستور العراقي، وبموجب القانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ كمحكمة دستورية مستقلة مالياً وإدارياً ولا سلطان عليها لغير القانون، وتختص بالرقابة الدستورية على القوانين والأنظمة والتعليمات النافذة وتفسير نصوص الدستور والفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات، والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية، ويكفل القانون لكل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الافراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى هذه المحكمة، وكذلك الفصل في المنازعات التي تحصل بين حكومات الأقاليم والمحافظات والاتهامات الموجهة للرئاسات وتصديق نتائج الانتخابات والفصل في النزاع الاختصاصي

(١) د.زانا رؤوف حمه كريم و د. دانا عبدالكريم سعيد -، المبادئ العامة في القانون الإداري (الكتاب الثاني) الاعمال الإدارية - مبادئ المشروعية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، مطبعة يادكار، الطبعة الأولى اكتوبر ٢٠١٧، ص ١٩٤.

(٢) الحقوقي عبدالقادر صالح عبدول، المصدر السابق، ص ٥.

بين قضاء الإقليم والاتحاد^(١)، ولأجل ذلك أصدرت هذه المحكمة كثيرا من القرارات تخص عدم شرعية بعض القوانين والأنظمة والتعليمات سواء إقليمية كانت او اتحادية^(٢).

ثانيا: التشريعات العادية: نقصد بالتشريعات العادية هنا، ما يصدرها السلطة التشريعية في الدولة، كما هو الحال في العراق وإقليم كردستان التي اناطت هذه المهمة بمجلس النواب الذين ينتخب اعضاءهما عن طريق الشعب كما هو جار في معظم الدول، من هنا تختص السلطة التشريعية فيهما على وضع القوانين بهدف بيان وتحديد الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية والزراعية والتعليمية وغيرها من الأمور التي تهم الدولة^(٣)، فالسلطة التنفيذية مكلفة بتنفيذ القوانين استنادا لمبدأ الفصل بين السلطات، بينما السلطة القضائية تطبق تلك القوانين، لهذا تعد السلطة التشريعية من اهم السلطات الثلاث باعتبارها تتصرف باسم الشعب وتعبّر عن ارادته وتضم ممثلين عنه، لكن ذلك لا يعني فرضها على غيرها من السلطات، لان كل السلطات الثلاث تؤدي مهام ومسؤوليات في حدود اختصاصها، و لا يمكن ان تكمل واحدة نظام الدولة بوحدة دون الأخرى، وان التشريعات التي تصدرها هذه المؤسسة المهمة في الدولة تأتي في المرتبة الثانية بعد الدستور من حيث الالتزام ولا يجوز مخالفتها عن طريق باق الأنظمة والتعليمات (التشريعات الفرعية)، هذا ناهيك عن القرارات الإدارية التي يجب ان تلتزم التزاما كاملا بنصوصها.

ثالثا: الأنظمة والتعليمات (التشريعات الفرعية): هي قرارات إدارية تنظيمية تصدرها السلطة التنفيذية، وتعد واحدة من المصادر المكتوبة لمبدأ المشروعية، وتشارك مع التشريع العادي بكونها قواعد عامة ملزمة وواجبة الاحترام، لكنها تأتي في مرتبة بعدها من حيث الالتزام ولا يجوز ان يكون قواعدها مخالفا للتشريع العادي وللدستور ايضا بالرغم من كونها تشريعا من حيث مضمونها وتتضمن قواعد قانونية عامة ومجردة وتخاطب مجموعة من الافراد معينين وفقا لصفاتهم، الا انها تعد قرارا إداريا من حيث شكليتها لصدورها من السلطة التنفيذية بينما التشريع يصدر من السلطة التشريعية، وبالتالي يفترض نشرها في جريدة رسمية لتتسم بصفتها الإلزامية والا تكون مجرد قرار اداري وبالتالي يمكن الطعن فيها امام المحكمة الإدارية، إضافة الى ان المشرع يصدر ما يشاء من القواعد ويفرض ما يريد من القيود طالما كان ذلك في حدود الدستور لكن اللوائح التنفيذية تعمل في اطار القانون وبتفصيل نصوصها لتسهيل تطبيقه، لهذا المفروض هو ان يتطابق نطاقه مع نطاق القانون الذي صدر لاجله^(٤)، وتتقسم الأنظمة والتعليمات الى:

١- الأنظمة التنفيذية: وهي القرارات الإدارية التنظيمية التي تصدرها السلطة التنفيذية بتفويض من الدستور بهدف وضع القانون موضع التنفيذ، وتنقيد بالقانون وتتبعه ولا تملك ان تعدل فيه او تضيف اليه او تعطل جزءا فيها، وتتضمن التفصيلات والجزئيات التي يستلزمها لتنفيذ الاحكام التي يحتويها القانون، ويشترط لمشروعيتها الا تأتي متعارضة مع احكام القانون التي صدرت استنادا اليه سواءا بالتعديل او التعطيل او الاعفاء وبدون زيادة او نقصان وصادرا من السلطة المختصة، والا عد نظاما وتعليمات غير

(١) انظر قانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ قانون المحكمة الاتحادية العليا.

(٢) منها القرار المرقم ١/اتحادية/٢٠٠٥ في ٢٩/٥/٢٠٠٦ المنشور في (احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للاعوام ٢٠٠٥ و ٢٠٠٦ و ٢٠٠٧)، من إصدارات جمعية القضاء العراقي، والقرار المرقم ٩/اتحادية/٢٠٠٨ في ٢٤/١١/٢٠٠٨ المنشور في المجلد الثاني منها للاعوام ٢٠٠٨ و ٢٠٠٩ و القرار المرقم ١٤/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٧/٤/٢٠١٠ المنشور في المجلد الثالث للعام ٢٠١٠ والقرار المرقم ٥٧/اتحادية/٢٠١١ في ١٨/١٠/٢٠١١ المنشور في المجلد الرابع.

(٣) د. نجيب مخلف احمد الجبوري، المصدر السابق، ص ٥٠.

(٤) د. مازن ليلو ماضي، المصدر السابق، ص ١٦.

قانوني، ويسري مفعولها اعتباراً من تاريخ نشرها عادة^(١)، واهمية هذه النوع من القواعد تأتي بسبب الحاجة اليها مؤخراً بسبب زيادة تدخل الدولة في جميع نواحي الحياة السياسية والاقتصادية والصحة والتربوية وغيرها من الشؤون الموكلة بها، وإزاء ذلك التطور في دور الدولة فقد أصبح من الصعب على المشرع احاطته بجميع التفاصيل والجزئيات التي تعترض شؤون السلطات التنفيذية التي بحكم وظيفتها وصلتها المباشرة بالافراد، فتكون تلك السلطة هي اعرف بتلك التفاصيل للاحكام الاجمالية التي تتضمنها القوانين ومسايرة المقتضيات او الظروف إضافة الى إمكانية تعديلها بشكل اسهل اذا احتاج ذلك دون حاجة للرجوع للسلطات الأخرى، حيث ان القانون اوكلها مهمة اصدار اللوائح التنفيذية كما جاء في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ المادة ٨٠ الفقرة ٣ منها بان يقوم مجلس الوزراء بإصدار الأنظمة والتعليمات والقرارات بهدف تنفيذ القوانين.

٢- أنظمة الضرورة: هذه الأنظمة تعد قرارات إدارية تنظيمية تصدرها السلطة التنفيذية بغية عن السلطة التشريعية لمواجهة ظرف استثنائي عاجل لا تحتمل التأخير بسبب تهديدها لامن الدولة وسلامتها الداخلية كانت او الخارجية استناداً للمهمة الموكلة اليها، وهي ان الدولة ملزمة بالمحافظة على النظام العام وضمان سير المرافق العامة بانتظام، لان غالباً في هكذا الأوضاع لا تكون قواعد القانون العادي كافياً لمواجهةها والتغلب عليها فيكون للسلطة التنفيذية صلاحية اللجوء الى وسائل أخرى وقواعد عامة جديدة تكون كفيلة لمواجهة تلك الحالات الطارئة، ولكن تلك الصلاحيات لا تمنح الا في حالات تتوفر فيها الشروط التالية:

أ- ان يكون السلطة التشريعية في حال غيبة كصدور قرار بحله او إيقافه او في حالة كون السلطة التشريعية في فترة العطلة التشريعية.

ب- حدوث حالة طارئة وظرف استثنائي عاجل لا تتحمل تأخيرها لمساسها المباشر بامن وسلامة الدولة او المواطنين داخلياً كانت او خارجياً.

ت- عدم مخالفة الأنظمة الصادرة تحت تلك الظروف لاحكام الدستور.

ث- عرض الأنظمة على السلطة التشريعية في اقرب فرصة ممكنة وفي اول جلسة يعود فيها للعمل والا تزول اثرها الا اذا كان هناك أسباباً تدعو السلطة التشريعية لاعتبارها قواعد شرعية.

ويجدر الإشارة الى ان هذه الأنظمة لم ينص عليها الدستور العراقي الصادر في ٢٠٠٥ ولا قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية عام ٢٠٠٤ بعكس ما كان عليه الحال في الدستور المؤقت لعام ١٩٧٠ وكذلك دستور عام ١٩٦٨ ودستور عام ١٩٥٨^(٢).

٣- الأنظمة التفويضية: تلك الأنظمة أيضاً يصدرها السلطة التنفيذية لكن بتفويض من السلطة التشريعية لاجل تنظيم بعض مسائل الإدارية بالرغم من كونها تدخل ضمن اختصاصات السلطة التشريعية، لهذا تكون لتلك القرارات قوة القانون سواء صدرت في غيبة عن السلطة التشريعية او حال انعقادها^(٣)، وعادة سيلجأ السلطة التنفيذية لاصدار تلك الأنظمة في وقت الازمات سياسية او اقتصادية او اجتماعية او صحية وغيرها، خصوصاً عندما تعجز المجالس النيابية في مواجهتها، وهذا التفويض جاءت في دساتير بعض الدول كما كان الحال في الدستور الفرنسي قبل عام ١٩٥٨ بالرغم من عدوله عن هذا

(١) د. زانا رؤوف حمه كريم و د. دانا عبدالكريم سعيد، المصدر السابق، ص ١٩٥.

(٢) لمزيد من التفصيل انظر د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص ١٦.

(٣) د. زانا رؤوف حمه كريم و د. دانا عبدالكريم سعيد، المصدر السابق، ص ١٩٦.

الموقف بعدها واعتبرت تلك القرارات مجرد قرارات إدارية لحين إقرارها من قبل السلطة التشريعية ووقتها ستصبح تشريعا، اما الدستور العراقي فلدى التمعن فيه فلم نرى ما يسمح بإصدار تلك اللوائح.

٤- الانظمة المستقلة: وسميت هذه الأنظمة بالمستقلة لأنها تنظم أموراً لم يذكرها التشريع، لهذا تكون مستقلاً عنها وتقترب في ان تكون تشريعا ثانويا ومكملا قد تتعلق بالمرافق العامة لاجل تنسيق سير العمل فيها او تتعلق بالضبط الاداري بقصد المحافظة على النظام العام، لكن في العراق لم تعد بالإمكان الاخذ بهذه الأنظمة لان الدستور العراقي عام ٢٠٠٥ حصر تنظيم المرافق العامة بتشريع خاص يصدرها السلطة التشريعية وهذا ما جاء في المادة ٨٦ نصها : (ينظم بقانون تشكيل الوزارات ووظائفها واختصاصاتها وصلاحيات الوزير)، اما ما يخص الضبط الإداري أيضا لا يمكن إصدارها كتشريع من قبل السلطة التنفيذية لعدم جواز تقييد حقوق الافراد وحررياتهم الا بنص من القانون، كما جاء في المادة ١٥ من الدستور نصها : (لكل فرد الحق في الحياة والامن والحرية ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق او تقييدها الا وفقا للقانون وبناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصة)^(١).

المطلب الثاني: المصادر غير المكتوبة

وهذه المصادر تشمل كلا من العرف والمبادئ العامة للقانون وسنتناول كل منها بشيء من الايجاز:

أولاً: العرف: يعد العرف مصدراً من مصادر مبدأ المشروعية أي كان نوعه، فالعرف الإداري عندما تتكون بمرور الزمن ويتبعها الإدارة خلال اعمالها اليومية بشكل منتظم، بحيث يسود اعتقاد عند الإدارة و الافراد بان هذا الاجراء او ذلك السلوك امر ملزم اتباعه، لهذا تعرف هذا المصدر بانه مجموعة من القواعد التي درجت الإدارة على اتباعها في أداء وظيفتها في مجال معين من نشاطها وتستمر عليها لتصبح قواعد او إجراءات ملزمة لها ومخالفتها تعد مخالفة للقواعد المشروعية وتؤدي الى ابطال تلك التصرف بالطرق المقررة قانوناً^(٢)، فالمصادر غير المكتوبة عموماً والعرف خصوصاً تأتي في مرتبة ادنى من مرتبة القواعد القانونية المكتوبة، لهذا يستلزم ان لا يخالف نصاً من المصادر المكتوبة وتعد مصدراً تكميلياً لما يورد من نواقص للمصادر المكتوبة، لهذا يستوجب توفر عنصرين فيها حتى تكتسب العرف صفتها الإلزامية وهي^(٣):

١- العنصر المعنوي: والذي يتمثل في شعور الافراد والإدارة بان هناك قاعدة تسلك تصرفاً إدارياً ودرجت على اتباعها وأصبحت ملزمة للجميع، بمعنى ان اتباع الإدارة لتلك القاعدة تتولد لديها بانها أصبحت واجبة الاحترام ولا يجوز مخالفتها.

٢- العنصر المادي: ويقصد بهذا العنصر ان يعتاد الإدارة وأجهزتها المختلفة على اتباع ذلك السلوك المعين بشكل منتظم ودون انقطاع لفترة تثبت استقرارها عليها سواء كان قياماً بعمل او امتناعاً عنه.

ويتوجب ان تتوفر في الأعراف الإدارية شروطاً خاصاً، حيث يشترط ان يكون العرف عاماً وغير مقصور على اشخاص معينين، لكن هذا الشرط لا يعني ان يكون شاملاً لكل إقليم الدولة، بل يكفي ان يكون متبعاً في جزء منها او منتشراً لدى مركز اداري معين، فيكفي ان يحكم العرف نشاط تلك الإدارة في ميدان معين من أنشطتها، وكذلك يجب ان يستقر عليها العمل ويستمر عليها خلال زمن يكفي ان تؤكد

(١) د. نجيب خلف احمد الجبوري، مصدر السابق، ص ٥٦.

(٢) د. مازن ليلو راضي، مصدر السابق، ص ٢٤.

(٣) د. فهد عبدالكريم أبو العثم (المصدر السابق ص ٨١).

استقرارها، ويجب كذلك ان لا يخالف العرف لنص قائم او لقاعدة قانونية، فاذا توفرت فيه تلك الشروط فانه يأخذ صفته الإلزامية ويجب اتباعها، ووقتها تعد مصدرا من مصادر المبدأ المشروعية^(١).

ثانيا: المبادئ العامة للقانون: وهي أيضا قواعد غير مكتوبة يستنبطها القضاء من احكام القوانين ويتعين على الإدارة احترامها وعدم الخروج عليها، والا عد تصرفها انتهاكا لمبدأ المشروعية، وبالتالي يحق للمحكمة الإدارية الغاء القرار المخالف للمبادئ العامة^(٢)، لهذا لا تستند المبادئ العامة الى نصوص مكتوبة، وانما يستخلصها القضاء وتقرر مبادئها دون ان ينشأها بنفسها، بل يكون نتيجة للتعلم في روح التشريع ودراسة مبادئه المكتوبة في ضوء الأسس التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة ووثائقها القانونية، أي تظهر تلك المبادئ نتيجة تفسير القضاء لضمير المشرع، ويرى البعض بان تفاوت القوة القانونية لتلك المبادئ تكون بتفاوت مصدرها التي استند اليها القضاء، فاذا كان استنباط القضاء لمبدأ معين جاء من القواعد الدستورية او المبادئ التي بني عليها الدستور، كان لهذا المبدأ قوة القواعد الدستورية وبالتالي تسمو على قواعد التشريع العادي، لكن الرأي الراجح في القانون الإداري هو ان هذه المبادئ تكون ادنى مرتبة من المصادر المكتوبة وان كانت ملزمة للإدارة، باعتبار ان القضاء هي من يستمدّها من مجموعة نصوص تشريعية وروحها، وبالتالي تكون مصدره القضاء^(٣).

المبحث الثاني:

الرقابة القضائية على مبدأ المشروعية وتقييداتها

سبق وتم ذكرها بان مبدأ المشروعية تحتل مكانا بارزا في القرار الإداري وتعد من اهم مبادئ القانون الإداري على الاطلاق، وان تجسيده في ارض الواقع تحتاج لدراسة سبل تطبيقها اخذا باحترام باق مبادئ القانون الإداري وخصوصا مبدأ الفصل بين السلطات، إضافة الى معرفة اختصاص الإدارة التي بموجبها تكون السلطة الإدارية غير قادرة على ممارسة مهامها الا ضمن الحدود المرسومة لها.

بناء على ما تقدم فلا بد لاي سلطة عند قيامها بممارسة اختصاصها التشريعي ان تلتزم باحكام القواعد القانونية التي تعلوها مرتبة حتى يكون عملها مطابقا للمشروعية، أي ان القوانين التي تقرها السلطة التشريعية وتخالف بها الدستور تكون باطلة ويمكن الحكم بعدم دستوريته، فضلا عن هذا فان الأنظمة والقرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية الذي تخالف الدستور او القوانين العادية تكون باطلة أيضا وستحکم بعدم دستوريته او عدم مشروعيتها حسب الأحوال، لهذا يفترض ان تلتزم الإدارة باحترام القوانين وان تخضع لها، ولاجل تضمين هذا الهدف تم وضع الرقابة القضائية التي تمارس المحاكم خلالها مهامها لاجل تدقيق القرارات الصادرة من السلطة التنفيذية وامعان النظر فيها لاجل معرفة مدى التزامها بمبدأ المشروعية، وذلك من خلال الطعن في قرار اداري معين وطلب الغائه او تعديله عن طريق دعوى الإلغاء، وتعتبر هذه الدعوى من اهم اختصاصات القضاء الادري وتحظى بأهمية بالغة في كافة القوانين الإدارية في دول مختلفة ونظموا لها احكاما وشروطا لصلاحياتها باعتبارها من اهم وسائل حماية هذه المبدأ ..

(١) د. نجيب خلف احمد الجبوري، المصدر السابق، ص ٦٠.

(٢) د. زانا رؤوف حمه كريم و د. دانا عبدالكريم سعيد، المصدر السابق، ص ١٩٦.

(٣) د. فهد عبدالكريم أبو العثم، المصدر السابق، ص ٨٠.

وحيث سبق وان تحدثنا عن شروط متعلقة بالقرار الإداري وما يتعلق به لاجل الطعن فيه ضمن عناصر وشروط القرار الإداري، وكذلك تحدثنا عن القرارات الإدارية القابلة للطعن فيها والشروط المتعلقة بقبولها في الفصل الأول من هذا البحث، لهذا لن نعود اليه طالما نحن دخلنا في صلب الموضوع، وسنتحدث الان عن دور الرقابة القضائية وكيفية عملها في المحاكم الإدارية، لهذا سنقسم هذا البحث ضمن هذا الفصل الى مباحث سنتحدث خلالها عن أوجه الطعن بالغاء القرارات الإدارية، وعن تقيدها، وفي المطلب الأخير سنتحدث عن مسؤولية الإدارة نتيجة اصدار قرارات خارجة عن المبدأ المذكور:

المطلب الأول: أوجه الطعن في القرارات الإدارية

القرار الإداري الذي لا يلتزم بمبدأ المشروعية تكون بسبب عيب تصيب القرار فتجعله غير مشروع، وحيث ان المبدأ العام في القرار الإداري هو صحتها لحين اثبات العكس^(١)، أي ان القرار الإداري يعتبر صحيحا وملتزمًا بمبدأ المشروعية في باديء الامر ويعتبر انه صدر وفقا للقانون وخال من كل العيوب، ولكن هذه القرينة قابلة لاثبات العكس، حيث تم تحديد أسباب الطعن في القرار الإداري في قانون مجلس شوري الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل بانه: (١- ان يتضمن الامر او القرار خرقا او مخالفة للقانون او الأنظمة او التعليمات . ٢- ان يكون الامر او القرار قد صدر خلافا لقواعد الاختصاص او معييا في شكله . ٣- ان يتضمن الامر او القرار خطأ في تطبيق القوانين او الأنظمة او التعليمات او تفسيرها او فيه إساءة او تعسف في استعمال السلطة، ويعتبر من حكم القرارات او الاوامر التي يجوز الطعن فيها رفض او امتناع الموظف او الهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي عن اتخاذ قرار او امر كان من الواجب عليه اتخاذه قانونا^(٢)، بينما لا نجد نصا مشابها في قانون مجلس شوري إقليم كردستان.

وبعد ان نتحقق المحكمة من توافر الشروط الشكلية الخاصة بقبول الدعوى التي سبق وان بحثناها في الفصل الأول والمتعلق بميعاد تقديم التظلم وعريضة الدعوى، ستبدأ مرحلة أخرى تتعلق بالجوانب الموضوعية والبحث عن أوجه المشروعية للقرار الإداري المطعون فيه من عدمه، والذي يستند فيه الطاعن الى عيب فيه بالرغم من عدم تقييد المحكمة بذلك العيب الذي يحدده الطاعن، اذ من الممكن ان تنطرق المحكمة الى عيب اخر لم يخطر ببال الطاعن بغض النظر عن صحة ادعاءه من عدمه في العيب الذي أشار اليه في عريضته، حيث للمحكمة ان تثير أي عيب تظهر في القرار المطعون فيه بغض النظر عما أشار اليه الطاعن في لوائحه طالما ان العيب تتعلق بمبدأ المشروعية وذلك بسبب الصلة الوثيقة بين هذا المبدأ والنظام العام^(٣)، ولجل تبيان هذه الأسباب سنقسم هذا المطلب الى فروع سنتحدث خلال كل واحد منها عن سبب من أسباب أوجه الطعن في القرار الإداري:

الفرع الأول: عيب عدم الاختصاص:

سبق وان تحدثنا بان القرار الإداري الذي يخرج عن قواعد الاختصاص يعتبر قرارا باطلا، وهذا العيب أصبح معروفا في القرارات الإدارية منذ نشأة القانون الإداري باعتبار ان الاختصاص تحدد ولاية اصدار القرار من سلطات مخولة بموجب القانون، والاصل في عدم الالتزام بقواعد الاختصاص هو بطلان القرار الإداري سواء كان عدم الاختصاص هذا ناجما عن الاختصاص النوعي او المكاني او الزماني، لانها تعتبر خروجًا عن مبدأ المشروعية فاذا كان العيب فيه جسيما يخلع عنه وصف القرار

(١) د. وسام صبار العاني، المصدر السابق، ص ٢٤٢.

(٢) المادة ٧ خامسا من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٣) د. فهد عبدالكريم أبو العثم، المصدر السابق، ص ٣٠٥.

الإداري ويصبح مجرد عمل مادي لا يكسب حقا ولا يفرض التزاما ولا يتمتع بالحصانة أيضا، ولأجل توضيح أكثر حول هذا العيب سنقسم هذا الفرع الى اقسام على الشكل التالي:

أولا: تعريف عيب عدم الاختصاص: يعرف عدم الاختصاص بأنه^(١) عدم الولاية القانونية للسلطة الإدارية في اتخاذ قرار او تصرف لا يدخل ضمن اختصاصاتها، فالاصل هو انه يجب على الإدارة ان لا يمارس عملا قانونيا معيناً لا يعتد به القانون، لان المشرع جعله من سلطة هيئة إدارية أخرى بمقتضى قاعدة قانونية، والا عد عمله هذا مخالفا للقانون لمخالفته قواعد الاختصاص، باعتبار انه لا يجوز للرجل الإداري القيام باي عمل دون تفويض قانوني وصلاحيه مرسومة له صراحة او ضمنا، لهذا استقر الفقه والقضاء الإداري على ان عيب عدم الاختصاص في دعوى الإلغاء تعني عدم قدرة سلطة معينة على مباشرة عمل قانوني معين لان المشرع جعله من اختصاص سلطة أخرى.

ثانيا: خصائص عيب عدم الاختصاص: يتميز هذا العيب بأنه يتعلق بالنظام العام عادة، ويترتب على ذلك ان عدم الدفع بهذا العيب من قبل الطاعن في عريضة دعواه لا يسقط حق التطرق اليه لاحقا، بل يجوز ابدائه في اية مراحل تكون عليها الدعوى، لان هذه القواعد تعد من عمل المشرع ويتوجب على الإدارة عدم الخروج منها واحترامها والعمل ضمن نطاقها تطبيقا لمبدأ المشروعية، لانها وضعت لأجل تحقيق الصالح العام وليس لأجل مصلحة الإدارة وحدها، لهذا لا يجوز للإدارة الاتفاق مع غيرها سواء اشخاص معنوية او الافراد على تعديل قواعدها.

واستقر الفقه والقضاء انه لا يمكن تصحيح القرار المشوب بعيب عدم الاختصاص من قبل الإدارة، لان الإدارة لا تملك سلطة تصحيحه باجراء لاحق عن طريق اجازته من المرجع المختص، لان ذلك يؤدي الى مخالفة مبدأ عدم رجعية القرارات الى الماضي، ولكن هذا لا يحول دون امكان المرجع المختص بان يصدر قرارا جديدا يكون نافذا من تاريخ صدوره^(٢).

ثالثا: صور عدم الاختصاص: عيب عدم الاختصاص في القرارات الإدارية تختلف من قرار لآخر حسب جسامه المخالفة فيها، لكن يمكن تصنيفها ضمن العيب البسيط والعيب الجسيم.

١- عيب عدم الاختصاص البسيط: وهو عيب يصيب القرار الإداري فيما يخص الاختصاص المكاني او الزماني او الوظيفي^(٣)، فهناك وظائف يمكن ان يمارسها بعض الاشخاص في جميع انحاء الدولة كرئيس الدولة او رئيس الوزراء او الوزراء كل ضمن اختصاصاته، لكن هناك وظائف أخرى تنحصر صلاحياتهم ضمن إقليم او محافظة محددة، كالمحافظ او مدراء الدوائر الكائنة في محافظة معينة، بحيث لا يجوز لهم ممارسة صلاحياتهم خارج نطاق مكانهم الوظيفي، وكذلك للرجل الإدارة ان يمارس سلطاته في زمن محدد والا عد مخالفا لاختصاصه، وعندئذ يكون قراره الصادر مشوب بعيب الاختصاص، فمن يصدر قرارا قبل استكمال إجراءات تعيينه في الوظيفة او بعد احواله الى التقاعد او بعد نقله من وظيفته او اثناء تمتعه بالاجازة يكون قراره مشوبا بعيب الاختصاص وبالتالي تصبح قرارا غير مشروع بسبب عيب من عيوب الاختصاص، اما الاختصاص الوظيفي او الموضوعي فتكون ذلك عن طريق قيام إدارة او هيئة معينة بإصدار قرار تدخل في الأصل ضمن اختصاصات ومهام إدارة او هيئة أخرى، او بمعنى آخر الاعتداء

(١) د. يحيى جلال عبدالله، المصدر السابق، ص ٣٧٤.

(٢) د. نجيب خلف احمد الجبوري، المصدر السابق، ص ٢٩١.

(٣) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، - مسئولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية القرارات والعقود الإدارية -، الطبعة الأولى ٢٠٠٨، المركز القومي للاصدارات القانونية، ص ١٧٢.

على صلاحيات هيئة أو إدارة من قبل هيئة أو إدارة أخرى، سواء كان الاعتداء وارد من سلطة ادنى على اختصاص سلطة اعلى منها أو كانت بين سلطتين متوازيتين أو كانت من سلطة اعلى على اختصاص سلطة ادنى منها رغم وجود اراء فقهية حول تدخل سلطة ما على اختصاصات سلطة أخرى اذا كانت ضمن مسؤوليات محددة بان يكون الاعتداء واقع من سلطة اعلى ضمن وزارة واحدة على احد المديریات، لكننا في غنى عن الدخول حول هذا النقاش باعتبار ان الاختصاصات مرسومة قانونا ولا يمكن لفاقد الشيء ان يعطي^(١).

٢- عيب عدم الاختصاص الجسيم: هذا العيب تتمثل باعتداء الإدارة على اختصاصات السلطة التشريعية أو اعتداءها على اختصاصات السلطة القضائية أو اعتداءها على اختصاصات سلطة إدارية أخرى لا تربطها أية قوام ولا تمت لها بأية صلة، أو ان يقوم الإدارة بخرق مبدأ من المبادئ الدستورية المتعارف عليها، كمبدأ الفصل بين السلطات، مما يجعل القرار معدوما وبلا قيمة قانونية وتجعل تصرف الإدارة في هذه الأحوال تصرفا ماديا ولا ينتج اية اثر قانوني باعتبارها مشوبا بمخالفة جسيمة وانتهاك واضح لمبدأ المشروعية في القرارات الإدارية^(٢).

وجدير بالذكر ان عدم الاختصاص يمكن ان تحدث حتى في حال القرارات السلبية، ويتمثل ذلك في رفض الموظف المختص بإصدار قرار اداري ظنا منه انه لا يدخل ضمن اختصاصه، ويكون ذلك عيبا بسيطا عندما يتعلق الامر بمخالفة قواعد الاختصاص في نطاق وظيفة إدارية سواء كان العيب موضوعيا أو مكانيا أو زمانيا، اما عدم الاختصاص الجسيم في القرار الإداري السلبي فتنهض عندما يصبح العيب من قبيل اغتصاب للسلطة، عندئذ لن يكون القرار باطلا فقط، بل يجعلها معدوما مثله مثل العيب الجسيم في القرارات العادية، حيث القرار المعدوم هو الذي يشوبه عيب جسيم وبجرده من كيانه وصفته الإدارية ويجعله عملا ماديا بحتا وتبلغ جسامته الى حد غصب السلطة والانحراف الشديد فيها^(٣).

الفرع الثاني: عيب الشكل والإجراءات:

الأصل في القرار الإداري هو ان الإدارة غير مقيدة بشكل معين أو اتخاذ اجراء ما حين اتخاذها لقراراتها، ولها ان تفصح عن ارادتها بأية صيغة تراها مناسبة ما لم يحتم عليها القانون اتباع شكل خاص أو اتخاذ اجراء معين، ولكن حماية للمصالح العامة وحتى الخاصة على حد السواء، وحدا للتسرع في تصرفات إدارية قد تبدوا خطيرة نوعا ما ولأجل منح أطرافها فرصة معقولة للتروي والتدبر ودراسة وجهات النظر المختلفة، وكذلك لضمان حسن سير المرافق العامة قد يشترط شكليات أو إجراءات معينة لاتخاذ بعض القرارات، مما يحمل الإدارة على التأني وعدم الارتجال ودراسة العمل الإداري للتأكد من مشروعيته قبل الاقدام عليه، وكذلك ضمانا لعدم التعسف أو حرمان اطراف القرار من الدفاع عن مصالحهم تم وضع تلك القيود في القرار الإداري، وعندما لا يراعي الإدارة تلك الشروط الشكلية والإجراءات المنصوصة عليها قانونا اثناء اصدار قرار اداري يكون القرار حينها مشوبا بعيب الشكل، وهذا العيب يتعلق بالشكل الخارجي والمظهر للقرار الإداري ويترتب على مخالفته بطلان القرار، لهذا فعيب الشكل والإجراءات في القرار الإداري يقصد بها ذلك العيب الذي يصيب المظهر الخارجي أو

(١) د. خلف عبدالكريم أبو العثم، المصدر السابق، ص ٣١٥.

(٢) د. وسام صبار العاني، المصدر السابق، ص ٢٥٣.

(٣) القرارات الإدارية المعدومة دراسة تحليلية مقارنة مزودة بالقرارات القضائية للحقوقي عبدالقادر صالح عبدول الطبعة الأولى ٢٠٢٠ مكتبة يادكار ص ٥.

الاجراءات التي تلتزم جهة إدارية باتباعها عند إصدارها للقرارات الإدارية^(١). ومصدر الالتزام في قواعد الشكل والإجراءات قد تكون قواعد قانونية او المبادئ العامة في القانون التي تستخلص من روح التشريع وتستند الى ما يمليه العقل وحسن تقدير الأمور، وفي بعض الأحيان تكون تلك القواعد أموراً جوهرياً تمس المصالح بشكل مباشر وهناك قواعد أخرى شكلية او إجرائية لا يترتب على إصدارها مساساً بمصالحهم، ويترتب على عدم مراعاة النوع الأول بطلان القرار الإداري بعكس الثاني، وان ما يعتبر من الأشكال الجوهرية هي مسألة تقديرية تستخلص في ضوء النصوص القانونية وراي المحكمة، ولكن عادة ما تكون الإجراءات او الأشكال ذا صفة جوهريّة اذا وصفها القانون ذلك صراحة او اذا رتب البطلان كجزء على مخالفته او اذا كان للشكل او الاجراء اثر حاسم في مسلك الإدارة، والعكس يكون الشكل او الاجراء غير جوهري وان تجاهله لا يعد عيباً مؤثراً، وان اهم هذه الشكليات او الاجراءات هي ما تتعلق بشكل القرار ذاته او تتعلق بالتسبب اذا كان القانون يطلب تسببه او تتعلق بالإجراءات السابقة على اتخاذ القرار او تتعلق بالشكليات الخاصة للجان والمجالس، بمعنى ان الأشكال والإجراءات اذا مست مصالح الافراد تكون جوهرياً والأشكال والإجراءات المقررة لمصلحة الإدارة لا تعد جوهرياً في اغلب الأحيان خصوصاً اذا لم يؤثر على مضمون القرار^(٢)، ومن امثلة العيوب الشكلية تلك التي ينص عليها القانون كعدم الالتزام بإصدار القرار وفقاً لشكلها المطلوب كان يكون القرار بدون توقيع او دون ذكر تاريخ إصداره بالرغم من ان عيب التاريخ عيب ثانوي ولا يترتب على عدم مراعاته ابطال القرار الإداري، وكذلك امثلة لذلك اغفال النص التشريعي الذي استند عليه القرار او عيب عدم ذكر تسبب القرار او نشره، اما عيب الإجراءات فهي كعدم اتخاذ اجراءات سابقة على اصدار القرار كالاستشارة او تشكيل اللجان او الاجتماع والتصويت.

وفي الأخير يمكن القول ان عيب الشكل والإجراءات اذا كانت جوهريّة ووارداً بموجب نص في القانون ويؤثر على صحة القرار ومشروعيته بشكل حاسم قد يترتب على عدم مراعاتها بطلان القرار، واذا كان هذا الشكل يتعلق بالنظام العام فقد يعد عيباً جسيماً وينعدم القرار ويجعله كان لم يكن ويصبح القرار مجرد تصرف مادي بحت، باعتبار ان عدم مراعات هذا الشكل والإجراء خالف ما اوجبه نص صريح لا يمكن الاتفاق على مخالفته او تعديله لتعلقه بالنظام العام^(٣).

الفرع الثالث: عيب مخالفة القانون (المحل) في القرار الإداري:

لعيب مخالفة القانون مدلوله الخاص، فما يعرف على اطلاقه هو ان جميع أوجه الإلغاء يعتبر مخالفاً للقانون، بما في ذلك قواعد عيب الشكل والإجراءات وعدم الاختصاص وغيرها، لكن المعنى المقصود في مخالفة القانون في هذا النوع من العيب الذي يسبب بعدم مشروعية القرار الإداري هو بمعناه الدقيق الذي يصيب المحل القرار الإداري، وهو الأثر القانوني الذي يترتب عليه، فمخالفة القانون لا تقتصر على النصوص القانونية بمعناها الضيق وانما المراد بها المعنى الواسع الذي يشمل قواعد الدستورية والتشريعية والأنظمة والتعليمات وكذلك العرف والمبادئ العامة، فاذا كانت الرقابة القضائية على الشكل او الإجراءات او الاختصاص تهتم بالشكل الخارجي للقرار الإداري، أي انها رقابة خارجية وبعيدة عن فحوى القرار المطعون فيه، فان الرقابة على عيب مخالفة القانون هي رقابة موضوعية تستهدف مطابقة محل القرار لاحكام القانون العام^(٤)، حيث ان القضاء مستقر على ان مناط استجلاء مشروعية القرار

(١) د. يحيى جلال عبدالله، المصدر السابق، ص ٤٠٧.

(٢) د. مازل ليلو ماضي، المصدر السابق، ص ٢٣٤.

(٣) الحقوقي عبدالقادر صالح عبدول، المصدر السابق، ص ٣٦.

(٤) د. فهد عبدالكريم أبو العثم، المصدر السابق، ص ٣٥٤.

الإداري هو القوانين القائمة وقت صدور القرار والظروف التي لابسته ومدى تحقيقه لصالح العام دون ما يصدر من قوانين لاحقة او ما يستجد من ظروف يكون من شأنها زوال السند القانوني للقرار او تعديل المراكز القانونية التي انشأه القرار، لهذا فعيب مخالفة القانون تعرف بانه العيب الذي يصيب فحوى القرار الإداري او مضمونه ويخالف احد مصدره سواء كان مكتوبا او غير مكتوب^(١)، وحتى يكون القرار سليما وصحيا في محله يشترط توافر شرطين:

١- ان يكون محل القرار ممكنا :- أي الا يكون الأثر القانوني الذي يترتب على القرار غير ممكن تحقيقه من الناحية القانونية والواقعية، فاذا كان المحل معدوما فتتعدم المركز القانوني ولا يترتب اية اثر، كأن يصدر قرار بتعيين شخص في درجة وظيفية مشغولة او ان يصدر قرار بهدم منزل الذي سبق وانهار.

٢- ان يكون محل القرار مشروعاً:- أي ان يكون محل القرار متوافقا مع القواعد القانونية، ومن امثلة على ذلك كحرمان موظف ما من الاجازة الاعتيادية كعقوبة تاديبية^(٢).

وتتخذ عيب المحل (مخالفة القانون) في الواقع العملي أوضاعا معينة كان يكون القرار مخالفا بشكل مباشر لقاعدة قانونية، بان تتجاهل الإدارة اثناء اتخاذه تصرفا معيناً تخالف تلك القواعد او يمتنع عن اتخاذ ما هو واجب عليه القيام به، كان يكون خروج الإدارة عن الالتزام بقاعدة قانونية بشكل صارخ ولا يعمل بمقتضى النصوص بشكل عمدي، كأن يعتمد المدير الى تعيين موظف دون توفر الشروط اللازمة فيها او يكون بشكل غير عمدي عندما لا يعلم رجل الإدارة او مصدر القرار بوجود قاعدة قانونية كان يصدر قرار في وقت ان التشريع قيده اثناء إصداره او قبلها بقيود لم ينتبه اليها، ومن هنا يمكن ان يكون هذه الصورة او الوضع مخالف بشكل مباشر للقاعدة القانونية بطريقة ايجابية او سلبية، وصورة أخرى لعيب المحل هو ان يخطيء الإدارة في تفسير القاعدة القانونية او يخطيء في تطبيقها وان تعطي الإدارة معنى اخر غير الذي قصده المشرع ، أي ان الإدارة تنتكر في تفسير القاعدة القانونية او تتجاهلها وتعطي معنى اخر غير مقصود قانونا، ويندرج تحت هذه الحالة عندما تحاول الإدارة ان تمتد نطاق قاعدة قانونية وتوسعها لتشمل حالات لم يقصد المشرع شمولها، او قد استوجب المشرع لتطبيق قاعدة قانونية تحقق حالة معينة، أي ان مشروعية القرار الإداري يتوقف على تحقيق حالة على نحو معين كأن يصدر الإدارة قرارا بإحالة موظف الى التقاعد بناء على طلبه ويتضح انه لم يقدم هذا الطلب أصلا او ان يكون الحالة مستوفيا لواقعية الشروط التي حددها المشرع^(٣).

الفرع الرابع: عيب السبب في القرار الإداري:

عيب السبب هو عدم مشروعية الباعث الذي بني عليه القرار الإداري، اما لعدم وجود الحالة القانونية او الواقعية، او لعدم صحة التكييف القانوني للواقع التي بني عليه القرار، باعتبار ان القرار الإداري يهدف الى تحقيق حالة معينة وعندما لا تكون ظروف تلك الحالة متوفرا يكون القرار قد صدر دون سبب، لهذا يقصد بهذا العيب الحالة الواقعية او القانونية التي تتم بعيدا عن مصدر القرار فتوحي له باتخاذ قراره او انه العناصر القانونية والواقعية التي تسبق القرار وتدفع الإدارة الى التصرف باتخاذ هذا القرار، لهذا فعيب السبب يختلف عن التسبب بان يلتزم الإدارة بتسبب القرار، وكذلك يختلف عن الغاية لان السبب

(١) د. مازل ليلو راضي، المصدر السابق، ص ٢٤٤.

(٢) د. نجيب خلف احمد الجبوري، المصدر السابق، ص ٢٩٨.

(٣) الرقابة القضائية على عنصر السبب في القرار الإداري (دراسة مقارنة بين فرنسا مصر والعراق، للكاتب عدنان ملا صالح، الطبعة الثانية، مطبعة يادكار، ص ٥٩.

تدفع الإدارة الى اصدار قرار ما اما الغاية فهي ما يتطلع اليها الإدارة تحقيقه وتسعى من وراء اصدار هذا القرار، فالمخالفة من قبل موظف ما هي سبب اصدار القرار التأديبي في حين ان الغاية فيها هي الردع^(١).

ويشترط حتى يكون القرار الإداري صحيحا في سببه وان يكون السبب قائما وموجودا عند اصدار القرار وان يكون مشروعا بالاسباب التي حددها المشرع وان يكون محددًا بوقائع ظاهرة يقوم عليها ولا ان يكون السبب مجهولا او ينتابه الغموض، ويتمتع القرارات الإدارية بقرينة مفترضة مفادها ان لكل قرار اداري سبب مشروع وعلى من يدعي العكس تقع عليه الاثبات، فالادارة عندما لا تستند في القرار الى الاسباب التي استندت اليها فان العبء يقع على عاتق المدعي، وهذا يصبح ثقيلًا عليه لانه لا يملك المستندات الكافية او الوثائق لهذا فلا يمكن الاخذ بهذا المبدأ على اطلاقه، لهذا على المحكمة الإدارية ان تمارس الرقابة على الوجود المادي للوقائع التي استندت اليها الإدارة في اصدار قرارها من ناحية وجودها وصحتها والتكليف القانوني لها، اذ ينبغي ان تكون هذه الوقائع ذا وصف قانوني للحالة التي يتطلبها القانون، وعلى المحكمة فحص ملاءمة سبب القرار وان تنصب رقابتها على مشروعيتها، فركن السبب تحظى بأهمية بالغة لانها تعد العنصر الأول في القرار الإداري الذي يعتبر عدم صحته مساويا لعدم مشروعية القرار وانها قرينة على تدخل الإدارة لتغيير المراكز او تعديلها، لهذا تعد مهمة الرقابة القضائية على ركن السبب امرا بالغ الأهمية وحدا لانحراف الإدارة او تعسفها في استعمال سلطتها^(٢).

الفرع الخامس: عيب إساءة استعمال السلطة والانحراف بالسلطة:

هنالك هدف او غاية معينة وراء كل قرار اداري يسعى الإدارة الى تحقيقها وتمثلة دائما بالمصلحة العامة، ولكون هذا الهدف يتسع حدوده وله مدلول عام، لهذا حاول المشرع جاهدا تحديد هذا الهدف وراء اصدار اي قرار إداري وان أي تجاهل لتحقيق المصلحة العامة او هدفا غير الذي قصده المشرع فان السلطة يكون قد انحرفت عن طريقها الصحيح وتكون قرارها قابلة للالغاء لخروجها عن مبدأ المشروعية، فالضبط الإداري يهدف الى تحقيق الامن العام والمصلحة العامة، لكن اذا استعملت لاجل مصالح شخصية فنكون امام الانحراف بالسلطة لانطواء التصرف الإداري على مخالفة الهدف المقصود، فالانحراف بالسلطة تتحقق ولو اقدمت الإدارة على ممارسة سلطاتها ولو كانت بصورة تتوافق مع القانون لكن في الواقع يرمي الى تحقيق هدف اخر غير الذي منح لها تلك السلطات، لهذا فعيب الانحراف في استعمال السلطة يتميز بطبيعته عن غيره من العيوب التي تصيب القرارات الإدارية، لان القرار في هكذا الاحوال يصدر لاجل غايات شخصية ترمي الى الانتقام او الى تحقيق نفع شخصي او درء ضرر شخصي او لغرض سياسي او حزبي او نحو ذلك^(٣).

أولا: تعريف عيب الانحراف بالسلطة او إساءة استعمال السلطة:

عيب الانحراف بالسلطة تعد من العيوب القصدية في السلوك الإداري قوامها ان يكون لدى الإدارة قصد إساءة استعمال السلطة او الانحراف بها، وهذا ما يبرر الغاءه او التعويض عنه باعتبار ان العيب يشوب الغاية ذاتها، ويتوجب إقامة الدليل عليه بالرغم من اتصاله بالبواعث النفسية التي يصدر القرار ويختلف عن عيب إساءة استعمال السلطة في ان الثاني لا يعتبر مرادفا لسوء النية ولا يكون القصد فيها عنصرا جوهريا وان عيب الانحراف أوسع نطاقا بينما عيب الإساءة يشمل كثيرا من الحالات التي تكون

(١) د. فهد عبدالكريم أبو العثم، المصدر السابق، ص ٣٦٢.

(٢) د. زانا رؤوف حمه كريم و د. دانا عبدالكريم سعيد، المصدر السابق، ص ٦٤.

(٣) د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق ص ٢٥٣.

فيها الإدارة حسن النية وقد يهدف الى صالح العام، لكنها تخرج فيه القرار عن القاعدة المرسومة له، لهذا اتجه كثير من الفقهاء الى التفرقة بين الانحراف بالسلطة و إساءة استعمالها باعتبار ان كل منها عيب مستقل بذاته ويرون بان عيب الانحراف اكثر دقة وشمولا من عبارة إساءة استعمال السلطة لان عيب الانحراف ليس معناه مجرد استهداف أغراض لا تتعلق بالصالح العام، وانما يقصد به أيضا خروج الإدارة على القاعدة المخصصة للأهداف^(١).

ثانيا: شروط قيام عيب الانحراف بالسلطة:

يقوم عيب الانحراف بالسلطة او إساءة استعمال السلطة اذا توفرت شروطها، منها ان يكون هناك قرار اداري، فاذا خامر رجل الإدارة الى شعور بالانحراف او قصد تحقيق هدف غير مخصص ولكنه لم يقدم على اصدار اي قرار فلا يكون للعيب وجودا، ثم يجب ان يكون عيب الانحراف مؤثرا في توجيه القرار، وكذلك يجب ان يقع العيب ممن يملك اصدار القرار لا من اجنبي عنه، بمعنى ان العيب يجب ان تتوفر لدى من اصدر القرار سواء كان عيب الانحراف قد انطوى على خروج عن مقتضى المصلحة العامة او كان قد جانب قاعدة تخصيص الأهداف^(٢).

ثالثا: صور عيب الانحراف بالسلطة او إساءة استعمال السلطة:

القرار الإداري يهدف الى تحقيق صالح العام او قد يرتب المشرع هدفا خاصا او تستخلصه المحكمة من ثنايا القرار او قد يوجب المشرع سلوك الإجراءات الصحيحة، وان مجانبة هذه الأهداف قد تشكل حالات عيب الانحراف كالصور الاتية:

١. تحقيق أغراض تجانب المصلحة العامة: هذه الصورة تعد من اخطر حالات الانحراف بالسلطة او إساءة استعمالها لاسباب عديدة واهمها العيب هنا يكون مقصودا وعمديا، فالمصلحة العامة وتحقيق مقتضياتها هي المبرر الرئيسي لمنح رجل الإدارة سلطة اصدار القرار، وعلى ذلك فان أي قرار اداري يجب ان يصدر لاجل تحقيق الغرض العام والا كان مشوبا بعيب الانحراف، فاذا سخر رجل الإدارة صلاحياته بموجب المنصب الذي يمارسه لاجل تحقيق نفع شخصي يعود اليه او لغيره او مارسها بقصد المضايقة او الانتقام او تحقيقا لغرض سياسي او حزبي مثلا، فان قراره يكون انحرافا عن السلطة.

٢. مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف: الهدف في القرار الإداري هو تحقيق ذلك الغرض الذي سعى المشرع الى وراء اصدار هذا القرار تحقيقه، ويتعين على مصدر القرار عدم الخروج من مقتضاه، والا عد القرار مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة، فاذا سعى رجل الإدارة الى تحقيق اهداف وراء اصدار القرار غير الذي حدده القانون كان ذلك انحرافا بالسلطة، كأن يستعمل مصدر القرار رجال الشرطة الذي مهمتهم الرسمية هو المحافظة على الامن والسكينة، لكنه استعمل سلطاته لاجل تأمين غرض آخر، هذه الصورة تعد اقل خطورة لانها مازالت تتزامن تصرفاته مع القانون ويقصد به صالح العام لكنه يخطيء في تحديد مدى الأهداف المنوط به تحقيقه، او يخطيء في كيفية استعمال الوسائل المتاحة له.

٣. إساءة استعمال الإجراءات: يقصد بهذه الصورة ان تلجأ الإدارة الى استعمال بعض الإجراءات غير ملزمة بدلا من الأخرى التي كان يتعين عليه اتباعها لاجل تحقيق الهدف

(١) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المصدر السابق، ص ١٨١.

(٢) د. مازن ليلو راضي (المصدر السابق ص ٢٥٣).

المراد تحقيقه، أي ان الإدارة يخالف الإجراءات الصحيحة وتلجأ الى أساليب أخرى مهما كان الاعتقاد في ذلك او الغرض منه وايا كان التبرير، فان القرار يكون مشوبا بعيب الانحراف او إساءة استعمال السلطة، كأن يلجأ الادارة الى الاستيلاء على العقارات الخاصة لاجل المنفعة العامة بموجب قرار اداري دون ان يتخذ الإجراءات اللازمة لذلك، او ان يقوم بنقل موظف وهي بالاصل يهدف الى معاقبته، او استحداث إجراءات جديدة لتحقيق غايات غير الذي قصده القانون.

رابعاً: اثبات عيب الانحراف او إساءة استعمال السلطة:

اثبات عيب الانحراف بالسلطة او إساءة استعمالها تعد عملاً شاقاً وحساساً للغاية، لان القضاء في هذه الحالة يتدخل في نوايا مصدر القرار ويعمل على تقديرها، في حين ان الرقابة على عنصر الاختصاص او عنصر الشكل والإجراءات وغيرها من العيوب المادية فليس من الصعب تحديدها والاحاطة بها ويكون من السهل كشفها عند مقارنة ذلك الشكل والإجراءات بالقانون، لهذا تعد هذا العيب عيباً خفياً وليس من السهل اثباته، لكن المحكمة تكون مخولة في ان تمد رقابتها الى البواعث والدوافع التي حملت الإدارة على اصدار قرارها بصرف النظر عن كون القرار قد صدر عن شخص مختص واستوفى إجراءاتها الشكلية لمطابقة القانون او لا، رغم كون الأصل في عبء اثبات هذا العيب يقع على عاتق من يدعي وجوده لان القرارات الإدارية تتمتع بقرينة المشروعية وعلى من يدعي العكس يقع عليه عبء الاثبات.

لكن نظراً لصعوبة موقف فيمن يدعى وجود الانحراف او إساءة استعمال السلطة وعجزه في بعض الأحيان عن الاثبات بسبب عدم امتلاكه للبيانات والوثائق الإدارية الكافية تثبت ادعاءه، لهذا ذهب القضاء الإداري الى التوسع في التحقيق، واذا كان نص القرار او ما تضمنه ملف الدعوى من أوراق ومستندات تؤدي الى اثبات الإساءة او الانحراف فانه على القاضي ان يحكم من تلقاء نفسه بإلغاء دون ان يحمل طالب الإلغاء إقامة الدليل على وقوع الانحراف، وان اثبات هذا العيب تتعلق بالموضوع ويستخلص من ملف الدعوى ويجب ان يكون له أصل في اوليات الدعوى والقرار المطعون فيه وما تضمنه من عبارات قد تنم عن الهدف الذي توخاه مصدر القرار او ملف القضية^(١).

المطلب الثاني: تعقيدات مبداء المشروعية في القرارات الإدارية

الأصل انه ينبغي على الإدارة الالتزام بالقواعد القانونية ومصادر مبدأ المشروعية في كل الأوقات والاحوال تطبيقاً لهذا المبدأ، ولكن هذا المفهوم وان كان صالحاً في بعض الأوقات وفي الظروف الطبيعية الا انه قد يكون من الصعب تطبيقها في أوقات الازمات والاضطرابات واحوال الفيضانات والزلازل او الحروب، اذ يترتب على تقييد الإدارة بهذه المبدأ بشكل مطلق الى تعريض سلامة الدولة او امنها الداخلي او الخارجي للخطر او حتى امن وسلامة المواطنين سيكون في خطر محقق اذا استمرت الإدارة بالالتزام التام بهذا المبدأ، ذلك ان القوانين والتعليمات والأنظمة قد وضعت لكي تطبق في الظروف العادية، لهذا فالدولة تملك حق الخروج عن تلك القواعد والمصادر في حالات الضرورة او الظروف الاستثنائية في ظل توفر بعض الشروط المعينة يجب تحقيقها حتى تتمكن الإدارة في ممارسة تلك السلطات.

إضافة الى ذلك هناك بعض القرارات الإدارية لسلطة معينة تكون خارجة من الرقابة القضائية وذلك بموجب حظر اجتهادي او تشريعي كما هو الحال في اعمال الحكومة او ما يسمى بالاعمال السيادية

(١) انظر : ساكار امير عبدالكريم حويزي، - الرقابة القضائية على ركن الغاية في القرار الإداري - (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص ٢٢٤..

وتكون قراراتها محظورة من الرقابة القضائية بموجب نص تشريعي، وهاذين الحالتان تعتبران تقييدات على مبدأ المشروعية وسنتحدث عنهما الآن بشيء من الإيجاز.

الفرع الأول: حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية:

لأجل تطبيق احكام هذه الحالة بالسماح بخروج الإدارة عن مبدأ المشروعية يشترط توفر الشروط التالية:

١. وجود خطر يهدد سلامة الدولة ومواطنيها أو امنها الداخلي أو الخارجي، ومن هنا يجب ان يكون هذا الخطر جسيما وان يخرج عن المخاطر المتوقعة أو المعتادة وان يكون حالا ومحدقا وان لا يكون وقوعها في المستقبل أي ان يكون الخطر قد وقع أو على وشك الوقوع ولم تنتهي،
٢. وان يكون الخطر حقيقيا وليس تصورا مازال في الأذهان أو توقعات الإدارة وان يكون مبنيا على أسباب معقولة^(١).
٣. استحالة إمكانية مواجهة الظروف الاستثنائية باتباع الاحكام والإجراءات والقواعد القانونية القائمة والمقررة للظروف العادية، من هنا عندما الإدارة تكون مضطرة للخروج عن قواعد المشروعية العادية لا نقصد بها بسبب استحالة مطلقة على تطبيق تلك القواعد، بل يكفي ان يكون هناك صعوبة شديدة لقيام الإدارة بالتصرفات العادية تطبيقا للقواعد والقوانين الموجودة وتصعب عليها أداء مهامها بالشكل المطلوب، وان تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة هي ما تستدعيها الضرورة القصوى ولا يوجد وسيلة قانونية لمواجهة تلك المخاطر يمكن اللجوء إليها^(٢).
٤. تناسب الاجراء المتخذ مع حالة الضرورة أو الظرف الاستثنائي، يجب ان تكون تلك الإجراءات التي تتخذها الإدارة بالقدر الذي تتطلبه تلك الحالة الاستثنائية فحسب، ولا يجوز الاستئثار بالسلطة أو التعسف في استعمالها الا بقدر ما تقتضيه الضرورة الحاصلة وان تختار انسب الوسائل وافلها ضررا^(٣).
٥. انتهاء سلطة الإدارة الاستثنائية بانتهاء الضرورة أو الظرف الاستثنائي.

وعندما تتوفر هذه الشروط في أي ظرف أو حالة استثنائية تمتلك الإدارة حق الخروج على احكام القوانين العادية التي يجب عليها مراعاتها في الأوضاع العادية وان تصدر تعليمات الضرورة التي تكون لها قوة القانون، ولكن اعمال الإدارة التي تتخذ في ظل تلك الظروف والحالات

الاستثنائية لا يؤدي الى مشروعية اعمال الإدارة تلك الا بالقدر الذي تتطلبه تلك الضرورة أو الظرف الاستثنائي، واذ ثبت بان الإدارة تجاوزت حدود تلك الحالة أو ذلك الظرف وكانت تستطيع التصرف أو اتخاذ اجراء معين وفقا للقوانين العادية ولم تفعل ذلك عد هذا التصرف أو ذلك الاجراء عملا باطلا^(٤)، من هنا تظهر دور القضاء الإداري في الرقابة على اعمال الإدارة في تلك الظروف والحالات الاستثنائية، حيث ستركز جهودها على عنصر السبب، أي تحقق من وجود تلك الأسباب التي أدت بالإدارة الى الخروج من مبدأ المشروعية والتأكد من توفر شروطها والحالة التي دفعت الإدارة الى استعمال تلك الصلاحيات الاستثنائية، وكذلك تنصب دور القضاء في التحقيق على مبدأ التناسب بين الاجراء المتخذ من

(١) د. محمود عبدالمجيد المغربي، - المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية واثارها القانونية (دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق)، - مؤسسة الحديثة للكتاب - لبنان طرابلس، الطبعة الاولى ١٩٩٨، ص ٢١.

(٢) د. عبدالعزيز عبدالممنع خليفة، المصدر السابق، ص ١٤٦.

(٣) د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص ٣١.

(٤) د. عبدالعزيز عبدالممنع خليفة، المصدر السابق، ص ١٤٩.

قبل الإدارة والظرف الاستثنائي التي أراد مواجهتها بواسطة تلك الاجراء والتحقق من مدى التزام الإدارة باتخاذ الإجراءات وفقا لما يتقضيه هذا الظرف او تلك الحالة، وكذلك الرقابة القضائية على عنصر الغاية في الإجراءات والقرارات الصادرة في الظروف الاستثنائية، بحيث لا يكفي ان تكون الغاية مجرد تحقيق المصلحة العامة بل ان تخضع الإدارة لمبدأ تخصيص الأهداف والتحقق كذلك من الأهداف المخصصة التي أرادت الإدارة تحقيقها أيضا، لهذا ستبقى الإدارة خاضعة للقيود التي رسمها المشرع والضوابط التي حددها القضاء باعتبار ان مبدأ المشروعية قائمة حتى في الظروف الاستثنائية أيضا كما هو الحال في الظروف العادية وان كانت بقوانين وإجراءات تختلف بين ظرف واخر وبين حالة وأخرى، لهذا فالإدارة لا تنتفي مسؤوليتها عن تلك الاضرار الناجمة جراء مباشرة مهامها وسلطاتها الاستثنائية متى ما تبين انها لم تلتزم بتلك القواعد والقوانين التي وضعها المشرع لاجل مواجهة تلك الظروف والحالات^(١).

الفرع الثاني: اعمال الحكومة (السيادة):

ان فكرة اعمال السيادة تعد من النظريات الإدارية الحديثة انشأها مجلس الدولة الفرنسي حفاظا على مصلحة البلاد وامنها الداخلي والخارجي، بموجبه تصدر السلطة التنفيذية مجموعة من القرارات تكون محصنة من رقابة القضاء والمحكمة لن تكون بمقدورها النظر في الطعون الواردة اليها الا ردها شكلا لعدم الاختصاص، وتعد تلك القوانين التي تنظم اعمال السيادة من النظام العام ولا يمكن الاتفاق على مخالفته، والقضاء مجبر في اثارها في اية مرحلة تكون عليها الدعوى، وسنحاول بحث هذه النظرية بايجاز في النقاط التالية:

أولاً: تعريف اعمال السيادة: هناك تعاريف شتى لاعمال السيادة فقها وقضاء، ونحن هنا سنحاول التركيز على التعريف الذي رجحه الفقه والقضاء وهو ما أورده المحكمة الإدارية في مصر بانها: "تلك الاعمال التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة الحكم لا سلطة الإدارة فهي تارة تكون اعمالا منظمة لعلاقة الحكومة بمجالس الشعب والشورى او منظمة للعلاقات السياسية بالدول الأجنبية وقد تكون تدبيرا تتخذ للدفاع عن الامن العام من اضطراب داخلي او لتأمين سلامة الدولة من عدو خارجي وتتصل اتصالا وثيقا بنظام الدولة وسيادتها في الداخل والخارج ولا تخضع لرقابة القضاء"^(٢).

ثانياً: معايير اعمال السيادة: هناك عدة معايير يمكن أيضا التعرف على ما تعتبر من اعمال السيادة منها:

١. الباعث السياسي: بموجب هذا المعيار فان أي عمل اداري كان الباعث فيها سياسيا تعتبر من اعمال السيادة وبالتالي لا تخضع للرقابة القضائية، لكن ما يعيب هذه المعيار ان لهذا الباعث نطاق واسع ويؤدي الى تدخل الإدارة تحت غطاء اعمال السيادة في كثير من الأمور بعيدا عن الرقابة القضائية باعتبارها معيار غير محدد المفهوم وتستطيع السلطة التنفيذية التذرع بان الباعث من وراء قراره الإداري هو باعث سياسي، لهذا قد يشكل هذا المعيار في حال الاخذ به خطورة على حقوق وحرريات الافراد لعجزهم عن الطعن في هكذا القرارات تحت ذريعة انه من الاعمال

(١) د. زانا رؤوف حمه كريم و د. دانا عبدالكريم سعيد، المصدر السابق، ص ٢٠٨.

(٢) جوان غريب علي، المصدر السابق، ص ١٠٨.

السياسية والسيادية، لهذه الأسباب فقد تم تهجير هذه الفكرة في القضاء الإداري الفرنسي قبل مطلع قرن التاسع عشر واخذوا بالمعيار الموضوعي.

٢. المعيار الموضوعي: يقوم هذا المعيار على أساس طبيعة العمل الصادر عن السلطة التنفيذية باعتبار ان لها وظيفتين، أولها حكومية والأخرى إدارية، وخلالهما يمكن النظر الى العمل المؤدى، فاذا كان صادرا بناء على الوظيفة الحكومية للسلطة فانه تعد من اعمال السيادة وتخرج من الرقابة القضائية، واذا كان صادرا بناء على الوظيفة الإدارية للسلطة وقته تكون من اعمال الإدارية وبالتالي تخضع للرقابة القضائية، لكن ما يعيب هذه المعيار هو انه يأخذ عليه بالغموض وعدم الانضباط، كما انه يصعب التفرقة بين ما يدخل في اختصاص الحكومة وما يندرج تحت اختصاص الإدارة، لهذا تم التوجه الى ما يعرف بمعيار القائمة القضائية.

٣. معيار القائمة القضائية: وبموجب هذا المعيار يعد من اعمال السيادة ما يراه مجلس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص انه يجب ان يكون كذلك لاسباب يرونها مناسبة، ولهذا اصدر القضاء الفرنسي عدة قوائم لما يعتبر من اعمال السيادة، منها اعمال منظمة لعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية او الاعمال المتصلة بشؤون الدولة الخارجية او الاعمال المتعلقة بالحرب والتدابير الخاصة بالامن الداخلي او الخارجي^(١).

خلاصة القول هو ان اعمال السيادة تمثل استثناء من مبدأ المشروعية اتباعا لما يسمى بالضرورة السياسية العليا، تكون بموجبها المحكمة غير قادرة على اخذ دور الرقيب على تلك القرارات التي تصدر من السلطة التنفيذية ولن تكون بوسعها التصدي لتلك الاعمال.

ثالثا: مميزات اعمال السيادة:

١. اعمال السيادة تتميز ببعض مميزات تفرقها عن غيرها من الاعمال التي تصدر من السلطة الإدارية او باق السلطات الدولة منها:
٢. انها اعمال صادرة من السلطة التنفيذية، وبذلك لا تكون القرارات الصادرة من السلطة التشريعية او التنفيذية ذات صفات سيادية وكذلك لا يمكن دمجها مع الأنظمة واللوائح الصادرة من السلطة التنفيذية باعتبارها لها صفات خاصة تتعلق بامن وسلامة الدولة.
٣. انها اعمال لا تخضع للرقابة القضائية وتكون محصنة عن الطعن فيها بإلغاء او التعويض او اية صورة من صور المنازعات لاعتبارات تتعلق بالنظام العام. انها اعمال قانونية منبثقة من إرادة منفردة للإدارة وتكون بعيدة عن الاتفاقات التعاقدية او الاعمال المادية التي لا تصل الى مرتبة القرار الإداري .

ما يجدر الإشارة اليه هو ان قانون مجلس الشورى لإقليم كردستان رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٨ قد نص صراحة على استثناء اعمال السيادة من رقابة القضاء الإداري بموجب المادة ١٦/أولا منه حيث اعتبر من اعمال السيادة تلك الصلاحيات التي يمارسها رئيس الإقليم بموجب مادة ١٠ من قانون رئاسة الإقليم رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ مخالفا بذلك مادة ١٠٠ من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ والتي يحظر ان تورد في القوانين اية نص تحصن عملا او قرارا من الرقابة القضائية، و هذه المادة في قانون رئاسة الإقليم فيها أمورا كثيرا وصلاحيات واسعة لا يمكن الطعن بها امام القضاء الإداري بالرغم من ان بعضها تعد اعمالا

(١) د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص ٣٨.

تصدر في الظروف العادية وبعض منها إدارية بحتة ولا تصلح ان تكون اعمال سيادية أصلا، كتعيين الحكام وأعضاء الادعاء العام او منح الرتب العسكرية او طردهم او احالتهم الى التقاعد^(١).

وهذا الاتجاه تبناه المشرع الكوردستاني هو نفس اتجاه المشرع العراقي في قانون مجلس شوري الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩، حيث جاء في المادة ٧/خامسا/١ منها ان المراسيم والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية من اعمال السيادة، لكنه بموجب قانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة تم الغاء النص ضمنيا لوجود نص جديد يتضمن احكاما تتعارض مع احكام التشريع السابق، وبالتالي فان التعديل الجديد ينسخ القديم طالما ان المادة ٧/رابعا أورد بشكل مطلق بان كل الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي لم يعين مرجع للطعن فيها تخضع للرقابة المحكمة الادارية ولم يتطرق الى اعمال السيادة.

المطلب الثالث: المسؤولية الإدارية نتيجة لقراراتها غير المشروعة

سبق وان تحدثنا عن القرار الإداري وعناصره ومتى تصبح الاعمال او التصرف الإداري قرارا نهائيا قابلا لاحداث اثر قانوني وتؤثر على المراكز القانونية ويمكن الطعن فيه امام القضاء الإداري، وكذلك تحدثنا عن مبدأ المشروعية ومصادره ووجه الطعن في القرارات الإدارية بسبب عدم مشروعيتها، واي قرار تعد قابلا للطعن فيها وما تعتبر من اعمال وتصرفات الإدارة المستثناة من الرقابة القضائية، هنا يبقى ان نتحدث عن الأثر المترتب على عدم مشروعية القرارات الإدارية، وبما انه سبق وان تحدثنا عن عدم مشروعية القرارات الإدارية عندما يشوب القرار الإداري بعيب من عيوب الشكل والإجراءات او الاختصاص او المحل او الانحراف بالسلطة وإساءة استعمالها، لهذا لا نعود لذكر تلك المواضيع وسنقسم هذا المطلب للتحدث عن اركان المسؤولية الإدارية وجزاء المسؤولية الإدارية في فرعين:

الفرع الأول: اركان المسؤولية الإدارية:

عندما يصيب القرار الإداري بأحد عيوب عدم المشروعية أيا كان نوعها، وان كان ذلك كافيا لالغاء القرار الإداري الا ان ذلك لا يرتب مسؤولية الإدارة عنه في كل الأحوال اذا ما ترتب على تنفيذ هذا القرار ضرر أصاب المخاطب به، حيث ان القضاء بالتعويض ليس من مستلزماته ان يكون هناك قرارا ملغيا في كل الأحوال، بل لكل واحد منها محور ونطاق خاص به، فمثلا عيب مخالفة الشكل في القرار الإداري لا يكون سببا للتعويض مادام القرار كان صحيحا من حيث الموضوع ومن حيث الوقائع التي قام عليها، وكذلك عدم مشروعية القرار الإداري بسبب عيب الاختصاص وان أدى الى الغاءه فلا تقوم معها التعويض متى كان القرار سليما في مضمونه مشتمل على أسبابه المبررة رغم مخالفته قاعدة الاختصاص،

فلا يكون ثمة محل لمسائلة الجهة الإدارية عنه والحكم عليها بالتعويض باعتبار ان القرار سيصدر على اية حال بذات المضمون وتطبق بتلك الكيفية لو ان تلك القاعدة كانت قد روعيت، لهذا لو ان القرار الإداري روعي فيه مسألة الشكل والإجراءات او صدر ممن كان مخولا باصداره، فانها لن تكون محلا للتعويض في جميع الاحوال حتى لو تم الغاءه، لان العيب لا تعد مؤثرا في موضوع القرار الذي كان سيصدر، وذلك لان عيب الشكل او الاختصاص يفتقر لركن أساس من اركان المسؤولية الإدارية عن

(١) د. وسام صبار العاني، المصدر السابق، ص ٥٧.

قراراتها غير المشروعة وهي العلاقة السببية او الرابطة السببية بين العيب وبين القرار متى كان في وسع جهة الإدارة ان تعيد القرار من جديد وبنفس المضمون مع مراعاة قواعد الشكل والاختصاص.

لهذا فان القرارات التي تترتب عليها المسؤولية الإدارية هي قرارات التي تكون معيба من حيث المحل (مخالفة القانون) او عندما يكون القرار مصابا بعيب الانحراف وإساءة استعمال السلطة، فالمحل في القرار الإداري هو الأثر الذي قصدت الإدارة تحقيقه بإصدار قرارها سواء بانشاء او تعديل او الغاء مركز قانوني عام او فردي، ويكون هذا المحل غير مشروع اذا تعارض هذا القرار مع قاعدة قانونية او احد مصادر المشروعية سواء كانت مكتوبة او غير مكتوبة، وكذلك الانحراف بالسلطة في القرار الإداري متى تنكر مصدره للمصلحة العامة في إصداره بقصد تحقيق غاية غير مقصودة في التشريع كالمحاباة او الانتقام او تحقيق مصالح ذاتية او سياسية.

فالقرار الإداري المشوب بعيب المحل او الانحراف تعتبر من العيوب الموضوعية للخطأ المرفقي بشكل عام وشخصي اذا اقترن بتعمد من الموظف، وبعض الأحيان قد يتم التفرقة بين الخطأ اليسير والخطأ الجسيم في تفسير القاعدة القانونية والزام الإدارة بالتعويض في الثاني دون الأول فقها، بينما القضاء عادة لا يفرق بين الأخطاء حيث جعل القرار الإداري المخالف للقانون أيا كان درجة مخالفته سببا للمسؤولية الإدارية.

في كل الأحوال وبعد سرد مختصر عن المسؤولية الإدارية نتيجة قراراتها غير المشروعة يتبين بان المسؤولية تقوم على ثلاثة اركان، الخطأ المتمثل بقرار غير مشروع ثم الضرر الذي أصاب صاحب الشأن والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، واخيرا لا يكون ثمة جزاء لتقرير المسؤولية سوى التعويض، عليه سنتحدث الان عن اركان المسؤولية الإدارية.

أولاً: ركن الخطأ: لا شك ان مناط المسؤولية الإدارية هو ثبوت الخطأ من جانبها، وذلك بإصدار قرار اداري مشوب بأحد عيوب عدم المشروعية بحيث يمكن القول بان الإدارة لا تسأل عن القرارات الصادرة الا في حالة وقوعها في خطأ وهذه الخطأ قد يكون شخصيا وهنا سيتحمل الشخص (الموظف) أيا كان مركزه عبء التعويض عن اثر الضرر الحاصل كما قد يكون الخطأ مرفقيا ويتحمل الإدارة عنها^(١)، ومن هنا تظهر أهمية التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، ولأجل توضيح هذه المسئلة اكثر سنتطرق اليها:

١- الاعتماد على نية الموظف: اذا تبين ان الطابع الشخصي هو الجانب المؤثر على القرار ويكشف سوء نيته واتجاه قصده الى الاضرار بالغير عد ذلك خطأ شخصيا، أي اذا تبين ان الموظف لم يعمل لصالح العام او كان يعمل مدفوعا بعوامل شخصية فان الخطأ تعتبر شخصيا، واذا كان يهدف من القرار الذي أصدره الى تحقيق الصالح العام او تصرف لتحقيق احدى الأهداف المنوطة بالإدارة تحقيقها والتي تدخل في وظيفتها الإدارية فان خطئه يندمج في اعمال الوظيفة بحيث لا يمكن فصله عنها فيعتبر ذلك خطأ مرفقيا^(٢).

٢- الاعتماد على جسامه الخطأ: اذا لم يتمكن المحكمة التوصل لسوء نية الموظف لمعرفة هل الخطأ هو شخصي او مرفقي، فلا يكون في وسعه الا ان يكشف نوع الخطأ والبحث عن مدى جسامته،

(١) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المصدر السابق، ص ٢٠٧.

(٢) الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانون المدني والإداري للدكتور سمير دنون، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٩، ص ١٩.

بحيث اذا ثبت لديه ان الخطأ جسيم فانه يعد خطأ شخصيا ويسال عنه الموظف الذي ارتكبه من ماله الخاص^(١).

لكن في قانون مجلس الدولة العراقي وقانون مجلس الشورى لحكومة إقليم كردستان فالامر يختلف، ففي تعديل قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ اجازت للمحكمة التي تحكم برد الطعن او الغاء او تعديل الامر او القرار مع الحكم بالتعويض ان كان له مقتضى بناء على طلب المدعي، وان اختصاص المحكمة في طلبات التعويض تكون دون التفرقة بين ذلك الموجهة للإدارة او الموجهة الى اشخاص الموظفين، حيث المحكمة تلزم الإدارة بالتعويض حتى لو كانت الخطأ الإداري شخصيا، وقته على الإدارة مقاضاة الموظف وفق قانون التضمين رقم ٣١ لسنة ٢٠١٥ المادة ١ منه والتي تنص : (يضمن الموظف او المكلف بخدمة عامة قيمة الاضرار التي تكبدتها الخزينة العامة بسبب اهماله او تقصيره او مخالفته القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات)، ونفس الحال بالنسبة لقانون مجلس الشورى الإقليم حيث هناك قانون التضمين في إقليم كردستان رقم ٥ لسنة ٢٠٢٠ وهناك نص مشابه للمادة ١ أعلاه وبنفس التفاصيل الوارد فيها في المادة ٢^(٢).

ثانيا: ركن الضرر الموجب للمسؤولية: الضرر هنا هو المركز القانوني الذي يتأثر بعمل او تصرف اداري سواء كانت هذه الضرر ماديا او ادبيا، ويجب ان تتوفر شروط معينة للقيام للمسؤولية الإدارية نتيجة الضرر الحاصل وهم:

١- يجب ان يكون الضرر مباشرا، بان يكون تحققه نتيجة طبيعية للسلوك الإداري الخاطيء، ويكون الضرر مباشرا اذا لم يكن في وسع المتضرر ان يتوقاه ببذل جهد معقول والا اذا كان بوسعه توقي حدوثها ببذل ذلك الجهد ولم يفعل ذلك، فقد قصر في حق نفسه ويعتبر مقصرا وبالتالي لا يجوز له المطالبة بالتعويض.

٢- يجب ان يكون الضرر محققا أي حالا ووقع فعلا او وشيك الوقوع بشكل مؤكد، فالضرر المستقبلي او الاحتمالي لا تقوم على أساسها المسؤولية الإدارية الموجبة للتعويض.

٣- يجب ان يصيب الضرر حقا مشروعا او مصلحة يحميها القانون، والا أصبحت هذه المصلحة غير جديرة بالحماية، فغلق صالة القمار وتعاطي الخمر لا ينشئ للمتضرر حقا في المطالبة بالتعويض حتى لو ثبت ان القرار غير مشروع وذلك لممارسته اعمالا منافية للاخلاق والاداب العامة.

٤- يجب ان يكون الضرر قابلا للتقدير، لان التعويض في القانون الإداري لن يكون الا نقدا، فالتعويض العيني غير جائز في القانون الإداري بعكس القانون المدني، وحيث التقدير النقدي قد يكون سهلا في الضرر المادي لكنه لن يكون كذلك في الضرر الادبي بحيث لا يمكن تقدير المساس بالمشاعر والاحاسيس بالمال، ومن هنا درجت المحاكم في حيثيات احكامها على ان الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي يكون على سبيل المواسة ويعد رمزيا وليس مقابلا للمساس بالمشاعر الإنسانية التي تحول سموها واهميتها دون وزنها بالمال، لكن المحكمة الإدارية العليا في

(١) د. وسام صبار العاني، المصدر السابق، ص ٣٣١.

(٢) د. وسام صبار العاني، المصدر السابق، ص ٣٣٧.

العراق قد ذهبت الى ان التعويض تكون موجبا بغض النظر عن كون الضرر ماديا او ادبيا، فاذا كان المدعي قد أصابه اضرار أدبية تتمثل في التشهير فانه يستحق التعويض عنه^(١).

ثالثا: العلاقة السببية بين الخطأ الإداري والضرر الحاصل: لاجل قيام المسؤولية الإدارية فانه يتعين وجود ترابط مباشر بين قرارها غير المشروع وبين الضرر الذي تحقق، ويقع على المتضرر عبء اثبات قيام تلك العلاقة المباشرة والرابطة السببية بينهما، ولكن اذا حدث تدخل أسباب أخرى في احداث الخطأ الحاصل بجانب القرار الإداري فعندئذ نكون امام حالتين:

١- نظرية تعادل الأسباب: اذا احدث مجموعة من الأسباب ايقاع الضرر ولكن كان من بينهما سبب هو الذي حرك الأسباب الأخرى فان هذا السبب هو المسؤول عن الضرر الحاصل.

٢- نظرية السبب المنتج للضرر: هذه الفكرة يركز على السبب المألوف الذي احدث الضرر وفقاً للمجرى العادي للامور وهذا ما اتجه اليه المحكمة الإدارية العليا في العراق بان حتى بفرض ان الإدارة اخطأت بإصدار ترخيص للمطعون ضدها بتشغيل الورشة رغم وجود قرار بازالتها فان هذا الخطأ لم يكن سببا للضرر الذي لحق بالمطعون ضدها من جراء تنفيذ قرار الازالة بل ان الخطأ الذي اضر بها انما هو خطأها وحدها لقيامها بانشاء الورشة على ارض مملوكة للدولة^(٢).

مما يجدر الإشارة اليه هو انه بالرغم من كون الخطأ هو ركن أساس في القانون والفقهاء الإداري لاجل التعويض، لكن يمكن ان تقوم هذه المسؤولية حتى لو لم يكون هناك خطأ مرفقي ويمكن ان يحكم القضاء بمسؤولية الإدارة لمجرد حدوث الضرر، ويعرف هذا النوع من المسؤولية بالمسؤولية على أساس المخاطر او تحمل التبعات وتقوم أركانها على أساس الضرر والعلاقة السببية بين الضرر والتصرف الإداري الذي يكون مشروعاً عادة ولا ينطوي على اي خطأ مرفقي، ولكن المشرع العراقي لم يجز هذه الفكرة في إقامة المسؤولية الإدارية في قانون مجلس شوري الدولة، بل اشترط في المادة ٧-ثانياً- لاجل التعويض عن الاضرار الناتجة عن الأوامر والقرارات الإدارية اذا ثبت لمحكمة القضاء الإداري عدم مشروعيتها، وهذا بعكس القانون المدني الذي نص صراحة في المادة ٢٣١ بانه كل من كان تحت تصرفه الات ميكانيكية او أشياء أخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسؤولاً عما تحدثها من ضرر ما لم يثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر^(٣).

الفرع الثاني: جزاء المسؤولية الإدارية نتيجة قراراتها غير المشروعة:

يمثل التعويض في القانون الإداري جزاء على ارتكاب الإدارة لخطأ وذلك بتصرف او عمل غير مشروع، وهذا التعويض يتسم بطبيعة خاصة تختلف عما هو مقرر في القانون المدني، حيث يخضع تقديرها لاسس معينة لهذا سنقسم هذا الفرع الى اقسام على الشكل التالي:

أولاً: طبيعة التعويض في المسؤولية الإدارية:

الأصل في الالتزامات التقصيرية ان يتم تنفيذها بمقابل عن طريق التعويض النقدي، اما التعويض العيني في القانون الإداري فلا وجود له ثم القاضي غير مخول بإصدار الأوامر والنواهي للإدارة استناداً لمبدأ استقلال الإدارة عن القضاء من خلال الوضع في نظام القانون الموحد، إضافة الى ذلك ان السماح

(١) د. سمير دنون - الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانون المدني والإداري- دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس، الطبعة الأولى ٢٠٠٩، ص ٢٣٣.

(٢) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المصدر السابق، ص ٢٢٥.

(٣) د. وسام صبار العاني، المصدر السابق، ص ٣٤٠.

بالتعويض العيني سيؤدي الى التضحية باعمال من شأنها تحقيق الصالح العام من اجل تحقيق نفع فردي خاص بالمتضرر من النشاط الإداري^(١)، حيث ان القانون حول المحكمة سلطة الإلغاء او التعديل كإداة للرقابة على القرارات الإدارية في الحدود التي رسمها القانون، وليس للمحكمة ان تلزم الإدارة بقيام بعمل او الامتناع عنه لانه ليس هيئة من هيئات الإدارة وليس لها ان تحل محلها بإصدار أي قرار اداري او ان تأمرهم بذلك حتى لو كان ذلك بطريق غير مباشر من خلال الحكم عليها بغرامة تهديدية مثلا حال قيامها بعمل معين او امتناعها عنه، فيجب ان تظل الإدارة متمتعا بحريتها الكاملة في اتخاذ ما تراها من القرارات بمقتضى وظيفتها ولن يكون حينئذ للمحكمة سوى الرقابة على تلك القرارات ومدى انسجامها مع مبدأ المشروعية ، والعبارة في تحديد مقدار التعويض هي بوقت صدور الحكم وليس وقوع الخطأ او تحقق الضرر ذلك لان الحكم بالتعويض قد يتاخر عن أسبابها وقد تتغير الأسعار^(٢).

ثانيا: تقدير التعويض في المسؤولية الإدارية: في حال عدم الاتفاق بين الإدارة والمتضرر او عدم وجود نص في هذا الشأن، فان تقدير التعويض يخضع لسلطة القاضي، وان أسس تقدير التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة يتوجب توخي الحذر فيها والاسترشاد بالقواعد العامة في القانون المدني، مع مراعاة ما تقتضيه الروابط الإدارية من أوضاع ومسوغات الصالح العام المتعلق بالمرافق ويتوجب ان يكون التعويض كاملا للاضرار المادية والمعنوية، وان العبارة فيه هو بوقت اعلان الحكم، وكذلك يجب ان يكون التعويض كاملا ويشمل عما لحق المتضرر من خسارة جراء الفعل غير المشروع او ما فاته من كسب بسبب الفعل، وان يشمل التعويض الضرر المادي والادبي إضافة الى تقييد القاضي بالطلبات التي يقدمه المتضرر، وعليه ان لا يقضي الا في حدود طلبات الخصوم، بحيث اذا اغفل المتضرر ذكر الضرر الادبي في عريضة دعواه ولم يذكره أيضا اثناء المرافعة فليس له حق المطالبة به اثناء الطعن في القرار، ثم على القاضي تحديد التعويض بقدر الضرر دون الاثراء استنادا لمبدأ الاثراء بلا سبب، لهذا يتوجب ان يكون التعويض متناسبا مع الضرر دون زيادة او نقصان، فان كان الضرر وقع نتيجة لخطأ مشترك بين الإدارة والمتضرر فانه يتعين عند تقديرها ان يستنزل منه قدرا يتناسب مع مساهمة المتضرر في وقوعه، إضافة الى ان تقدير التعويض يجب ان يكون من تاريخ الحكم به وليس تاريخ وقوع الضرر او تقديم الطلب للمحكمة^(٣).

ثالثا: كيفية تنفيذ الحكم بالتعويض: عندما تقرر القضاء الحكم بالتعويض فليس للإدارة مخالفة تنفيذ الحكم، فاي ماطلة او تعطيل تحت اية ذريعة تعد تصرفا غير مشروعاً لتنفيذ الحكم وستعطي حقا للمدعي برفع دعوى جديدة، وهذه الدعوى لن تكون حول اصل الحق ومدى ثبوته لانه سبق وان تم تثبيت الحق الأول، بل يكون الدعوى الجديدة موجه نحو شخص معين وهو المسؤول عن عدم التنفيذ، ولمن صدر الحكم لصالحه ان يتبع وسائل اجبار الإدارة على التنفيذ، فهنا لا يمكن الحجز على أموال الإدارة (المدين) كما هو الحال في القوانين المدنية لكن بموجب قانون البنك المركزي العراقي الرقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ يجوز الحجز على أموال المصارف لدين ناشيء من طبيعة عملها اذا ثبت ذلك بموجب حكم قضائي أي يجوز الحجز على الأموال العامة التجارية التي تستغل في اعمال المصارف والشركات العامة وما في حكمها، وكذلك فالمشرع الجزائي اعتبر الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية جريمة كما هو وارد في المادة ٣٢٩ من قانو العقوبات العراقي المرقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ عندما نص (١- يعاقب بالحبس وبالغرامة او بإحدى هاتين العقوبتين كل موظف او مكلف بخدمة عامة استغل سلطة وظيفته في وقف او

(١) د. فهد عبدالكريم أبو العثم، المصدر السابق، ص ٤٠٢.

(٢) د. وسام صبار العاني، المصدر السابق، ص ٣٤٣.

(٣) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المصدر السابق، ص ٢٣٩.

تعطيل تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة او احكام القوانين والأنظمة او أي حكم او امر صادر من احدى المحاكم او اية سلطة عامة مختصة او في تأخير تحصيل الأموال او الرسوم او نحوها المقررة قانونا ٢- ويعاقب بالعقوبة ذاتها كل موظف او مكلف بخدمة عامة امتنع عن تنفيذ حكم او امر صادر من احدى المحاكم او أية سلطة عامة مختصة بعد مضي ثمانية أيام من اذاره رسميا بالتنفيذ متى كان تنفيذ الحكم او الامر داخلا في اختصاصه).

تم بعون من الله

الخاتمة والاستنتاجات

خلال ما سبق من دراسة البحث، توصلنا الى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات، نستعرضها في فقرتين:

أولاً: الاستنتاجات:

- ١- الدولة الحديثة بمفهومها الجديد تقوم على أساس احترام القواعد القانونية، فكلما امتثلت مؤسساتها لتطبيق القانون بشكلها السليم ازادت شرعيتها، وكلما حاولت التهرب والتكر من تطبيق القوانين او تفسيرها وفق ما يراها مناسباً اصبحنا امام الدولة البوليسية.
- ٢- الحكومات ومؤسساتها تعبر عن تصرفاتها واعمالها عن طريق المرافق العامة وذلك بإصدار قرارات إدارية لاجل تقديم خدماتها وتفرضها عبر السلطة التي يمتلكها، والقرار الإداري عمل قانوني يصدر من سلطة إدارية عامة بارادته المنفردة يتمتع بالقوة التنفيذية ويحدث اثراً بالانشاء او التعديل او الإلغاء في المراكز القانونية.
- ٣- حق التقاضي حق مكفول دستوريا لكل فرد، وبما ان الإدارة تمارس نشاطاً متنوعاً يقصد بها تحقيق الصالح العام خلال اتخاذ القرارات الإدارية وتنفيذها، عليه فان مراقبة التزام الإدارة العامة بالخضوع للقانون حق كفل بها القانون المحاكم الإدارية.
- ٤- يتمثل القضاء الإداري بمجلس الدولة كما هو الحال في العراق ومجلس شورى الإقليم كما هو الحال في الإقليم، لكنها هيئة قضائية مستقلة في العراق بينما هيئة تابعة لوزارة العدل في إقليم كردستان.
- ٥- حتى يكون القرار الإداري المطعون فيه محلاً لدعوى الإلغاء، يجب ان يكون نهائياً وغير محصن من الطعن وان تتوفر فيها الشروط المتعلقة بإقامة الدعوى كالتظلم وميعاد الطعن فيها، فرصة للمتضرر والإدارة لاجل إعطاء مهلة لهما لاجل مراجعة القرار، وكذلك للتخفيف العبء على كاهل المحاكم قبل الدخول في المنازعات القضائية قد تطول امدها.
- ٦- لمبدأ المشروعية مصادرها المكتوبة وغير المكتوبة يتوجب ان يكون القرارات الإدارية منبثقة من هذه المصادر، والا تعرض للالغاء.
- ٧- بعد ان تتحقق المحكمة من الشروط الشكلية للدعوى المتمثلة بالتظلم وميعاد الطعن، تبدأ مرحلة أخرى تتعلق بالجوانب الموضوعية والبحث عن أوجه المشروعية للقرار الإداري المطعون فيه من عدمه.
- ٨- بالرغم من ان الأصل هو ان على الإدارة الالتزام بالقواعد القانونية ومصادر مبدأ المشروعية في كل الأوقات، ولكن هذا المفهوم يعد غير صالح في الظروف الاستثنائية وتكون احد مقيدات المبدأ وكذلك الحال في القرارات السيادية حيث بموجبها تكون تلك القرارات الصادرة محصنة من الرقابة القضائية على الرغم من مخالفة القرارات السيادية لمبدأ المشروعية وكفالة حق التقاضي ولكن تعد حقيقة قانونية لا يمكن اهمالها او التغاضي عنها بالرغم من الملاحظات التي عليها باعتبارها مخالفة للدستور.

٩- عندما يصيب القرار الإداري بأحدى عيوب عدم المشروعية اية كانت نوعها، تكون كافية لالغائه وقد يترتب عليه التعويض ان كان له مقتضى كجزاء للمسؤولية الإدارية نتيجة لقراراتها غير المشروعة.

ثانياً: التوصيات:

بعد ماتم بذله من الجهد والدراسة والاطلاع على الآراء الفقهية، توصلنا الى انبثاق مجموعة من التوصيات أملا ان تلاقي قبولا لدى الجهات المعنية وان تؤخذ بنظر الاعتبار، وهو:

١. بما انه تم تشريع قانون مجلس شورى إقليم كردستان رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٨ وأصبح الاقليم من مطبقي نظام القضاء المزدوج اسوة بالعراق، وحيث ان هذا القانون هو اول قانون يصدر في الإقليم ومضى عليه مدة من الزمن، تبين فيها عيوباً، عليه فقد حان الوقت لاجراء بعض التعديلات فيها، أهمها:

أ- تحديد مدة للطعن في القرار الإداري اسوة بما هو وارد في قانون مجلس الدولة العراقي والتي تبدأ مدة الطعن فيها من تاريخ تبليغ المتضرر بالقرار، وذلك حتى لا يكون القرار الإداري مهدداً بالطعن وقتما شاء المتظلم ومهما مضت عليه المدة كما هو عليه الحال الان.

ب- إعطاء دور فعال لعضو الادعاء العام في المحكمة الإدارية بان يكون له الحق في تحريك الدعوى الإدارية ضد القرارات التي تنتهك الدستور او يكون فيها الانحراف بالسلطة فيها جسيماً وغصبا للسلطة او إساءة لاستعمال السلطة او فيها عيب المحل بشكل مخالف للدستور او النصوص التشريعية، او بالاحرى تلك العيوب الذي تمس النظام العام، وذلك باعطاءه صلاحية الطعن في تلك القرارات بتحريك الدعوى الإدارية من جانب واحد امام المحكمة الإدارية، خصوصا اذا عرفنا انه في حال تحريكها من قبل المتضرر سيؤدي ذلك الى الغاء القرار مع التعويض مما يتقل كاهل الخزينة العامة، بعكس ما اذا تم تحريكه من قبل الادعاء العام فقط دون الطرف المتضرر.

ج- في الواقع العملي تبين عدم ضرورة تواجد ثلاث قضاة في المحكمة الإدارية، والاجدر الاكتفاء بقاض واحد يكون من الصنف الاول رئيسا للمحكمة مع العضوين من المستشارين، حيث ان الواقع العملي برهن ان ذلك يؤثر على سير العمل لدى مجلس القضاء، لانه يضطر لاجل تلبية حاجة مجلس الشورى ان ينتدب قضاة في وقت هو بامس حاجة اليهم، بينما هناك عدد فائض من المستشارين في مجلس الشورى يمكنهم تخطي ذلك النقص ان وجد، هذا ناهيك عن واقع اخر ينافي قواعد الطعن وهو ان هيئة العامة الإدارية في مجلس الشورى التي ليس لاجلبية اعضاءها خدمة قضائية لكن لها حق نقض قرارات المحكمة الإدارية التي تصدر قراراتها من ثلاث قضاة عادة تكون من بينهم قاض على الأقل من صنف الأول، لهذا فالاجدر ان يتم انتداب القضاة في الهيئة العامة أيضا اسوة بالمحكمة الإدارية، ولا يجوز تواجدها في المحكمة الإدارية فقط.

د- ضرورة الغاء المادة السادسة عشرة - أولا من قانون مجلس شورى الإقليم الخاصة بحصانة القرارات التي تصدر من رئيس الإقليم وفق احكام المادة ١٠ من قانون رئاسة الإقليم رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ لمخالفتها بشكل صريح لنص مادة ١٠٠ من الدستور العراقي عام ٢٠٠٥، إضافة الى ان تلك المادة الخاصة بصلاحيات رئيس الإقليم تنطوي على فقرات لا تعتبر من اعمال السيادة،

وانما هي اعمال إدارية بحتة مثل تعيين القضاة وأعضاء الادعاء العام او الخاص بمنح الرتب للقوات العسكرية او احالتهم الى التقاعد.

٢. ضرورة توحيد مدد الطعن في القرارات الإدارية، حيث نشاهد الان فوضى عارمة في المدد وكذلك في طرق الطعن فيها بحيث تخلف من هيئة الى أخرى ومن وزارة الى أخرى قبل ان يصبح القرار الإداري نهائيا وقابلا للتظلم والطعن فيه، وهذا ارهق كاهل المتضرر وأصبح حتى على المحامون وباقي رجال القانون ان لا يعرفوا حقيقته وكيفية الطعن فيه، او على الأقل يتوجب على الإدارة ان توضح بملحق مع القرار المطعون فيها يبين للمتضرر كيفية الطعن فيه كما هو الحال في القرارات القضائية.

٣. ضرورة توسيع صلاحيات المحكمة الإدارية وذلك بشمول العقود الإدارية ضمن اختصاصاتها كون الإدارة طرفا فيها، وذلك تخفيفا للعبء عن محاكم القضاء العادي، إضافة الى تعلق الامر بالإدارة وان قضاءها اكثر تخصصا بذلك.

٤. يتوجب الغاء المادة ٩-رابعا من قانون المفوضية العليا المستقلة للانتخابات رقم ٣١ لسنة ٢٠١٩ حتى تكون المحكمة الإدارية ذا اختصاص شامل على كافة الطعون الانتخابية دون اي قيد او شرط.

٥. ضرورة إضافة بعض قواعد المرافعات الخاصة بالمحكمة الإدارية او فيما يخص الاثبات، حيث ان الإدارة عادة عندما تكون خصما للمتضرر من القرار، لا يمنحهم تلك الأوراق او المستلزمات او الأدلة الثبوتية التي يمكن للمتضرر ان يستفيد منها، لهذا يتوجب الحد من مبداء البينة على المدعي واليمين على من انكر لحد إيقافه في القضاء الإداري واعتبار ان المدعي غير مكلف الا باثبات تضرره من القرار الصادر بينما تكون على جهة الإدارة اثبات مشروعية القرار الصادر، او وجود نص صريح توسع صلاحية القاضي الإداري بالزام الإدارة بتقديم الأوراق والمستندات دون تأخير.

٦. فتح دورات وندوات إدارية لاجراء الاعضاء الإدارة وكوادرها والمدراء في السلطة التنفيذية، وان يكونوا على دراية تامة بمبداء المشروعية التي لا يمكن بدون معرفتها ومعرفة اركانها ومصادرها ان يؤديوا مهامهم وفق ما يقتضيه هذا المبداء وحتى يكون الرجل الإداري شخصا ناجحا في عمله.

المصادر

بعد كتاب الله عز وجل:

أولاً: الكتب والبحوث:

- ١- المؤلفة جوان غريب علي، - القيود الواردة على حق التقاضي امام القضاء الإداري - دراسة تحليلية مقارنة -، (رسالة ماجستير غير منشور، مقدم الى جامعة سوران - أربيل) ٢٠٢٢.
- ٢- المؤلفة ساكار امير عبدالكريم حويزي، - الرقابة القضائية على ركن الغاية في القرار الإداري (دراسة مقارنة) -، مركز أبحاث القانون المقارن، أربيل الطبعة الأولى ٢٠١٠.
- ٣- الدكتور سمير دنون. - الخطء الشخصي والخطء المرفقي في القانونين المدني والإداري (دراسة مقارنة) -، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٩.
- ٤- الدكتور زانا رؤوف حمه كريم و الدكتور دانا عبدالكريم سعيد، - المبادئ العامة في القانون الإداري (الكتاب الثاني - الاعمال الإدارية والمبداء المشروعية) -، مطبعة يادكار، الطبعة الأولى ٢٠١٧.
- ٥- الدكتور عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية (القرارات والعقود الإدارية) -، مطبعة المركز القانوني للاصدارات القانونية، الطبعة الأولى ٢٠٠٨.
- ٦- الحقوقي عبدالقادر صالح عبدول، - القرارات الإدارية المعدومة دراسة تحليلية مقارنة مزودة بالقرارات القضائية -، مطبعة يادكار، الطبعة الأولى ٢٠٢٠.
- ٧- الحقوقي عبدالقادر صالح عبدول، - القرارات الإدارية السلبية في مجال الوظيفة العامة -، مطبعة يادكار، الطبعة الأولى ٢٠١٩.
- ٨- الدكتور عصام نعمة إسماعيل، - الطبيعة القانونية للقرار الإداري (دراسة تاصيلية مقارنة في ضوء الفقه والاجتهاد) -، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ٢٠٠٩.
- ٩- الكاتب عدنان ملا صالح، - الرقابة القضائية على عنصر السبب في القرار الإداري (دراسة مقارنة بين فرنسا مصر والعراق) -، مطبعة يادكار، الطبعة الثانية ٢٠٢١.
- ١٠- الدكتور فارس علي جانكير - المرشد العملي في الدعاوي الإدارية -، المطبعة القانونية أربيل، الطبعة الأولى ٢٠٢٢.
- ١١- الدكتور فهد عبدالكريم أبو العثم، - القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق -، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان/اردن، الطبعة الأولى ٢٠٠٥.
- ١٢- الدكتور محمود عبدالمجيد المغربي، - المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية واثارها القانونية - (دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق)، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس لبنان، الطبعة الأولى ١٩٩٨.
- ١٣- الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، - مبادئ القانون الإداري - المكتبة القانونية بغداد، الطبعة الأولى ٢٠٢٢.

- ١٤- الدكتور مازن ليلو راضي، - القضاء الإداري - من منشورات جامعة دهوك، الطبعة الثانية ٢٠١٠.
- ١٥- الدكتور نجيب خلف احمد الجبوري، - القانون الإداري -، مطبعة يادكار، الطبعة الأولى ٢٠١٨.
- ١٦- الدكتور وسام صبار العاني، - القضاء الإداري -، مطبعة دار السنهوري لبنان بيروت وبغداد شارع المتنبي، الطبعة الأولى ٢٠٢٠.
- ١٧- الدكتور يحيى جلال عبدالله، - الرقابة القضائية على القرارات الضمنية للإدارة دراسة مقارنة تحليلية بين فرنسا مصر لبنان والعراق، - مطبعة يادكار، الطبعة الأولى ٢٠٢٠.

ثانياً: المبادئ:

- ١٨- قرارات وفتاوي مجلس شورى إقليم كردستان - العراق لعام ٢٠١٣، من منشورات مجلس شورى إقليم كردستان، مطبعة جامعة صلاح الدين - أربيل، الطبعة الأولى ٢٠٢٣.
- ١٩- احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للاعوام ٢٠٠٥، ٢٠٠٦، ٢٠٠٧، من إصدارات جمعية القضاء العراقي.
- ٢٠- احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للاعوام ٢٠٠٨، ٢٠٠٩، المجلد الثاني ٢٠١١، من إصدارات جمعية القضاء العراقي.
- ٢١- احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعام ٢٠١٠، المجلد الثالث ٢٠١١، من إصدارات الجمعية القضاء العراقي.
- ٢٢- احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعام ٢٠١١، المجلد الرابع ٢٠١٢، من إصدارات جمعية القضاء العراقي.
- ٢٣- قرارات وفتاوي مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٦، من منشورات مجلس شورى الدولة.
- ٢٤- قرارات وفتاوي مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٧، من منشورات مجلس شورى الدولة.
- ٢٥- قرارات وفتاوي مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٨، من منشورات مجلس شورى الدولة.
- ٢٦- قرارات وفتاوي مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٩، من منشورات مجلس شورى الدولة.
- ٢٧- من قضاء المحكمة الإدارية العليا للقاضي لفتة هامل العجيلي، الجزء الثاني، مكتبة السنهوري، الطبعة الأولى ٢٠١٩.
- ٢٨- من قضاء المحكمة الإدارية العليا للقاضي لفتة هامل العجيلي، الجزء الثالث، مكتبة السنهوري، الطبعة الأولى ٢٠٢١.
- ٢٩- قرارات المحكمة الاتحادية العليا في رقابتها على القضاء الإداري للسنة ٢٠٠٥ الى ٢٠١٠، اعداد القاضي مجيد سعيد برادوستي .

ثالثاً: التشريعات:

- ٣٠- الدستور العراقي عام ٢٠٠٥
- ٣١- قانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ قانون مجلس الدولة العراقي
- ٣٢- قانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٨ قانون مجلس شورى إقليم كردستان
- ٣٣- قانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ قانون المحكمة الاتحادية العليا
- ٣٤- قانون رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ قانون العقوبات العراقي
- ٣٥- قانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ قانون رئاسة إقليم كردستان العراق
- ٣٦- قانون رقم ٣١ لسنة ٢٠١٥ قانون التضمين
- ٣٧- قانون رقم ٥ لسنة ٢٠٢٠ قانون التضمين إقليم كردستان العراق
- ٣٨- قانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ قانون المدني
- ٣٩- قانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ قانون البنك المركزي العراقي
- ٤٠- قانون رقم ٣١ لسنة ٢٠١٩ قانون المفوضية العليا المستقلة للانتخابات