الاشكاليات القانونية للمنازعات المستثناة تشريعاً من إختصاصات المحكمة الإدارية

Legal issues of exempted legislators from the jurisdiction of the Administrative Court

د. سوزان عثمان قادر

Dr.Suzan Othman Qadir

كلية القانون

جامعة السليمانية

٢٠١٩

الملخص

ان القضاء الاداري له الدور الأساس في الحفاظ على مبدأ المشروعية فوجب على الحكام و المحكومين الخضوع لحكم القانون، و من متطلبات تحقيق هذا المبدأ هو خضوع الاعمال الادارية في الدولة لحكم القانون و ضمان عدم خروجها على احكامه و من اهم هذه الوسائل تنظيم الرقابة القضائية على اعمالها ليكون للقضاء الحكم بابطال او الغاء تصرفاتها المخالفة للقانون و المشوبة بعيب من عيوب عدم مشروعية القرار الاداري و الحكم بالتعويض عن الاضرار الناشئة عن ذلك.

و ان محاكم القضاء الاداري له الولاية العامة للنظر في جميع المنازعات الادارية الناشئة عن تلك الاعمال، الا انه لإعتبارات مختلفة تم اخراج عدة طوائف من القرارات الادارية في نطاق رقابة القضاء من خلال تحصين بعض القرارات الادارية او عن طريق نصوص تشريعية و ما تتمتع به الادارة من السلطة التقديرية الواسعة لمواجهة الظروف العادية و الاستثنائية ، و تحصل في بعض الاحيان ان تقوم باساءة استعمال سلطتها او اصطدامه بحقوق الافراد و حرياتهم لذا لابد من تمكن الافراد من الطعن بالتصرفات غير المشروعة للأدارة و لضمان عدم حرمان الافراد من حق التقاضي لهم امام القضاء الاداري، مع الاخذ بنظر الاعتبار عدم توسع في هذه النصوص التشريعية التي تقيد من اختصاص القضاء الاداري.

و تكمن اشكالية البحث في الخلل التشريعي من تقييد اختصاصات القضاء الاداري في العراق و اقليم كوردستان من خلال نصوص قانون مجلس شورى لإقليم كوردستان رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٨ و كذلك في العراق، و وجود الكم الهائل من النصوص التشريعية التي تقيد من هذه الاختصاصات و لعل اخطرها التي تحاول تقليصها الى حد كبير، و لغرض معالجة هذه الاشكالية توصلنا من خلال هذا البحث اجراء الغاء لتلك النصوص المانعة من اختصاص القضاء الاداري سواء في العراق او في اقليم كوردستان في حسم نزاعات القرارات الادارية لا سيما ان اغلب هذه النصوص تشكل خرقاً لنص الدستور و لضمان حق التقاضي لجميع الافراد.

و لغرض دراسة موضوع بحثنا أرتأينا ان نقسم هذا البحث على ثلاثة مباحث، نتناول في الاول النصوص القانونية المانعة من النظر في بعض المنازعات الادارية، و في الثاني بحثنا في القيود الادارية الواردة على إختصاص المحكمة الادارية، و في المبحث الثالث فخصصناه لدراسة الاختصاصات المشتركة بين المحاكم الادارية والمحاكم العادية.

Legal issues of exempted legislators from the jurisdiction of the Administrative Court

Abstract

The administrative judiciary has the main role in maintaining the principle of legality , which imposes on rulers and govern the rule of law, one of the requirements for achieving this principle is the subordination of administrative act to the rule of law and to ensure that it doesn't go out on its provisions, so one of the most important of these means is the organization of judicial supervision over there acts, the judiciary shall have the authority to overturn or cancel its actions which are contrary to the law and which are defective due to defects in the illegality of the administrative courts have the general jurisdiction to hear all administrative disputes arising from such acts, however due to different consideration several administrative decisions have been brought out within the scope of judicial over sight through the fortification of some administrative decisions or through legislative texts, the broad discretion of the administration to meet the normal and exceptional circumstances and sometimes get abuse of its power or collide with the rights and freedoms of individuals, therefore, individuals must be able to challenge the illegal behavior of the administration and to ensure that individuals are not deprived of the right to sue them before the administrative courts, taking into account the non- expansions of these legislative texts that restrict the jurisdiction of the administrative judiciary.

The problem of research is the legislative imbalance of the administrative judiciary in Iraq and the Kurdistan Region through the provisions of the law of the council for Kurdistan Region No.14 of 2008 and also in Iraq, the existence of a large number of legislative texts that restrict these terms of reference and perhaps the most serious which is trying to reduce them to a large extent and for the purpose to solve this problem, we have reached through this research to cancel those texts preventing the Jurisdiction of the administrative judiciary, either in Iraq or in the Kurdistan Region in resolving disputes resolutions Especially since most these text's violate the constitution and guarantee the right of litigation for all individuals .

In order to study the subject of our research, we decided to divide the research into three topics, the first part deals with the legal texts that prevent the consideration of some administrative disputes, in the second we discussed the restrictions on the Jurisdiction of the administrative court, in the third, we devoted it to the study of common competencies between administrative courts and ordinary courts

المقدمة

- **فكرة موضوع البحث:**

إن الأصل هو خضوع كافة القرارات لرقابة القضاء ، وإن لمحاكم القضاء الإداري الولاية العامة للنظر في جميع المنازعات الإدارية الناشئة عن تلك الاعمال سواء ما يتعلق بطلب إلغاء أو بطلب التعويض عنها أو الأثنين معاً ، إلا أن اعتبارات مختلفة أدت الى إخراج عدة طوائف من القرارات الإدارية من نطاق رقابة القضاء منها ما يتعلق بأعمال السيادة ورغبة المشرع بتحصين بعض القرارات الادارية من ولاية القضاء،ومنها عن طريق نصوص تشريعية ولمبررات مختلفة أو للإشتراك في الإختصاص مع جهة قضائية اخرى ، وهذا ما يؤدي الى تحديد ولاية هذا القضاء.

ولما كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة حتى تتمكن من القيام بنشاطاتها المختلفة و مواجهة مختلف التحديات الإدارية في ظل الظروف العادية و الإستثنائية، و تحصل في بعض الاحيان وهي بصدد ممارستها لسلطاتها وتقديمها للخدمات العامة ان تصطدم بحقوق وحريات الافراد، او انها تقوم بإساءة استعمال سلطتها تجاههم، لذلك لابد من تمكين الافراد من الطعن بالتصرفات غير المشروعة للإدارة وضمان حق التقاضي لهم امام القضاء الاداري، ومن هنا تتجلى اهمية وجود قضاء اداري متخصص في الدولة للفصل في المنازعات الادارية وتحقيق التوازن بين حقوق وحريات الافراد من جهة، والسلطة الواسعة والمتزايدة للإدارة العامة من جهة اخرى.

- **اهمية موضوع البحث وأسباب إختياره :**

في اقليم كوردستان العراق يعد القضاء الإداري في بداية نشوئه، اذ تأسس مع صدور قانون مجلس شورى الإقليم رقم (١٤) سنة ٢٠٠٨ وباشر مهامه مع بداية ٢٠١١، فبسبب حداثته أعترته اشكاليات عديدة، أهمها ما يتعلق باختصاص المحكمة الادارية في الاقليم كنظيرتها في العراق وذلك لقصور النصوص القانونية المحددة لاختصاص هذين القضاءين . فلنا ان نتساءل انه هل ان اختصاص القضاء الاداري في الاقليم مماثل لما هو مقرر للقضاء في العراق الاتحادي وكذلك الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج؟ وهل ان هذه الاختصاصات هي شاملة أم ترد عليها إستثناءات وتحدها موانع؟ وفي حالة وجود مثل هذه الموانع والإستثناءات على اختصاصات القضاء الاداري في رقابة مبدأ المشروعية ومدى تحققه في أعمال الادارة، يبرز التساؤل عن فحوى وجود المادة (١٠٠) من الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥ والنافذة في الإقليم، التي تنص على أنه ((يحظر النص في القوانين على تحصين اي عمل او قرار اداري من الطعن))، فلا شك ان كل هذا القصور والاستثناءات تصيب جوهر الاختصاص العام للقضاء الاداري في الرقابة على اعمال الادارة، وبالتالي تخرق مبدأ المشروعية، كما تقضي على ضمانة مهمة من ضمانات التقاضي ويحرم الافراد من حسن الاستفادة من قضاء متخصص بمنازعات الادارة العامة، كل ذلك دفعنا الى محاولة الخوض والكتابة في هذا الموضوع أملاً في الإتيان بشيء جديد يفيد المشرع والقاضي وكذلك القائمين على اصدار القرارات لدى الادارة العامة وجمهور المواطنين.

- **الهدف من البحث:**

نروم من خلال هذا البحث تقييم واقع عمل القضاء الاداري في العراق واقليم كوردستان من خلال الإختصاصات الممنوحة لهما وفق نصوص التشريعات التي أنشأتهما، والمقارنة فيما بينهما لتشخيص مواطن الضعف والخلل، حتى تتسنى معالجتها ومعرفة نقاط القوة للإبقاء عليها والافادة منها. ومهما يكن من أمر فالبحث في فحواه يهدف دراسة ما يلي:-

١- تقييم الاختصاصات المحددة للقضاء الاداري الوليد في اقليم كوردستان العراق، وتشخيص مدى سلطته في ظل هذه القيود المحددة والمانعة لهذه الاختصاصات مع بيان نظيرتها العراقي .

٢- دور هذه الاستثناءات والقيود المانعة من ممارسة الاختصاص في تحجيم المحكمة الادارية وعملها كجهة قضائية لها ولاية النظر في المنازعات الادارية.
٣- عرض وبيان النصوص التشريعية التي فرضت هذه القيود والاستثناءات والموانع في الاقليم والعراق، ومدى تفاعل القضاء الاداري مع مضمون النصوص المتضمنة لهذه القيود والاستثناءات.

- فرضية البحث :

في دول القضاء المزدوج تكون إختصاصات القضاء الاداري لها ذاتية وخصوصية تميزها عن تلك المقررة للقضاء العادي ، في حين ان تقييد القضاء الاداري في اختصاصاتها وفرض استثناءات عليها هي إخلال بالقاعدة العامة في توزيع الاختصاصات بين جهتي القضاء . من هنا كان الصراع بين متناقضتين، ذاتية القضاء الإداري وعمومية إختصاصه، والاستثناءات المفروضة عليها، المحددة منها، بنصوص تشريعية مختلفة ضمن النظام القانوني في الدولة، فأنعكس ذلك على مسؤولية هذا القضاء والهدف من إنشاءه ومن ثم على التوازن المفترض تحققه بين الحقوق الفردية والسلطة العامة التي تمثلها الإدارة العامة.

- إشكاليات البحث ونطاقه :

ان الإشكالية الجوهرية التي نحاول من خلال البحث مواجهتها، يتمثل بالخلل التشريعي في تقييد إختصاصات القضاء الاداري في اقليم كوردستان والعراق من خلال نصوص قانون مجلس شورى لإقليم كوردستان العراق رقم (١٤) سنة ٢٠٠٨ ونظيرتها في العراق، هذه الاشكالية التي لها أبعاد وتشعبات مختلفة، منها ما يتصل بهيكلية وتنظيم القضاء الاداري، وأخرى تتصل بإجراءات التقاضي أمامه(لا نتطرق إليهما آملاً ان يتناولهما باحثون آخرون في مجال القضاء الاداري)، فنطاق دراستنا يتحدد بإشكالية التقييد التشريعي لإختصاص قضاءنا الإداري فقط ، ووفق واقع الأختصاص المقرر أن القضاء لدينا هو مقيد الحرية في بسط رقابته على الأنشطة الادارية المختلفة للأستثناءات والقيود التي أستبعدت طائفة كبيرة من القرارات والأعمال الادارية من رقابة هذا القضاء أو تم الحد من سلطته لاعتبارات مختلفة لا نخوض في جميعها إلا ما يتصل منها بصميم موضوعنا اي التشريعات الادارية ذات الصلة و لا نتطرق الى غيرها من القوانين التي تتعلق بجوانب موضوعنا.

- منهجية البحث :

سنعتمد في كتابة بحثنا مناهج علمية مختلفة، إذ سنتبع المنهج الوصفي التحليلي لتناول جوانب الموضوع ومضمونه لتحليل نصوص التشريعات المقيدة لأختصاصات هذا القضاء، وكذلك نستعين بالمنهج المقارن عند اجراء المقارنة بين موقف المشرعين الكردستاني و العراقي بخصوص مسألة تحديد الإختصاص، فضلاً عن محاولة الاستفادة من موقف مشرعي دول اخرى كفرنسا.

- خطة البحث :

لقد ارتأينا في دراسة موضوع (الإشكاليات القانونية للمنازعات المستثناة تشريعاً من اختصاصات المحكمة الادارية) ان نقسم هذا البحث على ثلاثة مباحث، سنتطرق في المبحث الاول الى النصوص القانونية المانعة من النظر في بعض المنازعات الادارية، في حين نبحث في الثاني عن القيود الادارية الواردة على إختصاص المحكمة الادارية، أما المبحث الثالث والأخير فنخصصه لدراسة الاختصاصات المشتركة بين المحاكم الادارية والمحاكم العادية. ومن بعد ذلك سننهي البحث بخاتمةٍ تتضمن اهم الاستنتاجات والمقترحات التي سنتوصل اليها من خلال هذه الدراسة.

المبحث الأول
النصوص القانونية المانعة من النظر ببعض المنازعات الإدارية

عندما تصدر الإدارة قراراً إدارياً ، يمكن أن يكون مخالفاً للقانون ، ففي مثل هذه الحالات يستطيع الشخص الذي مسه قرار الإدارة التصدي لهذا القرار باللجوء الى القضاء الاداري ويطلب من القضاء إلغاء هذا القرار الذي شابه عيب مخالفة القانون ، وعلى القضاء الإداري إلغاء هذا القرار عند ثبوت مخالفته للقانون بشكل عام إلا أنه في حالات كثيرة يقوم المشرع على تحصين بعض القرارات الإدارية من الطعن أمام القضاء عن طريق تقرير نصوص قانونية صريحة .

سنقوم بدراسة هذه النصوص القانونية المانعة لاختصاص القضاء في هذا المبحث ، من خلال مطلبين بالشكل الآتي:

المطلب الأول : التعريف بالنصوص القانونية المانعة فقهاً .

المطلب الثاني : موقف التشريع و القضاء العراقي و الكوردستاني من النصوص المانعة.

المطلب الاول
التعريف بالنصوص القانونية المانعة فقهاً

يقصد بالنصوص القانونية المانعة أن ينص المشرع على أن تصرفاً من التصرفات التي تجريها الحكومة لا تكون موضع أي طعن وبالتالي يفسر الفقه في بعض النظم بأن ذلك التصرف يصبح محصناً من الرقابة القضائية بكافة أنواعها واشكالها بناء على نص القانون.[1]

ويرد النص على تحصين القرارات الإدارية ضد القضاء بعبارات تؤدي جميعها الى ذات النتيجة، وهي عدم اخضاع القرار الصادر عن الجهة الإدارية المختصة لرقابة القضاء، ويترتب على ذلك تجريد ذوي المصلحة من حقهم في منازعة هذا القرار الإداري قضائياً نظراً لأن المشرع حصن هذا القرار بنص القانون، ومن هذه العبارات " ويكون قرار الوزير قطعياً " و" ويعتبر قرار الوزير نهائياً ".[2]

و من الجدير بالذكر ان الاصل العام هو خضوع كافة القرارات الادارية الصادرة من الادارة لرقابة القضاء و ان محاكم القضاء الاداري الولاية العامة للنظر في جميع المنازعات الادارية الناشئة عن تلك القرارات سواء ما يتعلق بطلب الغاءٍ او تعويضٍ او اثنين معاً ، و يعد استثناء من هذا الاصل تحصين اي قرار ضد الطعن القضائي و ذلك باستبعاد طائفة من القرارات من رقابة القضاء الى جانب

---

(١) ينظر د. عدنان عمرو ، القضاء الإداري ، مبدأ المشروعية – دراسة مقارنة ، منشأة المعارف بالأسكندرية ،٢٠٠٤،ص ١٠٤.

(٢) ينظر د. عمر محمد الشوبكي ، القضاء الاداري ، دراسة مقارنة الطبعة الرابعة ، دار الثقافة للنشر، والتوزيع ، عمان ٢٠١١،ص١٥٠.

مـا يتمتـع بـه الادارة مـن حريـة التصـرف و الاختيـار بمـا لهـا مـن السـلطة التقديريـة واسـعة تمكنهـا مـن مواجهـة مختلـف اوجـه النشـاط الاداري فـي ظـل الظـروف العاديـة او الاسـتثنائية مـن خـلال توسـيع مبـدأ المشـروعية و لأسـباب مختلفـة يتـدخل المشـرع و يصـدر تشـريعات خاصـة تخـرج بعـض المنازعـات مـن ولاية القضاء .

و للحفـاظ علـى مبـدأ المشـروعية و سـيادة حكـم القـانون لأن اسـتبعاد بعـض القـرارات مـن رقابـة القضـاء يمثـل تهديـداً خطيـراً لحقـوق الانسـان و ذلـك لوجـود هـذا العـدد الكبيـر مـن التشـريعات المانعـة لحـق التقاضـي لهـذا السـبب ولكفالـة حـق التقاضـي للمـواطنين جمـيعهم و ان يخضـع القـرارات الاداريـة لرقابـة القضـاء و ان يتم تقليص هذه الاستثناءات و النصوص القانونية المانعة في اضيق نطاق.

و هنـاك جانـب مـن الفقـه يتجـه [1] الـى اعتبـار ان تلـك النصـوص التـي تمنـع التقاضـي خرقـاً للدسـتورو كـذلك يعد اخلالاً بحرية التقاضي التي كفلها الدستور للأفراد .

و نـرى اهميـة و ضـرورة خضـوع الادارة للقـانون و فـرض الرقابـة عليهـا لمنـع تعسـفها و حمايـة حقـوق الافـراد و حريـاتهم و لكـي لا يـؤدي تلـك الموانـع الـى ان يقضـي علـى ضـمانة مهمـة مـن ضـمانات التقاضـي و لا يحرم الافراد من الاستفادة من قضاء مستقل متخصص بالمنازعات الادارية.

مـن خـلال مـا تقـدم يتبـين لنـا ان المقصـود بالنصـوص القانونيـة المانعـة بأنهـا تلـك النصـوص التـي يصـدرها المشـرع و يـتم مـن خلالـه منـع القضـاء مـن قبـول الطعـن فـي بعـض القـرارات الاداريـة إمـا بصـورة مباشـرة بـالنص صـراحةً علـى عـدم جـواز سـماع دعـوى الالغـاء بشـأن تلـك القـرارات او بصـورة غيـر مباشـرة بـالنص علـى ان تلـك القـرارات الاداريـة نهائيـة او غيـر قابلـة للطعـن ، او بإحالـة البـت فـي صـحة تلـك القـرارات الـى هيئـات او لجـان او جهـات غيـر قضـائية ، و قـد يـؤدي تلـك النصـوص القانونيـة او التشـريعات المانعـة الـى اعتبـاره مـن اخطـر الوسـائل علـى حـق الافـراد فـي التقاضـي ، لـذا يجـب ان يـرد تلـك الاسـتثناءات ضـمن اضـيق الحـدود و بموجـب النصـوص القانونيـة المحـددة دون التوسـع فـي تفسـيرها لحماية حقوق و حريات الافراد.

---

[1] ينظر د.يحيى الجمل ، نظرية الضرورة في القانون الدستوري و بعض تطبيقاتها المعاصرة ،دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ٩٩.

المطلب الثاني
موقف التشريع والقضاء العراقي والكوردستاني من النصوص المانعة

سنتناول موقف كل من التشريع والقضاء في العراق وإقليم كوردستان من النصوص المانعة من النظر في بعض الدعاوى أمام القضاء بنوعيه العادي والاداري وذلك من خلال فرعين أثنين، نبحث في الاول عن النصوص القانونية المانعة في التشريع العراقي، بينما نخوض في الثاني الى موقف القضاء في العراق والأقليم من النصوص القانونية المانعة.

الفرع الاول
النصوص القانونية المانعة في التشريع العراقي

بالرغم من الولاية العامة للقضاء العراقي ممثلاً في محاكمه المدنية بالفصل في الدعاوي والمنازعات الإدارية في ظل النظام القضائي الموحد ، ألا أن المشرع العراقي أورد استثناءات كثيرة على هذه الولاية وذلك بالنص على قوانين وقرارات متفرقة .
كما استمر المشرع العراقي على هذا النهج حتى في ظل النظام القضاء المزدوج، وأصدر عدداً من القوانين المانعة لأختصاص القضاء العراقي ، لبيان ذلك سنقسم هذا الفرع الى نقطتين آتيتين :

أولاً: النصوص القانونية المانعة في ظل نظام القضاء الموحد:

أستبعد المشرع العراقي الكثير من المنازعات الإدارية الناشئة عن تطبيق بعض التشريعات من الولاية العامة للقضاء العادي العراقي ، إلا أنه لم ينهج منهجاً موحداً في تحديد جهة النظر أو الفصل (البديلة) في الفصل في المنازعات ذات الطبيعة الواحدة بل سلك أساليب مختلفة ومتباينة ، فهو لم ينص في بعض الحالات على تحديد جهة بديلة تكون المرجع في هذا الخصوص وفي حين عمل في أحوال أخرى على إنشاء مجالس ولجان ادارية للنظر فيها ، مع تعدد أساليبه في طرق الطعن ، ويمكن تصنيف أساليب المشرع العراقي في هذا الجانب بصورتين رئيستين على النحو الآتي:

١- استبعاد المنازعات الإدارية من ولاية القضاء استبعاداً صريحاً

ويتجلى ذلك في شكلين من الأستبعاد:-

أ / نصوص قانونية منعت المحاكم من سماع أو نظر الدعاوي الناشئة عن تطبيق بعض القوانين من دون تحديد جهة بديلة للنظر فيها ، ولا يبقى أمام المتضرر غير اللجوء الى التظلمات الإدارية الولائية منها أوالرئاسية ، سواء نص المشرع على ذلك ، أو لم ينص [١] ومن أمثلة ذلك الدعاوى الناشئة عن تنفيذ قانون ضريبة الأرض الزراعية [٢] والدعاوى المتعلقة بالإجراءات، والعقوبات الناشئة عن تنفيذ قانون المطبوعات[٣] والدعاوي التي تقام على الجامعة وهيئة المعاهد الفنية أو الكلية أو المعهد التابع لأي منهما في كل ما يتعلق بقضايا القبول والإنتقالات ، والإمتحانات ، أو العقوبات الأنضباطية ، والفصل ، وللجامعة ومؤسسة المعاهد الفنية حق البت في الشكاوي التي تنشأ عن ذلك[٤] ، والدعاوي الناشئة عن تطبيق قانون أحكام قانون الجنسية العراقية رقم (٤٢) لسنة ١٩٨١ الملغى[٥] .

---

[١] ينظر د. عصام عبدالوهاب البرزنجي ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في العراق وأفاق تطورها ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد الرابع ، العددان الأول و الثاني ، ١٩٨٥ ، ص ١٧٣.
[٢] ينظر المادة (٢٢) من قانون ضريبة الأرض الزراعية رقم (٦٠) لسنة ١٩٦١.
[٣] ينظر المادة (١٤) من قانون المطبوعات رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٣، وكذلك المادة (٧) من قانون المطبوعات رقم ٢٠٦ لسنة ١٩٦٨.
[٤] ينظر المادة (٣٨) من قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم (٤٠) لسنة ١٩٨٨ .
[٥] ينظر نص قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٤١٣) في ١٩٧٥/٤/١٥ .

و من الجدير بالذكر انه حسناً فعل المشرع العراقي و عالج القيد المانع و ذلك عند اصداره لقانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ النافذ عندما حددت في المادة (١٩) على ان تختص المحاكم الادارية في الدعاوى الناشئة عن تطبيق احكام هذا القانون.

ب/ نصوص قانونية منعت المحاكم من سماع أو نظر دعاوى الناشئة عن تطبيق بعض القوانين مع تحديد جهة بديلة (لجان أو مجالس إدارية) عن تطبيق قرار المجلس .

ومن أمثلة ذلك ، الدعاوي المتعلقة بالعلاقات الزراعية، حيث عهد النظر فيها الى لجان نص على تشكيلها للفصل في الأعتراضات وتكون قراراتها الصادرة بشأن ذلك نهائية عدا القرارات الخاصة بأنهاء العلاقة الزراعية التي يجب أن يصادق عليها وزير الإصلاح الزراعي لتصبح نهائية[١]، والدعاوي التي تتعلق بتقدير الضربية ، وفرضها ، وجبايتها أو أية معاملة أجريت وفق أحكام قانون ضربية الدخل العراقي رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢[٢]، وللمكلف الحق في الأعتراض خطياً بعد تبليغه بالدخل المقدر، والضريبة المتريب عليه لدى السلطة المالية التي بلغته بالتقدير، أو أية دائرة من دوائر الهيئة العامة للضرائب خلال (٢١) يوماً من تاريخ تبليغه [٣]، وله الحق في حالة رفض اعتراضه أن يستأنف قرار السلطة المالية لدى "لجنة الإستئناف" وتكون القرارات الصادرة من لجان الإستئناف قطعية [٤]، ولكن إذا كان مبلغ الضريبة اكثر من (١٠٠٠٠) دينار فيجوز الطعن فيه تمييزاً لدى "هيئة التمييز" يشكلها وزير العدل وتكون قرار هذه الهيئة باتاً و نهائياً[٥].

يتبين لنا من خلال ما تقدم ان نطاق اختصاص اللجان الادارية قد تم تحديده بالنظر في المنازعات المثارة عن تقدير الدخل و الضريبة فقط و بقاء المنازعات الاخرى التي لا ترتبط بتقدير الدخل و الضريبة بدون مرجع محدد للطعن فيها ، فضلاً عن ذلك نجد ان تلك اللجان هي شبه قضائية و لا تتوفر فيها شروط الحيادية و الكفاءة و التخصص المقترنة بالجهات القضائية الادارية ، لذا فيستحسن أن توكل هذه المهمة لمحكمة القضاء الاداري او حتى لمحكمة قضاء الموظفين (و هيئة انضباط موظفي الاقليم) لأن تضمن المقومات الموضوعية و التوازن و الانصاف لكلا طرفي النزاع اكثر من التي تضمنها هذه اللجان ، فالقضاء الاداري للوصول الى اصدار القرار السليم بإمكانه الاستعانة بخبراء فنيين و إداريين و علميين و ذو الكفاءات مشهودة في اوساط مختلفة عن طريق اللجان التي يشكلها في سياق نظره في الدعاوى المقامة أمامه.

لكن المشرع في قانون مجلس الشورى لإقليم كوردستان نص على اختصاص المحكمة الإدارية بالنظر في الطعون في القرارات الإدارية بشأن فرض الضريبة وذلك بعد اتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون ضريبة الدخل.

٢- استبعاد بعض المنازعات الإدارية من ولاية القضاء ضمنياً:

لهذه الحالة قانون لا يمنع صراحةً المحاكم من سماع الدعاوي الناشئة عن تطبيقها ، وإنما في بعض الحالات أناط سلطة الفصل في المنازعات الناشئة عنها إلى الجهات الإدارية العليا ذات القرارات القطعية . مثلاً ما قضت به المادة السادسة من قانون جوازات السفر رقم (٥٥) لسنة ١٩٥٩ (الملغي)[٦] ، بأن لكل شخص لم يأذن له مدير السفر بمغادرة العراق لأمور تتعلق بمصلحة العدل أو

---

[١] ينظر المادة (٣٣) من قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة ١٩٧٠، و د. عصام عبدالوهاب البرزنجي ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في العراق وأفاق تطورها ،مصدر سابق، ص ١٧٧.

[٢] ينظر المادة (٥٥) من القانون ، وتم تعديل المذكور بقانون رقم (١١٧) لسنة ١٩٩٤ التي اجازت للسلطة المالية والمكلف الأعتراض على مبالغ الضريبة لدى هيئة تمييزية خاصة (منشور في جريدة الوقائع العراقية عدد ٣٥٣٠ في ١٩٩٤/١٠/٣.

[٣] ينظر المادة (٣٣) من قانون تعديل قانون الضريبة الدخل رقم (١٧) لسنة ١٩٩٤.

[٤] ينظر المادة (٣٥) من قانون تعديل قانون الضريبة الدخل رقم (١٧) لسنة ١٩٩٤.

[٥] ينظر المادة (٤٠) من قانون تعديل قانون الضريبة الدخل رقم (١٧) لسنة ١٩٩٤.

[٦] الغي القانون المذكور بموجب المادة (١٣) من قانون جوازات السفر رقم (٥٥) لسنة ١٩٩٩ .

الأمن أو لأسباب استثنائية اخرى أن يعترض على قرار المنع لدى وزير الداخلية خلال (١٥) يوماً من تاريخ تبليغه ، ويكون قرار الوزير قطعياً[١]. و المادة (٦) من قانون جوازات السفر النافذ حالياً رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٥ .

كذلك ما نصت أغلب قوانين النقابات المهنية في العراق على تشكيل لجان انضباطية من أعضاء النقابة نفسها لمحاكمة أعضائها الذين يرتكبون مخالفات لقواعد ممارسة المهنة ، أو مخالفة أحكام القوانين المنشئة ، والمنظمة لهذه النقابات وفرض العقوبات الأنضباطية والتأديبية المنصوص عليها في هذه القوانين على أن يكون من حق من فرضت عليهم هذه العقوبات وذوي العلاقة الآخرين الطعن في قرار اللجان الأنضباطية هذه لدى محكمة التمييز خلال المدة التي حددها هذه القوانين[٢].

وفي بعض الحالات الأخرى أناط سلطة الفصل في المنازعات الى لجان أو هيئات استئنافية أو تمييزية خاصة ذات قرارات باتة ، من ذلك مثلا [٣] ما نص عليه قانون تنظيم التجارة رقم (٢٠) لسنة ١٩٧٠ (المعدل) ، بمنع المحاكم من النظر في الطعون المقدمة ضد أية سلطة أو هيئة أو لجنة قامت بعمل تنفيذاً لأحكامها ، وجعل الأحكام الصادرة وفق هذا القانون قابلة للتمييز أمام هيئة تمييز خاصة ، وتكون لها صلاحية محكمة التمييز في كل الأمور المتعلقة بتطبيق أحكام القانون ، وما نص عليه قانون الصحة العامة رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١، وما قضت به المادتان (١٤-١٥) من قانون الإستثمار الصناعي للقطاعين الخاص والمختلط رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٨.وفي حالات أخرى حاول المشرع العراقي تحقيق نوع من الموازنة بين مصلحة الإدارة والمصالح الخاصة أن ينيط بعض المنازعات الأدارية ذات الصبغة الخاصة الى لجان أو مجالس ذات اختصاص قضائي.

ثانياً – النصوص القانوينة المانعة في ظل القضاء المزدوج :

بعد صدور قانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩، قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة وأنتقال العراق من نظام القضائي الموحد الى نظام القضائي المزدوج ، وإنشاء القضاء الإداري المستقل في العراق ، كان من المفروض على المشرع العراقي أن يمنح القضاء الإداري الولاية العامة للفصل في المنازعات ذات الطبيعة الإدارية كافة دون استثناء ، وأن يلغي كافة النصوص القانونية المانعة لأختصاص القضاء الإداري ، ألا أن المشرع في ظل القضاء المزدوج أصدر عدداً من القوانين المانعة لأختصاص القضاء العراقي بنظر الطعن في القرارات الصادرة بموجبها ، والمنازعات الناشئة عنها رغم طبيعتها الإدارية ، ومن أمثلة هذه القوانين قانون الجنسية العراقية رقم (٤٦) لسنة ١٩٩٠ الملغي حيث قضت الفقرة أولاً من المادة التاسعة من القانون المذكور بجواز الأعتراض على قرار وزير الداخلية لدى رئيس الجمهورية ويكون قراره بهذا الشأن باتاً[٤]،و المادة (٦) من قانون جوازات السفر النافذ حالياً رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٥ . وقانون وزارة التربية رقم (٣٤) لسنة ١٩٩٨، فقد نصت المادة (٣٨) منه على انه (لا تسمع المحاكم الدعاوي التي تقام على الوزارة أو الدوائر التابعة لها أو المدارس والمعاهد في كل ما يتعلق بالقبول أو الأنتقال أو الأمتحانات أو العقوبات الأنضباطية التي تفرض على التلاميذ و الطلاب بسبب الرسوب وغيره، ويكون للوزارة والدوائر التابعة لها كل حسب اختصاصه حق البت في الشكاوى التي تنشأ عن هذه الأمور وتحدد بتعليمات يصدرها الوزير اصول التظلم والجهات التي تملك حق البت فيه)[٥] . و تقابلها المادة (٤٠) من تعديل قانون وزارة التربية رقم (٤٣) لسنة ٢٠١١ .

---

[١] ينظر د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، القرار الاداري، دار الحكمة ، بغداد، ١٩٩١ . ص ١٧٩.

(٢) من أمثله القوانين ، قانون المحاماة رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥ و قانون نقابة الصحفيين رقم (١٧٨) لسنة ١٩٦٩ و قانون نقابة الأطباء رقم (٨١) لسنة ١٩٨٤ وقانون نقابة المهندسين رقم (٥١) لسنة ١٩٧٩.

[٣] تنظر المادتان (٢٥ و ٢٦) من قانون تنظيم التجارة الداخلية و الخارجية رقم (٢٠) لسنة ١٩٧٠.

[٤] منشور في جريدة الوقائع العراقية عدد (٣٣١٩) في ١٩٩٠/٨/٦.

[٥] منشور في جريدة الوقائع العراقية عدد (١٣٧٥٨) في ١٩٩٨/١١/٢٥.

وقانون إعادة المفصولين السياسين رقم (٢٤) لسنة ٢٠٠٥(المعدل)[١] ، فقد نصت المادة (٨) من هذا القانون على (تشكيل لجنة بقرار من الأمين العام لمجلس الوزراء من (٥) أعضاء (لجنة النظر في الطعون) للنظر في الطعون التي يقدمها الأشخاص الذين رفضت طلبات شمولهم بأحكام قانون إعادة المفصولين السياسيين). كما ان قرار الوزير او رئيس الدائرة غير المرتبطة بوزارة قابل للتظلم منه امام لجنة مشكلة في الامانة العامة مجلس الوزراء و لم يبين القانون كيفية تشكيل هذه اللجنة و مدة التظلم ، و بذلك حرمت محكمة القضاء الاداري من النظر في تلك الطعون.

كما ان قانون التضمين رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦[٢] فالطعن بقرار التضمين الصادر من الوزير او رئيس الجهة غير مرتبطة بوزارة، بناء على التوصية من اللجنة التحقيقية المختصة يكون امام محكمة البداءة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبلغ، و يكون الحكم الصادر منها قابل للطعن فيه امام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية، و بهذا حرّم المشرع العراقي القضاء الاداري من منازعة ادارية تدخل في ولايته حسب قواعد الاختصاص القضائي و المبادئ العامة للقانون.

والقرار رقم (٩٠) في ١٩٩٦/٨/٢١ [٣] الذي اناط الأعتراض على التعويض العيني أو النقدي في العقارات المستملكة أو المطفأ حق التصرف فيها لدى هيئة تمييز الإصلاح الزراعي ، وقرار رقم (٤٤) لسنة ١٩٧٧[٤] الذي منح المستأجر حق الأعتراض على تقديرات الإيجار للأراضي الزراعية امام لجنة خاصة.

وايضاً نصت المادة (٨٦) من مسودة مشروع دستور إقليم كوردستان – العراق بأن (يحظر النص في القوانين على منع المحاكم من سماع الدعاوى الناشئة عنها) ، وكذلك نصت المادة (٨٧) منه بأن (يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل تنفيذي أو إداري من الطعن)[٥].

لذلك تدخل المشرع العراقي وأصدر قانون إلغاء النصوص القانونية المانعة رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٥، وبموجبه يصبح القضاء الإداري في العراق أكثر فاعلا بسبب إحكام رقابته على الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر تطبيقاً للقوانين والقرارات الصادرة عن مجلس قيادة الثورة (المنحل) وأن تضمنت القوانين أو القرارات تلك نصاً يستبعد به رقابه القضاء على المنازعات التي تثارحال تطبيقها[٦]، وما قام به المشرع العراقي هو تصرف حكيم عادل جاء استجابة لمطلبٍ قانوني عادل ، لكن مع ذلك نرى بأن القانون المذكور استثنى في المادة (الثالثة) منه قوانين وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم (٤٠) لسنة ١٩٨٨ [٧] .

وعلى ذلك، فرغم أن قانون مجلس شورى لأقليم كوردستان رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٨ صدر بعد تسعة عشرة سنة من صدور قانون التعديل القانون مجلس شورى الدولة في العراق رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩، كان من المتوقع أن يتلافى المشرع في الإقليم أخطاء المشرع العراقي ، ويسمح بالطعن في القرارات الإدارية التي رسم المشرع طريقاً للتظلم منها أو الأعتراض عليها أو الطعن فيها ، لأن الأصل هو أن القضاء الإداري صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات الإدارية ، لكن نرى بأن المشرع في الإقليم سار على نفس نهج المشرع العراقي بالنسبة للنصوص المانعة ، حيث نص في المادة السادسة عشرة (الفقرة الثانية) على انه (لا تختص محكمة القضاء الإداري في الطعون المتعلقة بالقرارات الإدارية التي رسم القانون طريقاً للتظلم منها أو الأعتراض عليها أو الطعن فيها ...)

الفرع الثاني

---

[١] ينظر قانون تعديل إعادة المفصولين السياسين رقم (٢٥) لسنة ٢٠٠٨،والمنشورفي الوقائق العراقية العدد (٤٠٨١) في ٢٠٠٨/٧/١٥.

[٢] تنظر المادتان (٢ ، ٥) من قانون التضمين العراقي رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦.

[٣] المنشور في جريدة الوقائق العراقية العدد (٣٦٣٢) في ١٩٩٦/٩/٢.

[٤] المنشور في جريدة الوقائق العراقية العدد (٣٦٧) في ١٩٧٧/٥/١٩.

[٥] مشروع دستور إقليم كوردستان – العراق صادق عليه برلمان كوردستان العراق في ٢٠٠٩/٦/٢٤..

[٦] إذ جاءت في المادة الأولى منه تلغي النصوص القانونية أينما وردت في القوانين والقرارات الصادرة من مجلس قيادة الثورة (المنحل) إعتباراً من ١٩٦٨/٧/١٧ ولغاية ٢٠٠٣/٤/٩ والتي تقضي بمنع المحاكم من سماع الدعاوي الناشئة من تطبيق قوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل) .

[٧] المنشور في الجريدة الرسيمة بعددها المرقم (٣١٩٦) في ١٩٩٦/٤/٤ والمعدل بقانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٧.

موقف القضاء في العراق و إقليم كوردستان من النصوص القانونية المانعة

سنبحث عن موقف القضاء في العراق وإقليم كوردستان من النصوص القانونية المانعة من خلال نقطتين على نحو الآتي:

أولاً- موقف القضاء في العراق :

ذهبت محكمة القضاء الأداري العراقي في قرارها رقم (٤٨) – قضاء إداري /١٩٩٠ الصادر في ١٩٩٠/٩/٢٩ الى المنع من سماع الدعوى الذي ترد النصوص القانونية السابقة على تاريخ صدور القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ لمجلس الدولة غير أن قانون مجلس شورى الدولة المعدل بالقانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ قد حدد في الفقرة خامساً من المادة السابعة الحالات التي منعت المحكمة من النظر في الطعون الموجهة الى القرارات المحددة فيها، وبهذا فإن المحكمة لا تلتزم المنع من سماع الدعوى الواردة في نصوص أخرى سابقة في صدورها على تاريخ صدور قانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩[١] .

وهناك بعض قرارات الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة تدل على أن القضاء الإداري في العراق قد جنح الى تطبيق ما جاء في النصوص القانونية بعدم سماع المنازعات الناشئة عن تطبيقها مع أنها جميعها نزاعات تغلب عليها الطبيعة الإدارية ، وإن الفصل فيها من اختصاص القضاء الإداري ، ومن أمثلة هذه القرارات :

قرار الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة في ١٩٩٤/١٢/٤ و القاضي بتصديق القرار المميز من حيث النتيجة ورد الطعون التمييزية بأعتبار أن محكمة القضاء الإداري غير مختصة بالنظر في الدعوى استناداً الى الفصلين السابع عشر والثامن عشر من قانون ضريبة الدخل رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢، و المنازعات التي تنشأ عن تطبيق أحكام قانون التقاعد الموحد لأصحاب الوظائف العليا اللذين قد حددا مرجعاً آخراً للطعن في الدعوى[٢].

والقرار الصادر عن الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة في تاريخ ٢٠١٠/٨/١٧ وجاء في القرار (لدى التدقيق والمداولة وجد أن المدعي يعمل موظف في الشركة العامة للمنظومات التابعة للمدعي عليه ويطلب احتساب فترة الفصل السياسي من عام ١٩٩١ ولغاية ٢٠٠٦ خدمة فعلية لكافة الأغراض كما يتضح ذلك من عريضة دعواه .... وحيث أن قانون أعادة المفصولين السياسيين والتعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ الصادر بموجبه قد حدد كيفية المطالبة بحقوق المفصولين السياسيين وآلية الطعن في القرارات الخاصة بالمشمولين به ، لذا فإن اعتراض المدعي يكون خارج الأختصاص الوظيفي للمجلس ، وتأسيساً على ذلك قرر المجلس بألإتفاق الحكم برد دعوى المدعي لعدم الأختصاص ... [٣].

ثانياً : موقف القضاء في إقليم كوردستان العراق

اصدر القضاء الإداري في إقليم كوردستان بعض القرارات وقام بتطبيق ما جاء في النصوص القانونية بعدم سماع دعاوى المنازعات الناشئة عن تطبيقها ، ومن أمثلة هذه القرارات :

قرار الهيئة العامة الصادر في تاريخ ٢٠١٢/٥/٧ الذي جاء فيه (... أن البند (٤) من قانون المرور رقم (٨٦) لسنة ٢٠٠٤ قد حدد الجهة التي يحق لها الأعتراض على الحكم بالمخالفة المفروضة وهي لجنة الأعتراض المشكلة في دائرة المرور ، ولا تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في طعن في القرارات الإدارية التي رسم القانون طريقاً للتظلم منها والأعتراض عليها...) [٤] وقرار الهيئة العامة الصادر في تاريخ ٢٠١٢/٩/٨ الذي جاء فيه (.... ولدى عطف النظر على القرار المميز تبين أنه غير صحيح و مخالف للقانون ، حيث أن البند(٤) من المادة الرابعة من قانون رقم (٩) لسنة ٢٠٠٧ قانون حقوق وإمتيازات ذوي الشهداء والمؤنفلين لإقليم كوردستان – العراق قد عقد الأختصاص لمحكمة البداءة للنظر

---

[١] ينظر د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، القرار الاداري ، ص ١٨٣.

[٢] مجلس شورى الدولة رقم الإعلام (١١٥) رقم الإضبارة ٣١٥ / إداري تمييز / ١٩٩٤ نقلاً عن عادل حسين شبع ، القيود الواردة على اختصاص القضاء الإداري، دار الكتب و الوثائق الوطنية، بغداد، ٢٠٠٥، ص ١٣٧.

[٣] ينظر القرار رقم ٩٨٠/ انضباط /٢٠١٠المنشور في قرارات وفتاوي مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٠ الصادر من مجلس شورى الدولة ، وزراة العدل ، ص٤٢٥.

[٤] ينظر القرار رقم ١٦/ الهيئة العامة / إدارية /٢٠١٢ ، المنشور في المبادىء القانونية في قرارات و فتاوي مجلس شورى إقليم كوردستان العراق لعام ٢٠١٢ ، ص ١٤٥.

في المنازعات الناشئة عن تطبيق احكام القانون المذكور ، وبذلك تكون محكمة البداءة وليست المحكمة الإدارية مختصة بالنظر في النزاع...) [1].

يتضح لنا مما سبق أن وجود النصوص القانونية المانعة جعلت اختصاص القضاء الإداري في العراق وإقليم كوردستان – العراق مقيداً ، ووجود هذه النصوص المانعة لا تنسجم مع قصد المشرع في إنشاء القضاء الإداري المتخصص ، وكذلك يعد قيداً خطيراً على اختصاص العام للقضاء الإداري في النظر بالمنازعات الإدارية وتتنافي مع مبدأ المشروعية وضرورة خضوع الإدارة للقانون، وتفتح المجال أمام تعسفها وأنتهاك حقوق الأفراد وحرياتهم .الى جانب ذلك كونه اهداراً مباشرة لحق التقاضي الذي كفلته أغلب الدساتير الحديثة بما في ذلك دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ كما أشارنا إليه في السابق، لذلك تم الغاء جميع هذه النصوص المانعة صراحةً من قبل المشرع العراقي وذلك بموجب قانون رقم (٣) لسنة ٢٠١٥ ومن قبله بموجب المادة (١٠٠) من الدستور العراقي النافذ، عليه فأن المادة (٧/خامساً) من قانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، والمادة (١٦) من قانون مجلس الشورى لإقليم كوردستان – العراق رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٨ منسوختان بحكم القانون ، لذلك ندعو المشرع الكوردستان الى إلغاء جميع النصوص القانونية المانعة صراحة ، وتجريد التشريعات المحصنة لقرارات الإدارة من قوتها القانونية ، وتوسيع اختصاصات القضاء الإداري كما هو المعمول في الدول المقارنة.

فأصبح حظر تحصين القرار أو العمل الإداري من طعن ، مبدأ دستورياً ، يعلو على القوانين العادية ، وكان من الأفضل بالقضاء أن يحكم بعدم دستورية كل قانون يتعارض مع الدستور ، وذلك استناداً الى قاعدة تدرج قوة القواعد القانونية التي تستوجب تطبيق القانون الاعلى عند حصول التعارض بينهما ويعد الدستور القانون الأعلى ، وذلك بموجب المادة(١٣) من الدستور حيث تنص على أنه (أولاً: يعد هذا الدستور القانون الأسمى والأعلى في العراق ويكون ملزماً في أنحائه كافة وبدون إستثناء . ثانياً : لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو أي نص قانوني آخر تعارض معه.

المبحث الثاني
القيود الادارية الواردة على اختصاص المحكمة الادارية

ان مبدأ المشروعية يقتضي خضوع الادارة في كافة تصرفاتها للقانون شأنها في ذلك شأن الافراد الا ان دواعي العمل الاداري تتطلب احياناً منح الادارة قدراً من حرية التصرف في إجراء او عدم إجراء العمل الاداري ووقت اجراءه دون معقب عليها في ذلك.

[1] القرار رقم ٦٦/ الهيئة العامة /٢٠١٢ المنشور في المبادىء القانونية في قرارات و فتاوي مجلس شورى إقليم كوردستان العراق لعام ٢٠١٢ ، ص ٢٠٧.

كما تتطلب بعض الظروف التي تحيط بالعمل الاداري ،خروج الادارة عن مقتضى القوانين المعمول بها، فتتخذ اجراءات تعتبر غير مشروعة بميزان الظروف الاعتيادية ، الا ان الظرف الاستثنائي يتطلبها .

على ذلك نقسم هذا المبحث على مطلبين كالآتي :

المطلب الاول : المنازعات الادارية المتعلقة بالسلطة التقديرية للادارة .

المطلب الثاني : المنازعات الادارية الحاصلة في الظروف الاستثنائية .

المطلب الاول

المنازعات الادارية المتعلقة بالسلطة التقديرية للأدارة

لغرض دراسة المنازعات الادارية المتعلقة بالسلطة التقديرية للأدارة سنقسم هذا المطلب الى الفروع، اذ سنبين مفهوم السلطة التقديرية ومبرراتها ، من خلال الفرع الاول ، ومن ثم حدود السلطة التقديرية عند اتخاذ الادارة لقراراتها من خلال الفرع الثاني ، ومدى خضوع السلطة التقديرية للادارة لرقابة القضاء، من خلال الفرع الثالث ، وموقف القضاء العراقي والكوردستاني من السلطة التقديرية للادارة من خلال الفرع الرابع .

الفرع الاول

مفهوم السلطة التقديرية ومبرراتها

الادارة قد تكون لها حرية التقدير في ميدان مباشرة نشاطها الاداري ، وقد تكون اختصاصاتها مقيدة في هذا الخصوص ، ولكن ماهي مبررات اعطاء قدر من حرية في مباشرة نشاطها ؟ هذا ما سنبينه على النحو الآتي :

اولاً: مفهوم السلطة التقديرية[١]

يتبع المشرع وهو بصدد تقرير اختصاصات الادارة احد السبيلين : فهو اما ان يمنحها اختصاصاً او سلطة مقيدة، واما ان يمنحها اختصاصاً او سلطة تقديرية . فاذا كان المشرع قد حدد للادارة شروط ممارسة الاختصاص ، ورسم لها حدوده ، واجبرها على التدخل في حالة توافر هذه الشروط ، كانت سلطة الادارة مقيدة اما اذا ترك المشرع للادارة قدراً من حرية التقدير ، سواء بالنسبة لاسباب اتخاذه ، بحيث تملك تقدير ملاءمة التصرف ،واختيار الوقت المناسب لاتخاذه ، كانت سلطة الادارة تقديرية [٢] .

وهكذا اذا كان المشرع لا يلزمها بالتدخل في ظروف معينة ولا يلزمها حينما تتدخل ان يكون قرارها على نحو معين فان الادارة توجد في مثل هذه الحالة في نطاق سلطة تقديرية[٣] .

والسلطة التقديرية بتعبير آخر هي تلك الحرية التي تتمتع بها الادارة العامة حينما تمارس الاختصاصات والصلاحيات التي انيطت بها ، وبذا تظهر ،السلطة التقديرية بانها عبارة عن نوع من الحرية او هامش من حرية التصرف المسموح بها للادارة العامة [٤].

و كذلك يحدد مفهوم السلطة التقديرية بأنها " الحالة التي يترك القانون للإدارة حرية تقدير الظرف و تكييف الوقائع المعروضة امامها و لا يلزمها بإصدار قرار محدد خلال مدة معينة ".[١]

---

(١) التقدير في اللغة من مادة(القدر) تقول قدرت الشيء تقديرا فهو مصدر لفعل قدر . ينظر محمد بن مكرم علي المعروف بابن منظور (ت ٧١١ هـ)، ط ٣ ، دار صادر، بيروت ، ١٤١٤ه ، ص٨٧ ، وفي الاصلاح هو تحديد كل شيء بحده . ينظر علي بن محمد بن علي المعروف بالرجافي (ت٨١٦ه) ، التعريفات ، بتحقيق جملة من العلماء، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ،١٤٠٢ه ،١٩٨٣ م، ص٦٤ .

(٢) ينظرد.احمد حافظ ، القضاء الاداري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون سنة الطبع ،ص ٤٦ - ٤٧ ..

(٣) ينظر د.محمد رفعت عبدالوهاب ،مبادىء واحكام القانون الاداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،٢٠٠٢، ص ٥٨٧ .

(٤) ينظر د. علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الاداري ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان،٢٠١١ . ص٦١.

ومن امثلة السلطة التقديرية ، منح القانون سلطة تقديرية للأدارة في استعمالها لسلطات الضبط الاداري بمعنى انه لم يفرض عليها مقدماً اتخاذ مسلك معين بالذات بطريقة مسبقة اذا ما حدث اضطرابات تمثل اخلالاً بالامن العام ، فاذا تصورنا ان هناك مظاهرة ما ، تجمعت في الطريق العام ، فان الادارة من حقها بالطبع ان تتدخل وفقا للقانون لحماية الامن العام.

ولكن القانون لم يفرض عليها ان تتدخل حتماً، فقد ترى سلطات الامن الاكتفاء باحاطة المتظاهرين دون تفريقهم بالعنف او القبض عليهم، وقد ترى سلطات الامن ان الظروف تستدعي تدخلها، وهنا ايضا هي تملك التقدير والملائمة في اختيار نوع القرار الذي يتناسب مع شدة الظروف[٢].

اما السلطة المقيدة، فمعناها ان المشرع يحتم على جهة الأدارة اذا ما توافرت شروط معينة ضرورة العمل والتصرف وذلك على نحو معين يلزمها باتباعه دون ان تكون للأدارة ادنى حرية في هذا الخصوص. لذلك فلا يجوز للادارة ان تمتنع عن العمل او ان تعمل على خلاف ما بينه القانون من اوضاع معينة لمباشرة هذا العمل، والا عدّ تصرف الادارة باطلاً لمخالفته للقانون [٣] فدور الادارة مقصور _ في هذه الحالة _ على مجرد تنفيذ القانون بطريقة تلقائية ونمطية [٤] .

و من أمثلة السلطة المقيدة، القرارات الصادرة بمنح رخصة من الرخص كرخصة قيادة او رخصة بناء. ففي مثل هذه الحالات ليس للادارة سلطة تقديرية في اصدار القرار او عدم اصداره ، متى توافرت كافة الشروط التي يتطلبها القانون في طالب الرخصة [٥]، وكذلك منح المشرع العراقي في قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة٢٠٠٦ الادارة اختصاصاً مقيداً في شؤون الجنسية وبموجب القانون المذكور تفرض الجنسية العراقية بسبب حصول الولادة في العراق، اي بسبب حق الاقليم لوحده [٦] .

هذا التمييز في سلطات الادارة بين ما كان منها متروكا لتقديرها وما هو مفروض عليها. يعد حديثاً نسبياً، لكنه اصبح الآن من المبادىء الاساسية التي يقوم عليها القانون العام الحديث، وهذان النوعان من السلطة لازمان لحسن سير الادارة[٧].

ومن الجدير الاشارة بأنه ليس هناك في الواقع سلطة تقديرية مطلقة في اي مجال او اختصاص ، كما لا توجد سلطة مقيدة بصفة مطلقة، وأي قرار اداري قد يحتوي على مزيج من هذين النوعين من السلطة ،ومثال ذلك عندما يحدد القانون شروطاً معينة لمنح رخصة معينة فيتوجب على الادارة منح الرخصة اذا توافرت الشروط المذكورة ، فتكون سلطتها هنا مقيدة لانها تلتزم بالحدود التي رسمها القانون ، واذا اعترف لها المشرع بسلطة الاختيار بين منحها او عدم منحها بصرف النظر عن توافر الشروط التي حددها، فانها تتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية، وهكذا نلاحظ ان سلطة الادارة تقديرية من حيث منح الرخصة او عدم منحها ، ولكنها مقيدة من حيث مراعاة الشروط واتباع الاجراءات التي حددها القانون لمنحها[٨] .

ثانياً : مبررات السلطة التقديرية :

---

(١) ينظر د.زانا رؤوف حمه كريم و د.دانا عبدالكريم سعيد ، المبادىء العامة في القانون الاداري ، الكتاب الثاني (الاعمال الادارية – مبدأ المشروعية) ، مطبعة يادكار ، السليمانية،٢٠١٧، ص ٢٠٧.

(٢) د. محمد رفعت عبدالوهاب ،مبادىء واحكام القانون الاداري ، المصدر السابق، ص٥٨٨.

(٣) ينظر د. محسن خليل ،القضاء الاداري ورقابته لاعمال الادارة ، منشأة المعارف ، ١٩٦١،ص٥٤-٥٥ .

(٤) ينظر في ذلك: مايا محمد نزار ابودان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ،٢٠١١، ص٥٤.

(٥) د. محمد رفعت عبدالوهاب ،مبادىء واحكام القانون الاداري ، المصدر السابق ،ص٥٨٩..

(٦) يتبين ذلك في نص الفقرة (ب) من المادة (٣) من القانون حيث جاء(يعتبر عراقيا:من ولد في العراق من ابوين مجهولين ويعتبر اللقيط الذي يعثر عليه في العراق مولودا فيه ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك).

(٧) د. سليمان محمد الطماوي ،الوجيز في القانون الاداري ، دراسة مقارنة ، مطبعة جامعة عين شمس ،١٩٨٦، ص ٦٢٠ .

(٨) فهد عبدالكريم ابو العثم ، القضاء الاداري بين النظرية والتطبيق ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ص ٩٣ - ٩٤ ..

لا شك ان السلطة المقيدة هي النظام او الاسلوب التشريعي المثالي من زاوية حقوق الافراد، اذ انه يحدد للادارة دائرة و حدود اختصاصها تحديداً دقيقاً يحول بينها وبين التعسف او التحكم، ولكن الصالح العام من زاوية اخرى أقتضى الاعتراف للادارة بسلطة تقديرية في بعض الحالات، ذلك ان الادارة لا يمكن ان يقتصر دورها على ان تكون مجرد تابع للقانون ،ومجرد آلة صماء او أداة لتنفيذه تنفيذاً حرفياً، بل يتعين منحها القدرة على الاختيار، والاعتراف لها بقدر من حرية التصرف، حتى لا توصف بالجمود ، وحتى تنمو لديها ملكة الابتكار والتجديد ، مما يكفل في النهاية حسن سير المرافق العامة[١] .

وان السلطة التقديرية ضرورية للادارة حتى تتمكن من ممارسة نشاطها، وتحقيق اهدافها على وجه سليم بصورة تكفل المحافظة على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد [٢] ، ومن جانب آخرللادارة خبرة وتجارب كافية لمواجهة الحالات التي تعرض عليها، ولها الوسائل الخاصة التي تتخذها لدرء هذه الحالات [٣] .

ويضاف الى ذلك ان المشرع لا يستطيع ان يتصور مهما حاول ،جميع ملابسات وظروف الوظيفة الادارية، بحيث يضع لكل حالة حكمها ،ويقدم لكل مشكلة حلها، ويعد لكل احتمال الموقف المناسب لمواجهته، بل هو يضع قواعد عامة، لا يستطيع ان يتنبأ بجميع الحالات والمسائل التي تتعرض لها الادارة، ولذا كان من المتعين ان يترك لجهة الادارة ، وهي تمارس وظيفتها، حرية تقدير ملاءمة اعمالها، بالنسبة لبعض اختصاصاتها، ولا جدال في ان اطلاق حرية التقدير للادارة يعمل على غرس روح الابتكار، فلا تكون الادارة بمثابة الآلة الصماء التي يقف نشاطها عند حد تطبيق ما يأمرها به القانون[٤].

الفرع الثاني
موقف القضاء العراقي والكردستاني من السلطة التقديرية للادارة

سنبين موقف القضاء الاداري في العراق واقليم كوردستان من السلطة التقديرية للادارة كالآتي :

اولاً: موقف القضاء الاداري في العراق:

بأستقراء قضاء مجلس شورى الدولة العراقي يتبين لنا انه يؤكد على السلطة التقديرية للادارة ويعتبر بعض القرارات الادارية قرارات صادرة استناداً لصلاحية تقديرية ،وفيما يلي نشير الى بعض القرارات القضائية في هذا الشأن على التوالي :

قرار الهيئة العامة بصفتها التمييزية الخاصة بقرار مجلس الأنضباط العام (.. ولدى عطف النظر على حكم المميز وجدت انه صحيح وموافق للقانون حيث ان نقل الموظف من دائرة الى اخرى، تعد مسألة تقديرية تعود لرئيس الدائرة طالما كان استعمالها في حدود المصلحة العامة، ولم يلحق بالموظف الضرر جراء النقل ولا يعتبر نقل الموظف بمثابة عقوبة ..) [٥].

---

[١] د. احمد حافظ ، القضاء الاداري ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ،القاهرة ، دون سنة الطبع ، ص٤٩.

[٢] د.عمر محمد الشوبكي ،القضاء الاداري ،مصدر سابق، ص٧٠.

[٣] خليفة سالم الجهمي ،الرقابة القضاية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال تأديب ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩، ص٢٨٤.

[٤] د. احمد حافظ ، القضاء الاداري ، ص (٥٠) ومايا محمد نزار ابو دان ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري ، مصدر سابق ،ص٥٨.

[٥] القرار رقم ٨٦/ انضباط / تمييز/ ٢٠٠٩ في تاريخ ٤/ ٢٠٠٩/٥ ، المنشور في قرارات و الفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٩ ، ص ٣٦٠ .

وقرار الهيئة العامة بصفتها التمييزية الخاصة بقرار مجلس الانضباط العام (محكمة قضاء الموظفين حالياً) القاضي بأن (... قرار انهاء تكليف الموظف من منصبٍ كلف به يقع ضمن السلطة التقديرية للادارة ...) [١].

ثانياً : موقف القضاء الاداري في اقليم كوردستان

اصدر مجلس شورى اقليم كوردستان – العراق ،بعض القرارات تؤكد ايضاً على السلطة التقديرية للادارة . ومن امثلة هذه القرارات، قرار الهيئة العامة التمييزية لمجلس شورى الاقليم القاضي بأن (... حيث ان الموافقة على اعادة المميز (الموظف) الى وظيفته يدخل ضمن السلطة التقديرية للادارة على ضوء حاجتها وتوفر الملاك، وحيث ان الادارة لم تتعسف في استعمال هذه السلطة، ولم تتجاوز عليها..) [٢].

وقرار الهيئة العامة التمييزية القاضي بان (.. حيث ان القرار الاداري الخاص باعفاء المميز (المدعي) من مهام الادارة ، ونقله الى مدرسة اخرى جاء بناءاً على مقتضيات المصلحة العامة والتي تدخل ضمن السلطة التقديرية للادارة ، ولا معقب عليها طالما استعملها في حدود القانون ...) [٣] .

وباستقراء هذه القرارات ، يتبين لنا ان القضاء الاداري في الاقليم يؤكد بأن السلطة التقديرية للادارة ليست تحكمية، بل ان الادارة عندما تمارس هذه السلطة تكون مقيدة بعدم تعسف في استعمال السلطة وعدم مخالفة القانون ، وفي كل الاحوال عليها ان تحقق المصلحة العامة .

المطلب الثاني
المنازعات الادارية الحاصلة في الظروف الاستثنائية

قد تحدث بعض الظروف الاستثنائية تقتضي التوسع في سلطات الادارة ، وخروج عن مقتضي القوانين المعمول بها، ولكن ما هو المقصود بالظروف الاستثنائية ؟ وما هي النتائج المترتبة عليها ؟ وماهو موقف المشرع العراقي و الكوردستاني من نظرية الظروف الاستثنائية ؟ وهذا ما سنتناوله من خلال ثلاثة فروع كالآتي :

الفرع الاول
مفهوم الظروف الاستثنائية ومعاييرها

نعني بالظروف الاستثنائية الظروف غير العادية مثل الفيضانات، والزلازل، وغيرها من الكوارث الطبيعية، وكذلك انتشار الاوبئة والامراض التي تهدد الصحة العامة للمواطنين وكذلك الاوضاع الأمنية والسياسية التي تهدد كيان الدولة والنظام ووجودهما، وهذه الظروف تعطي للادارة صلاحيات واسعة وهي غير مشروعة في الظروف العادية، الا انها تصبح مشروعة بحكم الظرف الاستثنائي، يطلق على هذه الحالة ب (المشروعية الاستثنائية أو مشروعية الأزمات) وهذا يعني تأكيد حق السلطة التنفيذية في استخدام سلطات واسعة اثناء الظروف الاستثنائية حتى في حالة عدم وجود نصوص تشريعية تمنحها مثل هذه السلطات [٤] . وفي الحقيقة من الصعب العثورعلى صيغة تؤصل وتجمع كل الظروف الاستثنائية ، وذلك نظراً لتعدد الحالات التي ينطبق عليها وصف ظرف استثنائي واختلافها

---

[١] القرار رقم ٤٨١ / انضباط / تمييز / ٢٠٠٩ في تاريخ ٢٨ /١٢/ ٢٠٠٩ ، المصدر نفسه ، ص ٤٢٩.

[٢] القرار بعدد ١٠٠ /الهيئة العامة /انضباطية/ ٢٠١٢ في تاريخ ١٠/١٧ / ٢٠١٢ ،ص ٣٦٦ .

[٣] القرار بعدد ١١٢ /الهيئة العامة /انضباطية/ ٢٠١٢ في تاريخ ٣١/ ١٢ / ٢٠١٢ ، ص ٣٧٢.

[٤] د.محمود خلف الجبوري ،القضاء الاداري ، ط ١ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،١٩٩٨، ص ٤٣ .

الواحدة عن الاخرى اختلافاً واضحاً، ولعل الاسلوب الامثل في التعرف على الظروف الاستثنائية هو بتعداد الشروط التي يتعين توافرها حتى يمكن ان يقال اننا امام ظرف استثنائي[١] .

واذا كان من الصعب حصر جميع الحالات التي يمكن وصفها بالظروف الاستثنائية، الا ان القضاء الاداري في فرنسا ومصر، حددا شروطاً معينة ينبغي توافرها مجتمعة ، وهذه الشروط يمكن حصرها فيما ياتي :

١- وجود ظرف استثنائي يهدد النظام العام وحسن سير المرافق العامة سواء تمثل هذا الظرف بقيام حرب او اضطراب او كارثة طبيعية [٢] ، ويتحقق القضاء من وجود الظرف الاستثنائي من عدمه .

٢-يجب ان تكون الاخطار التي تحملها الظروف الاستثنائية غير معتادة وغير متوقعة ، بحيث لا يستطيع دفعها بالوسائل العادية ، فالخطر يجب ان يكون ذا طبيعة استثنائية غيرمالوفة ، وان يهدد المصالح الجوهرية التي يتعين الحفاظ عليها والدفاع عنها ، ومن قبيل هذه المصالح ، حق الدولة في البقاء وصيانة الذات ، وحقها في سلامتها وامنها وحفظ اسرارها ،وامنها في الداخل والخارج وكذلك سيادتها والنظام العام فيها[٣] .

٣- يجب ان تكون الادارة ملزمة بالخروج على قواعد المشروعية العادية ، وان يكون خروجها بالقدر اللازم لمواجهة الظرف الاستثنائي ، اي انه لا يجوز للادارة ان تخالف القانون الا اذا كان من شأن تصرفها الشاذ حماية الامن العام من التهديد وضمان استمرارية المرافق العامة ، وان يكون خروجها عن قواعد المشروعية العادية في الحدود التي تسمح لها بمعالجة الظرف وحماية المصالح المهددة ، والا كانت قراراتها معيبة وقابلة للالغاء والتعويض[٤].

٤- يجب ان تتحدد الاجراءات المتخذة بمدة الظرف الاستثنائي بداية ونهاية فلا يجوز للادارة الاستمرار بالاجراءات غير المشروعة في حال انتهاء الظرف المبرر لاتخاذها[٥].

الفرع الثاني

موقف المشرع والقضاء العراقي والكوردستاني من نظرية الظروف الاستثنائية

الظروف الاستثنائية نظام قانوني استثنائي يستمد مصدره من الدستور ذاته او من القانون العادي ، ويتضمن الاحكام اللازمة لمواجهة هذه الظروف وما تقتضيه من اجراءات عاجلة وشاذة ، وترجع الحلول في هذا الشأن الى ثلاثة امور هي : لوائح الضرورة ،نظام الاحكام العرفية ، ونظام قوانين السلطات الكاملة ، وتؤدي جملة هذه النظم القانونية الى تعديل قواعد توزيع الاختصاص التي يتكفل الدستور بها فيما بين السلطات العامة ويجري هذا التعديل في الغالب لصالح الهيئة التنفيذية على حساب الهيئة التشريعية ويعود ذلك لحيازة السلطة التنفيذية للقوة المادية واحتكاكها اليومي بالحياة العامة ، ومعرفتها بالحاجات الضرورية، وجعلها اقدر من البرلمان من مواجهة الظروف الطارئة [٦] . وتعالج الدول مسألة الظروف الاستثنائية وفق اتجاهين: الاول الاتجاه الانكليزي وبموجب وبموجب هذا الاتجاه فإنه عند حدوث ظروف استثنائية تلجأ السلطة التنفيذية للبرلمان وتطلب منه منحها سلطات استثنائية لتنظيم الظرف الاستثنائي باجراءات ضبط استثنائية ، فيتولى البرلمان فحص كل حالة ويفوض الحكومة اتخاذ تدابيرمناسبة. و الثاني الاتجاه الفرنسي وبموجبه يوضع قانون خاص بالظروف الاستثنائية مسبقاً وقبل حدوثها يبين ما يمكن للسلطة التنفيذية اتخاذها من اجراءات لمعالجة الظرف الاستثنائي عند حدوثه عن طريق

---

(١) د. سعاد الشرقاوي ، الوجيز في القضاء الاداري ، الجزء الاول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ١٠٣ .

(٢) د. مازن ليلو راضي ، القضاء الاداري ،مطبوعات جامعة دهوك، ٢٠١٠، ص ٣٨ .

(٣) د. وجدي ثابت غبريال ، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقا للمادة ٧٤ من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها ،اطروحة الدكتوراه ،جامعة القاهرة ، ١٩٨٧ ،ص ٤٠-٤١ .

(٤) د . عدنان عمرو ،القضاء الاداري ، مصدر سابق ،ص ٧٥.

(٥) د . محمود خلف الجبوري ، القضاء الاداري ، مصدر سابق ،ص ٤٥ .

(٦) د. طعيمة الجرف ، القانون الاداري ،مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ،١٩٦٣-١٩٦٤، ص٣٧٩ .

اعلان الاحكام العرفية او حالة الطوارىء[1]، وذلك دون الرجوع الى البرلمان لضمان كسب الوقت واعطاء مرونة بيد السلطة التنفيذية بعيداًعن روتين التشريع[2] .

وأن المشرع العراقي اخذ بالاتجاه الفرنسي لمعالجة الظروف الاستثنائية ، ووضع مقدماً القوانين اللازمة لتلافي اخطار هذه الظروف ، ومن التشريعات التي نظمت حالة الظروف الاستثنائية ،مرسوم الادارة العرفية رقم (١٨) لسنة ١٩٣٥ الذي نظم الاحكام العرفية وقانون السلامة الوطنية رقم (٤) الصادر في سنة ٢٠٠٤ ، الذي حل محله امر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة ٢٠٠٤ ، وبموجبه المشرع خول رئيس الوزراء بعد موافقة هيئة الرئاسة بالاجماع اعلان حالة الطوارىء في اية منطقة من العراق عند تعرض الشعب العراقي لخطر حال جسيم يهدد الافراد في حياتهم ،وناشىء من حملة مستمرة للعنف ، من اي عدد من الاشخاص لمنع تشكيل حكومة واسعة التمثيل في العراق ، اوتعطيل المشاركة السياسية السليمة لكل العراقيين او اي غرض آخر[3] .

ومن الجدير بالذكر لقد وردت نظرية الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي لاول مرة في المادتين (٢٦ فقرة٩) و (١٢٠) من قانون الاساسي الملغى الصادر سنة ١٩٢٥ ، فقدجاء في الفقرة (٩) ما يلي :

(للملك القيادة العامة لجميع القوات المسلحة ، وهو يعلن الحرب بعد موافقة مجلس الوزراء، وله ان يعقد معاهدات الصلح ... وله ان يعلن الاحكام العرفية او حالة الطوارىء وفقا لاحكام هذا القانون).

وفي المادة (١٢٠) فقرة (١) جاءت فيها ما يلي (في حالة حدوث قلاقل او ما يدل على حدوث شيء من هذا القبيل في اي جهة من جهات العراق للملك السلطة بعد موافقة مجلس الوزراء على اعلان الاحكام العرفية بصورة مؤقتة في انحاء العراق التي يمسها خطر القلاقل او الغارات ويجوز توقيف تطبيق القوانين او الانظمة المرعية بالبيان الذي تعلق فيه الاحكام العرفية ... اما كيفية ادارة الاماكن التي تطبق فيها الاحكام العرفية فتعين بموجب ارادة ملكية). بعد هذا القانون صدرت عدة مراسيم الغيت جميعها ليحل محلها قانون الطوارىء تحت تسمية (قانون السلامة الوطنية) رقم ٤ لسنة ١٩٦٥[4] ، وبذلك الغيت حالة الاحكام العرفية بصورة رسمية، وحلت حالة الطوارىء محل الاحكام العرفية السارية، وقد اصبح هذا القانون منذ ذلك التاريخ هو المنظم لحالات الطوارىء الجزئية والكلية، ومن الجدير بالذكر ان قانون السلامة الوطنية لم يستوعب كل حالات الظروف الاستثنائية وابعادها، لذلك نجد ان المشرع عمد الى اصدار قوانين اخرى لتنظيم كل متطلبات الظروف الاستثنائية وحالاتها[5].

وقد نصت الفقرة (ز) من المادة (٦٢) من الدستور العراقي لسنة ١٩٧٠(الملغي) على صلاحية مجلس الوزراء اعلان حالة الطوارىء الكلية والجزئية وانهائها وفقا لقانون .

وينص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على ان مجلس النواب يختص :

---

(١) يرى البعض بأن مفهومي الطوارىء والاحكام العرفية مصطلحان لمعنى واحد ويراد بهما نظام استثنائي محدد ومنظم لمواجهة الطارئة التي تمر بها البلاد خلال فترة زمنية معينة ، في حين يرى آخرون بان هناك اختلاف بين المفهومين لان الاحكام العرفية (نظام استثنائي للضبط الاداري يبرر التوسع في سلطات الادارة بمجابهة الظروف الخطرة التي تهدد كيان الدولة وتسمى عادة بحالة الطوارىء الحقيقية او حالة الاحكام العرفية . اما حالة الطوارىء المسماة عادة بحالة الطوارىء السياسية او الصورية فتعلن عند قيام خطر داهم ، يهدد بوقوع الحرب او بقيام اضطرابات الداخلية كحالة التمرد او العصيان او بوقوع كارثة عامة او اتشار وباء) . ينظر في ذلك بختيار غفور حمد امين ، تأثيرقوانين الطوارىء في العراق على ضمانات المتهم في مرحلتي (التحري وجمع الادلة) و (التحقيق الابتدائي) ،اربيل ، ٢٠٠٦ ، ص ٦٢ - ٦٣ .

(٢) د. محمود خلف الجبوري ، القضاء الاداري ،المصدر السابق ، ص ٤٥ .

(٣) المادة الاولى من الامر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة ٢٠٠٤.

(٤) حيث جاء في الاسباب الموجبة لاصداره ما نصه (تصحيحا لاخطاء الماضي وازالة لما قد شاب الاحكام التي اصدرتها المجلس المجلس العرفية العسكرية بعد ثورة ١٤/ تموز/ ١٩٥٨ م من اخطاء ،فقد شرع هذا القانون).

(٥) كقانون الاستعانة الاضطرارية ذو الرقم ٣٧ لسنة ١٩٦١ والمنشور بجريدة الوقائع العراقية ، العدد٥٣٢ في ١٩٦١/٦/٥. وقانون التعبئة رقم (١٢)لسنة ١٩٧١ والصادر بقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) ذي رقم١٤٥٠في١٩٧١/١/٢٤ . وكذلك قانون الدفاع المدني ذو الرقم ٦٤ لسنة ١٩٧٨ والمنشور بجريدة الوقائع العراقية ، العدد ٦٤في١٩٧٨ ، و كذلك ينظر د. فاروق احمد خماس ، الرقابة على اعمال الادارة ، دار الكتب للطباعة و النشر ، الموصل ، ١٩٨٨. ، ص ٥٠-٥١ .

(أ- الموافقة على اعلان الحرب وحالة الطوارىء باغلبية الثلثين بناء على طلب مشترك من رئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الوزراء . ب- تعلن حالة الطوارىء لمدة ثلاثين يوماً قابلة للتمديد وبالموافقة عليها في كل مرة . ج- يخول رئيس مجلس الوزراء الصلاحيات اللازمة التي تمكنه من ادارة شؤون البلاد خلال مدة اعلان الحرب وحالة الطوارىء وتنظيم هذه الصلاحيات بقانون بما لا يتعارض مع الدستور. د- يعرض رئيس مجلس الوزراء على مجلس النواب الاجراءات المتخذة والنتائج في اثناء مدة اعلان الحرب وحالة الطوارىء خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انتهائها) [1].
ومن الجدير بالذكر ان المشرع لم يصدر حتى الآن قانوناً ينظم به صلاحيات رئيس مجلس الوزراء خلال الظروف الاستثنائية، ولايزال امر دفاع عن السلامة الوطنية (١) لسنة ٢٠٠٤ ساري المفعول .
ومشروع دستور اقليم كوردستان – العراق اعطى صلاحية اعلان حالة الطوارىء الى رئيس اقليم كوردستان بعد التشاور والاتفاق مع رئيس البرلمان ورئيس مجلس الوزراء في حالة الحرب او الاحتلال او العصيان او الفوضى او انتشار الاوبئة او اية حالات طارئة اخرى، على ان لا تزيد المدة الاولى عن شهر واحد، وتكون التمديدات اللاحقة بموافقة الاغلبية المطلقة لاعضاء البرلمان، ولمدة لا تزيد عن ثلاثة اشهر لكل تمديد، وتنظم الاحكام الخاصة بحالة الطوارىء بقانون[2] .
و من الجدير بالذكر ان حكومة الاقليم لم تستعن بحالة الطوارىء الا مرة واحدة حين رأت ضرورة ملحة تدعو لاصدار هذا القانون بغية حماية حقوق شعب كوردستان ومكتسباته الوطنية، حيث اصدر المجلس الوطني لكوردستان العراق قراره المرقم (٣٤) بتاريخ ٢٠٠٣/٣/١٩ الذي نص في مادته الاولى : (نظراً لاحتمال وقوع الحرب يعتبر اقليم كوردستان العراق في حالة طوارىء وحتى اشعار آخر) . وقد تم الغائه فيما بعد بتاريخ ٢٠٠٣/٤/٢٠ ، وفقا لما جاء في المادة (١) من القرار ذي الرقم (٣٥) الصادر عن المجلس المذكور (ترفع حالة الطوارىء في اقليم كوردستان العراق والتي تم فرضها بموجب قرار المجلس الوطني لكوردستان العراق ...) [3].

المبحث الثالث
الاختصاصات المشتركة بين المحكمة الإدارية والمحاكم العادية

ان النشاط الإداري أو الوظيفة الإدارية للدولة المعاصرة يتجلى في مظهرين أساسين هما: ممارسة سلطة الضبط الإداري للحفاظ على النظام العام في المجتمع بمفاهيمه الثلاثة الأمن العام، الصحة العامة، السكينة العامة من

---

(١) المادة (٦١ / تاسعا) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .
(٢) المادة (٦٥/ ثامنا) من مشروع دستور اقليم كوردستان صادق عليه برلمان كوردستان العراق في ٢٠٠٩/٦/٢٤ .
(٣) بختيار غفور حمدامين ،تأثير قوانين الطوارىء في العراق على ضمانات المتهم في مرحلتي (التحري وجمع الادلة) و (التحقيق الابتدائي) ،مصدر سابق ، ص ٧٥ .

جهة، وادارة المرافق العامة لاشباع الحاجات العامة من جهة أخرى[١]. ومن أجل تحقيق هذه الوظيفة الادارية تباشر السلطة الادارية أعمالاً ادارية، تتنوع الى أعمال مادية وأخرى قانونية، ويمكن التمييز في داخل هذه الأخيرة بين الأعمال الصادرة من جانب واحد، هي القرارات الإدارية، سواء أكانت لائحية كاللوائح التنظيمية أم الفردية كقرارات تعيين الموظفين، وأعمال اتفاقية تتم بأشتراك إرادة اخرى مع إرادة السلطة الادارية، وهي الأعمال القانونية الصادرة من جانبين المتمثلة في العقود الإدارية[٢].

وقد يترتب على ممارسة تلك الأعمال أضراراً تصيب الأفراد، لذا للفرد أن يلجأ للقضاء وممارسة حقه في التقاضي، وإن الفرد عندما يشكو مخالفة الإدارة لقاعدة قانونية وإن قرارها مشوب بعيب، فإن له أن يطعن فيه بدعوى الإلغاء، ولكنه عندما يشكوأن إعتداءاً إدارياً وقع على حق شخصي له فأن له أن يطعن فيه بدعوى التعويض التي تتمثل بعدة صور[٣] من أهمها: قضاء المسؤولية الإدارية وقضاء العقود الإدارية. بناءاً على ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين بالشكل الآتي:

المطلب الأول : الاختصاص بالمنازعات الإداريةالمتعلقة بمسؤولية الإدارة.

المطلب الثاني : الاختصاص بالمنازعات الإدارية المتعلقة بالعقود الادارية.

المطلب الأول
الاختصاص بالمنازعات الإدارية المتعلقة بمسؤولية الإدارة

إن انتشار الوعي السياسي والقانوني والإجتماعي لدى الشعوب المختلفة، والتطور الصناعي والإقتصادي الذي ساد قرن الثامن عشر شجع الأفراد على التجارة والصناعة، مما أدى إلى حدوث تعارض أحياناً بين نشاط الدولة وأعمالها من جهة، وبين الأفراد الذين زادت أرباحهم وتضخمت ثرواتهم، حيث لا يقبلون بسهولة فوات فرص الربح، وتحمل الخسارة ، وقوي لديهم الشعور بالرغبة في دفع الضرر عن مصالحهم، والمطالبة بالتعويض لكل من يتسبب لهم في الضرر أياً ما كانت صفته، كل هذه الأسباب ساعدت على نشأة مبدأ مسؤولية الدولة بصفتها شخص معنوي يجب أن يخضع للقانون كغيره من الأشخاص المعنوية، كما إن مسؤولية الدولة لم تقرر دفعة واحدة، بل مرت بعدة مراحل تدريجية، وإن كان هذا التدرج في مسؤولية الدولة عن نشاطها وأعمال يختلف من دولة إلى أخرى [٤].

وتقرير مسؤولية الإدارة عن نشاطاتها العامة يجعلها أن توخي الدقة في أداء أعمالها حرصاً منها على عدم الاضرار بالأفراد توقياً لإلزامها بأداء تعويض عما ينسب لرجالها من أخطاء شخصية أو ما ينسب للإدارة من أخطاء مرفقية تكون مسؤولة عن جبر الأضرار الناجمة عنها.

تقوم مسؤولية الإدارة، كقاعدة عامة، على أساس خطأ، ولكن ثمة حالات يقبل فيها القضاء تقرير مسؤولية الإدارة العامة دون خطأ وبشروط وأوضاع معينة، ولكي نعرف مسؤولية الإدارة وموقف القضاء من النظر في دعاوي مسؤولية الإدارة، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول : التعريف بدعوى مسؤولية الإدارة .

الفرع الثاني : موقف القضاء الإداري من نظر دعوى مسؤولية الإدارة.

الفرع الأول

---

[١] د.عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري ، منشأة المعارف ،الاسكندرية ، ص ٤٤٣، و

- Ander De laubadere , Des contrats administratifs, T.2, Paris, 1956 , P. 155.

-Chapus (R), Droit administratife general, Paris, 1995, P. 165

[٢] ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٨ ، ص ٤١٣.

[٣] فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق ، مصدر سابق،ص ٥٤٨.

[٤] د . فيصل احمد الحيدر ، اصول المنازعات الادارية دراسة مقارنة ،دون مكان طبع ،٢٠١٢ ،ص ١٤-١٥.

التعريف بدعوى مسؤولية الإدارة

أن المسؤولية المدنية بشكل عام تنهض عندما يخل الشخص بما التزم به تجاه الغير قانوناً أو أتفاقاً والجزاء المترتب هو تعويض الضرر الناشيء عن ذلك الإخلال[١].

(كما قد تنعقد مسؤولية الإدارة دون خطأ أو مسؤولية المخاطر، طبقاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة)[٢] وهو ما سنتولى توضيحه كالآتي :

اولاً : دعاوي المسؤولية على أساس الخطأ وموقف القضاء منها.

ثانياً: دعاوي مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر وموقف القضاء منها

اولاً : دعاوي المسؤولية على أساس الخطأ وموقف القضاء منها.

وهي تلك التي تسمى بالمسؤولية التقصرية، واستقر الفقه وأحكام القضاء سواء القضاء العادي أو الجنائي أو الإداري على أن المسؤولية بصفة عامة – بأستثناء الحالات التي أخذ فيها المشرع بنظرية تحمل التبعة كأساس للمسؤولية – تقوم على أركان ثلاثة وهي الخطأ والضرر وعلاقة المسببة بينهما، ومن هنا فلا يستطيع المتضرر المطالبة بالتعويض إلا إذا توفرت أركانها الثلاثة[٣].

١/ ركن الخطأ في تقرير المسؤولية

من المعلوم أن الإدارة تمارس نشاطها من خلال موظفيها، فإذا أرتكب الموظف خطأ أثناء تأدية وظيفة، فمن الطبيعي أن يكون هو مسؤولاً عن الضرر الناجم من جراء تصرفه إلا أن تحميله المسؤولية بصورة مطلقة بالإضافة إلى أنه ليس عادلاً ما دام يعمل في خدمة الإدارة، فأن إلزامه بالتعويض يكون عبئاً ثقيلاً عليه فضلاً عن أن ذلك من شأنه إحجام الموظف عن أداء أعماله الوظيفية خشية أن يقع في خطأ يلتزم بمسببه بأداء التعويض، فكان لابد من حل يراعي هذه الإعتبارات جميعها بحيث تحل الإدارة محل الموظف لدفع التعويض لمن لحق به الضرر ويمكن بعد ذلك الرجوع عليه أو الرجوع بحسب مقتضى الحال [٤].

ولكن لم يكن لركن الخطأ هو نفس المفهوم التقليدي للخطأ المدني، بل ميّز في هذا الشأن بين صورتين من الخطأ، هما الخطأ المصلحي أو المرفقي وهو الذي ينسب فيه إلى المرفق ذاته والخطأ الشخصي وهو الذي ينسب إلى الموظف وحده. ويصعب أن نستخلص من أحكام القضاء الإداري الفرنسي معياراً محدداً للتمييز بين نوعي الخطأ وذلك لأن هذا القضاء لا يلتزم بقواعد ثابتة أو معايير عامة محددة، وإنما يهتم بوضع الحل الملائم لكل حالة على حدة تبعاً لظروفها ويمكن القول بصفة عامة- وهو ما تذكره كثير من الأحكام – أن الخطأ الشخصي هو الخطأ الذي ينفصل عن العمل الإداري وأن الخطأ المرفقي هو الخطأ الذي لا ينفصل عن العمل الإداري ، ولكن متى يعتبر الخطأ منفصلاً أو متصلاً بالعمل الإداري؟ الواقع أن تقدير ذلك متروك للقاضي الذي ينظر إلى وقائع كل حالة ويزن الإفعال المنسوبة إلى الموظف ليستخلص منها طبيعة الخطأ دون ان يصرح في أغلب الحالات بأفكار محددة يعتمدها في التفرقة بين نوعي الخطأ [٥].

إذن إن المسؤولية عن الخطأ المرفقي التي تدخل في مضمون العلاقة لإدارية، وطلبات التعويض عنها هي التي تعتبر من المنازعات الإدارية، لأن الأخطاء تكون منسوبة للمرفق العام وتعتبر صادرة

---

(١) محمد عبد طميس ، مداخلات المضرور تقصيرا وأثرها في تقدير التعويض ، مجلة القانون المقارن ، العدد ٥٤ ، ٢٠٠٨، ص٤٩.

(٢) خالد عبدالفتاح محمد ، المسؤلية المدنية في ضوء احكام محكمة النقض ،دار الكتب القانونية ، مصر ،٢٠٠٩ .

(٣) د. فتحي فكري ، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ٢١٧.

(٤) فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق ،مصدر سابق، ص ٥٤٩ .

(٥) د. محمود عاطف البناء، القضاء الإداري (دعوى الإلغاء ودعوى التعويض) دار الفكر العربي، ١٩٧٨،ص ١٨٥.

عنه، أما الخطأ الشخصي فلا يدخل في مضمونها، لأن هذا الخطأ ينسب للموظف أو العامل ويصدر منه بصفة شخصية، ولذلك فأن المنازعة التي تنتج عنه وتدور بسببه تكيف بأنها منازعة شخصية وليست منازعة إدارية، فتختص بها المحاكم العادية [١].

٢/ ركن الضرر في تقرير المسؤولية:

لا يكفي لقيام المسؤولية الإدارية التقصيرية توافر ركن الخطأ في العمل المادي أو القرار الإداري غير المشروع بل يتعين أن ينجم عن هذا خطأ ضرر لصاحب الشأن فإذا لم ينشأ عن هذا الخطأ ضرر فلا تقبل دعوى المسؤولية. ولا يكفي تحقق الضرر لكي يستحق المضرور عنه تعويضاً، بل يجب أن تتوافر فيه الشروط. يشترط في الضرر الموجب للتعويض أن يكون الضرر محققاً، ويعني الضرر المحقق أن يكون ضرراً مؤكداً وليس محتملاً أو مفترضاً[٢] وفي هذا الشرط تقول محكمة القضاء الإداري (إنما يكون – التعويض – بمقدار الضرر الواقع فعلاً على أساس الواقع الثابت لا على أساس أفتراض أمور محتملة قد لا تحصل. إذ يجب لصحة الأحكام أن تبنى على الواقع لا على الفروض والاحتمالات) [٣].ويجب أن يكون الضرر خاصاً بمعنى أن يصيب شخصاً أو أشخاصاً محددين، أما إذا كان قد أصاب عدداً غير محدد منهم فأنه يعتبر من الأعباء العامة التي يجب على الأفراد تحملها دون تعويض [٤] ، ويجب ان يقع الضرر على حق مشروع، وكما تقول محكمة القضاء الإداري، أنه يشترط أن يكون التعويض عن حق أثر فيه القرار الإداري سلباً فأصاب صاحبه ضرراً[٥] .

٣/ ركن العلاقة السببية في تقرير المسؤولية:

لا يكفي لإنعقاد المسؤولية، قيام خطأ وضرر، بل يتعين أن توجد رابطة سببية بين خطأ الإدارة والضرر الذي أصاب المضرور. أي يجب أن يكون الخطأ هو سبب مباشر للضرر. وتنعدم رابطة السبب بين فعل الإدارة والضرر عندما يكون السبب أجنبياً عن الإدارة في أحد الأمور الآتية:

أ/ فعل الغير: إذا حدث الضرر بفعل صادر عن الغير فإنها لا تكون مسؤولة عن التعويض المضرر، حيث يتنافي ذلك التعويض مع العدالة والمنطق وقد يؤدي فعل الغير إلى إحداث الضرر كاملاً، بحيث يعتبر هو السبب الوحيد للضرر، وهنا تعفى الإدارة كلية من المسؤولية، ولكن يشترط ألا يكون في وسعها توقع أو توقي خطأ الغير، فإذا ثبت أن الإدارة كان بوسعها توقع خطأ الغير أو تفاديه أو درء نتائجه فإنها تظل مسؤولة عن التعويض[٦].

ب/ فعل المضرور: إذا كان الضرر الذي أصاب المضرور نتيجة لعمله هو، وليس بفعل الإدارة، فإن معنى ذلك أن تنتفي العلاقة السببية بين فعل الإدارة والضرر وبالتالي تعفى الإدارة من المسؤولية كلها أما إذا كان خطأ المضرور قد ساهم فقط في إحداث الضرر مع فعل الإدارة، فإن الإدارة تتحمل التعويض فقط عن الجزء الذي أحدثته من الضرر [٧].

ج/ القوة القاهرة : هي الأمر الذي لا يمكن توقعه ولا دفعه، وفي هذه الحالة تعفي الإدارة من المسؤولية. وحسبما ذهب بعض الفقه فإن القوة القاهرة ذات مفهوم نسبي يتطور بتطور الحياة والعلم، وبالتالي فإن تصدي القاضي لها يجب أن يكون في ضوء الإمكانات اللازمة للتصدي لمثل تلك

---

[١] د. خميس السيد إسماعيل، قضاء مجلس الدولة وإجراءات وصيغ الدعاوي الإدارية، د.مكان طبع، ١٩٨٦ – ١٩٨٧، ص ٥٢٩.

[٢] د. حمدي أبو النور السيد عويس، مسؤلية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية ،دار النهضة العربية ، القاهرة، ص١٧٤.

[٣] حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٥،٣ لسنة ٣ القضائية، مجموعة أحكام المجلس، السنة الخامسة، ص ٧١.

[٤] د. حمدي أبو النور السيد عويس، المصدر السابق، ص ١٧٥ .

[٥] حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٨١ لسنة ١ القضائية، مجموعة أحكام المجلس،السنة الأولى، ص ٣٠٤ .

[٦] د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسئولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية (القرارات والعقود الإدارية في الفقة وقضاء مجلس الدولة) منشأة المعارف بالأسكندرية، ٢٠٠٧ ص ٢٢٦.

[٧] د. حمدي أبو السيد عويس، مصدر سابق، ص ١٨٩. .

الحالات[1]. وبعد توافر الأركان الثلاثة أي الخطأ والضرر والعلاقة المسببة تقوم المسؤولية الإدارة، وينتج عن هذه المسؤولية التزامها بدفع التعويض الذي يحكم به القضاء الإداري للمضرور جبراً للضرر الذي سببته له.

ثانياً: دعاوى مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر وموقف القضاء منها

أقام مجلس الدولة الفرنسي مسؤولية أخرى تقوم بغير خطأ وهي على اساس المخاطر أو تحمل التبعة [2] ومؤدى بفكرة المخاطر انه اذا احدث نشاط السلطة العامة خطراً لاحد الافراد ، من دون ان ترتكب الخطأ، فإنها تلتزم بتعويض المضرور، إذا كان الضرر جسيماً وخاصاً، فوجود هذه المخاطر هي التي تبرر هذه المسؤولية [3]. إذن، تقوم هذه المسؤولية على ركنين فقط هما الضرر والعلاقة السببية بين هذا الضرر وتصرف الإدارة المشروع الذي لا ينطوي على أي خطأ، غير ان هذه المسؤولية لها صفة استثنائية وتقوم بدور تكميلي بالنسبة للمسؤولية القائمة على اساس الخطأ هي القاعدة العامة، وذلك في حالات التي قد يكون فيها إشتراط خطأ الإدارة منافياً للعدالة [4]. وتتميز هذه المسؤولية بأمرين :

١/ إن المضرور يعفى من إثبات إرتكاب الإدارة عنصر الخطأ ويقتصر على إثبات عنصرين: حدوث الضرر والعلاقة السببية بين الفعل المشروع وبين الضرر ليس لفعل الغير أو الحادث الفجائي أي تأثير على مسؤولية السلطة العامة التي تظل على الرغم من حدوث أحد الأمرين ملزمة بالتعويض [5].

أما المشرع العراقي فقد أخذ بمسؤولية الإدارة على أساس المخاطر، في تعويض المتضررين من جراء العمليات العسكرية والإرهابية، حيث نصت المادة الأولى من قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٩، وتحديد الضرر وجسامته، وأسس التعويض عنه، كيفية المطالبة به، أما في إقليم كوردستان فأنه يطبق أيضا القانون المذكور أستناداً الى فتوى الذي أصدرته الهيئة العامة لمجلس شورى الإقليم حيث جاء فيه (أن قانون التعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الأرهابية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٩ يطبق تلقائياً في الإقليم دونما حاجة لقانون خاص بإنفاذه مما يتطلب الاسراع بتأسيس لجنة خاصة بكيفية العمل بموجبه المبين في المادتين (٣ / ثانيا) و (٦ / أولا) من القانون المذكور لممارسة مهامها...) [6].

وهناك قرار آخر أصدرته الهيئة العامة بصفتها التمييزية في قرارات المحكمة الإدارية الذي أكد فيه أن أساس المسؤولية الإدارية في إقليم هو الخطأ، حيث (أن البند (خامسا) من المادة الثالثة عشر من قانون مجلس شورى إقليم كوردستان – العراق رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٨، اشترط لقبول طلبات التعويض، ان تكون الاضرار المطلوبة التعويض عنها ناجمة عن القرارات الإدارية الصادرة خلافاً للقانون، وحيث ان الإدارة لا تسأل إلا في حالة صدور خطأ من جانبها...) [7].

---

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤلية الإدارة عن تصرفاتها القانونية (القرارات والعقود الإدارة في الفقة وقضاء مجلس الدولة) ، المصدر السابق ،ص ٢٢٩.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، الدعاوي الإدارية ، منشأة المعارف ، مصر ، ٢٠٠٠، ص٢٩٠ .

(٣) د. محمد ماهر أبو العينين، التعويض عن أعمال السلطات العامة (التعويض عن أعمال السلطة التنفيذية) الكتاب الأول ط١، المركز القومي للإصدارات، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٨٢٢.

(٤) د. ماجد راغب الحلو، الدعاوي الإدارية ،المصدر السابق، ص ٢٩٢.

(٥) د. محمد ماهر أبو العينين، التعويض عن أعمال السلطات العامة (التعويض عن أعمال السلطة التنفيذية) الكتاب الأول ط١، المركز القومي للإصدارات، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٨٢٢.

(٦) فتوى بعدد ٣٥ – ٢٠١١ الصادر في تاريخ ٢٠١٢/٣/٢٥، المنشور في المبادئ القانونية في قرارات وفتاوى مجلس شورى إقليم كوردستان- العراق لعام ٢٠١٢ ، ص ١١١.

(٧) قرار رقم ١٥/ الهيئة العامة / ادارية / ٢٠١٢ في تاريخ ٢٠١٢/١٢/٩ المنشور في المبادئ القانونية في قرارات وفتاوى مجلس مجلس شورى إقليم كوردستان – العراق لعام ٢٠١٢ المصدر نفسه، ص ٢٦٠.

ومن ذلك يتبين لنا أن أساس المسؤولية الإدارية في العراق وإقليم كوردستان هو الخطأ، وأخذ المشرع العراقي والكوردستانى على سبيل الاستثناء بمسؤولية المخاطر.

الفرع الثاني
موقف القضاء الإداري في العراق وإقليم كوردستان من النظر في دعوى المسؤولية الإدارية

في العراق، و قبل صدور قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩، كان النظام القضائي في العراق نظاماً موحداً، ففي هذه المرحلة لم يوجد في العراق قضاء أداري وكان القضاء العادي صاحب الولاية العامة أي مختص بالنظر في كافة المنازعات بصرف النظر عن صفة أطرافها، وكان هذا القضاء يستمد ولايته العامة من نصوص قوانين مختلفة. [١]
ومن هذا قانون السلطة القضائية رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٣ بنصه (تسري ولاية المحاكم على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتخص بالمنازعات والجرائم كافة إلا ما أستثنى بنص خاص). يظهر من نص هذه المادة أن للمحاكم القضائية حق التعرض لكافة أعمال الإدارة سواء ما كانت منها مادية أو قرارات إدارية ما لم يستثن من ذلك بنص خاص. ولكن نجد خلال تتبع الأحكام التي صدرت عن هذه المحاكم إنها إقتصرت على الحكم بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة معارضة جهة الإدارة صاحبة القرار المعيب للفرد المضار من عملها[٢].
وهكذا يتضح لنا في هذه المرحلة ان القضاء العادي كان مختصاً بالنظر في المنازعات المتعلقة بمسؤولية الإدارة.
وبعد صدور قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩، تم إنشاء قضاء إداري مستقل، وأصبح القضاء الإداري في العراق الجهة المختصة بنظر منازعات الإدارة مع الأفراد، وذلك من خلال محكمة القضاء الإداري والمنازعات التي تقوم بين الإدارة وموظفيها فيختص بها محاكم قضاء الموظفين.
وقد تم إستحداث محكمة القضاء الإداري في مجلس شورى الدولة [٣] والتي تختص بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر من الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها [٤].
ونلاحظ هنا، أنه تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في قضايا التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة وتمارس مهمة القضاء الإداري إلغاءاً و تعديلاً و تعويضاً بالنسبة لهذه القرارات، وطلبات التعويض في القانون العراقي ترفع بصفة تبعية لطلبات الإلغاء [٥] ويكون قرار المحكمة قابلاً للتمييز أمام المحكمة الإدارية الإدارية العليا [٦]، فلا تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في طلبات التعويض بصفة أصلية فيها، وإنما تكون تكون من اختصاص محاكم القضاء العادي [٧].
و الملاحظ هو أن في ضوء قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ لقانون مجلس شورى الدولة دعوى التعويض دعوى تبعية وليست أصلية وكان هذا الأمر محل انتقاد كبير، والغريب أن المشرع العراقي لم

---

[١] تكلمنا عن هذا الموضوع بالتفصيل في المبحث الأول.
[٢] عبد الملك يونس محمد،أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها (دراسة مقارنة)، ط١، مطبعة جامعة صلاح الدين/ أربيل ١٩٩٩، ص ٢٢٩.
[٣] المادة (سابعا / الفقرة ثانيا، بند / أ) من قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩..
[٤] المادة (سابعا / الفقرة رابعا) من قانون التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ لقانون مجلس الشورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩..
[٥] المادة (سابقاً / الفقرة ثامناً البند /أ) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ .
[٦] المادة (٧ / الفقرة ثامنا / بند / ب) من القانون نفسه .
[٧] المادة (٧ / الفقرة سابعا / بند / ب) (ولا يمنع سقوط الحق في الطعن أمامها من مراجعة القضاء العادي للمطالبة بحقوقه في التعويض عن الأضرار الناشئة عن المخلفة أو الخرق القانون) من نفس القانون..

يترك ذلك وكان من المفروض أن يجعل من دعوى التعويض دعوى أصلية، لكن أنه أبقى على نفس التنظيم السابق بشأن دعوى التعويض. ويعد هذا التنظيم سبباً رئيسياً وراء عدم امكان القضاء الإداري أن يتطرق لمسؤولية الإدارة بدون الخطاء، فمادام التعويض تبعاً للألغاء، اذن على المضرور ان يثبت خطأ الإدارة أولاً ثم يطالب بالتعويض واثبات الخطأ في الحالات المذكورة سابقاً من قبل المضرور في غاية الصعوبة اذن لا مجال للقاضي الإداري بالتعويض بدون خطأ.

أما قضايا التعويض عن الأعمال المادية للإدارة فيتضح من مضمون اختصاصات محكمة القضاء الإداري،إنه لا يدخل في اختصاص المحكمة، وتبقى في نطاق اختصاص القضاء العادي، ومن أمثلة هذه الأعمال، حوادث السيارات التابعة للإدارة أو شق شوارع أو إقامة الجسور ... فقضت محكمة التمييز بمسؤولية المدير العام للمنشأة العامة لتوزيع كهرباء المحافظات وذلك بترك عمود الكهرباء بدون صيانة مما سبب احداث وفاة مورث المدعين، وقد قدر الخبراء التعويض المناسب للمتضررين فيكون ركون محكمة الموضوع إلى إلزام محدث الضرر اتجاهاً قانونياً سليماً [١] .

أما الوضع القضائي في أقليم كوردستان، فأنه وبما أن الأقليم كان جزءاً من التنظيم الإداري اللامركزي في العراق [٢]، و أن التنظيم القضائي في إقليم كوردستان كان هو التنظيم المتبع نفسه في العراق وكان نظاماً قضائياً موحداً وبعد صدور قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩، قد أصبح النظام القضائي في كوردستان أيضاً قضاءاً مزدوجاً، ونصوص القانون المذكور كان ساري المفعول في كوردستان، وذلك إلى أن صدر قانون مجلس شورى الإقليم رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٨ حيث تأسس بموجبه مجلس شورى الإقليم ومن أهدافه النظر في المنازعات الإدارية[٣].

طبقاً لقانون مجلس شورى الإقليم تختص المحكمة الإدارية بالنظر في طلبات التعويض عن الأضرار الناشئة عن القرارات الإدارية المخالفة للقانون حيث جاء فيه أنه (تختص المحكمةالإدارية بما يلي: (...خامساً: طلبات التعويض من الأضرار الناجمة من القرارات الإدارية الصادرة خلافاً للقانون) [٤].
[٤].

من هذا النص يتضح أن القضاء الإداري يختص بالنظر في دعاوي التعويض عن القرارات الإدارية، أما دعاوي التعويض عن الأضرار الناشئة عن الأعمال المادية للإدارة [٥] تكون من اختصاص القضاء العادي، ولا يمكن للقضاء الإداري النظر فيها.

ويمكن للمتضرر أن يتقدم بطلب التعويض عن القرارات الإدارية ليس فقط أن يكون بصفة تبعية لدعوى الإلغاء و إنما يمكن أن يقدمه بصفة أصلية أيضاً، في حين لم يجز كما أشارنا إليه في السابق، المشرع العراقي في المادة / ٧ من قانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ لمحكمة القضاء الإداري النظر في طلبات التعويض إذا رفعت إليها بصفة أصلية، بل يجب أن يكون التعويض تابعاً للإلغاء إن كان له مقتضى.

المطلب الثاني
الأختصاص بالمنازعات الإدارية المتعلقة بالعقود الإدارية

---

[١] رقم القرار ٢١٤ / ١/ حقوقية ٩١ تاريخ القرار ١٩٩١/١٠/١٤ الموسوعة العدلية، ع ٦، ١٩٩٢، ص ١٠ نقلاً عن عبد الملك يونس محمد، أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها (دراسة مقارنة) ، المصدر السابق، ص ٢٣٦.

[٢] المادة (٨ / ب) من الدستور المؤقت العراقي الملغي لسنة ١٩٧٠.

[٣] المادة (٣ / أولاً) من القانون المشار اليه (يهدف المجلس إلى تحقيق ما يلي : أولا : في المنازعات الإدارية...). .

[٤] المادة (١٣ / خامساً) من قانون مجلس شورى الإقليم.

[٥] يجب التمييز بين القرار الإداري المادية التي لا تهدف إلى تحقيق آثار قانونيةمعينة ومن أمثال الأعمال المادية: البيانات التي تنشرها الإدارة والتقارير السنوية والمذكرات التي يقصد بها الإعلام أو التوجيه، الأعمال التحضيرية كالإحصاءات وجمع المعلومات أو التعاميم الخاصة بتفسير أو شرح الأعمال الإدارية، إحالة الموظف إلى الهيئة الطبية ينظر: د. حسن محمد عواضة، المبادئ الأساسية للقانون الإداري، دراسة مقارنة، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٧، ص ١٣٤.

سبق أن قلنا إن الإدارة عند مباشرتها لوظيفتها في تسيير المرافق العامة تمارس أعمالاً مادية وتصرفات قانونية إما تصدر عن الإدارة بإرادتها المنفردة دون أية مشاركة من الغير وهذه تكون في شكل قرار اداري أو أن يكون بإتفاق إرادتين، إرادة الإدارة وإرادة الفرد المتعاقد مع الإدارة. وهي التصرفات التعاقدية للإدارة.
ولكي نبحث في التصرفات التعاقدية للإدارة ومدى خضوع المنازعات المتعلقة بهذه التصرفات للقضاء الإداري، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين بالشكل الأتي:

الفرع الأول: التعريف بمنازعات العقود الإدارية و انواعها.

الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري من النظر في منازعات العقود الإدارية.

الفرع الأول
التعريف بمنازعات العقود الإدارية وأنواعها

كثيراً ما تحتاج الإدارة إلى ابرام العقود المختلفة لتسيير المرافق العامة او إدارة أملاكها ومصالحها فأكثر العقود التي تبرمها الإدارة تختلف عن العقود العادية من حيث موضوعها وطبيعتها، فأما من حيث الموضوع فهي تتناول تنظيم المرافق العامة وتسييرها، بينما تتناول العقود العادية مصالح خاصة، وأما من حيث طبيعتها، فهي تتضمن أحكاماً لا تتضمنها عادة العقود العادية، لأن هذه العقود تراعي فيها مبدأ المساواة بين المتعاقدين، أما العقود الإدارية فتجعل الإدارة في وضع ممتاز بالنسبة للطرف الآخر المتعاقد معها، كأن تتضمن مثلاً شروطاً تخول الإدارة وحدها حق فسخ العقد دون موافقة الطرف الآخر [١]. ولهذه الأسباب، العقود التي تبرمها الإدارة لا تخضع لنظام قانوني واحد، فهي على نوعين: عقود الادارة العادية وتخضع للقانون الخاص والتي تماثل العقود التي يبرمها الأفراد في نطاق القانون الخاص، وعقود الإدارية التي تخضع لقانون العام والتي تبرمها الإدارة بإعتبارها سلطة عامة تستهدف تنظيم مرفق عام أو تشغيله[٢]، وتخضع العقود الإدارية عند حدوث منازعات بشأنها لاختصاص القضاء الإداري بينما تخضع المنازعات المتولدة عن العقود العادية للأدارة لمحاكم القضاء العادي [٣].

لذلك من المهم أن نعرف متى يكون العقد الذي تبرمه الإدارة عقداً إدارياً وما هو معيار التفرقة أو التمييز بين العقد الإداري والعقد العادي؟ سنقسم هذا الفرع كالآتي :

اولاً : العقود الإدارية بتحديد القانون:

هي تلك العقود الإدارية التي تنص القوانين على اختصاص القضاء الإداري بالنظر فيها[٤] .
وقد أفرد المشرع العراقي لبعض عقود الإدارة تشريعات خاصة مما يدل على كونها عقود إدارية، ومنها عقود تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى المبرمة استناداً إلى أحكام قانون تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٨٥، و عقود بيع إيجار أموال الدولة التي ينظم أحكامها القانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦ ملغى وحل محله قانون رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ وعقود المقاولات [٥].
وقد تعرضت فكرة التحديد القانوني للعقود الإدارية لكثير من النقد لأسباب ترجع إلى طبيعة بعض العقود التي قد لا تتلائم مع التكييف الذي يضفيه عليه المشرع، وفي الحالات التي ينسجم فيها هذا التكييف مع طبيعة العقد، ومضمونه فإن تحديد المشرع له يكون كاشفاً فقط، لذلك أن ترك تحديد العقود

---

[١] د. عدنان العجلاني، الوجيز في الحقوق الإدارية، ج٣، مطابع دار الجامعة، دمشق، دون سنة طبع، ص ٢٤.
[٢] د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، مطبعة هاوار، دهوك، ٢٠٠٧، ص ٢٤٠.
[٣] د. عدنان العجلاني، الوجيز في الحقوق الإدارية، ص ٢٤١.
[٤] د. محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان،٢٠٠٧، ص ١٢٥ .
[٥] د. مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، ط١، مطبعة شهاب/ أربيل،٢٠١٠، ص ١١٧ .

الإدارية للقضاء الذي لا شك أقدر على كشف الطبيعة القانونية لها، خاصةً إذا كان هذا القضاء إدارياً متخصصاً [١].

ثانيا: التمييزالقضائي للعقود الإدارية:

هناك عقود إدارية بتحديد القضاء وهي التي يعتبرها القضاء عقوداً إدارية استناداً إلى معايير التي ابتكرها القضاء والفقه في هذا الشأن، ولقد استقر كل من القضائين المصري والفرنسي على أن الضوابط التي تحدد الطبيعة الإدارية لعقد من العقود هي ثلاثة [٢]:

أولاً: أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً من أشخاص القانون العام: من البديهي وقبل كل شيء لكي يعتبر العقد إدارياً، يجب أن يكون أحد الطرفين المتعاقدين شخصاً معنوياً له وصف الشخص العام، وأشخاص القانون العام هم أولاً الدولة التي تمثلها الوزارات والإدارات والمصالح التابعة لها، وغير الدولة هناك الأشخاص العامة المحلية وهي المحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى، الاشخاص العامة مثل الهيئات العامة [٣] وهذا يعني ان العقود التي تبرم بين الافراد فإنها لا تعد عقود إدارية حتى ولو كان أحد المتعاقدين هيئة أو مؤسسة ذات نفع عام أو كان يستهدف غرضاً من أغراض النفع العام. وهو ما ذهبت إليه المحكمة الأدارية العليا المصرية في حكمها [٤].

ثانياً: أن يتعلق العقد بإدارة المرفق العام: إن هذا الشرط يخرج من اختصاص القضاء الإداري، جميع العقود التي أبرمتها الإدارة لغاية غير المرفق العام [٥]، وحكمة هذا الشرط أن ضرورات أو مقتضيات المرافق العامة وسيرها بانتظام واطراد هي التي تبرر النظام القانوني الاستثنائي أو المتميز للعقود الإدارية ذلك النظام الذي يختلف عن القانون الخاص في كثير من نواحيه سواء في حقوق الإدارة المتعاقدة أو في حقوق والتزامات المتعاقد معها [٦].

وفكرة المرفق العام لها مكانها في أحكام القضاء العراقي وأشارت محكمة القضاء الإداري العراقي إلى أنه: لما كان العقد المذكور من العقود الإدارية وأن الضرر واقعاً بمجرد التأخير عن تسليم العمل بالنظر لتعلقه بالمرفق العام فإن من حق الإدارة فرض الغرامة التأخيرية على المقاول... [٧]

ثالثاً: أن يتضمن العقد شروطا إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص: إن محكمة التنازع الفرنسية فقد عرفت شروط استثنائية بأنها: شروط تعطي للفريقين أو ترتب على عاتقهما موجبات تختلف بطبيعتها عن الحقوق والواجبات التي يمكن أن يسلم بها الشخص بملء إرادته ضمن إطار القوانين المدنية والتجارية [٨].

ومن امثلة الشروط الاستثنائية حق إعطاء الأوامر والتعليمات أثناء تنفيذ العقد، وحق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، وحق فسخ العقد دون الالتجاء إلى القضاء... وقد تتمثل الشروط غير المألوفة أيضا في أن تجيز الادارة للمتعاقد معها التمتع ببعض امتيازات السلطة العامة كحق نزع الملكية للمنفعة العامة أو استخدام وسائل الأكراه ضد الأفراد، وذلك بسبب قيامه بمعاونة السلطة الإدارية في إدارة المرافق العامة تحقيقاً للنفع العام [٩].

---

[١] د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري،المصدر السابق، ص ٢٤٨.

[٢] د. شاب توما منصور، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط١، جامعة بغداد، ١٩٨٠، ص ٤٤٥.

[٣] د. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٥٥٦.

[٤] تنص على (إن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافها لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية، وذلك أن قواعد القانون العام أنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة (١٩٦٤/٣/٧) نقلاً عن د. احمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت BOT ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٦.

[٥] د. عدنان العجلاني، الوجيز في الحقوق الإدارية، مصدر سابق، ص ٢٤٣.

[٦] د. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري ، مصدر سابق ،ص ٥٥٧.

[٧] حكم محكمة التمييز الصادر في ١٩٧٣/٦/٦ نقلا عن د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، دون تاريخ طبع ، ص ٣٥ وكذلك حكمها الصادر في ١٩٧٤/٨/١٤ المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

[٨] د. محي الدين القيسي، القانون الإداري العام ، مصدر سابق ، ص ١٢٠ .

[٩] د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، ٢٠٠٩، ص ٣٢-٣٣.

والقضاء العراقي أيضاً عرف الشروط الاستثنائية كما يظهر في أحكام القضاء بأن العقد الذي تعقده الإدارة... ويتضمن شروطاً غير مألوفة من إجراء مناقصة عامة واشتراط تأمينات وغرامات هو عقد إداري متميز عن العقود المدنية، بما تستهدفه من تحقيق مصالح كبرى تعلو على المصالح الخاصة... [١]

و بالرجوع إلى الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز العراقية نجد إنها تشير إلى فكرة المرفق العام، والى الشروط غير المألوفة في القانون الخاص، ففي حكمها المرقم ٢٥٢٧/ح/٩٦٦ بتاريخ ١٩٦٦/١١/١٢ تقول ولما كان هذا العقد قد أبرمته الإدارة مع المقاول من أجل إنشاء مرفق عام متوصلة في ذلك بأسلوب القانون العام وبشرط غير مألوفة ...) وقد رددت المحكمة المعياريين المتقدمين في أحكامها اللاحقة [٢].

ومن الجدير بالذكر أن موضوع العقود الإدارية في العراق يكتنفه الغموض وعدم وضوح المبادئ، سواء على الصعيد القضاء أو على صعيد التشريع ويرجع ذلك لسببين هما:

أولاً: عدم وجود قانون موحد بالنسبة للعقد الإداري ولا سيما المناقصات العامة مثلما هو السائد في بعض الدول إذ توجد عدة تشريعات تحتوي على قواعد تنظم الموضوعات المتعلقة بالعقود الإدارية [٣].

والمثال على ذلك هو، قانون تنفيذ مشارع التنمية الكبرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٨٥، وقانون شركات القومية الصادرة من وزارة التخطيط عام ١٩٨٨، ونظام المؤسسة العامة لتنفيذ مشاريع النقل والمواصلات رقم (٣٦) لسنة ١٩٨٠،...الخ.

ثانيا : موقف القضاء غير مستقر، فهو تارةً يطبق قواعد القانون الخاص على العقود الإدارية [٤] وتارةً وتارةً أخرى يطبق عليها قواعد القانون العام [٥].

ومما يجدر ذكره أن المختصين في العراق تداركوا هذه الاشكالية الحقيقية بخصوص موضوع العقود الادارية بعدم وجود نظام قانوني متكامل لمعالجته وتنظيمه بحيث تحدم المصلحة العامة التي تستهدفه الادارة العامة، فصدر وفقاً لذلك قانون العقود الحكومية وتعليمات تنفيذها سنة ٢٠٠٨، غير أنه لم يكن بمستوى الطموح ولم يرق ليشكل حلاً للمشاكل التي أكتنفت مسألة العقود فتم الغاؤه وإصدار قانون التعاقدات العامة وتعليمات تنفيذها في آب ٢٠١٤ وهو القانون النافذ في العراق بهذا الخصوص. كما صدر في الاقليم تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية رقم (١) سنة ٢٠١٦ لتحل محل التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠١١، ورغم ذلك فأن موضوع العقود الأدارية لازال بحاجة الى تنظيم اكثر وخصوصاً فيما يتعلق بالتزامات أطراف العقد، و حقوق المتعاقد مع الأدارة.

الفرع الثاني
موقف القضاء الإداري من النظر في منازعات العقود الإدارية

يقصد بمنازعات العقود الإدارية، جميع المنازعات التي تتعلق بالعقد الإداري ذاته،وتبرز بين اطرافه بعض الامور بالنسبة لأنعقاد العقد أو شروط صحته أو كيفية تنفيذه أو إنهائه، سواء كان هذا النزاع متعلقاً بالسلطات الإدارية التي أبرمت العقد،أو أن النزاع تعلق بالالتزامات الواقعة على عاتق المتعاقد مع الإدارة[١].

---

[١] قرار محكمة رقم (٣٥٥/ح/١٩٦٦) في التاريخ ١٩٦٦، نقلا عن د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٤٢.

[٢] ينظر على سبيل المثال الأحكام التالية: قرار الهيئة العامة رقم ٣٣٥/حقوقية/ ٩٦٦، وقرارها رقم ٢١٧٤/ح/١٩٦٦ وقرارها ١٦/حقوقية/ ١٩٦٧. نقلاً عن: د. شاب توما منصور، القانون الإداري، ص ٤٤٩.

[٣] عبد الرحمن رحيم، دراسات قانونية ، العقد الإداري، ط١، مطبعة شهاب، أربيل، ٢٠١٠، ص ٢٠.

[٤] د. محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، ، مصدر سابق، ص١٧.

[٥] طبقت محكمة التمييز القواعد الإدارية بشكل جلي في حكمها الصادر في ١٩٦٥/٧/٢٥ بخصوص القضية رقم ٦٥٤/٤٢/ح/١٩٦٥. المصدر نفسه، ص ١٠٠.

ينتمي قضاء العقود الإدارية إلى فئة القضاء الكامل فتختص المحكمة بنظر كافة ما يكون قد صدر بشأن تلك العقود من قرارات وإجراءات بإعتبارها من العناصر المتفرعة عن المنازعة الأصلية في حدود اختصاصها الكامل بالنسبة إلى منازعات العقود [٢]، ومن صور دعوى القضاء الكامل بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية مثل دعوى بطلان العقد ودعوى الحصول على مبالغ مالية ودعوى أبطال بعض التصرفات الصادرة من الإدارة على خلاف التزامها التعاقدية ودعوى فسخ العقد[٣] فإذا ما تعلقت المنازعة بعقد إداري- سواء أكانت خاصة بإنعقاد العقد أو بصحته أو تنفيذه أو انقضائه - فأنها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل[٤].

وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري: (أن اختصاص محكمة القضاء الإداري فيما يتعلق بعملية التعاقد لم يعد مقصوراً على صحة أو بطلان القرارات الإدارية التي تصدر في شأن هذه العملية المركبة، بل امتد الاختصاص ليشمل كل ما يتعلق بالعملية من أول إجراء في تكوينها إلى آخر نتيجة في حسم كافة العلاقات والحقوق والإلتزامات التي نشأت عنها، فالاختصاص أصبح مطلقاً وشاملاً وأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها، يستوي في ذلك ما يتخذ منها صورة القرار الإداري وما لا يتخذ هذه الصورة، طالما توافرت في المنازعة حقيقية التعاقد الإداري) [٥].

وليس لقضاء الإلغاء سوى دور محدد في مجال منازعات العقود الإدارية، ويرجع ذلك لسببين رئيسين :

أولهما، أن دعوى الإلغاء هي جزاء لمخالفة قواعد المشروعية، بينما الإلتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية [٦].

وثانيهما، إن دعوى الإلغاء لا يمكن أن توجه إلى العقود، ذلك أن من شروط قبول الدعوى أن توجه الدعوى إلى قرار إداري، لكنها لا يمكن أن توجه إلى عقد من العقود، لأن العقد هو توافق إرادتين بينما القرار هو تعبير عن إرادة الإدارة بمفردها [٧]، ويضاف إلى ما سلف وجود طريق الطعن الموازي بالنسبة للمتعاقد الآخر، أما الأجنبي عن العقد، فإنه يخضع لقاعدة إقتصار آثار على أطرافه [٨].

فالمنازعات التي تتعلق بالعقود الإدارية إما موضوعية أو مستعجلة، وهذه الأخيرة تقوم بناءعلى طلب يتقدم به صاحب الشأن بصفة مستعجلة [٩] للمحكمة المختصة وترمي من وراء ذلك إستصدار حكم وقتي درءاً لخطر داهم، بهدف حماية الحق ذاتهاو بقصد الحفاظ على الدليل المثبت، حرصاً على عدم زواله بمضي المدة، ويجب أن تتوفر فيه صفة الإستعجال والجدية حتى تفصل المحكمة المختصة بالطلب المستعجل [١٠]. وهكذا نرى بأن محكمة القضاء الإداري في العراق والأقليم لا تختص بالمنازعات المتعلقة بصلب اختصاص القضاء الإداري وهي منازعات العقود الإدارية، وترك الولاية العامة للقضاء العادي في المنازعات الإدارية، الناشئة عن الأعمال المادية للإدارة والعقود الإدارية، لكن لا يوجد ما يمنع قبول الطعن في القرارات الإدارية القابلة للأنفصال عن العقد الإداري، طالما جاء

---

(١) د. عبد الغني البسيوني، القضاء الإداري ،مصدر سابق، ص ٥٧٣.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مصدر سابق،ص ٢٢٩.

(٣) د. خليفة سالم الجهمي، توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي في مجال منازعات العقود الإدارية، بحث متاح على الموقع الالكترونى الآتي: http: khalifasalem.wordpress.com آخر زيارة ٢٠١٩/٣/١٥.

(٤) د. محمود حلمي، العقد الإداري ،ط٢، دار الفكر العربي، دون مكان الطبع، ١٩٧٧، ص ٦١.

(٥) حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٦/١١/١٨ في القضية رقم ١٨٨٠ لسنة ١٠ق، نقلاً عن المصدر نفسه، ص ٦١.

(٦) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٢٣٠.

(٧) د. خليفة سالم الجهمي، توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي في مجال منازعات العقود الإدارية ،المصدر السابق، ص ١١.

(٨) د. فهد بن محمد بن عبد العزيز، ، رقابة القضاء على قرارات الإدارة، مجموعة رسائل الدكتوراه ، د.م طبع ود.ت طبع، ص ٥٦.

(٩) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءاً وتحكيماً، منشأة المعارف، الاسكندرية ، ٢٠٠٩، ص(٣١٣).

(١٠) المصدر نفسه ، ص ٣١٤ وما بعده .

فـي أختصـاص المحكمـة الطعـن فـي الأمـر أو القـرار الإداري بصـورة مطلقـة، لـذا قبلـت محكمـة القضـاء الإداري الطعن في تلك القرارات القابلة للأنفصال عن العقد الإداري [١].

ولكن أحياناً قد ينظر القضاء العادي في القرارات الإدارية قابلة للأنفصال عن العقد في مرحلة ابرامه [٢]، مما يـؤدي إلـى مخالفـة قاعـدة الاختصـاص القضـائي، وبمـا أن الاختصـاص مـن النظـام العـام، لـذا فـي هـذه الحالـة مـن الأجـدى إحالـة الـدعوى إلـى محكمـة القضـاء الإداري، لأن الاختصـاص للنظـر فـي تلـك القـرارات ينعقـد للقضاء الإداري وليس لمحكمة البداءة والاستئناف[٣].

وإيضأ صدر قانون فرنسي بتاريخ ٢٤/١٦ اب ١٧٩٠ نص في المادة (١٣) منه على أن الوظيفة القضائية مستقلة و ستظل دائماً منفصلة عن الوظيفة الإدارية ولا يمكن للقضاة بأي وجه من الوجوه أن يقوموا باستدعاء رجال الإدارة للمثول أمامهم بسبب يتعلق بأداء وظائفهم الإدارية [٤] .

وعلى الرغم من أن المشرع العراقي بادر إلى تعديل قانون مجلس شورى الدولة بموجب قانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ انه لا يزال اختصاصات هذه المحكمة محددة ولا يشمل النظر بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.

وفي إقليم كودرستان، بصدور قانون مجلس الشورى لإقليم كوردستان – العراق رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٨، أصبح إقليم كوردستان هو الآخر يتبع النظام القضائي المزدوج حيث أن المحكمة الإدارية في الإقليم تنظر في صحة القرارات الإدارية التي تصدر من موظفي الإقليم دون النظر في العقود الإدارية[٥]، وهذا يعني أنها ترك الولاية للنظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية للقضاء العادي، وهذا ما ذهبت إليه الهيئة العامة لمجلس شورى إقليم كوردستان بصفتها التمييزية لقرار المحكمة الإدارية في أربيل وجاء فيها (إن موضوع الدعوى ينصب على الإخلال بإلتزام عقدي والحالة هذه تخرج النزاع من اختصاص المحكمة الإدارية وتدخل ضمن اختصاص محكمة البداءة بحيث أن الدفع بالاختصاص الوظيفي من النظام العام تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها وكان على المحكمة الإدارية أن تحيل الدعوى على المحكمة المختصة تطبيقاً لأحكام المادة (٧٨) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل..) [٦]. وهكذا يتبين لنا بعدم اختصاص مجلس شورى الدولة في العراق وإقليم كودرستان بمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية على خلاف ما هو سائد في فرنسا ومصر، وهذا يعد نقصاً في قانون مجلس الشورى لإقليم كوردستان والعراق، وعلى المشرع أن يتلافيه. وقد أصدرت وزارة التخطيط في الإقليم تعليمات رقم (١) لسنة ٢٠١١ بخصوص تشكيل محكمة ادارية ضمن تشكيلات الوزارة [٧]، فقد نصت المادة (١٠) من التعليمات على نص مشابه للتعليمات الصادرة من الدولة الإتحادي، والتي جاء فيه بأن تشكل في وزارة التخطيط محكمة إدارية حسب أحكام الأمر المرقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ الصادر من سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) والتي تختص بالنظر في أعتراضات مقدمي العطاءات برئاسة قاض ينسبه مجلس القضاء لإقليم كوردستان العراق وعضوية ممثل عن وزارة التخطيط (مدير دائرة التعاقدات العامة) وممثل عن كل من اتحاد مقاولي كوردستان، واتحاد الغرف التجارية والصناعية في الإقليم من ذوي الخبرة والاختصاص.وبعد ما شكلت المحكمة الإدارية التابعة لمجلس الشورى لإقليم كوردستان، قامت وزارة التخطيط بإلغاء الفقرات المتعلقة بتشكيل

---

(١) مثل قرار الصادر في قضية رقم ٨١/ قضاء اداري /٩٩١ بتاريخ ١٩٩١/١٢/٣١ نقلا عن : عثمان ياسين علي ، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة ابرام العقود الادارية ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون والسياسة بجامعة صلاح الدين ، اربيل ،٢٠١٢ ، ص ٤٠.

(٢) حكم محكمة استئناف بغداد / الهيئة الثانية القضية رقم ١٣١٤/س/٩٥ في ١٩٩٧/١/٢٨ نقلا عن ، المصدر نفسه ،ص ٤١.

(٣) د. أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الادارية القابلة للانفصال في مجال العقود الادارية ،دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية،٢٠١٠، ص ٤٨.

(4) Ander de laubadere and Jean-claud,Traite DE Droit Administratif ,L,G,D,J, P140, 1976.

(٥) المادة (١٣/ خامسا) من قانون مجلس الشورى لإقليم كوردستان / العراق رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٨.

(٦) قرار هيئة العامة بصفتها التمييزية رقم (١٣١/ الهيئة العامة / إدارية /٢٠١٢ بتاريخ ٢٠١٢/١١/١٨ منشور في المبادى القانونية في قرارات وفتاوي مجلس شورى إقليم كوردستان العراق لعام ٢٠١٢ ،ص٢٨١.

(٧) منشور في الوقائع كوردستان العدد (١٢٤) بتاريخ ٢٠١١/٤/١٤.

المحكمة وكيفية فض المنازعات أمامها، بناءاً على اعتراض مجلس الشورى لإقليم كوردستان – العراق [١]. وبناءا على التعديل الذي حصل على المحكمة الإدارية الخاصة في الإقليم، تضطر الجهات الإدارية اللجوء إلى الإحتكام إلى المحكمة الإدارية التابعة لمجلس شورى الإقليم في حال وقوع النزاع الناشئ في مرحلةإبرام العقد الإداري، والقرارات الممهدة لإبرامه. وهكذا أصبحت هذه المنازعات خاضعة لرقابة القضاء الإداري [٢] ويطبق بشأنها القانون الإداري، لذا قضت المحكمة الإدارية في أربيل التابعة لمجلس شورى الإقليم في حكم لها على أنه (استقر عليه الفقه والقضاء الإداريين بأن القرارات السابقة على إبرام العقد والممهدة للإنعقاد مثل قرارات لجان فحص والبت في العطاءات وقرار استبعاد أحد المتعاقدين أو إلغاء التعاقد جميعها قرارات إدارية مستقلة عن العقد يجوز الطعن بها أمام محكمة القضاء الإداري لذا تقرر قبوله شكلاً) [٣].

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع بحثنا توصلنا الى جملة استنتاجات ومقترحات نلخصها في الآتي:

اولاً : الاستنتاجات

١- ان المشرعين العراقي والكوردستاني يمنعان القضاء الاداري فيهما من رقابة بعض تصرفات الادارة بجملة نصوص قانونية مانعة الا ان كل هذه النصوص المانعة تعتبر من وجهة نظرنا ملغاة بسبب مخالفتها لنص المادة (١٠٠) من الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ بنصها (يحظر النص في القوانين على تحصين اي عمل او قرار اداري من الطعن ...) ، وبذلك تم حظر تحصين اعمال وقرارات الادارة العامة دستورياً فلا يصح بعد هذا مخالفته من قبل المشرع العادي او السلطة الادارية باعتباره القانون الاعلى والاسمى في الدولة ، لذا فان كل المنازعات الناشئة عن هذه النصوص يجب ان تخضع لرقابة القضاء .

٢- توصلنا الى ان المقصود بالنصوص القانونية المانعة بأنها تلك النصوص التي يصدرها المشرع و يتم من خلاله منع القضاء من قبول الطعن في بعض القرارات الادارية إما بصورة مباشرة بالنص صراحةً على عدم جواز سماع دعوى الالغاء بشأن تلك القرارات او بصورة غير مباشرة بالنص على ان تلك القرارات الادارية نهائية او غير قابلة للطعن ، او بإحالة البت في صحة تلك القرارات الى هيئات او لجان او جهات غير قضائية ، و قد يؤدي تلك النصوص القانونية او التشريعات المانعة الى اعتباره من اخطر الوسائل على حق الافراد في التقاضي ، لذا يجب ان يرد تلك الاستثناءات ضمن اضيق الحدود و بموجب النصوص القانونية المحددة دون التوسع في تفسيرها لحماية حقوق و حريات الافراد.

٣- من خلال متابعتنا وفحصنا لقرارات القضاء الاداري في العراق واقليم كوردستان نجد انهما قد تقيدا بالنصوص القانونية المانعة اذ قررا في كثير من احكامهما بعدم اختصاصهما بالنظر في

---

[١] فوفقا بهذه التعديلات الغت الوزارة وفقا للصلاحية التي تخولها ، الفقرات – ثانيا الي ثامنا من المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ ، بموجب بيان رقم (١) الصادر في ٢٠١١/٨/٨ لوزارة التخطيط في حكومة اقليم كوردستان – العراق ، المنشور في جريدة وقائع كوردستان ،العدد (١٣٣) في ٢٠١١/٨/١٥.

[٢] ابوبكر صديق عمر ، الرقابة القضائية على السلطة الادارة في ابرام العقود الادارية بطريق المناقصات ،ط١ ، منشورات الحلبى الحقوقية ، لبنان ، ٢٠١٣ ، ص ١٨٢.

[٣] الحكم المرقم ١١/ك /٢٠١١ الصادر بتاريخ ٢٠١١/٨/٩، والمصدق بقرار مجلس شورى اقليم كوردستان العراق ، المرقم ٢٥/الهيئة العامة /٢٠١١ في ٢٠١١/١٠/١٠ .

الدعاوى المنصبة على تطبيق هذه النصوص المانعة ، وهذا في تقديرنا توجه غير قانوني وغيرمجانب للصواب ومخالف للدستور.

لذا توصلنا الى انه تم الغاء جميع هذه النصوص المانعة صراحة من قبل المشرع العراقي وذلك بموجب قانون رقم (٣) لسنة ٢٠١٥ ومن قبله بموجب المادة (١٠٠) من الدستور العراقي النافذ عليه فأن المادة (٧/خامساً) من قانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، والمادة (١٦) من قانون مجلس الشورى لإقليم كوردستان – العراق رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٨ منسوختان بحكم القانون ، لذلك ندعو المشرع الكوردستان الى إلغاء جميع النصوص القانونية المانعة صراحة ، وتجريد التشريعات المحصنة لقرارات الإدارة من قوتها القانونية ، وتوسيع اختصاصات القضاء الإداري كما هو المعمول في الدول المقارنة.

فأصبح حظر تحصين القرار أو العمل الإداري من طعن ، مبدأ دستورياً ، يعلو على القوانين العادية ، وكان من الأفضل بالقضاء أن يحكم بعدم دستورية كل قانون يتعارض مع الدستور ، وذلك استنادا الى قاعدة تدرج قوة القواعد القانونية التي تستوجب تطبيق القانون الاعلى عند حصول التعارض بينهما ويعد الدستور القانون الأعلى ، وذلك بموجب المادة(١٣) من الدستور حيث تنص على أنه (أولاً: يعد هذا الدستور القانون الأسمى والأعلى في العراق ويكون ملزماً في أنحائه كافة وبدون إستثناء . ثانياً : لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو أي نص قانوني أخر تعارض معه.

٤- ان النظر في منازعات العقود الادارية هو اختصاص اصيل للقضاء الاداري في دول القضاء المزدوج كفرنسا وغيرها ، بينما نجد ان هذا الاختصاص غيرمقرر بالنسبة للقضاء الاداري في العراق واقليم كوردستان ، وهذا في نظرنا نقص كبير يجب معالجته وتداركه من قبل المشرع فيهما.

٥- ان الاشكالية الاساسية للقضاء الاداري في العراق واقليم كوردستان تتمثل بما اقره مشرع قانون مجلس شورى سواء في العراق او في الإقليم من اتباع قواعد قانون المرافعات المدنية بخصوص الدعاوى الادارية المرفوعة امام هذا القضاء ، هذا الامر برأينا محل نظر لان مثل هذه الدعاوى يجب ان تخضع لقانون الاجراءات الادارية التي تميز الدعوى العادية عن الدعوى الادارية .

٦- ان قانون مجلس شورى الاقليم قد اعتمد الى حد كبير على قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩، ومن دون إعتماد التعديلات الأخيرة منها قانون رقم١٧ لسنة٢٠١٣ وقانون رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧، لذا يمكننا القول ان مايعتري القانون الثاني من عيوب ونواقص قد تجلت وبشكل واضح في قانون مجلس شورى الاقليم، خاصة فيما يتعلق باستبعاد كثير من القرارات والاعمال الادارية من اختصاص المحكمة الادارية دون مبرر.

٧- ان ولاية المحكمة الادارية تشمل ولاية الالغاء وولاية القضاء الكامل، وعلى ذلك يمكن للمحكمة بحسب الولاية الاولى ان تلغي القرارات الادارية المخالفة للقانون والانظمة والتعليمات اذا ما تم الطعن بها امام المجلس. اما ولاية القضاء الكامل فتشمل التعويض عن القرارات الادارية الملغاة، فطلبات التعويض ترفع تبعاً لدعوى الالغاء وفقاً لقانون مجلس شورى الدولة في العراق. اما قانون مجلس شورى الاقليم فانه اتاح للمتضرر من القرار الاداري الملغاة من رفع دعوى مستقلة لطلب التعويض او طلب ذلك تبعاً لدعوى الالغاء امام القضاء الاداري ، وهذا في تقديرنا موقف يحسب للمشرع الكوردستاني، وتكون في مصلحة الفرد المتضرر وفيها ضمان اكثر لحقه.

٨- توصلنا الى انه حسناً فعل المشرع العراقي عندما عالج القيد المانع الذي كان موجوداً في قانون الجنسية السابق و ذلك عند اصداره لقانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ عندما حددت في المادة (١٩) على ان تختص المحاكم الادارية في الدعاوى الناشئة عن تطبيق احكام هذا القانون.

٩- ان نطاق اختصاص اللجان الادارية قد تم تحديده بالنظر في المنازعات المثارة عن تقدير الدخل و الضريبة فقط و بقاء المنازعات الاخرى التي لا ترتبط بتقدير الدخل و الضريبة بدون مرجع محدد

للطعن فيها ، فضلاً عن ذلك نجد ان تلك اللجان هي شبه قضائية و لا تتوفر فيها شروط الحيادية و الكفاءة و التخصص المقترنة بالجهات القضائية الادارية ، لذا فيستحسن أن توكل هذه المهمة لمحكمة القضاء الاداري او حتى لمحكمة قضاء الموظفين (و هيئة انضباط موظفي الاقليم) لأن تضمن المقومات الموضوعية و التوازن و الانصاف لكلا طرفي النزاع اكثر من التي تضمنها هذه اللجان ، فالقضاء الاداري للوصول الى اصدار القرار السليم بإمكانه الاستعانة بخبراء فنيين و إداريين و علميين و ذو الكفاءات مشهودة في اوساط مختلفة عن طريق اللجان التي يشكلها في سياق نظره في الدعاوى المقامة أمامه.

١٠- ان المشرع العراقي لم يكن موفقاً في قانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة النافذ، عندما ابقى على تبعية القضاء الاداري لوزارة العدل، على الرغم من اعادة تشكيل مجلس القضاء الاعلى في عام ٢٠٠٣ بموجب الامر رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٣ الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة، مما سيجعل القضاء الاداري تحت رحمة السلطة التنفيذية، ومن ثم التأثير على استقلاله، خاصة اذا ما استعمل وزير العدل سلطته الرئاسية تجاه مرؤوسيه وهم اعضاء القضاء الاداري. وحسناً فعل المشرع العراقي في قانون التعديل السادس لقانون مجلس شورة الدولة رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ عندما فك أرتباط هذا المجلس بوزارة العدل واخضعه لمجلس القضاء الأعلى ضمانا لحياديته وإستقلاليته.

ثانياً: المقترحات

١- العمل على الغاء جميع النصوص القانونية المانعة التي سلبت اغلب اختصاص القضاء الاداري سواء في العراق اوفي اقليم كوردستان في حسم نزاعات القرارات الادارية، فمثل هذه النصوص الى جانب كونها معيبة من الناحية الدستورية كخرقها مبدا استقلال القضاء ولا تضمن حق التقاضي وتنال من الحكمة من انشاء القضاء الاداري كجهة قضائية مستقلة عن القضاء العادي.

٢- تعديل نص المادة (٢) من قانون مجلس شورى لإقليم كوردستان وذلك بالنص على فك إرتباط القضاء الاداري من التبعية لوزارة العدل، والحاقه بالسلطة القضائية ممثلة بمجلس القضاء في الإقليم.

٣- تعديل المادة (١٦) من قانون مجلس شورى الاقليم، وذلك بالغاء كل تلك الاستثناءات الواردة في الفقرات (اولا وثانيا) من هذه المادة، والواردة على اختصاصات القضاء الاداري في النظر بالطعون الادارية، بما يضمن لهذا القضاء الوليد في كوردستان حق نظر كل انواع الطعون في القرارات والاوامر الادارية.

٤- تعديل المادة (٤) من قانون مجلس شورى الاقليم وذلك باضافة الفقرة (رابعاً) اليها على ان تتضمن تشكيل محكمة ادارية عليا للنظر تمييزاً في الطعون الموجهة الى قرارات المحكمة الادارية وهيئة انضباط الاقليم اسوة بما جاء في المادة (٢/رابعا/أ) من قانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة العراقي.

٥- تعديل المادة (١٣) من قانون مجلس شورى الاقليم وذلك بإضافة فقرتين(ثامناً وتاسعاً) الى هذه المادة بحيث تتضمنان اختصاصين هامين يضافان الى اختصاصات المحكمة الادارية وهما النظر في دعاوى التعويض عن الاعمال المادية للإدارة، والاختصاص الآخر هو النظر في دعاوى المسؤولية عن العقود الادارية بكل أنواعها دون استثناء.

٦- اذا كان من اختصاصات مجلس شورى الاقليم وفقا للمادة (٧) وكذلك بالنسبة لمجلس الدولة العراقي وفي المادة نفسهاهو صياغة مشاريع القوانين التي تعرض عليهما. فان قانوني المجلسان

ذاتهما يحتاجان الى من يعيد صياغتهما. اذ جاء هذان القانونان في كثير من المواضع معيبان في الصياغة. وقد أشرنا الى بعض من هذه العيوب في خضم بحثنا هذا. ويكمن السبب بالتحديد بالنسبة لقانون مجلس شورى الاقليم رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٨ في رأينا الى العجلة في كتابة هذا القانون دون مراجعة وتمحيص جيدين. لذا نقترح إعادة النظر في هذا القانون وبشكل يتلاءم مع اهمية وخطورة الدور الذي يقوم به المجلس بمختلف هيئاته.

قائمة المصادر

اولاً : القواميس و المعاجم :

١. محمد بن مكرم علي المعروف بابن منظور ، لسان العرب ، (ت ٧١١ هـ)، ط ٣ ، دار صادر، بيروت ، ١٤١٤هـ .
٢. علي بن محمد بن علي المعروف بالرجافي (ت٨١٦ه) ، التعريفات ، بتحقيق جملة من العلماء، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ،١٤٠٢هـ ،١٩٨٣ م .

ثانياً : الكتب باللغة العربية:

١. ابوبكر صديق عمر ، الرقابة القضائية على السلطة الادارة في ابرام العقود الادارية بطريق المناقصات ،ط١ ، منشورات الحلبى الحقوقية ، لبنان ، ٢٠١٣ .
٢. د.احمد حافظ ، القضاء الاداري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون سنة الطبع .
٣. د. احمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت BOT ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
٤. د. أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الادارية القابلة للانفصال في مجال العقود الادارية ،دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية،٢٠١٠.
٥. بختيار غفور حمد امين ، تأثيرقوانين الطوارىء في العراق على ضمانات المتهم في مرحلتي (التحري وجمع الادلة) و (التحقيق الابتدائي) ،اربيل ، ٢٠٠٦.
٦. د. حسن محمد عواضة، المبادئ الأساسية للقانون الإداري، دراسة مقارنة، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٧.
٧. د. حمدي أبو النور السيد عويس، مسؤلية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية ،دار النهضة العربية ، القاهرة.

٨. خالد عبدالفتاح محمد ، المسؤلية المدنية في ضوء احكام محكمة النقض ،دار الكتب القانونية ، مصر ،٢٠٠٩ .
٩. د. خميس السيد إسماعيل، قضاء مجلس الدولة وإجراءات وصيغ الدعاوي الإدارية، د.مكان طبع، ١٩٨٦ – ١٩٨٧.
١٠. د.خليفة سالم الجهمي ،الرقابة القضاية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال تأديب ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩.
١١. د.زانا رؤوف حمه كريم و د.دانا عبدالكريم سعيد ، المبادىء العامة في القانون الاداري ، الكتاب الثاني (الاعمال الادارية – مبدأ المشروعية) ، مطبعة يادكار ، السليمانية،٢٠١٧.
١٢. د. سعاد الشرقاوي ، الوجيز في القضاء الاداري ، الجزء الاول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١ .
١٣. د. سليمان محمد الطماوي ،الوجيز في القانون الاداري ، دراسة مقارنة ، مطبعة جامعة عين شمس ،١٩٨٦.
١٤. د. شاب توما منصور، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط١، جامعة بغداد، ١٩٨٠.
١٥. د. طعيمة الجرف ، القانون الاداري ،مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ،١٩٦٣-١٩٦٤.
١٦. عبد الرحمن رحيم، دراسات قانونية ، العقد الإداري، ط١، مطبعة شهاب، أربيل، ٢٠١٠.
١٧. د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسئولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية (القرارات والعقود الإدارية في الفقة وقضاء مجلس الدولة) منشأة المعارف بالأسكندرية، ٢٠٠٧ .
١٨. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءاً وتحكيماً، منشأة المعارف، الاسكندرية ، ٢٠٠٩.
١٩. د.عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري ، منشأة المعارف ،الاسكندرية .
٢٠. د. عدنان عمرو ، القضاء الإداري ، مبدأ المشروعية – دراسة مقارنة ، منشأة المعارف بالأسكندرية ،٢٠٠٤.
٢١. د. عمر محمد الشوبكي ، القضاء الاداري ، دراسة مقارنة الطبعة الرابعة ، دار الثقافة للنشر، والتوزيع ، عمان ،٢٠١١.
٢٢. د. علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الاداري ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان،٢٠١١ .
٢٣. د. فاروق احمد خماس ، الرقابة على اعمال الادارة ، دار الكتب للطباعة و النشر ، الموصل ، ١٩٨٨.
٢٤. د. فتحي فكري ، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية ،دار النهضة العربية ، القاهرة.
٢٥. فهد عبدالكريم ابو العثم ، القضاء الاداري بين النظرية والتطبيق ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان .
٢٦. عادل حسين شبع ، القيود الواردة على اختصاص القضاء الإداري، دار الكتب و الوثائق الوطنية، بغداد، ٢٠٠٥.
٢٧. عبد الملك يونس محمد،أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها (دراسة مقارنة)، ط١، مطبعة جامعة صلاح الدين/ أربيل ،١٩٩٩.
٢٨. د. عدنان العجلاني، الوجيز في الحقوق الإدارية، ج٣، مطابع دار الجامعة، دمشق، دون سنة طبع.
٢٩. د . فيصل احمد الحيدر ، اصول المنازعات الادارية دراسة مقارنة ،دون مكان طبع ،٢٠١٢.
٣٠. د. ماجد راغب الحلو، الدعاوي الإدارية ، منشأة المعارف ، مصر ، ٢٠٠٠.
٣١. د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية ، ٢٠٠٨.
٣٢. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية، ٢٠٠٩.
٣٣. د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، مطبعة هاوار، دهوك، ٢٠٠٧.
٣٤. د. مازن ليلو راضي ، القضاء الاداري ،مطبوعات جامعة دهوك، ٢٠١٠.
٣٥. د. مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، ط١، مطبعة شهاب، أربيل،٢٠١٠.

٣٦. د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، القرار الاداري، دار الحكمة ، بغداد، ١٩٩١ .
٣٧. مايا محمد نزار ابودان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ،٢٠١١.
٣٨. د. محسن خليل ،القضاء الاداري ورقابته لاعمال الادارة، منشأة المعارف ، ١٩٦١.
٣٩. د.محمد رفعت عبدالوهاب ،مبادىء واحكام القانون الاداري ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ٢٠٠٢.
٤٠. د. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.
٤١. د. محمد ماهر أبو العينين، التعويض عن أعمال السلطات العامة (التعويض عن أعمال السلطة التنفيذية) الكتاب الأول ط١، المركز القومي للإصدارات، القاهرة، ٢٠١٣.
٤٢. د. محمود حلمي، العقد الإداري ،ط٢، دار الفكر العربي، دون مكان الطبع، ١٩٧٧.
٤٣. د.محمود خلف الجبوري ،القضاء الاداري ، ط ١ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،١٩٩٨.
٤٤. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، دون تاريخ طبع.
٤٥. د. محمود عاطف البناء، القضاء الإداري (دعوى الإلغاء ودعوى التعويض) دار الفكر العربي، ١٩٧٨.
٤٦. د. محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان،٢٠٠٧.
٤٧. د.يحيى الجمل ، نظرية الضرورة في القانون الدستوري و بعض تطبيقاتها المعاصرة ،دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤.

ثالثاً : البحوث المنشورة :

١. د. عصام عبدالوهاب البرزنجي ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في العراق وأفاق تطورها ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد الرابع ، العددان الأول و الثاني ، ١٩٨٥.
٢. محمد عبد طميس ، مداخلات المضرور تقصيرا وأثرها في تقدير التعويض ، مجلة القانون المقارن ، العدد ٥٤ ، ٢٠٠٨.

رابعاً : الرسائل و الاطاريح :

١. عثمان ياسين علي ، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة ابرام العقود الادارية ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون والسياسة بجامعة صلاح الدين ، اربيل ،٢٠١٢.
٢. د. فهد بن محمد بن عبد العزيز، رقابة القضاء على قرارات الإدارة، مجموعة ، رسائل الدكتوراه، د.م طبع ود.ت طبع.
٣. د. وجدي ثابت غبريال ، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقا للمادة ٧٤ من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها ،اطروحة الدكتوراه ،جامعة القاهرة ، ١٩٨٧.

خامساً : الدساتير و القوانين :

أ / الدساتير :

١. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
٢. مشروع دستور إقليم كوردستان – العراق صادق عليه برلمان كوردستان العراق في ٢٠٠٩/٦/٢٤.

ب/ القوانين :

١. قانون ضريبة الأرض الزراعية رقم (٦٠) لسنة ١٩٦١.
٢. قانون الاستعانة الاضطرارية ذو الرقم ٣٧ لسنة ١٩٦١ والمنشور بجريدة الوقائع العراقية ، العدد٥٣٢ في ١٩٦١/٦/٥ .
٣. قانون المطبوعات رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٣، و قانون المطبوعات رقم ٢٠٦ لسنة ١٩٦٨.
٤. قانون المحاماة رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥.
٥. قانون نقابة الصحفيين رقم (١٧٨) لسنة ١٩٦٩.
٦. قانون تنظيم التجارة الداخلية و الخارجية رقم (٢٠) لسنة ١٩٧٠.
٧. قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة ١٩٧٠.
٨. قانون الدفاع المدني ذو الرقم ٦٤ لسنة ١٩٧٨ والمنشور بجريدة الوقائع العراقية ، العدد ٦٤ في ١٩٧٨.
٩. قانون نقابة المهندسين رقم (٥١) لسنة ١٩٧٩.
١٠. قانون نقابة الأطباء رقم (٨١) لسنة ١٩٨٤ .
١١. قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم (٤٠) لسنة ١٩٨٨ .
١٢. قانون رقم (١٧) لسنة ١٩٩٤ تعديل لقانون ضريبة الدخل رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢. (منشور في جريدة الوقائع العراقية عدد ٣٥٣٠ في ١٩٩٤/١٠/٣).
١٣. قانون جوازات السفر رقم (٥٥) لسنة ١٩٩٩ الملغي.
١٤. الامر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة ٢٠٠٤.
١٥. قانون التضمين رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦.
١٦. قانون تعديل إعادة المفصولين السياسين رقم (٢٥) لسنة ٢٠٠٨،والمنشورفي الوقائق العراقية العدد (٤٠٨١) في ٢٠٠٨/٧/١٥.
١٧. قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩..
١٨. قانون التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ لقانون مجلس الشورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩..
١٩. قانون مجلس الشورى لإقليم كوردستان / العراق رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٨.
٢٠. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ ، بموجب بيان رقم (١) الصادر في ٢٠١١/٨/٨ لوزارة التخطيط في حكومة اقليم كوردستان – العراق ، المنشور في جريدة وقائع كوردستان ،العدد (١٣٣) في ٢٠١١/٨/١٥.

سادساً : القرارات و الفتاوى و الاحكام :

١. مجلس شورى الدولة رقم الإعلام (١١٥) رقم الإضبارة ٣١٥ / إداري تمييز / ١٩٩٤
٢. القرار رقم ٩٨٠/ انضباط /٢٠١٠المنشور في قرارات وفتاوي مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٠ من مجلس شورى الدولة ، وزراة العدل .
٣. القرار رقم ١٦/ الهيئة العامة / إدارية /٢٠١٢ ، المنشور في المبادىء القانونية في قرارات و فتاوي مجلس شورى إقليم كوردستان العراق لعام ٢٠١٢ رقم ٦٦/ الهيئة العامة /٢٠١٢ .
٤. القرار رقم ٨٦/ انظباط / تمييز/ ٢٠٠٩ في تاريخ ٤/ ٢٠٠٩/٥ ، المنشور في قرارات و الفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٩ .
٥. القرار رقم ٤٨١ / انضباط / تمييز / ٢٠٠٩ في تاريخ ٢٨ /١٢/ ٢٠٠٩ .
٦. القرار بعدد ١٠٠ /الهيئة العامة /انضباطية/ ٢٠١٢ في تاريخ ١٠/١٧ / ٢٠١٢.
٧. القرار بعدد ١١٢ /الهيئة العامة /انضباطية/ ٢٠١٢ في تاريخ ٣١/ ١٢ / ٢٠١٢.

٨. حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٥،٣ لسنة ٣ القضائية، مجموعة أحكام المجلس، السنة الخامسة.
٩. حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٨١ لسنة ١ القضائية، مجموعة أحكام المجلس،السنة الأولى.
١٠. فتوى بعدد ٣٥ – ٢٠١١ الصادر في تاريخ ٢٠١٢/٣/٢٥، المنشور في المبادئ القانونية في قرارات وفتاوى مجلس شورى إقليم كوردستان- العراق لعام ٢٠١٢.
١١. قرار رقم ١٥/ الهيئة العامة / ادارية / ٢٠١٢ في تاريخ ٢٠١٢/١٢/٩ المنشور في المبادئ القانونية في قرارات وفتاوى مجلس شورى إقليم كوردستان – العراق لعام ٢٠١٢
١٢. رقم القرار ٢١٤ / ١/ حقوقية ٩١ تاريخ القرار ١٩٩١/١٠/١٤ الموسوعة العدلية، ع ٦، ١٩٩٢.
١٣. قرار هيئة العامة بصفتها التمييزية رقم (١٣١/ الهيئة العامة / إدارية /٢٠١٢ بتاريخ ٢٠١٢/١١/١٨ منشور في المبادىء القانونية في قرارات وفتاوي مجلس شورى إقليم كوردستان العراق لعام ٢٠١٢.
١٤. الحكم المرقم ١١/ك /٢٠١١ الصادر بتاريخ ٢٠١١/٨/٩، والمصدق بقرار مجلس شورى اقليم كوردستان العراق ، المرقم ٢٥/الهيئة العامة /٢٠١١ في ٢٠١١/١٠/١٠ .

سابعاً : البحوث المنشورة على المواقع الالكترونية:

١. د. خليفة سالم الجهمي، توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي في مجال منازعات العقود الإدارية، بحث متاح على الموقع الالكترونى الآتي:
http: khalifasalem.wordpress.com. تاريخ آخر زيارة ٢٠١٩/٣/١٥

ثامناً : الكتب باللغة الفرنسية:

1. Ander De laubadere, , Des contrats administratifs, T.2, Paris, 1956 .
2. Ander de laubadere and Jean-claud,Traite DE Droit Administratif ,L,G,D,J, 1976.
3. Chapus (R), Droit administratife general, Paris, 1995.