مبدأ المشروعية واثاره في الرقابة على اعمال الإدارة

الأستاذ الدكتور محمد الفاضل

زينة احمد جاسم

ماجستير في القانون العام من جامعة الجزيرة السودان

Principle of legitimacy and its effect on the control of administration works

الكلمات الافتتاحية :
أثر, بيئة النظام , عملية ,صنع, القرار السياسي
Keywords :
(impact , the system environment , political ,decision-making process)

Abstract

The public employment is a national mandate and social service aimed at the public interest and service of citizens in the light of the legal in force rules, and the objectives of the administrative employment in the society and the state is to achieve the public interest by satisfying public needs through the state institutions and public administrative facilities. However, in order to achieve the goals within legal principles and public interests the administration is often in direct contact with the rights and freedoms of individuals, which is a serious and permanent threat to the legal system, individual's rights and freedoms and violation of the principle of legal legitimacy that control the administration, as the works of the illegitimate administration resulting in the establishment of administrative and judicial disputes between them and individuals, which necessitates the calls for the movement of all kinds of control over the work of the administration in order to ensure the sovereignty of the principle of legitimacy and justice and the protection of public interests from all administrative corruption and to protect the rights and freedoms of individuals from all manifestations of deviation, oppression and abuse of power.

الملخص

تعدّ الوظيفة العامة تكليف وطني وخدمة اجتماعية يستهدف القائم بها المصلحة العامة وخدمة المواطنين في ضوء القواعد القانونية النافذة , كما ان اهداف الوظيفة الإدارية في المجتمع و الدولة هو تحقيق المصلحة العامة عن طريق اشباع الحاجات العامة بوساطة مؤسسات الدولة و المرافق الإدارية العامة وبغية أن تتمكن الإدارة من تحقيق أهدافها المختلفة في نطاق مبادئ المشروعية و المصلحة العامة والموازنة بينهما , بيد أن الإدارة كثيراً ما تكون على تماس مباشر بحقوق وحريات الافراد الأمر الذي يشكل مخاطر جسيمة ومحدقة دوماً بالنظام القانوني ولحقوقهم و حرياتهم و المساس بمبدأ الشرعية القانونية الذي تخضع له الإدارة , إذ ان اعمال الإدارة الخارجة عن الشرعية ينجم عنها قيام المنازعات الإدارية و القضائية بينها وبين الافراد الأمر الذي يستوجب ويستدعي تحريك كافة أنواع الرقابة على اعمال الادارة لضمان سيادة مبدأ الشرعية و تحقيق العدالة و حماية المصالح العامة ومن كافة مخاطر الفساد الإداري وحقوق و حريات الافراد من كل مظاهر الانحراف و الاستبداد والتعسف بإستخدام السلطة

المقدمة :

الحمد الله رب العالمين و الصلاة على سيد المرسلين محمد بن عبد الله وعلى اله وصحبة اجمعين ومن اتبع هداه الى يوم الدين ان اهداف الوظيفة الإدارية في المجتمع و الدولة هو تحقيق اهداف المصلحة العامة عن طريق اشباع الحاجات العامة بواسطة مؤسسات الدولة العامة و المرفق الإدارية العامة وحتى تتمكن الإدارة العامة من تحقيق أهدافها المختلفة في نطاق مبادئ المشروعية و المصلحة العامة ولكن الإدارة كثيراً ما تحتك بحقوق وحريات الافراد باستمرار الامر الذي يشكل مخاطر جسيمة ومحدقة دوما بالنظام القانوني لحقوق و حريات الانسان و المواطن و المس بمبدأ الشرعية القانونية الذي تخضع له الإدارة , ان اعمال الإدارة الخارجة عن الشرعية ينجم عنها قيام المنازعات الإدارية و القضائية بينها وبين الافراد الامر الذي يستوجب ويستدعي تحريك كافة أنواع الرقابة عن اعمال الادارة لضمان سيادة مبدأ الشرعية و تحقيق العدالة و حماية المصالح العامة ومن كافة مخاطر الفساد الإداري وحقوق و حريات الافراد من كل مظاهر الانحراف و الاستبداد .

أولا: أسباب اختيار موضوع البحث :-

تكمن أسباب اختيار الموضوع فيما يلي :

أ. الرغبة الملحة في دراسة المشروعية من اجل تكوين نظرة عامة على هذه العملية

ب. إحساس الباحث بان مسؤولية نجاح العملية الرقابية بمختلف اساليبها و أنواعها في مؤسسات الدولة امر في غاية الأهمية

ج. أهمية مشكلة الرقابة وذلك لما من تاثير في كبح جماح انتهاكات مبدأ المشروعية و الحد من إساءة استعمال السلطة .

ثانياً : أهمية البحث :-

تنبع أهمية موضوع هذا البحث من كونه يتناول دراسة الرقابة القضائية على مشروعية اعمال الإدارة بعد ان أصبح لهذه الرقابة تشريعات و قوانين قائمة بحد ذاتها .

ثالثاً مشكلة البحث : -

ينظر الباحث في مدى فاعلية نظام القضاء الموحد لتحقيق مبدأ المشروعية والى أي مدى التزم المشرعين العراقي والسوداني بموجب الدستورين لسنة ٢٠٠٥ م . والى أي مدى يمكن التوفيق مابين قضاء الإلغاء والقضاء الكامل في ظل الخيارات العديدة للحكم في دعوى الطعن الإداري

رابعاً تقسيم البحث :-

يتم تقسيم البحث على مقدمة و مبحثين , سنفرد المبحث الأول لدراسة مفهوم مبدا المشروعية و الذي سنقسمه على مطلبين , الأول لبيان اصل فكرة المشروعية , و الثاني مفهوم مشروعية القرار الإداري , اما المبحث الثاني فسنخصصه لدراسة مصادر مبدأ المشروعية و الذي بدورة سنقسمه على مطلبين , الأول لبيان مصادر مبدأ المشروعية , المكتوبة , و الثاني للمصادر غير المكتوبة لمبدأ المشروعية , ثم ننهي البحث بخاتمة تحتوي على اهم الاستنتاجات والمقترحات وعلى النوح الاتي :

المبحث الأول :مفهوم مبدأ المشروعية:لقد جاءت كلمة المشروعية من الفعل الثلاثي شرع يشرع شروعا والمشروعية لفظة مشتقة من الشرع او الشريعة أي العادة او السنة او المنهاج حسبما ورد في قوله تعالى (لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا)[١]والشريعة هي الطريقة المثلى التي يجب ان ينتظم عليها السلوك الإنساني كما في قوله تعالى (ثم جعلناك على شريعة من الامر فاتبعها)[٢] وتمتاز المشروعية من الناحية اللغوية عن مصطلح الشرعية فالشرعية مشتقة من الشرع بصيغة الفعلية ومعناها موافقة

الشرع , والمشروعية مشتقة من الشرع بصيغة المفعولية و معناها محاولة موافقة الشرع . فالصيغة الفعلية تفيد تصور الشيء من وجهة نظر الحقيقة في حين أن صيغة المفعولية تفيد تصوره من وجهة نظر فاعله[٣]. هذا واذا سلمنا بانصراف المشروعية الى موافقة تصرفات الإدارة لأحكام القانون فعلى أي أساس يتم هذا التوافق ؟ هل ينبغي أن تكون اعمال الإدارة القانونية والمادية مستندة الى قاعدة قانونية قائمة ام يلزم أن تكون تطبيقاً او تنفيذاً لقاعدة قانونية صريحة ؟

اختلف الفقه القانوني بهذا الصدد وتوزع على ثلاثة اتجاهات[١]

الاتجاه الأول : ويرى باستناد اعمال الإدارة القانونية والمادية الى قاعدة قانونية فالعمل الإداري وفقا لهذا الاتجاه يكون مشروعا اذا كان مستند الى أساس من القانون أن هذا الاتجاه يوسع مبدا المشروعية الا انه يضيق نطاق حرية الإدارة في تقدير ظروف وملابسات اتخاذ القرار

الاتجاه الثاني : ويذهب الى ضرورة أن لا تخالف الإدارة احكام القانون . فالعمل الإداري يجوز المشروعية اذا لم يخالف قاعدة قانونية قائمة أن هذا الرأي يضيق من مبدأ المشروعية ويوسع من نطاق حرية الإدارة .

الاتجاه الثالث : لكي يكون العمل الإداري مشروعاً وفقاً لهذا الاتجاه ينبغي ان يكون تطبيقاً او تنفيذا لقاعدة قانونية نافذة وهو بذلك يحول الإدارة إلى أداة لتنفيذ القوانين تتجرد من كل حرية او تقدير . وبالرغم من أن هذا الاتجاه يوسع كثيرا من مبدأ المشروعية الا انه يعدم حرية الإدارة في التقدير مما يكبت روح الابداع والابتكار في العمل الإداري لذا يجمع الفقه على وصفه بالتطرف ويميل الى الاتجاهين الأول والثاني فالعمل الإداري يكون مشروعاً اذا كان مستنداً الى قاعدة قانونية قائمة . وان لم يكن كذلك فينبغي ان لا يخالف احكام القانون باي شكل من الأشكال[٢].

وعلى هذا الأساس اتفقت التشريعات الإدارية الى منح الإدارة سلطة تقديرية في الحالات التي تتطلب حرية في التقدير من ناحية اتخاذ القرار او عدم اتخاذ واختيار الوقت الملائم او الوسيلة المناسبة

ويقتضي مبدا المشروعية بهذا المعنى أن يخضع الحكام والمحكومين في الدولة للقواعد القانونية المعمول بها[٣].

والدولة التي يسود فيها مبدا المشروعية تعرف اصطلاحا بالدولة القانونية حيث يخضع الحكام والمحكومون القانون وعلى عكس ذلك فان الدولة التي تخلل أجهزتها عن احترام القانون تعرف بالدولة الاستبدادية[١].

استاذنا الدكتور سليمان محمد الطماوي أورد في كتابه (النظرية العامة للقرارات الإدارية): أن مبدأ المشروعية في معناه العام لايعني اكثر من سيادة حكم القانون ، وهو بذلك يعد مبدأ مستقلا عن شكل الدولة ، فيكون ساريا على الدول الديمقراطية أو الملكية لطالما خضعت تلك الدول لسيادة حكم القانون . . . ولكي تكون تلك الدولة (دولة قانونية) وحتى يسود هذا المبدا ويحقق نتائجه ، يجب أن تقوم الدولة على الأسس الاتية :

١ – فصل السلطات : لأن مبدأ فصل السلطات برسم لكل سلطة في الدوله حدود اختصاصها ، لان كل سلطة من سلطات الدولة الثلاث ستعمل على إيقاف السلطتين الأخريين عند حدهما اذا ما تجاوزا اختصاصهما .

٢ –. خضوع الإدارة للقانون : وفقاً لمبدأ فصل السلطات يقتصر دور الإدارة على تنفيذ القانون وعليها أن تحترم إرادة المشرع ولاتخرج على نصوص القانون وبذلك تكون ملزمة عندما تصدر قرار اداري يجب ان يكون مستند الى نص قانوني .

٣ – تحديد الاختصاصات والسلطات الإدارية : تظهر بصورة واضحة من خلال الوصف الوظيفي لان هذا التحديد يعين الافراد والقضاء على رقابة الإدارة في أداء وظيفتها الإدارية ، ويترتب على ذلك عدم جواز التفويض المطلق[٢].

في الواقع المعاش ، أن خضوع السلطة التنفيذية أو الإدارة لأحكام القانون لا يكون بمحض ارادتها ان شاءت خضعت وان شاءت أحجمت ، وانما لابد من الالزام بهذا الخضوع ولهذا نشأت فكرة الرقابة على مشروعية اعمال الإدارة[٣].

المطلب الأول

أصل فكرة المشروعية

نشأت الدولة غير مقيدة بأحكام القانون لاندماجها بشخص الحاكم من جهة وسيادة الاعتقاد بتأليهة من جهة أخرى لذا سادت فكرة تجرد الحاكم او الدولة من احكام القانون او اعتباره هو القانون بعينه ومنها قول أحد الحكام بأن (الدولة انا) او قول اخر بأن (القانون في فمي وسره غالباً ما يكون كامناً في صدري)[١].

وبدأ الفقه السياسي يشيد نظرياته الضخمة التي تصب في اخضاع الدولة وحكامها لإحكام القانون كنظرية القانون الطبيعي ونظرية الحقوق الفردية ونظرية التحديد الذاتي ونظرية التضامن الاجتماعي[٢].

اذ نشأت الدولة الإسلامية مقيدة بالقانون من خلال ما صرحت به الآيات الكريمة منها قوله تعالى ((يا أيها الذين آمنو أطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الأمر منكم))[٣].

اذ امرت الشريعة الغراء بطاعة ولي الأمر ولكنه بالمقابل وضعت قيوداً عدة على سلطاته ومنها إقامة العدل كما في قوله تعالى ((واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل . . .)[٢].

وقيد الحكم بما أنزل اللّه تعالى كقوله تعالى ((ومن لم يحكم بما أنزل اللّه فأولئك هم الظالمون)) و ((من لم يحكم بما أنزل اللّه فأولئك هم الكافرون)) و ((من لم يحكم بما انزل فأولئك هم الفاسقون))[١].

كما نهت الحاكم عن اتباع الهوى في قوله تعالى ((. فاحكم بينهم بما أنزل اللّه ولاتتبع اهوائهم عما جاءك من الحق))[٢].

ولهذا لا يكون الحاكم بمنجاة من التقييد فهو ملزم باتباع الأحكام ولا يتسنى له الخروج عما قرره اللّه سبحانه وتعالى من احكام وقواعد كما يروى ان الخليفة علي بن ابي طالب (عليه السلام) قد ضاع سيفة ورأه مع يهودي من يهود المدينة الذي ادعى بملكية السيف . فلجا الخليفة الى القضاء . وبما انه لم يتمكن من إقامة البينة حكم القاضي بالسيف الى اليهودي . فاستجب لما حدث واستغرب من وقوف الخليفة على قدم المساواة أمام القضاء الذي لم يأبه بادعاء الخليفة دون بينة . لذلك اقر بان السيف للخليفة ودخل الإسلام[٣].

المطلب الثاني

مفهوم مشروعية القرار الإداري

يتعلق هذا المبدأ بحدود سلطات الدولة وخضوع سلطاتها العامة لقواعد ملزمة لذلك فهو يعتبر الضمانة الأساسية لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم من تعسف الدولة فاذا كان يقصد بهذا المبدأ سيادة حكم القانون أي خضوع الحاكم والمحكوم لقواعد القانون واحكامه . فان التعريف الاصطلاحي لهذا المبدأ يعني التزام سلطات الدولة الثلاثة : التشريعية والتنفيذية والقضائية بنصوص القانون وخضوعها لأحكامه باعتبار أن هذا الخضوع يكون حائلا دون كل صورة من صور الاعتداء على حقوق الانسان وحريته فكل هذه السلطات تخضع لأحكام القانون عند ممارستها لاختصاصاتها وهذا ما يطلق عليه اصطلاح مبدأ المشروعية[١].

فممارسة السلطة لم تعد امتيازا شخصيا لمن يمارسها ، بل هي سلطة قانونية تفوضها الأمة المؤسسات لتمارسها باسم الأمة ولصالحها ، وعلى هذا فهي سلطة مقيدة بالقانون وهذا المفهوم يوجب ضرورة تحديد من يخضع لهذا القانون ، ثم تحديد القانون الذي يجب الخضوع له و أخيرا مدى خضوع الإدارة للقانون .

اولاً : المقصود بالقانون الذي يجب الخضوع له اختلف الفقه حول القانون الذي يجب الخضوع له وقد انقسموا الى رأيين :

الرأي الأول : يرى هذا الاتجاه ان القانون الذي يجب خضوع السلطات العامة له لا يقتصر على القواعد القانونية الوضعية القائمة في الجماعة فعلا وانما يشمل مجموعة القواعد العليا السامية التي تعبر عن الضمير الإنساني كإعلانات الحقوق التي أصدرتها هيئة الأمم المتحدة التي ينبغي على السلطات العامة التقيد بأحكامها .

الرأي الثاني : يتفق هذا الرأي على أن القواعد القانونية التي يجب الخضوع لها هي تلك القواعد فعلا التي ارتضتها الجماعة في صورة عرفية او أصدرتها في صورة قواعد قانونية .

ورغم هذا التوافق الا انهم اختلفوا في تحديد هذه القواعد فأنصار سمو البرلمان برون آن تحديد هذه القواعد في كل ما يقرره البرلمان صراحة او ضمناً وبالتالي القانون الواجب الخضوع له يشمل التشريعات الصادرة من البرلمان والقواعد العرفية الدستورية التي يسكت البرلمان عن تعديلها او الغائها و اللوائح التي تصدر بتفويض البرلمان[1]. أما الرأي الراجح في الفقه والقضاء يأخذ بمفهوم واسع للقواعد القانونية الوضعية التي يجب الخضوع لها ، وتشمل قواعد القانون الوضعي القائم في الدولة سواء عرفية قضائية تشير بعبة . فهذا المفهوم الواسع لمبدأ المشروعية يحقق الهدف الأساسي من المبدأ وهو حماية حقوق الأفراد وحرياتهم والحيلولة دون تحكم الإدارة وتعسفها . ثانياً : الافراد والجهات المقصودة بالخضوع للقانون آن مبدأ المشروعية على الخضوع للقانون بصفة عامة ، ولكن السؤال المطروح هل المقصود بالخضوع للقانون هم الأفراد فقط أم الأفراد والجهات الحكومية والهيئات الخاصة والعامة ؟ للإجابة على ذلك نقول مبدأ المشروعية يعني خضوع الحكام والمحكومين للقانون ، ومن ثم يخضع كل من الأفراد والسلطات الثلاث : تنفيذية وقضائية وتشريعية.

١ . خضوع الأفراد للفائون :لقد عرف الافراد فكرة الخضوع للقانون قبل نشأة الدولة وقد كان القانون السائد عبارة عن مجموعة القواعد العرفية او التقاليد او العادات مع تطور مفهوم شتون واصبح وقاعدة مدونة تصدرها سلطة مختصة.

٢ – خضوع السلطة التشريعية للقانون وهي ان تباشر وظيفتها في حدود الحكام القانون وعلى الوجه المبين فيه ، واذا كان الدستور يعد القانون الأعلى في الدولة ، فيجب على البرلمان احترام الحكمه في كل التشريعات والقرارات الصادرة منه لانه اذا كان الدستور هو الذي يحدد حقوق افراد وحرياتهم ، فأن السلطة التشريعية هي التي سنت القوانين لهذه الحقوق والحريات.

٣ – خضوع السلطة القضائية للقانون : السلطة القضائية يجب أن تخضع للقانون وعليها أن تقوم بتطبيق القانون لا ان تختلف احكامه ، ومنه أن تلتزم بأحكام القوانين المختلفة وهي تقوم بعملية الفصل في المنازعات التي تعرض عليها ، بالإضافة وجود درجات في المنازعات قد تعرض عليها والقاضي بشر قد يخطئ و يصدر حكما يمثل مخالفة للقانون من حيث الموضوع أو الإجراءات ولذلك لابد ان يتوافر لدى المتقاضي فرصة لعرض نزاعه أمام محكمة أعلى درجة .٤– خضوع السلطة التنفيذية للقانون : وللسلطة التنفيذية وظيفتين حكومية وأخرى إدارية ، الوظيفة الحكومية هي تلك الأعمال التي تصدر عنها باعتبارها أداة للحكم وهي تعد من أعمال السيادة ، لا تخضع لرقابة القضاء , اما الوظيفة الادارية كما ان السلطة التنفيذية تعد من اخطر السلطات على حقوق وحريات الافراد فعهي تتولى تنفيذ المشروعات والمرافق لتحقيق الاهداف التي تصبو اليها وتتمتع بأمتيازات وسلطات خطيرة كالتنفيذ المباشر ونزع الملكية للمنفعة العامة وغيرها ، ومن ثم تعد السلطة التنفيذية أشد خطرا على حريات الأفراد في السلطتين التشريعية والتنفيذية[١].

المبحث الثاني:مصادر مبدأ المشروعية

مصادر مبدأ المشروعية هي المنابع التي تستقي المشروعية منها احكامها وهي على أنواع اذ يصنفها الفقه الى مصادر رسمية وغير رسمية ، ومصادر تصدرها الإدارة وأخرى تصدرها جهات أجنبية عن الإدارة ، الا ان الفقه القانوني قد درج على دراستها من ناحية تقسيمها إلى مصادر مدونة (مكتوبة) ومصادر غير مدونة (غير مكتوبة)[١].

وهذا ما سنعرضه تباعا مع تبيان ترتيبها واصلها في الشريعة الإسلامية الغراء .

المطلب الأول : مصادر مبدأ المشروعية المكتوبة: يراد بالمصادر المدونة تلك المكتوبة في وثيقة رسمية صادرة وفقاً للإجراءات التي رسمها القانون وهي الدستور والمعاهدات الدولية والتشريعات العادية والقرارات الإدارية التنظيمية , ولكن كثير من الدول الإسلامية ومنها السودان يتم النص في الدساتير على ان الشريعة الاسلامية هي مصدر التشريع او مصدر من مصادر التشريع ولذلك سوف الشريعة الإسلامية هي مصدر التشريع تدرجها ضمن مصادر المشروعية المكتوبة[٢].

١- الشريعة الإسلامية :

لانها في حقيقتها مبادي واحكام تمثل أساسا جاء ادراجها كمصدر من مصادر المشروعية لأنها في حقيقتها مباني واه للنظم القانونية في البلدان الإسلامية تخضع لها كل السلطات العامة بدرجات متفاوتة في تلك البلدان وحتى في ادني حالات الاخذ بها فأن الإدارة تكون حريصة على عدم الخروج على بعض الأحكام . وحريصة على احترام بعض المظاهر التي تتعارض مع القيم الإسلامية لكي لا تتصادم مع مشاعر الجماهير المسلمة

٢ . الدستور :

يعتبر الدستور هو المصدر الأهم والاعلى بالنسبة لمصادر مبدا المشروعية المكتوبة وقد وردت تعريفات عديدة له فقد عرفه المشرع العراقي (هي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم ممارسة السلطة في الدولة وعلاقة السلطات ببعضها وعلاقتها بالأفراد . وتكفل الحقوق والحريات وتعمل على إيجاد قدر من التصالح او الانسجام بين ممارسة السلطة وكفالة الحريات)[١].

ومن استقراء هذه التعريفات والاضافة الجديدة عليها يمكننا أن نعرف الدستور بالتعريف التقريبي الاتي :

" الدستور وثيقة تتضمن القانون الأساسي للدولة يحدد شكل وطبيعة الدولة و يقوم على التعايش السلمي بين السلطة والحرية في إطار الدولة وينظم قواعد الحكم بتوزيع السلطات وبيان اختصاص كل سلطة ويقرر الحقوق الأساسية للإفراد مع توفير الضمانات لهذه الحقوق ويحدد مجموعة المبادئ الأساسية للمجتمع[٢].

وقد اكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر على المحور الرئيسي الذي يلعبه الدستور في الدولة القانونية في حكمها الصادر في ١٩٩٨ / ١ / ٣ عندما قضت بتقييد السلطات في الدولة بقواعد تعلو عليها وتخضع لها اعمالها وتصرفاتها[١].

والدستور كمصدر للمشروعية تسمو قواعده على ما عداها من تشريعات بوصفها قواعد تأسيسية .ولهذا نجد بعض الدول تطلق على دساتيرها (النظام الأساسي) مثل سلطنة عمان[٢]. كما يوصف الدستور على انه (القانون الأساسي في الدولة) الذي يتمتع بالسمو والعلو فوق كافة التشريعات[٣]. ولكن هناك جدلاً فقهيا كبيراً قد اثاره العلماء حول القيمة القانونية المقدمات الدساتير واعلانات الحقوق وهل تكون لهذه المقدمات والاعلانات مرتبة قانونية وعلى أي مستوى ستكون تلك المرتبة ونبدأ أولا بمقدمة الدساتير :

١ . مقدمات الدساتير :

وهي المقدمات التي تتصدر الدستور وتتضمن بعض الأحكام والمثل العليا والمبادئ الدستورية الهامة كحالة المقدمة الواردة في الصفحة الثانية من دستور جمهورية السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥ م . الحقيقة الماثلة أن الفقهاء قد اختلفو في تحديد القيمة القانونية لهذه المقدمات وتباينت وجهات نظرهم . فمنهم من اعتبر ان المقدمات الدساتير قيمة قانونية وهي جزء لايتجزء . بينما رأى البعض الاخر ان القواعد التي تأتي في مقدمة الدستور لا قيمة لها من الناحية القانونية ولاتعدو ان تكون مجرد مبادئ وفلسفات مع موجهات عامة[١].

غير أن الرأي الذي نسانده هو ما اورده الدكتور عبد الغني بسيوني من انه لابد من التمييز بين المبادئ والأحكام القانونية التي ترد في هذه المقدمات . والتوجيهات الفلسفية . . . بأن تعتبر المبادئ والاحكام القانونية مساوية لأحكام الدستور اما التوجيهات الفلسفية فهي غير ملزمة . فقط تكون لها القيمة الأدبية[٢]. ولذا يعتبر مخالفاً للمشروعية كل من يخالف الأحكام القانونية بمقدمات الدساتير

٢ . اعلانات الحقوق :

وهي المبادئ العامة المصاحبة لوثيقة الدستور المكتوبة واحياناً تسمى بالميثاق الوطني مثل الذي صدر في مصر في ٢١ مايو ١٩٩٢ م وكذا الحال في الميثاق الوطني الجزائري في ١٩٧٦[٣]. وهناك رأيان يتنازعان حول الصفة القانونية الاعلان الحقوق . فقد ذهب الفريق الأول الى القول بأن : إعلانات الحقوق هي مجرد مبادئ فلسفية واخلاقية ليست لها صفة قانونية[١].

بينما أضفى الفريق الثاني لهذه الإعلانات الصفة القانونية مع اختلاف أعضاء هذا الفريق في تحديد المرتبة التي يمكن أن تحتلها هذه الإعلانات من ترتيبات القوانين وذلك على التفصيل التالي :

أ / رأي يقرر لهذه المبادئ التي تكون مصاحبة للدستور مرتبة قانونية أعلى من الدستور نفسه ويجب أن تقيد المشرع الدستوري وكذلك المشرع القانوني بهذه الوضعية للمبادئ التي ترد في إعلانات الحقوق .

ب / وذهب رأي البعض الاخر الى ان هذه المبادئ المصاحبة لاعلانات الحقوق تكون لها نفس درجة النصوص الدستورية ومساوية لها تماماً ولذا يجب ان تكون التشريعات العادية غير مخالفة لهذه المبادئ وان خروج عمل الإدارة عن هذه المبادئ يعد خروجاً على المشروعية ويذهب هذا الرأي الى اعتبار هذه المبادئ جزء لا يتجزأ عن الدستور

ج / اما الفريق الثالث من الفقهاء فقد اخذ بالتمييز بين نوعين من الأحكام التي تتضمنها إعلانات الحقوق وانه لا ينبغي اتخاذ موقف مطلق بالنسبة لجميع ما تتضمنه إعلانات الحقوق وانه لا ينبغي اتخاذ موقف مطلق بالنسبة لجميع ماتتضمنه إعلانات الحقوق من مبادئ .

فقام هذا الفريق بالتمييز بين المبادئ التي تحتوي على احكام وضعية وتلك التي تحتوي على قواعد توجيهية او منهجية ونقصد بالاحكام الوضعية تلك المبادئ التي وردت في إعلانات الحقوق على شكل قواعد قانونية منشئة لمراكز قانونية واضحة المعالم . فهذه تعتبر نصوصا قانونية ملزمة التطبيق وهي بذلك تعد مصدراً من مصادر المشروعية حيث أن دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ تطرق الى مبدأ المشروعية في المادة (٥) منه حيث جاء النص (السيادة للقانون والشعب مصدر السلطات وشرعيتها يمارسها بالاقتراع السري العام المباشر وعبر مؤسساته الدستورية) ٢ – التشريع العادي (القانون) ويأتي القانون كمصدر من مصادر المشروعية في المرتبة التالية للدستور مباشرة ويعتبر القانون بمعناه الواسع هو الحقل الأكبر الذي تمارس فيه الإدارة سلطاتها وصلاحياتها وهو بذات القدر يعد المجال الأكثر حظوة في الانتهاك من جانب الإدارة والقانون يصدر عادة من السلطة التشريعية مع الاختلافات في تسميتها[1].

ففي العراق تصدر التشريعات العادية من ثلاث جهات :

الأولى : مجلس النواب : اذ اناط دستور ٢٠٠٥ بمجلس النواب اختصاص تشريع القوانين الاتحادية (المادة ٦٠ / اولاً)

الثانية : المجالس التشريعية في الأقاليم : اذ خولت المادة (١٢١) من الدستور سلطات الأقاليم الحق في ممارسة السلطات التشريعية باستثناء ما ورد في الدستور من اختصاصات حصرية للسلطات الاتحادية .

الثالثة : مجالس المحافظات : اذ اقرت المادة ١١٥ من الدستور بحق مجالس المحافظات في اصدار التشريعات عندما نصت على انه (على مالم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية يكون من صلاحية الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم . . . .) حري بالذكر انه ليس كل التشريعات العادية الصادرة من البرلمان تخاطب الإدارة اذ يتعلق بها بعض التشريعات التي تنظم عملها كقوانين الخدمة المدنية وقوانين الانضباط والتقاعد والتضمين . . ... . الخ[1].

فالدستور لايخاطب الادارة مباشرة في كل الحالات ولكن يخاطبها في الغالب من خلال العمل التشريع المحدد لكيفية تطبيق النص الدستوري ويرى بعض الفقهاء أنه والى جانب

القانون الذي تصدره الهيئات التشريعية ويصبح مصدراً من مصادر المشروعية يرون كذلك أن المعاهدات والاتفاقيات التي تبرمها السلطة التنفيذية ويصادق عليها البرلمان تعد كذلك في مرتبة القانون وبالتالي تكون مصدر للمشروعية بما تضمنه من احكام ومبادئ السلطة التشريعية عليها مراعاة عدم مخالفة القانون الذي تصدره للدستور والا اعتبر هذا القانون غير دستوري ويجوز الطعن في مشروعيته

٣ – النظم واللوائح : الأصل أن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصيل وفق مبدأ الفصل بين السلطات في وضع التشريع او سن القوانين . . . الا ان التطبيق العملي وكذلك ضرورة التعاون بين السلطات اقتضت التخفيف من غلواء هذا المبدأ بمنح السلطات التنفيذية صلاحية وضع قواعد عامة مجرد وموضوعية وملزمة تسري على جميع الأفراد الذين تتوافر فيهم الشروط اللازمة التطبيق . وتسمى هذه القواعد بالنظم او اللوائح[٢].اما بالنسبة للتشريعات العراقية فيطلق عليها تسمية (القرارات الإدارية التنظيمية) وهي وثائق قانونية مكتوبة تضم قواعد عامة ومجرد تصدرها الإدارة لغرض تنظيم موضوع ما . لم تنظمه التشريعات العادية او تفويض المشرع للإدارة لغرض تنظيمه او تنفيذ التشريعات العادية والتفصيل في جزئياتها[١].

ولهذا يطلق على القرارات الإدارية التنظيمية (التشريعات الفرعية) لأنها تنظم جزئيات العمل الإداري وتفاصيله التي لا تبينها القوانين العادية .

واللوائح كمصدر للمشروعية تأتي في المرتبة الثالثة بعد الدستور والقانون وهي بهذا لا تستطيع اختراق المجال المحدد للقانون لأنها في النهاية قرارات إدارية تنظيمية صادرة عن السلطة التنفيذية ولذات السبب فأن اللوائح يجوز الطعن فيها بالإلغاء (بالأبطال) امام محاكم القضاء الإداري خلافاً للقانون والذي لا يجوز الطعن فيه الا لعدم الدستورية وامام المحاكم المختصة بذلك[٢]. بيد أن الدكتور يوسف حسين محمد البشير أستاذ القانون العام بجامعة النيلين له رأي يرى فيه ان اللوائح وفقا للنظام القانوني في السودان لا تعتبر قرارات إدارية وانما صفة القانون . ويمكن الطعن بعدم دستوريتها أمام المحاكم الدستورية[٣]. ولكن اذا سلمنا بصحة هذا التكييف لوضعية اللوائح في تلك الفترة (ماقبل ١٩٩٨ م) فانه من الصعب السير على ذات الفهم بعد صدور قانون المحكمة الدستورية في ١٩٩٨ م ثم قانون المحكمة الدستورية ٢٠٠٥ م . ذلك أنه بصدور قانون المحكمة الدستورية والذي حدد اختصاص تلك المحكمة بنص المادة (١٥) من القانون مقروءة مع المادة (١٢٢) من دستور جمهورية السودان الانتقالي ٢٠٠٥ م .

المطلب الثاني : المصادر غير المكتوبة لمبدأ المشروعية

وتتمثل المصادر غير المكتوبة في العرف والاحكام والمبادئ العامة والاحكام القضائية وفقاً للتفصيل الاتي :

أولا : العرف الإداري : يراد بالعرف الإداري اعتياد الإدارة على اتباع سلوك معين يتعلق بالنشاط الإداري وسيادة الاعتقاد لديها بلزومه[١]. وعلى هذا الأساس يقوم العرف الإداري على ركنين الأول الركن المادي ويتمثل بالاعتياد على سلوك معين ، والركن الثاني الركن المعنوي ويظهر بسيادة الاعتقاد بلزومه بحيث لو أقدمت الإدارة على مخالفته عدت مخالفة لقاعدة قانونية قائمة وملزمة . حيث تقول القاعدة الأصولية (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) بيد أن العرف في المجال الإداري كمصدر من مصادر المشروعية اتسم بالاتساع والتطور نظراً لحداثة القانون الإداري مقارنة بالقوانين الأخرى ولكثرة الفجوات التي تقابل القاضي ولا يجد لها حل ما يقابلها من نصوص قانونية مكتوبة ، فيلجا القاضي الى العرف وهو في هذه الحالة لا يخلق قاعدة قانونية جديدة وانما يتعامل مع العرف كمصدر بديل للمشروعية والعرف الإداري مصدر مهم من مصادر المشروعية ويأتي بالمرتبة الثانية بعد التشريع وله دور هام في رفد المشروعية بالأحكام ويتماشى هذا الدور مع السمة الغالبة على احكام القانون الإداري كونه قانونا غير مقنن يستمد اغلب احكامه من العرف والمبادئ العامة للقانون واحكام القضاء[٢]. ويكتنف اعتبار العرف مصدراً للمشروعية عدة صعوبات أهمها صعوبة اثباته لأنه غير مكتوب الا ان القضاء يكشف عنه من خلال سلسلة الاعمال التي تقوم بها الإدارة في مواجهة حالات ماثلة ، أو يكون له أصل كتابي كما او اعدت الإدارة مشروع لائحة ثم التزمت بها ، ويقع عبء اثباته على من يدعيه وبإمكانه أن يستعين بكل وسائل الاثبات من مجموعات مدونة او شهادات الشهود او اراء الخبراء . . . . الخ[٣]. ثانياً : المبادئ العامة للقانون : هي قواعد قانونية غير مكتوبة يستنبطها القاضي أو يكشف عنها وهو بصدد حل النزاع المعروض أمامه[١]. فمن المعلوم أن مهمة القاضي تنحسر في فض النزاع المعروض امامه لذا غالبا ما يستهدي بالنصوص القانونية التي تعالج موضوع النزاع ، الا ان ثمة أحوال تغيب فيها تلكم النصوص ، ومع هذا لا يتسنى للقاضي رد الدعوى واذا ما فعل ذلك لهذا السبب عد منكراً للعدالة ، لذلك يقوم بمهمة سد النقص والقصور التشريعي بابتداعه او كشف عن المبادئ القانونية التي يمكن ان تحل النزاع باعتبارها موجودة وكائنة في ضمير الجماعة او المشرع الذي يعمل على تدوينها في نص قانوني مكتوب[٢]. لقد كان لمجلس الدولة الفرنسي الفضل في الكشف عن الكثير من المبادئ القانونية والتي يمكن اجمالها تمثيلاً لا حصراً في أربع فئات ١ - المبادئ التي قامت من اجلها الثورات العالمية واعتنقتها ودونتها في دساتيرها ، كمبدأ الفصل بين السلطات والمساواة بين المواطنين بكافة اشكالها وصورها وميادينها ، وكفالة الحقوق والحريات الفردية كالحريات الاقتصادية وحرية الفكر والاعتقاد

٢ – المبادئ التي استمدها القضاء الإداري من القانون المدني وقوانين أصول المحاكمات المدنية والجزائية ، كمبدأ عدم رجعية القوانين ، والمسؤولية الإدارية القائمة على أساس الخطأ ، وحجية الامر المقضي به وحقوق الدفاع ، وحيدة القضاء ونزاهته في المجالس التأديبية وحساب مواعيد الطعن القضائي وإجراءات التبليغ القضائي .

٣ – المبادئ القانونية المستثناة من طبيعة الأشياء والسير الطبيعي والحتمي للعمل الإداري ، مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، والسلطة الرئاسية ، ونظرية الظروف الاستثنائية .

٤ – المبادي القانونية المتصلة بفكرة العدل والعقلانية والتي بمقتضاها مارس القضاء الإداري رقابة الملائمة وضرورة تناسب العقوبة مع المخالفة المرتكبة وعدم جواز الجمع بين العقوبات التأديبية .

أن المبادئ القانونية المتقدمة ملزمة للإدارة ويتوجب عليها احترامها فأن خرجت عليها اصبح عملها موصوما بعيب مخالفة القانون مما يغدو حقيقيا بالإلغاء وعلى هذا الأساس تعد المبادئ العامة للقانون مصدرا أساسيا من مصادر المشروعية

ثالثا : الأحكام القضائية :الحكم القضائي هو القرار الحاسم الصادر من القضاء والذي تنتهي به الدعوى[1]. وبما أن الدعوى طلب شخص حقه من اخر امام القضاء[2]. لذا فأن النزاع بين الفرد والاداره ينتهي بصدور الحكم القضائي ، اذ يحوز الأخير على حجية الشيء المقضي به والتي تعني قيام قرينه قانونية قاطعة مفادها أن إجراءات الحكم القضائي قد صدرت صحيحة وموافقة للقانون وان الحكم يمثل عنوان الحقيقة القانونية . وعلى هذا الأساس ينتج مبدأ حجية الشيء المقضي به قرينتين الأولى قرينة الصحة والثانية قرينة الحقيقية ، ولمبدأ حجية الشيء المقضي به مايبرره اذ يعد ضمانا لاستقرار احكام القضاء وتحقيق هيبته ، كما انه يمنع اصدار الأحكام المتضاربة لو ترك النزاع دون نهاية[1]. هذا وتتوزع حجية الشيء المقضي به الى نوعين : الأولى الحجية النسبية أي اقتصار اثر الحكم على اطراف الدعوى ، والثاني الحجية المطلقة الذي لايقتصر فيها اثر الحكم القضائي على اطراف النزاع وانما يسري في مواجهة الكافة وهذا حال الحكم القضائي في دعوى الإلغاء ، اذ يبسط حكم الإلغاء جناحيه على الجهات التي لاتدخل خصماً في الدعوى وبذلك يكون الحكم القضائي قد أسس لقاعدة قانونية جديدة تلتزم الإدارة باحترامها وتطبيقها والا وقعت تحت طائلة الاثار المترتبة على عدم احترام وتنفيذ أحكام القضاء .

المصادر

اولاً: القرآن الكريم
سورة المائدة الآية ٤٨.
سورة الجاثية الآية١٨.

ثانياً: الكتب

د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، القضاء الإداري ،كلية القانون، جامعة بغداد ،١٩٩٠ .
مولانا محمد محمود أبو قصيصة – مبادئ القانون الإداري السوداني-دار جامعة ام درمان الإسلامية للنشر–ط ١٩٩٠.
د. سليمان محمد الطماوي – الوجيز في القانون الإداري-مطبعة جامعة عين شمس – ١٩٨٢.
د.يوسف حسين محمد البشير – مبدأالمشروعية- مطبعة جامعة النيلين -٢٠٠١ .
د. محمد كامل ليلة-الرقابة على اعمال الإدارة – دار الفكر العربي – ط ١٩٨٣.
د. سالم بن راشد العلوي – القضاء الإداري – دار الثقافة للنشر – الأردن عمان – الطبعة الأولى ٢٠٠٩.
د. نواف كنعان – القضاء الإداري – دار الثقافة للنشر – عمان الأردن – ط ٢٠١٠.
د. عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.
د. محمود حافظ القضاء الإداري، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع.
د. علي جريشه – أصول الشرعية الإسلامية – مكتبه وهبة – ط١ ١٩٧٩.
د. عامر محمد عبد المجيد – الوجيز في شرح قانون القضاء الإداري لسنة ٢٠٠٥ م ط ٢٠٠٨ .
د. سليمان محمد الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية –دار الفكر العربي – ط ٢٠٠٦.

د. غازي فيصل مهدي ، محاضرات بعنوان ، القضاء الإداري ومبدأ المشروعية ، القيت على طلبة كلية القانون/ جامعة النهرين المرحلة الثالثة للعام الدراسي ٢٠٠٤-٢٠٠٥ غير مطبوعة .
د. عدنان عاجل عبيد، اثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون، الطبعة الأولى، مؤسسة النبراس للنشر والطباعة والتوزيع ، النجف الاشرف ، ٢٠٠٨ .

د. سعيد عبد المنعم الحكيم ، الرقابة على اعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة ، الطبعة الأولى ،دار الفكر العربي،القاهرة،١٩٧٦ .
فاروق الكيلاني ،استقلال القضاء، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ،القاهرة،١٩٧٧.
عبد الحميد متولي ، مبادئ نظام الحكم في لاسلام، منشأة المعارف ،الإسكندرية ، ١٩٧٧.
فاروق الكيلاني، استقلال القضاء ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧.
علي عبد الفتاح محمد، الوجيز في القضاء الإداري مبدأ المشروعية دعوى الالغاء، دراسة مقارنة، كلية الحقوق ،جامعة القاهرة /فرع بني سويف، دار الجامعة الجديدة سنة ٢٠٠٩.
د. ضياء شيت خطاب فن القضاء معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد،١٩٨٤.
د. محمد مصطفى المكي ،القانون الإداري جامعة السودان المفتوحة دار جامعة السودان المفتوحة للطباعة ٢٠٠٧ .
د. غازي فيصل مهدي، د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري، بغداد الطبعة الثانية ٢٠١٣.
د. يوسف حسين محمد البشير ، مبدأ المشروعية ، مطبعة جامعة النيلين ،٢٠٠١.
ميرغني النصري ،مبادئ القانون الدستوري والتجربة الديمقراطية في السودان ،دار الطباعة بالخرطوم طبعة ١٩٨٨.
موسوعة مراد لأحكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء السابع ،الطبعة الأولى ،شركة جلال للطباعة ،٢٠٠٤.

د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٦.

د.عمار بو ضياف ،الوسيط في قضاء الإلغاء، الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ٢٠١١.
د. نواف كنعان، القضاء الإداري دار الثقافة للنشر، عمان الأردن، ط ٢٠١٠.
د. عمر محمد الشوبكي القضاء الإداري، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،٢٠١١.
د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٦م، ص١٣.
د. بكر قباني، العرف كمصدر للقانون الإداري، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٦.
د. محمد جمال الذنيبات، الوجيز في القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،٢٠١١.
د. سامي جمال الدين، الرقابة على اعمال الإدارة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية ،١٩٩٢.
د. محسن خليل، القضاء الإداري ورقابته على اعمال الإدارة، الجزء الأول، الإسكندرية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية،١٩٦٢.
د. ادم وهيب النداوي ، الموجز في قانون الاثبات ، بيت الحكمة ،بغداد،١٤١هـ.
جمال مدلول ذيبان، ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي في الدعوى المدنية دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد،١٩٩٢.
حسين عبد الهادي بياع شرح قانون الاثبات، الطبعة الأولى مطبعة الاقتصاد، بغداد ،١٩٨٦.