

التنظيم القانوني لرقابة القضاء الإداري في العراق

اللواء الدكتور عدي سمير حليم الحساني

المقدمة

تؤدي الإدارة مهمة كبيرة في حياة المجتمعات الحديثة من خلال تدخلها بإشباع الحاجات العامة عن طريق إنشاء وإدارة المرافق العامة التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة والاستجابة لمتطلبات الحياة اليومية وكذلك حماية النظام العام، وتنظيم العلاقة بينها وبين الأفراد بنصوص دستورية وقانونية فضلا عن الأنظمة والتعليمات وكل ذلك منعا لتجاوز الإدارة على الحقوق والحريات التي تنظمها تلك القواعد مما يعني وجوب احترام قواعد المشروعية عند ممارستها لنشاطها القانوني .

إن احترام الإدارة لقواعد المشروعية لا يمكن تحقيقه إلا من خلال إيجاد رقابة فعالة على أعمالها لإدارة تباشر من قبل هيئات مختلفة قد تكون سياسية أو إدارية أو قضائية، وإن هذه الأخيرة قد تعهد إلى قاضي مختص مما يظهر لنا نظام القضاء المزدوج، لذا فإن أهمية القضاء الإداري تبرز وتتضح من خلال مراقبته لجهة الإدارة ومعرفة مدى احترامها للقانون بمعناه الواسع من عدمه، ولما كان هدف هذا القضاء هو حماية مبدأ المشروعية فقد تم تنظيمه على نحو معين حتى يتسنى له القيام باختصاصاته وممارسة ولايته، لذا فمن هنا أنطلقنا لمعرفة حدود هذه الرقابة فهل هي رقابة تقف عند حد البحث في مشروعية القرارات الإدارية المتخذة أم إنها تتجاوز حدود الرقابة لتصبح رقابة ملاءمة؟ ومتى تكون هذه الرقابة رقابة مشروعية؟ ومتى تكون رقابة ملاءمة؟ وهل هناك حالات يمكن للإدارة أن تخرج فيها عن حدود المشروعية؟ وهل إن خروجها هذا يعتبر استثناءً على مبدأ المشروعية أم أنه يبقى في حدود هذه المشروعية باعتباره تنظيماً للظروف الطارئة وللصلاحيات الممنوحة للإدارة ليس إلا؟ وذلك من خلال:

أولاً/ أهمية البحث:

يأتي بحثنا من الأهمية التي يتمتع بها في الحياة العملية وما يؤدي إليه صمت الإدارة من الغموض الذي يمس في حقوق الأفراد ولهذا أقر المشرع ان يكون هناك قرار اداري يعبر عن هذا الصمت اما بالرفض او القبول، وعلى الرغم من هذه الأهمية الا ان هذا الموضوع (الرقابة القضائية) لم يأخذ حقه من البحث والدراسة ولم يتم التطرق اليه الا بإشارات طفيفة.

ثانياً/ مشكلة البحث:

ان الرقابة القضائية للقرارات الادارية تكون ضماناً هامة لهذا الفن القانوني الذي اعطى المشرع الحق للإدارة الصمت امام طلبات الافراد المقدمة اليها، والتي عدت هذا النوع من القرارات مجازاة ضرورية لإهمال الجهة الادارية صاحبة الاختصاص والعمل على احترام حق الرقابة القضائية على جميع انواع القرارات الادارية حتى التي تتكون من صمت الإدارة وعدم ردها على طلبات الافراد، لان هذا ما يقضيه مبدأ المشروعية لتحقيق المصلحة العامة.

ثالثاً/ تساؤلات البحث:

ان الاجابة عن هذه التساؤلات ستتم في اطار دراسة مقارنة متناولين في ذلك، قدر الامكان، ما جاء به المشرع الفرنسي والمصري والعراقي، وسنحاول المفاضلة بين الآراء المعروضة مرجحين اقربها الى الصواب، وحسب رأينا.

رابعاً/ هيكلية البحث:

تناولت موضوع البحث في مفهوم مبدأ المشروعية ومصادره ونطاق تطبيقه في مطلب أول، ومن ثم نعرض لدراسة الضمانة القضائية لتحقيق مبدأ المشروعية وهذا ما يقتضي منا دراسة حدود الرقابة القضائية في الظروف العادية والاستثنائية في مطلب ثان^(١)، وفي المطلب الثالث ندرس فيه الاستثناءات من رقابة القضاء الإداري في العراق وكما يأتي:

(١) فضلنا عدم الخوض في باقي الضمانات الأخرى والتي تتمثل بالرقابة الإدارية والرقابة السياسية ورقابة الهيئات المستقلة لحصر موضوعنا بالقضاء الإداري العراقي .

المستخلص

ان الرقابة القضائية على القرارات الادارية، هي لتحقيق السلطات العامة مبدأ المشروعية الذي تلتزم بتحقيقه الادارة عند قيامها بأعمالها لا سيما عندما تقوم بإصدار قراراتها الادارية، حتى ولو كان هذا القرارات تمتاز عن غيره من القرارات الادارية الأخرى من عدم أثباتها للنظام القانوني لها، والذي لا يقلل بل لا يمكن ان يقلل من أهمية المبدأ الخاص بهذه القرارات والرقابة عليها، والاعمال القانونية التي تقوم بها الادارة تبدو من ناحية، في صورة قرارات ادارية ومن ناحية أخرى، في صورة عقود ادارية فالقرارات الادارية ترتب الآثار القانونية بالإرادة المنفردة والملزمة للإدارة، وبالعقود الادارية تترتب هذه الآثار باشتراك ارادة اخرى مع ارادة الادارة.

والقرار الاداري يمثل في ذاته اهم امتيازات الادارة تمارس بوسيلته جل نشاطها، وبطريقه ترتب الحقوق وتفرض الالتزامات بإرادتها المنفردة والملزمة.

وتعتبر المهمة الأساسية للدولة، هي تحقيق المصلحة العامة، وهي وظيفة اجتماعية كبرى لا يتم بلوغها إلا في نطاق دولة الحق والقانون والمؤسسات، فإذا كان دور الدولة قديماً يتمثل في ضمان الاستقرار والأمن داخل المجتمع، فإنها اليوم وعلى عكس ذلك، وتقديراً لجسامة المهام الملقاة على عاتقها، تحتاج إلى مجموعة من الوسائل تستعين بها للقيام بهذه المسؤولية، على أحسن وجه، فهذه الوسائل قد تكون ذات طابع مؤسساتي، وقد تكون ذات طابع إنساني يتكون من مجموعة من الأشخاص، وقد تكون ذات طابع قانوني تمكنها من القيام ببعض التصرفات والأعمال، قد تكون قرارات إدارية أو عقود إدارية.

وبعبارة أخرى فالقانون عهد للسلطة الإدارية امتيازات هامة تتمثل أساساً في إصدار القرارات الإدارية تنظيمية كانت أم فردية ترمي إلى تحقيق أهداف القانون في المجتمع وهي العدالة والمصالح العامة للجماعة. وأيضاً المصالح الخاصة للأفراد حسب الأحوال.

وأن تحقيق هذا النشاط لا ينحصر فقط في تلك الامتيازات التي تعطي للإدارة الحرية في التقدير بمحض اختيارها، فالمصلحة العامة قد تقتضي تدخلها من عدمه وفي حالة تدخلها وفق أي الوسائل تقوم بذلك وتمتد كذلك لتشمل ما يفرضه المشرع على الإدارة من قيود ترد على حريتها في تحديد أساليب ممارسة نشاطها فتحرم بعض الأساليب عليها وتشترب بصدد موضوع ما اتخاذ إجراءات معينة لا تستطيع أن تحيد عليها وهي قيود يقصد المشرع منها الحد من حرية الإدارة وسلطاتها وبين حقوق وحرية الأفراد، علاوة على حماية الأفراد من تحكم الإدارة واستبدادها وتحيزها.

وقد تناولنا ذلك من خلال ثلاث مطالب تناولنا المشروعية ومفهومها ومصادرها في المبحث الأول، والثاني تناولنا فيه مبدأ المشروعية على القرارات الإدارية، والثالث تناولنا فيه الاستثناءات على ذلك في القانون العراقي.

(والله ولي التوفيق)

المبحث الأول

مفهوم مبدأ المشروعية ومصادره ونطاق تطبيقه

يعد خضوع الدولة بحكامها ومحكميها إلى القانون هو أفضل الحلول الممكنة للتوفيق بين ما تتمتع به هيئات الحكومة من سلطات لا غنى عنها لانتظام الأفراد في المجتمع وبين حريات الأفراد التي يحتفظون بها، وتعد السلطة التنفيذية إحدى السلطات الثلاث في الدولة - اشد السلطات خطراً على الحريات العامة وذلك بحكم طبيعتها ووظيفتها، وبما لديها من إمكانيات كبيرة يمكن أن تمس بها الأفراد في مختلف حياتهم، لذا لابد من تقييد عمل الإدارة بالقانون وهذا التقييد هو من أهم العناصر التي تقوم عليها الدولة القانونية والتي يخضع فيها الحكام والمحكومين لأحكام القانون ويتمثل هذا المبدأ (بمبدأ المشروعية)، لذا فإن أهمية القضاء الإداري تظهر وتتضح من خلال مراقبته لجهة الإدارة ومعرفة مدى احترامها للقانون من عدمه .

المطلب الأول

تعريف مبدأ المشروعية

المشروعية لغة : لفظة مشتقة من الشرع أو الشريعة أي العادة أو السنة أو المنهاج حسبما ورد في قوله تعالى (لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً)^(٢)، وتمتاز الشرعية عن المشروعية في إن الشرعية تعني موافقة الشرع والمشروعية تعني محاولة موافقة الشرع .
أما المشروعية اصطلاحاً: فهي تنصرف إلى مطابقة تصرفات الإدارة إلى أحكام القانون بمعناه الواسع (كأن يكون قاعدة دستورية أو تشريعاً عادياً أو قراراً إدارياً تنظيمياً أم فردياً).

(٢) الآية ٤٨ من سورة المائدة .

يقصد بالقواعد القانونية المكتوبة تلك القواعد التي تتضمنها وثيقة رسمية صادرة من السلطة المختصة في الدولة وينبغي أن تتوافق قرارات الإدارة مع نصوص القواعد القانونية المكتوبة، سواء تمثل مصدرها في دستور أو قانون عادي أو قرارات إدارية تنظيمية.

أولاً / الدستور: هو مجموعة القواعد الأساسية التي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها وتبين سلطاتها العامة وعلاقاتها ببعضها وعلاقة الأفراد بها كما تقرر حقوق الأفراد وحرياتهم المختلفة وضمانات هذه الحقوق وتلك الحريات^(٤).

والقواعد الدستورية تملو على كل القواعد القانونية النافذة في الدولة وهي تستمد هذه العلوية من سمو الموضوعي والسمو الشكلي^(٥). ومن ثم ينبغي أن تلتزم سلطات الدولة جميعها بالنقيد بأحكامه وإلا عدت تصرفاتها غير مشروعة، والإدارة بوصفها جهاز السلطة التنفيذية تلتزم بقواعد الدستور ولا يحق لها مخالفته في أعمالها إذ أن ذلك يعرض أعمالها للإلغاء والتعويض عما تسببه من أضرار^(٦).

ولتلتزم الإدارة بنصوص الدستور فقط وإنما أضاف إلى جانب الوثيقة الدستورية توجد إعلانات حقوق الإنسان أو مقدمات الدستور قد تكون في ديباجة الدستور أو جزء منه، فاعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة ١٧٨٩ تصدر دستور فرنسا لسنة ١٧٩١^(٧).

ثانياً/ التشريعات العادية: ويقصد بالتشريع ماتسنه السلطة التشريعية من قوانين سواء تمثلت هذه السلطة بالبرلمان أو الحكومة أثناء غيابه بناءً على تفويض صريح من قواعد قانونية ومجردة يسري حكمها على الكافة تحقيقاً لمبدأ المشروعية^(٨)، والتشريعات العادية هي المصدر الثاني والغزير للمشروعية حيث تأتي بعد الدستور في المرتبة من حيث التزام الإدارة بها عند أداء نشاطها، وفي العراق فان الدستور قد

(٤) أنظر: عبد المجيد الفياض، المطالبة بالتعويض عن القرار الإداري، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثاني، ١٩٧٠، ص ١١٢.

(٥) أنظر: د. محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، ١٩٨٨، ص ٩٣.

(٦) وهذا أيضاً ما نصت عليه المادة (١٣/أولاً) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ .

(٧) أنظر: د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٦٠، وللمزيد في معرفة الاتجاهات الفقهية حول الخلاف الذي أثير حول القيمة القانونية لمقدمات الدساتير وكذلك إعلانات

حقوق الإنسان وأيضاً المواثيق الوطنية يراجع : علي سعد عمران ، مصدر سابق ، ص ١٦ - ١٨ ، و د. محمد محمد عبدة ، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠٠٧ ، ص ٢١-٢٦ .

(٨) أنظر: د. فاروق احمد خماس، الرقابة على أعمال الإدارة، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٨، ص ٢٠.

أناط سلطة تشريع القوانين الاتحادية بمجلس النواب، والمجالس التشريعية في الأقاليم باستثناء الاختصاصات الحصرية ولمجالس المحافظات^(٩) .

ثالثاً / القرارات الإدارية التنظيمية: وهي وثائق قانونية مكتوبة تضم قواعد عامة ومجردة تصدرها الإدارة لغرض تنظيم موضوع ما لم تنظمه التشريعات العادية، أو فوض المشرع الإدارة لغرض تنظيمه أو تنفيذ التشريعات العادية والتفصيل في جزئياتها، ويطلق عليها أيضاً (بالتشريعات الفرعية)، وفي العراق فان لمجلس الوزراء صلاحية إصدار الأنظمة التنفيذية وأنظمة الضرورة^(١٠)، هذا وان مجلس المحافظة فانه يصدر الأنظمة والتعليمات أما تنفيذاً للقوانين والتشريعات المحلية، أو قد يصدر أنظمة مستقلة بوصفه سلطة تنفيذية في المسائل غير الداخلة في الاختصاصات الحصرية للسلطة المركزية.

هذا وتعد القرارات الإدارية التنظيمية مصدراً هاماً من مصادر المشروعية ويجب على الإدارة التقيد بها عند ممارسة نشاطها وبالأخص عند إصدار القرارات الإدارية الفردية.

الفرع الثاني/ مصادر مبدأ المشروعية غير المكتوبة

أولاً / العرف:

يعتبر مصدراً للمشروعية ويأتي بمرتبة الثانية بعد التشريع الإداري هو ويعني اعتياد الإدارة على إتباع سلوك معين يتعلق بالنشاط الإداري وسيادة الاعتقاد لديها بلزومه، وبذلك ولكي ينشأ العرف الإداري يجب أن يقوم على عنصرين: عنصر مادي، وعنصر معنوي والذي يتمثل في شعور الأفراد والإدارة بأن القاعدة التي سلكتها في تصرفاتها أصبحت ملزمة قانوناً، وعنصر مادي يتمثل في الاعتياد على الأخذ بتلك القاعدة بشكل منتظم ومستمر بشرط أن يتبلور ذلك بمضي الزمن الكافي لاستقرارها، ويكتنف اعتبار العرف مصدراً صعوبات من أهمها صعوبة إثباته كونه غير مكتوب ويقع عبء إثباته على من يدعيه.

ثانياً / المبادئ العامة للقانون: هي قواعد قانونية غير مكتوبة يستنبطها القاضي أو يكشف عنها وهو بصدد حل النزاع المعروض أمامه.

وعلى الرغم من اختلاف الفقه حول القيمة القانونية التي تتمتع بها المبادئ العامة للقانون، فقد استقر القضاء على تمتع هذه المبادئ بقوة ملزمة للإدارة بحيث يجوز الطعن بإلغاء القرارات الصادرة عنها، وتتضمن انتهاكاً لهذه المبادئ والتعويض عن الأضرار التي تسببها الأفراد.

(٩) راجع: المواد (٦٠/أولاً و ١٢١ و ١١٥) من دستور ٢٠٠٥، والمادة (٢) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل .

(١٠) راجع: المادة (٨٠/ثالثاً) والمادة (٦١/تاسعاً ج) من دستور العراق .

ومن المبادئ القانونية العامة التي استخلصها مجلس الدولة الفرنسي وأضحت قواعد أساسية في القانون الإداري ونظام القانون العام ؛ مبدأ سيادة القانون، ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، ومبدأ المساواة أمام المرافق العامة، ومبدأ المساواة أمام التكاليف العامة، ومبدأ الحق في التقاضي، ومبدأ عدم المساس بالحقوق المكتسبة، ونظرية الظروف الاستثنائية.

والقضاء الإداري بهذا المعنى لا يخلق المبادئ العامة للقانون إنما يقتصر دوره على كشفها والتحقق من وجودها في الضمير القانوني للأمة^(١١).

ثالثاً/ الأحكام القضائية: وهي القرارات الحاسمة الصادرة من القضاء والذي تنتهي بها الدعوى، وينتهي النزاع ويحوز حجية الشيء المقضي به، وهذه الحجية هي مطلقة لا تقتصر على أطراف النزاع وإنما تسري في مواجهة كافة الذي ينطبق عليه الحكم كما هو الحال في دعوى الإلغاء وبذلك فان حجية الشيء المقضي تعد مصدراً من مصادر المشروعية.

المطلب الثالث

نطاق تطبيق مبدأ المشروعية

إذا كان احترام حقوق الأفراد وحياتهم يقتضي وجود قواعد صارمة تمنع الإدارة من الاعتداء على مبدأ المشروعية، فأن حسن سير المرافق العامة واستمرار أداء الإدارة وظيفتها يقتضيان منحها من الحرية ما يساعدها في اتخاذ القرار المناسب في الوقت المناسب توجيهاً للمصلحة العامة. لذلك اعترف المشرع والقضاء والفقهاء ببعض الامتيازات التي تملكها الإدارة وتستهدف موازنة مبدأ المشروعية وهي:

١- السلطة التقديرية .

٢- الظروف الاستثنائية .

٣- أعمال السيادة .

وسوف نبين فيما يأتي كلا من السلطة التقديرية للإدارة، ونظرية الظروف الاستثنائية، مبتعدين عن بيان أعمال السيادة وذلك لكثرة الباحثين الذين تناولوها بالبحث، فضلاً عن إن التعديل الخامس لمجلس شوري الدولة قد اخرج أعمال السيادة من استثناءاته التي كان قد نص عليها فيما سبق.

(١١) للتفصيل ومعرفة الخلاف الفقهي حول القيمة القانونية ينظر: . محمد محمد عبدة ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ٣٦ -

وللخوض في هذا الموضوع نعيد طرح التساؤل الذي أوردناه في المقدمة وهو هل تعد السلطة التقديرية وكذلك الظروف الاستثنائية خروجاً أو استثناءً من مبدأ المشروعية؟ أم إنها تبقى ضمن حدوده؟ هذا ما سوف نبينه وكالاتي:

الفرع الأول / السلطة التقديرية للإدارة

يقصد بالسلطة التقديرية، الحرية التي تتمتع بها الإدارة العامة حينما تمارس الاختصاصات والصلاحيات التي أنيطت بها، وبهذا تظهر السلطة التقديرية بأنها عبارة عن نوع من الحرية أو هامش من حرية التصرف المسموح به للإدارة العامة.

وبذلك فان الإدارة تمارس نشاطها باتباع أسلوبين: الأول أن تمارس اختصاصاً مقيداً وفيه يحدد المشرع الشروط لاتخاذ قرارها مقدماً، مثلما هو الحال في ترقية موظف بالأقدمية فقط فإذا ما توفرت هذه الأقدمية فإن الإدارة مجبرة على التدخل وإصدار قرارها بالترقية، فالسلطة المقيدة تتحقق في الحالة التي يفرض فيها المشرع على الإدارة بطريقة آمرة الهدف الذي يجب عليها تحقيقه والأوضاع التي ينبغي مراعاتها للوصول إليه^(١٢)، والوقت المحدد الذي تمارس فيه عملها ففي مثل هذه الحالة ستكون سلطتها واختصاصها مقيداً.

والأسلوب الثاني يتمثل بممارسة الإدارة اختصاصاً تقديرياً إذ يترك المشرع للإدارة حرية اختيار وقت وأسلوب التدخل في إصدار قراراتها تبعاً للظروف ومن دون أن تخضع للرقابة.

لذا فان السلطة التقديرية هي قسط من حرية التصرف يمنحه القانون للإدارة عند ممارسة نشاطها^(١٣)، أي يكون للإدارة حرية تقدير الظروف والوقائع التي تبرر تدخلها من عدمه وحرية اختيار التصرف الذي تراه ملائماً لمواجهة هذه الظروف إذا قررت التدخل وحرية تحديد الوقت المناسب الذي تعمل به وحرية تحديد الأهداف التي يراد تحقيقها.

كان الرأي السائد اعتبار السلطة التقديرية خروجاً على مبدأ المشروعية، حيث يذهب اغلب الفقهاء بشرحهم لمبدأ المشروعية إلى اعتبارها استثناء على مبدأ المشروعية، غير إن هذا الرأي قد تبدل فأخضعت سلطة الإدارة التقديرية لمبدأ المشروعية، وبالتالي لرقابة القضاء؛ وقد استند هذا الرأي إلى أمرين: **أولهما** الركون إلى الغاية (ويتمثل في وجوب أن يكون القرار الإداري مطابقاً للغاية التي استهدفها التشريع)، **وثانيهما** يتمثل في عدم تجاوزها حدود القانون بمعناه العام .

(١٢) أنظر: د. غازي فيصل مهدي ، تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام ، الطبعة الأولى ، ٢-٤ ، ص ١٥ .

(١٣) أنظر: د. غازي فيصل مهدي ود. عدنان عاجل عبيد ، مصدر سابق ، ص ٤٨ .

هذا وتستقي الإدارة سلطتها التقديرية من مصدرين:

الأول: وجود نص يمنحها حرية التقدير ، كما ورد مثلاً في المادة الرابعة عشر من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل والتي أعطت الحرية للإدارة في تقدير مدى صلاحية الموظف المعين خلال فترة التجربة وفي الاستغناء عنه إذا لم تثبت كفاءته، كذلك المادة (٨) من قانون انضباط موظفي الدولة التي أعطت للإدارة حرية اختيار العقوبة المناسبة من بين العقوبات.

وبالعكس فإن سلطتها تغيب عند ورود نص صريح يسلب الإدارة مكنة التقدير واتخاذ قراراً إدارياً معيناً دون غيره مثال ذلك المادة (١٩/ج/٤) من قانون الخدمة المدنية التي أوجبت منح الموظف الحاصل على شهادة اختصاص جامعية أثناء الخدمة أو خارجها قدماً لمدة سنة واحدة لغرض الترفيع.

الثاني: عدم وجود نص يسمح أو يمنع الإدارة من ممارسة الاختصاص، فقد يسكت المشرع أحياناً عن إيراد نص معين يمنح أو يسلب الإدارة ممارسة سلطتها التقديرية، فلها حينئذ ممارستها استناداً إلى مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

أما عن حدود السلطة التقديرية فإنها تنوزع إلى ثلاث درجات : **الدرجة القصوى**؛ وفيها تصل سلطة الإدارة لأعلى المستويات مثل حق فصل الموظف بغير الطريق التأديبي، **والدرجة المتوسطة**؛ مثل اختيار العقوبة المناسبة، **والدرجة الدنيا**؛ مثل قرارات الترقية بالأقدمية.

هذا وإن مما قيل من مبررات اللجوء إلى منح الإدارة السلطة التقديرية هو استحالة وضع قواعد عامة لكافة تفاصيل الحياة الإدارية إذ لا يستطيع المشرع أن يحدد للإدارة سلفاً مساراً محدداً تتبعه في مزاوله نشاطها الإداري، كما إن دوره يقتصر على قواعد عامة مجردة دون التفاصيل، كما إن الحكمة من ذلك هو عدم جعل الإدارة أداة صماء لتنفيذ القوانين تنفيذاً حرفياً دون مراعاة الظروف.

معايير التفرقة بين الاختصاص المقيد والصلاحية التقديرية

هنا كالعديد من المعايير التي تم وضعها من قبل الفقهاء في هذا الشأن ونذكر منها:

١. **معايير الرقابة القضائية**، ويتمثل في مدى الرقابة القضائية، فإذا مارس القضاء رقابته على العمل الإداري كانت صلاحية الإدارة مقيدة، وإذا انتفت هذه الرقابة نكون بصدد صلاحية تقديرية.
٢. **معايير مدى إلزامية القواعد القانونية**، ويقوم على التفريق بين القواعد الحاسمة أو القاطعة وبين القواعد الجوازية لتحديد فيما إذا كانت القواعد العليا تمنح الجهات أو الهيئات الأذن سلطة تقديرية أم لا.

٣. معيار مدى عمومية وتجريد القاعدة القانونية^(١٤)، وتأسيساً على ذلك فإن اختصاص رجل الإدارة لن يكون تقديرياً إلا بقدر ما يضيفه في قراره من العناصر أي القاعدة التي استمد منها اختصاصه في كون اختصاصه مقيداً إذا اقتصر قراره على التقيد الحر في القاعدة التي استمد منها اختصاصه دون أن يضيف إليها عناصر جديدة^(١٥).

جدير بالإشارة إلى إن عناصر السلطة التقديرية تتمثل في تقدير ملائمة إصدار القرار الإداري، وسلطة تحديد مضمون القرار الإداري، فالأول قيل فيه إن السلطة التقديرية تتعلق بتقدير مدى ملائمة اتخاذ الإجراء أو القيام بالتصرف، فيملك الموظف العام في هذه الحالة حق اختيار الحل الذي يراه ملائماً، أما العنصر الثاني ويتمثل حينما تتمتع الإدارة بسلطة تحديد مضمون التصرف، ويتجلى في هذا العنصر حرية الإدارة في تقدير الوسائل والأساليب التي يتعين استعمالها وإتباعها لتحقيق أهدافها.

نطاق السلطة التقديرية

إن علاقة السلطة التقديرية بالقرار الإداري نلخصها كما يلي:
بالنسبة لركن الاختصاص فإن القانون هو الذي يحدد الاختصاصات بعينها ويعهد بها إلى جهات أو أشخاص معينين، لذا لا تملك الإدارة حرية الاختيار في ممارسة قواعد الاختصاص، فلا مجال للسلطة التقديرية إلا في حالة التفويض.
أما بالنسبة لركن الشكل فإن اشترط القانون شكلية معينة فلا يمكن للإدارة أن تتجاهلها وليس لها سلطة تقديرية فيه.

(١٤) وقد وضع المجلس معياراً لتحديد اختصاصه بالاعتماد على صيغة النصوص القانونية وقد رد المجلس الكثير من الدعاوى تحت ذريعة أن الموضع المتنازع عليه يدخل في مجال السلطة التقديرية للإدارة، فبالنسبة للنصوص التي ترد بصيغة الجواز مثل (يجوز) فهي حقوق جائزة للموظف لا تقبل الدعاوى بها لأنها لا تفيد الإلزام أو حساب الحق بحكم القانون، ومن ثم لا تعتبر حقاً للموظف يستوفيه على سبيل الإلزام وهنا لا ينظر المجلس في الدعاوى المستندة إلى نصوص من هذا الوصف فردها لازم، أما النصوص التي ترد بصيغة (يستحق) أو (يعطي) مما لا يفيد معنى الجواز بل الوجوب فهي حق للموظف واجب استيفاءه ولا يجوز حرمان الموظف منه وإذا حصل الحرمان جاز للموظف استصراخ المجلس وطلب إعادة الحق إليه أن المعيار الذي وضعه المجلس منتقد ولا أساس له لأنه لا يوجد حق ثابت وحق غير ثابت في القانون فالحق ما قرره النصوص القانونية فهو كان والنقيض لذلك أنه لا يكون، أما أن حقاً تقرر بصفة الوجوب وآخر بصفة الجواز، فهذا يعني تبعض الحق بل يؤول إلى سلطة الإدارة في منحه فهي أما أن تكون مقيدة لا يتعدى دورها التثبت من توافر الشروط القانونية التي استلزمها النص أو تقرير ينطوي على الخلق والإنشاء.

أما بخصوص السلطة التقديرية لركن السبب فإنها تظهر في الحالات الواقعية وتخفي في الحالات القانونية، إذ يمكن أن يمنح القانون للإدارة حرية التقدير في الوقائع .

أما ركن المحل فإن القانون إذا لم يحدد للإدارة أثراً معيناً جاز لها الركون إلى سلطتها التقديرية. وأخيراً فإن ليس للإدارة أن تبتعد عن تحقيق الصالح العام حتى وإن لم يحدد لها القانون غاية معينة فلا مجال للسلطة التقديرية في عنصر الغاية .

خلاصة ما تقدم يتضح إن السلطة التقديرية للإدارة لا تعد استثناءً أو قيداً على مبدأ المشروعية وإنما تتضمن فقط توسيع دائرة المشروعية دون تجاوز حدودها ، فيكون للقاضي الإداري إما إلغاء القرارات غير المشروعة أو التعويض عن إساءة استخدام الإدارة للسلطة، أو في حال تراخيها عن إصدار بعض القرارات الهامة، فهي هامش من الحرية معطاة لجهة الادارة من القانون ذاته.

الفرع الثاني / توسع مبدأ المشروعية (نظرية الظروف الاستثنائية)

قد تتعرض الدولة لأزمات تتطلب اتخاذ قرارات تعد عادة غير مشروعة مما استدعي ابتداع هذه النظرية من قبل القضاء، والنظرية هذه لا تستبعد مبدأ المشروعية بصفة مطلقة فالإدارة ملزمة باحترام مبدأ المشروعية في حالة الأزمة ولكن هذا المبدأ يكون له معنى جديد ويخضع تقدير ذلك كله لرقابة القضاء. وعلى هذا الأساس يتضح إن لمبدأ المشروعية مفهومين؛ الأول المشروعية العادية وهي خضوع تصرفات الإدارة لإحكام القانون في الظروف العادية، والثاني المشروعية الاستثنائية وهي خضوع تصرفاتها لإحكام القانون في الظروف الاستثنائية.

إن نظرية الظروف الاستثنائية من صنع مجلس الدولة الفرنسي وذلك منذ الحرب العالمية الأولى، فقد تتعرض الدولة كما اشرنا إلى ظروف استثنائية غير عادية تهدد وجودها واستمرارها كأن يهدد خطر حرب خارجية أو اضطرابات داخلية أو كوارث طبيعية، مما يتوجب معه اتخاذ تدابير وإجراءات سريعة وصارمة لمواجهة هذه الظروف غير العادية وذلك بواسطة تشريعات تعد خصيصاً لهذا الغرض، أي إن ذلك لا يعني إن الإدارة ستكون مطلقة وإنما لابد وإن تنقيد بمبدأ المشروعية وإن اتسع نطاقه نتيجة الظروف غير العادية، وهكذا نستبدل المشروعية العادية إلى مشروعية استثنائية^(١٦).

ولتطبيق هذه النظرية لابد من توافر شروط معينة وكما يأتي:

(١٦) أنظر: علي سعد عمران ، مصدر سابق ، ص٤٦-٤٧ .

- ١- قيام ظرف استثنائي: ويتمثل هذا الظرف بوجود خطر حال موجه ضد الدولة^(١٧) وهو أول الشروط اللازمة لقيام هذه النظرية ويمكن أن يتحدد هذا الخطر عن طريق تحديد مصدره الذي يكون داخلياً كالكوارث الطبيعية أو الأزمات الاقتصادية أو العصيان المسلح والمظاهرات غير السلمية أو قد يكون هذا المصدر خارجياً كالحروب.
 - ٢- تعذر مواجهة الظرف الاستثنائي باتباع الوسائل العادية واحتياجها إلى الوسائل الاستثنائية لدفع الخطر.
 - ٣- يكون هدف الإدارة تحقيق المصلحة العامة؛ إذ يجب أن يكون الهدف النهائي والغاية النهائية هو تحقيق المصلحة العامة من وراء اتخاذ هذه الإجراءات الاستثنائية.
 - ٤- تناسب الإجراء المتخذ مع الظرف الاستثنائي فلا تتخذ إجراء إلا بالقدر الذي يمليه الظرف وفي حالة العكس عد تصرفها ضمن نطاق التعسف أو المغالاة .
 - ٥- انتهاء سلطة الإدارة الاستثنائية بانتهاء الظرف الاستثنائي والعودة إلى قواعد المشروعية العادية.
- هذا ومن الجدير بالذكر إن النتائج التي تترتب على تطبيق هذه النظرية فإنها تتمثل بتوسيع سلطات الضبط الإداري - إذ تمنح الإدارة الحق في تشديد إجراءاتها والتوسع فيها - كذلك إمكانية الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية وتجاوز القضاء لأغلب عيوب القرار الإداري (إذ يقر القضاء بصحة بعض القرارات الإدارية المعيبة بعبء عدم الاختصاص وعبء الشكل وعبء المحل)، فضلاً عن تحرر الإدارة من بعض القواعد الموضوعية^(١٨).

(نظرية الظروف الاستثنائية في العراق)

يزخر التشريع العراقي بالنصوص الدستورية و القانونية التي تنظم سلطات الإدارة في الظروف الاستثنائية ويبدو ذلك راجعاً إلى حالة الاضطراب التي تسود البلاد على مر الزمن ومنذ تأسيس الدولة العراقية عام ١٩٢١ وليومنا هذا، فضلاً عن كثرة الانقلابات العسكرية والأزمات والحروب وظروف الاحتلال .

فقد أشار إلى هذه النظرية القانون الأساسي لسنة ١٩٢٥ في موضعين الأول المادة (٣/٢٦) التي منحت الملك حق إصدار مراسيم لها قوة القانون، والثاني في المادة (١٢٥) والتي منحت الملك إعلان الأحكام العرفية بصورة مؤقتة في أنحاء العراق في ظروف معينة.

(١٧) إن الخطر الحال هو الخطر الذي وقع فعلاً أو وشيك الوقوع فلا يعتد بالخطر المستقبلي أو الموهوم، كما لا يعتبر من قبل الخطر ذلك الموجه إلى أشخاص النظام السياسي القائم في الدولة وبالتالي لا يؤدي إلى قيام حالة الضرورة، د. عاصم رمضان مرسي، الحريات العامة في الظروف الاستثنائية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠، ص ٩٣.

(١٨) أنظر: د. غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل، مصدر سابق، ص ٦٨-٧٠ .

واستناداً لذلك صدر مرسوم الإدارة العرفية رقم (١٨) لسنة ١٩٣٥ و مرسوم الطوارئ رقم (١) لسنة ١٩٥٦.

كذلك وفي عصر الجمهورية فقد صدر قانون السلامة الوطنية رقم (٤) لسنة ١٩٦٥ استناداً للمادة (٥١) من دستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤، كما صدر قانون التعبئة العامة رقم (١٢) لسنة ١٩٧١ وقانون الدفاع المدني رقم (٦٤) لسنة ١٩٧٨ استناداً لدستور ١٦ تموز لسنة ١٩٧٠ .

وبعد عام ٢٠٠٣، وصدر قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ فانه لم يشر صراحة إلى هذه النظرية، ألا انه أشار في المادة ٢٥ منه إلى الاختصاصات الحصرية للحكومة الانتقالية ومنها وضع وتنفيذ سياسة الأمن الوطني وإنشاء قوات مسلحة لتأمين وحماية الحدود والدفاع عنها، كذلك تطرق ملحقه في القسم الثاني إلى صلاحية مجلس الوزراء وبموافقة مجلس الرئاسة وبالإجماع إصدار أوامر لها قوة القانون، واستناداً لذلك صدر أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة ٢٠٠٤، والذي منح رئيس الوزراء بعد موافقة مجلس الرئاسة بالإجماع إعلان حالة الطوارئ في أي منطقة من العراق.

أما دستور عام ٢٠٠٥ فقد أورد نظرية الظروف الاستثنائية عند ذكره لاختصاصات مجلس النواب في المادة (٦١/تاسعاً) منه، وقد أوقف المشرع أعمال النص على صدور تشريع ينظم صلاحيات رئيس مجلس الوزراء أثناء الظروف الاستثنائية، وقد صدر مؤخراً قانون الطوارئ لعام ٢٠١٥ . وهذا ما اسماه بعض الفقه نظرية الظروف الاستثنائية التشريعية (أي مجموعة القوانين التي يضعها المشرع لتنظيم الظروف الاستثنائية).

المبحث الثاني

الضمانة القضائية لمبدأ المشروعية

إن احترام مبدأ المشروعية وقيام دولة القانون يتطلب وجود ضمانات ووسائل عملية لإيقاف كل اعتداء على القانون يقع من قبل الإدارة فسيادة القانون وكما قلنا لا تتحقق دون أن يشمل الحكام والمحكومون بالرقابة والإلغاء على حد سواء بحيث يستطيع الأفراد إلغاء القرارات أو طلب إيقافها أو التعويض عنها وهذا لا يتحقق دون وجود رقابة قوية في الدولة وتتمثل بالرقابة القضائية، لذا سوف نقوم بالبحث في كل من الرقابة على المشروعية (رقابة المشروعية) والرقابة على الملائمة (رقابة ملائمة) وبعد ذلك نبين حدود الرقابة القضائية على القرارات الإدارية المتخذة في الظروف الاستثنائية وكما يأتي:

المطلب الأول

رقابة القاضي الإداري على القرارات الإدارية رقابة ضيقة (رقابة المشروعية)

يظهر في إطار رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة نوعان من الرقابة الأول رقابة المشروعية والثاني رقابة الملائمة، فرقابة المشروعية تنصرف إلى إن دور القاضي ينحصر في التأكد من مدى مطابقة تصرف الإدارة مع أحكام القانون دون اللجوء في ظروف إصدار القرار وتفاصيله، وتمارس رقابة المشروعية في إطار السلطة المقيدة، أما رقابة الملائمة فلا يقتصر دور القاضي على التأكد من مطابقة تصرف الإدارة للقانون حسب، وإنما يتعدى ليتدخل في تفاصيل العمل وظروف إصداره والوقت المناسب لاتخاذ، ويرتبط هذا النوع بالسلطة التقديرية.

ففي ضوء رقابة المشروعية فإن القاضي الإداري يراقب مشروعية القرار الإداري من حيث ركن الاختصاص إذ يجب أن يصدر من الشخص أو الجهة التي حددها القانون، أي ممن يملك الاختصاص بإصداره فإذا مورس ممن لا اختصاص له وقع التصرف باطلاً.

كذلك فإنه يراقب مشروعية القرار من ناحية ركن الشكل ومدى التزام الإدارة بمراعاة قواعد الإجراءات الشكلية المشترطة في القانون، وفي هذا المجال يفرق بين الشكليات الجوهرية والشكليات الثانوية حيث يصبح القرار الإداري معيباً بعيب الشكل وقابلاً للإلغاء عند مخالفته للشكليات الجوهرية لعدم مشروعيته، كما إن القاضي الإداري يراقب عيب مخالفة القانون وهو الذي يلحق بكل من عنصري المحل والسبب في القرار الإداري، فهو بهذا الخصوص يراقب مدى مراعاة الإدارة للقواعد القانونية عند اتخاذ القرار الإداري من ناحية أسبابه الواقعية والقانونية الدافعة لاتخاذ، وذلك عندما يحدد المشرع أسباباً معينة يجب أن تسند إليها الإدارة في إصدار بعض قراراتها فإذا استندت في إصدار قرارها إلى أسباب غير تلك التي حددها المشرع فإن قرارها يكون مستحقاً للإلغاء لعدم مشروعيته ويجري القضاء في هذه الحالة على رقابة الأسباب القانونية من حيث وجودها أو عدم وجودها وقصر سلطته على تطبيق حكم القانون أي على رقابة المشروعية فقط، ويراقب القضاء أيضاً ركن المحل وذلك من ناحية الأثر المترتب عليه، وبذلك فإن أي خرق للقواعد القانونية يجعل القرار معيباً بعيب مخالفة القانون، فضلاً عن ذلك فإنه يراقب مدى استهداف الإدارة الصالح العام عند اتخاذها لقرارها، أو استهداف الغاية التي حددها القانون عند تحديدها لها، كما إن سلطاته تتسع لتمتد لمراقبة الإدارة في التعسف في استعمال سلطتها.

وبذلك فإن رقابة المشروعية لا يملك القاضي فيها إلا الحكم بمشروعية أو عدم مشروعية القرار المطعون فيه، وفي الحالة الأخيرة لا يملك القاضي إلا إبطال التصرف المعيب بإلغائه والتعويض عنه أو يقرر التعويض فحسب - وفقاً لظروف كل حالة على حدة - ولا سيما في القضاء المزدوج.

المطلب الثاني

رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية (رقابة الملاءمة)

الأصل إن الرقابة القضائية هي رقابة مشروعية وبذلك فلا سلطان للقضاء على الإدارة في تصرفاتها التقديرية مهما كانت درجة ملاءمتها لواقع الحال، إذ إن تلك الرقابة تدخل في إطار الرقابة الإدارية إذ إنها تتناول المشروعية والملاءمة معاً.

إن رقابة الملاءمة تتمثل في امتداد رقابة القاضي الإداري لمراقبة مدى ملاءمة القرار للوقائع وكذلك كيفية ممارسة الاختصاص، أي بمعنى إن رقابة القضاء لا تقف عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع التي اتخذت أساساً للقرار الإداري وصحة تكييفها القانوني وعدم مخالفتها محل القرار للقانون، وإنما تمتد للبحث في أهمية وخطورة السبب وتقدير مدى ملاءمة هذا السبب للقرار الإداري المتخذ، ولقد تطورت الرقابة على سبب القرار الإداري من الرقابة على الوجود المادي للوقائع إلى رقابة الوصف القانوني للوقائع إلى أن وصلت إلى مجال الملائمة أو التناسب بين القرار الإداري والوقائع التي دفعت إلى إصداره.

ومن أمثلة فرض القضاء الإداري رقابته على عنصر الملاءمة فضلاً عن رقابة المشروعية وذلك في ميدان القرارات المقيدة للحرية، وبذلك فإن رقابة الملاءمة تتصل بركني السبب والغاية.

والأصل كما سبق وإن اشترنا له إن الإدارة عند ممارستها لسلطتها التقديرية لا يعتبر ذلك خروجاً على مبدأ المشروعية بحكم كونها تتمتع بحرية اختيار وتقدير تقرر لها من المشرع ذاته، ولكن في مقابل ذلك فإن رقابة القضاء كما اشترنا إلى إنها في الأصل رقابة مشروعية وليست رقابة ملاءمة لذا فإن المشكلة تظهر في مدى رقابة القضاء عند تمتع الإدارة بالسلطة التقديرية؟

لذا فقد مرت رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية بمرحلتين :

الأولى: وتتمثل في عزوف القضاء الإداري عن مراقبة السلطة التقديرية رقابة ملاءمة وذلك لعدة أسباب منها بعد القاضي الإداري من ناحيتي الزمان والمكان عن الظروف والملابسات التي أحاطت بالإدارة عند إصدار قراراتها، كذلك فإن ثمة مانع قانوني يمنع القاضي وهو التزامه بمبدأ الفصل بين السلطات،

إذ انه في حالة ممارسته لرقابة الملاءمة فانه يكون قد نصب نفسه رئيساً على الإدارة أو حل محلها مما يتعارض مع المبدأ المذكور^(١٩).

الثانية: تبني القضاء الإداري رقابة الملاءمة على السلطة التقديرية، وذلك للتأكد من عدم انحراف الإدارة عن الهدف الذي حدده القانون والمتمثل بتحقيق المصلحة العامة في جميع تصرفاتها^(٢٠). من هذا يظهر لنا إن المجالات التي فرض القضاء الإداري فيها رقابته على عنصر الملاءمة على سبيل الاستثناء (فضلاً عن عنصر المشروعية) فتتمثل في ميدان القرارات المقيدة للحريات، وكذلك في ميدان العقوبات التأديبية.

ففيما يتعلق بالضبط الإداري؛ فان رقابة القضاء الإداري بشأن القرارات المقيدة للحرية لا تقف عند حد التحقق من وجود الاضطرابات المهددة لأمن الدولة بل تمتد لتشمل التناسب بين مضمون القرارات المتخذة مع خطورة الحالة الأمنية، أي مدى ملاءمة هذه القرارات مع الظروف الواقعية، فان وجد القضاء إن القرار لا يتناسب في شدته مع تلك الظروف قضى بإلغائه لعدم الملاءمة أو حتى الحكم بالتعويض.

أما في مجال القرارات التأديبية؛ فان رقابة الملاءمة تظهر من خلال إيقاع عقوبة معينة على موظف جراء خطأ وظيفي ارتكبه يدخل ضمن السلطة التقديرية للإدارة، فيصبح لها سلطة تقدير مناسبة العقوبة للخطأ الوظيفي المرتكب، أي تقدير مدى شدتها أو تناسبها مع الخطأ، وهنا يقوم القاضي بإلغاء قرار العقوبة إذا وجد انه لا يتناسب مع الخطأ الذي ارتكبه.

(١٩) استناداً لذلك فقد تبلورت نظرية تدعى (نظرية الأعمال التقديرية) التي تقضي بعدم خضوع السلطة التقديرية لرقابة القضاء وبالأستناد إليها استبعد مجلس الدولة الفرنسي في رقابته العديد من القرارات ، د. غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل ، مصدر سابق ، ص ٥٥ .

(٢٠) أدى امتناع القضاء الإداري عن التصدي لرقابة السلطة التقديرية إعمالاً لنظرية الأعمال التقديرية إلى تحصين طائفة كبيرة من أعمال الإدارة وجعلها شبيهة بأعمال السيادة ، مما اثر سلباً على حقوق الأفراد وحرياتهم في مواجهة الإدارة، لذا فقد اتجه الفقه والقضاء إلى مد رقابته وهجر النظرية المذكورة ، ومنذ عام ١٩٠٣ بسط مجلس الدولة الفرنسي رقابته على قرارات الضبط الإداري والقرارات المقيدة للحريات العامة كحرية التجارة والصناعة، حيث انتهج مجلس الدولة الفرنسي في سعيه لتضييق هذه السلطة طبيعة ودرجة لبسط رقابته على قرارات الإدارة إلى ابعاد الحدود الممكنة في هذا المجال وخطا لذلك خطوات هامة وجادة وفاعلة لم يكن الفقه الإداري متوقفاً إياها وذلك بمد اختصاصه في الرقابة على أعمال الإدارة لتطال سلطاتها في أعلى ملامعتها والتي كانت بمنأى عن القضاء ولتنال جوهر هذه السلطة تقدير الأخيرة للإدارة للوقائع و ملاءمة القرار الإداري للصالح العام فأنشأ نظريتي الغلط البين في تقدير الوقائع والموازنة بين منافع وتكاليف القرار الإداري واخذ عن طريق النظريتين يقضي بإلغاء القرارات التي تصدر بخلاف مفهومها وهدفها ، أما في مصر فانه قصر هذه الرقابة على العقوبات التأديبية المفروضة وهو ما اسماها (نظرية الغلو) والتي تنصرف إلى ضرورة تناسب العقوبة المفروضة مع المخالفة المرتكبة .

وفي العراق فان القضاء الإداري فيه لا يزال متردداً في بسط رقابته على السلطة التقديرية، فتارة يأخذ بها وتارة أخرى يمتنع، إذ تمسك مجلس الانضباط العام (محكمة قضاء الموظفين حالياً) بنظرية الأعمال التقديرية عندما رفض النظر في القرارات المتعلقة بالعلو والتفريع والترقية في مجال الوظيفة العامة، في حين انه اعمل رقابته في مجال التأديب عندما قضى بضرورة تناسب العقوبة الانضباطية مع جسامه الفعل المرتكب ومسؤولية الموظف المباشرة عن المخالفة^(٢١)، وفي أحيان أخرى نراه يمارس رقابة الملاءمة مرة ويعدل عنها تارة أخرى في دعاوى ذات طبيعة واحدة، إذ اقر في حكمه الصادر في ٢٣/١٠/٢٠٠٥ برد دعوى المدعية التي تطلب فيها إلغاء أمر نقلها إلى مديرية التقاعد العامة بدون وجه حق على اعتبار إن أوامر النقل تخضع للسلطة التقديرية للإدارة، ألا انه عاد وخالف ذلك في قرار آخر حين ما قضى بإلغاء أمر نقل طبيب من محافظة بغداد إلى محافظة ذي قار^(٢٢).

المطلب الثالث

حدود الرقابة القضائية للقضاء الإداري على القرارات الإدارية المتخذة في الظروف الاستثنائية
إن الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية وإن كانت في مظهرها ذات أهمية كبيرة ألا أنها ترد عليها قيود تعرقل قدرتها وفعاليتها فهي مثلاً تضيق إذا شابت البلاد ظروفًا استثنائية مما يؤدي إلى وقف العمل بقواعد المشروعية العادية والعمل بقواعد المشروعية الاستثنائية (كما سبق إن اشرنا).
اتفق كل من القضاء الإداري الفرنسي والمصري على خضوع كافة إجراءات السلطات الاستثنائية إلى رقابة الإلغاء للتأكد من مشروعيتها حيث اعتبر أن كافة ما يصدر من تدابير استثنائية هي قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء إلغاء وتعويضاً، ألا إن القضاء الإداري في كل من مصر وفرنسا وهو بسبيل رقابته على تدابير سلطة الطوارئ يوازن بين اعتبارين هامين:
الأول: ضرورة تأمين أكبر قدر ممكن من الحماية للحريات والحقوق.

(٢١) وفي ذلك قضى مجلس الانضباط العام في حكمه بعدد ١٩٧٩/١٢٢ في ١٩٧٩/٥/٩ (من شروط العقوبة المفروضة على الموظف أن تكون ملائمة مع الغايات المستهدفة منها) واستمر المجلس على نهجه هذا بعد صدور قانون تعديل قانون مجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ وأصدر قرارات عديدة تشير إشارة واضحة إلى بسط المجلس رقابته على التناسب ومنها قراره الذي جاء فيه (وحيث لم يسبق للمعتزضة أن عوقبت خلال السنة ولخدمتها الطويلة، فتكون عقوبة العزل شديدة ولا تتناسب مع الفعل، قررنا تخفيف العقوبة من العزل إلى التوبيخ) قرار مجلس الانضباط العام برقم ٢٠٠٤/٢٠٧ في ٢٠٠٤/٧/١ القرار غير منشور.

(٢٢) أنظر: د. غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل ، مصدر سابق ، ص ٥٧ - ٥٨ ، ونراه مرة أخرى يعتبر النقل بمثابة عقوبة ويخرجها من نطاق السلطة التقديرية للإدارة ويدخلها في باب التعسف في استعمال الحق .

والثاني: عدم إغفال ما تتطلبه الظروف الاستثنائية من اتخاذ تدابير تؤمن سلامة الدولة ولو صدرت مخالفة للقانون .

أما الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في الظروف الاستثنائية في العراق: .
إن الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية لا تنتفي مسؤوليتها تماماً فيكون للقضاء الإداري ممارسة رقابته على أعمال الإدارة من ناحيتي الإلغاء والتعويض.

١- من ناحية الإلغاء :

تتصب رقابة القاضي الإداري بصورة رئيسية في ظل الظروف الاستثنائية على ركني السبب والغاية منه فضلاً على عنصر الملاءمة (وهذا ما يطلق عليه أحياناً بالرقابة الموضوعية)، أما ركن الاختصاص والشكل والغاية فهي التي تتأثر بالظروف الاستثنائية والتي من الممكن الخروج عليها.

- **بالنسبة لركن السبب:** فيبدو دور القاضي الإداري من خلال تأكده ابتداءً من وجود الظرف الاستثنائي ثم التأكد من صحة الحالة الواقعية التي دفعت الإدارة إلى استخدام سلطاتها الاستثنائية، فالإدارة لا يجوز لها أن تصدر قراراً خلال هذه الظروف دون الاستناد إلى سبب صحيح وواقعي، فإذا ما أصدرت قراراً يستند إلى سبب معين ثم يتضح عدم وجود السبب الذي تذرعت به فإن القرار يعد باطلاً، وهكذا فإن الظروف الاستثنائية لا تمحو عدم المشروعية التي تصيب القرار الإداري بأي حال ويجب أن تظل الإدارة ملتزمة بالأسباب التي ينص عليها القانون وإن تكون للبواعث التي تعلل بها تصرفها وجود حقيقي .

- **أما بالنسبة للغاية:** ركن الغاية في القرار الإداري هو أدق وأصعب أركان القرار الإداري تحديداً، لذا يتعين على الإدارة عند اتخاذ قراراتها في ظل الظروف الاستثنائية أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة، وإن لا تجانب مبدأ تخصيص الأهداف.

- **أما ما يتعلق بالملاءمة** والمتمثل بتناسب الإجراء المتخذ من الإدارة مع الظرف الاستثنائي فإن لم يجد القاضي التناسب متحققاً يعمد إلى إلغاء القرار المتخذ.

هذا وإن رقابة القضاء الإداري لا تتجاوز إلى الأركان الأخرى للقرار الإداري (الاختصاص والشكل والمحل)، لذا نجد إن القضاء الإداري أباح للإدارة مخالفة قواعد الاختصاص فأسبغ صفة العمل الإداري على الأعمال الصادرة من أشخاص عاديين لا يمتون إلى الوظيفة العامة بصلة وذلك في حالة

تعلق الأمر بإدارة المرافق العامة فأبتدع نظرية (الموظف الفعلي)، كما أجاز للإدارة عدم الالتزام بالشكليات والإجراءات التي يتطلبها القانون، كما إن القضاء قرر مشروعية قرارات الإدارة القضائية بإيقاف العمل ببعض القوانين، كما اقر بمشروعية القرارات الصادرة بالامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به وذلك إذا ترتب على تنفيذها إخلال خطير بالأمن العام، على خلاف القاعدة المقررة التي لا تجيز إيقاف أو منع تنفيذ الأحكام القضائية^(٢٣).

٢ - من ناحية التعويض: يلاحظ إن القضاء الإداري يقيم مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ الذي وقع منها في هذه الظروف، غير إن هذا الخطأ يقاس بمقياس آخر يختلف عن ذلك الذي يقاس به في الظروف العادية فيستلزم به درجة اكبر من الجسامة وهذا ما اخذ به القضاء الإداري المصري، أي انه أسسها على أساس الخطأ الجسيم.

أما في العراق فأن مسؤولية الدولة تقوم على أساس فكرة المخاطر استناداً (٢٣١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، كذلك على أساس الخطأ المفترض استناداً للمادة (٢١٩) من القانون المدني انف الذكر^(٢٤).

أما موقف دستورنا الحالي فقد نصت المادة (١٣٢) في الفقرة الثانية على أنه ((تكفل الدولة تعويض اسر الشهداء والمصابين نتيجة الأعمال الإرهابية)) ونصت الفقرة الثالثة منها على أنه ((ينظم ما ورد في الفقرتين أولاً وثانياً من هذه المادة بقانون)) هذا موقف القانون من مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية^(٢٥).

وقد اخذ القضاء الإداري في العراق بنظرية الظروف الاستثنائية في أفضيته ومنها حكم الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بتاريخ ٢٠٠٤/٧/١٢ ((....ونظراً للظروف غير الاعتيادية التي يمر بها العراق خلال المدة من ٢٠٠٣/٣/٢٠ ولغاية ٢٠٠٣/١٢/٣١ نتيجة الحرب وما تلاها من أعمال تخريب وعدم استتباب الأمن وخطورة التنقل وصعوبة مراجعة المحاكم ودوائر الدولة وحيث سبق للهيئة العامة في مجلس شورى الدولة أن اتخذت قرارات عدة بعدم التقيد بالمدة القانونية تطبيقاً لقواعد العدالة قرر احتساب مدة الستين يوماً للتظلم من تاريخ ٢٠٠٤/١/١٢ باعتبار أن ٢٠٠٤/١/١ عطله رسمية لذا قرر نقض الحكم المميز ورد الدعوى لمحكمة القضاء الإداري للفصل فيها....))^(٢٦).

هذا موقف القضاء الإداري من الظروف الاستثنائية التي يمر بها بلدنا.

(٢٣) أنظر: علي سعد عمران، مصدر سابق ، ص ٥٢ .

(٢٤) ينظر في تفصيل دعوى التعويض د. غازي فيصل مهدي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٢٢٧-٢٣٠ .

(٢٥) نشر في الوقائع العراقية العدد ٤٠١٢ في ٢٨/١/٢٠٠٥

(٢٦) قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم ١٥/أداري/تميز/٢٠٠٤ غير منشور.

وعلى ذلك يتضح إن نظرية الظروف الاستثنائية لا تعد خروجاً على مبدأ المشروعية وإنما هي توسع من نطاقه ، بحيث تعد قرارات الإدارة في هذه الظروف صحيحة ومشروعة على الرغم من إنها لا تعد كذلك في الظروف العادية، مع رقابة القضاء عليها.

المبحث الثالث

الاستثناءات من رقابة القضاء الإداري في العراق

الأصل أن جميع تصرفات الدولة تخضع لرقابة القضاء، وذلك بهدف الحفاظ على حقوق الأفراد في مواجهة الدولة، لكن وردت استثناءات كثيرة على اختصاصات كل من محكمة قضاء الموظفين ومحكمة القضاء الإداري في العراق وتتمثل فيما يأتي:

الاستثناءات على اختصاص محكمة قضاء الموظفين

أولاً/ أن اختصاصات محكمة قضاء الموظفين في مجال حقوق الخدمة المدنية تتمثل في أن المحكمة لا تنظر إلا في المنازعات الناشئة عن تطبيق قانون الخدمة المدنية والأنظمة الصادرة بموجبه وحيث أن هناك عدداً كبيراً من الموظفين في دوائر الدولة والقطاع العام ممن لم يخضع لأحكام قانون الخدمة المدنية بل لأحكام قانون أو نظام أو قواعد خدمة خاصة، وهذا يعني أن محكمة قضاء الموظفين غير مختصة بالنظر في الدعاوى التي يقيمها الموظفون الخاضعون للتشريعات السابقة أي قوانين وأنظمة وقواعد وتعليمات الخدمة الخاصة وفي هذا مضرة لأنه ينطوي على سلب حق التقاضي بالنسبة للمذكورين إلا أن المشرع عالج هذا النقص التشريعي بأنه قضى بتشكيل مجالس انضباط خاصة في بعض أنظمة وقواعد الخدمة الخاصة تتولى مهام محكمة قضاء الموظفين^(٢٧)، ومن هذه اللجان ما نصت عليه قوانين التقاعد من تشكيل لجان التدقيق قضايا المتقاعدين المدنيين والعسكريين لتكون هذه اللجان هي المختصة في النظر في الاعتراضات المقدمة من ذوي العلاقة على أي قرار يصدره الوزير أو رئيس الدائرة المختص أو مدير التقاعد فيما له علاقة بالتقاعد وتكون قرارات هذه اللجان قابلة للطعن فيها أمام محكمة التمييز^(٢٨)، ولكن هذا التعدد في جهة الطعن غير مقبول لأنه يؤدي إلى تباين

(٢٧) أنظر: د. غازي فيصل، مجلس الانضباط العام، الواقع والطموح، مصدر سابق، ص ١١.

(٢٨) نصت المادة (٢٩/أولاً) من قانون التقاعد الموحد رقم (٩) لسنة ٢٠١٤ العراقي على (يشكل مجلس يسمى) مجلس تدقيق قضايا المتقاعدين) يتولى النظر في الاعتراضات المقدمة في شأن القرارات التي تصدرها الهيئة في قضايا التقاعد، يتألف من

الاجتهادات في تطبيق النصوص القانونية خصوصاً إذا علمنا إن تلك المجالس تقتقر إلى الكوادر القانونية الكفوءة^(٢٩)، وهذا الرأي ما تبناه بالقول جانب من الفقه استناداً للمادة (١/٥٩) من قانون الخدمة المدنية^(٣٠).

ألا إننا نرى إن محكمة قضاء الموظفين قد أصبحت مختصة بتلك المنازعات وفقاً للمادة (٧/تاسعاً/أ) من قانون مجلس شورى الدولة والتي ذكرت (النظر في الدعاوى التي يقيمها الموظف على دوائر الدولة والقطاع العام في الحقوق الناشئة عن قانون الخدمة المدنية أو القوانين أو الأنظمة التي تحكم العلاقة بين الموظف وبين الجهة التي يعمل بها) وبذلك فقد أعيد له الاختصاص بالنظر في جميع المنازعات التي تنشأ حتى وإن كانت من القوانين الخاصة .

وهنا يمكن أن يثار تساؤل مهم حول الجهة التي تتولى النظر في الدعاوى التي يقيمها الموظفون المؤقتون والإجراء؟

يمكن أن نقول أن القانون لم ينص على اختصاص محكمة قضاء الموظفين للنظر في الدعاوى التي يقيمها الموظفون المؤقتون والإجراء لذلك فقد قيل أنه بما إن كلمة (موظف) قد وردت مطلقة لذا فإنها تشمل الموظف الدائم والموظف المؤقت.

ثانياً/ القاعدة العامة في تحديد اختصاص القضاء الإداري هي ولايته على دعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها تصرفات الإدارة غير المشروعة، ألا إن الاختصاص به من قبل القضاء الإداري في العراق لا يزال رهن القصور التشريعي، حيث إن المشرع لم يشر البتة إلى اختصاص محكمة القضاء الموظفين بالنظر في دعاوى التعويض المرفوعة من الموظفين جراء القرارات الإدارية غير المشروعة بصفة أصلية أو تبعية عند عرضه اختصاصات المحكمة في قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠، وقانون انضباط موظفي الدولة وقانون مجلس الدولة.

الاستثناءات على اختصاص محكمة القضاء الإداري

١- المطالبة بالتعويض بصفة أصلية: حيث يدخل ذلك ضمن اختصاص القضاء العادي والذي نص عليه قانون مجلس الدولة في العراق بنصه: (عند عدم البت في التظلم أو رفضه من الجهة الإدارية

(٢٩) أنظر: د. غازي فيصل، مجلس الانضباط العام، الواقع والطموح، مصدر سابق، ص ١١.

(٣٠) أنظر: د. جمال إبراهيم الحيدري، القضاء الإداري في العراق الواقع والطموح، ندوة عقدها قسم الدراسات القانونية في بيت

الحكمة بتاريخ ٢٠/١/٢٠٠٩، ص ١٣ .

المختصة على المتظلم أن يقدم طعنه إلى المحكمة خلال ٦٠ يوما ولا يمنع سقوط الحق في الطعن أمامها من مراجعة القضاء العادي للمطالبة بحقوقه في التعويض عن الأضرار الناشئة عن المخالفة أو الخرق) .

٢- لا يدخل في اختصاص محكمة القضاء الإداري صلاحية النظر في الدعاوى الخاصة بالعقود الإدارية، وذلك استناداً إلى نص المادة السابعة، ولكن هل يمكن الطعن بالقرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري والصادرة بمناسبة العقد كالقرار الإداري الصادر بالأذن بإبرام العقد وهذا ما موجود في كل من فرنسا ومصر (٣١) في العراق؟ في العراق فإن مجلس شورى الدولة يرى بقراره المرقم ٢٠١٢/٥٩ بعدم اختصاص محكمة القضاء الإداري بالقرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة استناداً إلى نصوص واردة في العقد.

ونود التنويه إلى انه يشترط في الطعن بالإلغاء بالقرارات السابقة على التعاقد والمنفصل عنه هي أن يكون تقديم طلب الإلغاء من غير المتعاقد ويقصد به المتضرر من القرار الإداري المتصل بالعقد، وأن يكون القرار نهائياً وباتاً وأن تتم إقامة دعوى الإلغاء خلال الميعاد الذي عينه القانون ويترتب عليه إلغاء القرار دون إلغاء العقد.

كما إن الأثر الذي يترتب على الطعن بالإلغاء بالقرارات الإدارية ذات الصلة بالتعاقد (أي القرار الإداري المتصل بالعقد الإداري) فهو إلغاء القرار المذكور أو رد الطعن وتتوقف سلطة المحكمة عند إلغاء القرار دون العقد الإداري، ألا إن هناك من يرى إن عملية إلغاء قرارات تمهيدية وتحضيرية لازمة لإتمام العقد تؤدي إلى النيل بمشروعية عملية التعاقد وهذا الأمر يقتصر على طرفي العقد فقط (٣٢).

لذلك نقترح على المشرع العراقي إدخال الدعاوى المتعلقة . بالعقود الإدارية . في اختصاص محكمة القضاء الإداري كما في بقية القوانين المقارنة مثل القانون المصري والفرنسي لم يخرج هذه الدعاوى من سلطة المحاكم الإدارية.

(٣١) أنظر: د. محمد عبد المجيد إسماعيل، مجلس الدولة نحو دور جديد، ملفات الأهرام، الاثنين ٩ من جمادى الأولى ١٤٢٢هـ

٣٠ كانون الأول ٢٠٠١، السنة ١٢٥، العدد ٤١٨٧٤. متاح على شبكة المعلومات الدولية على الموقع الآتي: W.W.W

. Ksu. Edu ، ص ١-٣.

(٣٢) أنظر: د. عثمان سلمان غيلان ، الاحكام التفصيلية في شرح التعاقدات الحكومية، مطبعة سيماء، بغداد ، ٢٠١٥، ط

الاولى، ص ٧٩٩ .

٣- المنازعات الناشئة عن أعمال الغصب أو التعدي أو الاستيلاء:

الغصب أو التعدي: عندما تقوم الإدارة بعمل مادي غير مشروع يتضمن اعتداء على الملكية الفردية أو الحريات العامة، فإن المنازعات الخاصة بهذا الغصب أو التعدي وبذلك لا تنتظر المحكمة في دعاوى المسؤولية التقصيرية التي ترفع على جهة الإدارة نتيجة لأعمالها المادية التي قد تسبب ضرراً للأفراد ويكون المختص بنظرها القضاء العادي، لذلك يشترط أن يكون العمل من أعمال التنفيذ المادية وأن يكون عدم مشروعية العمل الصادر عن الإدارة جسيماً وظاهراً بحيث يفقد العمل الصفة الإدارية، ومن أبرز الأمثلة على ذلك ماورد في قضاء مجلس شورى الدولة، من هدم بناء مهدد بالانهيار دون أن تقوم الإدارة مسبقاً بالإجراءات القانونية اللازمة في هذه الحالة أو دون مستند يسمح بذلك.

الاستيلاء: ويتحقق عندما تقوم الإدارة بوضع يدها على عقار مملوك للغير خلافاً للقانون، بصورة مؤقتة أم نهائية، فأن الإدارة تكون في هذه الحالة قد استولت على عقار لا يعود إليها، وتتحصّر سلطة القاضي في حالة الاستيلاء على الحكم بالتعويض.

ألا إننا نرى صحيح إن الأعمال المادية تخرج عن اختصاص القضاء الإداري ألا انه رغم ذلك فان هذه الأعمال لا يمكن أن تثار دون أن تسبقها مجموعة من القرارات الإدارية التي تستند إليها الإدارة للقيام بأعمالها المادية تلك وهذه بلا شك تخضع للقضاء الإداري طعناً.

٤ - القرارات التي لها مرجعاً للطعن:

ونجد ذلك واضحاً في قانون مجلس الدولة العراقي عندما نص على أن: تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر من الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجع لطعن فيها ...) وبذلك فان اختصاص المحكمة حدد بالنظر في صحة القرارات الإدارية التي لم يعين مرجع للطعن فيها، وبذلك أصبح اختصاصها محدوداً إذ هناك تشريعات عديدة زاخرة بالنصوص التي تحدد طرق للتنظيم من القرارات أمام جهات إدارية أو سلطات رئاسية أو لجان قضائية مما يفلت هذه القرارات من رقابة القضاء الإداري ومن ثم يفوت الهدف الأساسي من إنشاء المحكمة وهو توفير الضمانة القضائية في مواجهة سلطات الإدارة.

والمتصفح للنظام التشريعي العراقي يجد إن هذه القرارات من الكثرة بحيث إنها تحد من اختصاص المحكمة، فالمشرع العراقي كان ولا يزال يجعل اختصاص النظر في جملة من المنازعات الإدارية من اختصاص لجان إدارية أو شبه قضائية أو قد يجعلها من اختصاص المحاكم العادية، ومن تلك قانون

ضريبة الدخل رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢، وقانون الاستملاك رقم ١١٢ لسنة ١٩٨٠، قانون الصحة العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ قانون المفصولين السياسيين رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٥^(٣٣).

لم يكن المشرع موفقاً عند إيراد هذا الاستثناء إذ انه بذلك يخرج طائفة كبيرة من رقابة القضاء ويجعل اختصاص المحكمة هزياً^(٣٤)، لذا ندعو المشرع إلى إلغاء الفقرة المذكورة وتقرير الولاية لمحكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين .

وحسنا فعل المشرع العراقي عند نصه صراحة في قانون مجلس الدولة على إمكانية الطعن بالقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية، بعد إن كان النص مطلقاً على القرارات الإدارية فقط وهذا ما أدى بالمحكمة في الكثير من قراراتها إلى إخراج القرارات التنظيمية والتعليمات من اختصاصها.

٥- الأعمال التشريعية: يعد العمل تشريعياً إذا كان صادراً من السلطة التشريعية كما حددها الدستور بغض النظر عن طبيعته وموضعه، ويشمل العمل التشريعي الأعمال الصادرة في صورة قوانين، كذلك لا يقبل الطعن بالإلغاء القرار الإداري الصادر بتفسير تشريع معين لأنه يأخذ حكمه.

ومع ذلك فهناك ثمة أعمال لا تتعلق بتشريع القوانين وإنما بتنظيم عمل البرلمان كالقرارات المتعلقة بموظفي البرلمان ومنها قرارات تعيينهم ونقلهم وتأديبهم... الخ، فهذه الطائفة من الأعمال وإن كانت صادرة من البرلمان ألا أنها تمثل في جوهرها أعمالاً إدارية، وليس هناك من مانع من بسط القضاء الإداري رقابته عليها^(٣٥).

٦- أعمال السلطة القضائية: إن أعمال السلطة القضائية من أحكام قضائية وقرارات ولائية سابقة على صدور الأحكام كقرارات ندب الخبراء أو إجراء التفتيش أو الإعفاء من الرسوم القضائية فإنها تخرج عن رقابة القضاء^(٣٦)، ألا إن ثمة أعمال توصف بأنها قرارات إدارية وإن كانت صادرة من القضاء لتعلقها

(٣٣) انظر قرار المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٥/جمادى الأولى/١٤٣٥هـ الموافق ٢٠١٤/٣/٢٧ بعدد إضبارة (٢٨) (٣٥/إداري/تميز/٢٠١٣) (المبدأ القضائي: امتناع المحاكم من سماع الدعاوى التي تقام على وزارة التعليم العالي والبحث العلمي أو الجامعة أو الهيئة أو الكلية أو المعهد في كل ما يتعلق بالقبول أو الانتقال أو الامتحانات أو العقوبات الانضباطية التي تفرض على الطلبة والفصل وترقيين القيد وغيرها، ويكون للوزارة والجامعة والهيئة وحدها حق البت في الشكوى التي تنشأ عن هذه الأمور، وإن هذا المنع يمتد ليشمل الدعاوى المقامة على الجهات المذكورة فيما يتعلق بقبول أو رفض طلبات التأجيل الدراسي).

(٣٤) لقد صادقت المحكمة الاتحادية العليا بصفقتها التمييزية على قرار الفصل السياسي بحجة إن قرارات الفصل السياسي قد رسم القانون طريقاً آخر للنظر فيها ، حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٢/اتحادية/تميز/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/١١/٥ أورده د. غازي فيصل مهدي، ود. عدنان عاجل عبيد ، القضاء الإداري، بغداد الطبعة الثانية ٢٠١٣، ص ١٥٩.

(٣٥) أنظر: علي سعد عمران ، القضاء الإداري العراقي والمقارن ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص ١٦٠ .

(٣٦) جاء في فتوى لمجلس شورى الدولة أن (قرار الحجز هو قرار إداري تصدره وفقاً للصلاحيات المخولة لها في حين أن

بنتظيم مرفق القضاء كقرارات إنشاء المحاكم وقرارات تعيين وتأديب رجال القضاء، فإنها تخضع لرقابة القضاء في فرنسا، ألا إنها تخرج عنه في مصر والعراق^(٣٧) .

٧- **السلطة المطلقة للإدارة:** اختلف الفقه في وجود سلطة مطلقة للإدارة حيث كان الرأي سابقاً انه يوجد هناك سلطة تقديرية للإدارة وهناك سلطة مطلقة، وهذه الأخيرة تعني عدم خضوع أعمال وقرارات الإدارة للرقابة القضائية، إذ ظل الفقه الفرنسي حتى نهاية القرن التاسع عشر يقسمها إلى صورتين؛ الإدارة المحضة أو البحتة، والإدارة القضائية، وبعد ذلك تخطى عنها حيث أصبحت جميع القرارات تخضع للرقابة ولكن بمستويات مختلفة ومتفاوتة.

وفي العراق فقد اخذ بالسلطة المطلقة للإدارة واخرج من رقابة القضاء التعيين في الوظائف العليا أو اعفائهم مثل مدير عام فما فوق.

٨- **هذا وتخرج من اختصاص محكمة القضاء الإداري في العراق كل القرارات الصادرة من المنظمات المهنية كנקابات الأطباء والصيدلة والمحامين لأنها تتعارض مع مضمون المادة السابعة، إذ لا تعد تلك المنظمات من دوائر الدولة والقطاع العام حسبما ورد في القانون.**

٩- **أما محكمة القضاء الإداري في إقليم كردستان العراق فقد أوردت قيوداً بموجب المادة السادسة عشر من قانون مجلس الشورى لإقليم كردستان - العراق رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٨ منعت بموجبها النظر في الطعون المتعلقة بأعمال السيادة ، وتعد من أعمال السيادة صلاحيات رئيس الإقليم المنصوص عليها في المادة العاشرة من قانون رئاسة الإقليم رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ المعدلة بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٩، ويمكن تقسيمها إلى قسمين صلاحياته في الظروف العادية وصلاحياته في الظروف الاستثنائية، كذلك يستثنى من اختصاصها القرارات التي لها مرجعاً للطعن فيها ، وهذا برأينا يعد خرقاً لنص المادة (١٠٠) من الدستور التي منعت تحصين أي قرار من الطعن به أمام القضاء.**

العقوبات السالبة للحرية وهي السجن والحبس والإيداع بالنسبة للأحداث هي قرارات تصدر عن المحاكم المختصة وتأسيساً على ما تقدم يرى المجلس أن قرار الحجز الصادر عن وزير الداخلية لا يعد بمنزلة الحكم القضائي) فتوى مجلس شورى الدولة رقم ٩ / ٢٠٠٠ في ٢٣/٢/٢٠٠٠ المنشورة في مجلة العدالة، العدد الأول ، ٢٠٠١، ص١٤٥.

(٣٧) لقد اعترفت المحكمة الاتحادية العليا بصفتها التمييزية بان إنهاء خدمة الدعي (كقاضي) من قبل مجلس القضاء الأعلى يعد أمراً إدارياً وليس تشريعياً ، ومع ذلك فإنه لا يخضع لرقابة القضاء الإداري استناداً إلى مبدأ استقلال القضاء ، حكمها رقم ١٦/اتحادية/٢٠٠٦ في ١١/١٠/٢٠٠٦ ، د. غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل ، مصدر سابق ، ص١٦٨ .

الخاتمة

- ١- إن السلطة التقديرية للإدارة لا تعد استثناءً أو قيداً على مبدأ المشروعية وإنما تتضمن فقط توسيع دائرة المشروعية دون تجاوز حدودها، فيكون للقاضي الإداري إما إلغاء القرارات غير المشروعة أو التعويض عن إساءة استخدام الإدارة للسلطة، أو في حال تراخيها عن إصدار بعض القرارات الهامة .
- ٢- الأصل إن الرقابة القضائية هي رقابة مشروعية وبذلك فلا سلطان للقضاء على الإدارة في تصرفاتها مهما كانت درجة ملاءمتها لواقع الحال، إذ إن تلك الرقابة تدخل في إطار الرقابة الإدارية إذ إنها تتناول المشروعية و الملاءمة معاً، ألا إن رقابة القاضي الإداري قد تعدت رقابة المشروعية إلى رقابة الملائمة التي تعد استثناء من القاعدة العامة، وهذه الرقابة نجد صداها في الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وهو نفس المنهج الذي سلكه مجلس الدولة في مصر فأصبح للقضاء الإداري ممارسة رقابة الملاءمة على السلطة التقديرية، وذلك للتأكد من عدم انحراف الإدارة عن الهدف الذي حدده القانون والمتمثل بتحقيق المصلحة العامة في جميع تصرفاتها، ألا إن القضاء الإداري العراقي وكما سبق إن اشرنا لا يزال متردد في بسط رقابته على الملاءمة.
- ٣- إن الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية لا تتنفي مسؤوليتها تماماً فيكون للقضاء الإداري ممارسة رقابته على أعمال الإدارة من ناحيتي الإلغاء والتعويض، إذ تنصب رقابة القاضي الإداري بصورة رئيسية في ظل الظروف الاستثنائية على ركني السبب والغاية منه فضلاً على عنصر الملائمة ولا تتجاوز إلى الأركان الأخرى للقرار الإداري (الاختصاص والشكل والمحل) وعلى ذلك يتضح إن نظرية الظروف الاستثنائية لا تعد خروجاً على مبدأ المشروعية وإنما هي توسع من نطاقه، بحيث تعد قرارات الإدارة في هذه الظروف صحيحة ومشروعة على الرغم من إنها لا تعد كذلك في الظروف العادية، مع رقابة القضاء عليها.

التوصيات

- ١- امتداد سلطة القضاء الإداري في العراق على رقابة الملاءمة وعدم قصرها على رقابة المشروعية وحسب الأصول التي اشرنا إليها في متن البحث.
- ٢- من خلال البحث فقد رأينا إن الاستثناءات على اختصاص القضاء الإداري كثيرة وهذه الاستثناءات تقلل من أهمية القضاء الإداري في العراق باعتباره من دول القضاء المزدوج لذا فإننا نوصي بتوسيع صلاحيات القاضي الإداري من خلال عقد النظر إليه في العقود الإدارية كذلك عدم ذكر الاستثناءات خصوصاً إن ذكر هذه الاستثناءات يتعارض مع المادة (١٠٠) من الدستور، ولا يمكن التذرع بعد ذلك

بان ذلك سوف يؤدي إلى إقبال كاهل القضاء الإداري إذ لم يعد هناك مبرراً بعد إن نص التعديل الخامس لمجلس شورى الدولة على إمكانية فتح محاكم للقضاء الإداري في بقية المحافظات، إذ من خلال تفعيل تلك المواد يمكن التخفيف عن المحكمة الموجودة في بغداد .

المصادر:

القرآن الكريم

الآية ٤٨ من سورة المائدة .

الدساتير

دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

المصادر القانونية

١. د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤.
٢. علي سعد عمران، القضاء الإداري العراقي والمقارن، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١.
٣. د. عثمان سلمان غيلان ، الاحكام التفصيلية في شرح التعاقدات الحكومية، مطبعة سيماء، بغداد، ٢٠١٥، ط الاولى.
٤. د. عاصم رمضان مرسي، الحريات العامة في الظروف الاستثنائية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠.
٥. د. غازي فيصل مهدي، ود. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري، بغداد، الطبعة الثانية، ٢٠١٣.
٦. د. غازي فيصل مهدي ، تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام ، الطبعة الأولى.
٧. د. محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، ١٩٨٨.
٨. د. محمد محمد عبدة ، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
٩. د. محمد عبد المجيد إسماعيل، مجلس الدولة نحو دور جديد، ملفات الأهرام، الاثني ٩ من جمادى الأولى ١٤٢٢ هـ ٣٠ كانون الأول ٢٠٠١، السنة ١٢٥، العدد ٤١٨٧٤.
١٠. د. فاروق احمد خماس، الرقابة على أعمال الإدارة، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٨.

المجلات والمؤتمرات

- ١- عبد المجيد الفياض، المطالبة بالتعويض عن القرار الإداري، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثاني، ١٩٧٠
- ٢- د. جمال إبراهيم الحيدري، القضاء الإداري في العراق الواقع والطموح، ندوة عقدها قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة بتاريخ ٢٠/١/٢٠٠٩