



Al-rafidain of Law (ARL)



www.alaw.mosuljournals.com

Special formal restrictions for public administrative sanctions -A comparative study-

Bashar Rashid Hussein¹ 

College of Law/University of Nineveh

basharrashid216@gmail.com

Hassan Mohamed Ali² 

College of Law/ Al-Nour University

hasan.albanan@yahoo.com

Article information

Article history

Received 21 June, 2020

Revisit 6 July, 2020

Accepted 25 July, 2020

Available Online 1 September, 2024

Keywords:

- special formal restrictions
- general administrative penalties
- warning
- advisory opinion

Correspondence:

Bashar Rashid Hussein

basharrashid216@gmail.com

Abstract

The legislator empowers the administration to carry out its duties by providing it with certain tools, the most notable of which is the authority to impose general administrative penalties on those who violate laws and regulations. However, the legislator sometimes intervenes to impose specific restrictions on the administration's authority before it can enforce a general administrative penalty. These restrictions may include requirements such as issuing a warning to the concerned party or seeking the opinion of a specific committee. For instance, in cases of minor or non-dangerous violations, the legislator may require the administration to issue a warning to the violator to avoid the immediate imposition of penalties, considering the minor nature of the infraction. Alternatively, when dealing with technical violations, the legislator might mandate that the administration consult a specialized technical committee before deciding on the appropriate penalty, ensuring that the penalty imposed is informed by expert opinion.

Doi: 10.33899/alaw.2020.127409.1080

© Authors, 2024, College of Law, University of Mosul This is an open access article under the CC BY 4.0 license (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).

القيود الشكلية الخاصة للجزاءات الإدارية العامة

-دراسة مقارنة-

حسن محمد علي

كلية القانون / جامعة النور

بشار رشيد حسين

كلية القانون / جامعة نينوى

الاستخلاص

إن المشرع يمكن الإدارة من ممارسة نشاطها، وذلك من خلال منحها وسائل معينة لبلوغ تلك الغاية، ومن أبرز تلك الوسائل هي فرض جزاءات إدارية عامة على المخالفين للقوانين والأنظمة وبشكل مباشر.

إلا أن المشرع في بعض الأحيان يتدخل ويفرض قيود خاصة على سلطة الإدارة قبل فرضها للجزاء الإداري العام، مثل إنذار صاحب الشأن، واخذ رأي اللجنة معينة.

فالمشرع يلزم الإدارة بإنذار المخالف في المخالفات التي يمكن الانتظار فيها، مثل المخالفات البسيطة والغير خطيرة ، بغية تدارك فرض الجزاء على المخالفين، نظرا لبساطة المخالفة، أو قد يجبر الإدارة بان تأخذ رأي لجنة فنية معينة، بسبب الطبيعة الفنية للمخالفة، فالاستعانة برأي جهة فنية يعين الإدارة في أن تفرض الجزاء المناسب على المخالف.

معلومات البحث

تاريخ البحث

الاستلام ٢١ حزيران ٢٠٢٠

التعديلات ٦ تموز ٢٠٢٠

القبول ٢٥ تموز ٢٠٢٠

الكلمات المفتاحية

- القيود الشكلية الخاصة

- الجزاءات الادارية

العامة

- الانذار

- الرأي الاستشاري

إلقدمة

يقصد بالجزاء الادارية العامة بانها "جزاء تفرض من قبل الادارة، بموجب قرارات فردية على المخالفين للقوانين والانظمة النافذة، يمنحها ذلك المشروع دون وجود رابطة وظيفية او علاقة تعاقدية بينهم وبين الادارة، وبمناسبة ممارسة الادارة لنشاطها. اذ تتمتع الإدارة بسلطة فرض الجزاءات الإدارية العامة على المخالفين للقوانين والأنظمة، دون أن يرتبطوا معها بأية رابطة قانونية، الا ان السلطة المذكورة ليست مطلقة، بل هي محددة بقيود يفرضها المشرع على الإدارة قبل فرضها لهذه الجزاءات، ويوازن المشرع عند تحديده لتلك القيود بين طبيعة المخالفة وما بين فعالية الادارة، بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى غل يد الإدارة في ممارسة نشاطها، وعدم تحقيق الجزاء غايته الردعية، ويمكن تحديد هذه القيود بإنذار صاحب الشأن، واخذ رأي لجنة او جهة معينة قبل فرض الجزاء الإداري العام.

فعندما ينص المشرع على انذار المخالف، يجب ان يضع في اعتباره ان الانذار يكون مقتصرًا على الحالات التي يمكن فيها اعطاء مهلة للمخالف، اي ان لا تكون المخالفة من الحالات الخطرة او الجسيمة والتي تتطلب التدخل السريع من قبل الادارة، وفرضها للجزاء الاداري العام، فضلا عن ذلك توجد بعض المخالفات التي تستلزم طبيعتها الفنية اخذ رأي لجنة معينة قبل فرض الجزاء من قبل الادارة، فالاعتبارات السابقة جعلت من القيود المذكورة، قيوداً خاصة تستلزم النص عليها في بعض المخالفات قبل فرض الجزاء الاداري العام.

اولاً: اهمية البحث

من خلال البحث يمكن تحديد المعايير التي يستعين بها المشرع، لتحديد الحالات التي تستوجب، فرض قيود خاصة على سلطة الإدارة في فرض الجزاء الإداري العام، فهذه المعايير تعطي ضمانات فعالة لمن توقع عليهم العقوبة، بأن يصححوا أوضاعهم قبل فرض الجزاء عليهم، هذا من جهة، ومن جهة اخرى، فان اخذ رأي جهة فنية يعين الادارة في معرفة طبيعة الفعل المرتكب والوصول إلى الجزاء المناسب.

ثانياً: مشكلة البحث

ان المشرع العراقي ومن خلال التشريعات التي تناولت الجزاءات الادارية العامة، لم يحدد الحالات التي يستلزم فيها فرض قيود خاصة على سلطة الإدارة قبل فرضها للجزاء،

فالقوانين التي احتوت على جزاءات إدارية عامه لم تسلك موقف واضح ، بل شابها قصور ، فلم تشر الى انذار المخالف واخذ رأي لجنة معينة قبل إيقاع الجزاء من قبل الإدارة، وفي أحيان عدة.

ثالثا: تساؤلات البحث

يمكن تناول البحث من خلال التساؤلات التالية:

١. هل أن المشرع العراقي- كقاعدة عامة- بين من خلال النصوص التي تناولت

الانذار، الحالات التي يستلزم فيها الانذار؟

٢. ما هي الالتزامات التي يشير إليها المشرع ، والتي تقع على عاتق المخالف بعد

إنذاره؟

٣. ماهي معايير اختيار القيود الخاصة قبل فرض الجزاء الاداري العام؟

٤. هل ألزم المشرع- كقاعدة عامة- الإدارة بأخذ رأي جهة معينة قبل فرض الجزاء

الإداري العام ؟ واذا كان الامر كذلك ، ما هي الحالات التي تستوجب (حذف) أخذ رأي

لجنة معينة؟

رابعا: منهجية البحث

يقوم البحث على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية وعرض الأحكام القضائية والآراء الفقهية التي تتعلق بالبحث، كما اتبعنا المنهج المقارن والقائم على المقارنة بين التشريع والقضاء في كل من فرنسا ومصر والعراق من أجل الوقوف على أوجه التشابه و الاختلاف في كل منهم.

خامسا: نطاق البحث

ينحصر النطاق في دراسة انذار صاحب الشأن والرأي الاستشاري، بوصفهما من القيود الخاصة، التي يستلزم أن تتوافر في بعض الجزاءات الادارية العامة، وذلك إما لبساطة المخالفة أو لطبيعتها الفنية.

سادسا: خطة البحث

تتضمن خطة البحث ما يلي:

المبحث الأول: إنذار صاحب الشأن قبل فرض الجزاء الإداري العام

المطلب الأول: مفهوم الانذار

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للإنذار

المطلب الثالث: موقف المشرع من الإنذار قبل فرض الجزاء الإداري العام

المبحث الثاني: الرأي الاستشاري قبل فرض الجزاء الإداري العام

المطلب الأول: مفهوم الاستشارة

المطلب الثاني: موقف المشرع والقضاء من الاستشارة قبل فرض الجزاء الإداري العام

المبحث الأول**إنذار صاحب الشأن قبل فرض الجزاء الإداري العام**

قد يقدر المشرع في بعض الحالات الخاصة، ان قيام الادارة بفرض الجزاء على المخالف، يمكن ان يتحمل تأخير تنفيذه إلى وقت معين، وبذلك يمنح المخالف فرصة لإزالة المخالفة قبل فرض الجزاء عليه، وهذا المسلك يتمثل في انذاره في ازالة المخالفة مع تحمل تكاليفها وتصحيح وضعه، وبخلاف ذلك يمكن للإدارة فرض الجزاء المحدد عليه، ولبيان ذلك سنقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب، وعلى النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم الانذار.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للإنذار.

المطلب الثالث: موقف المشرع من الانذار قبل فرض الجزاء الاداري العام.

المطلب الأول**مفهوم الإنذار**

يعتبر الإنذار أمراً موجهاً من الإدارة الى المخالف بوجود مخالفة للقوانين والانظمة، فهو يعد من الاشكال الجوهرية عندما ينص عليه القانون، وبالتالي ان عدم التزام الادارة بإنذار المخالف قبل ايقاع الجزاء عليه يعد عملاً باطلاً يتوجب الغاؤه، على اعتبار ان الادارة خرقت قيده وضعه المشرع عليها عند ممارسة اختصاصها، ولتوضيح ذلك سنقسم المطلب الى فرعين: وعلى النحو التالي:

الفرع الاول: تعريف الانذار.

الفرع الثاني: حالات الاعفاء من الانذار.

الفرع الاول

تعريف الانذار^(*)

عرف الفقه الانذار بعدة تعاريف، إذ عرفه البعض بأنه: "احاطة الادارة المخالف علماً بما تنوي اتخاذه في مواجهته قبل حدوثه، قصد تدارك الموقف وتصحيح وضعه المخالف، درءً لتدخلها باتخاذ ما من شأنه ازالة اسباب المخالفة، وهو في هذه الحالة يكون بمثابة انذار يقيه انزال الجزاء به"^(١).

(*) اشار القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ إلى الانذار في نطاق العقود المدنية، إذ نص في المادة (٢٥٦) إلى انه: "لا يستحق التعويض الا بعد اعدار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك"، كما عرفه البعض بأنه: "اعدار المدين هو وضعه في موضع المتأخر في تنفيذ الالتزام ان لم يوف به على الفور". لوانى عبد المجيد، الاعذار في المواد المدنية والتجارية طبقاً للقانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الادارية، ٢٠٠٤-٢٠٠٥، ص ٥. وفي نطاق العقود الادارية عرف الفقه الانذار بأنه: "التنبية الموجه من قبل الادارة إلى المتعاقد معها، مبيناً اوجه الخلل والتقصير في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وحثه على ضرورة الالتزام بالتنفيذ حسب بنود العقد وخلال المدة المحددة، وذلك قبل توقيع الجزاء من قبل الادارة". د. نصري منصور النابلسي، العقود الادارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠، ص ١٥٧. كما يرى البعض من الفقه انه في نطاق العقود الادارية، ان الانذار عند اخلال المتعاقد لا يرقى إلى مرتبة الشرط الضروري لصحة فرض الجزاءات الادارية، وان ضرورة الانذار في المواد المدنية في علاقات الافراد بعضهم ببعض إذا كان لها ما يوجبها، فهي ليست كذلك في العلاقات التي تحكمها قواعد القانون الاداري، نظر لتغليب المصلحة العامة في هذه العلاقات على المصالح الفردية، فالإنذار مسألة جوازية يمكن للإدارة ان توجهها ان شاءت، وعلى نحو يحقق المصلحة العامة، الا إذا كان القانون يفرض عليها. د. ابراهيم طه الفياض، العقود الادارية، مكتبة الفلاح، الكويت، ١٩٨١، ص ص ٢٠٤-٢٠٥.

(١) د. محمد باهي ابو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الادارية العامة، (دار الجامعة للنشر، الإسكندرية| ٢٠٠٢)، ص ص ١٤٢-١٤٣.

وعرفه اخر بأنه: "بمثابة طلب موجه إلى مرتكب الفعل المخل بالبيئة، للامتناع عن اتيان هذه الافعال بالسبل المتاحة لديه، وذلك لتوخي خضوعه للجزاء الاداري المقرر عنها"^(١). ويتضح مما سبق ان الانذار اجراء اداري تقوم به الادارة عند اكتشافها خطأً معيناً قد تحقق، وتلجأ اليه الادارة قبل ايقاع الجزاء على المخالف، لتفادي ايقاع الجزاء عليه، وتحميله اثار الانذار.

ولم يتطلب مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٣/١١/١٩٥٤ في قضية مونس (Mons) لصحة الانذار ان يكون بشكل معين، الا إذا نص القانون على ذلك، لذا فإن الاصل ان يجري بأي شكل يمكن صاحب الشأن من العلم بما ستقدم عليه الادارة^(٢). كما ان مجلس الدولة الفرنسي الزم الادارة في حكمه الصادر في ٢٨/٥/١٩٤٩، ببذل عناية كافية للوصول إلى عنوان صاحب الشأن لإرسال الانذار اليه، فان اثبتت الادارة انها بذلت كامل جهدها دون جدوى في الوصول اليه، فيعد ذلك كافياً في فرض الجزاء بغير انذار، لأن المخالف يكون قد قصر في ان يخطر الادارة بمحل اقامته الجديدة^(٣).

وينبغي ايضاً ان تمنح الادارة للمخالف مهلة معينة للعدول عن المخالفة وازالة اسبابها^(٤)، وإذا حدد المشرع هذه المهلة، فانه يتعين على الادارة الالتزام بتلك المدة^(٥)،

(١) د. عيد محمد مناحي المنوخ العازمي، الحماية الادارية للبيئة -دراسة مقارنة، (دار النهضة العربية، القاهرة | ٢٠٠٩)، ص ٥٣٨.

(٢) اشارة اليه: د. موسى مصطفى شحادة، الجزاءات الادارية في مواجهة المنشآت المصنفة للبيئة ورقابة القضاء الاداري عليها، (بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، العدد ١ | ٢٠٠٤)، ص ٣٢.

(٣) اشارة اليه: د. محمد باهي ابو يونس، مصدر سابق، ص ١٤٣.

(٤) علاء نافع كطافة، دور الجزاءات الادارية في حماية البيئة -دراسة قانونية مقارنة، (بحث منشور في مجلة الكوفة، جامعة ميسان، العدد ١٨ | ٢٠١٤)، ص ١٥٨.

(٥) عماد صوالحية، الجزاءات الادارية العامة، الطبعة الاولى، (مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية | ٢٠١٤)، ص ١٥٧.

فالجزاء الاداري ليس غاية في ذاته، وانما فضلاً عن ذلك يعد وسيلة لتحقيق المصلحة العامة^(١).

وعلى ذلك تكون الجزاءات الادارية العامة باطلة، إذا ما فرضت دون انذار مرتكبها، أو تم اخطاره على محل اقامته القديمة، رغم انه سبق وان اعلم الادارة بتغير محل اقامته إلى مكان جديد^(٢).

لذلك اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٧٩/١/٤ ان الانذار يشكل ضرورة جوهرية قبل ايقاع الجزاء الاداري العام، ويعد اجراءً جوهرياً إذ نص القانون عليه^(٣).

كما قضت محكمة القضاء الاداري في مصر بانه: "المشروع رخص للسلطة المختصة في اصدار قرار بحل مجلس ادارة الجمعية الخاصة وتعيين مجلس ادارة مؤقت في حالة ارتكاب الجمعية مخالفات تستوجب ذلك- وفقاً للمادة (٢٨) من القانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة- ولم تر الجهة الادارية حلها، وقرر المشروع في الوقت ذاته عدم اصدار قرار الحل إلا بعد انذار الجمعية بإزالة اسباب المخالفات وانقضاء خمسة عشر يوماً من تاريخ الانذار دون ازلتها، باعتبار ان الانذار في هذه الحالة مقرر كضمانة لصالح مجلس الادارة المراد حله لتفادي قرار الحل وما ينطوي عليه من اتهام المجلس بمسؤوليته عن تلك المخالفات وعجزه عن ازالة اسبابها فانه- اي الانذار- يعد اجراءً جوهرياً لازماً لصحة قرار الحل، وبالتالي فان صدور قرار حل مجلس ادارة الجمعية للسبب المشار اليه دون انذارها على النحو المقرر قانوناً من شأنه ابطال قرار الحل

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الادارية العامة، (المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة | ٢٠٠٨)، ص ٣٧.

(٢) حكم المحكمة الادارية العليا في مصر، طعن رقم ٧٠٧، لسنة ٣٧ قضائية جلسة ١٩٨٣/٣/٣١، اشار اليه: عماد صوالحية، المصدر السابق، ص ١٥٦.

(٣) اشار اليه: د. عيد محمد مناحي المنوخ العازمي، مصدر سابق، ص ٥٣٨.

لمخالفته اجراء جوهرياً نص عليه القانون خاصة في حالة عدم تحقيق الغاية من هذا الاجراء^(١).

ويرى البعض انه حتى في حالة عدم النص على الانذار في القوانين، فان الادارة ملزمة بالإنذار، على اعتبار ان هذا الاجراء يعد متطلباً اجرائياً جوهرياً، وبخلافه يترتب البطلان على قرار فرض الجزاء، فغاية القواعد الاجرائية حماية المصالح العامة والمصالح الخاصة، بتوفير ضمانات للأفراد في مواجهة الادارة^(٢).

ولكن الباحث لا يتفق مع الرأي السابق، ويرى ان ما تم ذكره يمكن ان يعتد به في قواعد الاجراءات بشكل عام، ولكن لا يمكن الأخذ به على اطلاقه في الجزاءات الادارية العامة، لأن ذلك يقيد الادارة ويغلب المصالح الخاصة، ويغل يد الادارة في ممارسة نشاطها، كما يفقد الجزاء الفاعلية في تحقيق اهدافه، لذا فان الباحث يرى ان الانذار يكون جوهرياً في فرض الجزاءات الادارية العامة، إذا ما نص عليها المشرع، وبخلافه فهو غير ملزم للإدارة.

الفرع الثاني

حالات الاعفاء من الإنذار

تعفى الادارة من انذار المخالف في عدة حالات منها:

أولاً: حالة قيام استحالة لدى الادارة باستيفاء هذا الاجراء بسبب ظرف الاستعجال المتولدة من الظروف الاستثنائية، والتي تتطلب تدخلاً سريعاً لا يحمل التأخير، بحيث لا يمكن للإدارة ان تتقيد بالإنذار لمنع تفاقم الخطر^(٣).

ثانياً: تكرار المخالفة المرتكبة من قبل المخالف، ورفضه اتخاذ الاجراءات اللازمة لتعديل المخالفة وازالتها^(٤).

(١) قرار محكمة القضاء الاداري رقم ١٩١، لسنة ٤٦ قضائية، جلسة ١٩/١١/١٩٩٢، اثار اليه: د. محمد باهي ابو يونس، مصدر سابق، ص ١٤٤.

(٢) لبنى عدنان عبد الامير، الاختصاص الاداري في المنازعات الجزائية -دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد | ٢٠١٦)، ص ١٥٣.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص ٤٢.

(٤) د. موسى مصطفى شحادة، مصدر سابق، ص ٣٢.

وقد أعفى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٤/٧/١٩٨٩ الإدارة من انذار المخالف في الحالتين المشار اليهما اعلاه^(١).

ثالثاً: في حالة وجود خطأ جسيم من قبل المخالف، فقد نص قانون التعليم العالي الاهلي في العراق إلى انه: "يغلق الوزير القسم أو الفرع العلمي دون انذار في حالة ثبوت خرق جسيم للشروط المطلوبة"^(٢).

وحسناً فعل المشرع في قانون التعليم العالي الاهلي، حينما اعفى الإدارة من انذار المخالف في حالة الخرق الجسيم، على اعتبار ان مخالفة الشروط بشكل غير عادي، قرينة على علم المخالف بارتكابه للمخالفة، ولا يحتاج الامر إلى منحه ضمانات إجرائية متمثلة بالإنذار وذلك لسبق علمه بالمخالفة.

رابعاً: إذ كانت المخالفة تشكل خطر حال، فقد نص قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث المصري إلى انه: "...أما إذا تبين من نتيجة العينات انها تخالف المواصفات والمعايير المحددة وفقاً لأحكام هذا القانون وبصورة تمثل خطراً فورياً على تلوث مجاري المياه فيخطر صاحب الشأن بإزالة مسببات الضرر فوراً، وإلا قامت وزارة الري بذلك على نفقته أو قامت بسحب الترخيص الممنوح له ووقف الصرف على مجاري المياه بالطريق الإداري"^(٣).

(١) د. عيد مناحي المنوخ العازمي، مصدر سابق، ص ٥٣٩.

(٢) المادة (٣٨/ثانياً/ج) من قانون التعليم العالي الاهلي العراقي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٦
النافذ.

(٣) المادة (٣) من قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث رقم (٤٨) لسنة ١٩٨٢ النافذ. ويختلف الانذار عن الاخطار، فالأخطار يعني وصول علم المخاطب بمضمون القرار فهو يهدف الى مجرد اعلام المخاطر اليه بواقعة معينة، اشار اليه: د. مدحت احمد يونس غنايم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الادارية (دراسة مقارنة) الطبعة الاولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٩٥. اما الانذار فهو بمثابة تنبيه للمخاطب بتعديل وضعه الغير القانوني، تجنباً لإيقاع الجزاء عليه.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للإنذار

اختلف الفقهاء حول تحديد طبيعة الانذار، ويمكن رد هذا الاختلاف إلى اتجاهين، الأول: يرى ان الانذار ذو طبيعة عقابية، وهو يعد أحد صور الجزاءات الادارية العامة غير المالية، ويذهب هذا الاتجاه إلى ان الانذار هو ابسط الجزاءات الادارية العامة، وغالباً ما يعقب هذا الجزاء، طبعاً إذا ما استمرت المخالفة رغم انذار المخالف، قيام الادارة بفرض جزاءات ادارية اخرى اشد منه وبالتدرج، مثل غلق المحل أو سحب الترخيص من الشخص المخالف^(١).

أما الاتجاه الثاني: فيذهب إلى ان الانذار هو اجراء وقائي يسبق فرض الجزاء، وتلجأ اليه الادارة قبل فرض الجزاء على المخالف، وهو لا يحمل معنى العقوبة، إذ من خلاله تحيط الادارة علماً بما تنوي اتخاذه في مواجهة المخالف من اجراءات قبل فرضها، وذلك بقصد تدارك الموقف وتصحيح المخالفة، تجنباً لتدخل الادارة بإزالة المخالفة أو بفرض الجزاء المناسب^(٢).

(١) د. ماجد راغب الطلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، (دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية|٢٠٠٢)، ص ١٤٧؛ د. سجي محمد عباس الفاضلي، دور الضبط الاداري البيئي في حماية جمال المدن (دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٣٢١؛ علا سامح لطفي غيدان، سلطة الادارة في حماية البيئة من التلوث في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٤، ص ١٧٠؛ امال مدين، الجزاءات القانونية لتلويث البيئة، مجلة الفقه والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد-تلمسان، العدد التاسع عشر، ايار ٢٠١٤، ص ٢١٢. بحث منشور على الموقع الالكتروني الآتي: تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٣/١٤.

<http://platform.almanhal.com>.

(٢) د. موسى مصطفى شحادة، مصدر سابق، ص ٣٢؛ د. محمد باهي ابو يونس، مصدر سابق، ص ١٤٢؛ د. عيد محمد مناحي المنوخ العازمي، مصدر سابق، ص ٥٣٨؛ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص ٣٧؛ علاء نافع كطافة، مصدر سابق، ص ١٥٨؛ عماد صوالحية، مصدر سابق، ص ١٥٦.

ويؤيد الباحث الاتجاه الأخير، والذي اعتبر ان الانذار هو اجراء وقائي، إذ من الصعب عد الانذار جزءاً ادارياً، لان كل جزء اداري لابد ان يكون مؤثراً في مركز المخالف، اما الانذار رغم انه يقع بسبب مخالفة، إلا انه لا يؤثر في ذلك المركز، وانما من خلاله تحيط الادارة علم المخالف بوجود مخالفة، وتعطيه مهلة لتدارك تلك المخالفة، وفي حالة عدم الاستجابة تلجأ الادارة إلى فرض الجزاء المناسب، وتحميل المخالف اثار ذلك الجزاء، إذ يعد الانذار من القيود الشكلية التي تقع على عاتق الادارة قبل فرض الجزاء الاداري العام.

المطلب الثالث

موقف المشرع من الانذار قبل فرض الجزاءات الادارية العامة

الزم المشرع المصري الادارة بإنذار المخالف قبل توقيع الجزاء عليه، وذلك في مواضيع عديدة نذكر منها على سبيل المثال، قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث، فقد نص بانه: "...ويتم اخطار وزارة الري وصاحب الشأن بنتيجة التحليل، فاذا تبين ان المخلفات السائلة التي تصرف في مجار المياه مخالفة للمعايير والمواصفات المنصوص عليها بالترخيص الممنوح ولا تمثل خطورة فورية، وجب على صاحب الشأن خلال مهلة ثلاثة اشهر من تاريخ اخطاره بذلك ان يتخذ وسيلة لعلاج المخلفات لتصبح مطابقة للمواصفات والمعايير المحددة، وان يتم فعلاً خلال هذه المهلة اجراء المعالجة واختبارها، واذا لم تتم المعالجة عند انتهاء مهلة الثلاثة اشهر أو ثبت عدم صلاحيتها قامت وزارة الري بسحب الترخيص الممنوح لصاحب الشأن ووقف الصرف على مجاري المياه بالطريق الاداري..."^(١).

كما اشار قانون البيئة المصري إلى انه: "...وفي جميع الاحوال يلتزم المخالف بإزالة الاعمال المخالفة أو تصحيحها في الموعد الذي تحدده وزارة الاشغال العامة والموارد المائية، فاذا لم يتم بذلك في الموعد المحدد، يكون لوزارة الاشغال العامة والموارد المائية اتخاذ اجراءات الازالة أو التصحيح بالطريق الاداري على نفقة المخالف دون اخذ بحق الوزارة في الغاء الترخيص..."^(٢).

(١) المادة (٣) من قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية رقم (٤٨) لسنة ١٩٨٢ النافذ.

(٢) المادة (٨٩) من قانون البيئة رقم (٤) لسنة ١٩٩٤ النافذ.

وكذلك هو الحال في العراق، فقد اشار المشرع إلى ضرورة انذار المخالف في قوانين عديدة، وإعطائه مهلة يحددها المشرع لإزالة المخالفة في تلك القوانين، وبخلافه تلجأ الادارة إلى فرض جزاءات قاسية عليه، مثل الغلق أو سحب الترخيص.

ومن هذه التشريعات قانون حماية وتحسين البيئة، إذ نص بانه: "للووزير أو من يخوله انذار اية منشأة أو معمل أو أي جهة أو مصدر ملوث للبيئة لإزالة العامل المؤثر خلال (١٠) عشرة ايام من تاريخ التبليغ بالإنذار وفي حالة عدم الامتثال فللووزير ايقاف العمل أو الغلق المؤقت مدة لا تزيد على (٣٠) ثلاثين يوماً قابلة للتمديد حتى ازالة المخالفة"^(١).

كما اشار قانون المنظمات غير الحكومية إلى انه: "تنبيه المنظمة بضرورة ازالة المخالفة خلال مدة لا تزيد على (١٠) عشرة ايام من تاريخ التبليغ بالتنبيه"^(٢)، وبالاتجاه نفسه نص قانون الصحة الحيوانية على انه: "للسلطة الصحية البيطرية انذار صاحب المحل في حالة ارتكاب مخالفة خلال (١٠) عشرة ايام لإزالة المخالفة من تاريخ التبليغ، وعند عدم ازالتها خلال المدة المحددة يعاقب بغرامة لا تقل عن (٥٠٠,٠٠٠) خمسمئة الف دينار ولا تزيد على (١,٥٠٠,٠٠٠) مليون وخمسمئة الف دينار"^(٣).

ويرى الباحث ان موقف المشرع العراقي في قانون الصحة الحيوانية غير موفق، لأنه من الممكن ان يمتنع المخالف عن ازالة المخالفة، وتتعدى تكاليف ازالتها من قبل الادارة مبلغ الغرامة المنصوص عليها في القانون.

لذا نقترح على المشرع العراقي ان يمكن الادارة من الرجوع على المخالف، وتحمله كامل التكاليف، يضاف اليها رسوم ادارية بنسبة لا تتجاوز (١٠٪)، فضلاً عن ايقاع الجزاء الاداري المناسب، وبالطبع ان الجمع بين تكاليف الازالة والرسوم الادارية مع ايقاع الجزاء الاداري المناسب، لا يعد جمعاً بين جزاءين، فالتكاليف الاصل فيها ان يتحملها المخالف، ولكن لامتناع المخالف قامت الادارة بإزالتها مع تحميله المبلغ، اما الجزاء فكان بسبب مخالفة القوانين والانظمة، وبهذا يمكن اعتبار التكاليف تعويضاً للإدارة، اما الجزاء فهو وسيلة الادارة لمعاقبة المخالفين وردعهم.

(١) المادة (٣٣/أولاً) من قانون حماية وتحسين البيئة رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٩ النافذ.

(٢) المادة (٢٣/أولاً) من قانون المنظمات غير الحكومية رقم (١٢) لسنة ٢٠١٠ النافذ.

(٣) المادة (٤٤) من قانون الصحة الحيوانية رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٣ النافذ.

ونص ايضاً قانون التعليم العالي الاهلي على انه: "للووزير اذار الجامعة أو الكلية غير المرتبطة بجامعة أو معهد عن طريق دائرة كاتب العدل أو عن طريق جريدة واسعة الانتشار في حالة ثبوت مخالفتها للشروط المطلوبة بإزالة المخالفة خلال مدة لا تزيد على (٩٠) تسعين يوماً من تاريخ التبليغ بالإنذار"^(١).

ويتضح مما سبق ان المشرع اراد من الانذار تحقيق غايتين: الاولى: اعطاء فرصة للمخالف بإزالة المخالفة، وعدم تعرضه للجزاء الادارية، اما الثانية: كان يهدف من خلالها تحميل المخالف تكاليف ازالة المخالفة وتصحيح وضعه، وبما ينسجم مع القوانين أو الانظمة التي تنظم نشاطه.

إلا انه يؤخذ على المشرع العراقي بعدم تحديده لمعيار واضح في تحديد الحالات التي تستلزم الانذار، إذ توجد نصوص عديدة تتضمن جزاءات ادارية عامة، ولكنها لا تحتوي على الانذار^(*)، ولذلك يمكن وضع معيار عام في تحديد الحالات التي تستوجب الانذار، فمثلاً في المخالفات البسيطة، يمكن للمشرع النص على اذار المخالف لإزالة المخالفة، اما المخالفات الجسيمة او الخطرة التي لا يمكن التأخير فيها، فإنها لا تستلزم توافر الانذار فيها، درءً لتفاقم المخالفة.

فضلاً عن ذلك يوصي الباحث المشرع العراقي بان يشير في جميع الحالات التي تتضمن اذار للمخالف، ان تلزم الادارة المخالف بإزالة المخالفة وكما ذكرنا فانه يجب ان تكون الازالة على حسابه وخلال مدة الانذار، لكي تجنب الادارة من تحمل تكاليف ازالة المخالفة، وذلك طبعاً في الحالات التي لا يستجيب فيها المخالف للإنذار.

(١) المادة (٣٨/اولاً) من قانون التعليم العالي الاهلي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٦ النافذ.
 (*) ينظر المادة (٢٧) من قانون المطبوعات رقم (٢٠٦) لسنة ١٩٦٨ النافذ، والمادة (٥٣) من قانون مزاوله مهنة الصيدلة رقم (٤٠) لسنة ١٩٧٠ النافذ؛ والمادة (١٨) من قانون تنظيم التجارة رقم (٢٠) لسنة ١٩٧٠ النافذ؛ والمادة (٢/٦) من قانون تنظيم نبح الحيوانات رقم (٢٢) لسنة ١٩٧٢ النافذ؛ والمادة (١٤) من قانون حماية الحيوانات والطيور البرية رقم (٢١) لسنة ١٩٧٩ النافذ؛ والمادة (١٢) من قانون المطابع الاهلية رقم (٥) لسنة ١٩٩٩ النافذ؛ المادة (١٤) من قانون تنظيم الخدمات الصناعية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٠ النافذ؛ والمادة (٦٢) من قانون البنك المركزي العراقي رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤ النافذ.

المبحث الثاني

الرأي الاستشاري قبل فرض الجزاء الإداري العام

إذا فرض المشرع على الإدارة قبل اصدار قرار معين استشارة لجنة أو جهة معينة، يتعين عليها استيفاء هذه الشكلية قبل اصدار قرارها، فالاستشارة تساعد الإدارة (وخاصة في المجالات ذات الطابع الفني) على الاستعانة بأراء اصحاب الخبرة والممارسة في تقديم توصياتها، بغية الوصول إلى افضل الخيارات في اصدار القرار الاداري، وتجنب الانفرادية في اتخاذ القرار.

ولتوضيح ذلك سنقسم المبحث إلى مطلبين، وعلى النحو التالي:

المطلب الاول: مفهوم الاستشارة.

المطلب الثاني: موقف المشرع من الاستشارة قبل فرض الجزاء الإداري العام.

المطلب الاول

مفهوم الاستشارة

ان للاستشارة فائدة مهمة في رفع كفاءة النشاط الاداري، وذلك من خلال الاستفادة من اراء اصحاب الخبرة المهنية والفنية، كعمل اجرائي تمهيدي تلجئ اليه الإدارة، وللوقوف على مفهوم الاستشارة سنقسم المطلب الى فرعين وعلى النحو التالي:

الفرع الاول: تعريف الاستشارة.

الفرع الثاني: انواع الاستشارة.

الفرع الاول

تعريف الاستشارة

اعتمد الفقه على معيارين في تعريف الاستشارة، الاول: موضوعي: إذ عرفت بانها:

"تعبير عن رأي فردي أو جماعي يصدر في مسألة معينة بناء على عرض من السلطة

المختصة بمقتضى نص أو بدونه، وذلك قبل اصدار القرار، بهدف استطلاع رأي هذا الفرد أو تلك الجماعة من تلك المسألة"^(١).

وبالاتجاه نفسه عرفها اخر، ومن خلال بيان الغاية منها بانها: "اجراء تمهيدي يقتضي القانون أو متطلبات العمل الاداري استيفاءه قبل اصدار القرار بهدف ضمان صحته وموافقته للقانون"^(٢).

والثاني عضوي، فقد عرف احدهم الاستشارة من خلال تعريفه للإدارة الاستشارية، بانها: "أحدى الوحدات الادارية في التنظيم الاداري في الدولة، والتي تعمل إلى جانب الادارة العامة العاملة، فتقدم لها الرأي الذي تراه، بمناسبة اتخاذ هذه الادارة قراراً ادارياً، سواء كان ذلك بناء على الزام القانون اياها بطلب، أو كان ذلك بمحض ارادتها، أو تطوعت هذه الادارة الاستشارية بتقديمه، سواء كان هذا الرأي مقيداً للإدارة العامة أو كان غير مقيد لها"^(٣).

ويتضح من خلال المعيارين السابقين: ان الرأي الاستشاري عمل اجرائي يصدر من جهة ادارية قبل اصدار القرار، سواء كان بناء على نص أو بمبادرة منها، كما انه يمكن ان يكون ملزماً لها أو غير ملزم حسب الاحوال المحددة من قبل المشرع.

وتبدو اهمية الاستشارة بالنسبة للجزاء الاداري العام من ان الجهة المخولة بإصدار الجزاء، قد لا يتوافر لديها المعرفة التخصصية التي تمكنها من الاحاطة بجوانب الجزاء المطروح كافة، خاصة بعد ان اصبح عمل الادارة يتداخل في كثير من الانشطة ذات الطابع الفني، لذا اضحى اخذ الاستشارة من جهة متخصصة ضرورة عملية في ممارسة الادارة لعملها، وذلك في الجوانب المهنية المتخصصة.

(١) د. الديداموني مصطفى احمد، الاجراءات والاشكال في القرار الاداري - دراسة مقارنة في النظام الفرنسي والمصري والعراقي، (الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر|١٩٩٢)، ص ص ٥٠ - ٥١.

(٢) د. علي احمد حسن و ذكرى عباس علي، الرأي الاستشاري وأثره في مشروعية القرار الاداري - دراسة مقارنة، (بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة المستنصرية، المجلد ٥، الاصدار ٢١-٢٢|٢٠١٣)، ص ٣.

(٣) د. حمدي ابو النور السيد عويس، الادارة الاستشارية ودور القضاء الاداري في الرقابة عليها - دراسة مقارنة، (دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١١)، ص ص ٩٧ - ٩٨.

لذا قد يشترط المشرع لصحة توقيع الجزاءات الادارية العامة أخذ رأي جهة أو لجنة يحددها، وذلك ضماناً لصواب القرار الصادر منها، فالجهة أو اللجنة التي يحددها القانون تملك من المقومات التي قد لا تتوافر في مصدر القرار، اضافة إلى ذلك انها تتصف بالحياد الذي قد لا يكون محقق في السلطة المخولة في تقرير الجزاء^(١).

الفرع الثاني

انواع الاستشارة

يختلف موقف المشرع في مسألة ضرورة الزام الادارة بالاستشارة من عدمها قبل اصدار القرار الاداري، وهذا الامر يترك اثره في الحكم القانوني المترتب بعد اصدار القرار الاداري، ويمكن رد هذا الاختلاف إلى الانواع الآتية:

أولاً: الاستشارة المقيدة:

وهي الاستشارة التي تكون فيها السلطة الادارية صاحبة الاستشارة ملزمة بطلبها للاستشارة، والاخذ بها، وهذا الالتزام لا يكون إلا بنص صريح^(*) يثبت ذلك^(٢)، ومعنى ذلك ان القرار الاداري الذي يصدر من الادارة يتحدد بالرأي الاستشاري في هذه الحالة، وهو ايضاً الذي يحدد مضمون القرار الاداري^(٣).

وعندما تقوم السلطة الادارية المستشيرة بطلب الاستشارة المقيدة، فإنها تلتزم بما جاء في الاستشارة عند اصدار قرارها، اما إذا رأت ان الاستشارة لا تناسبها فليس امامها الا التخلي عن اصدار القرار، ولا تستطيع بعد ذلك ان تطلب رأي جديد عن القضية نفسها، بدلاً من الرأي المقدم اليها، إلا إذا كانت النصوص القانونية تجيز ذلك^(٤).

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص ٣١.

(*) ومن الامثلة على الاستشارة المقيدة نص المادة (١٣/حادي عشر) من قانون التعليم العالي الاهلي في العراق رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٦ النافذ، والتي تشير إلى انه يمارس مجلس التعليم العالي الاهلي المهام الآتية: "ابداء الرأي بما تعرضه الوزارة من امور تتعلق بالجمعيات والكليات الاهلية قبل اتخاذ القرار في شأنها".

(٢) د. الديداموني مصطفى احمد، مصدر سابق، ص ٥٢.

(٣) د. علي احمد حسن و ذكري عباس علي، مصدر سابق، ص ١٣.

(٤) د. حمدي ابو النور السيد عويس، مصدر سابق، ص ١٢٥.

كما وتعد المخالفة الناجمة عن الالتزام بالرأي الاستشاري المقيد مخالفة شكلية جوهرية يلزم اتمامها قبل اصدار القرار، وذلك بالنسبة إلى عيب عدم الاستشارة أو عيب عدم المطابقة بين محتوى الرأي الاستشاري والقرار الصادر بناء عليه، وإلا عد قرارها معيباً لعدم استيفائها للإجراءات التي يوجبها القانون^(١).

ثانياً: الاستشارة الاجبارية:

في هذا النوع من الاستشارة يلزم القانون الادارة بالقيام باستشارة جهة معينة قبل اتخاذ القرار، إلا ان الأخذ برأي هذه الجهة من عدمه يبقى سلطة تقديرية للإدارة^(٢)، (حذف) بمعنى ان الادارة ينتهي التزامها عند طلب الرأي الاستشاري^(٣)، فإن اتخذت قرارها دون ان تأخذ رأي الجهة المعنية كان قرارها غير مشروع، اما عن مدى الأخذ بمضمون الرأي الاستشاري في قرارها فهو يندرج ضمن تقدير الادارة، فيمكن ان تأخذ به أو ان تهمله^(٤).

إلا ان على السلطة المستشيرة إذا اجرت تعديلات على مشروع القرار الذي عرضته على الادارة الاستشارية، متضمنة نقاط جديدة، فانه يتعين عليها ان تعيد أخذ رأيها من جديد على مشروع القرار بعد تعديله^(٥)، وفي العراق - حسب قول البعض - لا توجد نصوص

(١) د. الديداموني مصطفى احمد، المصدر السابق، ص ٦٠.

(٢) أمانة زعيم، الشكل والاجراءات في القرارات الادارية، (رسالة ماجستير، جامعة ٨ ماي ١٩٤٥ قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والادارية، الجزائر | ٢٠١٦ - ٢٠١٧)، ص ٣٤.

(*) وفي مصر نص قانون الجمعيات والمؤسسات الاهلية رقم (٤٨) لسنة ٢٠٠٢ في المادة (١٦) منه على انه: "يجوز للجمعية ان تنضم أو تشترك أو تنتسب إلى ناد أو جمعية أو هيئة أو منظمة مقرها خارج جمهورية مصر العربية وتمارس نشاطاً لا يتنافى مع اغراضها بشرط اخطار الجهة الادارية بذلك، ومضي ستين يوماً من تاريخ الاخطار دون اعتراض كتابي منها".

(٣) سعيداني ياسين، ركن الشكل والاجراءات في القرار الاداري، (رسالة ماجستير، جامعة زيان عاشور، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الجزائر | ٢٠١٦ - ٢٠١٧)، ص ٤٢.

(٤) د. حمدي ابو النور السيد عويس، مصدر سابق، ص ١٢٢.

تشريعية تجعل من الحصول على الرأي الاستشاري ملزماً للإدارة دون الأخذ بمضمون الاستشارة^(١).

ثالثاً: الاستشارة الاختيارية:

يمكن تقسيم الاستشارة الاختيارية إلى قسمين الاول: الادارة غير ملزمة فيه باللجوء إلى الاستشارة، إلا انه إذا سلكت الادارة طريق الاستشارة فيكون الرأي الاستشاري ملزماً لها عند اصدار قرارها^(٢).

أما الثاني: فإن الادارة ايضاً غير ملزمة بأخذ الاستشارة قبل اصدار قرارها، فلها ان تصدر قرارها من دون أخذ رأي أية جهة، كما انه باستطاعتها أخذ رأي جهة معينة من دون ان يكون رأي هذه الجهة ملزماً لها^(٣)، فلها الخيارات بان تأخذ بالاستشارة كلها أو جزء منها أو ان تطرحها جنباً^(٤).

لذا فإن صدور القرار كما في -الحالة الثانية- لا يعد عيباً في القرار الاداري، لأن هذا النوع من الاجراءات لا يعتبر جوهرياً، ويكون للإدارة سلطة تقديرية للقيام بهذا النوع من الاستشارة أو عدمه^(٥)، إلا إذا نص القانون على ان الرأي الاستشاري ملزم للإدارة- كما في الحالة الاولى- فحينئذ تعد مخالفته غير مشروعة، والقرار الصادر بخلافه يكون باطلاً. وتقدم الادارة على هذا النوع من الاستشارة لغرض توسيع افاق مصدر القرار، وذلك من خلال الاستعانة بجهة متخصصة بموضوع القرار قبل اصداره، أو لحاجة مصدر

(١) د. علي احمد حسن و ذكرى عباس علي، مصدر سابق، ص ١٣.

(٢) فقد نصت المادة (٦/ثالثاً) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل على انه: "ابداء الرأي في المسائل المختلف فيها بين الوزارات أو بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة إذا احتكم اطراف القضية إلى المجلس ويكون رأي المجلس ملزماً لها".

(*) فقد نصت المادة (٦/اولاً) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل على نه: "ابداء المشورة القانونية في المسائل التي تعرض عليه الجهات العليا".

(٣) د. علي احمد حسين و ذكرى عباس علي، المصدر السابق، ص ١٠.

(٤) أمنة زيغم، مصدر سابق، ص ٣٤.

القرار لمعالجات وممارسات قائمة على اكثر من رأي، من خلال البحث الموضوعي والمتعمق للوصول إلى اراء فعالة وغير متحيزة^(١).

ولكن قد يمتنع على الادارة (حذف) اللجوء إلى الاستشارة الاختيارية، عندما تكون اجراءات القرار محددة بالكامل عن طريق النصوص القانونية المنظمة له، وهو ما يعني استبعاد اجراء أية استشارة غير منصوص عليها، وإلا كان القرار معيباً بعدم المشروعية^(٢).

المطلب الثاني

موقف المشرع والقضاء من الاستشارة قبل فرض الجزاء الإداري العام

ان النشاطات ذات الطابع الفني التي تشرف عليها أو تمارسها الادارة، ويتطلب الامر فيها استشارة الادارة لجهة أو لجنة معينة وتكون متخصصة قبل فرض الجزاء الإداري العام، تستوجب _النشاطات_ ان تكون الاستشارة مقيدة للإدارة في طلبها وفي مضمونها، إذ قد يكون المكلف بفرض الجزاء على دراية غير كافية بطبيعة المخالفة المرتكبة من قبل الافراد.

ويعد الامر المذكور من الاجراءات التي يكثر النص عليها من قبل المشرع ويؤكد عليها القضاء الإداري، لذا فإن أخذ رأي لجنة أو موافقتها على فرض الجزاء الإداري العام يعد أمراً ضرورياً لصحة ايقاع الجزاء^(٣). وللوقوف اكثر على ذلك سنقسم المطلب الى ثلاث فروع وعلى النحو التالي:

الفرع الاول: الموقف في فرنسا.

الفرع الثاني: الموقف في مصر.

الفرع الثالث: الموقف في العراق.

(١) احمد بوضياف، الهيئات الاستشارية في الادارة الجزائرية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم الادارية، الجزائر | ١٩٨٢)، ص ٢٤٠.

(٢) حمدي ابو النور السيد عويس، مصدر سابق، ص ١١٧.

(٣) د. عيد محمد مناحي المنوخ العازمي، مصدر سابق، ص ٥٤١.

الفرع الأول

الموقف في فرنسا

نصت المادة (١٨) من قانون المرور رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٦ على انه يكون للمحافظ سلطة ايقاع جزاء وقف رخصة القيادة لمدة لا تتجاوز ستة اشهر عند ارتكاب احد المخالفات المنصوص عليها في المادة (٢٦٦) من القانون المذكور وذلك بعد أخذ رأي لجنة وقف رخصة القيادة وان رأي هذه اللجنة استشاري^(١) إلا ان المحافظ لا يمكنه اتخاذ هذا الجزاء دون الرجوع اليها^(٢).

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٤٨/٤/٩ إلى انه إذا اشترط القانون أخذ رأي لجنة فنية معينة قبل اصدار القرار، فإن هذا الاجراء يعتبر جوهرياً، حتى ولو كان رأي هذه اللجنة استشارياً أو غير ملزم لمن ينعقد الاختصاص بإصداره^(٣).

بل ان مجلس الدولة اشار في حكمه الصادر في ١٩٨٤/٥/٢٢ إلى تقييد الادارة ليس فقط بأخذ الاستشارة، وانما عدم اغفالها لما جاء فيها، إذ نص بانه المشرع بمقتضى قانون ١٩ يوليو ١٩٧٧ بشأن المنافسة غير المشروعة وحرية الاسعار لوزير الاقتصاد ان يفرض غرامات مالية بقرار اداري على الشركات والمؤسسات التي تخالف احكام هذا القانون، ولكن بعد أخذ رأي لجنة المنافسة غير المشروعة، وعلى الرغم من ان رأي هذه اللجنة استشاري، إلا ان الوزير لا يمكنه اغفال الاجراء بأخذ رأيها سواء في جواز فرض الغرامة أو في تقدير قيمتها^(٣).

الفرع الثاني

الموقف في مصر

نص قانون توجيه وتنظيم اعمال البناء على انه: "يصدر المحافظ أو من ينيبه قراراً مسبباً بازالة أو تصحيح الاعمال التي تم وقفها بعد أخذ رأي لجنة تشكل بقرار منه من

(1) Jean- Francois AVBY: Les sanction en matiere de circulation routiere, Les petites offiches| 1990), p 820.

(٢) اشار اليه: د. موسى مصطفى شحادة، مصدر سابق، ص ٣٥.

(٣) اشار اليه: د. محمد باهي ابو يونس، مصدر سابق، ص ١٤٨.

ثلاثة من المهندسين المعماريين والمدنيين من غير العاملين بالجهة المختصة بشئون التنظيم ممن لهم خبرة لا تقل عن عشر سنوات...^(١).

وعلى الرغم من ان رأي اللجان الفنية التي استوجب المشرع استشارتها فقط، قبل فرض الجزاء الاداري العام يكون في حقيقته رأياً استشارياً، بوسع الادارة الأخذ به أو عدم الأخذ به، الا ان التغاضي عن استشارة تلك اللجنة ابتداءً من شأنه ابطال القرار لصدوره على نحو مخالف لما نص عليه القانون، حيث صدر القرار مخالفاً لشكل جوهرى، والذي يؤدي اغفاله إلى ابطال قرار فرض الجزاء^(٢).

ويرى البعض ان ما تشير اليه اللجنة الاستشارية من موقف معين فهو غير ملزم للإدارة، فهذه الاخيرة تلزم فقط بأخذ رأي اللجنة، اما مضمونه فهي غير مقيدة به^(٣)، فهو يندرج ضمن سلطتها التقديرية، فلها ان تأخذ بالرأي الاستشاري أو ان تطرحه جنباً^(٤).

إلا ان القضاء الاداري في مصر ذهب في أحد احكامه الى خلاف ذلك، إذ اشار الى ضرورة الأخذ برأي اللجنة، فالإدارة لا بد ان تجعل الرأي الاستشاري معتبراً حين اتخاذ القرار، حيث قضت بانه: "وان كان رأي اللجنة استشارياً يملك الوزير الأخذ به أو طرحه جنباً، غير انه يلزم لصحة القرار الذي يتخذه الوزير الرجوع اليها... فذلك امر لازم يترتب على اغفاله اهدار الضمانات التي كفلها القانون من ايجاد اللجنة المذكورة بجانب الوزير ليستعين برأيها ومشورتها..."^(٥). ملاحظة علمية : قرار المحكمة أعلاه ليس فيه إلزام بالأخذ بالرأي الاستشاري _ ضمن المعطيات اللغوية للمقتبس _

ويؤيد الباحث الاتجاه اعلاه لمحكمة القضاء الاداري في مصر، والذي قضى بضرورة ان تأخذ الادارة بالرأي الاستشاري عند اصدار قرارها، وخاصة فيما يتعلق بالجزاء

(١) المادة (١٦) من قانون توجيه وتنظيم اعمال البناء رقم (١٠٦) لسنة ١٩٧٦ المعدل بالقانون رقم (١٠١) لسنة ١٩٦٩.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص ٣٥.

(٣) د. مصطفى ابو زيد فهمي، الوجيز في القضاء الاداري، الجزء الثاني، (دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية | ١٩٨٨)، ص ٥٢٤.

(٤) د. علي احمد حسن و ذكري عباس علي، مصدر سابق، ص ١٣.

(٥) حكم محكمة القضاء الاداري رقم ١٠٢١/ لسنة ٥ قضائية/ جلسة ١٩/٢/١٩٥٣، اشار اليه: د. محمد باهي ابو يونس، مصدر سابق، ص ١٤٦.

الاداري، فالرأي الاستشاري يصدر من اصحاب الاختصاص وبعد دراسة معمقة للرأي المطروح، كما ويعد ضماناً هامة حددها المشرع للأفراد.

كما ان المشرع في بعض الاحيان لا يشترط فقط أخذ رأي اللجنة بل تلزم موافقتها، فقد نص قانون اقامة الاجانب المصري على انه: لا يجوز ابعاد الاجنبي من ذوي الاقامة الخاصة الا إذا كان في وجوده ما يهدد امن الدولة وسلامتها في الداخل أو في الخارج أو اقتصادها القومي أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو السكينة العامة بعد عرض الامر على اللجنة المنصوص عليها في المادة (٢٩) وموافقتها^(١).

كما لا يكفي لصحة قرار الجزاء، قيام الادارة بأخذ رأي أو موافقة لجنة معينة حسبما الزمها المشرع بذلك، بل يجب فضلاً عن ذلك ان يكون تشكيل اللجنة صحيحاً من حيث الاعضاء المنصوص عليهم في القانون، وان يكتمل النصاب المقرر للأعضاء ومكان الانعقاد والحصول على العدد المقرر للتصويت^(٢).

إلا ان البعض يرى ان الجزاء الصادر من الادارة يكون صحيحاً، إذا صدر دون أخذ رأي لجنة معينة أو موافقتها، بسبب ظروف الاستعجال أو الظروف الاستثنائية، ولم يكن للإدارة الوقت الكافي لإتمام هذا الاجراء^(٣).

الفرع الثالث

الموقف في العراق

لم يشر المشرع إلى مصطلح أخذ الرأي أو الاستشارة في القوانين التي تناولت الجزاء الاداري العام، وانما اطلق عليها مسميات اخرى، كالتقرير أو التوصية، والمصطلحان الاخيران يدلان على معنى الاستشارة، وفي حالات عديدة جعل المشرع الاستشارة اجبارية ومقيدة للإدارة.

إذ نص قانون تنظيم الخدمات الصناعية إلى انه: "لوزير العمل والشؤون الاجتماعية أو من يخوله، استناداً إلى تقرير لجنة الكشف، الغاء المشروع...."^(٤)، كما

(١) المادة (٢٦) من قانون اقامة الاجانب المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٦٠.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص ٣٤.

(٣) د. موسى مصطفى شحادة، مصدر سابق، ص ٣٧.

(٤) المادة (١٣/اولاً) من قانون تنظيم الخدمات الصناعية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٠ النافذ.

اشار قانون التعليم العالي الاهلي إلى انه: "للووزير بناء على توصية مسببة من مجلس التعليم العالي الاهلي حرمان عضو الهيئة التدريسية من التدريس في الجامعة أو الكلية أو المعهد لمدة مؤقتة أو نهائية إذا ارتكب فعلاً يتنافى مع القيم العلمية أو التربوية..."^(١).

وبالاتجاه نفسه ذهب المشرع في قانون المطابع الاهلية، إذ اشار إلى انه: "تؤلف بقرار من الوزير أو من يخوله، في دار الحرية للطباعة، لجنة تتولى الرقابة والتفتيش على المطابع والمحال المشمولة بأحكام هذا القانون، دورياً للتأكد من استمرار الشروط القانونية المنصوص عليها في هذا القانون، وتحديد المخالفات وتقديم توصياتها بشأن ذلك الوزير..."^(٢).

كما يمكن ان تكون الاستشارة على شكل اقتراح، فقد نص قانون مزاولة مهنة الصيدلة إلى انه: "للووزير باقتراح من مجلس النقابة، غلق الصيدلية أو مذكر الادوية مدة مئة وثمانين يوماً..."^(٣).

أما عن دور القضاء العراقي فيبدو ان الاحكام التي تتعلق بهذا الموضوع قليلة، فلم يستطع الباحث الحصول على احكام قضائية تتعلق بالاستشارة قبل فرض الجزاء الاداري العام.

ويوصي الباحث المشرع العراقي، بتضمين القوانين نصوصاً تلزم الادارة بطلب الاستشارة قبل فرض الجزاء الاداري العام، وكذلك اجبار الادارة بالتقيد بما جاء في الاستشارة، وذلك في المجالات التي تتضمن اعمال فنية دقيقة، فالاستشارة تساعد الادارة بالاستعانة بأراء اصحاب الخبرة في التوصل إلى نتائج صحيحة وفعالة، وتجنب الادارة ايقاع جزاءات ارتجالية وغير مدروسة، وتساعد على ضمان صحة ايقاع الجزاء، كما تحمي الافراد من الاثار السلبية للجزاء الاداري العام.

ونشدد على ضرورة الاستشارة خاصة عند فرض الادارة لجزاءات ادارية قاسية، كغلق المحل نهائياً أو المنع من مزاولة مهنة معينة بشكل نهائي، لان الجزاءات السابقة تضع حداً نهائياً للنشاط أو المهنة، وهي تقابل عقوبة الاعدام في الجزاءات الجنائية، فالاستشارة تعين الادارة في التفكير والمداولة قبل فرض الجزاء.

(١) المادة (٣٩) من قانون التعليم العالي الاهلي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٦ النافذ.

(٢) المادة (١٤) من قانون المطابع الاهلية رقم (٥) لسنة ١٩٩٩ النافذ.

(٣) المادة (٥٣/ب) من قانون مزاولة مهنة الصيدلة رقم (٤٠) لسنة ١٩٧٠ النافذ.

الخاتمة

بعد ان انتهينا من دراسة القيود الشكلية الخاصة للجزاءات الادارية العامة (دراسة مقارنة)، توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات وعلى النحو التالي :

أولا: الاستنتاجات

١. إن إلزام المشرع للإدارة بإنذار المخالف ، يعد شكلية جوهرية يجب على الادارة مراعاتها عند إيقاع الجزاء ،بخلاف ذلك يعد الجزاء المفروض باطلا.
٢. توجد حالات عديدة تعفى فيها الإدارة من إنذار المخالف، منها وجود حالة الاستعجال و حالة تكرار المخالفة، وأيضا في حالة وجود خطأ جسيم ، وكذلك إذا ما كانت المخالفة تشكل خطراً حالاً لا يمكن تأخيرها.
٣. لا يمكن بأي حال اعتبار الانذار جزاءً إدارياً، فالجزاء لابد أن يكون له أثر على المخالف، اي ان يكون مؤثراً في مركزه القانوني، أما الانذار فليس له الاثر السابق، لذلك فهو إجراء شكلي يسبق إيقاع الجزاء.
٤. ان المشرع عندما أشار الى الانذار اراد تحقيق غايتين الاولى: اعطاء فرصة للمخالف بيزالة المخالفة لتفادي إيقاع الجزاء عليه، والثانية: تحميله تكاليف إزالة المخالفة وتصحيح وضعه القانوني.
٥. يعد الرأي الاستشاري عملاً اجرائياً يصدر من جهة إدارية قبل اصدار القرار، ويمكن أن يكون بنص او بدونه، كما انه يمكن ان يكون ملزماً أو غير ملزم، وكل ذلك يكون حسب الأحوال المحددة من قبل المشرع.
٦. ان اخذ الاستشارة قبل فرض الجزاء الإداري العام له أهمية كبيرة، فقد لا تتوفر في الجهة المخولة بفرض الجزاء المعرفة الفنية في بعض جوانب النشاط الإداري، والمتعلقة

بالجزاء المطروح لذا أضحى أخذ الاستشارة من جهة فنية ضرورة عملية في ممارسة الإدارة لنشاطها.

٧. ان المشروع العراقي لم يشر في القوانين التي تتضمن جزاءات إدارية عامة الى مصطلح الاستشارة، وانما استعان بمصطلحات اخرى للدلالة على معنى الاستشارة، مثل التقرير او التوصية او الاقتراح .

ثانياً: التوصيات

١. نوصي المشروع العراقي بأن ينص في القوانين التي تتضمن جزاءات ادارية عامة ، على وجوب أن تنذر الإدارة المخالف، وذلك في حالات المخالفات البسيطة والتي لا تحتوي على خطر حال، قبل توقيع الجزاء الإداري العام عليه.

٢. ندعو المشروع العراقي الى ضرورة الاشارة في القوانين التي تحتوي على الانذار، بان يلزم المخالف بإزالة المخالفة وعلى حسابه الخاص قبل فرض الجزاء عليه، لتجنب الادارة تكاليف الإزالة، في حال امتناعه عن الإزالة، فان الادارة تقوم بالإزالة وتحميل المخالف نفقات الازالة ويضاف اليها نفقات ادارية بنسبة (١٠) بالمئة، فضلا عن جزاءات ادارية اخرى مثل الغرامة، اذا كان لها مقتضى.

٣. نهيب بالمشروع العراقي أن يلزم الإدارة قبل فرض الجزاء الإداري العام، أن تأخذ رأي لجنة معينة، وذلك في المجالات التي تتضمن نشاطات فنية متخصصة، فالاستشارة تساعد الادارة بالاستعانة بأراء أصحاب الخبرة، في معرفة المخالفات الفنية ومدى جسامتها وخطورتها.

٤. ندعو المشروع العراقي الى الزام الادارة باستشارة جهة معينة، وذلك عند منحها سلطة فرض جزاءات قاسية وشديدة، مثل غلق المحل نهائياً أو المنع من مزاوله المهنة بشكل

نهائي، فالاستشارة في هذه الحالة تساعد الإدارة على اتباع طريق التأنى والمداولة قبل إيقاع الجزاء .

The Authors declare That there is no conflict of interest

References

First: books

1. Al-Fayadh. Ibrahim, Administrative Contracts, (Al-Falah Library, Kuwait| 1981).
2. Al-Azmi. Eid, Administrative Protection for the Environment (A Comparative Study), (Arab Renaissance House, Cairo| 2009).
3. Al-Helou. Majed, Environmental Protection Law in the Light of Sharia, (New University House, Alexandria| 2007).
4. Abu Yunus. Muhammad, Judicial Oversight on the Legitimacy of General Administrative Sanctions, (New University Publishing House, Alexandria| 2000).
5. Ghanayem. Medhat, The Legal System of Delaying Fines in Administrative Contracts (Comparative Study), First Edition, (National Center for Legal Issues, Cairo|2014).
6. Fahmy. Mustafa, Al-Wajeez in the Administrative Judiciary, Part Two, (New University Publishing House, Alexandria|1988).
7. Al-Nabulsi. Nasri, Administrative Contracts (Comparative Study), (Zain Jurid Publications, Lebanon|2010).
8. Owais. Hamdi, Consultative Management and the role of the administrative judiciary in controlling it (a comparative study), (Dar Al-Fikr University, Alexandria|2011).

9. Ahmed. Didamouni, Procedures and Forms in the Administrative Decision (A Comparative Study in the French, Egyptian, and Iraqi System), (The Egyptian General Book Organization, Egypt|1992).
10. Al-Fadhli. Saja, The Role of Environmental Administrative Control in Protecting the Beauty of Cities (A Comparative Study), First Edition, (The Arab Center for Publishing and Distribution, Cairo|2017).
11. Khalifa. Abdel-Aziz, Safeguards of the Legality of General Administrative Sanctions, (National Center for Legal Issues, Cairo| 2008).
12. Sawalieh. Emad, General Administrative Sanctions, First Edition, (Al-Wafa Legal Library, Alexandria |2014).

Second: The messages and the thesis

1. Boudiaf. Ahmed, Consultative Bodies in the Algerian Administration, with a (doctorate degree, Faculty of Law and Administrative Sciences, Algeria| 1982) .
2. Zighem. Amna, Form and Procedures in Administrative Decisions, (MA Thesis, Faculty of Law and Political Science, (University of 8 1945 Guelma, Algeria| 2016-2017).
3. Yassin. Saedani, Corner of Form and Procedures in the Administrative Decision, (Master Thesis, College of Law and Political Science, Collected by Ziane Ashour, Algeria|2016-2017).
4. Ola Sameh Lotfi Ghaidan, Administration Authority in Environmental Protection from Pollution in Iraqi Law (Comparative Study), (Master Thesis, College of Law, University of Baghdad| 2014).
5. Abdul Amir. Lubna, Administrative Specialization in Penal Disputes (Comparative Study), (Master Thesis, College of Law, University of Baghdad| 2016).

6. Abdel Majid. Luani, Excuses in Civil and Commercial Subjects According to Algerian Law, (Master Thesis, Faculty of Law and Political Science, University of Algeria|2004-2005).

Third: Research

1. Kateqah. Alaa, The Role of Administrative Sanctions in Environmental Protection (A Comparative Legal Study), (Kufa Journal, University of Maysan, No. 18, | 2014).
2. Hassan. Ali, & Ali. Zikra, the advisory opinion and its impact on the legality of the administrative decision (a comparative study), of Law, (Al-Mustansiriya University, Volume 5, Issue 21 to 22, for the year |2013).
3. Shehadeh. Musa, Administrative Sanctions Against Classified Establishments Harmful to the Environment and Control of Administrative Judiciary over them, (Journal of Law for Legal and Economic Research, Alexandria University, First Issue| 2004).

FOURTH: Laws

First: Iraqi laws

1. Iraqi Civil Law No. 40 of 1951
2. The Press Law No. 206 of 1968
3. The Trade Regulation Law No. 20 in 1970
4. Pharmacy Practice Law No. 40 of 1970
5. Animal Slaughter Regulation Law No. 22 of 1972
6. Law on the Protection of Animals and Wild Birds No. 21 of 1979
7. State Shura Council Law No. 65 of 1979
8. The Private Press Law No. 5 of 1999

9. Industrial Services Law No. 30 of 2000

10. The Central Bank of Iraq Law No. 56 of 2004 11. Environmental Protection and Improvement Law No. 27 of 2009

12. The NGO Law No. 12 of 2010

13. Animal Health Law No. 32 of 2013

14. Private Higher Education Law No. 25 of 2016

Second: Egyptian laws

1. The Aliens Residence Law No. 89 of 1960

2. Building Regulation Law No. 106 of 1976

3. The Law for the Protection of the Nile River and Waterways from Pollution No. 48 of 1982

4. Environmental Law No. 4 of 1994

5. Civil Associations and Institutions Law No. 48 of 2002

Fifth: Judicial decisions

1. Administrative Court Decision No. 1021, for the year 5 Judicial, Session 2/19/1953

2. The Administrative Judiciary Court Decision No. 191 of the year 46 judicial, 11/11/1992 session

Sixth: electronic websites

1. Amal Median, Legal Sanctions for Pollution of the Environment, Journal of Jurisprudence and Law, Faculty of Law and Political Science, Abu Bakr Belkaid University - Tlemcen, Issue 19 May 2014

Available on the website <http://platform.almanhal.com>