

القضاء الإداري العراقي وأثره في حماية حقوق الأفراد دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي مهند أياد جعفر

المقدمة

لا بد أن نجد في حياة كل جماعة أنواع كثيرة من الحاجات العامة يشترك في تلبيتها مجموعة من أفراد الجماعة أو فئة كبيرة منهم أو غالبيتهم العظمى . وأفراد الجماعة هذه قد يساهمون بسعيهم الفردي أو بالتعاون فيما بينهم لإشباع حاجات بعضهم للبعض الآخر. وقد ترى الدولة أن تقوم هي بإشباع هذه الحاجات على أساس فكرها السياسي والاجتماعي والاقتصادي في عدم تركها للنشاط الفردي أو المبادرات التعاونية الفردية الأخرى . وفي هذه الأحوال جميعاً ، تقدم الدولة عن طريق الإدارة العامة أو السلطة الإدارية فيها للوفاء بهذه الحاجات العامة، أما بالطريق المباشر عن طريق ما يسمى (المرافق العامة) أو أن تقوم بمساعدة المؤسسات الخاصة المتوفرة هنا وهناك ، على إشباع الحاجات العامة وذلك لغرض تحسين الخدمات التي تقدمها للجمهور. أو أن تكتفي الدولة بوضع الأنظمة والقواعد اللازمة لتنظيم وضبط النشاط الفردي الخاص بها ، بالنسبة للحاجات الأخرى، حفظاً للنظام العام من الإخلال والارتباك وهذا ما يسمى ب(الضبط الإداري). وعلى ذلك فإن العمل الإداري للدولة أو الوظيفة الإدارية لها ، إنما تتمثل بإقدامها على التدخل في حياة الجماعة لغرض تلبية حاجاتهم العامة أما بطريق مباشر أو غير مباشر أو بالاكْتفاء بمجرد ضبط النشاط الفردي وتقييده حماية للنظام والمصلحة العامة .

غير أن حجم تدخل الدولة في حياة المجتمع أو حجم عملها الإداري لم يعد يحكمه قيد معين ، فقد أخذت على عاتقها أعباء كبيرة تتلخص بالعمل على توسيع خدماتها في مختلف مجالات الحياة وتحقيق العدالة الاجتماعية ، لكن وفي كثير من الأحيان ، قد يؤدي هذا التدخل إلى ارتكاب الإدارة بعض الأخطاء عندما تصدر قراراتها الإدارية دون رويه أو على عجل أو أن تتجاهل الإدارة

بعض القواعد القانونية التي سنّها المشرع للحفاظ على مصلحة الأفراد. ومن خلال ذلك قد تؤدي هذه الأخطاء إلى إلحاق الضرر بأفراد الجماعة (أفراد المجتمع) والاعتداء على حقوقهم ومن مقتضيات العدالة ومقوماتها أن تخضع الإدارة لحكم القانون وأن تكون كلمة القانون هي العليا ففي ظل القضاء العادل تحترم الحريات وتُصان الحقوق ويغيب القضاء العادل المستقل النزبه تهدر الحقوق وتنتهك الحرمات، ولا بد لذلك من تنظيم رقابة قضائية على أعمال الإدارة تضمن سيادة حكم القانون . ويقول الأستاذ المرحوم الدكتور السنهوري في هذا المعنى ((إن من كان مظلوماً وكان خصمه قويا كالإدارة فلا بد له من ملاذ يلوذ به ويتقدم إليه بشكواه ولا شيء أكرم للإدارة وأحفظ لمكانتها من أن تنزل مع خصمها إلى ساحة القضاء تنصفه أو تنتصف منه وذلك أدنى إلى الحق والعدل وأبقى للهيبة والاحترام)).

إن وجود رقابة قضائية على مشروعية تصرفات الإدارة يمثل ضماناً مهماً من ضمانات حقوق الأفراد وحرياتهم لما في ذلك من تبني لشرعية دولة القانون . وقد اقتضت وظيفة النظام القضائي على إيجاد قضاء يعمل على ضمان احترام الحقوق والحريات في التشريعات الداخلية من خلال الرقابة على أعمال الإدارة وضمان مشروعية تصرفاتها ، خصوصاً مع وجود الإدارة طرفاً في علاقات قانونية مع الأفراد ، بما تتمتع به من سلطة وامتيازات كثيرة ، لذلك وجب تسمية (القضاء الإداري) ليقوم بهذه المهمة ضمن النظام القضائي في الدولة القائمة على سيادة القانون واحترام حقوق الإنسان، وأصبح القاضي هو مفتاح الالتزام بسيادة القانون ويتوقف عليه احترامه بمعناه الواسع الذي يتجاوز التقيد المجرد بالنصوص إلى (احترام مضمون القانون من حيث وجوب حمايته لحقوق الإنسان ، فإذا عجز القانون عن توفير الحماية للإنسان لم يصبح جديراً بأن تكون له السيادة). ولعلني أجد نفسي قد بحثت في موضوع (القضاء الإداري) بعيداً عن باقي المواضيع الأخرى من القضاء (المدني أو الجنائي الخ) لعدة أسباب، منها ما تقدم في أعلاه ومنها ما يلي :-

- ١- حداثة هذا القضاء عراقياً وعدم نيله نصيبه الوافي من الدراسة على الرغم مما كتب فيه من بحوث أكاديمية ومقالات لكنها لم ترتقي إلى مستوى الموازنة بين احترام حقوق الأفراد وحقوق الإدارة.
- ٢- الدور التاريخي للقضاء الإداري في الإسلام (قضاء المظالم) الذي أسس على إقامة العدل وتحقيقه على الحكام والمحكومين في المجتمع الإسلامي.
- ٣- أهمية هذا القضاء في العراق، خصوصاً بعد التعديلات الأخيرة التي طرأت على النظام السياسي والقانوني والإداري العراقي. بعد ٩ نيسان ٢٠٠٣.

٤- أهمية تشخيص و تلافي العيوب التشريعية التي وردت في نصوص القانون الذي يحتكم به القضاء الإداري في العراق حالياً، وضرورة تعديلها بما يتلاءم واحترام حقوق الأفراد وموازنتها مع حقوق الإدارة.

ولعل ابرز ما اكتشفته، من خلال بحثي في أمهات الكتب التي تحدثت عن هذا القضاء سواء في نشأته الأولى في فرنسا (مهد القضاء الإداري الحديث) عام ١٧٩٩ عند إنشاء مجلس الدولة الفرنسي أو في (قضاء المظالم في الإسلام) أو في مصر عام ١٩٤٦ أو في العراق عام ١٩٨٩، هو أن هنالك رابطاً قوياً بين هذا القضاء (الإداري) وحقوق الأفراد، من حيث أن هذه المعاني يجب أن تؤدي جميعاً في النهاية عند التطبيق إلى نتيجة واحدة وهي:

(إحترام الحريات وصيانة الحقوق والمحرمات). لذا أرجو من المهتمين بالشأن القانوني، للذي يقرأ منهم بحثي هذا، أن يتسع صدره لتوسعي في تفسير بعض المعاني أحياناً وجعلها جزءاً من عنوان بحثي هذا ، وأن لا يضع حكمه علي إلا بعد قراءته لبقية فصول البحث والنتائج التي خلصت إليها، آملاً أن تكون تلك النتائج مساهمة صغيرة مني في رفد الطلبة والباحثين بالمعلومات التي يحتاجونها عن هذا القضاء الحديث النشأة، والله من وراء القصد، ومن الله التوفيق.

المبحث التمهيدي نشأة القضاء الإداري

يمكن تعريف القضاء الإداري على أنه ((قضاء إنشائي لا تطبيقي من خلق القاضي لا الشارع، وان الطابع القضائي يلزم قاعدته منذ ولادتها وحتى نهايتها ، فالقاضي هو الذي يخلقها وهو الذي يفسرها وهو الذي يستبدل بها غيرها، لذا فإن مهمته تحتاج مع العلم بالقانون إلى الإحاطة بمقتضيات الإدارة وبتفاصيل الوسائل الإدارية التي تلجأ إليها الإدارة لمواجهة ما يصادفه من عقبات)) (١). لذا عندما يتحدث الفقهاء عن القضاء الإداري فهم يتكلمون عن السياسة القضائية لمجلس الدولة الفرنسي. فالقضاء الإداري يختلف اختلافا جوهريا عن القضاء العادي، فبينما تنحصر مهمة القاضي العادي في تطبيق القانون وتلمس نية المشرع، فإن القضاء الإداري ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني بل هو غالبا قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسيرها للمرافق العامة وبين الأفراد، وهي روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص، وبذلك ابتدع قضاة القضاء الإداري نظرياته التي استقل بها في هذا الشأن.

المطلب الأول نشوء مجلس الدولة الفرنسي

ومما لا يخفى على جميع المهتمين بالشأن القانوني أن نشأة القضاء الإداري عالميا جاءت متأخرة عن باقي فروع القضاء الأخرى. ويعود الفضل بالتأكيد في نشأة هذا القضاء إلى فرنسا التي لم يبدأ فيها ظهور هذا القضاء إلا عقب قيام الثورة فيها ضد الملك آنذاك سنة ١٧٨٩ ، وبالتحديد منذ انشأ مجلس الدولة الفرنسي في السنة الثامنة للثورة . أي أن إنشاء مجلس الدولة الفرنسي كان الخطوة الأولى في بدء نشوء القضاء الإداري بمفهومه المعروف في الوقت الحاضر . غير أن تطور القضاء الإداري بمبادئه ونظرياته المعروفة لم يتم طفرة واحدة ، بل مرت على نشوئه وتبلوره عقود من السنين طويلة كانت حافلة بالتقلبات السياسية والاجتماعية . فقبل الثورة الفرنسية كما هو معروف، كانت جميع السلطات بيد الملك فهو الذي يملك سلطة التشريع كما أن عمال القضاء لم يكونوا يباشرون اختصاصاتهم إلا بتفويض من الملك . وقيام الثورة الفرنسية أخذت فرنسا بمبدأ الفصل بين السلطات غير أنها أخذت بمفهوم ضيق لمبدأ الفصل بين السلطات يقوم على أساس الفصل المطلق بين السلطات، فكان الفصل

المطلق بين السلطتين التنفيذية والقضائية بمعنى عدم خضوع الإدارة بأي شكل من الأشكال لرقابة القضاء العادي على أعمالها. (٢) إلى جانب هذا التفسير الذي تبنته الثورة الفرنسية لمبدأ الفصل بين السلطات، كانت هناك عوامل تاريخية دفعت الثورة إلى سوء الظن بالمحاكم العادية. ومن ثم إلى منعها من التصدي لرقابة الأعمال الإدارية. فقد كانت هنالك لبعض المحاكم التابعة للقضاء العادي قبل الثورة والتي سميت آنذاك (البرلمانات) مواقف معروفة من التعسف في أداء وظيفتها القضائية إزاء الإدارة. لذلك كان هناك شعور عام لدى الثوار إن هذه المحاكم معادية للإصلاح ومعادية للسلطة الإدارية. لذلك ألغت الجمعية التأسيسية للثورة هذه المحاكم القديمة وأنشأت محاكم مدنية جديدة محلها. ولكن سوء الظن بالقضاء العادي ظل ملازماً للثوار. فقررت الجمعية التأسيسية أن استقلال الإدارة وضمان هذا الاستقلال على أساس من مفهومها لمبدأ الفصل بين السلطات يتطلب عدم خضوع الإدارة لرقابة القضاء العادي حتى ولو كان متمثلاً بالمحاكم الجديدة التي خلفت المحاكم السابقة.

أن هذه العوامل أنتجت النصوص الصريحة التي وردت في قانون ٢٤\١٦ آب ١٧٩٠ والتي تنادي بالفصل التام بين السلطتين القضائية والإدارية. وقد جرى نص المادة ١٢ من هذا القانون على النحو التالي: "إن الوظائف القضائية متميزة ومنفصلة دائماً عن الوظائف الإدارية" (3)

غير أن منع القضاء العادي من الرقابة على أعمال الإدارة لم يرافقه مباشرة إنشاء جهة قضائية أخرى تنتظر في المنازعات الاداريه، وبقيت الإدارة لفترة قصيرة بدون رقابة قضائية. وخلال هذه الفترة مارست الإدارة نفسها رقابة ذاتية على أعمالها. فقانون ١٤\٧ تشرين أول ١٧٩٠. مثلاً أناط برئيس الدولة والوزراء كلٌ فيما يخص وزارته النظر في المنازعات التي تقوم بين الاداره المركزية والأفراد، كما أن قانون ١١\١٦ أيلول ١٧٩٠ أناط بمدراء الأقاليم مسؤولية النظر في المنازعات بين الأفراد والإدارات المحلية والإقليمية. وكان يتم النظر إلى هذه المنازعات بين الأفراد الاداره عن طريق توجيه التماسات أو تظلمات إلى نفس الموظف الذي أجرى التصرف أو إصدار القرار أو إلى رئيسه الأعلى وكان يطلق على هذا النظام نظام الإدارة القاضية. (4) وفي السنة الثامنة للثورة وفي ظل حكم نابليون بونابرت انشئ مجلس الدولة الفرنسي بموجب دستور السنة الثامنة، ثم أنشئت مجالس الأقاليم إلى جانب مجلس الدولة. وكانت اختصاصات مجلس الدولة ومجالس الأقاليم تتلخص بفحص الخصومات الإدارية التي يختص بها الوزراء ومدراء الأقاليم من قبل، ووضع مشروعات أحكام

توطئة للتصديق عليها من قبل رئيس الدولة . وهذا يعني أن وظيفة مجلس الدولة ومجالس الأقاليم كانت مجرد وظيفة استشارية . ولذلك سمي هذا النظام القضائي الأول بنظام (القضاء المحجوز أو المقيد) وفي ٢٤ أيار سنة ١٨٧٢ صدر القانون الذي قرر مبدأ (القضاء المفوض) لمجلس الدولة الفرنسي . أي معنى ذلك أن أحكام مجلس الدولة لم تعد أحكاماً استشارية بل أصبحت أحكاماً نهائية بمجرد صدورها دون أن يكون نفاذها موقوفاً على تصديق رئيس الدولة عليها وبذلك استكمل مجلس الدولة صفته القضائية المستقلة تماماً عن الإدارة العاملة وتأثيرها عليه . وأصبح قاضي القانون العام بالنسبة للمنازعات الإدارية بمجموعها . وهكذا نرى أن رقابة مجلس الدولة الفرنسي في البداية كانت رقابة محدودة جداً ولم تكن سوى رقابة ظاهرية إلا أنها لم تقف عند ذلك فسرعان ما توسعت شيئاً فشيئاً، إلا أن التوسع المستمر لدور القاضي في رقابته لإعمال الإدارة لم يتحقق على نسق واحد أو بانتظام مستمر ذلك لأن فترات التوقف أو التراجع في الأنظمة السياسية للدولة عوقت التطور الذي كان ينبغي أن يستمر فالبناء السياسي نفسه هو الذي يوقف أو على العكس يدفع بخطى واسعة الوظيفة القضائية على طريق التطور فعودة الملكية بعد سقوط نابليون جعلت مجلس الدولة يجمال الإدارة كثيراً خشية حله، باعتباره ثمرة من ثمرات الحكم الثوري. غير أن جمهورية عام ١٨٤٨ اعترفت لمجلس الدولة الفرنسي لأول مرة بمبدأ (القضاء المفوض)، ثم فقد مجلس الدولة حقه بالقضاء المفوض في ظل الإمبراطورية الثانية، ثم عاد هذا الحق ثانية بعودة الجمهورية على أنه ومهما كانت آمال الحكام من وراء إيجاد مجلس الدولة الفرنسي وما صاحب ذلك في بعض الفقرات في أن يكون مجرد واجهة وستار لاستمرار التحكم الإداري بشكل أو بآخر، فإن مجلس الدولة منذ أول تكوينه وفي ظل مختلف الظروف السياسية التي مر بها كان يحاول دائماً أن يطور رقابته عمقاً ومظهراً كلما سنحت له الظروف السياسية والتشريعية. وكان تاريخه الطويل يمثل صراعاً بين الإدارة وما تريد أن يعترف به مجلس الدولة لها من واسع التقدير وحرية العمل وبين ما يريده هو من ضمان حقوق الأفراد وحياتهم من جور الإدارة وتعسفها. وقد حاول مجلس الدولة وباستمرار أن يصل في أحكامه إلى إيجاد توازن وتوافق دقيقين بين ما ينبغي (للمصالح العام وللنظام العام من رعاية وحماية وتمكين للإدارة من الوصول إلى هذا الهدف، وما ينبغي للحريات والحقوق الفردية من حماية وتدعيم ضد تجاوز الإدارة). (5)

فالتصرف الإداري عند مجلس الدولة إنما هو (تعبير عن إرادة السلطة العامة وهو في الواقع وسيلة تسعى به الإدارة إلى تحقيق غايتها في الخدمة العامة وفكرة السلطة ليست تعبيراً عن إرادة عليا للحكام وإنما هي مجرد ممارسة أساليب

معينة واختصاصات معينة لا يملكها الأفراد العاديون نتيجة لكون الحكام يعملون بأسم المجموع ولصالح المجموع. ومع ذلك فإن أساليب السلطة العامة التي تتوسل بها الإدارة في ممارسة وظيفتها الإدارية ليست فقط مجموعة من الاختصاصات الأكثر اتساعاً من الاختصاصات التي يمارسها الأفراد ولكنها أيضاً مجموعة من الاختصاصات المشروطة أو المقيدة بشروط وقيود أشد من القيود والشروط التي يخضع لها النشاط الفردي عامة. وعلى ضوء هذه الاعتبارات التي استقرت في قضاء مجلس الدولة الفرنسي عبر تطور طويل، وضع مجلس الدولة الفرنسي معظم مبادئ ونظريات القانون الإداري المعروفة في الوقت الحاضر (النظرية العامة للقانون الإداري) و(المبادئ الخاصة بالقرارات الإدارية والعقود الإدارية والظروف الاستثنائية وأعمال السيادة والمسؤولية الإدارية)..... الخ وأصبحت هذه المبادئ وشيوعها من المبادئ العامة المطبقة في كثير من الدول حتى دون النص عليها في تشريعاتها وتطبيقها المحاكم في أحكامها وكأنها جزء من قوانينها الوضعية (6)

المطلب الثاني

مراحل تطور مجلس الدولة الفرنسي

بعد ما ذكرناه آنفاً عن بدايات نشوء وتطور مجلس الدولة الفرنسي والمراحل التي مر بها ليتمكن من إصدار قراراته الباتة والنهائية (القرارات التي لها صفة الإلزام) دون الحاجة إلى موافقة أو تصديق السلطة الإدارية (من جانب رئيس الدولة). أعيد تنظيم مجلس الدولة الفرنسي في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤٠ ثم في ٣١ يوليو سنة ١٩٤٥ وفي ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٥٣ وفي ٢٤ مايو ١٩٧٢ الذي شرع بموجبه قانون ينص على إنشاء ((محكمة تنازع)) لتتظر بما قد ينشأ من تنازع إيجابي أو سلبي بين جهتي القضاء العادي والإداري. وتتعدد المحاكم الإدارية في فرنسا وتتنوع تنوعاً كبيراً. بل زاد تنوعها في السنوات الأخيرة لمواجهة مقتضيات التخصص الفني. ومن هذه المحاكم ما تستأنف أحكامه أمام مجلس الدولة – مثل- المحاكم الإدارية الإقليمية والمحاكم للأقاليم خارج فرنسا ومجلس الغنائم البحرية. ومنها ما لا تخضع أحكامه للاستئناف وإنما يطعن فيها بطريق النقض أمام مجلس الدولة (إذا كان لهذا الطعن وجه). ومن هذه المحاكم التي لا تخضع أحكامها للاستئناف – محكمة المحاسبات ومحكمة تنفيذ الميزانية الخ.....

كان الأساس الفقهي الذي اعتنقه رجال الثورة الفرنسية في البداية من أجل إقصاء المحاكم القضائية عن التصدي لإعمال الإدارة متمثلاً في مفهوم خاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات مقتضاه إلا تخضع الإدارة للمحاكم وقضاءها، وأعتبر أن

نظر المحاكم في منازعة تكون الإدارة طرفاً فيها نوعاً من التدخل في أعمال الإدارة وعدواناً على مبدأ الفصل بين السلطات . وتأسيساً على هذا التفسير الخاطئ الذي تبناه رجال الثورة لكي يبرروا إقصاء المحاكم عن رقابة الإدارة وجدت فكرة (الإدارة القضائية) . ومن باطن الإدارة ومن تحت معطفها نشأ مجلس الدولة كجهازاً من أجهزة الإدارة في البداية (نما عود هذا المجلس) وتطور حتى أصبح منذ مايو ١٨٧٢ قضاءً إدارياً يتميز عن الإدارة العاملة وعن القضاء العادي. وإذا كان الأساس الفقهي لقيام مجلس الدولة في فرنسا هو ذلك التفسير الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات فإن الأساس العملي لقيام القضاء الإداري في فرنسا، تمثل في البداية بالرغبة في الابتعاد عن المحاكم القضائية وإقصاءها عن كل تدخل في أعمال الإدارة ويتمثل أيضاً في ضرورة وجود قضاء متخصص يفهم الإدارة ويستطيع أن يدرك مقتضياتها ويستطيع أيضاً أن يفهم ويهضم قواعد ونظريات القضاء الإداري التي هي من ابتداع مجلس الدولة نفسه (7). لذا فإن وجود قواعد قانونية إدارية متميزة من قواعد الشرعية العامة إقتضت وجود قضاء متخصص يطبق هذه القواعد ويكون أكثر فهماً لطبيعة النشاط الإداري وأكثر قابلية للتطور السريع مع تطور مقتضيات النشاط الإداري وتشعب مسالكه (8).

المطلب الثالث

معيار الاختصاص لمجلس الدولة الفرنسي

عندما أنشئ مجلس الدولة في فرنسا في أعقاب الثورة الفرنسية الكبرى لحماية الإدارة من تدخل القضاء العادي وبعد أن أصبح المجلس صاحب الولاية العامة في المنازعات الإدارية بعد حكم (كادو) عام ١٨٨٩ وجد المجلس نفسه مطالباً بتحديد المعيار الذي على أساسه يقضي بأنه مختص بنظر منازعة من المنازعات وغير مختص بنظر غيرها. وعند مراجعة أحكام مجلس الدولة واتجاهاته تبين أن ذلك المعيار لم يكن ثابتاً وأنه تغير في المائة سنة الأخيرة أكثر من مرة وأنه يوشك أن يصل في المرحلة الراهنة إلى نبذ فكرة المعيار الواحد. وسنبداً باستعراض تلك المعايير وفقاً لتاريخ ظهورها في أحكام مجلس الدولة الفرنسي :-

أولاً :- معيار التفرقة بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية :- كان لابد لمجلس الدولة الفرنسي أن يبحث عن معيار يجعل اختصاصه أكثر تحديداً وإلا ستدخل كل منازعة تكون الإدارة طرفاً فيها في اختصاصه ويجد نفسه أمام سيل من المنازعات لا قبل له بها. فأختار في البداية أن يكون هذا المعيار هو معيار

اختصاصه، فجعل من كل عمل من أعمال السلطة تنشأ عنه منازعة إدارية فأن القضاء الإداري هو الذي يختص بنظرها. أما إذا كان العمل من أعمال الإدارة العادية ونشأت عنه منازعة فأن القضاء العادي هو الذي يختص بها.

نقد المعيار:- لما كان يجب أن يكون لكل منازعة قاض وكانت المنازعات التي يحكم على الدولة فيها بمبلغ من المال ممتنع نظرها على القضاء العادي، بموجب القانون الصادر في ٢٦ سبتمبر ١٧٩٣ فقد حكم مجلس الدولة باختصاصه بنظرها حتى ولو كانت ناشئة عن عمل من أعمال الإدارة العادية مما يدخل ما هو أصلاً وفقاً للمعيار أعلاه من إختصاص القضاء العادي.

ثانياً :- معيار المرفق العام :- تحول مجلس الدولة من المعيار السابق وأستقر على الأخذ بمعيار المرفق العام ابتداءً من سنة ١٨٧٣ عندما أصدرت محكمة التنازع حكمها في القضية الشهيرة المعروفة بأسم (بلانكو) والتي أخذت بمعيار جديد مقتضاه ان (القضاء الإداري يكون مختصاً كلما أتصل النزاع بتنظيم أو بسير مرفق عام من المرافق العامة. بصرف النظر عما إذا كان تصرف الإدارة صادراً عنها باعتبارها جزءاً من السلطة العامة أو كانت تتصرف تصرفات عادية كأفراد الناس).

نقد المعيار:- بدء تطور الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية وزيادة تدخل الدولة في شتى مناحي الحياة يعكس نفسه على معيار المرفق العام بشكل سلبي، حيث أوجدت الدولة نوعاً من المرافق العامة تختلف في طبيعتها وفي طريقة تسييرها وإدارتها وفي القواعد القانونية التي تخضع لها عن المرافق العامة التقليدية التي عرفها القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين. ثم تأتي بعد ذلك الاستثناءات الكثيرة التي أدخلها القضاء على هذا المعيار تعبيراً عن عدم كفاية هذا المعيار وقصوره، مما جعل معيار المرفق العام أصبح شرطاً غير ضرورياً ولا كافياً لاختصاص القضاء الإداري، وإنما إن جاز التعبير أصبح معياراً يضاف إلى معايير القضاء الإداري إذا قدر للمعيار أن يتعدد.

ثالثاً:- معيار المنفعة العامة :- إن أشهر المنادين بهذا المعيار هو الأستاذ (فالين). وقد أتجه فالين إلى تحديد معيار التفرقة بين النشاط المماثل والنشاط غير المماثل للنشاط الفردي. وإذا كان الفقيه الفرنسي الكبير تحول من المعيار السابق إلى هذا المعيار فأن هذا لا ينقص من قدره وإنما يدل على مدى صعوبة اختيار المعيار المناسب. (9)

نقد المعيار :- كل نشاط إداري يستهدف المصلحة العامة. هذا صحيح ولكن ليس كل نشاط إداري مما يخضع بالضرورة لقواعد القانون الإداري ويختص بما يثور في شأنه من منازعات القضاء الإداري.

لهذا فإن معيار المنفعة العامة ليس من المعايير التي توقف عندها الفقه أو القضاء الفرنسي طويلاً. بل أن الفقيه فالين نفسه صاحب المعيار والداعي إليه في وقت من الأوقات أدرك ما به من ضعف وعدم تحديد، فعدل عنه إلى معيار السلطة العامة.

رابعاً:- معيار السلطة العامة :- يعد هذا المعيار من أقدم المعايير بل لعله من أول المعايير التي قيل بها لتحديد أساس القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري، وكانت السلطة تعني آنذاك حق الأمر والنهي وقهر الإرادات الفردية في مواجهة الإرادة العامة. وقد هاجم الفقيه (دوجي) فكرة السلطة العامة وحاول إنكارها جملة وتفصيلاً محاولاً أن يبني أساس الدولة على فكرة التضامن الاجتماعي وعلى أساسها أقام نظرية المرفق العام التي تبناها العديد من الفقهاء واعتبروها محور النشاط الإداري كله ومحور القانون الإداري بالتالي. إلا أن فكرة المرفق العام تعرضت لكثير من النقد وكثير من الأزمات كما تقدم آنفاً مما أدى بالغالبية في الفقه الإداري الحديث إلى إعتناق معيار السلطة العامة مع تطويره. (10)

والسلطة العامة إذ تتمتع بامتيازات الأمر والنهي لاتعني حق القهر والتسلط أو التنفيذ المباشر أو نزع الملكية.... الخ لكنها تتمتع بها من أجل تمكينها من تحقيق المصلحة العامة مع الأخذ بنظر الاعتبار وضع القيود التي تحول دون إمكانية الانحراف عن تحقيق المصلحة العامة. وهذه القيود لا يخضع لها الأفراد ولا يلزمون بمثلها لأنهم لا يسعون إلا لمصالحهم الخاصة وهم أقدر على تقديرها ورسم طريقة الوصول إليها طالما لا يضر ذلك بالآخرين.

إذن السلطة العامة بهذا المفهوم هي المعيار الذي ترتضيه الآن غالبية فقهاء القانون العام سواء في فرنسا أو مصر أو غيرها من دول القضاء المزدوج. وهو المعيار الذي نجده راجحاً حتى الآن

وعلى ذلك فإنه يمكن القول ((إن كل نشاط إداري يسعى إلى تحقيق منفعة عامة ويستعمل من أجل الوصول إلى هذه الغاية أساليب السلطة العامة ووسائلها - بما في ذلك من مزايا وقيود- هو نشاط يخضع لقواعد القضاء الإداري كذلك فإن هذا النشاط عندما تثار بشأنه منازعات معينة فإن هذه المنازعات تكون من اختصاص القضاء الإداري)). (11).

المبحث الأول

مبدأ المشروعية وضمائنه

(ضرورة الرقابة على أعمال الإدارة أو خضوع الإدارة للقواعد القانونية)

يقصد بمبدأ المشروعية أو سيادة القانون بالنسبة للسلطة الإدارية خضوع تلك السلطة في نشاطها للقانون، وأن مبدأ المشروعية له مفهومان :- المفهوم الضيق والمفهوم العام. (12)

فالمفهوم الضيق يعني التزام الإدارة باحترام القانون بمعناه الضيق أي القوانين المكتوبة الصادرة من السلطة التشريعية ويختلط بهذا المعنى مبدأ سيادة القانون بمعناه الضيق في الفقه الفرنسي.

أما المفهوم العام الواسع، فتشمل عناصر المشروعية، كل قاعدة قانونية ملزمة مكتوبة كالنصوص الدستورية والقوانين والمراسيم واللوائح (الأنظمة) والقرارات الإدارية الفردية بل تشمل عناصر المشروعية بعض المصادر غير المكتوبة كالعرف والمبادئ القانونية العامة.

المطلب الأول

مفهوم المشروعية

يجب على كل دارس لمعرفة ما يعنيه مبدأ المشروعية وعن ضرورة الالتزام به ، من أن يستوضح ... هل أن المشروعية هي أشرعيه أم أن الاصطلاحين يختلفان؟

* بعض الفقه يستعمل الاصطلاحين بمعنى واحد ويستعمل البعض الآخر لفظ ((الشرعية)) ويتجنب استعمال المصطلح الآخر ((المشروعية)). ومن الفقهاء من يؤثر استعمال مصطلح ((المشروعية)) وهم يمثلون الغالبية في الفقه العربي.

مفهوم المشروعية:- ويتلخص هذا المفهوم لمبدأ المشروعية بإيجاز شديد أن (تسود القاعدة القانونية فوق إرادة كل الأشخاص القانونية سواء كان هؤلاء الأشخاص القانونيون هم من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص).

وهذا يعني أن يسود حكم القانون وأن يلزم الحاكمين والمحكومين جميعاً إذا كان التزام المحكومين بالقاعدة القانونية أمر تفرضه طبائع الأشياء وسلطة الدولة ووسائلها في إجبار الأفراد وإخضاعهم لحكم القانون فأن الحديث عن مبدأ المشروعية يعني أساساً ((خضوع مؤسسات الدولة وسلطتها سواء كانت سلطات حكم أو إداره، لحكم القانون)).

هذا هو ما نعينه عندما نتحدث عن ((مبدأ المشروعية)) وان كان المبدأ في عمومته يعني خضوع كل الأشخاص للقانون في الدولة، ويستوي في ذلك أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص، في حكم القانون. (13)

• ولكي نجد الرابط بين مبدأ المشروعية في القضاء الإداري وبين علاقته بالأفراد يجب علينا التعرف على مبدأ المشروعية من خلال (فكرة القانون الطبيعي).

• إن هذه الفكرة تقوم على أساس أن الفرد هو (الحقيقة الأولى في الاجتماع البشري) وأنه يتمتع بحقوق طبيعيه سابقة على وجود الدولة وان وجود الدولة في ذاته هو من أجل حماية حقوق الأفراد) الذين يكونون جماعه معينه من الجماعات البشرية. ومن ثم فإن السلطة التي (أوجدتها الأفراد في الأصل لحمايتهم ورعاية حقوقهم) لا تملك أن تعتدي على هذه الحقوق فإن هي فعلت فقدت سبب وجودها. هذه هي الفكرة الجوهرية لهذا النوع من المشروعية بصورتها التقليدية. التي كانت عاملاً من عوامل إتمام نظرية القانون الطبيعي ودعمها.

والأصل في نظرية (القانون الطبيعي) أن ثمة مبادئ وأصول وقواعد وقيم تسبق القواعد التشريعية الوصفية وتعلو عليها بل وتقيدها. وهذه المجموعة من المبادئ والأصول تجد سندها وسبب وجودها في القيم الانسانية الخالدة من الحق والخير والجمال كذلك تجد هذا السند فيما يقال له **ضمير الانسانيه** ولاشك *إن الأديان الكبرى أسهمت إسهاماً كبيراً في بيان هذه المبادئ والأصول والقيم. وهناك خلاف كبير واجتهادات واسعة بين أنصار ومعارضين نظرية القانون الطبيعي حول مضمون النظرية

وحول مبررات وجودها . وليس ذلك ما يعنينا هنا، وإنما يعنينا أن فكرة القانون الطبيعي، من حيث كانت في وقت من الأوقات سنداً للحرية في مواجهة طغيان سلطات الحكام التي تخضعهم لحكم القانون .

• وإذا كان الفرد كما أوضحنا هو حجر الزاوية في المذهب الفردي لنظرية القانون الطبيعي. فإن (نظرية العقد الاجتماعي) التي تفترض **التقاء إرادات الأفراد من أجل تنظيم معين لحياتهم**، كانت هي بدورها من نتائج هذا المذهب .

ولاشك أن نظرية العقد الاجتماعي في الصورة التي قال بها (لوك وروسو) وعلى عكس ما قال به (هوبز) أسمت بدورها في التطور نحو وجود الدولة.

وإذا كان ذلك على نحو حملهم من ناحية التطور النظري والفلسفي نحو فكرة الدولة القانونية ومن ثم مبدأ المشروعية، فإنه من الناحية العملية يتعين علينا أن نشير إلى أمرين جوهريين وحاسمين في التطور الذي أدى إلى وضوح وبلورة مبدأ الشرعية في الفكر (الليبرالي الغربي).

● هذان الأمران يتمثل أولهما - في التطور الدستوري الذي حدث في المملكة المتحدة والذي انتهى بسيادة البرلمان باعتباره الممثل لإرادة الأمة من ناحية، والثورة الفرنسية وما أدت إليه من زلزلة قواعد الطغيان واستبداد الملوك ومقرراته من مبدأ سيادة الأمة من ناحية أخرى. ونؤكد على أن ما حدث في انكلترا نتيجة التطور البطيء الطويل وما حدث في فرنسا نتيجة ثورتها الكبرى كانا بمثابة القاعدة الصلبة التي قامت عليها فكرة الدولة واستقرت عليها فكرة الدولة القانونية التي (نما في أحضانها مبدأ المشروعية).

والذي لاشك فيه إن هذا التطور الذي أشرنا إليه كان هو المقدمة الضرورية لنشأة دولة المؤسسات.

● ونعني بدولة (المؤسسات) تلك الدولة التي تنشأ السلطات فيها وفقاً لقواعد قانونية سابقة تحدد كيفية إسناد السلطة إلى فرد أو أفراد معينين، ثم تحدد القواعد القانونية بعد ذلك، اختصاصات كل فرد أو مجموعه من الأفراد تحديداً واضحاً بحيث يكون التصرف داخل هذه الاختصاصات قانونياً ومشروعاً ويكون التصرف خارج هذه الاختصاصات غير قانوني وغير مشروع. وهكذا يتطلع ويتحدد مبدأ المشروعية ويرتبط ارتباطاً وثيقاً بفكرة دولة المؤسسات.

● ودولة المؤسسات هي ليست مجرد كلام أو صفات تطلق أو تقال ولكنها حقائق حية تتمثل في نصوص دستورية ونصوص قانونية تتجسد في واقع حي يختفي فيه دور الفرد ويبرز فيه دور المؤسسة ويتأكد فيه أن قاعدة القانون هي سند وجود السلطة وهي التي تحدد إطار السلطة ومضمونها واختصاصها.

وبذلك يتضح لدينا المعنى العام لدولة المؤسسات وكذلك مبدأ المشروعية الذي يرتبط بها وجوداً وعدماً.

● ويرى الفقيه الكبير العميد دوجي Duguít أن مبدأ المشروعية هو خضوع كل تصرف لقاعدة القانون. وإذا كانت تصرفات الأفراد وخضوعها للقانون

لاتثير جدلا فأن تصرفات السلطات العامة ووجود ما يلزمها على إتباع قاعدة القانون هو القضية الأساسية بالنسبة لمبدأ المشروعية. ذلك المبدأ الذي يذهب فيه العلامة (دوجي) إلى انه مذهب مطلق لا يحتمل الاستثناء وقد كان ذلك من أسباب رفضه لنظرية (أعمال السيادة) واعتبارها سبة في جبين القانون العام. (14) ويذهب الأستاذان (بارتلمي ودويز) في مؤلفهما عن القانون الدستوري إلى أن مبدأ المشروعية يعني (سيطرة القانون وإعلان سموه وعلوه وانتهاء فكرة عدم خضوع السلطة للقانون وفرض احترام القاعدة القانونية على من اصدر تلك القاعدة طالما لم يلحقها تعديل) هو جوهر فكرة المشروعية. والواقع أن الفرد في الدولة الحديثة يدخل مع الجهات الادارية والمرافق العامة في الدولة الحديثة في علاقات متعددة توشك أن تستغرق الجانب الأكبر من حياة المواطن وهذا كله يجعل ضرورة التزام الجهات الادارية بقاعدة القانون، ورعايتها بالتالي لمبدأ المشروعية، الذي هو الضمان الحقيقي لحماية حريات الأفراد. ونجد أن الاداره في الدولة الحديثة ليست إدارة تحكمية وإنما هي إدارة خاضعة لمجموعة من القواعد التنظيمية تنصرف إلى العلاقات الداخلية لتلك الاجهزة الإدارية فأن القواعد القانونية وإذا كانت القواعد التنظيمية تنصرف إلى العلاقات الداخلية لتلك الأجهزة وتبين حقوق الأفراد في مواجهة الإدارة. ولا بد من خضوع الإدارة لنوع من الرقابة القضائية ذلك لأن القضاء سواء كان عادياً أو إدارياً هو الذي يفصل في المنازعات وينزل عليها حكم القانون وليس غيره. والمنازعات الادارية بدورها في الدولة الحديثة لا بد وان تخضع لحكم القانون ولا بد وان تصدع بما يقرره القضاء وهذا مانسميه المشروعية الإدارية. وهنا يجب أن يطرح السؤال التالي:- مالذي نقصده تحديداً عندما نقول ((خضوع الإدارة للقاعدة القانونية)) هل يعني ذلك أنه لايجوز للإدارة أن تتصرف إلا استنادا إلى القانون؟ أم هل يعني أنه لايجوز للإدارة أن تتصرف تصرفاً مخالفاً للقانون؟

للإجابة على هذا السؤال يجب اولاً أن نتعرف على معنى الخضوع (الرقابة) من قبل الإدارة للقواعد القانونية؟ (15)

الاتجاه الأول:- يعني أن أعمال الإدارة لا تكون مشروعته إلا إذا كانت تنفيذا لقاعدة قانونية قائمه من قبل يستند إليها التصرف الإداري. وهذا الاتجاه يقيد سلطان الإدارة تقييداً فحلاً وغير مستطاع ويحرم الاداره من كل حق في الابتكار والمبادرة. بل وأكثر من ذلك يحرمها من كل سلطة تقديرية. والحق يقال أن احد الآن لايقول بهذا الرأي وأنه مهما كان البعض سئ الظن الاداره فإنه

لا يمكن أن يصل إلى المدى الذي يشل حركتها ويجعلها لا تتصرف إلا وهي مستندة إلى نص قانوني يبيح لها التصرف.

أما **الاتجاه الثاني**:- هو الذي عليه العمل - لأنه الاتجاه الذي يستند إلى أن الأصل القانوني العام سواء بالنية للأفراد أو للدولة، هو أن مالم يمنعه القانون فهو مباح. وعلى الإدارة تملك أن تتصرف في كل ما جعله القانون من اختصاصها وفي كل ما يحقق أهدافها وهي واسعة ومتعددة - وأن ما هو محظور على الإدارة أن ترتكب عملاً مادياً أو تصرفاً قانونياً يخالف قاعدة قانونية قائمه، ذلك إنها إن فعلت حركت على مبدأ المشروعية وكان تصرفها جديراً بالمساءلة. ولغرض تنظيم الرقابة على أعمال الإدارة العامة، لا يكفي للقول بحماية حقوق الأفراد وحياتهم العامة أن تتأكد سيادة القانون في شأن علاقاتهم ببعضهم ببعض، بل أصبح يلزم لتوكيد هذه الحماية أن يسود القانون علاقاتهم مع الدولة وما يتفرع عنها من هيئات عامة، خصوصاً متى روعي ازدياد هذا النوع من العلاقات بعد انكماش فكرة (الدولة الحارسة) واندفاع الدول المعاصرة في سياسة التدخل في مختلف أوجه النشاط الاجتماعي والاقتصادي أخذاً منها ببعض الفكر الاشتراكي بحثاً عن العدالة الاجتماعية وتحقيقاً للمساواة الفعلية بين الأفراد في الفرص وفي الدخول والثروات. (16) ويزيد في إلحاح هذه الضرورة ما تتمتع به السلطة العامة من قوة جبرية (قوة التنفيذ الجبري على الأفراد) تكفل لها حق تنفيذ قراراتها وأوامرها بالطريق المباشر دون الحاجة إلى اللجوء سلفاً إلى القاضي مما قد يسمح لهم، ما لم تخضع إجراءاتها للقانون من أن تبتلع حقوق الأفراد وتقضي على حرياتهم العامة. لذا كان حقاً ما يؤكد بعض الفقه من أن إقرار مبدأ (المشروعية) بما يحققه من معنى خضوع الدولة للقانون، يعتبر من عناصر المذهب الفردي الحر. هذه الدولة التي تجعل من حقوق الأفراد وحياتهم العامة أساساً لنظامها السياسي والقانوني لأنه من غير هذا الخضوع سيكون في مقدور الدولة أن تخرج دائماً - ومن غير أن تتعرض لجزاء ما - عن نطاق القانون. وهو ما ينتهي بها إلى حكم القوة المادية، وسياسة التحكم والاستبداد.

وقد أكتسب مبدأ المشروعية ومبدأ الرقابة القضائية المتم له أهمية متزايدة في ظل التطور السياسي والاجتماعي المعاصر الذي دفع معظم الشعوب إلى التخلي عن مذهب الحرية الفردية في مجاليه السياسي والاقتصادي وإلى أن تأخذ نفسها بنظم جديدة تقوم على تدخل الدولة تدخلاً متزايداً في النشاط الفردي. إن مبدأ المشروعية - مبدأ عام يحكم أعمال السلطات الثلاث في الدولة. وهو يفرض على السلطة التنفيذية في ممارسة نشاطها الإداري - التزام حدود القانون التي سبق وضعها. فليس لها أن تخرج عن السلطات التي رسمتها لها تلك

القوانين بقرارات عامة أو فردية لكن هذا لا يعني أن مبدأ المشروعية هو مبدأ عام (مطلق من كل قيد) وإلا كان مؤدى ذلك عرقلة النشاط الإداري للسلطة التنفيذية وفقدانها لحرية الاختيار والتقدير في ممارسة اختصاصاتها.

المطلب الثاني

مصادر مبدأ المشروعية

قلنا إن المشروعية تعني أن يلتزم الجميع حاكمين ومحكومين بحكم القانون وهذا يعني في تقديرنا أن مصدر المشروعية هو تلك القاعدة القانونية الأصلية التي تقول بسيادة حكم القانون. وحيث وجدت سيادة حقيقية للقاعدة القانونية وجد مبدأ المشروعية وحيث لا توجد للقانون سيادة خاصة بالنسبة للسلطات العامة التي تتمتع بالسلطة فإن مبدأ المشروعية يختفي. ومن هنا جاز لنا أن نقول أن المصدر والسند والسبب الأساسي لوجود مبدأ المشروعية هو تلك القاعدة التي توجب سيادة القانون وتجعله فوق أداة الحاكمين والمحكومين. ولمكن قد تعني عبارة ((مصادر مبدأ المشروعية)) مجموعة القواعد القانونية التي تخضع الإدارة لها وهي تباشر نشاطها من هي تلك القواعد؟ هنا تصادف اتجاهين. اتجاه محدود يضيق من مصادر تلك القواعد القانونية التي تخضع لها الإدارة. واتجاه آخر عريض يوسع من هذه المصادر. والحقيقة أن الاتجاه الأول الضيق يكاد ينفرد به الفقيه الفرنسي ((ايزنمان)) على حين أن الكثرة الغالبة تتجه الوجهة الأخرى. ومن ثم نستعرض بإيجاد سريع للاتجاه الأول والاتجاه الثاني لهذه الآراء.

الاتجاه الأول:- هذا الاتجاه يمثل رأي الفقيه الفرنسي ((ايزنمان)) Eissnmann الذي يذهب إلى أن المشروعية تجد مصادرها في ((التشريع)) الصادر عن البرلمان دون غيره. فالتشريع وحده هو الذي يلزم الإدارة ويقيدها وليس اللوائح الإدارية ولا القرارات الإدارية الفردية، ذلك لأن هذه اللوائح وتلك القرارات لا تلزم الإدارة بصفة عامة وإن ألزمت بعض الأجهزة الإدارية. كذلك فإن بوسع الإدارة بإرادتها المستقلة أن تغير من هذه اللوائح والقرارات مما لا يجوز معه القول أنها ملزمة للإدارة. (17). وبذلك يقول ((ايزنمان)) أن الإدارة حتى عندما تلتزم وتتقيد باللوائح الإدارية فإنها تتقيد بها لأن ثمة قاعدة تشريعية أي قاعدة في ((تشريع)) تلزم الإدارة باتباع أحكام هذه اللوائح. ورغم ما في رأي ايزنمان من سلامه منطقيه إلا أن غالبية الفقه تأخذ بالرأي الآخر الموسع والذي يساوي بين مصادر لمشروعية ومصادر القاعدة القانونية ذاتها على اعتبار أن المشروعية

الإدارية تعني) خضوع الاداره لسائر القواعد القانونية أيا كان مصدرها). ومن هنا جاز عند هؤلاء أن يتحدثون عن مصادر مكتوبة ومصادر غير مكتوبة للمشروعية الإدارية وذلك تبعا للقيم التي يرى أن للقاعدة القانونية ذاتها مصادر مكتوبة وأخرى غير مكتوبة وسوف نتعرض بإيجاز إلى تقسيمات المصادر المكتوبة وغير المكتوبة لمبدأ المشروعية فقط للتعريف بها من ناحية ومن ناحية أخرى كي لا ننصرف عن الموضوع الرئيسي للبحث.

أولاً:- المصادر المكتوبة:- وهي الدستور والتشريع واللوائح.

١- **الدستور:-** وهو أعلى القواعد القانونية مرتبه وهو الذي ينظم سلطات الحكم في الدولة ويحدد كيف توجد كما يبين اختصاصاتها وحدود هذه الاختصاصات وعلاقات السلطات ببعضها. وكذلك يبين الدستور حقوق المواطنين في مواجهة السلطات العامة وواجباتهم في مواجهة الدولة.

ويأتي الدستور في قمة الهرم القانوني في الدولة الحديثة ذلك انه يصدر عن السلطة التأسيسية في حين ان القواعد القانونية الأخرى تصدر عن السلطات المؤسسة التي أوجدها الدستور نفسه.

ومن ثم فإنه وفقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية تأتي القواعد الدستورية فوق كافة القواعد القانونية. ومن ثم فإن القواعد القانونية العادية التي تصدر من البرلمان أو القرارات التنظيمية العامة-اللوائح- يتعين ان تكون متفقة مع أحكام الدستور فإن هي خرجت على هذه الأحكام وخالفها كانت غير دستورية وكانت مخالفة لمبدأ تدرج القواعد القانونية ولمبدأ المشروعية.

٢- **القانون (التشريع):-** القوانين العادية التي تصدرها اللجنة التشريعية هي المصدر الأساسي للمشروعية بصفة عامة والمشروعية الإدارية بصفة خاصة. والقوانين التي نعيها هنا هي تلك التي تصدر عن البرلمان أو المجالس النيابية بصفة عامة على اعتبار أنها الممثلة لإرادة الشعب. كذلك القوانين التي تصدر عن من خوله الدستور سلطة إصدارها.

ويمكن اعتبار المعاهدات الدولية بعد المصادقة عليها بالطرق الدستورية مصدرا من مصادر المشروعية في الدولة. ويلتزم بها القضاء والمؤسسات المختلفة وأجهزة الإدارة ولا يستطيع الأفراد الخروج على حكمها إذا كان في أحكامها ما يخاطب الأفراد. وفي فرنسا تأتي المعاهدات في مرتبة بين الدستور والقانون أما في مصر فتأتي بنفس مستوى القانون وتأخذ قوته.

٣- **اللوائح :-** هي من قبيل القواعد التشريعية العامة إلا أنها تصدر عن السلطة التنفيذية في الحدود التي أباح لها فيها الدستور إصدارها .

وهذه اللوائح فيها اللوائح التنفيذية وفيها اللوائح المستقلة. أما الأولى فهي التي تصدر بنائاً على قانون معين تنفيذاً لذلك القانون وتفصيلاً لما أجمل. أما الثانية فهي تلك التي تقوم بذاتها ومثلها اللوائح التي تصدر لتنظيم المرافق ألعامه وترتيبها وإنشاءها وكذلك لوائح ضبط وتأتي اللوائح في مرتبه أدنى من القانون وأن كانت القواعد القانونية العامة الصادرة عن البرلمان ولكن حتى إذا كانت تستند إلى إرادة الإدارة. فإن الإدارة مع ذلك تلتزم بما صدر عنها من اللوائح ولا تستطيع الخروج على أحكامها طالما بقيت قائمه. ولا تستطيع الإدارة أن تأتي عملاً مادياً أو قراراً إدارياً كما لا تستطيع أن تبرم عقداً مخالفاً للوائح الإدارية ما دامت تلك اللوائح قائمه لم يجر تعديلها. ومن الأمثلة الأخرى للوائح (اللوائح التفويضية ولوائح الضرورة). (18)

• المصادر غير المكتوبة لمبدأ المشروعية :- وسوف نتناولها بشئ من التفصيل لكونها ذات علاقة وطيدة بموضوع بحثنا هذا.

١- **العرف**:- هو مجموعة القواعد التي يضطر عليها سلوك الجماعة ويوجد أحساس لدى الكافة بضرورة مراعاتها وإتباعها، وللعرف كما هو معروف ركنان:- **مادي** ويتمثل في عملية تكرار تصرف معين. و**معنوي** ويتمثل في الأساس بالزام العرف.

وإذا كان العرف مصدراً من مصادر القواعد القانونية الدستورية التي هي أسمى القواعد القانونية مرتبة ودرجة. دون خلاف بين احد على ذلك فإنه ترتيباً على ذلك يعتبر مصدراً من مصادر مبدأ المشروعية التي تعنى أولاً وقبل كل شيء الالتزام بالقاعدة القانونية وسيادة حكم القانون.

ومادماً بصدد المشروعية الإدارية فإنه يتعين علينا أن نتحدث عن العرف الإداري الذي هو ما درجت أجهزة الإدارة على إتباعه في مواجهة أمر معين بذاته إذ صاحب ذلك اعتقاد لدى هذه الأجهزة أنه يتعين عليها أن تسلك على ذات الحق وإتباع هذا السلوك ينشئ قاعدة قانونية عرفية بحيث تصبح مخالفة تلك القاعدة القانونية العرفية مثابة خروج على مبدأ المشروعية. ونجد أن القضاء الإداري سواء في فرنسا أو في مصر يعتد بالعرف الإداري ويعتبر الخروج عليه خروجاً على مبدأ المشروعية والقضاء هو الذي ينتهت من وجود العرف وقيام ركنه المادي والمعنوي. وقد حكم بأن خروج الإدارة عما درجت عليه عرفاً. يعتبر من قبيل الخروج المؤثر ويكون قرارها في هذا الخصوص باطلاً مخالفاً لمبدأ المشروعية لمخالفته قاعدة قانونية عرفية مستقلة وعلى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر ((إن عيب مخالفة القانون ليس مقصوراً على مخالفة

نص في قانون أو لائحة بل هو يصدق على مخالفة كل قاعدة جرت عليها الإدارة واتخذتها شرعة ومنهاجاً)).

٢- المبادئ القانونية العامة:- هي مجموعة المبادئ القانونية غير المدونة في تشريع معين ولكنها تعبر عن روح النظام القانوني في جملته وتسد بعض النواقص التي لم يواجهها التشريع المكتوب. ولكنها لا تخالف التشريع المدون ولا تستطيع أن تبلغ من القوة حد مخالفته. والقضاء هو الذي يتولى الكشف عن هذه المبادئ وتقديرها والحكم بمقتضاها. وهذا يعني أن المبادئ القانونية العامة تفترض أمرين متلازمين:-

الأول:- وجود نقص تشريعي لا يغطي علاقة من العلاقات القانونية.
الثاني:- أن القاعدة القانونية التي يتخذها القضاء يمكن أن تأتي مخالفة لقاعدة قانونية قائمة. والمبادئ القانونية العامة إذا كانت هي تعبير عن الروح العام للنظام القانوني في بلد من البلاد وفي وقت من الأوقات فإن هذا التعبير لا يتبلور في حقائق واضحة ملزمة إلا بعد أن يتبناه القضاء وينزل حكمه على ما يعرض عليه من قضية لا يجد لحكمها نصاً مباشراً في التشريع المكتوب. (19) ومن أمثلة المبادئ القانونية العامة التي أقرها القضاء الإداري وأنزل حكمه على بعض ما عرض عليه من قضية :-

- (١) مبدأ المساواة أمام الضرائب. المساواة أمام الأعباء العامة. المساواة في الانتفاع بالأموال العامة وخدمات المرافق العامة.
 - (٢) مبدأ استمرار سير المرافق العامة.
 - (٣) مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية.
 - (٤) حق المتهم في المحاكمات التأديبية بأن يطلع على التحقيقات وأن يدافع عن نفسه مباشرة أو بواسطة الغير.
 - (٥) مبدأ ضمان الإدارة لموظفيها عن أعمالهم التي يقومون بها أثناء تأدية وظائفهم وما قد ينشأ عنها من خطأ يرتب ضرراً للغير.
 - (٦) مبدأ أنه لا يجوز للادارة أن تتبرع بأموالها .
 - (٧) مبدأ عدم جواز إثراء الإدارة بلا سبب على حساب الغير.
- والقضاء الإداري سواء في فرنسا أو في مصر لا يتردد في أن يلجأ إلى هذا المصدر من مصادر المشروعية (المبادئ القانونية العامة) عندما لا يسعفه النص المكتوب ولا العرف. وتعرف حالياً هذه المبادئ بالضمانات القانونية.
- القيمة القانونية للمبادئ العامة (20) :-** لغرض معرفة القيمة التي تمثلها المبادئ القانونية العامة عند تطبيقها في الحالات التي تستوجب التطبيق نجد أنفسنا أمام اتجاهين متعاكسين:- **الأول** :- وهو ما ذهب إليه بعض الفقهاء

الفرنسيين إلى أن هذه المبادئ القانونية العامة لها من القيمة القانونية ما للدستور نفسه ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل أن بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي ذهبت إلى أبعد من ذلك ولم تعمل ببعض النصوص التشريعية الصريحة وخالفت أحكامها بحجة تطبيق بعض المبادئ القانونية العامة . من ذلك ما حكم به مجلس الدولة بتاريخ ١٧ فبراير ١٩٥٠ في قضية (Damelamote) بضرورة (تمكين أصحاب الشأن من الطعن في القرارات التنفيذية بسبب مجاوزتها السلطة وانحرافها بها حتى لو كان هناك نص تشريعي يحرم على ذوي الشأن اللجوء إلى القضاء العادي والإداري).

وحول ذلك تقول الدكتورة سعاد الشرقاوي في هذا الصدد ((وقد اختار مجلس الدولة-الفرنسي- الحل الأخير أي الاعتراف بقيمة دستورية للمبادئ القانونية العامة وذلك بسلسلة من الأحكام بدأها في عام ١٩٥٠)).

الثاني :- إلا أن فريقاً آخر من الفقهاء يذهب إلى أن المبادئ القانونية تهبط قيمتها القانونية عن قيمة القانون العادي نفسه فضلاً عن الدستور الذي هو أسمى القواعد القانونية. ويقول الأستاذ محمود حافظ الذي يمثل هذا الاتجاه في الفقه العربي ((لكننا نعتقد أن هذه المبادئ وأن كانت ملزمة للإدارة إلزام القواعد القانونية المكتوبة ألا أنها أدنى مرتبة من نصوص القوانين العادية ذلك لأن المبادئ القانونية من اكتشاف القضاء)). والقضاء يستنبطها من مجموع النصوص والقواعد التشريعية وروح هذه النصوص والقواعد. ولما كان القاضي ملزماً بتطبيق النصوص التشريعية فهو لا يستطيع الخروج عليها بما يضعه أو يقرره أو يستنبطه من مبادئ قانونية عامة بل يجب أن تكون هذه المبادئ صدى للقواعد القانونية المكتوبة ومتفقة مع نصوصها ومع روحها. فإذا كانت المبادئ القانونية العامة لا تستطيع مخالفة أحكام القواعد القانونية المكتوبة في حين أن القوانين المادية الصادرة من البرلمان تملك الخروج على هذه المبادئ بالتعديل أو الإلغاء فالنتيجة الحتمية هي القول بأن ((القوة القانونية لتلك المبادئ القانونية أدنى من قوة القوانين العادية وليست مساوية لها)). أما رأي الدكتور يحيى الجمل نجده مطابقاً لرأينا في أن المبادئ القانونية العامة تتمتع بنفس ماتمتع به القوانين العادية من قوة وتأتي معها في نفس الدرجة، فلا هي في قوة الدستور كما ذهب إلى ذلك الفقه الفرنسي، ولا هي أقل قيمة من التشريع العادي بحجة أن البرلمان يملك مخالفتها بقانون عادي ويملك إلغائها. وردنا على الرأيين السابقين هو كالآتي:-

(١) لا تتمتع بقوة الدستور لسبب وهو أن القضاء إذا كان يملك أن يخلق مبادئ دستورية وهو الأمر الذي يصعب قوله فأن ذلك يخالف كثيراً من المسلمات القانونية التي أهمها هو سمو القواعد القانونية الدستورية وعلوها.

(٢) رأى الدكتور **محمود حافظ** بأن هذه المبادئ أقل قيمة من التشريع العادي . الرد عليه سهل ويسير ذلك لان البرلمان يملك أن يخرج على تشريع سابق بأن يعدله أو يلغيه نهائياً ولا يعني ذلك أن التشريع الجديد في منزله أقوى من التشريع القديم وإنما يعني ذلك أن هذا إعمال لقاعدة أن (الجديد ينسخ القديم) فيما يخالفه من أحكام سواء كان ذلك بالشبه للتشريعات المكتوبة للمبادئ القانونية العامة . (21)

٣- **الأحكام القضائية**:- يجب أن نفرق بين أمرين يخط بينهما البعض:- **الأول**:- إلزام الأحكام القضائية ووجوب تنفيذها من ناحية **والثاني**:- كونها مصدراً من مصادر المشروعية من ناحية أخرى.

ولا شبهة أن الأحكام القضائية عندما تصبح نهائية باستنفاد طرق الطعن فيها أو بفوات مواعيد الطعن تصبح تلك الأحكام حجة بما قضت به أي تتمتع بحجية الشيء المقضي به، وقد تكون تلك الحجة نسبية- كما هو الغالب- وقد تكون حجية مطلقة كما في دعاوى الإلغاء والدعاوى الدستورية.

ولكن أحكام القضاء في كل الأحوال متى أصبحت نهائية صارت واجبة النفاذ وعلى الإدارة أن تلتزم بتنفيذها ليس فقط في الحالات التي تكون فيها الأداة طرفاً في المنازعة التي صدر فيها الحكم ولكن في كل حالة أخرى تدعوها الصيغة التنفيذية على الحكم للمساعدة في تنفيذه ولغاية هنا لاخلاف بين احد في ذلك. لكن بعضاً من الفقه يذهب إلى أن الأحكام القضائية تعتبر مصدراً من مصادر المشروعية بصفة عامة. وقد يصبح مثل هذا القول في البلاد التي تأخذ بنظام السوابق القضائية ذلك أن تلك السوابق تلزم المحكمة التي أصدرتها والمحاكم الأدنى منها. ومثال ذلك النظام القضائي في بريطانيا. أما في البلاد التي لاتأخذ بهذا النظام ومنها- مصر- العراق- وفرنسا- لا يكون للسوابق القضائية مثل هذا الإلزام وان كانت الأحكام الصادرة من المحاكم العليا مثل محكمة النقص أو المحكمة الإدارية العليا في مصر تكون لها قيمة أدبية كبيرة لدى سائر المحاكم الأخرى دون أن تصل إلى حد الإلزام القانوني. (22). ومن هنا نستطيع أن نقول أن أحكام القضاء في ذاتها- وان كان تنفيذها أمراً واجباً- لا تعد مصدراً من مصادر المشروعية. ولكن يجب أن لا يغيب عن بالنا أن المبادئ القانونية العامة التي يصوغها القضاء لمواجهة بها نقصاً تشريعياً هي- كما سبق أن قلنا- تعتبر مصدراً من مصادر المشروعية. ولعل هذه المبادئ القانونية العامة التي ينحتها

القضاء وبيئدعها ابتداءً هي التي دعت البعض إلى اعتبار أحكام القضاء من مصادر المشروعية. وخلاصة ذلك كله أننا ينبغي أن نفرق بين الأحكام القضائية التي هي واجبة النفاذ قانوناً ولكنها ليست من مصادر المشروعية وبين المبادئ العامة التي تمثل اتجاهاً عاماً وتسند نقصاً تشريعياً وتلك تعتبر من مصادر المشروعية. (23)

المطلب الثالث

حدود مبدأ المشروعية

إن مبدأ المشروعية في الدولة الحديثة من المبادئ الأساسية الحاكمة ولكنه للأسف ليس من المبادئ المطلقة والحقيقة أن المساحة التي كان يشغلها مبدأ المشروعية في الماضي وفي كل الأنظمة كانت مساحة محدودة وكان التحكم والتسلط وإرادة الحكام هي السمات الغالبة. ولكن كفاح الشعوب وما أدى إليه من مبدأ إقرار (سيادة الأمة) واعتبار (المجالس معبرة عن إرادة الشعوب) ثم وجود دساتير تأتي على قمة القواعد القانونية وإقرار مبدأ (تدرج القواعد القانونية) كل ذلك أدى إلى اتساع مساحة المشروعية واعتبارها مبدأ أساسياً من المبادئ التي تقوم عليها الدولة الحديثة.

إن مبدأ المشروعية وسيادة القاعدة القانونية هي المظهر القانوني العملي لوجود (ديمقراطية حقيقية) تقوم على حكم الشعب لنفسه بنفسه لصالح مجموعه. لكن مبدأ المشروعية لم يصل لحد الآن لكي يكون مبدأ مطلقاً ومن هنا جاز لنا أن نتحدث عن نطاق مبدأ المشروعية أو بعبارة أخرى عن حدود هذا المبدأ أو عن المساحة التي لا يسود فيها مبدأ المشروعية أو ينتقص أو يعدل، وكل هذا هو ما اصطلح الفقهاء على تسميته (موازنات مبدأ المشروعية). (24).

• وهذه الموازنات تتمثل في ثلاث مسائل:-

- (١) سلطة الإدارة التقديرية في بعض الأمور.
- (٢) الظروف الاستثنائية التي قد تعرض في حياة الدولة.
- (٣) أعمال السيادة.

إلا أن هنالك فارقاً بين المسألتين الأوليتين من ناحية والمسألة الأخيرة - أعمال السيادة - من ناحية أخرى. ذلك أنه بالنسبة التقديرية للسلطة التقديرية والظروف الاستثنائية فإن مبدأ المشروعية لا يتعطل وإنما يظل قائماً مع شيء من التعديل في نطاقه ومداه. أما بالنسبة لأعمال السيادة فأنها تخرج عن كل صور الرقابة ومن ثم جاز أن يقال أنه في تلك الحالة بالذات يتوقف العمل بمبدأ

المشروعية.ومن هنا جاز للفقهاء الكبير دوجي أن يطلق على أعمال السيادة وصف أنها وصمة في جبين القانون العام.

وبشكل مختصر نستطيع أن نقول أن السلطة التقديرية للإدارة التي تتمتع بها بصدد تصرف معين - وفقاً لإدارة المشرع - تعني حرية أكثر في الاختيار ومرونة أكثر في الحركة وتعني أيضاً قدراً محدوداً من الرقابة القضائية على بعض عناصر القرار أو التصرف الإداري. على أن ذلك لا يؤكد إلا وجود أمران مهمان:-

(١) أن السلطة التقديرية للإدارة لا تعني الإطلاق ولا التحكم.
(٢) أن السلطة التقديرية لا تفلت من كل رقابة قضائية. حتى وإن ضاق بالنسبة لها مجال الرقابة، على عكس الحال بالنسبة للسلطة المقيدة التي يتسع لها مجال الرقابة حتى يشمل كل عناصر العمل الإداري.

أي أن الإدارة عندما تمارس سلطتها التقديرية تظل مقيدة من ناحية الاختصاص والسبب والغاية أي لا بد وتأتي تصرفاً يقع في دائرة اختصاصها ولا بد أن يكون لذلك التصرف سبب قائم وصحيح من الناحيتين القانونية والواقعية ولا بد أن يستهدف ذلك التصرف المصلحة العامة. وبهذه الحدود الثلاث تخضع الإدارة بمناسبة ممارستها لسلطتها التقديرية، لرقابة المشروعية التي يطبقها عليها القضاء. ومن هنا جاز أن يقال أن العبارة التقليدية التي تقول ((أن قاضي الإلغاء بدعوى الطعن هو قاضي مشروعيه وليس قاضي ملائمة)) ليست دقيقة تماماً . وفي تفسير ذلك تقول الأستاذة الدكتورة سعاد الشرقاوي انه من الأفضل استبدال العبارة التقليدية السابقة بعبارة أخرى تقول ((أن القاضي الإداري يراقب مشروعيه النشاط الإداري ولكنه لا يراقب ممارسة السلطة التقديرية)). والسبب في ذلك هو أن الملائمة ليست دائماً داخلية في مجال السلطة التقديرية. ومثال ذلك إجراءات الضبط الإداري التي تمس الحريات العامة لا تكون مشروعه إلا إذا كانت ضرورية ومنتجة للأثر المطلوب وهو المحافظة على النظام العام، أي معنى ذلك أنها يجب أن تكون ملائمة. وفي هذه الحالات لا يكتفي القاضي بادعاء الاداره أن

الإجراء كان ضرورياً وإنما يتحقق القاضي الإداري من الوجود المادي للوقائع وتكييفها. وهو عندما يفعل ذلك يمارس (رقابه ملائمة) دون أن يخرج عن دوره كقاضي مشروعيه لأن الملائمة في هذه الحالة عنصر من عناصر المشروعية. أما بالنسبة لسلطة الاداره في الظروف الاستثنائية فهي إصدار وتطبيق قواعد قانونيه خاصة لمواجهة ظروف خارجة عن المجرى العادي للأمر وعن المؤلف الذي نعتاده فهي ظروف لاتعترض حياة الدول على نحو

معتاد ويصبح في تعرضها إليها متعذراً أن لم يكن مستحيلاً مواجهتها بالقواعد القانونية العادية التي تحكمها مبادئ المشروعية التي تحكم الأوضاع الطبيعية . وبالتالي يقال أنه في ظل الظروف الاستثنائية يبقى مبدأ المشروعية قائماً ولا يتعطل وأن تغير مضمونه وتغير نطاقه وفقاً لما حدث من أوضاع خارقه للمألوف وغير عادية . وقد عبرت المحكمة الإدارية العليا في مصر في واحد من أحكامها الهامة عن تلك الظروف الاستثنائية بقولها ((أن النصوص التشريعية وضعت لتحكم الظروف العادية ، فإذا طرأت ظروف استثنائية ثم أجبرت الإدارة على تطبيق النصوص العادية فإن ذلك يؤدي حتماً إلى نتائج غير مستساغة تتعارض ونية واضعي تلك النصوص العادية . وما دام أنه لا يوجد فيها نص على ما يجب إجراؤه في حالة الخطر العاجل، يتعين عندئذ تمكين السلطة الإدارية من اتخاذ الإجراءات العاجلة التي لم تعمل لغاية سوى المصلحة العامة دون غيرها . وغني عن البيان في هذا المجال أن هناك قاعدة تنظم القوانين جميعها وتفوقها، محصلها (وجوب الإبقاء على الدولة) . وهكذا فغاية مبدأ المشروعية يتطلب أولاً وقبل كل شيء العمل على بقاء الدولة . وهكذا يتبين أن الأثر المترتب على قيام الظروف الاستثنائية هو إمكانية السلطات العامة الالتجاء إلى قواعد قانونية جديدة تواجه في ظلها هذه الظروف الطارئة لكي تحافظ على مصلحة الدولة العليا . ولكن ذلك لا يعني اختفاء المشروعية تماماً ولا يعني انتفاء الرقابة القضائية . وإذا كانت الظروف الاستثنائية هي صورته من صور الضرورة وإذا كانت القاعدة الأصولية تقول (الضرورات تبيح المخطورات) . والمحظور هنا ... هو الخروج على قواعد المشروعية العادية ، فإن الضرورة يجب أن تقدر بقدرها بحيث لا يجوز الخروج على قواعد المشروعية العادية إلا إذا كان ذلك الخروج ضرورياً ولا محيص عنه . أما إذا أمكن مواجهة الظروف غير العادية بالقواعد القانونية القائمة فإن الخروج على تلك القواعد يعد أمراً غير مشروع . وإذا كان هنالك أباحه في غير ما ورد فإن حدود الإباحة تتحدد بأن (الضرورة تقدر بقدرها لا تعدوها) . مما تقدم يتبين أن الظروف الاستثنائية تؤثر تأثيراً واضحاً على مبدأ المشروعية من حيث نطاقه وأن لم تنل من وجوده بنفسه . ويزداد هذا التأثير كلما قل وعي التأثير العام وقلت درجة التطور الديمقراطي والإيمان الحقيقي بسيادة القانون. (٢٥)

المطلب الرابع

القرارات الإدارية التي لا تخضع لرقابة القضاء (لاتخضع لرقابة المشروعية)

أ- أعمال السيادة :-

إذا كانت السلطة التقديرية للإدارة مهما اتسعت وإذا كانت الظروف الاستثنائية مهما بلغت خطورتها لا تؤدي إلى تعطيل مبدأ المشروعية فإن أعمال السيادة على عكس ذلك تؤدي إلى الإفلات من كل رقابة قضائية. فما هي أعمال السيادة؟

جاءت أعمال السيادة على يد مجلس الدولة الفرنسي منذ أكثر من قرن من الزمان ونعتقد أن نشأة النظرية واستمرارها إنما جاءت لأسباب عملية محضة تعبر عن نوع من التوازن بين السلطات الدستورية لأنه من المعروف أن المبدأ الذي كان سائداً في الماضي هو عدم مسؤولية الدولة عن أفعالها. إلا أن ظهور مبدأ سيادة القانون وارتباطه بمبدأ سيادة الأمة وزيادة سلطة البرلمانات واختصاصاتها ووضع القيود على السلطة التنفيذية كل ذلك أدى إلى نوع من المواجهة بين المبدأين: المبدأ الذي ينتمي إلى الماضي والذي يقول بإطلاق سلطة الدولة وعدم مسؤوليتها عما يقوم به ممثلوها. والمبدأ المقابل الحديث الذي يقول (أن القواعد القانونية طالما هي قائمة تسود على إرادات الحاكمين والمحكومين وتلزم ممثلي الدولة كما تلزم الأفراد جميعاً) وكان الصراع بين القديم والجديد يسفر عن انتصار الجديد يوم بعد يوم ولكن ذلك لا يعني أن المبدأ القديم قد انحسر تماماً وأن مبدأ المشروعية قد ساد سيادة مطلقة – هذا للأسف غير صحيح – على إطلاقه. وإنما بقيت بعض البقايا التي تتمثل فيما يقال له أعمال السيادة التي بدأت بالغة الاتساع ثم ضاقت نطاقها بأتساع المبدأ المقابل – (مبدأ المشروعية ومسؤولية الدولة عن كافة تصرفاتها). وفي البداية كانت أعمال السيادة تتمثل في كل الأعمال ذات الباعث السياسي والتي تمس السيادة العليا للدولة وكانت هذه الأعمال لاتخضع لأي صورة من صور الرقابة القضائية سواء في ذلك رقابة الإلغاء أو رقابة التعويض وسواء أمام القضاء الإداري أو القضاء العادي وقد ترددت أصدااء هذا المفهوم في الأحكام الأولى لمجلس الدولة الفرنسي حيث كان المجلس يعتبر أن من أعمال السيادة التي لاتخضع لرقابته كل عمل تدفع الحكومة بأنه أتخذ لباعث سياسي. ولكن مجلس الدولة بعد أن اكتمل كيانه القانوني وأصبح مستقلاً في قضائه بعد قانون ١٨٧٢ - على نحو ماسنرى- لم يعد يسلم بدفوع الحكومة ولم يعد يقبل بمعيار الباعث السياسي بصفه مستمرة. وقد كانت بداية التحول في الحكم الصادر بتاريخ ١٩ فبراير ١٨٧٥ في قضية الأمير نابليون جوزيف بونابرت الذي طعن بقرار

لوزير الحربية يتعلق بلقب الأمير العسكري والذي كان قد منح لقب ((جنرال)) من ابن عمه الإمبراطور نابليون الثالث. وقد رفض مجلس الدولة دعوى الأمير ولكنه لم يؤسس الرفض على المعيار القديم المتعلق بالبائع السياسي، بل أن المجلس ناقش في حكمه هذا المعيار واتجه إلى عدم الاعتداد به. وذهب إلى أن الأمر بالنسبة لأعمال السيادة لا يمكن أن يكون مرجعه محض إرادة الحكام. واتجه مجلس الدولة الفرنسي بعد هجره لمعيار البائع السياسي إلى الأخذ بمعيار طبيعة العمل ذاته. وهل هو عمل حكم أم عمل إدارة وخروجه في الحالة الأولى من كل رقابة وخضوعه في الحالة الثانية للرقابة القضائية. (والجدير بالذكر أن نظرية أعمال السيادة عند نشوئها في فرنسا لم تنشأ مستندة إلى نصوص قانونية) ويمكن القول أن مجلس الدولة اتجه إلى أن لا يقيد نفسه بتعريف عام لأعمال السيادة ولا بمعيار معين وأخذ باتجاه عملي يكتفي بتقدير الأمر في كل حالة على حدة. بل ذهب جانب من الفقه الفرنسي المعاصر إلى اعتبار أن نظرية أعمال السيادة أصبحت لا وجود لها، وأن الأعمال التي بقيت بلا رقابة قضائية هي أعمال لا تخضع لرقابة القضاء الإداري بسبب طبيعتها، مما لا يختص هذا القضاء برقابتها وعلى ذلك فأن القضاء الإداري لا يحكم بعدم قبول الدعوى وإنما يحكم بعدم الاختصاص. وأنها كانت وسيلة في يد القضاء لتفادي الصدام مع السلطة التنفيذية في مجالات يبدو أن الصدام فيها قد يؤدي إلى اختلال التوازن بين السلطات (٢٦). ((ب - القرارات الإدارية التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية)). ((ج - القرارات الإدارية التي رسم القانون طريقاً للتظلم منها أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها)). (٢٧)

المبحث الثاني

القضاء الإداري في الإسلام

حرصت الدولة الإسلامية على إقامة العدل والمساواة ومحاربة الظلم الذي يقع على الأفراد والجماعات وكان من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية هو تثبيت وترسيخ العدل وتحقيقه في المجتمع الإسلامي فالعدل مأمور به شرعاً والحكم به بين الناس ضرورة ملزمة لقوله تعالى ((وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل)) ، لذلك عملت الدولة الإسلامية ومؤسساتها وسلطاتها وتشريعاتها من أجل الوصول إلى إقامة العدل وتحقيقه وعلى الحكام والمحكومين احترام كل ما يوضع من قواعد ومبادئ تهدف إلى تحقيق هذا الهدف النبيل. وبالمقابل لا بد من جهاز يراقب أعمال الدولة وتصرفاتها في إقامة العدل ورفع الظلم عن الأفراد. فقيام الجهاز الرقابي على أعمال الإدارة ومؤسساتها هو الأداة الفعالة والحقيقية في ردع الإدارة أشخاصها عندما تتجاوز على حقوق وحريات الأفراد. فكان لا بد من إنشاء جهاز قضائي يقوم بالدور الرقابي على تصرفات وإجراءات الإدارة وعمالها من جهة ، ويعمل على الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد بعضهم البعض وبين الأفراد ومؤسسات الدولة وأشخاصها من جهة أخرى فقد قام القضاء الإسلامي بدور فعال في تحقيق العدل وكان من الكفاءة في أداء مهمته رغم ما أصاب المؤسسات القضائية في بعض الفترات من صعاب بسبب ظروف سياسية وإدارية أثرت في عمل هذا الجهاز الذي لا يزال شامخاً وحازماً (في قواعده ومبادئه). وبقدر تعلق الأمر بالرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الإسلام وفي ضوء ذلك يكون من الضروري الاطلاع على الخطوط العامة والرئيسية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية في مجال القضاء الإداري في ولو بشكل متزامن مع دراسة القضاء الإداري المعاصر بهدف المعرفة والوقوف على إبعاد القضاء الإداري في الإسلام حيث اخذ الإسلام بالقضاء الإداري (قضاء المظالم) واعترف بالحقوق والحريات الفردية والعامة واحترامها وطبق الرقابة القضائية على أعمال السلطة الحاكمة ومؤسساتها وحسب مبدأ الشرعية الإسلامية. فقد خضع الحكام والمحكومين في الدولة الإسلامية لقواعد ونصوص الشريعة (28)

لذا تم تقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب وكما يأتي :-

المطلب الأول :- مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي

المطلب الثاني :- الإدارة الإسلامية وشرعية تصرفاتها

المطلب الثالث :- الرقابة القضائية على تصرفات الإدارة في الإسلام

المطلب الرابع :- خصوصية القضاء الإداري الإسلامي

المطلب الأول

مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي

لقد جاء الإسلام بشريعة وافية متضمنة مبادئ وأحكاما تنظم شؤون الحياة الدنيا كما حرصت على تعزيز مبدأ المساواة أمام أحكام الشريعة فالناس سواء، لا فضل لرجل على رجل ولا لأبيض على اسود ولا لعربي على أعجمي. فهناك مساواة بين الأفراد ومساواة بين الجماعات ومساواة تامة بين الرؤساء والمرؤوسين. فالناس جميعا في الشريعة الإسلامية متساوون في الواجبات، متساوون في المسؤوليات. فالتكاليف والأحكام الشرعية موجهة للناس كافة فالجميع على مستوى واحد من المسؤولية أمام الله وأمام المجتمع. ومدلول ذلك ان الناس سواء لافرق بين حاكم أو محكوم فالجميع يخضعون لأحكام الشريعة ويلتزمون بها سواء بسواء وهذا مضمون مبدأ المشروعية. والأحكام الشرعية في الإسلام مصدرها الحقيقي هو الله سبحانه وتعالى، فلا يوجد احد فوق شريعة الله فالجميع والمحكومون متساوون أمام أحكام الشرع فلا امتياز لأحد على احد، فقد أمر الله رسوله بتبليغ رسالته للناس كافة، بقوله تعالى ((وما أرسلناك الا كافة للناس بشيرا ونذيرا ولكن أكثر الناس لا يعلمون))، فالشارع الحكيم قد حرص على نزع سلطة التشريع من يد البشر وبات دور الحاكم في تنفيذ أحكام شريعته فالسلطة العامة في الدولة الإسلامية ملتزمة دائما بما جاء به الشارع من قواعد وأحكام. قال تعالى ((إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيما)) وقوله تعالى ((فأحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك)) وقال سبحانه وتعالى ((ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون))، تأسيساً على ما تقدم انتهى الفقهاء من المسلمين في شأن مبدأ الشرعية (أي خضوع الحكام والمحكومين للقانون) إلى أن (الإمام الكامل) تجب طاعته في كل ما يأمر به مالم يكن مخالفاً لأحكام الشرع فالحاكم يجب ان يمارس سلطانه وصلاحيته في حدود الشريعة هذا من ناحية ومن ناحية أخرى حرص الفقهاء على تقدير مبدأ وجوب الخضوع للقانون وتطبيق أحكام الشرع بصفة دائمة فعلى الرغم من أن القاعدة تقول (انه لا يجوز للقاضي أن ينقض حكم نفسه أو حكم غيره إذا رفع إليه فأنهم اجمعوا على أن الأحكام التي جاءت مخالفة للشرع لاحجية لها كونها باطلة ولكل قاضٍ من القضاة نقضها إذا رفعت إليه وليس لأحد أن يجيزها. (29)

• نطاق مبدأ المشروعية في الشريعة الإسلامية:- تتمتع الشريعة الإسلامية باليسر والتسامح والمرونة كافة الاحتمالات ومراعاة مصالح

الناس فمقاصد الشرع تخصيص المنافع للناس ورد المفساد عنهم في جميع الأحوال العادية وغير العادية وقد قال الشاطبي (إن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معاً). ولذلك نجد الشريعة الإسلامية تعترف بنظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية وكذلك السلطة التقديرية الا أنها لاتعترف بأعمال السيادة .

أولاً:- نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية :-

لقد راعت الشريعة الإسلامية التشريع للظروف الاستثنائية، فلم يقتصر التشريع على الظروف العادية فحسب، بل تناول كذلك الظروف الاستثنائية مقرر صراحة إباحة عدم الالتزام بالأحكام التي شرعها الله تعالى ابتداءً لتكون قانوناً عاماً ملزماً لجميع المكلفين وفي جميع الأحوال، وذلك إذا توافرت ظروف استثنائية يعتد بها الشرع ولقد استخلص الفقهاء من الآيات القرآنية ومن السنة النبوية الشريفة . ما جعلهم يميزون بين العزيمة والرخصة ولقد طبق الرسول(ص) نظرية الضرورة في كثير من الحالات منها نهيه(ص) عن قطع الأيدي في الغزو ومع إن هذا الحد من حدود الله لقوله تعالى((والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله والله عزيز حكيم)) آية ذلك انه قد يترتب على القطع ما هو اشد من السرقة فقد يلتحق المراد حده بدار الحرب لقربه منها او قد يطلع الأعداء على بعض أسرار جيش المسلمين. وتفرعاً على المبادئ العامة في التشريع تبلورت عدة مبادئ مكونة أسس نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية وهي (الضرورات تبيح المحظورات) و(المشقة تجلب التيسير) و(لا ضرر ولا ضرار) كما تناول الفقهاء نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية عند الكلام عن العزيمة والرخصة فعرّفوها وحددوا مجال إعمالها . فالعزيمة هي(الحكم الأصلي العام) والرخصة هي(الحكم الاستثنائي) فالعمل بالرخصة واجب إذا ما ترتب على العمل بالعزيمة ضرر يلحق بالمكلف بدليل قوله تعالى((ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً)) وقوله تعالى((وأنفقوا في سبيل الله ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا إن الله يحب المحسنين)) وان كان ذلك وكانت الشريعة الإسلامية من مقاصدها تخصيص المنافع للناس ورد المفساد عنهم.(٣٠). فقد قرر الفقهاء انه يترتب في حالة توافر شروط الضرورة أو الظروف الاستثنائية ما يأتي، مع مراعاة أن إعمالها يكون بقدر العذر أو الحاجة أو القدرة أي بقدر دفع الضرر:-

١ - إباحة الفعل المحرم عند الضرورة أو الحاجة.

٢ - إباحة ترك الواجب إذا كان في فعله مشتقة تلحق بالمكلف.

٣- إباحة العقود والتصرفات التي يحتاج الناس إليها مع مخالفتها للقواعد المقررة في نوعها أو الأدلة الشرعية التي تقتضي منعها وذلك كعقد السلم وعقد الاستصناع.

ثانياً:- السلطة التقديرية :-

توجد السلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية ويتسع مجال أعمالها حيث لا يوجد في المسألة حكم شرعي بالترك أو الفعل فالحكم التكليفي في الشريعة يتنوع باعتبار طلب الفعل أو الترك أو التخيير بينهما وعليه فأن أنواع الحكم التكليفي عند الجمهور خمسة أنواع هي:- (الإيجاب، الندب، التحريم، الكراهة، الإباحة) ومجال أعمال السلطة التقديرية الرئيسي هو المباح فلمصدر القرار حرية الاختيار أو التقدم دون التقيد بقواعد ملزمة. إلا أن السلطة التقديرية ليست مطلقة بل يجب على الإدارة أن تجعل نصب عينها تحقيق المصلحة العامة دائماً فلا تتصرف إلا بما يجلب المصلحة أو بدفع المفسدة. فنظر الإمام متقيد بالمصلحة، لا أن يفعل على حسب التشهي. إمتثالاً لقول الرسول(ص) ((من ولي من أمور أمتي شيئاً ولم يجتهد لهم ولم ينصح فالجنة عليه حرام))

ثالثاً:- أعمال السيادة

يقصد بأعمال السيادة طائفة من أعمال السلطة التنفيذية تتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء بجميع صورها أو مظاهرها ولا تخضع إلا للرقابة السياسية من جانب الهيئة البرلمانية فقط في الدول التي تعتنق هذا النوع من الرقابة. وإذا كان ذلك هو الحال في النظم الوضعية، فإن الشريعة الإسلامية ومن منطلق أن من أهم الأركان التي يقوم عليها النظام القانوني الإسلامي هو مبدأ خضوع الدولة للقانون حكماً ومحكومين وخضوع كافة الأعمال للرقابة بأنواعها (الشعبية، أو الإدارية، أو القضائية، أو السياسية) ولحرص الأوائل على تطبيق هذا المبدأ بدون استثناءات لذلك فإن نظرية أعمال السيادة ومن بينها قرارات الحرب وتلك المتعلقة بالأعمال الحربية أو شؤون القوات المسلحة والتي انتهى القضاء الفرنسي إلى استبعادها من رقابته لا تلق ذات الحماية في النظام القانوني الإسلامي من منطلق أن الجميع يخضعون للقانون حكماً ومحكومين، أفراداً وجماعات وسواء أكانت تصرفات فردية أم تصرفات إدارية. (٣١). ويدل الفقهاء على عدم أعمال نظرية أعمال السيادة في الشريعة الإسلامية بواقعة دخول القائد المسلم (قتيبة بن مسلم الباهلي) على رأس جيش المسلمين مدينة (سمرقند) بدون أن يعلن أهلها بالحرب واسكن المسلمين بها مخالفاً بذلك

الإجراءات التي يجب اتخاذها قبل القتال. فلما تظلم أهلها إلى الخليفة (عمر بن عبد العزيز) كتب هذا الأخير إلى واليه في الولاية المجاورة وأخبره أن يرفع قضيتهم إلى القاضي فإذا ثبت لديه ما ادعوا أمر بإخراج المسلمين من (سمرقند) ودفع الدية لأهلها فلما رفعت القضية للقاضي حكم بإخراج المسلمين من المدينة وأعاد الحال إلى ما كانت عليه.

المطلب الثاني

الإدارة الإسلامية وشرعية تصرفاتها

تخضع الإدارة في الإسلام إلى مبدأ الشرعية الإسلامية حيث يحترم الحكام والمحكومين في الدولة الإسلامية قواعد ونصوص الشريعة الإسلامية وإذا ما خرجت الإدارة بأعمالها وتصرفاتها عن مبدأ الشرعية تعرضت للمسائلة من قبل القضاء العادي أو الإداري. وبهذا فإن القضاء يمارس نوع من الرقابة على ما تقوم به الإدارة من تصرفات وإجراءات تجاه الأفراد والجماعات من جهة وتخضع الإدارة ونظام الحكم في الدولة للشريعة من جهة أخرى، ولهذا فإن السيادة أولاً وأخيراً تكون للشريعة الإسلامية التي جاء بها القرآن الكريم والسنة النبوية باعتبارهما المصدرين الأصليين لهذه الشريعة. إن مفهوم الإدارة في الإسلام له خصوصيته واستقلاله سواء في ضبط الأفراد والجماعات أو سواء في أشخاص الإدارة ومؤسساتها حيث يمثل الجميع لقواعد الشريعة الإسلامية من حاكم ومحكوم. وبذلك لا يجوز للإدارة أن تخرج عن أحكام الشريعة الإسلامية وسيادتها عند مباشرة أعمالها أو إجراءاتها فتعتدي على حقوق وحرريات الأفراد وتهدر أموالهم وإلا عدت تصرفاتها وأعمالها مخالفة لقواعد الشريعة وباطلة بحق الأفراد والجماعات. وهذا يعني أن خضوع الحاكم والمحكوم لمبادئ الشريعة الإسلامية هو الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الشرعية حيث تكون السيادة مطلقة لهذه الشريعة. ومن هذا المفهوم خضع الحاكم والمحكوم لقواعد الشريعة حيث لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، وإنما على الاثنين معاً. ولهذا فإن مؤسسات الحكم في الدولة الإسلامية تخضع جميعها لقواعد عامة ملزمة تقوم على التوازن بين سلطة الحكم في الإدارة وبين المحكوم من جانب آخر. وانطلاقاً من هذا التوازن الدقيق ومن هدف الشريعة في إقامة العدل والمساواة بين عموم الناس كافة يجب أن تكون تصرفات الإدارة وإجراءاتها سليمة وصحيحة وغير مخالفة لأحكام وقواعد الشريعة وإلا عدت باطلة وخارجة على الشرعية وعرضة للإلغاء باعتبارها قرارات وتصرفات ضارة ولا تستند على العدل والمساواة وتقع في دائرة التحريم مما يستوجب

رفعه من قبل الحكام ومن هم مكلفون بهذه المهمة من القضاة في الإسلام. وفي ضوء ذلك فإن مفهوم الشرعية بالنظام الإسلامي معناه لا بد من سيادة الشريعة في جميع المعاملات وخضوع الحكام والمحكومين لهذا المبدأ فالحاكم أو القاضي مقيد بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ولا يجوز له الخروج عليها لقوله تعالى ((يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً)). وعليه فالحاكم مأمور أن يحكم بالكتاب والسنة النبوية وأن يعمل بمبادئ الشريعة الإسلامية وعلى ولاية الأمور مراعاة هذه التعاليم مهما كانت منازلهم ودرجاتهم سواء كان حاكماً في منصب الخليفة أو كان في مرتبة أدنى من ذلك كأمير أو وزير أو قاضي.... الخ وغيرها من مناصب ودرجات السلطة الإدارية وبالتالي على مؤسسات الحكم كافة الامتثال لأحكام ومبادئ الشريعة عند قيامها بالأعمال والتصرفات في إدارة شؤون الدولة الإسلامية وأن الأمر يشمل ليس فقط الحكام ومن يعمل في إدارة الدولة وإنما ينسحب أيضاً على عموم الناس من محكومين بكل فئاتهم من فقهاء وعلماء ورعية فعليهم جميعاً العمل على ممارسة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وفق مبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية لقوله تعالى ((ولكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون)). عرف الإسلام عدة أنواع من الرقابة على الإدارة تتمثل في رقابة ولاية الأمور كل على أعماله وتصرفاتها الشخصية والإدارية حيث يحاسب نفسه في السلوك الخاص والعام انطلاقاً من الوازع الديني ومدى إيمان الحاكم بمبادئ وأحكام الإسلام. فيعمل في السر والعلن بدافع المسؤولية والأمانة في أداء مهامه وأعماله الإدارية والقضائية فالولاية هي أمانة الهداية والإيمان بالله وأمانة التسامح بين الحكام والمحكومين وأمانة حسن التعامل مع الناس وأمانة الحرمات والأموال .. وغيرها من الأمانات التي جاء بها الإسلام لقوله تعالى ((إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل....)). أما الشكل الآخر من أشكال الرقابة فيتمثل برقابة الأمة من المحكومين على اختلاف منازلهم من علماء وفقهاء وعموم الناس في ممارسة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. (٣٢)

المطلب الثالث

الرقابة على تصرفات الإدارة في الإسلام

انشئت ولاية المظالم (قضاء المظالم) الى جانب الولاية العامة في القضاء لدرء الظلم ورفعته عن الأفراد والجماعات من قبل السلطة الاداريه.

استقل قضاء المظالم بشكل منفصل عن القضاء العادي في عهد الحكم العباسي بعد أن كان القضاء العادي من العمومية والشمولية ومرد كل نزاع. وكان الخليفة ينظر سائر المنازعات والخصومات بحكم الولاية العامة ومنها النظر في المظالم لافرق في ان يكون الخصم من عامة الناس او من أشخاص الإدارة وامتدت المرحلة طيلة العهد الراشدي وبعض العهد الأموي. وتطور قضاء المظالم بوضوح في العهد العباسي وأصبحت معالمه وملامحه واضحة ذات استقلالية وخصوصية ليسير معاً والى جاب القضاء العادي. فأصبح في تلك المرحلة في الدولة الإسلامية قضاءً مزدوجاً هما القضاء العادي وقضاء المظالم. فكان الأول ينظر في سائر المنازعات والثاني يختص في المنازعات المتعلقة مابين حكام ورجال الدولة الإسلامية وبين الأفراد والجماعات عندما يعتدي رجال السلطة على حقوق وحريات وأموال الأفراد. ولهذا فقد انشأ ديوان خاص يسمى (ديوان المظالم) في عهد الخليفة العباسي الثالث المهدي (١٥٨- ١٦٩) وكان قاضي المظالم يقضي في هذا الديوان وبيّاشر نظر المظالم في وقت محدد من أيام الاسبوع وفي مكان مخصص لهذا الغرض وفق شكوى او دعوى مكتوبة من قبل المدعي لضمان وصولها الى القاضي دون محاباة او ضياع.

فأصبحت ولاية المظالم ولاية متميزة ومستقلة عن القضاء العادي يعين لها قاض مختص ينظر في المظالم وعهد بهذا النوع من القضاء إلى أشخاص ممن يتمتعون بصفات وخصائص متميزة. وبذلك يكون الإسلام قد أخذ بالقضاء الإداري بشكل منفصل عن القضاء العادي بعد ان كان القضاء الإسلامي مرتبطاً بالولاية العامة للخليفة فكان الخليفة هو القاضي ومرد كل نزاع ابتداءً من زمن الرسول (ص) وفي وايضاً في عهد الخليفة أبي بكر الصديق الذي فصل بين مهمتي الوالي في ولايته والقاضي في قضائه. ومضى الخلفاء الراشدون ينظرون المظالم بالاستناد إلى ولاية الخلافة باعتبار القضاء من ضمن وظيفة الخليفة. وقد حفل التاريخ الإسلامي بوقائع متلاحقة تبرز ولاية المظالم متمثلة بأقوال وأفعال الرسول (ص) وقضاءه في المظالم لعدة وقائع في المرتبة الأولى وسار على نهجه الخلفاء الراشدون. فهذا أبو بكر الصديق (رض) يعان في خطبته بعد البيعة عن أخذ الحق من المعتدي وإنصاف الضعيف وعمر (رض) قد حاسب نفسه وآل بيته وعماله بضرورة دفع الظلم

عن الفرد والجماعة وكذلك الخليفة عثمان (رض) والخليفة الرابع الإمام علي ابن أبي طالب (عليه السلام) برفع الظلم والتمسك بأحكام الشرعية وكان ينظر في المظالم استناداً إلى ولايته العامة والتي من ضمنها القضاء بين الناس وقد خصص جزء من وقت الحاكم للنظر في المظالم. وشهد قضاء المظالم تطوراً في العهد الأموي وخاصة في زمن الخليفة عمر بن عبد العزيز فوضعت أسس كثيرة لقضاء المظالم وبدأت تتوسع ملامحه الرئيسية والعمل به وفق ضوابط الشريعة الإسلامية وبدأ هذا القضاء يمارس أعمال ورقابة للتصدي لتصرفات بعض الحكام التي فيها خروج على الشرعية الإسلامية وتجاوزات على الحريات والحقوق العامة والخاصة. فقد قضى الخليفة عمر بن عبد العزيز بإلغاء التصرفات والإجراءات اللاشرعية وعوض عن الضرر للأفراد المتضررين من الأعمال الإدارية السابقة والمخالفة لمبدأ الشرعية. ولقد رسمت الملامح الشرعية لقضاء المظالم في العهد العباسي ممثلاً هذا النموذج من القضاء في إنشاء قبة المظالم في مدينة السلام في بغداد فكثرة المنازعات الناشئة بين الأفراد والجماعات من جهة أخرى كلها دفعت إلى ضرورة إيجاد قضاء إداري متخصص للنظر في المظالم ويهدف إلى رفع الظلم عما هو مخالف للشرعية. كانت تمارس الرقابة القضائية على أعمال وتصرفات الإدارة ومؤسساتها من خلال شرعيتها وصونها لمبادئ وأحكام الشرعية الإسلامية. وبهذا فإن مضمون الرقابة القضائية في الإسلام يقوم على مفهوم الشرعية الإسلامية وخضوع الحكام والمحكومين لأحكام الشريعة المتمثلة بالكتاب والسنة وغيرها من مصادر الأحكام الشرعية المعتمدة بما فيها إجماع الصحابة واجتهاداتهم الجماعية. فيبشر القضاء الإداري مهامه عندما تقوم الإدارة بأعمال وتصرفات فيها تعدي على حقوق وحريات الأفراد أو عندما يلحق ضرر بهم من قبل الإدارة فعلى الإدارة أن تلتزم بالشرعية وفق قواعد لشرعية ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق وإنما الطاعة في المعروف. (٣٣)

المطلب الرابع

الخصوصية القانونية للقضاء الإداري الإسلامي

يتمتع القضاء الإداري الإسلامي بخصوصية في مراقبة أعمال وإجراءات الإدارة الإسلامية ورفع الظلم عن حريات وحقوق الأفراد والجماعات. فكان القضاء الإداري الإسلامي سداً قوياً في وجه كل خروج على الشرعية سواء تمثل ذلك في إساءة استعمال السلطة واستغلالها أو سواء في الباعث أو الدافع لأي تصرف إداري مخالف لمبدأ الشرعية وللقواعد والمبادئ الإسلامية

وأهدافها أو سواء كان فيما تهدف إليه الإدارة من تصرفات وأعمال مخالفة للشرعية أو غيرها من الأسباب التي تدفع الإدارة إلى القيام ببعض الإجراءات التي فيها خروج على قواعد الشريعة وظلم الأفراد.

أن القضاء في الإسلام قائم على أصول ثابتة من وحي السماء وواجبة الأتباع وأحكامه ملزمة مادام هدفه إقامة العدالة بين الناس جميعاً حيث أن العدالة أمر مقدس لأنها من أمر الله وان القيام بها وتنفيذ أحكامها من طاعة الله. فالقضاء عموماً جزء لا يتجزأ من رسالة الحكم وسياسته ولا تتم رسالة التشريع إلا برسالة القضاء فرئيس الدولة الإسلامية هو القائم على شؤون الدولة بما فيها القضاء فيقوم فيه ويفوض غيره عنه ويراقبهم في تصرفاتهم الإدارية.

لقد وصل قضاء المظالم إلى درجة عالية من التنظيم القضائي وكان له استقلالية وخصوصية متميزة من حيث صفات واختصاصات القاضي كما لاحظنا سابقاً كما أن للقضاء إجراءات تتمتع بهيئة ودقة تمكنه من استقصاء الحق وإثباته في موضعه كما كان يتمتع قضاء المظالم باتخاذ عدة تحقيقات ومسائل إجرائية أخرى تهدف إلى تثبيت العدل والمساواة بين المتخاصمين إضافة إلى أن قرارات القاضي الإداري وأحكامه كانت تتمتع بنوع من الحصانة إضافة إلى حصانة القاضي. ونفس الشيء يقال عن تنفيذ الأحكام حيث كانت من القوة والمكانة وطبيعتها الحاسمة والنهائية دون أي تعقيب أو مجادلة من أي جهة أخرى. كما أرسى قضاء المظالم عدة مبادئ وأحكام لها كل الاحترام والهيبة لكونها تعتمد وتستمد قوتها من القرآن والسنة الثابتة باعتبارها تعبيراً عن إرادة الله سبحانه وتعالى. إن ما وصل إليه قضاء المظالم من التنسيق والتكامل والدقة يفوق النسق الذي نظم عليه القضاء الإداري المعاصر في بعض الدول التي تأخذ به. وخاصة في مجال العدل والمساواة وحماية حقوق وحريات وأموال الأفراد والجماعات من جهة وفي رعاية مرافق الدولة ومؤسساتها وغاياتها من جهة أخرى. فقد تضافرت جهود السلطات الإسلامية في إنجاز متطلبات الأمة وإعطاء خصوصية في فصل السلطة القضائية عن غيرها من السلطات في النظام الإسلامي. وبرز القضاء الإسلامي استقلالية منفردة آنذاك في (القضاء الإداري) فقد شمل (قضاء المظالم) كافة اختصاصات القضاء الإداري المعاصر بل عرف مجالات أخرى أوسع مما نلاحظه من تطبيقات للقضاء الإداري في بعض الدول التي تأخذ به حالياً. ويمكن أن نشير إلى بعض الملامح العامة التي تبرز خصوصية النظام القضائي الإسلامي آنذاك:-

- لقد عرف قضاء المظالم قضاء الإلغاء والمتمثل بإلغاء وإبطال القرارات والتصرفات الاداريه المخالفة لمبدأ الشرعية والتي فيها تجاوزات وتعديات على حقوق وحرريات الأفراد وأموالهم حيث تصدى لها قضاء المظالم وألغاه.
- وأخذ أيضاً بقضاء التعويض المعمول به حالياً والذي يقوم على مبدأ تعويض المتضرر من تصرفات الإدارة وإجرائاتها بحق الأفراد وإصابتهم بأضرار مادية ومعنوية .
- كما أخذ قضاء المظالم بقضاء العقاب ومعاقبة الموظف والمستخدم الذي يرتكب خطأ أو يجتهد في أمر مخالف للشرعية ولو بنيه حسنة حيث يخضع لدائرة قضاء المظالم كما أن تظلمات الموظفين و المستخدمين في الإدارة يخضعون إلى عقوبات تأديبية كالتنبيه والزرر والتصويب والعزل من الخدمة الى غير ذلك من العقوبات التأديبية عندما يرتكبون جرائم وظيفية وهذا ما هو معمول به حالياً في الدول ذات القضاء الإداري المزدوج.
- وعرف قضاء المظالم الاختصاص بقضاء التفسير كأول مدرسة علمية منهجية ذكرها كتاب (الموردي في الأحكام السلطانية) .
- كما أخذ قضاء المظالم بالنظر في موضوع الضرائب والجباية وذلك حسب الأصول الشرعية في كيفية استيفاء الجباية وفرضها ومقدارها وكل ما يتعلق بالقواعد المالية المستخلصة من الشرعية وقد ألغى قضاء المظالم القرارات الإدارية المالية الخارجة على الشرعية فقد كان القاضي يباشر وينظر ويراقب التظلمات الفردية والجماعية عندما يكون هنالك جور وتعدي والخروج على كل ما هو متعلق بموارد المال العام وجبايتها أو ما يتعلق بصرفها وإنفاقها وبهذا يكون القضاء الإداري الإسلامي قد أخذ في موضوع القضاء الضريبي كما هو معمول به في الدول ذات القضاء الإداري المزدوج.
- كما تميز قضاء المظالم بأخذه الإجراءات القضائية المتعارف عليها اليوم حيث استند في أحكامه إلى البيانات والإثباتات وغيرها من الإجراءات والأدلة الكتابية والشفوية عند النظر في أي خصومة أو نزاع والتي كان

يقوم بها قاضي المظالم قبل إصدار الحكم وذلك من باب الحيطة والحذر في إصدار الأحكام .

- وأخذ أيضا قضاء المظالم بضرورة استشارة العلماء والفقهاء والحكام والكتاب وغيرهم في مجلس المظالم من الأعضاء الخمسة وكأنه أشبه ما يكون بقضاء هيئة مؤلفة من أكثر من قاضي أو شخص بقصد الوصول إلى قرار حكم عادل لا يخالف الشريعة الإسلامية .
- ومن الخصوصيات التي جاء بها قضاء المظالم والتي يفتقدها القضاء الإداري المعاصر في موضوع التحصين فليس هناك حصانة أو استثناء من الخضوع للقضاء لأي شخص أو لأي تصرف أو قرار إداري فلا تحصين لحاكم أو محكوم، فالجميع يخضع لأوامر وسيادة الشريعة الإسلامية .
- ولا تحصين أيضاً لأي وثيقة أو سجل أو غير ذلك من البيانات المتعلقة بالخصومة فالجميع يخضعون لسيادة الشريعة في الوقت الذي يلاحظ أن القضاء الإداري المعاصر في بعض الدول يقر مبدأ التحصين لأعمال الحكومة أو أعمال السيادة والمستثناة من الخضوع للقضاء الإداري .
- لذا نجد وبهذا الإيجاز المختصر عن قضاء المظالم في النظام الإسلامي أنه قضاء إداري متكامل استغرق كافة الاختصاصات القضاء الإداري مستندا بذلك إلى قواعد الشريعة الإسلامية وطبيعتها وجاء متماشيا مع تطور الحياة في المجتمع الإسلامي.(٣٤)

المبحث الثالث

القضاء الإداري في العراق

أستبشر رجال القانون العراقي، وعلى الأخص منهم، المعنيون بدراسات القانون العراقي الإداري والرقابة القضائية على أعمال الإدارة، بصدور القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩، قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الشورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩. والذي انشأ لأول مرة في العراق قضاء إداريا مستقلا إلى جانب القضاء العادي ينبثق عن مجلس شورى الدولة ويتمثل كخطوة أولى بمجلس الانضباط العام ومحكمة القضاء الإداري. لذا سنقوم في هذا المبحث بدراسة مجلس شورى الدولة العراقي وهيئتيه المذكورتين كلا باختصاصاته الاستشارية والقانونية. (٣٥)

المطلب الأول

مجلس شورى الدولة

إن مجلس شورى الدولة العراقي الذي انشأ بالقانون رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ ليحل محل ديوان التدوين القانوني الذي كان قد أنشئ بالقانون رقم (٤٩) لسنة ١٩٣٣. كان كسلفه يمارس دورا استشاريا في مجال التقنين وتقديم الرأي والمشورة القانونية. ولكنه أصبح بهذا التعديل بالقانون (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ يمارس مهمة القضاء الإداري إلى جانب دوره الاستشاري ذاك وبذلك أصبح يماثل بصورة عامة مع اختلاف التفاصيل، نظرائه مجالس الدولة أو مجالس شورى الدولة في الدول الأخرى وبذلك أصبح التنظيم القضائي في العراق قائما على فكرة القضاء المزدوج بعد أن كان قائما على فكرة القضاء الموحد، وللمرة الأولى في العراق شهدت ولادة ناجحة لقضاء إداري مستقل بعد سلسلة الاجهضات لمشاريع إنشاء مثل هذا القضاء. ان التعديل الذي أضاف إلى اختصاصات مجلس شورى الدولة اختصاص القضاء الإداري. تتناول بالتعديل أيضا تكوين المجلس وآلية قياسه باختصاصاته الاستشارية بالإضافة إلى ما أشار له باستقلاله لضمان قيامه باختصاصاته المهمة بشكل موضوعي مجرد من عوامل التدخل في شؤونه والتأثير على اتجاهاته ليكون مؤهلا بالتالي للقيام بكل اختصاصاته على نحو من التكامل والتنسيق.

١- مجلس الانضباط العام :- نص قانون التعديل التالي لقانون مجلس شورى الدولة على أن مجلس الانضباط العام يتكون من رئيس مجلس شورى الدول رئيساً له، وأعضاء مجلس الشورى أعضاء طبيعيين فيه . وينعقد مجلس

الانضباط العام لممارسة اختصاصاته برئاسة الرئيس وعضوين من أعضاء مجلس شوري الدولة . وللرئيس أن ينيب عنه احد نوابه أو أحد أعضاء المجلس . ويجوز انتداب القضاة من الصنف الأول أو الثاني لعضوية مجلس الانضباط العام من غير المنتدبين لعضوية مجلس شوري الدولة . (٣٦). والأصل التاريخي لمجلس الانضباط العام يعود إلى ما نص عليه قانون انضباط موظفي الدولة رقم (٤١) لسنة ١٩٢٩ من أن تأليف المجلس يكون بقرار من مجلس الوزراء يشكل من رئيس وأربعة أعضاء ينتخبون من رؤساء الدوائر للنظر في الاعتراضات المرفوعة ضد القرارات الصادرة من اللجان الانضباطية . وعند صدور قانون ديوان التدوين القانوني رقم (٤٩) لسنة ١٩٣٣ نص على أن يتولى ديوان التدوين القانوني وظيفة مجلس الانضباط العام المنصوص عليها في قانون انضباط موظفي الدولة رقم (٤١) لسنة ١٩٢٩ . واستمر هذا الحال حتى بعد صدور قانون مجلس شوري الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ ليحل محل ديوان التدوين القانوني . حيث نصت المادة (٣٢) منه (على إلغاء قانون التدوين القانوني رقم (٤٩) لسنة ١٩٣٣ عدا المادة السادسة منه) و المادة السادسة هي المتعلقة بتشكيل مجلس الانضباط العام . وهذا يعني أن القانون أبقى على نفس التشكيل السابق لمجلس الانضباط العام . لكن صدور قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٧١٧) في ١٩٨١/١٢/٢١ . جعل من مجلس الانضباط العام هيئة مستقلة تماماً عن مجلس شوري الدولة . فقد نص هذا القرار على تكوين المجلس من رئيس وعضوين يسميهم وزير العدل . على أن يكون الرئيس من بين قضاة محكمة التمييز أو من المستشارين في مجلس شوري الدولة أو من قضاة الصنف الأول . وأن يكون العضو أن من قضاة الصنف الثاني في الأقل والمشرفين العدليين والمستشارين المساعدين والمدراء العامين في وزارة العدل . ويجوز تسمية رئيس وعضو احتياط أو أكثر ليحل محل من يغيب منهم . كما نص القرار على حذف الاشاره ألوارد في قانون انضباط موظفي الدولة والخاصة بتأليف مجلس الانضباط وفق قانون ديوان التدوين القانوني رقم (٤٩) لسنة ١٩٣٣ . كما نص على حذف عبارة (عدا المادة السادسة) الواردة في المادة (٣٢) من قانون مجلس شوري الدولة والتي أوردنا نصه آنفاً . وبصدور قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة عاد مجلس الانضباط العام الى مجلس شوري الدولة وليصبح هيئه من هيئاته وليمارس جانباً من اختصاص مجلس الشوري في مجال القضاء الإداري . أما اختصاصاته التي يمارسها فهي المنصوص عليها في قانون انضباط موظفي

الدولة وقانون الخدمة المدنية . (٣٧) وتكون قراراته بشأن الدعاوى المرفوعة أمامه المتعلقة بحقوق الخدمة قابله للطعن فيها تمييزاً أمام الهيئة العامة.

٢- محكمة القضاء الإداري :- محكمة القضاء الإداري الاستحداث الهام الذي أحدثه قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة في المجلس . إذ نص في المادة (٧) الفقرة (٢) على أن تشكل محكمة تسمى (محكمة القضاء الإداري) في مجلس شوري الدولة . تتألف برئاسة قاضي من الصنف الأول أو مستشار في مجلس الشوري ، وعضوين من القضاة لا يقل صنفهما من الصنف الثاني من صنف القضاة أو من المستشارين المساعدين في مجلس شوري الدولة . ويجوز انتداب القضاة من الصنف الأول أو الثاني إلى محكمة القضاء الإداري من غير المنتدبين لعضوية مجلس شوري الدولة . (٣٨). وتمارس المحكمة مهمة القضاء الإداري إلغاء وتعويضاً بالنسبة للقرارات والأوامر الإدارية التي تدخل في اختصاصاتها والتي يطعن فيها أمامها إذا كانت مخالفة للقانون . وقد اشترط القانون قبل تقديم الطعن إلى المحكمة أن يتظلم صاحب الطعن لدى الجهة الإدارية المختصة . ويكون قرار المحكمة في الطعن قابلاً للطعن به تمييزاً لدى الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة . إن محكمة القضاء الإداري أصبحت الهيئة القضائية الثانية إلى جانب مجلس الانضباط العام واللتان يمارس مجلس شوري الدولة من خلالهما اختصاصاته في مجال القضاء الإداري .

٣- هيئة النزاع :- عندما تنشئ الدولة قضاءً إدارياً مستقلاً عن القضاء العادي يصبح من الضروري أن تنشئ إلى جانبها هيئة قضائية عليا ، تختص بحسم إشكالات النزاع المحتملة بين الجهتين القضائيتين جهة القضاء العادي وجهة القضاء الإداري لذلك فقد نص قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة الذي أمرت القضاء الإداري على إحداث هذه الهيئة القضائية فنص على أن إذا تنازع الاختصاص بين محكمة القضاء الإداري ومحكمة مدنية فتعين الجهة المختصة هيئة قوامها ستة أعضاء يختارهم رئيس محكمه التمييز من بين أعضاء المحكمة وثلاثة آخرون يختارهم رئيس مجلس شوري الدولة من بين أعضاء المجلس وتجتمع الهيئة برئاسة رئيس محكمة التمييز وقرارها الصادر بالاتفاق أو الأكثرية يعتبر (باتاً وملزماً) .

المطلب الثاني

اختصاصات مجلس شوري الدولة الاستشارية

لقد مارس مجلس شوري الدولة منذ إنشائه بالقانون رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ دوره كمستشار للدولة في مجال التقييم أو أبداء الرأي أو الاستشارة القانونية . . وهو بذلك يشابه بصورة عامه المجالس المماثلة في الدول الأخرى كمجلس

الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري... الخ. وأن كان هنالك من خلاف بينهما فهو في التفاصيل الفنية، وسنبين دور المجلس (الاستشاري) في ما يلي:-
(١) دور المجلس في مجال التقنين :- من الاهميه أن أمر إعداد مشروعات القوانين والانظمه او مراجعة مشروعات القوانين والانظمه المعدة من وزارات الدولة وهيئاتها المختلفة يناط بجهة تتكون من الخبرة العلمية والفنية . بحيث يكون لها وهي تعمل في هذا المجال باستقلال وموضوعية تحقيق التنسيق والترابط ووحدية الطابعة القانونية بين مختلف القوانين والأنظمة . ذلك لأن أي واحد منها أن ما هو إلا لبنة في بناء الصرح القانوني للدولة وبالتالي فلا بد أن تكون هذه اللبنة موضوعة في مكانها الصحيح بانسجام وتنسيق وتكامل في هذا البناء الكبير. وقد عبرت المادة (الخامسة) المعدلة من قانون المجلس رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ عن هذا الدور لمجلس شوري الدولة على النحو الآتي :-

يمارس المجلس في مجال التقنين:-

أولاً:- إعداد وصياغة مشروعات التشريعات المتعلقة بالوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة بطلب من الوزير المختص أو الرئيس الأعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة بعد أن يرفق بها ما يتضمن أسس التشريع المطلوب مع جميع أولياته وآراء الوزارات أو الجهات ذات العلاقة .

ثانياً:- تدقيق جميع مشروعات التشريعات المعدة من الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة من حيث الشكل والموضوع . (٣٩)

ثالثاً:- الإسهام في ضمان وحدة التشريع وتوحيد أسس الصياغة التشريعية وتوحيد المصطلحات والتعابير القانونية .

رابعاً:- تقدم هيئة الرئاسة في المجلس كل ستة أشهر وكلما رأت ذلك الى ديوان الرئاسة تقريراً منظماً بما أظهرته الأحكام من نقص في التشريع القائم أو عيب في بعض المواد التي ذكرت فيها و (حالات إساءة استعمال السلطة من أي جهة من جهات الإدارة أو مجاوزتها لسلطاتها).

(٢) دور المجلس في مجال الرأي والمشورة القانونية:-

نصت المادة (السادسة) المعدلة من القانون على الاختصاصات التي يمارسها المجلس في هذا المجال على النحو الآتي :-

أولاً :- إبداء المشورة القانونية في المسائل التي تعرضها عليه الجهات العليا.

ثانياً:- إبداء المشورة القانونية في الاتفاقات والمعاهدات الدولية قبل عقدها أو الانضمام إليها .

ثالثاً :- إبداء الرأي في المسائل المختلف فيها بين الوزارات أو بين الوزارات وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة إذا احتكم إطراف القضية الى المجلس ويكون رأي المجلس ملزماً لها.

رابعاً :- إبداء الرأي في المسائل القانونية إذا حصل تردد لدى إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة على أن يتمثل رأي الوزارة برأي الدائرة القانونية فيها مع تحديد النقاط المطلوب إبداء الرأي بشأنها والأسباب التي دعت الى عرضها على المجلس ويكون رأيه ملزماً للوزارة أو الجهة طالبة الرأي.

خامساً :- توضيح الأحكام القانونية عند الاستيضاح عنها من قبل إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة .

سادساً :- لا يجوز لغير الوزير المختص أو الرئيس الأعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة عرض القضايا على المجلس .

ونصت المادة (العاشرة) على (أن لوزير العدل تكليف عضو المجلس تمثيل الوزارة أو المجلس في اللجان المشكلة خارج الوزارة) كما يبين القانون في مواد أخرى ميكانيكيه أوآلية دراسة مجلس شورى الدولة من خلال هيئاته للقضايا التي طلب رأي المجلس او مشورته القانونية بشأنها. وتتلخص اهم خطوات هذه الآلية في أن رئيس المجلس يحيل القضية الى إحدى الهيئات المتخصصة او الى هيئه خاصة تؤلف بموافقة وزير العدل لدراستها وإبداء الرأي فيها . وعندما تفرغ من مهمتها يحال ما تنجزه الى رئيس المجلس وعند موافقته عليه يصبح نهائياً أما إذا كان للرئيس رأي يخالف رأي الهيئة فيعيده إليها وعندئذ تعقد اجتماعاً برئاسة رئيس المجلس فإذا صدر قرارها بالاتفاق يصبح نهائياً . وإلا فللرئيس إحالة القضية على الهيئة العامة أو الموسعة المؤلفة من الهيئة المتخصصة ذات العلاقة وهيئة متخصصة أخرى يعينها الرئيس . وتنعقد الهيئات برئاسة رئيس المجلس.يصدر القرار النهائي بالاتفاق أو بالأكثرية. وإذا تساوت الأصوات يرجح الجانب الذي صوت معه الرئيس و هكذا.... يتبين المجلس الرأي النهائي بشأن القضية التي طلب رأيه القانوني بشأنها . غير أن رئيس المجلس قد لا يحيل القضية الى الهيئة الموسعة وإنما يحيلها الى الهيئة العامة في الأحوال الاتيه :-

أ- إذا أقرت إحدى الهيئات مبدأ جديد .

ب- إذا كان للمجلس رأي سابق يخالف الرأي الجديد.

ج- إذا أوصت الهيئة المكلفة بدراسة القضية بذلك.

د- إذا رأى رئيس المجلس أن القضية ذات أهمية أو تشكل مبدأ مهم وتتخذ الهيئة العامة قراراتها بالأغلبية عدد الأعضاء الحاضرين وإذا تساوت الأصوات

يرجح الجانب الذي في الرئيس . ويكون قرار الهيئة العامة قابلاً للاعتراض على من قبل الوزير على الحق الذي بيناه فيما يتعلق باختصاص المجلس في مجال التقنيين . وبإمعان النظر فيما جاء به قانون مجلس شورى الدولة المعدل نستطيع أن نلاحظ مدى التطور التشريعي الذي تحقق في مجال إبداء الرأي والشورى القانونية الذي يمارسه المجلس بالمقارنة بما كان ينص عليه قانون ديوان التدوين القانوني في هذا الشأن . فلم يكن قانون الديوان ينظم سوى الاستشارة الاختيارية سواء فيما يتعلق بأقدام الجهات الإدارية على طلب الاستشارة أو فيما يتعلق بتبين الرأي الاستشاري من قبل الجهة المستشارة . أما القانون الحالي فهو ينظم الاستشارة الاختيارية على الحق الذي جاء به قانون الديوان . بالإضافة إلى أنه ينظم بالنسبة لموضوعات معينة نوعاً آخر من الاستشارة هي الاستشارة الاختيارية من حيث الإقدام عليها مع الإلزام بالرأي الاستشاري من قبل الجهة المستشارة . إلى جانب تنظيمه بالنسبة لموضوعات أخرى للاستشارة الإلزامية من حيث الإقدام عليها مع حرية الجهة المستشارة في الالتزام بالرأي الاستشاري من عدمه . هذا إلا أن التطور شمل أيضاً إجراءات إعداد الرأي الاستشاري وصلاحيات وزير العدل بالنسبة إليه . فقد كان قانون الديوان ينص على أن تعرض الآراء والإيضاحات والبيانات القانونية على وزير العدل وعند موافقته عليها يصبح العمل في دوائر الحكومة صحيحاً . أما القانون الحالي فلا يلزم بأخذ موافقة وزير العدل على ما يعده المجلس من آراء واستشارات وإنما له أن يعترض خلال فترة محدودة على قرارات الهيئة العامة فقط الحق الذي بيناه .

المطلب الثالث

اختصاصات المجلس القضائية

يمارس مجلس شورى الدولة اختصاصاته القضائية باعتباره قضاءً إدارياً من خلال هئتين قضائيتين :- مجلس الانضباط العام ومحكمة القضاء الإداري التي سيبين بشكل مختصر الاختصاصات القضائية لكل منهما :-
أولاً:- الاختصاصات القضائية لمجلس الانضباط العام :-
 نصت المادة السابعة من قانون مجلس شورى الدولة المعدلة بقانون التعديل الثاني على أن مجلس شورى الدولة يمارس في مجال القضاء الإداري الاختصاصات التالية ذكرها...

((أولاً :- وظائف مجلس الانضباط العام ... الخ)) ولم يتطرق القانون بعد ذلك إلى بيان تفاصيل هذه الوظائف ذلك لأن مجلس الانضباط العام ليس هيئته مستحدثة بقانون المجلس أو قانون التعديل الثاني وإنما هو مجلس قديم اطلعنا

على تطوره التاريخي من حيث تنظيمه وتبعيته إلى أن أصبح بقانون التعديل الثاني جزءاً من مجلس الشورى أو هيئته من هيئاته . لذلك فإن وظائفه أو اختصاصاته محدده بقوانين سابقه . وهي على الأخص قانون انضباط موظفي الدولة رقم (٦٩) لسنة ١٩٣٦ وقانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته وعلى ذلك يمكن التمييز بشأن اختصاصاته بين مجموعتين :- (٤٠)

الأولى :- اختصاصاته في مجال انضباط موظفي الدولة .

الثانية :- اختصاصاته في مجال النظم في دعاوي الموظفين الخاصة بحقوق الخدمة :- حيث ينص قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ المعدل في المادة (٥٩) منه على عدم سماع المحاكم الدعاوى التي يقيمها على الحكومة الموظف أو المستخدم الذي يدعى بحقوق نشأت من قانون الخدمة المدنية أو بموجب الخدمة المدنية السابق رقم (٥٥) لسنة ١٩٥٦ أو أي نظام صدر بموجبها ، بل يكون البت في مثل هذه القضايا وما يتفرع عنها في مجلس الانضباط العام . ولا يسمع الدعوى التي تقام بعد ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ الموظف أو المستخدم بالأمر المعارض عليه . إذا كان داخل العراق وستين يوماً خارجه .

ثانياً :- الاختصاصات القضائية لمحكمة القضاء الإداري :- نصت المادة السابعة من قانون مجلس شورى الدولة المعدل بقانون التعديل الثاني على تكوين محكمة القضاء الإداري واختصاصاتها وشروط قبولها الدعوى أمامها وأسباب الطعن ومدى ولايتها بالنظر في هذا الطعن وبناء على ذلك يحدد اختصاصها على النحو الآتي :-

((تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي بعد نفاذ هذا القانون التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناء على طعن يوجه من قبل المعني بالقرار..)) ولا تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما يلي :-

((أ- أعمال السيادة وتعتبر من أعمال السيادة المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية)).

((ب - القرارات الإدارية التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية)).

((ج - القرارات الإدارية التي رسم القانون طريقاً للتظلم منها أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها)). (٤١)

الخاتمة

بعد دراسة مواضيع هذا البحث وجدت أن أهم أسباب تأخر أخذ نظام القضاء العراقي بمبدأ القضاء المزدوج وتأسيس مجلس دولة عراقي- أسوة بالدول العربية الأخرى مثل مصر (التي أنشئ مجلس الدولة فيها عام ١٩٤٦)- هو النظرية الانكلوسكسونية المستولية على أفكار الحكام والمحكومين بشأن مبدأ القضاء الموحد وأنه يجب أن يخضع كل نزاع إداري وغير إداري لولاية جهة قضائية واحدة هي (القضاء العادي). إضافة إلى وجود عامل تاريخي يتمثل فيما ورثناه وراثته اجتماعية من عهود الاستبداد لما كنا خاضعين لسلطان الدولة العثمانية.

فمن ناحية المحكومين:- فقد إعتدنا وألفنا النظر إلى الدولة والحكومة على أنها كالغول العظيم فنظرنا إليها نظرة تفخيم وتعظيم ورهبة رهيبة كحكومة بوليسية فقط. تزر وتزجر وتأمّر وتنتهي وتسجن وتعدم دون رقيب كأن أعمالها كلها أو معظمها (سيادة عليا) مستمدة من نظرية الحق الإلهي ولا اعتراض عليها.

ومن وجهة نظر الحكام:- فقد كان حكام الحكومات المتعاقبة في العراق يخشون من فتح باب التظلمات والالتماسات أمام المحكومين خوفاً على سلطانهم المطلق وسلطاتهم السيادية فلم يعبئوا بجهة القضاء الإداري، ولربما كانت صلاحيات مجلس الدولة المقيدة لتصرفاتهم الكيفية الفردية من أسباب تأجيل تشريعه.

وكانت سنة التطور والنشوء تقضي بأن يتدرج ويتطور نظام التدوين القانوني في العراق خلال تلك الفترة الطويلة إلى مجلس دولة (كما حدث ذلك في مصر). لكن ذلك لم يحدث، فقد وقف (نظام التدوين القانوني) عند حد البداية... وذلك بسبب تلك السياسة المعتمدة آنذاك التي لم تفسح المجال لنشوء وخلق شخصية قانونية مستقلة تتمتع بسلطان قضائي مستقل تأخذ على الحكومة أخطاءها ومجاوزاتها حدود القانون وإساءة استعماله على غرار مجلس الدولة في بلاد النظام القضائي المزدوج كفرنسا ومصر. على أن القضاء (العادي) كان يقوم بواجبه بشأن الحكم - بمنع المعارضة- الذي يقترب من قضاء الإلغاء، وكذلك الحكم- بالتعويض عن الضرر- الموجودان في القضاء الإداري عموماً.

وفيما سبق كان (ديوان التدوين القانوني) نفسه من أسباب تأخير إنشاء مجلس الدولة. فالمدونون القانونيون وأعضاء مجلس الانضباط العام قد ألفوا طريقتهم التقليدية في الاستشارة والتقنين والمحاكمة منذ أمد بعيد. وفي نفس الوقت كانوا يخافون من انهيار مراكزهم ورتبتهم عند تشكيل مجلس الدولة. وآية ذلك إنهم كلما وضعوا لائحة لقانون مجلس الدولة ضمنوها مادة تنص على احتفاظهم بمناصبهم ومرتباتهم إلى أن يعينوا في مجلس الدولة المقترح.

ولربما هناك أسباب أخرى مثل:-

(١) عدم معرفة الحكام بأمور القضاء الإداري لطول اشتغالهم في ميدان القضاء المدني حتى أن نظرة محكمة التمييز للأمور الإدارية هي نظرة قضائية عادة .

(٢) السبب الآخر هو أن محكمة تمييز العراق بصفتها هي المحكمة العليا الوحيدة سابقا(قبل صدور دستور عام ٢٠٠٥) في العراق ذي النظام القضائي الموحد تمارس رقابتها على جميع المحاكم والهيئات الإدارية ذات الاختصاص القضائي وتغلب القضاء المدني على القضاء الإداري.

(٣) ثم إنه عند تأسيس(مجلس الخدمة الاتحادي في الدستور النافذ) الذي منحه القانون بعض الصلاحيات في إصدار القرارات الإدارية القطعية النهائية، سوف يتشارك وقضاء مجلس الانضباط العام في إصدار مثل هذه القرارات. وسوف يثار النزاع والخصام بين المجلسين. وفي الحقيقة انه لا يمكننا أن ننعت قضاء مجلس الانضباط العام بالقضاء بمعنى الكلمة – لأنه جهة إدارية ملحقة بمجلس شورى الدولة (كلجنة إدارية ذات اختصاص قضائي بنص قانوني).

إن مجلس الشورى ولو أنه موروث من العهد العثماني(شوراي دولت). إلا أن فكرة إنشاء مجلس دولة وقضاء إداري بالمعنى الحديث ظهرت بمجيء أول بعثة قانونية فقهية من الأساتذة المصريين تحت إشراف الأستاذ المرحوم الدكتور السنهوري لوضع مشروع القانون المدني العراقي وللتدريس في كلية حقوق بغداد سنة ١٩٣٦، ثم في السنوات المتتالية وبعد إنشاء مجلس الدولة المصري سنة ١٩٤٦، أخذ الأساتذة يحاضرون في مواضيع القضاء الإداري ومسؤولية الدولة. وقد أعدت مسودة لائحة قانون مجلس الدولة سنة ١٩٤٧ من قبل أستاذ مصري في العراق، ثم توالى اللوائح وتعددت المحاولات في ميدان القضاء الإداري ووضعت اللوائح دون تنفيذ ولا تطبيق إلا أن توجت هذه المحاولات بقانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم(١٠٦) لسنة ١٩٨٩.

ونستنتج من خلال ما تقدم ما يلي :-

(١) عند إنشاء القضاء الإداري في أي دولة من الدول هناك قضاء اسبق منه كان يختص بالنظر في المنازعات مهما كانت طبيعتها ومهما كان أطرافها . وبإنشاء القضاء الإداري تواجه المشرع مشكلة توزيع الاختصاص بين الجهتين القضائيتين جهة القضاء العادي وجهة القضاء الإداري الوليد.

والحلول المتصورة لحسم هذا الموضوع هي إما الأخذ بفكرة المعيار ويستند إليه في تحديد اختصاص القضاء الإداري وبالتالي فأن أي منازعة لا ينطبق عليها هذا المعيار يبقى اختصاص النظر فيه للقضاء العادي .

ولكن هذا لا يمنع أن ينص المشرع استثناء من المعيار العام على أن منازعات معينة يختص بها هذا القضاء أو ذلك على سبيل التحديد، وهذا هو الحل الذي يأخذ به النظام الفرنسي في توزيع الاختصاص بين القضائيتين. وأما الأخذ بأسلوب التحديد على سبيل الحصر للمنازعات التي تدخل في اختصاص القضاء الإداري ومن ثم يكون القضاء العادي صاحب الولاية العامة فيما عدا ذلك التحديد الذي ورد على سبيل الحصر.

وقد أخذت (مصر) بهذا الحل في قوانينها المتعاقبة بشأن تنظيم مجلس الدولة. عدا القانون الأخير وهو القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ الذي جمع بين الحلين فقد أوردت المادة (العاشرة) منه قائمة بالمنازعات التي يختص بها مجلس الدولة بمحاكمه المختلفة. ثم أضافت إلى تلك القائمة ((سائر المنازعات الإدارية)).

أما المشرع العراقي وهو يتصدى إلى تحديد اختصاص القضاء الإداري لم يسلك أي حل من هذه الحلول. وذلك لسبب بسيط هو استمرار اعترافه بقيام لجان ومجالس إدارية إلى جانب القضاء العادي والقضاء الإداري لها اختصاص النظر في منازعات إدارية كثيرة ورد النص عليها في قوانين متفرقة ولها حسم هذه المنازعات بشكل نهائي ومستقل تماماً من الجهتين القضائيتين، وكان من المفروض وقد اتجه المشرع إلى إنشاء القضاء الإداري أن ينهي وجود هذه اللجان والمجالس في هذا المجال لأنها في حقيقتها تمثل مرحلة انتقالية من نظام القضاء الموحد إلى نظام القضاء المزدوج بل هي بعبارة أخرى إنما تمثل فترة مخاض لميلاد القضاء الإداري وبالتالي فلم يعد من مبرر لاستمرار وجودها بعد ميلاد القضاء الإداري.

(٢) يلاحظ أن المشرع العراقي قد اهتم بالقضاء الإداري من خلال النص عليه في صلب الدستور الحالي فنصت المادة (١٠١) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ بأن ((يجوز بقانون إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة، وتمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة أمام جهات القضاء، إلا ما استثنى منها بقانون)) غير أن معالجة المشرع الدستوري للقضاء الإداري جاءت معيبة من الناحية القانونية والعلمية أيضاً، فمجلس الدولة وكما هو متعارف عليه في جميع دول القضاء الإداري يختص بوظيفتي القضاء والإفتاء، كما هو الحال في فرنسا ومصر ولبنان، وكذلك مجلس شورى الدولة العراقي الحالي، وكما عرفت ذلك المادة أعلاه في شقها الأول. أما تمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة أمام القضاء، الذي ورد في الشق الثاني من المادة أعلاه، فالمتعارف عليه أنه لا يتم عن طريق مجلس الدولة وإنما عن طريق ممثليها القانونيين

المخولين(بوكالة مصدقة من الوزير أو رئيس الدائرة).وهذا عيب تشريعي بحاجة الى علاج تشريعي أيضاً.

(٣) إن الدستور العراقي النافذ قد أعطى للمحكمة الاتحادية العليا اختصاص النظر بالطعون المقدمة على الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري وذلك بموجب الأمر رقم(٣٠) لسنة ٢٠٠٥(قانون المحكمة الاتحادية العليا).

وقد أعاد المشرع الدستوري التأكيد على سلطة المحكمة الاتحادية العليا في رقابة دستورية القوانين والأنظمة النافذة، كما أعطاها صلاحية الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات وذلك بموجب المادة(٩٣/أولاً وثالثاً)

وهناك لبس وغموض يعتري المقصود بسلطة المحكمة الاتحادية العليا بالفصل في القضايا التي ...؟ورد ذكرها في المادة(٩٣/أولاً وثالثاً)،فلا يمكن القول أن المقصود من ذلك النظر في مدى دستوريته فقد سبق وعولجت في البند(أولاً) سالف الذكر.لذا فالمشرع لم يلتفت لهذا العيب التشريعي ويعالجه.

(٤) بعد استعراض أحكام قانون مجلس شورى الدولة وأحكام التعديل الذي جاء به قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩، الذي أوجد بموجبه القضاء الإداري لأول مرة في العراق كقضاء مستقل، وتأشير الملاحظات والنواقص والثغرات على ما جاء به من أحكام كل في موضعه من هذا الاستعراض، لا بد لنا وفي الوضع التشريعي السابق وفي ضوء التعديل الثاني أن نؤشر الملاحظات الآتية :-

(أ)إن اختصاص محكمة القضاء الإداري كما حددته المادة (السابعة) اختصاص محدود ومتواضع . ذلك لأن اختصاصها كما نص القانون يشمل النظر فقط في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي لم يعين مرجع للطعن فيها أو بعبارة أخرى التي لم يرسم القانون طريقاً للتظلم منها أو

الاعتراض عليها أو الطعن فيها . والتشريع العراقي زاخر بالنصوص التي ترسم طريقاً للتظلم من القرارات الصادرة بموجبه أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها أمام الجهات الإدارية التي

أصدرتها أو أمام السلطات الرئاسية أو أمام مجالس أو لجان إداريه أو شبه قضائية (استثناءاً من الأصل العام في أن يكون الطعن فيها أمام القضاء) ومن أمثلة هذه الاستثناءات (قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨٠ وقانون ضريبة الدخل رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٩ وقانون ضريبة العقار رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ وقوانين وزارة التعليم العالي ووزارة التربية وقانون التقاعد لسنة ٢٠٠٦ وتعديله

لسنة ٢٠٠٧ وقانون المحاماة الجديد، والنتيجة المترتبة على ذلك هي أن (الهدف المرجو من إنشاء القضاء الإداري ممثلاً (بمحكمة القضاء الإداري) وهو توفير الضمانة القضائية من قبل قضاء إداري متخصص للفرد في مواجهة الجهات الإدارية لم يتحقق إلا على نحو محدود جداً) خصوصاً إذا علمنا أن هذا الذي أدخل في اختصاص محكمة القضاء الإداري للنظر في صحته من الأوامر هو بكامله كان قابلاً للطعن فيه قبل إنشاء محكمة القضاء الإداري أمام القضاء العادي ممثلاً (بمحكمة البداية) .

(ب) اختصاص محكمة القضاء الإداري مقتصر على النظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية دون أن يشمل المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية ومعروف أن منازعات العقود الإدارية ، تدخل في اختصاص القضاء الإداري في كل الدول التي لديها قضاء إداري ، لما لهذه العقود من خصائص تختلف بها عن العقود العادية والتي تبرم لتحقيق أغراض المرفق العام ومتطلبات المصلحة العامة كما هو قائم في فرنسا ومصر حيث تخضع منازعاتها الى القضاء الإداري حصراً.

وعلى أساس ما تقدم أصبحت المنازعات الإدارية او الطعون الإدارية ، في غير شؤون الوظيفة العامة التي يختص بها مجلس الانضباط العام، يختص بالنظر فيها عدة جهات وليس فقط القضاء الإداري ممثلاً (بمحكمة القضاء الإداري) وهذه الجهات هي (محكمة القضاء الإداري ، السلطات الإدارية ، والسلطات الإدارية الرئاسية ، اللجان والمجالس الإدارية وشبه القضائية ، القضاء العادي ممثلاً ((بمحكمة البداية)) لأن هناك نصوص قانونية تنص على اختصاص محكمة البداية بالاسم كمرجع للطعن في قرارات معينه أو مسائل معينه ، وهناك نصوصاً قانونية تنص على اعتبار محكمة التمييز كمرجع للطعن في قرارات اللجان الإدارية الصادرة منها في القرارات الإدارية المطعون فيها أمامها . وهذا الطعن وبهذا الوضع ينال من الفكرة الأساسية التي يقوم عليها إنشاء القضاء الإداري وهي تخصص جهة قضائية مستقلة عن القضاء العادي بالنظر في تلك المنازعات الإدارية لما لها من طبيعة متميزة عن المنازعات العادية . حيث يعمل هذا القضاء على إرساء المبادئ والقواعد والحلول القانونية التي تأخذ بنظر الاعتبار متطلبات العمل الإداري والتي تختلف عن تلك القواعد والحلول المعتمدة بشأن العلاقات بين الأفراد

وهذا يعني المساهمة الجادة بإقامة القضاء الإداري الغائب عن أسس سليمة والعمل على تطويره وفق مقتضيات الحاجات المستجدة والقيم السائدة بأساليب علمية وفنية يسودها التنسيق والالتزان . ولن يتوفر ذلك أبداً إذا بقي الوضع على

ماهو عليه الآن ذلك لأن النتيجة التي سترتب عليه حلولاً متفرقة وقد تكون متنافرة لاتسري فيها روح واحدة ولا يجمع نشأتها تأصيل مبدأي ونظري سليم . (ج) إن المجموعة الثانية من اختصاصات مجلس الانضباط العام . هي النظر في دعاوي الموظفين الناشئة عن حقوق الخدمة بموجب قانون الخدمة المدنية . ويمكن التمثيل على هذه الدعاوي والمنازعات بالمنازعات الخاصة بالرواتب والمخصصات المستحقة للموظفين واحتساب القدم للترقية بسبب الحصول على شهادات الاختصاص الجامعية أو اجتياز الدورات التدريبية واحتساب مدد ممارسة المهنة عند التعيين أو إعادة التعيين . وكذلك الطلبات التي يقدمها أصحاب الشأن بالطعن في الأوامر والقرارات الإدارية الصادرة بالتعيين أو الترفيع أو بمنح العلاوات والاستغناء عن الخدمة في فترة التجربة أو إعادة الموظف المرفوع إلى وظيفته في فترة التجربة .. الخ . وفي هذا المجال نجد أن مجلس الانضباط العام أصبح في النهاية هيئة قضائية من هيئات القضاء الإداري الوليد، حيث من المعروف أن القضاء الإداري لا يختص فقط بإلغاء القرار الإداري المعيب وإنما يختص أيضاً بالحكم في طلبات التعويض عن القرارات التي يختص بالنظر في صحتها . سواء رفعت هذه الطلبات بصفه أصلية أو تبعية .

(٣) إن ((القاضي الإداري يراقب مشروعيه النشاط الإداري ولكنه لا يراقب ممارسة السلطة التقديرية)). والسبب في ذلك هو أن الملائمة ليست دائماً داخلية في مجال السلطة التقديرية . ومثال ذلك إجراءات الضبط الإداري التي تمس الحريات العامة لاتكون مشروعها إلا إذا كانت ضرورية ومنتجة للأثر المطلوب وهو المحافظة على النظام العام، أي معنى ذلك أنها يجب أن تكون ملائمة. وفي هذه الحالات لا يكتفي القاضي بادعاء الإدارة أن الإجراءات كان ضرورياً وإنما يتحقق القاضي الإداري من الوجود المادي للوقائع وتكييفها . وهو عندما يفعل ذلك يمارس (رقابه ملائمة) دون أن يخرج عن دوره كقاضي مشروعيه لأن الملائمة في هذه الحالة عنصر من عناصر المشروعية.

(٤) لقد أشار الدستور النافذ لعام ٢٠٠٥ في المادة (٢ - أولاً) منه، أن ((الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع)) لذلك بحثنا في ولاية القضاء في الإسلام. فوجدنا أن الإسلام اخذ بالقضاء الإداري (قضاء المظالم) واعترف بالحقوق والحريات الفردية والعامة واحترامها وطبق الرقابة القضائية على أعمال السلطة الحاكمة ومؤسساتها وحسب مبدأ الشرعية الإسلامية. فقد خضع الحكام والمحكومين في الدولة الإسلامية لقواعد ونصوص الشريعة. ومدلول

ذلك أن الناس سواء، لافرق بين حاكم أو محكوم فالجميع يخضعون لأحكام الشريعة ويلتزمون بها سواء بسواء وهذا هو مضمون مبدأ المشروعية. إن مفهوم الإدارة في الإسلام له خصوصيته واستقلاله سواء في ضبط الأفراد والجماعات أو في ضبط أشخاص الإدارة ومؤسساتها حيث يمثل الجميع لقواعد الشريعة الإسلامية من حاكم ومحكوم. وبذلك لايجوز للإدارة أن تخرج عن أحكام الشريعة الإسلامية وسيادتها عند مباشرة أعمالها أو إجراءاتها فتعتدي على حقوق وحرريات الأفراد وتهدر أموالهم وإلاعدت تصرفاتها وأعمالها مخالفة لقواعد الشريعة وباطلة بحق الأفراد والجماعات.

(٥) من خلال بحثنا في التشريعات الوطنية التي أسست للقضاء الإداري في العراق، لم نجد فيها ما يوفر الضمانة الحقيقية للموظف تجاه الإدارة، في حال إذا أرادت الإدارة استخدام سلطاتها المخولة لها بموجب القانون بطريقة تعرض الموظف إلى الأذى عند توفر العوامل المناسبة لذلك، كأن يكون هنالك خلاف شخصي بينه وبين المسؤول الإداري، حيث أن الموظف وبمناسبة تطبيق مبدأ مواكبة المرفق العام لمستجدات الظروف والتطورات قد يتعرض مركزه القانوني إلى التغيير أو التعديل ليستجيب للتطورات، فتقوم الدائرة بإجراء النقل النوعي أو المكاني للموظف دون أن يستطيع الاحتجاج على ذلك استناداً لمقتضيات الصالح العام.

وفي هذه الحالة على الإدارة أن لا تستغل هذا الأجراء كعقوبة للموظف في حال إساءة الإدارة لاستخدام سلطاتها في ذلك، عند وجود عداوات شخصية بين الموظف والمسؤول الإداري.

لأن إجراء الإدارة سوف يؤدي إلى ازدواجية العقوبة للموظف إذا تعرض إلى عقوبات انضباطية لنفس السبب الأول. دون أن يتمكن القضاء الإداري من محاسبة الإدارة على تصرفها، بسبب وجود عيب تشريعي في هذا المجال.

(٦) إذا كان استبعاد أعمال السيادة هو من الأمور المتفق عليها فقهاً وقضاءاً ووجد صداه في تشريعات دول كثيرة، إلا أن إضفاء صفة أعمال السيادة على جميع المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية بشكل كامل ليس محل اتفاق بل هو أمر منتقد فقد تكون بعض هذه المراسيم والقرارات مما ينطبق عليه وصف أعمال السيادة ولكن ليس بالضرورة أن يكون هذا هو وصفها جميعاً وبالتالي تخضع للطعن فيها أمام القضاء وهنالك أمثلة كثيرة على أحكام قضائية صادرة من القضاء الإداري الفرنسي والمصري كان محلها قرارات أو مراسيم صادرة عن رئيس الجمهورية. كما أن استبعاد القرارات الصادرة تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية ووفقاً لصلاحياته الدستورية. يؤدي

الى استبعاد طائفة كبيرة من القرارات الإدارية عن الرقابة القضائية دون مبرر . فقد تصدر قرارات إدارية بزعم أنها تنفيذ صحيح ودقيق لتوجيهات رئيس الجمهورية في حين أنها قد تكون مخالفة لها في جوهرها . فيقف هذا النص حائلاً دون مناقشة صحتها أمام القضاء . لذا وجب إتخاذ موقف تشريعي واضح من هذه المسألة . وخيراً فعل المشرع الدستوري العراقي عند استعماله للمادة (١٠٠) من الدستور النافذ على إطلاقها في هذا الجانب .

وعلى أساس ما تقدم نقترح ما يلي :-

(١) أما ونحن في ظل إنشاء القضاء الإداري العراقي وتولي مجلس الانضباط العام كهيئة قضائية من هيئات القضاء الإداري النظر على سبيل التخصص في جانب كبير من الطعون المرفوعة من الموظفين فيما يتعلق بحقوقهم المستمدة من قانون الخدمة المدنية .

نقترح معالجة تشريعية شاملة لاختصاصات المجلس هذه لكي تشمل وتستوعب النظر بالطعون والطلبات التي يتقدم بها الموظفون جميعاً سواء منهم الخاضعون لقانون الخدمة المدنية أو لأي قانون خدمه آخر .

وان تتوحد مراجع الطعن في مختلف القرارات الصادرة من الهيئات الإدارية والمتعلقة بحقوق الموظفين الناشئة عن خدمتهم في مرجع واحد هو مجلس الانضباط العام . فعلى سبيل المثال لم يعد هناك من مبرر . لما تنص عليه قوانين التقاعد من تشكيل لجان التدقيق في قضايا المتقاعدين المدنيين والعسكريين . لتكون الجهة التي تنظر في الاعتراضات المقدمة من ذوي العلاقة على أي قرار يصدره الوزير أو رئيس الدائرة المختص أو مدير التقاعد فيما له علاقة بالتقاعد . إذ من المفروض أن تكون كل القرارات المتعلقة بالحقوق التقاعدية . وهي من قبيل حقوق الخدمة . قابله للاعتراض عليها لدى مجلس الانضباط العام، وقراراته في هذا الشأن تكون قابله للطعن فيها لدى الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بدل محكمة التمييز كما ليس هناك من مبرر لأن يكون اعتراض الموظف على عدم ترشيحه للترقية لدى الوزير خلال (عشرة أيام) من تاريخ التبليغ ويكون قراره نهائياً فليس هناك من مبرر لإقرار هذا الموضوع الذي هو من موضوعات حقوق الخدمة بهذا الحكم ، إذ من المفروض أيضاً أن يكون الاعتراض على ذلك لدى مجلس الانضباط العام أسوة بكل القرارات الأخرى . التي فيها مساس بحقوق الخدمة المستمدة من قوانين الخدمة

ومن ناحية أخرى وقد أصبح مجلس الانضباط العام هيئة قضائية من هيئات القضاء الإداري ، يمارس الى جانب اختصاصاته الانضباطية اختصاص النظر في المنازعات الناشئة عن حقوق الخدمة .

سيستحسن فيما أرى أن يعاد النظر في تسميته التي تدل على اختصاصاته الانضباطية دون اختصاصاته الأخرى فيسمى مثلاً (بالمحكمة الإدارية الاتحادية) أو (محكمة قضاء الموظفين).

(٢) إن الأخذ بمبدأ القضاء المزدوج يقضي بجعل المحاكم الإدارية قريبة من المتقاضين حتى لا يهابها الجمهور في باكورة إنشائها مع مراعاة التناسق والانسجام بين القضاء العادي والقضاء الإداري ، ثم أنه من المتوقع أن تترادف الدعاوى بكثرة أول الأمر ، فيجب اتخاذ التدابير اللازمة لحسمها بسرعة.

(٣) بدلالة الفقرة السابقة فإن في العراق الآن ، محكمة التمييز - هي أعلى محكمة قضائية- لدى القضاء المدني ويجب أن تناظرها في القضاء الإداري- المحكمة الإدارية العليا. وكذلك محاكم الاستئناف يجب أن تناظرها محكمة القضاء الإداري، ومحاكم البداءة يجب أن تناظرها المحاكم الإدارية المحلية. ونرى أن يكون عدد المحاكم الإدارية بقدر عدد المناطق الاستئنافية.

(٤) ضرورة إنشاء معهد قضائي متخصص باحتراف القضاء الإداري للقضاة الذي ينسبون للعمل في القضاء الإداري للحصول على كوادر مؤهلة للعمل في هذا القضاء وبذلك يصبح بالإمكان استحداث محاكم إدارية محلية ضمن المناطق الاستئنافية.

(٥) ضرورة معالجة النصوص التشريعية التي تتضمن عيوباً تشريعية فيما يتعلق بحق الإدارة المطلق باستخدام القانون كأداة ضد الموظف وأقترح إلغاء عبارة (لمقتضيات المصلحة العامة...) كعبارة غامضة ترد في القرار الإداري واستبدالها بعبارات تشير الى الأسباب المنطقية التي تستوجب إصدار القرار الإداري . حتى لا تستعمل كحجة من الإدارة لمخالفة القانون.

(٦) ضرورة إيجاد جهات رقابية على مشروعية القرارات الإدارية في داخل المؤسسات الحكومية ولتكن الوحدات القانونية فيها. حيث من غير المنطق أن يلجأ الموظف الى المحكمة الإدارية كلما أراد أن يعترض على احد القرارات الإدارية المعيبة الصادرة بحقه من الإدارة، في حال تظلم لديها من القرار ولم تستجب له بنظراً لما تسببه هذه الحالة من إشغال للمحاكم في ما إذا كانت القرارات الإدارية من القرارات البسيطة. ويمكن لهذه الجهات الرقابية أن تلقي الضوء على قرارات الإدارة المعيبة (المخالفة للقانون) لدى مرجعيتها العليا في

الوزارات مع الإبقاء على التبعية الإدارية لهذه الجهات مرتبطة بمؤسسات الدولة المختلفة. ويشرع ذلك بنشره.

لذا نجد ومما تقدم أن مبادئ وأحكام القضاء الإداري في العراق قد جاءت تأكيداً على ضمان حقوق وحريات الأفراد في المجتمع (عند إنشائه آنذاك) ... وفي الوقت الذي كانت فيه تلك الحقوق والحرمانات على المحك، نظراً للسياسات القمعية التي كان يمارسها النظام آنذاك والكم الهائل من القرارات الفردية الصادرة منه والتي دأبت على مصادرة وتقييد تلك الحقوق والحريات العامة . ولد القضاء الإداري في العراق ولادة قيصرية عسيرة في عام ١٩٨٩ من خلال قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة والذي حمل الرقم (١٠٦) وما صاحب هذه الولادة من تطورات قضائية من أجل الارتقاء بهذه التجربة إلى مصاف الدول العالمية.

نقول أن التطور في جميع المجالات . يبدأ بخطوات قد تنبئ لأول وهلة بأنها متواضعة ولكنها فيما تتضمنه وما تحمله من معاني التحول في الاتجاه الأفضل الشئ الكثير وان الزمن كفيل بأن يرخي العنان لهذا التطور . ويفك أساره من بعض القيود . لكي يأخذ كامل مداه

ولم نجد في هذا المقام من أهمية لعنصر الزمن كي يأخذ مجلس شوري الدولة العراقي كامل مداه في التطور لأداء دوره وتحقيق غاياته في سيادة القانون وتحقيق العدالة ، خير من كلمة للأستاذ المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري (٤٢) في بداية إنشاء مجلس الدولة المصري وهو يؤكد ما لعنصر الزمن من أهمية في توطيد دعائم وأركان مجلس الدولة المصري . يقول رحمة الله ...

((لاغنى لمجلس الدولة في مصر عن عنصر الزمن فهو الذي يرسى الأسس ويقر الدعائم ويوطد الأركان فلا بد إذاً من وقت يمر، يحشد المجلس فيه قواه ويجند رجاله ويعد عدته وذلك للنضال عن حق هذا الشعب النبيل في الدفاع عن حرياته العامة وعن حقوق أفراد... وحق الإدارة في أن تكون إدارة قوية معتصمة بالقانون بعيدة عن الهوى ... وحق الوطن في أن تقوم نظمه كاملة مستقرة ترتكز على ركنين من القانون والعدالة ... إن مجلس الدولة هو لملاذ الذي تركز

إليه الأفراد والجماعات متى ظن أحد منهم أنه مسلوب الحق . وهو الحليف الطبيعي للإدارة وصديقها الأمين . يسمع لها ويشير عليها ويفتيها وهو الذي يرسم بقضائه الحدود فيما يعمل وفيما يترك (...). فأنا نرى أن إخضاع غلط الإدارة البين في تقدير الوقائع أمر فيه خدمة للمصلحة العامة

ايضاً حيث يكون من شأنه حمل الإدارة على توفير الدقة في أسباب قراراتها وملاءمتها للمصلحة العامة هذا من جانب ومن الجانب الآخر فإن رقابة القاضي على غلط الإدارة البين في التقدير وسيلة أخرى مهمة لمنع تعسف وتحكم الإدارة بموظفيها ولضمان حقوق وحريات الأفراد تجاهها كما أن الإدارة ستكون مضطرة لبيان الأسباب والوقائع التي بنت عليها قرارها كي يتمكن القاضي من دراستها واستخلاص معيار الغلط الذي يراقبه من ثناياها. لذا نرى من الضروري أن تقوم رقابة القضاء على (غلط الإدارة البين) في التقدير بناءً على (معيار موضوعي) وعدم ترك الأمر للتقدير الذاتي للقاضي لأن احتمالات الغلط في تقديره الذي لا يعتمد على عناصر موضوعية أكثر منها في تقدير الإدارة. فحيث تعيش حركة العمل الإداري يومياً وتفصيلاً ويتوافر لديها من عوامل حسن التقدير ما لا يتوافر للقاضي. نجد أن معيار الغلط البين هو من وضع (القاضي الإداري) يقدره في كل حالة على حدة حسب ظروفها ووقائعها بعد دراستها دراسة مستفيضة والمهم أن يستند القاضي الى عناصر موضوعية لإثبات وجود غلط بين في تقدير الإدارة للوقائع وأهميتها وملائمة القرار المتخذ بصدها وان يقدر في ضوء كل ذلك تأشير الغلط على صحة القرار الإداري)).

المصادر

- ١- القرآن الكريم
- ٢- الكتب والمؤلفات المطبوعة
- أ) الدكتور إعاد علي حمود القيسي، القضاء الإداري وقضاء المظالم- - الطبعة الأولى- عمان/ الأردن- ١٩٩٩ .
- ب) الدكتور جورج شفيق ساري - قواعد وأحكام القضاء الإداري-- دراسة مقارنة، القاهرة - الطبعة السادسة- ٢٠٠٥/٢٠٠٦ .
- ج) الدكتور شاب توما منصور- القانون الإداري -دراسة مقارنة، بغداد - الجزء الأول- الطبعة الثالثة- ١٩٧٨ .
- د) د. يحيى الجمل- القضاء الإداري- القاهرة- طبعة سنة ١٩٩٠ .
- ج) د. مازن ليلو راضي - الوجيز في القضاء الإداري الليبي - دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٣ .
- د) د. مازن ليلو راضي - دور القضاء الإداري في حماية حقوق الإنسان- دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٥ .
- هـ) الدكتور محمود حلمي - القضاء الإداري(قضاء الإلغاء-القضاء الكامل- إجراءات التقاضي)، القاهرة - الطبعة الثانية- ١٩٧٧ .
- و) الدكتور محمد علي جواد- القضاء الإداري - الناشر مكتبة السنهوري- بغداد- ٢٠٠٦ .
- ز) الدكتور مازن ليلو راضي محاضرات في القانون الإداري- ألقاها على طلبة المرحلة الثانية - كلية القانون - جامعة القادسية / ٢٠٠٦ .
- ح) د. محيي الدين القيسي - القانون الإداري العام ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان - الطبعة الأولى، ٢٠٠٧ .
- ط) د. سالم بن راشد العلوي- القضاء الإداري - الطبعة الأولى - عمان/ الأردن- ٢٠٠٩ .
- ي) الدكتور علي خطار شطناوي- موسوعة القضاء الإداري- الجزء الأول ، عمان -الأردن- الطبعة الأولى- الإصدار الثاني- ٢٠٠٨ .
- ك) د. عصام البرزنجي- ميلاد القضاء الإداري في العراق - بحث- مجلة العلوم القانونية- بغداد- ١٩٩٨
- ل) الدكتور عبد الرحمن نورجان الأيوبي - القضاء الإداري في العراق- حاضره ومستقبله- دراسة مقارنة-الأردن- ٢٠٠٨ .
- م) د. عصام البرزنجي، د. علي محمد بدير، د. مهدي السلامي- مبادئ وأحكام القانون الإداري- دار الكتب للطباعة والنشر- بغداد- ١٩٩٣ .

ن)المدرس فارس عبد الرحيم حاتم - محاضرات في القانون الإداري- أُلقيت على طلبة المرحلة الثانية - كلية القانون - جامعة الكوفة / ٢٠٠٧-٢٠٠٨.

٣- القوانين والأحكام.....

أ- قانون مجلس شوري الدولة العراقي النافذ المعدل رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩.

ب- قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ النافذ المعدل.

ت- قانون الخدمة المدنية رقم (١٠٣) لسنة ١٩٣٩ الملغى.

ث- الدستور العراقي النافذ لسنة (٢٠٠٥).

ج- موسوعة الوقائع العراقية.

ح- المجموعة التشريعية - الجزء الثالث - العراق - وزارة العدل - بغداد -

١٩٨٩

Abstract

Act (106) for the year 1989 stipulated the establishment of the Administrative Judicature Court in the Iraqi State Consultative Council. This enactment permitted forming other judicature courts in case of need in the appellate sections center with a statement issued by the minister of justice basing on a suggestion from the presidency board in the State Consultative Council. That enactment was to be published in the official gazette .

Thus, the Republic of Iraq had an administrative judicature in the Iraqi judicial regulation in addition to the normal judicature. But this judicature did not start wherefrom the other legislators ended in the Egyptian or the French administrative judicature. On the contrary of that, it started whence the other lawmakers started. Hence, it was with simple jurisdictions where it did not include all the joints and subjects of the administrative law. This enactment did not impose its judicial authority upon all means of public administration. The job of this court was limited to

considering the validity of the administrative orders and decisions which were issued from the officials and boards in the state departments in which no authority was appointed to impugn them depending on impugnation of an authority with known benefit and possible situation, as well as the possible interest, if there was what would cause harm to persons concerned. So, the judicature of this court was restricted to regarding the validity of the administrative orders and decisions to which no authority was appointed to impugn them in accordance with the conditions and rules included in the mentioned law. The competence of this court did not include the discordances of the administrative contracts which are the most important means of public administration to satisfy the public needs and present the services to people, where they were merely considered by the normal judicature represented by the courts of first instance acting according to the wording of clause (29) of the valid amended civil law of procedure. The rights of public employment and public official and his/her duties and disciplines were the authority of the public disciplinary council. In this respect, the decisions of this board are subject to impugnation in cassation in the public board of the state consultative council .

The pensioners affairs and the objections to them remained the mere authority of the verification council which was formed according to the rule of the article (2/9) of the civil pensionary law (33) for the year 1966. this was cancelled and replaced by the unified pensionary law (27) for the year 2006 which was amended in the article (20) which ruled to re-form the Pensioners Affairs Verification Committee as is shown in the above article. As a matter of fact, the officials' judicature as it is stated hereinbefore is an important matter

in the law and administrative judicature regarding the public official as the most important means to manage the works of the public administration. On the contrary, the guarantees granted the official at present time do not achieve their factual aim to protect the official from the despotism of administration because it uses its decreed powers according to the previously enacted laws by the bygone regime which have not been amended or updated up to now. Instead, the rules of the administrative judicature in Iraq focus on some of the formal sides of the lawsuits presented rather than their obligation to enforce the right and ascertain justice, and this is the exact work of the administrative judge. Hence, it is necessary and beneficent for this subject to be under the authority and jurisdiction of the administrative judicature court in order to unite the principles of this subject, consolidate it and emphasize it in conformity with of the viewpoint of the administrative law and its public theories in this connection because it has originally the public competence to what events that result as a consequence from the employment .

In spite of the long time since the court has been originated, its jurisdiction has remained without advancement or development. It stayed as it was when the court was established. Administrative laws, such as the General Contracts Law (87) for the year 2004, which was restricted to establishing an administrative court specialized in the resulted grievances and litigations or in the granted governmental general contracts, had been issued. This court was called “the administrative court in the Ministry of Planning and Developmental Cooperation” which was formed according to the order (87) for the year 2004. This name was debatable! Inclusion Law (12) for the year 2006

had been issued. It comprises charging the official, the public service charger, the public companies, the private companies, or the contractor the responsibility of compensating the harms undergone by the public money due to his negligence, nonfeasance, or his dissent of the regulations, systems, and instructions. This inclusion is to be performed by a decision of the authorized minister or the head of non-ministerial board. This law allows the includer (the embodier) to impugn this decision in the Courts of First Instance, in spite of the fact that this decision is an undoubtedly mere pure administrative one, which is supposed to be handled by the administrative judicature. The law entrusted the courts of appeals to treat the cassation impugnations (appeals) on the rules of the courts of first instance. Hence, the researcher concludes that the Iraqi administrative judicature at present time is simple in its competence as regards the subjects of the administrative law. Its competences are considered in the courts of first instance or in limited and specific councils, committees, or boards. This occurs owing to the legislative dispersion of the jurisdictions of this judicature, while it is legally beneficent to gather these competences together and consider them by their original judicature, the administrative judicature so as to uncover their principles, which were the basis of the administrative law, and attempt to completely unifying the competence of this judicature in order to be an administrative judicature, which forms and creates the legal base, when this base is not dealt with in the written legislation, and applies it on the presented incidents. The guarantees of this original judicature are that its rules are impugned by the highest judiciary board in Iraq. This is a big guaranty to the competence of the administrative

judicature, the litigators and the public administration as concerns the previously mentioned matters presented to this judicature. Thus, it has the judicial review on the works of administration in the new Iraq. The researcher suggests that the new Iraqi legislator undertakes the task of uniting the legislative dispersion of this competence and molding it in the crucible of the administrative judicature court. Due to the above-stated reasons, this can be regarded as a sound application of the principle of specialization in the judicial work .

الهوامش

- (١) د. محيي الدين القيسي - القانون الإداري العام ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان - الطبعة الأولى، ٢٠٠٧ .
- (٢) د. عصام البرزنجي، د. علي محمد بدير، د. مهدي السلامي - مبادئ وأحكام القانون الإداري - دار الكتب للطباعة والنشر - بغداد - ١٩٩٣ - ص ٢٩ .
- (٣) د. عصام البرزنجي، وآخرون - المصدر السابق.
- (٤) د. مازن ليلو راضي - الوجيز في القضاء الإداري الليبي - ليبيا - دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٣ .
- (٥) د. مازن ليلو راضي - دور القضاء الإداري في حماية حقوق الإنسان - ليبيا - دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٣ .
- (٦) د. مازن ليلو راضي - انظر المصدر السابق - ص ٢٩ .
- (٧) الدكتور جورج شفيق ساري - قواعد وأحكام القضاء الإداري - دراسة مقارنة، القاهرة - الطبعة السادسة - ٢٠٠٥/٢٠٠٦ .
- (٨) د. عصام البرزنجي، وآخرون - المصدر السابق.
- (٩) الدكتور عبد الرحمن نورجان الأيوبي - القضاء الإداري في العراق - حاضره ومستقبله - دراسة مقارنة - الأردن - ٢٠٠٨ .
- (١٠) الدكتور عبد الرحمن نورجان - راجع المصدر السابق ص ٤٥ .
- (١١) د. عصام البرزنجي، وآخرون - المصدر السابق.
- (١٢) و (١٣) د. يحيى الجمل - القضاء الإداري - القاهرة - الطبعة الرابعة / سنة ١٩٩٠ .
- (١٤) الدكتور محمود حلمي - القضاء الإداري (قضاء الإلغاء - القضاء الكامل - إجراءات التقاضي)، القاهرة الطبعة الثانية - ١٩٧٧ .
- (١٥) الدكتور محمود حلمي، المصدر السابق.

- (١٦) د. مازن ليلو راضي - دور القضاء الإداري في حماية حقوق الإنسان - ليبيا ، دار المطبوعات الجامعية - ٢٠٠٥.
- (١٧) الدكتور شاب توما منصور- القانون الإداري - دراسة مقارنة، بغداد - الجزء الأول- الطبعة الثالثة- ١٩٧٨.
- (١٨) الدكتور شاب توما منصور- راجع المصدر السابق.ص٥٥.
- (٩١) الدكتور علي خطار شطناوي- موسوعة القضاء الإداري- الجزء الأول ، عمان - الأردن- الطبعة الأولى- الإصدار الثاني- ٢٠٠٨.
- (٢٠) د. يحيى الجمل - المصدر السابق.
- (٢١) د. يحيى الجمل - ١٩٩٠- المصدر السابق.
- (٢٢) الدكتور محمود حلمي ، المصدر السابق.
- (٢٣) د. يحيى الجمل- راجع المصدر السابق.ص٧٨
- (٢٤) د. يحيى الجمل- المصدر السابق.ص١٠٣.
- (٢٥) يحيى الجمل- المصدر السابق.ص١١٥.
- (٢٦) د. يحيى الجمل- المصدر السابق.ص١٥٧
- (٢٧) المجموعة التشريعية - الجزء الثالث - العراق - وزارة العدل - بغداد - ١٩٨٩.
- (٢٨) الدكتور إعاد علي حمود القيسي، القضاء الإداري وقضاء المظالم- الطبعة الأولى- عمان/ الأردن- ١٩٩٩.
- (٢٩) د.سالم بن راشد العلوي- القضاء الإداري - الطبعة الأولى - عمان/ الأردن- ٢٠٠٩.
- (٣٠) د.سالم بن راشد العلوي- المصدر السابق.ص٤٥
- (٣١) د.سالم بن راشد العلوي- المصدر السابق.ص٥٦
- (٣٢) د.سالم بن راشد العلوي- المصدر السابق.ص٦٥
- (٣٣) د.سالم بن راشد العلوي - المصدر السابق.ص٦٧
- (٣٤) د.سالم بن راشد العلوي- المصدر السابق.ص٧٥
- (٣٥) د.عصام البرزنجي- ميلاد القضاء الإداري في العراق - بحث مقدم لمجلة العلوم القانونية- بغداد- ١٩٩٨ .
- (٣٦) المجموعة التشريعية - الجزء الثالث - العراق - وزارة العدل - بغداد - ١٩٨٩ .
- (٣٧) موسوعة الوقائع العراقية.
- (٣٨) المجموعة التشريعية - المصدر السابق.
- (٣٩) د.عصام البرزنجي وآخرون، مبادئ وأحكام القانون الإداري- دار الكتب للطباعة والنشر - بغداد- ١٩٩٣.
- (٤٠) المجموعة التشريعية - المصدر السابق .
- (٤١) المجموعة التشريعية - المصدر السابق. وألغي العمل بما ورد في الفقرة (أ) أعلاه عملياً لصدور المادة (١٠٠) من الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ والتي منعت تحصين اي قرار او عمل من الطعن.
- (٤٢) د. يحيى الجمل- القضاء الإداري - المصدر السابق.