القرار الإداري المضاد وضماناته القانونية

(دراسة مقارنة)

م.م. أسماء نوري إبراهيم
كلية الإمام الكاظم (عليه السلام) للعلوم الإسلامية الجامعة
Emil: asmaaibrahem@gmail.com

المقدمة

نظراً لخطورة اتخاذ القرار الاداري المضاد لمساسه بمراكز قانونية، كان لزاماً احاطة اصداره بالعديد من الضمانات التي تكفل حماية تلك المراكز من تعسف الادارة وأن من خصائص القرار الاداري أنه منتج لآثار قانونية سواء كانت سلبية أو ايجابية، أي أنه يحدد مراكز قانونية، لا يمكن المساس بها من طرف الادارة فلا يمكن للادارة أن تسحب أو تلغي قرار اداري فردي صدر مطابقاً للقانون وانشأ حقوقاً للأفراد، ومع ذلك فإن القرار الاداري المضاد يسمح للادارة أن تنهي قرار اداري فردي سليم وذلك بالنسبة للمستقبل، إذا ما توافرت ضمانات قانونية كقاعدة توازي الأشكال والتسبيب وحقوق الدفاع وقائع سبب القرار، حيث أن اصدار القرار المضاد لابطال كل القرارات الادارية، إذ هناك من القرارات التي تخرج عن هذا الاجراء، وسنحث الجهود لدراسة موضوع البحث في مبحثين، الأول سيكون في الشكل والاجراءات في اصدار القرار الاداري المضاد، والثاني في ضمانات اصدار القرار الإداري المضاد.

أهمية البحث:

إنَّ انهاء القرار الاداري يعد أشد خطراً وتأثيراً بما يرتبه من آثار على الأفراد وما قد يلحقه اضرار لذلك يبقى البحث في الاساس القانوني الذي تقوم به الادارة في انهاء قراراتها الادارية وذلك خوفاً من تسلط الادارة وتعسفها في استعمال سلطتها دون مراعاة الأسس والشروط الذي يحددها القانون.

مشكلة البحث:

إنَّ انهاء القرار الاداري من جانب الادارة مشكلة مهمة تعرض كل يوم في الحياة العملية القانونية ولاسيما في حالة الاساءة والتعسف في استعمال سلطتها لذا من الطبيعي الوصول إلى الضوابط والقيود التي تنهي القرار الاداري بغير الطريق القضائي وتحول دون تعسف الادارة، لذلك ينبغي على الادارة أن توفر للأفراد حقوقاً على غرار ما هو موجود في الطريق القضائي فضلاً عن ايجاد الضمانات المناسبة لحماية تلك الحقوق وعدم العبث بها من قبل الإدارة، من هنا تنطلق إشكالية البحث في اذا كان الأصل عدم إمكانية الإدارة سحب القرار الإداري اذا مارتب حقوقا (طبقا لمبدأ استقرار المعاملات)، فهل القرار الاداري المضاد يسمح للادارة أن تنهي قرار اداري فردي سليم وذلك بالنسبة للمستقبل؟

أهداف البحث:

معرفة طرق وكيفية انهاء القرار من قبل الادارة، وكذلك معرفة الضوابط التي تحكم الادارة، ومعرفة مفهوم القرار المضاد، كما وتهدف الدراسة إلى تسليط الضوء على إمكانيات أخرى للإدارة لانهاء وجود قرار اداري من خلال قرار اداري سمى قرار ادار مضاد.

خطة البحث:

انطلاقا من أهمية البحث ومشكلته والفرضيات التي سيحاول الباحث اثباتها في ثناياه تنطلق خطة البحث التي ستكون ف مبحثين، الأول في ماهية القرار الإداري المضاد من حيث الشكل والإجراءات اللازمة لاصدار القرار الإداري بشكل عام والقرار الإداري بشكل خاص إذ سيكون في مطلبين الأول في مضمون تقابل الشكل والإجراءات والثاني في الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ، أما المبحث الثاني فسيكون في ضمانات اصدار القرار الإداري المضاد والذي سيكون في مطلبين أيضا، الأول في تسبيب القرار الإداري، والثاني في ضمانة حق الدفاع.

المبحث الأول

الشكل والاجراءات في اتخاذ القرار

لكي يكون القرار الاداري مشروعاً يجب أن يصدر وفق الشروط التي يحددها القانون لصحة القرار وكذلك للشكل والاجراءات لكي يضمن حقوق الأفراد من جهة وحقوق الادارة من جهة أخرى، لكون الادارة ملزمة باتباع الشكل والاجراءات المقررة قانوناً في حالة مخالفها يترتب على ذلك بطلان القرار (حلمي، ١٩٧٠، ص١٢٢-١٢٧).

بالنسبة للقضاء الإداري الفرنسي نجده آثر في بعض احكامه الخروج هذه القاعدة إذ صدرت منه أحكام رفض فيها الغاء القرار الاداري رغم مخالفته للشكل إذ أخذ يفرق القضاء الفرنسي بين الشكليات الجوهرية والثانوية ورتب على ذلك جزء الألغاء فمثلاً اشترط القانون أن يسمح بدفاع الموظف قبل صدور القرار التأديبي ضده، وكذلك لا يحكم بالغاء قرار ((العقوبة إذا كان هنالك موظف قد غادر محله إلى مكان غير معلوم (مجهول) وكان يستحيل معرفة عنوانه)).

لم يجعل مجلس الدولة الفرنسي تمييزاً قاطعاً بين الشكليات الجوهرية وغير الجوهرية ولم يرتب فيها مجلس الدولة البطلان على مخالفة الشكل إذا سمح فيها بتصحيح العيب باجراءه لاحقاً (الطماوي، ١٩٨٤، ص٢٤٣).

ويجب أن توضح ذلك عن طريق الشكليات المقررة لصالح الإدارة لا لصالح الأفراد فقد تمت ملاحظة من قبل مجلس الدولة الفرنسي فيها يكون مقرر لمصلحة الإدارة وحدها ولم يسمح للأفراد بأن يستندوا إليها لغرض الوصول إلى الغاء القرار الإداري.

أما الشكليات غير الجوهرية (الثانوية) ليس لها أثر في سلامة القرار موضوعياً وأن إتمام الشكلية يكون مستحيلاً من الناحية المادية)عبدالمهدي، ١٩٩٧، ص١١٤).

فقد نهج القضاء المصري نفس منهج القضاء الفرنسي في قراره الصادر من المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦٠/٤/٢٦ يشير إلى أن التصرف القانوني لا يولد

معدوماً لعيب في الشكل إلا إذا كان الشكل معتبراً بحكم القانون ركناً لقيام هذا التصرف.

لما تقدم سنحث الجهود بداية للتعريف بالقرار الإداري المضاد في مطلب اول، ثم سندرس تقابل الشكل والإجراءات الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ، في مطلبين متتالين.

المطلب الأول

التعريف بالقرار الإداري المضاد

خضع القرار الاداري المضاد للكثير من التعريفات الفقهيه التي تناولت هذه الفكرة، فقد اكد الفقيه الفرنسي Muzellec (بان القرار المضاد هو القرار الذي تصدره الاداره ليحل محل قرار سابق)، اما الفقيه الفرنسي Basset فقد اتجه في رسالته (المبادئ العامة في القرار المضاد) إلى القول بان القرار المضاد (هو القرار الذي يصدر بموجب نص قانوني ويسعى إلى تعديل أو الغاء قرار فردي سليم ونهائي للمستقبل) (الكبيسي، ٢٠٠٠، ص٥٠)، وكذلك اكد الفقيه اوبي Auby على (ان القرار المضاد هو القرار الذي يتم بمقتضاه الغاء أو تعديل قرار اداري فردي سليم ويقتصره اثره للمستقبل)؛ واخيرا اتجه الفقيهRainaud في تعريفه بالقول (بانه قرار جديد ينهي القرار الأول ويماثله في الشكل والاجراءات) (درويش، ١٩٨٢، ص١٤١).

اما بالنسبه للفقه العربي فيمكننا القول ان لم يكن بعيدا عما استقر عليه الفقه الاداري في فرنسا، فقد ذهب سليمان محمد الطماوي إلى تعريف القرار المضاد بانه "قرار جديد يخضع لاحكام مستقلة عن الاحكام التي صدر بموجبها القرار الملغي"(١٩٨٤، ص٦٢٦)، وبالمعنى نفسه اتجه الدكتور احمد حافظ إلى تعريفه بالقول "القرار المضاد قرار اداري جديد ومستقل يؤدي إلى الغاء القرار السليم وفقا للشروط التي يحددها القانون")نجم، ١٩٨١،ص٤٩)، اما الدكتور ثروت بدوي فقد عرفه "بانه قرار جديد يتم بمقتضاه الغاء وتعديل القرار السابق وفقا للشروط والاجراءات التي نص عليها القانون"

(بدوي، ١٩٧٠، ص١٢٢)، واخيرا اتجه الاستاذ الدكتور حسني درويش إلى تعريفه بانه "اجراء اداري يؤدي إلى الغاء وتعديل قرار سليم بالنسبه للمستقبل" (درويش، ١٩٨٢، ص٦٠٥).

اما بالنسبه للفقه العراقي فنستطبع القول انه لم يكن منسجما مع ما انتهى اليه الفقه في فرنسا ومصر، اذ اكتفت اغلب شروحاته بالتعرض إلى فكرة القرار السليم من اذ تعريفه وبيان طرق انتهائه دون التعرض إلى فكرة القرار المضاد على وجه الاستقلال، رغم ذلك كانت هناك محاولة واحدة اتجهت إلى تعريفه بالقول (القرار المضاد وسيلة الادارة لانهاء قرارها السليم أو الذي اعتبر سليما بصورة كاملة أو جزئية طبقا لضوابط قانونية واتباعا لضمانات اجرائية وذلك بالنسبة للمستقبل) (لكبيسي، ٢٠٠٠، ص٥٤).

ومن خلال استعراضنا للتعريفات انفة الذكر يترشح لنا ان ايا منها لم يكن جامعا لما تحتويه هذه الفكرة من مضامين وافكار وانما اقتصرت على تسليط الضوء على جوانب دون اخرى، لهذا راينا ان نستجمع عناصر القرار الاداري المضاد ليكون اكثر شمولا، فالقرار المضاد، قرار اداري جديد متكامل العناصر ينهي بصورة صريحة أو ضمنية اثار قرار اداري فردي سليم ومنشئ لحق كليا أو جزئيا باثر يمتد للمستقبل عن طريق اتباع قاعدة توازي الشكل عند عدم وجود نص ....

إذاً القرار الإداري المضاد ما هو إلا تصرف قانوني تأتي به الادارة ويمثل سبيلاً ثالثاً من سبل انهاء قراراتها الادارية.

وخلاصة ذلك أن القرار الاداري المضاد هو تصرف قانوني تقوم به الادارة وهو سبيل لأنهاء القرار الاداري.

المطلب الثاني

مضمون مبدأ تقابل الشكل والإجراءات

إنَّ قاعدة تقابل الشكل والإجراءات فقد تعرضت إلى أكثر من رأي بين أوساط الفقه لذلك سوف نشير لهذه الآراء بشكل مفصل.

ففي الفقه الفرنسي يرى العميد (Auby) أن هذه القاعدة غير واجبة في اصدار القرار الإداري المفاد بإلغاء القرار السابق أو تعديله والذي يصدر بعد استطلاع رأي جهة معينة فأنه بذلك لا يلزم رأي تلك الجهة عند الغاءه أو تعديله إلا في حالة واحدة كون الشكل والإجراءات تشكل ضماناً للأفراد ففي مثل هذه الحالة يقتضي اتباعها (AT DRAGO, 1962, P621).

أما إذا أخذ القانون رأي جهة معينة قبل اصدار القرار المضاد يكون على المفروض اتباع الشكليات وإلا عدَّ القرار الإداري مشوباً يعيب الشكل (الطماوي, ١٩٨٤، ص٦٧٦).

وفي الفقه العربي أوضح سليمان محمد الطماوي رأيه بخصوص قاعدة تقابل الشكل والاجراءات إذا يرى في هذه الحالة قيام المشرع بتحديد اجراء معين كشرط لاصدار القرار المضاد، وإذا لم يجدد المشرع اجراءً معيناً فيكون بذلك لا قيد على حرية الادارة في التعبير عن ارادتها، ومن أسباب القرار الاداري المضاد تحدد غالباً على سبيل الحصر فيجب اتباع الاجراءات في ذلك كالتأديب ونزع الملكية وتخصيص المال للنفع العام وإذا لم يكن هنالك اجراء معين فتكون الحرية مقيدة فمثلاً القرار الصادر من الوزير لا يمكن المساس به من وكيل وزارته.

أما القضاء المصري فقد أوضح في كثير من أحكامه إذ صدر حكم من أحد الرؤساء قراراً كتابياً فإنه لا يجوز الغاءه بأمر شفهي ولا يلغي الأمر الاداري إلا بأمر إداري بنفس الأداة وهي الكتابة (حكم المحكمة الادارية العليا، ١٩٥٦، ص٧٨).

ومن الشكليات الواجب توفرها في كل قرار اداري هي السبب والذي يعرف (بأنه افصاح الادارة عن الأسباب التي دعتها إلى اصدار القرار الاداري) وهو بالتأكيد يختلف عن السبب بغير عنصر موضوعياً في القرار الاداري ويكون حالة قانونية أو واقعية بعيدة عن رجل الأدارة ومستقلة عنه فتسمح له بالتدخل لاتخاذ القرار في حين أن التسبب هو افصاح الادارة عن الأسباب ويشكل بذلك ضماناً قانونياً لركن الشكل (حكم مجلس الدولة الفرنسي، ١٩٤٨)، ومثال ذلك الزم مجلس الدولة الفرنسي بتسبيب جميع القرارات الصادرة بإلغاء القرارات الادارية المشروعة.

وكذلك المشرع الاسباني اوجب بتسبيب القرارات التي تفيد حقاً شخصياً، وأنظمة الخدمة المدنية أوجبت بتسبيب القرارات، أما القضاء المصري فقد شدد على الادارة بسبيب قرارات الجزاء التأديبي (نواف، ١٩٩٢، ص٤٥).

ويثار في ذلك سؤال ما هو موقف الادارة في حالة عدم النص على وجود التسبيب القرار المضاد؟

ونستنتج من ذلك أن مضمون هذا المبدأ في الفقه الفرنسي أنه قاعدة غير واجبة في اصدار القرار الاداري المضاد بإلغاء قرار سابق أو تعديله بصادر بعد استطلاع جهة معينة ولكن رأي الجهة غير ملزم عند الغاءه أو تعديله إلا في حالة كون الشكل والاجراءات تشكل ضماناً للأفراد.

وهناك رأي آخر يرى أن هذه الاجراءات تختلف عن الاجراءات السابقة ولا تتبع الاجراءات نفسها، أما إذا أخذ القانون برأي جهة صعبة قبل اصدار القرار فالمفروض اتباع الشكليات وإلا اعتبر القرار الاداري مشوباً يعيب الشكل.

أما الفقه العربي فيرى تحديد اجراء معين كشرط لإصدار القرار المضاد أما في حالة عدم تحديد الاجراء فللإدارة الحرية في التعبير عن إرادتها.

يجيب الأستاذ (Auby) على ذلك عدم التزام الادارة بتسبب بقراراتها ما لم يكن القانون ينص على ذلك، وهذا لا يتفق مع القضاء الفرنسي الذي بقى مصراً بقوله لا

مسؤولية للادارة لعدم تسبيب قراراتها ما لم يكن يلزمها القانون بذلك، أما قانون الإجراءات الادارية الامريكي الصادر ١٩٤٦ الزم الادارة بتسبيب القرار الاداري المضاد حتى وإن لم يرد نص بذلك (علي، ١٩٨٣، ص١٢٣).

أما على الصعيد القضائي في مصر فقد خرج عن الأصل العام في حكم المحكمة الادارية العليا الزم فيه تسبيب القرار التأديبي حتى وإن لم ينص على ذلك (حكم الامحكمة الادارية العلليا المصرية، ١٩٥٩).

أما في العراق على الرغم من قلة أحكامه إلا أنه اشار في ذلك إلى فكرة التسبيب في القرار الاداري المضاد ففي حكم لمجلس الانضباط العام (الملغي–حالياً هي محكمة قضاء الموظفين) جاء فيه أن قرار لجنة احتساب الخدمة العمالية الاستخدامية العسكرية لم يبين في ذلك الأسباب والعلل، كما أنها لم يتبين أسباب عدم احتساب خدمة المدعي التي قضاها في سلك الشرطة (قرار مجلس الانضباط العام، ١٩٨٢).

ومن جانب آخر دعت محكمة التمييز وجوب أن يكون التسبيب مقنعاً بمعنى أن انتماء الموظف إلى جمعية غير مجازة لا يعتبر سبباً لفصله (قرار محكمة التمييز، ١٩٦٨).

وخلاصة ذلك أن العراق بالرغم من قلة الاحكام في هذا المجال ولكنه اتجه إلى فكرة التسبيب في القرار الاداري، كما دعت محكمة التمييز إلى وجوب أن يكون التسبيب مقنعاً.

وبناءً على ذلك يمكن القول أن التسبيب لكي يكون مثمر يجب أن تتوفر فيه بعض الشروط منها أتن يكون وارد في صلب القرار، وسهل على من يطلع على فحواه، ويجب أن تكون الأسباب معقولة وجدية واضحة ولا يشوبها غموض أو لبس تؤدي الغرض منها لكي يستطيع أي شخص تداركها (كنعان، ١٩٩٢، ص١٥٩).

المطلب الثالث

الاستثناءات التي ترد على مبدأ تقابل الشكل والاجراءات

شكل القرار هو ما يشتمله القرار من مظاهر خارجية، وعندما لا تراعي الادارة ولا تلتزم بالشروط والاجراءات الشكلية الواجبة الاتباع في اصدار القرار نكون امام ما يسمى بعيب الشكل من ثم يمكن الغاءه، فعيب الشكل هو (عدم مراعاة القواعد الشكلية والإجرائية المقررة في القوانين واللوائح لاصدار القرارات الإدارية، سواء أكان ذلك بإهمال تلك القواعد كليا ام بمخالفتها جزئيا)، وصدور القرار من جهة إدارية مختصة غير كافٍ لصحة القرار وإنما لا بد ان يصدر باتباع إجراءات واعمال تحضيرية وأشكال تختلف من قرار للآخر، فالمشرع يستهدف من النص على قواعد الشكل والإجراءات تحقيق مصلحة الإدارة والأفراد في وقت واحد فمصلحة الإدارة تتحقق من خلال حمايتها من التسرع واتخاذ قرارات غير مدروسة ووزن الأمر تحقيقا للمصلحة العامة لذلك فهي ليست مجرد روتين أو عقبات أو قواعد إجرائية لا قيمة لها. اما مصلحة الأفراد فتتمثل بالضمانات التي توفرها قواعد الشكل والإجراءات في مواجهة السلطة الإدارية وقراراتها، اما الاستثناءات الواردة فنجدها من خلال استبعاد القضاء الاداري من نطاق تطبيقه حالات معينة وهي:

إذن تطبيق هذه القاعدة يؤدي إلى نتائج غير معقولة (شفيق، ٢٠٠٠، ص١٨١)، هو خضوع التعيين لاجراءات معينة كالمسابقة والتمرين، في حالة صدور قرار اداري مضاد بالفصل فمن غير المنطقي اتباع اجراءات التعيين، وذلك لاختلاف اجراءات التعيين عن الفصل، وهذا لا يمثل ضمانة حقيقية للأفراد، وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي بضرورة اخذ جهة معينة عند اجراء التعيين، وأن هذا الاجراء لا يتخذ بالفصل لأن هذا الاجراء لا يمثل ضمانة حقيقية للموظف (درويش، ١٩٨٢، ص٥٧٧).

يضر بقواعد الاختصاص، عندما يستطيع الادارة اتخاذ اجراء التعيين الا بناء على اقتراح سلطة أخرى فهي مقيدة بالرجوع إلى تلك السلطة، وأن تطبيق قاعدة تقابل

الشكل في حالة فصل الموظف سبق تعيينه، بمعنى أنه يتعين عليها الرجوع للسلطة السابقة، وأن هذا الاجراء يحرم السلطة المختصة من سلطة اصدار القرار عند تخلف الاقتراح.

عدم وجود نص يلزم السلطة الادارية باتباع اجراءات معينة، وأن هذه القاعدة، تطبق في حالة وجود اجراءات شكلية عند اصدار القرار بموجب القانون (شحاذة، ٢٠٠١، ص٤٥٠).

وهنا يثار تساؤل عن نطاق تطبيق القاعدة على القرارات الفردية والبلاغية معاً أم أنها مقصورة على القرارات الفردية دون اللائحية.

يمكن القول أنها تقتصر على القرارات الادارية الفردية دون التنظيمية والسبب في ذلك لأنها لا تولد حقاً ذاتياً لأحد، ومن ثم لا تكون مصدراً لأكتساب الحقوق ويمكن من خلال تعديلها والغاءها في أي وقت بالسنية للمستقبل بعد استكمال الشكليات المتطلبة عند اصدار القرار، أما القرار الفردي فمصيره الوحيد، هو فكرة القرار الاداري المضاد أن الحقوق الناشئة عن القرارات الفردية السلمية لا يمكن حرمان الأفراد منها إلا بموجب قرار مضاد ويكون محاط بضمانات قانونية أو قضائية (قدورة، بلا تاريخ، ص٤٠١)، وقد أيد في ذلك الفقيه الفرنسي Calabet وكذلك الفقيه Basset إنَّ نطاق هذه القاعدة يكون في مجال القرارات الفردية وليس على القرارات التنظيمية.

وخلاصة ذلك أن نطاق تطبيق القاعدة على القرارات الادارية الفردية دون التنظيمية.

المبحث الثاني

ضمانات اصدار القرار الاداري المضاد

لكون القرار الاداري المضاد يتمتع بالخطورة بسبب مساسه مراكز قانونية مكتسبة، كان لازماً احاطة اصداره بالعديد من هذه الضمانات التي تكفل حماية تلك المراكز من

تعسف الادارة.

ويجمع الفقه على أن القرار الاداري المضاد يخضع في اصداره لاثنين من هذه الضمانات وهي: التسبيب، وحق الدفاع.

وسنقسم هذه الضمانات إلى مطلبين الأول التسبيب، وسندرس في الثاني حق الدفاع.

المطلب الأول

التسبيب

يقصد بالتسبيب فانه الافصاح عن العناصر القانونية والواقعية التي استندت اليها الادارة في اصدار القرار الاداري سواء كان الافصاح واجبا قانونيا أو بناء على الزام قضائي أو تلقائيا من الادارة . وتعتبر مشكلة تسبيب القرارات الادارية من الموضوعات التي اهتمت بها كتابات الفقه الاداري الحديث في إطار الاهتمام العالمي فوق الانسان والتسبيب شرط شكلي نص عليه القانون في القرار الاداري يختلف عن السبب الذي هو ركن في القرار الاداري , والاصل ان الادارة غير ملزمه بان تفصح عن الاسباب الا اذا الزمها القانون بذلك ويترتب على عدم الالزام بذلك هو جعل القرار معيبا في شكلة من ثم يمكن الغاؤه.

١. المادة (٣٦) من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل والتي حظرت نقل الموظف من مكان عمله إلا بعد قضاء مدة لا تقل عن ثلاث سنوات إذا كان في الأماكن الاعتيادية، وفي الأماكن التي يستحق فيها تناول المخصصات المحلية مدة لا تقل عن سنة ونصف (الكبيسي، ٢٠٠٠، ص٤٧٦).
٢. قرار نقل موظفي الخدمة الخارجية من مكان إلى آخر، أو يكون اعادتهم إلى ديوان الوزارة وأن يكون النقل ضمن الشروط المحددة في القانون، وقد أجاز القانون على الوزير صلاحية نقل الموظفين دون التقييد بهذه الشروط ووفق للمادة (٢٠)

من قانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٦ للوزير أن ينقل الموظفين إذا اقتضت المصلحة العامة بذلك معللاً أسباب النقل في القرار.

٣. قد ورد في كتاب رئاسة الجمهورية المرقم ٢/١/ ١٩٩١ والمؤرخ في ١٩٨١/٤/٢١ إنَّ بعض الوزرات تقوم بمعاقبة العاملين لديها أو احالتهم إلى التعاقد، دون اشعار المسبب الرئيسي في ذلك ونظراً لما يتركه من أثر معنوي على نفسية الموظف، لذا تنسب أن يبلغ أي عراقي بالأسباب التي بموجبها يحال على التقاعد أو يعاقب مستقبلاً. بموجب ملزمة الادارة بتبيب قراراتها التي تنطوي على جزاء وكذلك القرارات التي تصورها حالة العاملين على التقاعد (السامرائي، ١٩٨٩، ص٦٥)

ويتضح لنا من ذلك أن القانون قد الزم الادارة ذكر سبب قراراتها وفي حالة عدم تسبيب القرار فإنه يصيب القرار الاداري ويؤدي إلى الغاءه.

إنَّ تطبيقات القضاء العراقي غزيرة في رقابة الأسباب الواردة في القرار، فإذا لم يقتنع القاضي بما توصلتا به الادارة من أسباب ولم تستطيع الادارة تبرير تصرفها فإن القاضي يحكم بالغاء القرار.

وفي قرار لمجلس الانضباط العام الملغي (أن منح الاجازة المرضية أمر جوازي) وعليه يمكن للادارة رفض القرار أو قبوله وفي حالة الرفض يجب أن يكون سبباً مقبول قانونياً (قرار مجلس الانضباط العام، ١٩٦٤)، وفي حالة كون القرار خالياً من الأسباب والأسانيد القانونية في الرفض يقرر المجلس نقض القرار ويفهم من قرار المجلس أن يتطلب تسبيب القرار حتى وأن لم يوجب القانون على ذلك.

وفي قرار لمحكمة التمييز فقد أوجبت تبيب القرار لبيان مدى صحة وقانونية هذه الأسباب وفي ذلك تقول المحكمة إذا منحت البلدية اجازة بناء لشخص ثم تمنعه من البناء ويجب أن يكون مستنداً في ذلك على سبب ضروري ويجب أن تسبب قرارها وإلا اعتبرت متعسفة في حكمها وجاز الحكم على البلدية بالتعويض عن قرارها القاضي بالمنع من اكمال المدعي (قرار مجلس الانضباط العام، ١٩٥٧)، وفي حالة امتناع

الادارة عن اقصاصها لأسباب قرارها وإذا لم توضح سبباً سليماً لتصرفها، فإن قرارها يكون غير مشروع وممكن الغاءه.

والتساؤل هنا هل من الممكن للادارة الرجوع في قرارها السابق؟ نعم من الممكن الرجوع في قرارها السابق إذا لا بد من مبرر قانوني، أما إذا عجزت عن ذلك فإن قرارها يلغى ويتبين مما سيف أن تسبيب القرار واجب على الادارة في حالة وجود نص قانوني.

ومن جانبنا نرى أنه في حالة غياب النص لم يوضح أحكام القضاء العراقي إذا كانت الادارة ملزمة بالتسبيب أو أنها حرة في ذلك (قرار محكمة التمييز، ١٩٧٣)

أما فيما يتعلق بأهمية التسبيب فبالنسبة للادارة يجعل من الادارة أن تتريث باتخاذ القرار وتعويدها على احترام مبدأ المشروعية والخضوع للقانون، وهذا ما يجعل التسبيب رقيباً على نفسه وبالتالي يجنبه أي خطأ ممكن قد يقع منه أو أي ضغط يتعرض له (ابراهيم، ٢٠٠٨، ص١٦)

أما بالنسبة للأفراد يمكنهم معالجة الأسباب في المستقبل فالمرشح يرفض تعسفه في احدى الوظائف العامة ومن حيث يستطيع من خلال ذلك معرفة الرفض لكي يمكنه تلافي ذلك في المستقبل (الطماوي، ٢٠١٥، ص٧١٣).

وخلاصة ذلك أن على الادارة التريث باتخاذ القرار واحترام مبدأ المشروعية والخضوع للقانون.

أما بالنسبة للقضاء فهو يسهل الرقابة على القرار الاداري المضاد حيث الادارة تستعمل سلطتها في اصدار القرار فهي لا تمارس اختصاص ليس تقديراً وإنما قعيداً بالأسباب التي اوردها المشرع، حيث أن التسبيب وسيلة القاضي لمعرفة إذا كانت الادارة قد راعت شروط الاختصاص أم لا (الطماوي، ٢٠١٢، ص٦٩٢)، كما أن التسبيب يضمن بأن القاضي قد اطلع على المستندات والأوراق المقدمة فيها حيث اتصل علمه بجميع ما أبداه من خصوم من دفوع وطلبات.

أما فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في التسبيب يجب أن يكون مكتوب، وليس شفهياً، ويجب أن يكون واضحاً، فالتسبيب الناقص حكمه حكم عدم التسبيب (الطماوي، ٢٠١٥، ص٧٩٩).

ويجب أن يكون كافياً فلا يكفي أن يكون القرار اسباباً بل يجب ان تكون هذه الأسباب كافيه لحمله، وإلا كانت معيبة بالقصور، ويجب أيضاً أن يكون التسبيب معاصراً للقرار وهذا دليل على ان الادارة كانت على بينة من أمرها عند اصداره (ابراهيم، ٢٠٠٨، ص٨٥).

أما بالنسبة لموقف القضاء في العراق من التسبيب بسبب ندرة الأحكام القضائية لم يكن واضحاً إلا أننا يمكن تغييره أنه الادارة غير ملزمة بتسبيب القرار إلا في حالة وجود نص يلزمها بذلك ونستطيع أن هنالك عدة قوانين تنظم هذه الاجراءات الادارية ومن هذه القوانين قانون انضباط موظفي الدولة ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٨، وقانون الخدمة المدنية ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل في نص المادة (٣٦) على ضرورة تسبيب القرار الاداري، وقانون المحاماة ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل في المادة (١١٣)، وكذلك التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ فقد أكد على ضمانة التسبيب في المادة ٥٩/ أولاً. أما قانون مجلس شورى الدولة العراقي قد جاء خالياً من الاشارة (علاوي، ١٩٩١، ص١٠٥-١٠٦).

ويتضح أن موقف القضاء العراقي من التسبيب لم يكن واضحاً، فإن الادارة غير ملزمة بتسبيب القرار الاداري في حالة عدم وجود نص يلزمها بذلك.

المطلب الثاني

حق الدفاع

يعد حق الدفاع للقرار الاداري المضاد شأنه في ذلك شأن القرارات الادارية الأخرى فالمشرع يكفل لكل إنسان الحق في الدفاع عن نفسه، وهذا الحق قد شرعه كل من

القوانين والدساتير والمواثيق والمعاهدات والاتفاقات الدولية، وذلك لأنه يتعلق بالمبادئ العامة التي يقوم بها العدالة، ونظراً لأهمية هذا المبدأ باعتباره من الضمانات الجوهرية للقرار الاداري المضاد يجب معرفة مفهومه ومعرفة موقف القضاء العراقي في حق الدفاع.

فيما يخص مفهومه منح الموظف الوقت الكافي لكي يتدبر أمره ويتمكن من الدفاع عن نفسه كتابياً أو شفاهاً، لذا يجب احاطة الموظف بالتهمة المنسوبة إليه واعطاءه فرصة لجلب الأدلة التي يتبين براءته وأن مخالفة ذلك يؤدي إلى بطلان التحقيق استناداً إلى مبدأ الاخلال بحقه في الدفاع عن نفسه (درويش، ١٩٨٢، ص٥٨٨).

أما فيما يتعلق بتطبيق حق الدفاع فيجب أن تفرق بين القرارات والتي تولد حقوقاً والتي لا تولد حقوقاً التي تتعلق بالجزءات التأديبية، وأن تطبيق هذا المبدأ تمكين المتهم من الدفاع عن نفسه ولا يتحقق هذا المبدأ إلا أذا تولى فعلاً يشكل مخالفة عليه وبالتالي يوقع الجزاء على الشخص. في حالة ثبوت مخالفة على حق الدفاع أو عدم مراعاة أي من هذه الاجراءت يعد القرار غير مشروع مما يسبب الغاء القرار الاداري المضاد.

ففي العراق من حق الموظف الاطلاع على ملفه الشخصي قبل اتخاذ أي عقوبة تأديبية بحقه وأن هذا الحق موجود في القوانين وكذلك بالدساتير العراقية منصوص عليه وخير دليل على ذلك نص المادة (١٩) الفقرة (٤) من الدستور الحالي لعام ٢٠٠٥.

إنَّ حق الدفاع مكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة، كما ورد في هذا المبدأ عدة قوانين من هذه القوانين قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١، وقانون الادعاء العام رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٩ في المادة (٦٤)، وكذلك نص المادة (٦٠) من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ بشأن التنظيم القضائي، وأيضاً نص المادة ٤٥ لسنة ١٩٧٩ بشأن نقابة المهندسين، ويتضح مما تقدم أن مبدأ احترام حق الدفاع يمكن في النصوص التشريعية والقضائية والدستورية المنظمة له في كل دولة (فيصل، ٢٠٠١، ص٧٠)، لذا من المقرر مواجهة الموظف بالمخالفة المنسوبة

إليه وأن حق الدفاع يعد من الضمانات الأساسية التي يجب توافرها في التحقيق وفقاً لما استقر عليه قضاء المحكمة وأن عكس ذلك يعد اخلالاً بحقه في الدفاع عن نفسه (شفيق، ٢٠٠٠، ص٢١٩).

وأن في العراق قضى مجلس الانضباط العام (الملغي –حالياً محكمة قضاء الموظفين) في قرار له جاء فيه: ((لدى التدقيق والمداولة وجد المجلس أن العقوبة المفروضة بحق المعترض الموظف التي لا تستند إلى تحقيق اصولي لاثبات اوجه دفاعه مما يؤدي إلى الاخلال بصحة فرض العقوبة، وعليه قرار إعادة القضية إلى الجهة المختصة لاجراء مثل هذا التحقيق)) (الدايدموني، ١٩٩٢، ص١٢٨).

كما لم تمرر اتمام للمعترض من قبل الوزير المختص كما هو موجود في المادة (٢٠) من قانون انضباط موظفي الدولة، لذا يكون هذا الاجراء واجب لتحديد الوقائع التي تكون مسندة إلى الموظف مما يسهل عليه أمر الدفاع عن نفسه وهو حق من حقوق المتهم يجب مراعاته، وعليه قرر مجلس الانضباط نقض القرار (حسين، ١٩٨٧، ص٢١١).

لذلك إنَّ انهاء أي قرار اداري سليم يجب أن يكون محاط بالضمانات الضرورية من حيث قواعد الشكل والاجراءات ومبدأ التسبيب واحترام حقوق الدفاع، لأن مثل هذا القرار قد ولد حقوق مكتسبة لأصحاب الشأن لا يجوز المساس بها على خلاف القرار غير المشروع لذا يجب على الادارة سحبه أو الغاءه احتراماً لمبدأ المشروعية، ويمكن القول ينطبق على القرار الاداري المضاد كونه قراراً ادارياً ينهي آثار القرار الفردي السليم المنشئ للحق. ويجب أن يكون محاط بتلك الضمانات القانونية فإصداره من جانب الادارة وذلك ضماناً لحقوق الأفراد المكتسبة.

الخاتمة

لعل اهم ما توصلنا اليه في دراسة موضوع البحث هو جملة نتائج، استدعتنا الضرورة تعزيزها بمقترحات تبرز نجاعتها، و هي كالآتي:

أولاً: الاستنتاجات:

١. ان الاسس التي تستند اليها النظرية انتهينا إلى ان فكرتي المصلحة العامة وتغير الظروف هي اكثر الاسس الفة في مجال القرار المضاد، ولعل مرد ذلك يكمن في صعوبة تقدير متطلبات المصلحة العامة والظروف المستقبلية مقدما من قبل الإدارة.

٢. توصلنا إلى ان الانهاء استنادا إلى تلك الفروض يجب ان يكون صريحا، ويظهر ذلك في تخصيص المصلحة العامة الداعية للانهاء والالغاء الصريح فيما يتعلق بتغير الظروف الواقعية.

٣. إنَّ الادارة العامة لها سلطة الغاء قراراتها الادارية سواء عن طريق السحب أو الالغاء أو عن طريق اصدار القرار الاداري المضاد، شريطة أن يتم في إطار الموازنة بين المصلحة العامة للادارة والخاصة للأفراد.

٤. يعد القرار الاداري المضاد لكونه في حقيقته الغاء ضمنياً للقرار الاداري المؤول، وكذلك يرتب آثاره في المستقبل فقط، لكونه لا علاقة له بالقرارات التنظيمية.

٥. يعد القرار الإداري المضاد وسيلة انهاء فأنه يختلف عن السحب بصورة كبيرة وعن الالغاء بصورة أقل، وأن فكرة القرار الاداري المضاد متخذ من فكرة الالغاء الاداري في أمر ألا وهو كل من الالغاء واصدار القرار هي وسيلة من وسائل أنهاء قراراتها الإدارية.

٦. تعد قاعدة التسبيب أفضل ضمانة اجرائية لحقوق أصحاب الشأن، وبما أن السلطات الرئاسية تمتاز بخبرات واسعة غير التي تكون بالسلطات الأدنى، لذا من الضروري أن يعهد القرار إلى السلطة.

ثانياً: المقترحات:

١. لعل من المهم التفات مشرعنا إلى رسم قواعد السحب والالغاء الاداري بصورة واضحة، من خلال تعريفهما وبيان احكام كل منهما وبما يؤمن تجنب الخلط والتداخل بينهما، ونقترح ان يكون ذلك من خلال جعل السحب قاصرا على القرارات التنظيمية والفردية المعيبة، والالغاء تجاه القرارات التنظيمية السليمة والفردية الغير مولدة لحقوق، والقرار المضاد تجاه القرارات المنشئة لحقوق .

٢. نرى ان الاتجاه الذي يذهب شمول القرارات غير المولدة لحقوق في فكرة القرار المضاد، ذلك لامكانية انهاء هذه القرارات عن طريق الالغاء وحتى السحب .

٣. نجد من الضروري ان يتجه قضائنا إلى التمييز بين الشكل والاجراء في القرار الاداري من خلال اعتبار مخالفة الاجراءات في القرارات الادارية جوهرية دائما .

٤. نقترح على مشرعنا الاتجاه مع طائفة الدول التي تجعل الاصل في القرارات الادارية ان تكون مسببة، وبما يؤدي إلى دقة العمل الاداري وطمأنة الافراد على حقوقهم وتسهيل مهمة القضاء في الرقابة .

٥. ان مصطلح (تنازل) الذي ورد ضمن الاستثناءات التي ترد على اثر القرار المضاد لاينسجم مع طبيعة العلاقة الكائنة بين الادارة والافراد في إطار القانون الاداري، فالادارة وخاصة في مجال القرار الاداري تمارس سلطتها من خلال ارادتها المنفردة– والتي لايملك الافراد ازاءها الا تنفيذها، واذا ما برر الواقع العملي ان يبرز دور للافراد سيما في مجال القرارات التي ترتب حقوقا لهم فان ذلك يجب ان لايصل إلى حد تقرير حقهم في التنازل عنها، لان ذلك سيعبر دور لايتمتع به الافراد وبالتالي نرى استخدام مصطلح (تخلي) بدلا عن ذلك .

٦. اذا كان تطور الحياة وتغير الظروف هو مناط المصلحة العامة الداعية إلى انهاء القرارات الادارية فان ذلك قد يضر بحقوق الافراد خاصة في القرارات الفردية السليمة، لهذا نقترح على اداراتنا وهي تتصدى لالغاء القرارات الفردية السليمة ان تقرر التعويض للافراد نتيجة لحرمانهم من مزايا القرار المتعلقة بامتداد اثره للمستقبل واذا لم يتحقق ذلك عن طريق الادارة، نقترح ان بقرر القضاء ذلك عن طريق اجابة طلب الافراد

المصادر

أولاً: الكتب:

١. احمد الدايدموني، الاجراءات والشكل في القرار الاداري، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٩٢.

٢. حسين درويش، نهاية القرار الاداري، ط٢، القاهرة، دار ابو المجد الحديثة للطباعة، ١٩٩١.

٣. د. احمد حافظ نجم، القانون الاداري، ط١، دار الفكرالعربي، القاهرة، ١٩٨١،

٤. د. ثروت بدوي، تدرج القرارات الادارية ومبدأ المشروعية، محاضرات القيت على طلبة الدكتوراه معهد العلوم الادارية، السنه الأولى، ١٩٧٠، ص ١٢٢.

٥. د. د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية– دراسه مقارنة، دار الفكر العربي القاهرة،١٩٨٤.

٦. دعاء شفيق، نظرية القرار الاداري المضاد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ٢٠٠٠.

٧. رحيم سلمان الكبيسي، حرية الادارة في سحب قراراتها، دراسة مقارنة، ٢٠٠٠، ط١، بغداد.

٨. سليمان الطحاوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، ط٥، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٨٤.

٩. سليمان الطحاوي، النظرية العامة، الكتاب الأول، القاهرة، ط٧، ٢٠١٢.

١٠. سليمان الطماوي، القضاء الاداري وقضاء الالغاء، الكتاب الأول، القاهرة، دار الفكر العربي، ٢٠١٥.

١١. غازي فيصل، شرح قانون انضباط موظفي الدولة، ٢٠٠١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠١

١٢. كامل السامرائي، القضاء الاداري في العراق، قوانين الخدمة والملاك والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبها، ط٦، بغداد، ١٩٩٦

١٣. ماهر صالح علاوي، القرار الاداري، بغداد، بدون تاريخ نشر.

١٤. محمود خلف حسين، الحماية المقررة للأفراد في مواجهة أعمال الادارة، بغداد، ١٩٨٧.

ثانياً: الرسائل:

١. بيداء ابراهيم، التنظيم القانوني لتسبيب العقوبات الانضباطية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق– جامعة النهرين، ٢٠٠٨م.

٢. رحيم سليمان الكبيسي، حريه الادارة في سحب قراراتها، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠.

٣. زهير أحمد قدورة، قاعدة تقابل أو توازي الأشكال، مجلة الحقوق، جامعة تكريت، العدد٣.
٤. ليث حسين علي، النظام القانوني للشكل والاجراءات، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون، بغداد، ١٩٨٣.
عبد الحميد عبد المهدي، أثر تغيير الوقائع في مشروعية القرار الاداري، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون، بغداد، ١٩٩٧.

ثالثاً: البحوث:

١. محمود حلمي، عيوب القرار الاداري، مجلة العلوم الإدارية، كلية الحقوق، العدد ٢، ١٩٧٠
٢. موسى شحاذة، أهمية القواعد الشكلية والاجرائية في اعداد القرارات الفردية، ابحاث اليرموك، مجلة اليرموك، العدد الثالث، ٢٠٠١.
٣. نواف كنعان، تسبيب القرار التأديبي كضمانة أساسية من ضمانات التأديب الوظيفي، مجلة مؤتة، جامعة مؤتة، العدد ٦، ١٩٩٢.
٤. د. حسني درويش، حدود سلطة الادارة في الغاء القرار الاداري الفردي السليم، دراسة مقارنة، مجلة العلوم الادارية، ع١، س٢٣، ١٩٨٢. الشاملة إحدى الأنشطة الأساسية المؤثرة في أداء المنظمة المحققة لأهدافها

الملخص:

للسلطة الادارية الحق في انهاء القرار الاداري واتخاذ قرار جديد يسمى بالقرار الاداري المضاد ويكون على طريقة صدور القرار الاداري بنص، وتحدد السلطة المختصة الشكل والاجراءات اللازم اتباعها في اصدار القرار المضاد وإلا اعتبر تصرفها غير مشروع، وتوجد طريقة أخرى وهي صدور القرار الاداري المضاد الذي لا يجابه نص والمسمى بمبدأ توازي الشكل.

إنَّ اتخاذ القرار الاداري المضاد يتمتع بمركز مكتسب لكونه محاط بمجموعة من الضمانات تكفل حماية المراكز في نفس الادارة.

Abstract:

For the ADMINSTRATIVO AUTHORITY the right to quality the administrative decision and a view

The decision shall be mode in the text and determining the Competent authovity and the necessary action to issue anti survival docision and find it a non- project disposal and finding another method of the issuing decision of the issuing docision of the anti- Temprorary resolution, which is not limited to principle of equalization of shapes.