

القوانين التي تحجب حق التقاضي ومدى دستوريّتها

رسالة تقدم بها

حسين جبار عبد حمد النائي

إلى مجلس كلية القانون / جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام
بإشراف

الدكتور رافع خضر صالح شوّ

أستاذ القانون العام المساعد

٢٠٠٤ م

١٤٢٤ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿إِنَّ رَبَّكَ يَقْضِي بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ
فِيمَا كَانُوا فِيهِ يَخْتَلِفُونَ﴾

الصلوة
العظيمة

الآية (٩٣)

سورة يونس

الإهداء
إلى نور السماوات
والأرض الذي لن أبتغي
غيره سبيلاً . .
إلى والدي ووالدتي
عرفانا بفضلهما

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) وعلى أهل بيته الطيبين الطاهرين ..

أتقدم بالشكر والتقدير للمشرف الأستاذ المساعد الدكتور (رافع خضر صالح شبر) لرعايته العلمية والتربوية المتواصلة في أثناء كتابة البحث ولقبوله الإشراف على هذه الرسالة .

شكري وتقديري لعميد كلية القانون الأستاذ المساعد الدكتور (حسن عودة زعال) ، وأتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ المساعد الدكتور (كاظم عبد الله الشمري) معاون العميد للشؤون العلمية والدراسات العليا. شكري لكل العاملين في مكتبة كلية القانون جامعة بابل ، المكتبة المركزية ، وكذلك شكري وتقديري الى العاملين في مكتبة كلية القانون ، جامعة بغداد والمكتبة المركزية ، والعاملين في مكتبة المعهد القضائي ، وأتقدم بالشكر الجزيل إلى موظفة مكتبة وزارة العدل الست (آسيا) وأتقدم بالشكر الجزيل إلى الأخوة في مكتب (السحاب) لإخراجهم البحث ليظهر بحلته هذه .

ومن الله التوفيق

الباحث

THE LEGISLATIONS PREVENTING THE RIGHT TO SUE AND THE SCOPE OF ITS CONSTITUTIONALS

ABSTRACT

The roles that prevent the right to sue and its constitutions, is one of the important subjects in our present time especially of after the ramification of the states activities as well as its fields as a result as beside the jursepedence make question about this legislations. The question is what is the scope of constitutional of these legislations of the right to sue, so if we want to make a search in this subject that demand from us divide it into three chapters.

In the first chapter, we will discuss what the right to sue is and its scope on that required searching on the definition of this right, and its characteristics, importance, its position and because of the importance of this right of this right we find that all most of the constitutions ensure this right. In other different countries, but on the other hand, we find that some states make some rules and issued some legislations and that lead to make some restrictions represented by Acts of Government and Prohibited Legislations.

And these restriction upon this right can be divided into two groups totally restrictions and represented by acts of government and partially we will look for solutions for the questions, what's the scope of constitutions this legislations. So we'll divide this search to 3 chapters. In the first chapter we will discuss what the right to sue is and its scope. In the second chapter we will discuss this legislation in Egypt and finally will we discuss this legislation in Iraqi law and the legislations of the total and partial legislations. In the third chapter we will answer the question what is the scope of constitutional for this legislation. So we will divide

this chapter into 4 questions. First we'll discuss the jurisprudence and judicial in France, Egypt and Iraq in three different sections, and finally the phases of interruptions the regular legislations to the constitution.

During this study we depend on three methods. First, the analysis methods which depends on analyzing the jurisprudence opinion, discuss it, looking for the suitable issue and the practical method, which depend on jurisprudence, legislative judicial situations, which is related to the research. Third the comparative method, which we made comparative study between the legislative situations between France, Egypt and Iraq. Finally, we put some together and opinions about the subject and we hope that these issue will satisfy you desires.

**THE LEGISLATIONS PREVENTING
THE RIGHT TO SUE
AND THE SCOPE OF ITS
CONSTITUTIONALS**

**A THESIS
PRESENTED BY
HUSSIEN JABBAR ABED**

**TO THE COUNCEL OF COLLEGE OF
LAW – UNIVERSITY OF BABYLON IN
PARTIAL FULFILMENT FOR THE
REQUIREMENTS OF MASTER DEGREE
IN PUBLIC LAW**

**SUPERVISED BY
DR. RAFI KHUDER SALIH**

2004 A.D.

1424 H.

المحتويات

الصفحة	المحتويات
١	مقدمة
٥	فصل تمهيدي : ماهية حق التقاضي .
٥	المبحث الأول : التعريف بحق التقاضي وتحديد عناصره .
٦	المطلب الأول : التعريف بحق التقاضي .
٩	المطلب الثاني : عناصر حق التقاضي .
١٥	المبحث الثاني : مصادر حق التقاضي .
١٦	المطلب الأول : التشريع الدستوري .
٢٢	المطلب الثاني : التشريع العادي .
٢٦	المطلب الثالث : التشريع الدولي .
٣١	المبحث الثالث : نطاق حق التقاضي .
٣٢	المطلب الأول : التقييد الكلي لحق التقاضي .
٣٥	المطلب الثاني : التقييد الجزئي لحق التقاضي .
٣٨	الفصل الأول : القوانين التي تحجب حق التقاضي .
٤٣	المبحث الأول : القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي .
٤٦	المطلب الأول : مبررات القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي .
٤٦	الفرع الأول : حماية المؤسسات الدستورية في الدولة .
٤٨	الفرع الثاني : المحافظة على العلاقات الدولية وشؤون الدولة الخارجية .
٤٩	الفرع الثالث : المحافظة على الشؤون الداخلية للدولة .
٥١	المطلب الثاني : القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي في فرنسا .
٥٤	المطلب الثالث : القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي في مصر .
٥٤	الفرع الأول : القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي قبل صدور دستور ١٩٧١ .
٥٦	الفرع الثاني : القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي في ظل صدور دستور ١٩٧١ .
٥٧	المطلب الرابع : القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي في العراق .
٥٧	الفرع الأول : القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي قبل صدور دستور ١٩٧٠ .
٥٨	الفرع الثاني : القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي في ظل صدور دستور ١٩٧١ .
٦١	المبحث الثاني : القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي .
٦٢	المطلب الأول : مبررات القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي .
٦٢	الفرع الأول : المبررات المتعلقة بتنظيم الشؤون السياسية .
٦٤	الفرع الثاني : المبررات المتعلقة بتنظيم الشؤون الداخلية .
٦٧	المطلب الثاني : القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي في فرنسا .
٦٧	الفرع الأول : القوانين التي لا تبيح الطعن الإداري أو القضائي .
٦٨	الفرع الثاني : القوانين التي تنظم جهات أخرى لنظر المنازعات .
٦٩	المطلب الثالث : القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي في مصر .
٦٩	الفرع الأول : القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي قبل دستور ١٩٧١ .

٧٣	الفرع الثاني : القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي وموقف دستور ١٩٧١ منها .
٧٦	المطلب الرابع : القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي في العراق .
٧٦	الفرع الأول : القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي قبل دستور ١٩٧٠ .
٧٩	الفرع الثاني : القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي قبل دستور ١٩٧٠ .
٨٨	الفصل الثاني : مدى دستورية القوانين التي تحجب حق التقاضي .
٨٩	المبحث الأول : موقف الفقه والقضاء من القوانين التي تحجب حق التقاضي .
٨٩	المطلب الأول : موقف الفقه والقضاء الفرنسي من القوانين التي تحجب حق التقاضي .
٩٠	الفرع الأول : موقف الفقه والقضاء الفرنسي من القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي .
٩٧	الفرع الثاني : موقف الفقه والقضاء الفرنسي من القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي .
١٠٥	المطلب الثاني : موقف الفقه والقضاء المصري من القوانين التي تحجب حق التقاضي .
١٠٥	الفرع الأول : موقف الفقه والقضاء المصري من القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي قبل دستور ١٩٧١ .
١٠٩	الفرع الثاني : موقف الفقه والقضاء المصري من القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي في ظل دستور ١٩٧١ .
١١٢	الفرع الثالث : موقف الفقه والقضاء المصري من القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي .
١٢٠	المطلب الثالث : موقف الفقه والقضاء العراقي من القوانين التي تحجب حق التقاضي .
١٢١	الفرع الأول : موقف الفقه والقضاء في العراق من القوانين التي تحجب حق التقاضي قبل دستور ١٩٧٠ .
١٢٥	الفرع الثاني : موقف الفقه والقضاء من القوانين التي تحجب حق التقاضي في ظل دستور ١٩٧٠ .
١٣٢	المبحث الثاني : أوجه مخالفة القوانين التي تحجب حق التقاضي لأحكام الدستور .
١٣٣	المطلب الأول : المخالفة الشكلية للقوانين التي تحجب حق التقاضي لأحكام الدستور .
١٣٣	الفرع الأول : مخالفة قواعد الاختصاص .
١٣٦	الفرع الثاني : مخالفة قواعد الشكل .
١٣٧	المطلب الثاني : المخالفة الموضوعية للقوانين التي تحجب حق التقاضي لأحكام الدستور .
١٣٨	الفرع الأول : مخالفة القوانين للقيود الموضوعية الواردة في الوثيقة الدستورية .
١٤١	الفرع الثاني : مخالفة القوانين لروح الوثيقة الدستورية .
١٥٢	الخاتمة
١٥٧	المصادر
	الملخص باللغة الإنكليزية

مقدمة

من المبادئ البها في النظم الديمقراطية ، - ويستوي في ذلك ان يكون النظام برلماناً أو رئاسياً أو اتحادياً - إن الدستور هو الذي ينظم ممارسة السلطات الأساسية في الدولة ، ويبين العلة بينها ، ويكفل حقوق الأفراد وحررياتهم . ولئن تبني الدستور مبدأ الفصل بين السلطات ، ومقتضى ذلك ان تستقل كل سلطة في مباشرة الوظيفة التي اسندها إليها الدستور ، فلا يجوز لها ان تتعدى على وظيفة سلطة أخرى .

حيث يستقل القضاء عن السلطين التشريعية والتنفيذية استقلالاً تاماً ، طبقاً لمبدأ الفصل للسلطات ، ذلك المبدأ الذي أضحي المحور الرئيس الذي تدور من حوله عملية تنظيم السلطات العامة في الدولة الديمقراطية الحديثة .

وإذا كان استقلال القضاء يعتبر نتيجة حتمية لمبدأ الفصل بين السلطات فإن هذا الاستقلال في نظر أغلب الدساتير ، وفقهاء القانون العام أمر يفرضه طبيعة القضاء في أية دولة تسعى إلى ان توفر ضماناً للمتقاضين .

وقد أخذت أغلب الدساتير بمبدأ استقلال القضاء وأقرت عدداً من نصوصها لتقرير هذا المبدأ ، ووضع الضمانات التي تكفل المحافظة عليه واحترامه ، وعدم المساس به ، ومن أية سلطة أو جهة ¹ .

(1). ومن أمثلة ذلك دستور فرنسا لعام 1958 ، إذ نصت المادة 64 منه " يضمن رئيس الجمهورية استقلال السلطة القضائية ... " .

وكذلك دستور اليابان لعام 1963 حيث نص في المادة 76 منه " القضاة مستقلون لا سلطان عليهم لغير ضمائرهم ... " .

ودستور سويسرا لعام 1998 إذ قرر في المادة 72 منه " القضاء سلطة مستقلة ، ... " .

ومن الدساتير العربية التي نصت على استقلال القضاء ، على سبيل المثال :

دستور مصر لعام 1971 حيث نصت المادة 165 على أن " السلطة القضائية مستقلة ، ... " .

ودستور سوريا لعام 1973 حيث نصت المادة 121 منه " السلطة القضائية مستقلة ، ويضمن رئيس الجمهورية هذا الاستقلال " .

دستور المغرب لعام 1998 حيث نصت المادة 78 على أن " القضاء سلطة مستقلة ، ولا يخضع القضاء لغير ضمائرهم ... " .

والغاية التي حرت تلك الدول على تحقيقها في صياغة مبدأ استقلال القضاء في نصوص دستورية ، هو أن ترتفع به الى مستوى الإلزام القانوني وتحميه من المساس به .
لأن سمو النصوص الدستورية على النصوص العادية يترتب عليه وجوب خضوع النصوص العادية باعتبارها أدنى مرتبة للنص الدستورية الأعلى مرتبة منها .

إذ لا يجوز للقاعدة الأدنى ان تمس او تعدل قاعدة أعلى وفق مبدأ تدرج القواعد القانونية ، التي تسلسل على نظام هرمي تنف على رأسه القواعد الدستورية .

هذا وان تبني الدساتير نصوصاً تؤكد استقلال القضاء في أداء وظيفته في النطاق الذي حددته تلك النصوص ليس وحده بكاف لضمان هذا الاستقلال ، إذ يجب ان يكمله ويتممه شرط آخر ، هو كفالة حق الأفراد في الالتجاء الى القضاء في ما يدعونه من نوق . ففي ذلك ضمان لحماية ولاية القضاء كاملة من جانب ، وضمان لحقوق الأفراد وحررياتهم التي كفلها الدستور من جانب آخر ، ولا يتأتى ذلك إلا إذ نص الدستور على ان حق التقاضي حق أصيل ، ولا يجوز الانتقاص منه كلاً أو جزءاً . وبذلك يكون قيداً يرد على سلطة المشرع لا يجوز له ان يمسّه على أية صورة من الصور .

فحق التقاضي حق أصيل وبدونه يستحيل على الأفراد ان يأمّنوا على حقوقهم وحرية ان يردوا ما يقع عليها من اعتداء ، ولا يمكن ان يعتبر نظام الحكم في دولة ما عادلاً إلا بكفالاته لحق التقاضي .

ويتحدد مضمون استقلال القضاء ان لا سلطان على القاضي وهو يؤدي مهمته المقدسة لغير القانون . وليس لأحد ان يملّي عليه سوى ضميره ، ويترتب على ذلك انه ليس للسلطة التنفيذية أي حق في التدخل في الشؤون الخاصة بسلطة القضاء ولا تملك حق القيام بنزع اختصاص من الاختصاصات المخولة له ، او تقوم بمنع القضاء من النظر في طعون محددة ، او سماع دعوى بشأن منازعات معينة ، هذا من ناحية .

من ناحية أخرى ، لا تملك السلطة التشريعية الحق في إصدار قوانين تمنع بها القضاء من النظر في قضايا بذاتها ، او ان تسلبه حق التصدي لنزاعات معينة لان ذلك يعدّ مساساً بحقوق السلطة القضائية ، بوصفها إحدى السلطات الثلاث الرئيسية في الدولة . كما يعد ذلك مساساً بحق التقاضي المكفول لجميع المواطنين .

ولكن الملاحظ من الناحية العملية ، ان ثمة ظاهرة قد برزت في بعض النظم القانونية ، وتضمنت خرقاً لاستقلال القضاء وكفالة حق التقاضي ، إذ أخذت بحق التقاضي بأشكال مختلفة ، وبأساليب متعددة القصد منها هو مصادرة وتقييد وحظر هذا الحق .

وتمثلت هذه الظاهرة في بعض الدول التي حاولت ان تخرج او تستبعد بعض تصرفاتها من نطاق رقابة القضاء عن طريق إضفاء حماية تشريعية - كاملة او جزئية - على

قرارات بعينها تحيط بها ظروف خاصة . ولقد رأينا ان نجعل من هذه الظاهرة ، التي اشترك
الفقه والقضاء في مناقشتها موضوع هذه الرسالة .

ودراسة هذه الظاهرة لها أهمية خاصة من الناحيتين النظرية والعملية ، فبالنسبة

للجانب النظري يقتضي مبدأ سيادة القانون ان نخضع الدولة في تصرفاتها للقانون القائم ، وان

يمكن الأفراد من اللجوء الى القضاء ليتولى مهمة رقابة الدولة في أدائها لوظيفتها بحيث يمكن

أن يردّها الى جادة الصواب كلما خرجت عن حدود القانون .

أما الجانب العملي فأهميته تتلخص عن الجانب النظري . إذ نجد ان المشرع أحيانا ،

يضي على بعض صور نشاط السلطة التنفيذية حصانة تعصمها من رقابة القضاء . ومؤدي

إضفاء الحصانة أن تمتنع المنازعة بشأن صحة هذا النشاط ، وبالتالي لا يترتب عليه ثمة

مراكز قانونية أو حقوق . وذلك على خلاف القواعد العامة التي يركز إليها النظام القانوني

في كل دولة ، إذ ان الأصل وفق أحكام هذه القواعد ان تمارس السلطة التنفيذية نشاطها في

حدود القانون فان تخطت هذه الحدود حق مخاصمة هذا النشاط عن طريق طلب واه أو إلغاؤه

أو التعويض عنه .

والملاحظ ان هذه الظاهرة ليست مقصورة على دولة معينة ، بل إنها ظاهرة عامة

امتدت إلى كثير من الدول⁽¹⁾ .

كما تتجسد أهمية البحث في موضوع القوانين التي تحجب حق النقاضي ومدى

دستوريتها في أن تلك القوانين ، شئنا أم أبينا هي حقيقة قانونية لا يمكن إنكارها ، والأمر

الثاني يتمثل في التأثير المباشر لهذه القوانين على العلاقة بين السلطة والحرية ، فكلاهما تؤثر

في الأخرى تأثيرا يتباين من حيث القوة والاستمرارية من بلد لآخر ، وحسب مدى تضج

المجتمع السياسي والقانوني ، فالسلطة تؤثر في الحرية ، خلال إيرادها قيودا على حقوق

الأفراد ، ومنها حق النقاضي الذي يقيد بهذه القوانين ، أما عن تأثير الحرية في السلطة ،

فيتتمثل في رد فعل الأفراد على هذه القيود ، وهذا جانب من العلاقة.

أما الجانب الآخر فهو أن كليهما تعد رقيبته على الأخرى لتحديد من التجاوزات الحاصلة

من كل واحدة على الأخرى . فما مدى تأثير القوانين التي تحجب حق النقاضي في مجمل هذه

العلاقة .

(1) د. سليمان الطماوي ، مشكلة استبعاد المشرع لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء ، مجلة العلوم

أما الأمر الثالث فيتمثل في أن القوانين التي تحجب حق النقاضي تكون على نوعين ،
قوانين تحجب كلياً حق النقاضي وقوانين تحجزئياً حق النقاضي ، وإن في وراء إصدار
مثل هذه القوانين مسوغات .

وقد ارتأينا أن نعرض لموضوع القوانين التي تحجب حق النقاضي ومدى دستوريّتها
في فصلين ، على أن يسبقهما فصّ تمهيدي ، حيث تناولنا في الفصل التمهيدي ماهيّة حق
النقاضي في ثلاث مباحث تناولنا في المبحث الأول تعريف حق النقاضي وتحديد عناصره ،
وخصصنا المبحث الثاني لبيان مصادر حق النقاضي وعرضنا في المبحث الثالث لنطاق حق
النقاضي .

وتناولنا في الفصل الأول القوانين التي تحجب حق النقاضي في مبحثين ، خصصنا
المبحث الأول للقوانين التي تحجب كلياً حق النقاضي في مصر وفرنسا والعراق . فيما تناولنا
في المبحث الثاني القوانين التي تحجب جزئياً حق النقاضي في مصر وفرنسا والعراق ، مع
بيان مبرراتها .

أما الفصل الثاني فقد تعرضنا لبيان مدى دستورية القوانين التي تحجب حق النقاضي
لأحكام الدستوري مبحثين مستقلين ، الأول بيّن فيه موقف الفقه والقضاء من القوانين التي
تحجب حق النقاضي في فرنسا ومصر والعراق .

أما المبحث الثاني فعرضنا فيه لأوجه مخالفة القانون الذي يحجب حق النقاضي لأحكام
الدستور من خلال البحث في أوجه المخالفة الشكلية والموضوعية للقوانين التي تحجب حق
النقاضي لأحكام الدستور .

ثم انتهينا في البحث بخاتمة ضمناها أهم النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها .

الفصل التمهيدي

ماهية حق التقاضي

ينبغي علينا أن نقف بداية على تحديد ماهية حق التقاضي . وذلك من خلال التعريف بحق التقاضي وتحديد مصادره ، وتبيان نطاق حق التقاضي .
وعلى ذلك فإننا نوزع دراستنا لهذا الفصل على ثلاثة مباحث :
المبحث الأول : ونعرض فيه للتعريف بحق التقاضي وتحديد عناصره .
المبحث الثاني : فنخصصه لتبيان مصادر حق التقاضي .
المبحث الثالث : فنخصصه لدراسة نطاق حق التقاضي .

المبحث الأول

التعريف بحق التقاضي وتحديد عناصره

يحتل حق التقاضي أهمية كبيرة في نطاق الدراسات القانونية ، وذلك لأن معظم دول العالم دأبت من خلال العديد من القوانين التي تصدرها إلى تقييد هذا الحق إما بصورة كلية أو جزئية على الرغم من وجود نصوص دستورية صريحة أو ضمنية تقر وجود هذا الحق .
عليه سوف يتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين مستقلين لبيان التعريف بحق التقاضي وتحديد عناصره ، حيث سيتم تخصيص المطلب الأول لبيان تعريف حق التقاضي ، وتخصيص المطلب الثاني لبيان عناصر حق التقاضي .

المطلب الأول

تعريف حق التقاضي

أولاً: حق التقاضي لغة

الحق في اللغة هو نقيض الباطل وجميعه حقوق ، وليس له بناء أدنى عدد ¹ . والحق في اللغة أيضا هو الأمر المقضي فيه ، والعدل ، وإحتقاً اختصما والتحاق التخاصم ² . والقضاء الحكم ، واستقضى فلان أي جعل قاضيا ويحكم بين الناس ، يقال : قضى بين الخصمين قضى عليه ، وقضى له ، وقضى بكذا فهو قاضي ، والجمع قضاة ، وقضى الله ، بمعنى أمر .

وأصل الفعل من قضى ، يقضي ، قضاء فهو قاضٍ ، فيقال مثلا :

- قضى الله ، أي بمعنى أمر ، قال تعالى وقضى ربك إلا تعبدوا إلا إياه ³ .

- أو يقال قضى بين الخصمين ، أي بمعنى حكم بينهما ، قال تعالى إن ربك يقضي بينهم بحكمه ⁴ .

- أو تفيد معنى المقاضاة أمام الحاكم ، أي رفع الأمر إليه للبت أو الفصل فيه .

والفعل نقاضى ، يتقاضى ، نقاضيا ، متقاضٍ هنا معناها :

- أما متقاضى القوم إلى الحاكم ، بمعنى رفعوا أمرهم إليه .

- أو تأتي بمعنى متقاضى الدين ، أي طلبه وقبضه إليه ⁵ .

- أو تفيد معنى الاختصاص فنقول مثلا اقتضى المتخاصمان ، أي تحاكما وترافعا أمام القاضي في مجلس القضاء لطلب الحق والإنصاف .

- أو تعطي معنى طلب أو العدل ، فيقال مثلا اقتضى أي طلب الحق والعدل ، ونقاضيا أي

رفعا الأمر إلى الحاكم للبت فيه ⁶ .

ثانياً : حق التقاضي اصطلاحاً

(¹) ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد العاشر ، دار صادر ، بيروت ، 1968 ص 496 ؛ وكذلك العين ،

الخليل بن أحمد الفراهيدي ، وزارة الثقافة ، جمهورية العراق . 1984 ص 137.

(²) الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، الجزء الثالث ، دار الفكر العربي ، القاهرة ص 221 .

(³) سورة الإسراء ، الآية 23 .

(⁴) سورة النمل ، الآية 78 .

(⁵) جبران مسعود ، المعجم العربي الأساس ، المنظمة العربية للعلوم والتربية والثقافة ، ط 1 ، بيروت ،

1989 ص 235 .

(⁶) جبران مسعود ، الرائد ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ط 3 ، 1981 ص 428 .

تباينت الاتجاهات في تحديد المقصود بحق النقاضي ، حيث ذهب جانب من الفقه المصري وبخاصة د . إبراهيم شحاتة إلى أن المراد بحق النقاضي هو " حق الادعاء بغية تحصيل حق ما " أو " حق طلب الانتصاف أمام سلطة تملك إعطاء النصفة طبقاً للقانون " ¹ . ويرى د. فؤاد العطار إن حق النقاضي هو " حق الالتجاء من قبل الأفراد إلى القضاء فيما يدعونه من حقوق " ² . ويعرف د . طعيمة الجرف حق النقاضي بأنه " حق كل فرد في اللجوء إلى القاضي الطبيعي عندما تتعرض أي من حقوقه أو حرياته الأساسية للانتهاك أو الانتقاص " ³ . ويلاحظ على هذه التعريفات أنها اعتبرت حق النقاضي بمثابة إدعاء أو طلب من الفرد لغرض إستحصل حق متنازع عليه ، وهذا يعني إن حق النقاضي من قبيل الحقوق التي ترتبط ممارستها بوسيلة اقتضائها وهي الدعوى ، إذ من غير الممكن تصور استخدام حق النقاضي إلا بالالتجاء إلى القضاء عن طريق دعوى قضائية ترفع أمام القاضي الطبيعي ، الذي يأخذ على عاتقه تطبيقاً لا القوانين الاستثنائية . وعرف د. عبد الغني بسيوني حق النقاضي بأنه " حق الفرد في اللجوء إلى القاضي الطبيعي ، لأستحصل حق ما عن طريق الدعوى القضائية " ⁴ . ويذهب د. وهيب عياد سلامة إلى إن حق النقاضي " هو حق الفرد في الالتجاء إلى القضاء ، عندما تنتهك أحد حقوقه " ⁵ . ويذهب د . محمد عبد الله العربي إلى أن المقصود بحق النقاضي " حق كل فرد في اللجوء إلى القاضي الطبيعي - بغية تحصيل حق متنازع عليه - عندما تنتهك أحد حقوقه أو حرياته الأساسية من قبل جهة أخرى " ⁶ .

(1) د. إبراهيم شحاتة ، وظيفة القاضي عند فحص دستورية القوانين ، مجلة مجلس الدولة ، ج 1 ، العدد السادس ، القاهرة ، 1960 ص 416 .

(2) د. فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1967 ص 158 .

(3) د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء لأعمال الإدارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1967 ص 179 .

(4) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق النقاضي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1984 ص 183 .

(5) د. وهيب عياد سلامة ، حق الالتجاء إلى القضاء ، مجلدات حقوق الإنسان ، الطبعة الأولى ، المجلد الثالث ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، 1988 ص 241 .

(6) د. محمد عبد الله العربي ، كفالة حقوق الأفراد والحريات العامة في الدساتير ، مجلة مجلس الدولة ، السنة الثانية ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1951 ص 221 .

ويحدد د. ثروت بدوي معنى حق النقاضي بأنه ، " حق الفرد في الإدعاء أمام المحاكم العادية لأستحصل حق متنازع عليه من قبل أكثر من جهة " ¹ .

ويذهب د. سمير الجنزوري إلى أن المقصود بحق النقاضي " هو حق كل مواطن في الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي ، وهو القاضي العادي ، أي الجهة القضائية المختصة وفقاً لأحكام القوانين الإجرائية " ² .

أما بالنسبة للفقهاء العراقيين ، فيذهب د. عصام البرزنجي إلى أن حق النقاضي هو " حق طلب العدل ، أمام مجلس القضاء ، لطلب الحق والإنصاف وفق حدود القانون " ³ .

ويذهب د. آدم النداوي إلى أن المقصود بحق النقاضي هو " حق اللجوء إلى سلطة مختصة ، للبت في شأن حق متنازع عليه " ⁴ .

ويرى د. سعيد مبارك إلى تعريف حق النقاضي بأنه " حق الفرد في اللجوء إلى سلطة مختصة ، مستقلة عندما تتعرض أي من حقوقه أو حرياته للمساس أو الانتقاص منها " ⁵ .

ويتجه د. فاروق أحمد خماس إلى أن حق النقاضي " هو حق الفرد في الإدعاء أمام مجلس القضاء بغية تحصيل حق ما " ⁶ .

ويمكن أن نستنتج مما سبق أن معنى حق النقاضي يتحدد في حق كل فرد في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي عندما تتعرض أي من حقوقه أو حرياته أو مصالحه المعترف بها عموماً ، للمساس أو التهديد بالمساس بغض النظر عن مصدر هذا المساس أو التهديد . وعلى الرغم من كثرة التعريفات التي طرحت بصدد حق النقاضي ، فإن من الضروري أن يكون كل تعريف متصفاً بالعمومية ، والشمولية لهذا الحق بشكل يكون التعريف جامعاً مانعاً يتضمن المعاصر الأساسية والتي تتمثل في تقرير حق الالتجاء إلى القاضي الطبيعي ، واستقلال السلطة القضائية .

(1) د. ثروت بدوي، حق الدفاع وحق النقاضي، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثالثة، العدد الرابع، 1950 م، ص 321.

(2) د. سمير الجنزوري ، الضمانات الإجرائية في الدستور الجديد ، المجلة الجنائية القومية ، العدد الأول ، المجلد 15 ، القاهرة ، 1972 ، ص 25 .

(3) د. عصام البرزنجي ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في العراق وآفاق تطورها ، مجلة العلوم القانونية ، العدد الثاني ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، 1986 ، ص 183 .

(4) د. آدم النداوي ، شرح قانون المرافعات المدنية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، 1988 ، ص 63 .

(5) د. سعيد مبارك ، شرح قانون المرافعات المدنية ، جامعة الموصل ، كلية القانون ، مطابع التعليم العالي ، 1984 ، ص 51 .

(6) د. فاروق أحمد خماس ، الرقابة على أعمال الإدارة العامة في العراق ، جامعة الموصل ، كلية القانون ، مطابع التعليم العالي ، 1989 ، ص 73 .

المطلب الثاني

عناصر حق التقاضي

يشتمل حق التقاضي على عناصر متعددة ، يمكن أن نجملها بما يأتي :

أولاً : حق الفرد في اللجوء إلى القاضي الطبيعي

يُعدُّ حق كل فرد في الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي فيما يثور من خصومات أو نزاعات من حقوق الأفراد الأساسية في المجتمع ، والتي لا يمكن تنازل الأفراد عنها أو جزءاً ، أو الاتفاق على ذلك ، فالفرد إذا كانت له مكنة التنازل عن دعوى أو شكوى أمام القضاء بغية تحصيل حق ، فهو لا يستطيع التنازل عن حقه في الالتجاء إلى القضاء ، ولا يملك تلك المكنة ⁽¹⁾ ، رغم عدم وجود إلزام قانوني حيث أن البعض يذهب إلى اعتبار حق التقاضي حق شخصي يجوز التنازل عنه .

لذا نجد العديد من الدساتير تؤكد على حق الفردي اللجوء إلى قاضيه الطبيعي ، وعدم التوسع في إنشاء المحاكم الخاصة أو المحاكم الاستثنائية ⁽²⁾ . حيث نجد الدستور الإيطالي لعام 1947 قد أكد ذلك في نص المادة 25 منه " لا يجوز أن يحرم شخص من اللجوء إلى القاضي الطبيعي الذي يعينه القانون " . وكذلك المادة 68 من دستور مصر لعام 1971 " ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي " ، وكذلك دستور الصومال 1960 في المادة 38 إذ جاء فيها " لكل شخص الحق في إقامة الدعاوى القانونية ، أمام قاضٍ قانوني مختص " ³ .

ولقد خلا دستور العراق لعام 1970 من ذكر عبارة " القاضي الطبيعي " ، إلا أننا نجد في الوقت نفسه إلى أن القضاء العراقي قد ذهب إلى اعتبار حق التقاضي ، من قبيل الحقوق المتعلقة بالنظام العام حيث اعتبره حق عام لا يجوز التنازل عنه ، أو الاتفاق على التنازل عنه كلاً أو جزءاً ، وكل تنازل أو اتفاق على التنازل عنه يعدُّ باطلاً لمخالفته النظام العام ⁴ .

⁽¹⁾ . د. وهيب عباد سلامة ، مصدر سابق ص 268 .

⁽²⁾ . د. سعد عصفور ، استقلال السلطة القضائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1969 ص 122 .

⁽³⁾ . مما يلاحظ على الدستور الصومالي ، إنه أشار إلى عبارة " قاضٍ قانوني مختص " وان هذه المادة وان لم تُشر صراحة إلى عبارة القاضي الطبيعي إلا أنها جاءت بنفس المعنى .

⁽⁴⁾ . د. آدم وهيب النداوي ، مصدر سابق ، ص 33 .

لذا إذا كان حق التقاضي هو (حق) فإن وسيلة حمايته والسبيل لاقتضاء ذلك الحق هي (الدعوى) والحق هو عنصر من عناصر الدعوى¹ .

كما يشترط لأن يتم ممارسة حق التقاضي أن يكون هناك مساس بحق من حقوق الإنسان أو حرياته الأساسية حتى يسوغ لصاب الحق ، أن يتوجه إلى القضاء لتقديم شكوى أمام السلطات المختصة ، كما أن الأصل العام يقضي بأن من استخدم حقه استخداماً غير جائز ، وجب عليه الضمان⁽²⁾ . ولما كان حق التقاضي ، قد تمت كفالته لتحقيق أهداف اجتماعية واقتصادية مبنغة منه ، عليه فإن استخدام هذا الحق بطريقة بنأى بها صاحب الحق عن تحقيق ذلك الهدف بسوء منه أو بإهمال جسيم⁽³⁾ ، عن طريق الدعاوى الكيدية بقصد الإضرار بالخصم أو الإساءة باستعمال حقه في الدفاع⁽⁴⁾ ، ففي جميع الفروض المتقدمة نجد أن من يسلك هذا الطريق يعد متعسفاً في استخذه في التقاضي ، حيث يذهب الفقه والقضاء في فرنسا إلى تقرير مسؤولية من يخفق في دعواه عند ثبوت سوء النية ، أو قصد الأضرار بالخصم⁵ .

فضلاً عن ذلك ، فإن المادة 88 من قانون المرافعات الإيطالي 1976 النافذ التي توجب أن يتم التقاضي لكلا طرفي النزاع بالعدل والاستقامة ، وشرط تجنب الأضرار بالخصم⁶ . كما أن قانون أصول المحاكمات المدنية في لبنان 1973 في المادة 32 يقرر إمكانية فرض الغرامة على الطرف سيئ النية وإن يحكم للمتضرر ببطل العطب والضرر لمصلحة المدعى⁷ .

(1) د. عبد الوهاب العشماوي ، قواعد المرافعات في التشريع المصري ، والمقارن ، الناشر دار الفكر العربي ، دون سنة طبع ، ص 554 .

(2) د. عبد المجيد الحكيم ، د. زهير البشير ، مصادر الالتزام ، جامعة بغداد ، كلية القانون 1987 ص 143 .

(3) د. آدم الندوي ، شرح قانون الإثبات ، الطبعة الثانية ، بغداد ، 1986 ص 65 .

(4) د. سعدون القشطيني ، قانون المرافعات ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، بغداد ، 1989 ص 93 .

(5) د. آدم الندوي ، فلسفة إجراءات التقاضي ، في قانون المرافعات ، الطبعة الأولى ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، 1988 ص 123 .

(6) د. أحمد سيد الصاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1981 ص 73 .

(7) د. أحمد أبو الوفا ، أصول المحاكمات المدنية في القانون اللبناني ، الناشر دار صادر ، بيروت ، 1981 ،

وإذا كانت القواعد التي تنظم حق التقاضي تفيد الفرد بعدم التعسف في استعمال حقه في التقاضي ، فإن السؤال الذي يطرح نفسه ، ما هو المعيار الذي يمكن أن نعتمده لاعتبار الفرد قد تعسف في استعمال حقه في التقاضي ؟! إن مثل تلك المسألة تترك لسلطة القاضي التقديرية وقناعة المحكمة الوجدانية التي تقرر ذلك من عدمه ، باعتبارها من مسائل الوقائع التي تعود لتقديره ¹ .

ثانيا : استقلال القضاء

إن استقلال القضاء معناه أن لا تتدخل السلطات الأخرى بشؤون القضاء وتفرض عليهم إرادتها ⁽²⁾ . والقضاء كما هو معروف الجهة التي تختص والتي تأخذ على عاتقها مهمة فض المنازعات بمقتضى القانون ، سواء أكانت هذه المنازعات واقعة بين الأفراد أو بين الأفراد والدولة ⁽³⁾ . وطبيعة هذا العمل تقتضي أن تكون السلطة التي تمارسه مستقلة ومحيدة ، فقد كشفت اب السابقة نتيجة هامة ألا وهي عدم جدوى جمع السلطات الثلاثة " التشريعية والتنفيذية والقضائية " في يد واحدة ، لذا برز مبدأ الفصل بين السلطات ليقرر استقلال السلطة القضائية عن السلطين التشريعية والتنفيذية .

وتقتضي طبيعة هذا الدأ أن يكون القضاء أنفسهم مستقلين لا سلطان عليهم في أعمالهم لغير القانون ، فاستقلال القضاء يكمن في مظهرين :

أولهما : استقلال القضاء بصفته سلطة من سلطات الدولة الثلاث ، تقف على قدم المسع السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية .

ثانيهما : استقلال القضاء كأفراد أثناء اضطلاعهم بمهام وظائفهم ، بحيث يمارس القاضي واجبه مستقلا لا سلطان عليه غير سلطان القانون ⁴ .

وقد كان مبدأ الفصل بين السلطات الأساس في نشأة مبدأ استقلال السلطة القضائية ، حيث لم يكن هذا مبدأ معروفا في التشريعات القديمة ، إذ كانت السلطة حقا شخصا للحاكم يستأثر بهارس كافة اختصاصاتها ، لذا لم تكن هنالك سلطة قضائية تتمتع بأي استقلال ⁵ .

⁽¹⁾ د. خليل إسماعيل ، الحقوق الدستورية ، مطبعة الأهالي ، بغداد ، 1933 ص 63 .

⁽²⁾ أنظر : د. سعدون القشطيني ، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية ، الجزء الأول ، مطبعة المعارف ،

بغداد ، 1972 ص 39 .

⁽³⁾ أنظر : د. فاروق الكيلاني ، استقلال القضاء، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977 ص 17 .

⁽⁴⁾ أنظر : د. فاروق الكيلاني ، المصدر نفسه ص 20 .

⁽⁵⁾ أنظر : د. سعد عصفور ، استقلال السلطة القضائية ، مطبعة النهضة العربية، القاهرة ، 1969 ص 53 .

وإذا كان مبدأ الفصل بين السلطات لا يستهدف إقامة فواصل بين الوظائف الثلاث للدولة ، وإنما إقامة تعاون مشترك بينها ، إلا أن من المسلم به في أغلب الدساتير الديمقراطية إضفاء صفة الاستقلال الشديد بالنسبة للسلطة القضائية ، والحرص على صيانة هذا الاستقلال تجاه السلطين التنفيذية والتشريعية .

هكذا أخذت فكرة استقلال القضاء تتبلور ، وتكرس هذا الاستقلال في إعلانات حقوق الإنسان والتي نصت على وضع ضمانات استقلال القضاء وحماية حق التقاضي وعدم المساس به أو الانتقاص منه كلاً أو جزءاً ، إذ تنص المادة العاشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر من قبل الأمم المتحدة 1948 على " لجميع الأفراد ، على السواء الحق في محاكمة عادلة علنية أمام محكمة مستقلة ومحايدة " . إن استقلال القضاء يجعل له مكانة سامية في نفوس الأفراد ويثبت دعائم القانون ويشيع الإحساس بالعدل ويزيد الاطمئنان والاستقرار¹ .

ومشكلة استقلال القضاء من المشاكل التي لقيت اهتمام جانب كبير من المشرعين والفقهاء ، وتعددت الحلول والآراء في تحديد خير الوسائل التي تكفل هذا الاستقلال ، نظراً لما يشكله استقلال القضاء من ضمانات هامة ، من الضمانات الدستورية للسلطة القضائية ومبدأ أساسياً يحكمها⁽²⁾ . كما أن خير ضمانات لأن الفرد - بعد حيدة القانون - هو قيام عدالة حقة ، أي عدالة يباشر في ظلها القاضي ولايته غير مستهد إلا بنصوص القانون ووعي ضميره ، ولا قيام لتنظيم قضائي سليم إلا بتحقيق استقلال القضاء في مواجهة السلطين التشريعية والتنفيذية⁽³⁾ . ونظراً لكون مبدأ استقلال القضاء يشكل ضمانات مهمة من ضمانات مبدأ سيادة

(1) . للمزيد من التفاصيل حول ذلك يراجع ، د. سعد عصفور ، رقابة القضاء وضرورة حماية الفرد في الدولة الحديثة ، مجلة المحاماة المصرية ، السنة 51 ، العدد 3 و 9 ، 1971 ص 123 .

(2) . د. سيد صبري ، مبادئ القانون الدستوري ، الجزء الأول ، الطبعة الرابعة ، الناشر المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1949 ، ص 641 . وكذلك انظر : شهير ارسلان ، استقلال القضاء ، مجلة المحامون السورية ، نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية ، السنة 43 ، العدد 2 و 3 ، 1978 ص 61 .

(3) . أنظر : د. شمس مرعي علي ، القانون الدستوري ، دراسة مقارنة للأنظمة السياسية ، الطبعة الأولى ، مطبعة دار التأليف للطباعة والنشر ، القاهرة ، 1978 ، ص 534 . ومن الجدير بالذكر إنه إذا لم يكن القضاء مستقلاً فإنه لن يستطيع أن يمارس سلطته في الرقابة على تصرفات السلطة التنفيذية والتشريعية بشكل فعال ، ذلك أن مبدأ استقلال القضاء يعد من أهم ضمانات مبدأ سيادة القانون ، وأن الإجماع منعقد منذ القدم على أن الدور الجليل الذي يراود من القضاء أداءه لا يمكن أن يتحقق إلا إذا كان القضاء مستقلاً تمام الاستقلال عن السلطين الآخرين . وكان سلطة متوافرة على مقومات الاستقلال ، والمهمة الدقيقة المنوطة به من علم وخبرة وتمرس في المجال القانوني .

القانون ، فقد دساتير على تأكيد المبدأ في نصوص دساتيرها ، ومن ذلك الدستور الفرنسي لعام 1958 ، حيث نص في المادة 66 منه " إن الهيئة القضائية تعتبر حامية للحقوق الفردية ، وإن الدستور يكفل احترام هذا المبدأ عن طريق استقلال الهيئة القضائية " .

كما أكد في المادة 64 منه " يضمن رئيس الجمهورية استقلال السلطة القضائية " ¹ ، وكذلك الدستور الإيطالي لعام 1947 الذي نص في المادة 104 منه على " القضاء نظام قائم ، ومستقل عن كل سلطة أخرى ... " . وكذلك الدستور الهندي لعام 1949 الذي نص في المادة 92 منه " تتولى المحاكم المستقلة ممارسة سلطة القضائية ... " . وكذلك الدستور الصيني لعام 1983 ، إذ نص في المادة 74 منه " ... والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم لغير ضمائرهم وهم لا يلتزمون في قضائهم إلا لأحكام الدستور قانون ... " . وكذلك الدستور الأردني لعام 1951 الذي نص في المادة 97 منه " القضاء سلطة مستقلة ... " .

وكذلك دستور العراق لعام 1970 حيث نص في المادة 63 فقرة ب على أن " القضاء مستقلون لا سلطان عليهم لغير القانون " . كما نص دستور مصر لعام 1971 في المادة 165 على أن " السلطة القضائية مستقلة ، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها..... " .

(1) . أنظر : نصرت منلا حيدر ، استقلال السلطة القضائية ، مجلة المحامون السورية ، نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية ، السنة 42 ، العدد 5 و 6 ، 1977 ص 95 .

المبحث الثاني

مصادر حق التقاضي

تتنوع مصادر حق التقاضي إلى أنواع ثلاثة رئيسة ، التشريع الدستوري ، والتشريع العادي ، والتشريع الدولي .

وسوف نعرض فيما يلي لدراسة المصادر الثلاثة لحق التقاضي في ثلاث مطالب

متعاقبة على النحو التالي :

المطلب الأول : التشريع الدستوري .

المطلب الثاني : التشريع العادي .

المطلب الثالث : التشريع الدولي .

المطلب الأول

التشريع الدستوري

تمثل وثيقة الدستور المصدر الرئيسي للقواعد الدستورية في دول الدساتير المدونة ،
بما تتضمنه من مبادئ وأحكام أساسية تتعلق بتنظيم السلطات العامة في الدولة ، وبحقوق
وحريات الأفراد .

وبعينا في هذا المقام أن نتعرف على الدستورية التي اختصت بإقرار وتنظيم
حق النقاضي كأحد الحقوق الدستورية .

ويعد دستور الولايات المتحدة الأمريكية ، الصادر عام 1787 أقدم دستور مدون في
العالم ، وما زال نافذ المفعول حتى يومنا هذا ، أقر حق النقاضي ¹ .

لقد أورد الدستور الأمريكي العديد من النصوص المختلفة في مواد ومعدات متفرقة
ينصرف معها إلى حماية حق الأفراد في اللجوء إلى القضاء بقصد توفير الحماية لحقوقهم
ومصالحهم المشروعة . ولقد جاء المبدأ العام في كفالة حق النقاضي في فق (9) من المادة
الأولى في الدستور الأمريكي والتي منعت وقف العمل بحق الحصول على أمر بالمثل أمام
القضاء ، إلا إذا اقتضت السلامة العامة للبلاد ذلك في حالة التمرد أو الغزو ، وتحمي هذه
الفقرة بصورة خاصة المواطن من تقييد حريته أو حبسه ، حيث تكفل له المطالبة بعرض
الأمر على القضاء للفصل فيه ، ويحدد ماذا كان هناك اتهام حقيقي موته إليه ، ويتم إطلاق
سراحه على الفور إذا لم يثبت ضده أي اتهام ولا يعطل هذا الحق إلا في أوقات الحرب
والتمرد والظروف الاستثنائية ² .

وعالجت الفقرة السابقة نفسها موضوع الجرائم ، العقوبات وعدم رجعية قانون
العقوبات بشكل لا يسن حكم الإدانة أو الإعدام أو التجريد من الحقوق المدنية دون محاكمة
وعرض الدعوى أمام القضاء ، وهذا يدوجب حظر إدانة أي شخص بموجب القانون دون
محاكمة ، ولا يسن قانون يكون له أثر رجعي على الماضي .

⁽¹⁾ مع الأخذ بنظر الاعتبار إلى أن هناك وثائق أخرى أقدم من الدستور الأمريكي. وثيقة الماكناكارتا التي
صدرت في عهد الملك جون في إنكلترا عام 1215 ، إلا أن الفقه يجمع على أن الدستور الأمريكي أقدم
دستور مدون في العالم . أنظر عبد الله البياتي ، حق النقاضي ، دراسة دستورية مقارنة ، رسالة دكتوراه ،
كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1998 ص 40 .

² Bernard Schwartz, An Introduction to the American Administrative Law, New York
1958, P.166.

كما نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية " تشمل السلطة القضائية جميع الأحوال المتعلقة والعدل الناشئة بمقتضى هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة ، والمعاهدات المبرمة " .

وتستمر الفقرة في بيان الأمور التي تدخل في نطاق اختصاص القضاء ، عندما تكون الإدارات الحكومية والسلطات العامة طرفاً في تلك المنازعات ¹ .

ويلاحظ أن الدستور الأمريكي لم يسم سوى القليل من الحقوق الطبيعية أو المدنية على الرغم من حرصه على حماية هذه الحقوق وإظهار الاحترام لها ، وتبرز الفقرة 2 من وثيقة إعلان الاستقلال الأمريكية والتي تضمنت كثيراً من الأفكار التي قام عليها الدستور الأمريكي حيث تنص " نؤمن أن هذه الحقائق واضحة بنفسها ، وإن الناس جميعاً خلقوا متساويين ، وأن الخالق قد منحهم حقوقاً معينة لا يمكن انتزاعها ، وإن من بين هذه الحقوق حق الحياة والحرية والسعي وراء السعادة " ⁽²⁾ ، وخلال مؤتمر فيلادلفيا عام 1787 ، حصل نقاش حاد حول إدخال لائحة الحقوق في صلب الدستور الأمريكي ، إلا أن تلك الخطوة لم تنجح في تضمين الدستور لائحة الحقوق ، ولكنهم تمكنوا من ذلك بعد إقرار الدستور ، عندما أضيفت التعديلات الدستورية العشرة على الدستور الأمريكي ⁽³⁾ . فأضيفت عشرة تعديلات إلى الدستور عام 1791 ، وأطلق عليها (وثيقة الحقوق) ، ثم أضيفت تعديلات أخرى عديدة طوال القرنين التاسع عشر ، والعشرين حتى تجاوزت العشرين تعديلاً .

لقد أوجب التعديل السابع الاستجابة إلى طلب المحاكمة بواسطة هيئة محلفين في قضايا القانون العام عندما تزيد القيمة المتنازع عليها عن عشرين دولاراً ⁴ .

وأكد التعديل التاسع على " أن ذكر بعض الحقوق في الدستور لا يعني إنكار حقوق أخرى يتمتع بها أو الانتقاص منها " ⁵ .

¹ William, G. Andrews, Constitution and Constitutionals, P, Vano Strand Company 1st, Princeton, New Jersey, 1961, P. 36.

⁽²⁾ د. أحمد كمال أبو المجد ، التاريخ الدستوري للولايات المتحدة الأمريكية ، مجلة القانون والاقتصاد ، يونيو ، العدد الثاني ، السنة الحادية والثلاثون ، القاهرة ، 1961 ، ص 132 .

³ د. أحمد كمال أبو المجد ، محكمة وارن والحريات العامة - تحليل القضاء المحكمة الدستورية العليا الأمريكية من سنة 1953 حتى سنة 1968 ، مجلة القانون والاقتصاد ، مارس ، يونيو ، السنة الحادية والأربعون ، العدد الأول ، والثاني ، القاهرة ، 1971 ، ص 221 .

⁽⁴⁾ وليام دوجلاس ، وثيقة الحقوق ، ترجمة يونس شاهين ، دار الكرنك للنشر والطبع والتوزيع ، 1965 ، ص 132 .

⁽⁵⁾ روسكو باوند ، ضمانات الحرية في الدستور الأمريكي ، ترجمة محمد لبيب شنب ، 1957 ، دار المعرفة ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص 82 .

إذ تترك هذه المادة النهاية مفتوحة لتحديد عدد وماهية الحقوق التي يتمتع بها الناس مفتوحة من دون تحديد ، ذلك أن مرور الوقت يوماً بعد يوم يظهر حقوقاً جديدة للإنسان لم تكن معروفة قبلاً ، يتوجب إضفاء الحماية القانونية والدستورية عليها .

نستنتج مما سبق ، أن منطوق المادة السابقة قد كفل حق التقاضي للأفراد مادام هذا الحق من بين الحقوق التي يتمتع بها الأفراد والتي لا يجوز الانتقاص منها ، ومن ثم فهو مشمول في نطاق الحماية الدستورية لهذا الحق .

ويتضح مما تقدم أن الدستور الأمريكي تضمن نصوصاً تنص وتحمي حق الأفراد في اللجوء إلى القضاء .

أما الدستور الفرنسي الصادر عام 1958 ، فقد أورد في مادته 34 " يحدد القانون القواعد التي تخص المسائل الآتية : ... والضمانات الأساسية الممنوحة لممارسة الحريات العامة " (1) ، ولقد ورد في مقدمة هذه المادة " يعلن الشعب الفرنسي بصفة رسمية تمسكه بحقوق الإنسان " وحق التقاضي ، هو حق من حقوق الإنسان ، لذا فإن الدستور الفرنسي قد كفل حق التقاضي وحماه دستورياً ، وإن كان بصيغة غير مباشرة .

ونص الدستور الإيطالي الصادر عام 1947 ، في المادة 24 منه على أن للجميع حق الالتجاء إلى القضاء لحماية حقوقهم ومصالحهم المشروعة .
ونجد أن الدستور الإيطالي ضمن حق التقاضي صراحة وأتاح للجميع حق اللجوء إلى القضاء عند حصول أي نزاع وذلك بقصد حماية مصالحهم وحقوقهم المشروعة .

وفيما يخص دستور اليابان الصادر عام 1963 ، فقد نصت المادة السابعة عشرة على " كل شخص يستطيع أن يتقاضى ، لينصف كإجراء بواسطة القانون من الدولة أو أي جهة عمومية في حالة تحمله ضرراً من خلال تصرف لا قانوني لأي موظف عام " ، ونصت المادة الثانية والثلاثون من الدستور نفسه على " أن لا أحد سينكر الحق في اللجوء إلى المحاكم " .
نلاحظ في النص الأول أنه قد أشار إلى الجهة التي يراد الانتصاف منها وشكوتها منه وهي الدولة أو الموظف العام إذا ما صدر منه أي تصرف الحق ضرراً بالأفراد من قبل هاتين الجهتين والنص الدستوري المتقدم لم يشر إلى حق الفرد في اللجوء إلى التقاضي في حالة ما إذا الحق به ضرراً من تصرف صادر من قبل فرد آخر ، واعتقد أن واضعي الدستور الياباني قد جملوا إمكانية لجوء الفرد إلى القضاء لغرض الانتصاف من أي فرد الحق ضرراً من الهيئات المسلم بها في أي نظام دستوري .

¹ Esmein et Duez, Elements De Droit Constitutionnel François Etnel Institution Politiques, 6 Eme., Paris, 1975, P.132.

وأقر الدستور البرتغالي لعام 1989 في المادة العشرين منه " إن كل شخص يملك حق اللجوء إلى القضاء للدفاع عن حقوقه أو حقوقها المشروعة . وإن مبادئ العدالة تقضي بعدم إبعاد الشخص من الوصول إلى القضاء الذي تعوزه الوسائل المادية " .

وأكد الدستور الغاني 1992 ، في المادة 17 على أن " كل شخص اتهم بجريمة سيكون مستحقاً لاستماع عادل ، وعلني من محكمة قانونية " ، كما نصت الفقرة الثانية من المادة 28 في الدستور نفسه على أن " الأشخاص المضطهدين مستحقّي الحقوق والحريات الأساسية المضمنة في هذا الدستور والتي تم إنكارها أو انتهاكها سيكونون مستحقين للفت انتباه محكمة مختصة لفرض أو حماية هذا الحق أو الحرية " .

وضمن الدستور السويسري لعام 1998 في المادة التاسعة والعشرون ، الفقرة الأولى منه " لكل شخص الحق في أن تتظر قضيتّه السلطة القضائية ، ويجوز للاتحاد والمقاطعات الحرمان من هذا الحق في حالات استثنائية يحددها القانون " .

وكذلك فقد نصت المادة (191) في الفقرة الأولى " يضمن القانون الوصول إلى المحكمة الاتحادية " ، أما الفقرة الثالثة " يجوز للقانون استبعاد الوصول إلى المحكمة الاتحادية في مجالات معينة " .

ويلاحظ على الدستور السويسري 1998 ، إنه وإن كان قد كفل أصل الحق " حق التقاضي ، إلا أنه قد أشار إلى حالة فريدة لم تشر إليها أغلب الدساتير ، وهي حالة الحرمان من هذا الحق في حالات استثنائية يحددها القانون " ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 29 فق (أولاً) ، والمادة 191 فق (ثالثاً) بجواز استبعاد الوصول إلى المحكمة الاتحادية وحرمان الأفراد من هذا الحق في حالات استثنائية يحددها القانون .

أما الدستور الصيني الصادر عام 1982 فقد نص في المادة 43 : " كل شخص يملك حق اللجوء إلى المحكمة القانونية إذا ما انتهكت حقوقه أو حرياته الأساسية " .

وفيما يخصّ الدساتير العربية ، فقد أوردت نصوصاً دستورية صريحة على كفالة حق التقاضي . فنجد الدستور الصومالي لعام 1960 ، حيث نصّ في المادة الثامنة والثلاثين منه على أن " لكل شخص الحق في إقامة الدعاوى القانونية أمام قاضي قانوني مختص " .

وأقر دستور سوريا لعام 1973 ، في المادة الثامنة منه " حق التقاضي وسلوك سبيل الطعن والدفاع أمام القضاء مصون أمام القانون " .

وجاء دستور العراق لعام 1970 ، في المادة 63 فق ب) " ليؤكد أن حق التقاضي مكفول لجميع المواطنين " .

حرص الدستور المصري لعام 1971 ، في المادة (68) على الإقرار بحق التقاضي وكفالاته ناس كافة وأن لكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي ، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء بين المتقاضين ، وسرعة الفصل في القضايا .

وتعدّ هذه المادة ثراءً دستورياً ، وذلك لاحتواء هذه المادة على معانٍ ومقاصد كثيرة تكمن لدى المشرع الدستوري المصري .

وإذا ما أردنا أن نحلل هذه المادة تحليلاً قانونياً دقيقاً ، لوجدنا أن العبارة التي أوردها المشرع الدستوري المصري " التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة " ، نجد أن هذه الفقرة تخاطب الناس كافة وليس المواطنين كافة أي مواطن بلد ، حيث لا توجد مثل هكذا عبارة في دساتير الدول العربية التي أقرت صراحة ومباشرة¹ .

" لكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي " هذه العبارة تشير إلى عنصر مهم من عناصر حماية حق التقاضي ، ألا وهو ضرورة تسيير سبل الطرق أمام المتقاضين أمام القاضي لطبيعي لتطبيق حكم القانون العادي² .

" تكفل الدولة تقريب جهات القضاء بين المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا " تتضمن هذه العبارة مبادئ عديدة بشأن حماية الدستور لحق التقاضي ، فتشير إلى كفالة الدولة لجهات القضاء وسرعة البت في القضايا ، أي تيسير سبل التقاضي أمام الأفراد ، وتذليل العقاب لممارسة هذا الحق³ .

وكذلك نجد الدستور الأردني لعام 1952 ، ينص في المادة 101 الفقرة 1 علىـ " أن المحاكمة مفتوحة للجميع ... " ، ثم أردفت هذه المادة بمادة 102 التي تنص علىـ أن " تمارس المحاكم النظامية في المملكة الأردنية الهاشمية حق القضاء على جميع الأشخاص في جميع المواد المدنية والجزائية فيها الدعاوى التي تقيمها الحكومة أو تقام عليه " .

هنا نجد أن نصّ المادة 101 كافياً للدلالة على كفالة حق التقاضي ، وعلى الرغم من أن المادة 102 تتضمن حق الولاية العامة ، إلا أن المعنى يمكن أن يتحمل أيضاً وبسهولة ، توفير ضمانات وصول الأفراد المتقاضين للقضاء في المواد جميعها ، بغض النظر عن

(1) د. عبد الحميد متولي ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، دار المعارف، الإسكندرية، 1989 ص132.
د. سعد عصفور ، النظام الدستوري المصري ، دستور 1971 ، الناشر دار المعارف ، الإسكندرية ، 1980 ص187 .

(2) محمد محمود المصري ، دستورية القوانين في ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا 1979 / 1985 ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 1986 ص251 .

د. عبد الله عبد الغني بسيوني ، القانون الدستوري ، بيروت ، 1986 ص112 .

(3) د. ماجد راغب الحلو ، القانون الدستوري ، دار المعارف ، الإسكندرية ، 1984 ص143 .

الأطراف المتقاضين ، وهذا هو معنى أن تمارس المحاكم حق القضاء على جميع الأشخاص وفي جميع المواد حتى وإن كانت الحكومة طرفاً معيّاً أو مدّعى عليه .

وأقرّ دستور سلطنة عمان 1996 حق التقاضي ، وذلك في المادة 148 منه - حيث نصت على أن " حق التقاضي مكفول للناس ويبين القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق " .

كما ضمن دستور المملكة المغربية 1998 ، لكل شخص اللجوء إلى المحاكم وفقاً لأحكام القانون .

وأشار الدستور السوداني 1998 ، في صلب المادة 73 منه على أن " لكل شخص حق مراجعة المحاكم ضمن الحدود القانون " .

ونصّ الدستور اليمني 1991 ، في المادة الرابعة والثلاثون منه على أنه " يحقّ للمواطن أن يلجأ إلى القضاء لحماية حقوقه ومصالحه المشروعة " ، نلاحظ أن المشرّع الدستوري في هذه المادى إطار توفيره لحماية ممارسة حق التقاضي أورد عبارة " حقوقه أو مصالحه المشروعة " قد أحسن عملاً عندما أورد مثل تلك العبارة في صلب مادة دستورية تتناول حق التقاضي ، وذلك لمنع أي حاجز قد يقف في وجه بعض الدعاوى التي يرفعها الأفراد قبل إيصالها للقضاء .

المطلب الثاني

التشريع العادي

يقصد بالتشريع العادي مجموعة قواعد القانونية التي تصدر عن السلطة التشريعية ، والتي تهدف إلى تحديد الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية في الدولة ، ويجب ان تلتزم تلك القواعد الحدود المنصوص عليها في الدستور ، وإذا لم تلتزم بذلك فأنها تكون قد خرقت مبدأ الشرعية ، وهي من حيث مرتبتها تأتي في المرتبة الثانية بعد القواعد الدستورية ويخضع لها الحكام والمحكومون وهي عامة وملزمة لكافة الهيئات العامة والخاصة للأفراد¹ .

ويعد التشريع العادي من أهم المصادر الأصلية في العصر الحديث ، ذلك أنه يأخذ على عاتقه مهمة إيجاد الحل الملئزاع القائم بين الأفراد ، ولا شك في أن للتشريع أهمية كبيرة من حيث إسهامه في تطوير المجتمع من خلال حل جميع المنازعات القائمة في المجتمع ، وهذا ما يقود المجتمع إلى التطور² .

فضلا عما تقدم ، نجد أن نصوص القوانين الداخلية تؤكد على الولاية العامة للقضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية الخاصة منها ، والعامة ، هذا وتؤكد أغلب النظم القانونية على أن حق التقاضي حق مقدس لا يجوز المساس به ، شأنه شأن الحق - - - - - الأخرى³ .

ففي فرنسا ، يُقرّ قانون المرافعات المدنية لعام 1975 ، في المادة (11) مبدأ الولاية العامة للقضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل بكافة المنازعات إلا ما استثنى منها بنص خاص ، وكذلك قانون السلطة القضائية المصري رقم 43 لسنة 1965 ، إذ تنص المادة 15 " فيما عدا المنازعات الإدارية التي يختص مجلس الدولة بها تختصكم بالفصل في كافة المنازعات والجرائم إلا ما استثنى منها بنص خاص " .

وجاءت المادة (8) من قانون المرافعات المدنية المصري رقم 145 لسنة 1968 تؤكد مبدأ الولاية العامة للقضاء المصري ، إذ تنص " تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة " .

(1) د. محمد حسن قاسم ، المدخل إلى القانون ، القاعدة القانونية ، الدار الجامعية للطبوعات والنشر ، الإسكندرية ، 1998 ص 134 .

(2) د. حبيب إبراهيم الخليلي ، المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1980 ص 92 .

(3) د. رابح لطفي ، مصدر سابق ص 266 . وكذلك د. عبد الغني بسيوني ، مصدر سابق ، ص 63 .

وتنص المادة (9) من قانون مجلس الدولة المصري لعام 1972 ، على أن " تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص في الفصل في كافة المنازعات إلا ما استثنى منها بنص خاص " .

كما أشارت المادة (15) من قانون السلطة القضائية المصري رقم 46 لسنة 1972 المعدل ، إلى أن المحاكم هي صاحبة الولاية العامة في جميع المنازعات التي لا يختص بها مجلس الدولة " ¹ .

أما في العراق فقد صدرت العديد من القوانين التي تؤكد مبدأ الولاية العامة للقضاء العراقي ، ومنها قانون السلطة القضائية الملغى رقم 26 لسنة 1963 حيث نص في المادة (3) منه على أن (تسري ولاية المحاكم على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في المنازعات والجرائم كافة إلا ما استثنى منها بنص خاص ² .

وأكد ذات المبدأ قانون التنظيم القضائي الحالي رقم 160 لسنة 1979 م (3) تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية ، العامة ، الخاصة ، إلا ما استثنى منها بنص خاص ³ .

وتبنى قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ذات المبدأ ، حيث نص في المادة (29) على أن: (تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية ، بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثنى منها بنص خاص ⁴ .

أما القانون رقم 106 لسنة 1989 قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة ، فنصت المادة 7 / ثانياً / فـ د (تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر عن الموظفين في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي بعد نفاذ هذا القانون ما لم يعين مرجع للطعن فيها ¹ .

(1) النص مشار إليه د. سليمان الطماوي ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، دراسة مقارنة ، بدون دار طبع ، 1988 ص 560 .

د. سعد عصفور ، النظام الدستوري المصري - دستور 1971 - ، دار المعارف ، الإسكندرية ، 1980 ص 273 .

(2) الوقائع العراقية ، العدد 1243 في 23 / 6 / 1963 .

(3) الوقائع العراقية ، العدد 1122 في 2 / 9 / 1979 .

(4) الوقائع العراقية ، العدد 987 في 26 / 2 / 1969 .

(11) الوقائع العراقية ، العدد 1484 في 30 / 6 / 1989 .

إذ نجد أن جميع هذه القوانين أقرت حق التقاضي عن طريق إسنادها للولاية العامة للقضاء في نظر المنازعات⁽²⁾.

ويلاحظ أن بعض الدول ، تعتمد لإظهار اعتمادها على قدرة النص القانوني الصادرة من السلطة التشريعية على حماية وضمان حق التقاضي ، من خلال حرصها على تضمين دساتيرها مواداً تقرر وجوب وضرورة تنظيم إجراءات التقاضي بقانون ، حيث عُدَّ من المسلمات في فقه القانون العام عدم جواز تنظيم السلطة التشريعية بتنظيم أدنى من القانون حتى لا تتسلط عبيطة التنفيذية وتمحقها ومن ثم تنهي وجود الدولة القانوني⁽³⁾.

إذ نجد مثلاً قانون المرافعات المدنية العرلي (المعدل) رقم 83 لسنة 1969 قد نص في م 1 " يكون هذا القانون هو المرجع لكافة قوانين المرافعات والإجراءات إذا لم يكن فيها نص يتعارض معه صراحة " ، وعلى هذا يُعد قانون المرافعات القانون العام للتقاضي وإجراءاته⁽⁴⁾.

والرأي المتفق عليه بين شراح قانون المرافعات ، أن القواعد المتعلقة به تعد من النظام العام⁽⁵⁾ ، لأن الدولة هي التي نظمت السلطة القضائية ورسمت القواعد التي أوجبت على المحاكم اتباعها ، لذا فإنه يتوجب على الأفراد المتنازعين الذين رفعوا أمر نزاعهم إلى القضاء للبت فيه إتباع الإجراءات التي رسمها القانون والالتزام بها ، لذا نجد أن حق التقاضي محاط بسور من الضمانات القانونية التي تعمل على حمايته⁽⁶⁾.

ومن بين القواعد والإجراءات القانونية التي تعتمد الدول إلى تضمينها للنظام القانوني في الدولة لخلق سور لحماية حق التقاضي :

1. تقرير عدم جواز اتخاذ أي إجراءات أو إصدار نصوص تعرقل الوصول إلى القضاء ، تؤدي إلى منع الأفراد حق التقاضي ، وذلك بعدم وضع العقبات الإدارية وزيادة الروتين أمام المتقاضين ، وتحمل رسوماً مالية ، ذلك أن حق التقاضي يتوقف استعماله على وسيلة اقتضائه بمعنى استحيل استخدام حق التقاضي إلا

(2) عبد الله البياتي ، مصدر سابق ، ص 61 .

(3) د. يحيى الرفاعي ، تشريعات السلطة القضائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1974 ، ص 17 .

(4) عبد الله البياتي ، مصدر سابق ، ص 64 .

(5) د. سعيد مبارك ، المرافعات المدنية ، مصدر سابق ، ص 15 .

(6) د. عبد الغني بسيوني ، مبدأ المساواة ، مصدر سابق ، ص 191 .

- بالالتجاء إلى القضاء عن طريق دعوى قضائية . فإذا تمّ منع صاحب الشأن عن استعمال تلك الوسيلة فقد حرم من اصل الحق ذاته ¹ .
2. الابتعاد عن خلق هيئات ذات اختصاص واز للقضاء . لكي لا تحل بديلا عن جهات القضاء الأصلية أو الطبيعية كالمحاكم الاستثنائية أو الخاصة أو الهيئات الإدارية التي تخول اختصاصات قضائية ² .

⁽¹⁾ د. محمد علي آل ياسين ، القانون الدستوري ، المبادئ الدستورية العامة ، المكتبة الحديثة للطباعة والنشر ، بيروت ، 1978 ، ص 118 .

² د. محمد علي آل ياسين ، المصدر نفسه ص 117 .

المطلب الثالث التشريع الدولي

لم تعد المسائل المتعلقة بحقوق الإنسان قاصرة على النطاق الداخلي ، إنما أصبح هناك اهتماماً دولياً بشأن تنظيم ووضع القواعد المتعلقة بحقوق الإنسان .

وبرز اتجاه يقضي بوجود مبادئ دستورية دولية مشتركة بين دول العالم ، وتتمثل هذه المبادئ في الأحكام المنظمة لحقوق الإنسان ، وبالنظر إلى ذلك تعددت المعاهدات الدولية ، وإعلانات الحقوق والمواثيق الدولية العالمية والمواثيق الدولية ذات الطابع الإقليمي التي تهدف إلى حماية حقوق الإنسان وبخاصة حق النقاضي .

وبدأه يجب علينا أن نقف عند معنى التشريع الدولي كمصدر مهم من مصادر حق النقاضي ، حيث يقصد بالتشريع الدولي ، مجموعة القواعد القانونية الدولية التي تنظم العلاقة بين أشخاص القانون الدولي ¹ .

وتكمن أهمية التشريع الدولي ، أنه في حالة نشوب نزاع بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي ، فإن قواعد التشريع الدولي تتكفّل حلّ ملائم للنزاع القائم بين دولة ودولة أخرى أو دولة ومنظمة دولية ² .

وتعتبر المعاهدات الدولية مصدراً رئيساً ، وأصلياً لقواعد القانون الدولي ، لذا نجد العديد من الدول تلجأ للمصادقة عليها وفقاً للأوضاع القانونية ، حيث أنها وبعد التصديق عليها تنجزاً من القانون الداخلي للدولة ، وبالتالي يلتزم بها الأفراد كما يلتزم بها السلطات العامة في ويتوجب النزول على أحكامها . ففي فرنسا مثلاً تعتبر المعاهدات أعلى مرتبة من القوانين العادية .

⁽¹⁾ بن عامر تونسي ، أسس المسؤولية الدولية في القرن العشرين، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص 93 .

⁽²⁾ د. علي زعلان نعمة ، المنازعات الدولية ، مجموعة محاضرات غير منشورة ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 1998 ، ص 4 .

أما في مصر وكما هو واضح من نصوص الدستور المصري فتعتبرها في مرتبة لقوانين العادية ، أما في العراق لكي تكون المعاهدة الدولية جزءاً من القانون الداخلي لابد من التصديق عليها من قبل مجلس قيادة الثورة في ظل دستور 1970¹ .

لذا سوف نحاول إظهار الآراء التي عدت الاتفاقيات والمواثيق الدولية ، المقررة لحقوق الإنسان عامة وحقوق النقاضي خاصة . حيث تعد الاتفاقيات بالمعنى الواسع ، المصدر الأول للقانون الدولي والالتزامات الدولية وتلتزم الدول التي تدخل في اتفاقات فيما بينها باحترام أحكام هذه الاتفاقيات وتنفيذ الالتزامات ، وتعد هذه القاعدة من القواعد الأساسية في القانون الدولي ، والأنظمة القانونية كافة ، وينبني عليها أن احترام الاتفاقيات أمر يعلو على إرادة الدول المتعاقدة⁽²⁾ ، ومن المبادئ المعترف بها في القانون الدولي في هذا المجال مبدأ (المسؤولية المستمدة من مبدأ سيادة القانون الدولي على القانون الداخلي) ، وهذا المبدأ مستمد من نظرية (وحدة القانون) الذي يفرض على كل دولة أن تقوم بتوفيق بين القانون الوطني والقانون الدولي ، بمعنى أن يكون القانون الداخلي لكل دولة متفقاً مع أحكام القانون الدولي³ .

ويتضح من استقراء الفتاوى التي أصدرتها محكمة العدل الدولية في هذا الصدد الصادرة في 21 شباط 1925 و 30 تموز 1930 أن الدولة ملزمة باحترام التزاماتها الدولية فيما تصدر من قوانين داخلية ، فإن تعارض قانوني دولي مع حكم قانوني داخلي ، فعلى لا الحكم القانوني الداخلي أو تعديله ، بشكل يكون متفقاً مع الحكم القانوني الدولي وإلا تحملت تبعه المسؤولية الدولية⁴ .

وقد قررت محكمة العدل الدولية الدائمة ما تقدم في الحكم الذي أصدرته في 7 تموز 1932 " أنه ليس للدولة أن تحتج بتشريعاتها الداخلية ، لتحذ من مدى التزاماتها الدولية " ،

⁽¹⁾ د. عصام العطية ، مبادئ القانون الدولي العام ، جامعة بغ ، كلية القانون ، مطابع التعليم العالي ،

1987 ص 143 .

د. عمر مرشد الشويكي ، الشرعية وسيادة القانون ، مجلة آفاق ، العدد الأول ، السنة 15 ، تصدر عن

أكاديمية المستقبل للتفكير الإبداعي ، بيروت ، لبنان ، 2002 ص 7 .

⁽²⁾ د. عبد الواحد محمد يوسف الفار ، أسرى الحرب ، دراسة فقهية وتطبيقية في نطاق القانون الدولي العام والشرعية الإسلامية ، الناشر عالم الكتب ، القاهرة ، 1975 ص 451 .

⁽³⁾ بن عامر تونسي ، مصدر سابق ص 53.

⁽⁴⁾ د. حامد سلطان ، أصول القانون الدولي ، دار المعارف ، الإسكندرية ، 1981 ص 223 .

كما أن العر، الدولي قد تواتر أيضا على تغليب وتطبيق أحكام القانون الدولي على أحكام القانون الداخلي عند التعارض¹.

وتقرر المادة 60 من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات ، في 25 أيار لعام 1969 " أن قواعد اولى المتعلقة بحماية الفرد الإنساني من القواعد الأمرة التي لا يجوز مخالفتها" بل أن الأمر يصل إلى الدستور ذاته ، حيث أكدت القواعد التي أرسيتها محكمة العدل الدولية الدائمة ، انه لا يمكن أن نتمسك بدستورها بقصد التهرب من الالتزامات المفروضة عليها بمقتضى القانون الدولي أو المعاهدات الدولية النافذة " ².

هذا ونجد أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في العاشر من ديسمبر - كانون الثاني عام 1948 قد كفل حق النقاضي، ويعتبر الإعلان الذي هو عبارة عن مجموع من المبادئ الدولية ، التي نتادي باحترام الحقوق الأساسية للإنسان ، وتمثل القواعد الخاصة بحق النقاضي والتي جاءت في الإعلان في المادتين 8 و 10) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة 1948 ، يؤكد على كفالة حق النقاضي ومكانته ، وضرورة ممارسته لحماية حقوق الأفراد وحياتهم الأساسية³.

حيث نجد المادة 8 تنص : " لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية لأنصافه الفعلي عن أي عمل ينتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها إياه الدستور أو القانون ". أما المادة 5) تنص : " لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين الحق في أن تنظر قضيته محكمة نزيهة ، محايدة ، نظراً منصفاً ، علنياً ، للفصل في حقوقه والالتزاماته ... " ⁴.

وفي 16 ديسمبر - كانون الأول سنة 1966 أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، وتعتبر هذه الاتفاقية تقنياً دولياً لحقوق الإنسان وهي في ذلك تفوق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، والذي يقتصر على فرض التزامات أدبية ل ، في حين أن هذه الاتفاقية تفرض التزامات قانونية محددة على الدول بضرورة احترام الحقوق الموجودة فيها .

وقد جاء في هذه الاتفاقية مجموعة من المبادئ المتعلقة بالحقوق والتي يجب احترامها بالنسبة للإنسان ، وخاصة تلك التي تتعلق بحق الأفراد في الانبء إلى القضاء ، إذ نجد

(1) د. محمد يوسف علوان ، مذكرات في حقوق الإنسان ، جامعة الكويت ، كلية الحقوق ، 1983 ، ن 8.

(2) ولقد تم تفتين وصياغة هذه القاعدة في المادة 46 من اتفاقية فيينا بشأن قانون المعاهدات .

(3) حضر عكوبي يوسف ، موقف القضاء العراقي من الرقابة على القرار الإداري ، رسالة ماجستير ، بغداد ، 1975 ، ص 215 .

(4) حقوق الإنسان ، مجموعة صكوك دولية ، الأمم المتحدة ، نيويورك ، 1983 ، منشورات الأمم المتحدة .

المادة 6 منه نص على : " لكل شخص الحق في أن تنتظر دعواه بطريقة عادلة ، علنية ... أمام محكمة مستقلة ونزيهة ينشئها القانون ، ... " ¹¹ .

وكذلك نجد أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الموقعة في روماي 4 نوفمبر /
ت2 لعام 1950 ، والمقررة بمقتضى القانون الصادر في 13 مايو / مايس عام 1955 ، إذ
وقعت هذه الاتفاقية بين بض الدول الأوروبية ، وقد أكدت هذه الاتفاقية احترام الحقوق التي
تضمنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948 ، وسنحاول ان نستخلص من هذه
الاتفاقية الأحكام المتعلقة بحق الأفراد في اللجوء الى القضاء ، إذ نجد ان المادة السادسة منه
نص على " كل شخص تم توقيفه أو احتجازه ، له حق مراجعة المحاكم المدنية المختصة لكي
تفصل في أمر توقيفه أو احتجازه " .

وكذلك نجد أن الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان الموقعة بين بعض الدول الأمريكية
في سان خوسيه في 22 تشرين أول 1969 ، وأصبحت نافذة المفعول في 18 تموز 1978 ،
ولابد من بيان أن الفترة التي لم تنفذ فيها الاتفاقية هو بسبب أن الدول المشاركة فيها أصبحت
(78) دولة ولم توقع عليها الدول إلا بعد أنضواء جميع الدول التي اندرجت تحت هذه
الاتفاقيات . وقد أكدت هذه الاتفاقية عزمها على أن تعزز في هذه القارة وفي إطار المؤسسات
الديمقراطية نظاما مبنيا على احترام حقوق الإنسان .

وأقرت الاتفاقية بأن حقوق الإنسان الأساسية لا تستمد من كونه مواطنا في دولة ما ،
بل تستند إلى الصفات المميزة للشخصية البشرية ، ويبرر بالتالي حماية دولية لها في شكل
اتفاقية ، تدعم أو تكمل الحماية التي توفرها القوانين الداخلية للدول الأمريكية .

حيث نصت المادة 7 على أن : " لكل شخص حرم من حريته حق الرجوع إلى
محكمة مختصة تفصل ، دون إبطاء قانونية توقيفه أو حجزه ، وتأمراً بالإفراج عنه إذا كان
توقيفه أو اخذه غير قانوني . وفي الدول الأطراف التي تجيز قوانينها لكل من يعتقد انه
مهدد بالحرمان من حريته أن يرجع إلى محكمة مختصة لكل تفصل في قانونية ذلك التهديد ،
ولاجوز أن يقيد هذا التدبير أو يلغى وللغريق ذي المصلحة أو من ينوب عنه حق الاستفادة
من هذه التدابير " .

وتنص المادة 8 : " لكل شخص الحق في محاكمة تتوفر فيها الضمانات الكافية
وتجريها خلال وقت معقول محكمة مختصة ، مستقلة ، وفق القانون ... " .

⁽¹¹⁾ مجلدات حقوق الإنسان ، إعداد محمود شريف بسيوني وآخرون ، المجلد الثالث ، دار العلم للملايين ،
بيروت ، لبنان ، نيسان ، 1988 ص 346 .

ثم هناك الميثاق الأفريقي (لحقوق الإنسان والشعوب) الصادر بشأنه القرار 115 في الدورة العادية 16 لمؤتمر رؤساء دول وحكومات منظمة الوحدة الأفريقية في 17 - 30 تموز 1979 ، حيث نصت المادة 7 منه : " حق التقاضي حق مكفول للجميع ويشمل هذا الحق :
أ. حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة .
ب. الإنسان بريء حتى تثبت إدانته .
ج. حق الدفاع بما في ذلك الحق اختيار مدافع عنه .
د. حق المحكمة خلال مدة معقولة بواسطة محكمة محايدة " ¹ .
وفيما يخص مشروع الميثاق العربي لحقوق الإنسان الصادر عام 1994 ، فقد تعهدت الدول العربية الأعضاء في هذا الميثاق بأن تضمن لكل إنسان على أراضيها حقوقه وحرياته الأساسية التي لا يجوز الانتقاص منها ، ويتحتم تنفيذها وتأمين الاحترام الكامل لها . وأقر الميثاق صراحة حق الفرد في اللجوء إلى القضاء ، إذ نصت المادة 11 (منه " جميع الناس متساوون أمام القضاء ، و التقاضي مكفول لكل شخص على إقليم الدولة " ² .

(1) مجلدات حقوق الإنسان ، مصدر سابق ، ص 368 .

(2) مدوح خليل بحر ، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي ، دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنشر

والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 1996 ص 96 .

المبحث الثالث

نطاق حق التقاضي

دأبت العديد من دساتير دول العالم إلى كفالة حق التقاضي بشكل مباشر أو غير مباشر ، ومن أجل تعزيز تلك النصوص الدستورية السريعة أو الضمنية ، نجد أن تلك الدول أوردت العديد من النصوص القانونية التي تؤكد مبدأ الولاية العامة للقضاء على جميع منازعات أيما كان طرفها إلا ما استثنى منها بنص خاص ، وبذلك فقد تم إحاطة حق التقاضي بسور من الضمانات الدستورية والقانونية التي تعمل على تعزيزه وحمايته .

إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا ، هل أن حق التقاضي حق مطلق لا يستطيع المشرع أن يورد قيوداً عليه ؟ أم أن باستطاعة المشرع القانوني أن يورد قيوداً عليه في إطار تنظيم ممارسة هذا الحق ؟

وبمعنى آخر ما هي مدى سلطة المشرع القانوني في تقييد حق التقاضي¹ ؟
إن الإجابة عن هذا التساؤل، تبرز في القيود التي أوردتها المشرع على حق التقاضي، وهي على نوعين رئيسيين ، الأول قيود كلية تعمل على مصادرة حق التقاضي تماماً ، وتسد الطريق أمام الأفراد للوصول إلى القضاء ، وطرح شكاواهم المتعلقة بمسائل معينة ، وهو ما تجسده نظرية أعمال السيادة .

والنوع الثاني قيود جزئية مؤقتة (مرتبطة بزمان معين) ، ووظيفية (مرتبطة بظرف معين) من أبرزها القيود التي تجد أساسها في التشريعات المانعة من التقاضي .
عليه سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين مستقلين وكما يأتي :

المطلب الأول : التقييد الكلي لحق التقاضي .

المطلب الثاني : التقييد الجزئي لحق التقاضي .

⁽¹⁾ تعتبر القوانين التي تحجب حق التقاضي ، قوانين مؤقتة ترتبط بفترة استثنائية تدعو المشرع إلى إصدار مثل هذه القوانين كحالة الظروف الطارئة ، ورفية من جهة أخرى يرتبط صدورها بحالة استثنائية تمر بها الدولة كحالة الحرب مثلاً مما تدعو المشرع إلى إصدارها كأعمال السيادة وكذلك القوانين التي تمنع المحاكم من سماع الدعاوى المتعلقة بشأنها ، وكذلك القوانين التي تنظم جهات أخرى المنازعات . ويمتاز التقييد الكلي بأنه يغلق باب الطعن بالإلتعويض ، بينما التقييد الجزئي يغلق باب الطعن بالإلغاء ويفتح باب الطعن بالتعويض في بعض الأحيان . انظر إبراهيم إبراهيم شحاتة ، وظيفة القاضي عند فحص دستورية القوانين ، مجلة مجلس الدولة تصدر عن مجلس الدولة ، العدد الرابع ، السنة 3 و 9 و 10 ، مطابع مؤسسة أخبار اليوم القاهرة ، 1960 ص 435 .

المطلب الأول

التقييد الكلي لحق التقاضي

يمسّ التقييد الكلي ويضيق من مجال تمتع الأفراد بحق التقاضي ، ويصل إلى حد إلغاء حق التقاضي أو مصادرتة تماما . ولا يبقى للقضاء سلطة الرقابة في ظل هذا التقييد . ويتم التقييد الكلي لحق التقاضي عن طريق أعمال السيادة .

ولقد عرف البعض أعمال السيادة أنها " مجموعة أعمال إدارية ذات طابعية خاصة ، تقتضي المصلحة العامة بأن لا تعرض على القضاء بما يستلزمه من علنية وتحقيقات ومسائل إجرائية " ⁽¹⁾ ، تعد نظرية أعمال السيادة وسيلة ، خطرة لمصادرة حق التقاضي ، في الكثير من دول العالم ² .

لذا نجد الفقه الفرنسي - ومنذ نشأتها يحمل عليها حملة شديدة ، ويعدها بحق ثغرة في المشروعية ، ووصمة في جبين القانون العام ، وبقية من عهود الدولة غير القانونية ³ . ويرى د. محمود حافظ " أن هذه النظرية تعتبر صدى للصراع الأبدي بين السياسة والقانون تتجسد فيها نتيجة لذلك الصراع من غلبة وانتصار السياسة وخضوع من القانون " ⁴ ، وتمارس أعمال السيادة تأثيرها على الحقوق والحريات العامة للأفراد ⁵ ، وتعد من الموضوعات المهمة في فقه القانون الدستوري ، وتتجلى هذه الأهمية من خلال التطبيقات العملية عند اللجوء إلى هذه الأعمال التي يطلق عليها اسم (السيادة) ، لذا يكون الأمر نسبياً من بلد إلى بلد آخر .

(1) المصطلحات الإدارية ، مجلة العلوم الإدارية ، العدد الأول ، نيسان 1967 ص 323 .

(2) د. عبد الغني بسيوني ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، مصدر سابق ، ص 30 .

(3) د. محمود حافظ ، القرار الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1975 ، ص 132 .

(4) للمزيد عن نظرية أعمال السيادة ، أنظر : د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، مصدر سابق ، ص 70 ، د. محمد علي آل ياسين ، القانون الدستوري ، المبادئ

الدستورية العامة ، المكتبة الحديثة للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، 1987 ، ص 185 .

د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، ملتزم الطبع والنشر ، دار الفكر العربي ، 1984 ، ص 368 .

د. عمر مرشد الشوبكي ، مبادئ الرقابة على أعمال الإدارة وتطبيقاتها في الأردن المنظمة العربية للعلوم الإدارية ، جامعة الدول العربية ، عمان ، 1981 ، ص 139 .

(5) د. محمد صالح القويزي ، أعمال السيادة ومدى تأثيرها للحقوق والحريات العامة للأفراد ، مجلة القضاء ، جمهورية العراق ، العدد 1 و 2 و 3 و 4 السنة 36 ، بغداد ، 1981 ، ص 471 .

وبما أن أعمال السيادة استثنائية ، فقد ظهرت أسباب مهمة تستوجب دراستها ، كما أن صور استعمالها تزداد نتيجة تطور العلاقات الدولية ، وما يترتب عليه من إنشاء هيئات ومنظمات على الصيد الدولي ، أو ما يثور أحياناً من نزاعات وحروب دولية¹ .

لقد أستقر رأي الفقه والقضاء في فرنسا ومصر والعراق على وصف أن أعمال السيادة ، هي تلك الأعمال الصادرة من السلطة التنفيذية ولا تخضع لرقابة القضاء² .

وتكمن أهمية عمل السيادة في أثره المباشر على الحريات العامة للأفراد من إطلاق التمتع بها أو نقيدها مما يتوجب التخفيف من هذا النقييد وتلطيف آثار أعمال السيادة تحقيقاً لتأمين تمتع الأفراد بحرياتهم الأساسية ، وتعدّ طرق التخفيف هذه القيود والتلطيف من آثار أعمال السيادة نسبية ، حيث إنها تتباين بين الدول المختلفة وتتوقف على النظام السياسي لكل بلد ومدى الوعي السياسي فيه وموج الفكرية لأفراده مع مراعاة النواحي الاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي لها دور فعال في ذلك³ .

وفيما يخص تحديد نطاق الأعمال التي تنسم بصفة السيادة⁽⁴⁾ : نجد أن نطاق تطبيقها ينحصر وفقاً لما أستقر عليه الفقه والقضاء في مصر وفرنسا ، إذ سنورد تعداد هذه الأعمال في ثلاث مجموعات سوف نذكرها ، دون التوغل في شرح تفاصيلها وهي⁵ :

1. الأعمال التي يتمتع القضاء عن نظرها قصد تقوية يد الحكومة في بعض المواقف ،

وتتضمن :

أ . الأعمال التي تتخذها الحكومة تجاه السلطة التشريعية .

ب. مرسوم إعلان الأحكام العرفية .

2. الأعمال التي يتمتع القضاء عن نظرها قصد تقوية يد الحكومة في بعض المواقف ،

وتتضمن :

(1) د. محمد صالح القويزي ، مصدر سابق ، ص 470 .

(2) د. عبد الفتاح سايرداير ، نظرية أعمال السيادة في القانون المصري والفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1959 ص 260 .

د. نعيم عطية ، الوسيط في النظرية العامة للحريات الفردية ، الدار القومية للطباعة والنشر ، القاهرة ، 1965 ، ص 363 .

(3) د. محمود سعد الدين شريف ، أصول القانون الإداري ، ج 1 ، دار المعارف ، الإسكندرية ، 1983 ، ص 309 .

(4) د. عبد الفتاح سايرداير ، مصدر سابق ، ص 261 .

(5) د. محمد صالح القويزي ، مصدر سابق ، ص 470 .

أ. التدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة .

ب. المسائل الخاصة بالأعمال الحربية .

ج. المسائل المتعلقة بالانتمان العام .

د. المسائل المتعلقة بالعفو العام .

3. الأعمال التي يتمتع القضاء عن نظرها خشية إثارة صعوبات دبلوماسية في وجه

الحكومة ، وتضم :

أ. الاتفاقات والمعاهدات الدولية .

ب. حماية ممثلي الهيئات الدبلوماسية في الدول الأخرى .

ج. المسائل المتعلقة بسيادة الدول الإقليمية .

إن مسألة تحديد نطاق أعمال السيادة وأثرها على حق الأفراد في التقاضي ، ومنع القضاء من النظر في ما يتعلق بأعمال السيادة ، له علاقة رئيسة بمبدأ قانوني هام وهو " مبدأ سيادة القانون " .

إن المعنى الاصطلاحي لسيادة القانون ، هو أن يكون تطبيقه شاملاً لإقليمه الخاص به وسارياً على كافة الأفراد القاطنين في إقليمه ، مع مساواة الجميع أمامه ، وعدم التمييز بين أفراد المجتمع عند تطبيقه⁽¹⁾ ، ويمكن تعريف مبدأ سيادة القانون بأنه يقضي خضوع الحكام المحكومون للقانون نفسه.

ومن المتفق عليه فقهاً وقضاً إن مبدأ سيادة القانون له حرمة وقديسته لما قد يتولد عن الاحراف عن هذا المبدأ ما يعد إنكاراً لمبدأ العدالة ، كما أن لسيادة القانون معانٍ متفاوتة تفاوتاً كبيراً في النظم الديمقراطية ، ومن هذه المعاني مدى تطابق سيادة القانون مع سيادة السلطة الشعبية التي تمثل زمام القانون بين يديها من النظم الديمقراطية المباشرة ، وأن مدى

هذا التطابق يؤثر على الحقوق والحريات الأساسية للأفراد ، والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن ، هل أن أعمال السيادة تتفق مع مبدأ سيادة القانون أم تتعارض معه ؟! وإذا كانت متعارضة معه فما هو مدى هذا التعارض ؟! وهل يؤثر ذلك التعارض على نطاق حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية ومنها حق الأفراد في التقاضي ؟! للإجابة عن ذلك نقول ، إذا كانت أعمال السيادة متفقة مع مبدأ سيادة القانون فلا ضير من ممارستها ضمن حدود مبدأ سيادة القانون وعدم تعارضها مع هذا المبدأ بصورة كلية ، وإذا كان العكس فإنه يؤدي إلى

⁽¹⁾ د. محمد صالح القويزي ، مصدر سابق ، ص 475 .

زوال صفة الشرعية عنها وتعد عندئذ أعمالاً مخالفة للقانون لأنها تنتقص من مبدأ سيادة القانون ، وتتناهض سمو هذا المبدأ ومن ثم تعتبر أعمال جائزة تقيد ممارسة الأفراد ولحرياتهم وتخلق جواً يسوده الاضطراب وتخيم عليه الفوضى ، ويستحيل تبعاً لذلك على الحقوق والحريات ومنها حق الأفراد اللجوء إلى القضاء أن تجد متنفساً¹ .

المطلب الثاني

التقييد الجزئي لحق التقاضي

يمس التقييد الجزئي ويضيّق من مجال تمتع الأفراد بحق التقاضي ، لكنه لا يصل إلى حد إلغاء حق التقاضي أو مصادره تماماً ، إذ يبقى للقضاء سلطة رقابية في ظل أغلب هذه القيود⁽²⁾ . ويتم التقييد الجزئي لحق التقاضي عن طريق تشريعات الأحكام العرفية والقوانين المانعة من التقاضي . فقد تتم مصادرة حق التقاضي بواسطة تشريع الأحكام العرفية الذي يطبق في الظروف غير العادية ، لمنع القضاء من النظر في الأوامر والقرارات والتصرفات التي تصدر من السلطات القائمة على تنفيذ الأحكام العرفية بأي طريق من طرق الطعن . أي أن هذه التشريعات تطلق يد السلطات القائمة على تنفيذ الأحكام العرفية في التصرف واتخاذ التدابير اللازمة لمواجهة حالة استثنائية ، من دون أية قيود أو تحمّل التبعـة المسؤولية لهذه الأوامر أو تلك التي قد تضر بمصالح العديد من الأفراد أو الهيئات لصدورها في ظروف استثنائية غير عادية⁽³⁾ . وتتم المصادرة أحياناً بقرارات من السلطة القائمة على أمر الأحكام العرفية ، ذاتها بمنع سماع الدعاوى التي تتعلق بتطبيق وتنفيذ التدابير والتصرفات التي تصدر بموجب قانون الأحكام العرفية ، وقد تتم مصادرة حق التقاضي وتقييده

¹ حيث يذهب البعض إلى أن الصيغة السياسية لأعمال السيادة تكون غالبية منها ، وتعدّ عنصراً من عناصر الالتزام في فرض هذه الأعمال وتنفيذها قسراً ومن ثمّ تفلت من رقابة القضاء ، وإن من بين الاستنتاجات التي يمكن أن تتولد ذلك هو توافر عنصر الإكراه بوصفه لربطاً لازماً لتحقيقها ، حيث يولد هذا العنصر تأثيرات مباشرة على حقوق الأفراد . وتقييدها بعدان كانت مطلقة .

د. محمد القويزي ، مصدر سابق ، ص 485 .

د. عبد الفتاح سايرداير ، مصدر سابق ، ص 242 .

د. سليمان الطماوي ، القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 312 .

(2) عبد الله البياتي ، مصدر سابق ، ص 98 .

(3) د. عبد الغني بسيوني ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، مصدر سابق ، ص 29 .

بوساطة القوانين المانعة⁽¹⁾ ، إذ قد يرى الشرع أحيانا - ولأهداف قد تختلف - على أن يضي على بعض صور النشاط الذي تقوم به السلطة التنفيذية حانة يعصمها عن رقابة القضاء ، ومؤدى هذه الحصانة أن تمتنع بشأن صحة هذا النشاط ، ومن ثم لا يترتب عليه ثمة مراكز قانونية أو حقوق . وذلك خلافا للقواعد التي يجري عليها النظام القانوني ، إذ أن الأصل على وفق أحكام هذه القواعد هو أن تمارس السلطة التنفيذية سلطتها التي رسمها لها القانون ، فإن تخطت ذلك حق مخصصها ، عن طريق رفع دعوى الإلغاء أو التعويض⁽²⁾ .

وقد يلجأ الشرع إلى تقرير هذه الحصانة بطريقتين :

الطريق المباشر : إذ يلجأ المشرع إلى إضفاء قرينة المشروعية على نشاط معين ، ومن ثم تصبح المنازعة بشأن الحقوق المترتبة عليه غير ذات موضوع . ليقرر إعفاء جهة الإدارة من المسؤولية أو إبراء ذمتها من أي تعويض وبهذا تصبح المجادلة بصحة هذا النشاط غير ذات موضوع⁽³⁾ .

الطريق غير المباشر : وقد يلجأ المشرع إلى تقرير هذه الحصانة عن طريق إسقاط جهات القضاء لما يخص المنازعة التي تتعلق بهذا النشاط ، أو يقرر عدم جواز سماع الدعوى ، أو عدم قبولها ، أو عدم جواز الطعن . وسواء لجأ المشرع إلى الطريق المباشر أو غير المباشر ، فإن جميعها صور لمواجهة واحدة مؤدية إلى نتيجة واحدة - إذ ينتهي إلى الحيلولة بين صاحب الشأن والحصول على حكم بمطلوبة ، وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من القوانين (القوانين التي تحجب حق التقاضي) .

ولقد وجه جانب من الفقه ، انتقادات وطعون توجه إلى مثل هذه القوانين :

1. إن من مقتضى أعمال هذه القوانين تقييد حق التقاضي ، طالما أنها تحول بين الفرد والحصول على حكم بمطلوبة عن طريق إسقاط اختصاص القضاء في نصوص نوع معين من المنازعات ، أو تقرير بعدم جواز سماع الدعاوى ، وحق التقاضي من

(1) د. أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستوري القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري ، دار

الاتحاد العربي ، القاهرة ، مصر ، 1961 ص 292 .

(2) د. محمود حلمي ، دستورنا الجديد ما أقر وما أضاف ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الأول ، السنة 17 ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، القاهرة ، 1973 ص 49 .

(3) محمد عبد السلام ، أعمال السيادة في التشريع المصري ، مجلة مجلس الدولة ، 1959 العدد الرابع ،

الحقوق العامة كفلها الدستور ، ولهذا فإن مصادره أو تقييده ، يشكل مخالفة لأحكام الدستور¹.

2. إن حرمان الناس من الانتصاف عن طريق الالتجاء إلى السلطة القضائية يشكل في الواقع مساس باستقلالية السلطة القضائية الذي كفله الدستور لهذه السلطة ما دامت هذه القوانين تعمل على انتزاع بعض المنازعات من ولاية القضاء².

3. إذا كان الدستور لم يحظر بالنص الصريح على عدم جواز إسقاط اختصاص القضاء ، أو من الطعن ، فإن ذلك من المبادئ الدستورية الأساسية والتي تكفل الحريات العامة، وهذه المبادئ تتنافى مع صدور قانون يمنع الطعن في شأن حق من الحقوق ، فمثل هذا القانون لابد وأن يخل بمبدأ منها على الأقل ويكفي هذا لدمغه بمخالفة أحكام الدستور³.

4. إن من الأصول الدستورية التي لا غنى عنها والمستقرة في ضمير الجماعات المتحضرة أنه يتعين في أن يجد الفرد لخصومته قاضياً ، حتى لو اقتصر الحق في طلب التعويض ، أما إذا كان قد أغلق الأبواب جميعاً سواء ما متعلق منها بطلب الإلغاء أو طلب التعويض ، فإنه يكون قد خالف الأصل الدستوري⁴.

(1) د. احمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري ، مصدر سابق ، ص 211 .

د. محمود حافظ ، مصدر سابق ، ص 132 .

(2) د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 486 .

د. محمود عاطف البنا ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، القاهرة ، 1996 ، ص 156 .

(3) د. عيد الفتاح سايرداير ، مصدر سابق ، ص 35 .

(4) د. محمد عصفور ، ضمانات الحرية ، مجلة المحاماة ، العدد الثالث ، والاتحاد المصري ، القاهرة ،

مصر ، 1965 ص 48 .

الفصل الأول

القوانين التي تحجب حق التقاضي

أن ولاية القضاء كيان دستوري وهذا يعني أن القضاء هو صاحب الولاية العامة في نظر ما ينشئ من منازعات وألبيت فيها ، مهما كانت صفة الخصومة في تلك المنازعات إلا ما أستثني منها بنص خاص ، ويلجأ المشرع إلى القوانين التي تحجب حق التقاضي كوسيلة قانونية كي يدخل هذا الاستثناء إلى حيز التطبيق ، الذي يتمثل باستبعاد بعض القوانين من رقابة القضاء .

وتعتبر القوانين التي تحجب حق التقاضي إحدى الوسائل التي تتذرع بها السلطة التنفيذية لكي تحاول إخراج بعض تصرفاتها من رقابة القضاء عن طريق إضفاء حماية تشريعية ، إما بصورة كلية أو جزئية ، وبشكل مباشر أو غير مباشر عليها . وقد لجأت العديد من الدول إلى هذه الوسيلة في عدد كبير من القوانين والقرارات وهي على كثرتي ومهما كان الغرض منها لا يمكن النظر إليها باطمئنان وفق المعايير الدستورية الصحيحة⁽¹⁾ . وغالبا ما يلجأ المشرع إلى القوانين التي تحجب حق التقاضي ، لإضفاء حصانة على مثل هذه القوانين عن طريق إسقاط اختصاص جهات القضاء بالنسبة للمنازعة التي تتعلق بهذا النشاط عن طريق عدم جواز سماع الدعاوى أو عدم قبولها أو عدم جواز الطعن بها ، أو إحالة المنازعة الناشئة بصدها إلى لجان إدارية⁽²⁾ . وبغية التوصل إلى فكرة القوانين التي تحجب حق التقاضي ، لابد من البحث في معنى الحجب لغة واصطلاحاً .

فالحجب لغة : يفيد معنى المنع ، وكل شيء منع شيئاً ، فقد حجبه حجباً⁽³⁾ ، فالحجب في اللغة هو المنع وقد استدلل اللغويين على أن الحجب يفيد المنع في سورة النساء ، الآية 11 و 12 (اللتان تضمنتا أحكام الإرث في الشريعة الإسلامية . إذ إن معنى الحجب في أحكام الإرث الواردة في القرآن الكريم تعني منع شخص من ميراثه إما كله أو بعضه بوجود شخص آخر فنقول مثلاً إن وجود الابن قد حجب حق ابن الابن في الإرث ، أي إن

(1) د. محمود خلف حسين ، الحماية القانونية للأفراد في مواجهة أعمال الإدارة في العراق ، رسالة

دكتوراه ، جامعة بغداد ، 1986 ص 304 .

(2) د. سيد القاضي ، القوانين المانعة من الطعن وأحكام الدستور ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثالث ، السنة 15 ، دار الاتحاد العربي ، 1971 ص 877 .

(3) ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، 1955 ص 119 .

د. فخر الدين قباوة ، المورد الكبير ، منشورات دار الآفاق الجديد ، بيروت ، ط2 ، 1978 ص 211 .
لويس معلوف ، المنجد في اللغة ، دار المشرق ، بيروت ، لبنان ، 1985 ص 402 .

الابن قد منع ابن الابن من الحصول على جزء من الميراث ، ويسمى الأول حجب حرمان والثاني حجب نقصان ⁽¹⁾، وهذا يعني إن معنى الحجب اصطلاحاً يعني منع حق التقاضي ⁽²⁾. أما المعنى الاصطلاحي للحجب ، فيذهب الفقه إلى طرح مجموعة من الصور التي ينطوي عليها الحجب القانوني لحق التقاضي ، وكما يأتي :

الاتجاه الأول

يذهب هذا الاتجاه إلى اعتبار القانون الذي يحجب حق التقاضي هو كل قانون يصدره المشرع ويستبعد بموجبه رقابة القضاء .

إذ يذهب د. سليمان الطماوي إلى " إن الإدارة الحديثة في بعض الدول ... تحاول إخراج بعض تصرفاتها من رقابة القضاء عن طريق إضفاء حماية تشريعية كاملة أو جزئية على قرارات بعينها تحيطها ظروف خاصة " ³ .

ويذهب د. محمود عاطف البنا إلى أن " العديد من التشريعات التي تستبعد من رقابة القضي بعض التطبيقات لمسائل تدخل أصلاً في اختصاص هذا القضاء ، وبعض هذه المسائل تستبعد من رقابة القضاء ليمنح الاختصاص لهيأة قضائية أخرى ، والبعض الآخر تستبعد من اختصاص القضاء عموماً ، هذه المسائل وهو ما يمثل عدواناً على حق التقاضي " . ويذهب د. عوض محمود عوض " إلى أنه حددت تشريعات تستبعد ولاية القضاء بعزله وذلك عن نظر بعض من القرارات الإدارية وحرمانه ومن ثم الفصل في المنازعات القضائية المتعلقة بها وتحقق هذا الاستبعاد من خلال :

أ. النص في بعض القوانين على أنها أعمال سيادة تخرج عن رقابة القضاء .

⁽¹⁾ المقصود بحجب الحرمان هو الحجب الذي يترتب عليه منع الشخص من الميراث كلاً أما لوجود مانع للإرث أو بسبب بعد درجة قرابة الشخص الوارث إلى الشخص المورث . أما بالنسبة لحجب النقصان فهو الحجب الذي يترتب عليه منع الشخص من الإرث بنسبة معينة فمثلاً حصة الزوج هي النصف في حالة وفاة الزوجة وعدم وجود أولاد لها ، والربع في حالة وجود أولاد لها . أنظر أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي ، العين ، ج 3 ، جمهورية العراق وزارة الثقافة ، دار الرشيد للنشر ، 1981 ، دار الخلود الوطنية للتوزيع والنشر ، 1981 ص 8 .

السيد شريف علي بن محمد بن علي الجرجاني الحنفي ، العريفات ، شركة مكتبة مصطفى البابي ، الحلبي ، القاهرة ، 1938 ص 72 .

⁽²⁾ د. فخر الدين قباوة ، المورد الكبير ، مصدر سابق ، ص 132 .

⁽³⁾ د. سليمان الطماوي ، الوجيز في القضاء الإداري ، تنظيم الرقابة القضائية في مصر ، فضاء التعويض ،

دار الفكر العربي ، 1986 ص 176 .

ب. النص في بعض القوانين على منع المحاكم من سماع الدعاوى المتعلقة بشأنهم مما أدى إلى حرمان الأفراد من حق التقاضي " ¹ .

ويذهب د. نعيم عطية إلى أن المشرع يلجأ إلى استبعاد ولاية القضاء كما يؤدي إلى تقييد أو حظر حق التقاضي في بعض المنازعات ، وقد ثار تساؤل حول دستورية ، أي تقييد خاص لمكنة التقاضي ² .

ويذهب د. عبد العزيز شيحا إلى القول إن المشرع يلجأ إلى استبعاد بعض قرارات الإدارة بشكل كلي أو جزئي من رقابة القضاء ، وإنه كان الغرض الأساسي من ذلك هو حماية هذه القرارات من الإلغاء أو وقف التنفيذ أو فحص المشروعية ، فإن ترك باب طلب التعويض مفتوحاً أمام الأفراد لا يمس جوهر الحجب ³ .

ويذهب د. عصام عبد الوهاب إلى إن " المشرع يعتمد إلى استبعاد الرقابة القضائية من أعمال الإدارة بنصوص قانونية صريحة تمنع المحاكم من سماع الدعاوى أو تشكيل لجان أو هيئات للبحث فيها المنازعات الناشئة عن تطبيقها " ⁴ .

ويذهب الفقيه Waline إلى أنه " في حالة النص في قرار من القرارات الصادرة من الإدارة على استبعاد رقابة القضاء على القرار الإداري فإنه لا يعتد بهذا النص ويُعد كأن لم يكن " ⁵ .

(¹) د. عوض محمود عوض ، المحكمة الدستورية العليا وحماية حقوق الإنسان المكفولة في الدستور المصري ، منشورات حقوق الإنسان ، إعداد محمود شريف بسيوني وآخرون ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ،

1988 ص 223 .

(²) د. نعيم عطية ، النظرية العامة للحريات الفردية ، مصدر سابق ، ص 265 .

(³) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا ، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، القاهرة ، 1999 ص 416 .

(⁴) د. عصام البرزنجي ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في العراق وآفاق تطورها ، مصدر سابق ،

ص 173 .

(⁵) ويذهب الفقيه الفرنسي WALINE على أنه في ورود نص (لا يقبل الطعن عن طريق من طرق الطعن الإدارية والقضائية) فإن مجلس الدولة يفسر هذا النص على أنه يستبعد ولاية القضاء ، وقد أكد مجلس الدولة أن الطعن بالإلغاء يفتح حتى بغير نص ضد كل قرار إداري يستبعد من رقابة القضاء .

NOTE WALINE , Droit Adminstratif, Paris, Mōnte Carlo, 1950, P. 365.

الاتجاه الثاني

يذهب هذا الاتجاه إلى أن القانون الذي يحق التقاضي هو القانون الذي يتضمن نص يقرر فيه تحصين القرار الإداري ضد الطعن القضائي ويمنع المحاكم من بسط رقابتها عليه .

إذ يذهب إلى ذلك د. عبد الغني بسيوني عبد الله إذ يقول " تقوم القوانين بترخيص بعض قرارات الإدارة الصادرة تطبيقاً لها من الطعن فيها أمام القضاء ، وذلك بمنعه من النظر في الطعون التي ترفع أمامه ضد هذه القرارات ويرى سيادته إلى أن الحجب يمكن أن يكون كلياً بمنع الطعن بالإلغاء أو التعنس كلياً أو جزئياً بمنع الطعن بالإلغاء فقط " ¹.

ويذهب كذلك د. طعيمة الجرف إلى القول : " إن السياسة التشريعية قد اطرقت على إصدار القوانين التي تنص على أن لا تسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن فيما تصدره السلطة الإدارية من إجراءات في ظروف خاصة " ². ويذهب د. محمد حسن عواضة " إلى أن من صور القانون الذي يحجب حق التقاضي، القرارات غير الخاضعة لرقابة بنصوص قانونية ، فهي قرارات إدارية يرغب المشرع بتحصينها أساساً إذ نص على إنها نهائية لا تخضع لأي نوع من أنواع الاعتراض أو المراجعة القضائية " ³.

ويذهب د. سيد القاضي " إلى أن المشرع يعتمد في بعض الدول إلى استصدار التشريعات التي تستبعد بعض أعمال الإدارة من رقابة القضاء عليها وتمنع المحاكم من سماع الدعاوى المتعلقة بشأنها " ⁴.

ويرى د. مصطفى كمال وصفي أن " قوانين عديدة منعت الطعن في بعض القرارات الإدارية بالإضافة إلى القوانين التي تنص على منع الدعاوى وهي تشبه قوانين عدم الطعن التي يمنع على القضاء التعرض لها " ⁵.

(1) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، مصدر سابق ص 31 .
(2) د. طعيمة الجرف ، رقابة القضاء لإدارة الأعمال العامة ، قضاء الإلغاء ، الهيئة العربية للكتاب ، 1985 ، ص 113 .

(3) د. محمد حسن عواضة ، المبادئ الأساسية في القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، 1997 ، المؤسسة الجامعية للطباعة والنشر القاهرة ، ص 125 .

(4) د. سيد القاضي ، القوانين المانعة من الطعن وأحكام الدستور ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، ع 3 ، السنة

15 ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، القاهرة ، 1971 ، ص 207 .

(5) د. مصطفى كمال وصفي ، أصول إجراءات القضاء الإداري طبقاً للقانون 47 لسنة 1972 ، ط 2 ، 1978 ، مطبعة الأمانة ، القاهرة ، ص 109 .

ويذهب د. عمر الشوبكي " إن هناك حدوداً لا يجوز للقضاء تخطيها عن نظر أعمال السلطة التشريعية أو التنفيذية ، فالمسائل السياسية بطبيعتها أو التي خص الدستور أو القوانين المنظمة للسلطة التشريعية أو التنفيذية لا يجوز إثارها أمام القضاء " ¹ .

وكذلك د. عثمان خليل عثمان يذهب إلى أن القضاء قد حصّن عدداً كبيراً من التشريعات بنصوص خاصة مقيدة أو مانعة لحق النقاضي، وقد ثار جدل حول دستوريته ² . ويذهب د. شاب منصور توما إلى أن " المشرّع قد يعمد إلى إيراد النصوص القانونية التي تنص على عدم إمكانية الطعن القضائي أو يرسم طريقاً آخر للطعن به كأن يقضي بتشكيل لجنة أو هيئة للنظر في الطعون التي توجه ضد هذه القرارات " ³ .

ويذهب د. ماهر الجبوري إلى أن " المشرّع قد يرى لسبب أو لآخر تحصين قرار إداري ما ضد طعن على القضاء مما يؤثر على حق الأفراد في النقاضي " ⁴ .

ويذهب د. إبراهيم الفياض " إذا كان هناك نص تشريعي يحول فعلاً بين الأفراد وبين إمكانية مقاضاة الدولة عن ذلك ، فإذا وجد نص تشريعي يمنع المحاكم من سماع الدعاوى المتعلقة بتلك النصوص التشريعية فهو من الأصل العام . مما يقيد مبدأ الولاية القضائية عند وجود نص قانوني صريح " ⁵ .

ويذهب الفقيه الفرنسي De Lamotte " إن المبادئ القانونية العامة المقررة في القضاء الفرنسي أن تحصين القرار الإداري ضد الطعن بالإلغاء أو التعويض ، إنما يعد من نظام العام ولا يمكن استبعاده حتى لو نص القانون على ذلك " ⁶ .

وبمقتضى ما تقدم ، سنعرض في هذا الفصل إلى القوانين التي تحجب كلياً أو جزئياً حق النقاضي ، وذلك في مبحثين: المبحث الأول : القوانين التي تحجب كلياً حق النقاضي ، أما المبحث الثاني فنخصصه لبيان القوانين التي تحجب جزئياً حق النقاضي .

(¹) د. عمر محمد الشوبكي ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، دار المطبوعات الأهلية القاهرة ، 1999 ، ص 416 .

(²) د. عثمان خليل عثمان ، تطور القضاء الإداري في الجمهورية العربية المتحدة ، العدد الأول ، السنة الأولى ، تصدرها الشعبة المصرية للعلوم الإدارية ، القاهرة ، 1959 ص 115 .

(³) شاب منصور توما ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، بغداد ، مطبعة الأهالي ، 1981 ص 156 .

(⁴) د. ماهر الجبوري ، مبادئ القانون الإداري ، بغداد ، مطابع التعليم العالي ، 1996 ص 119 .

(⁵) د. إبراهيم طه الفياض ، ولاية القضاء العراقي في نظر دعاوى المسؤولية الإدارية ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، العدد الأول ، 1976 ص 58 .

Ministre De L'Agriculture Contne, De Lamotte C, E 17 Pev – 1950, P. 431.

المبحث الأول القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي

تبينت الاتجاهات القانونية التي استبعدت بعض قرارات الإدارة من رقابة القضاء ، واستندت إلى فكرة أعمال السيادة ⁽¹⁾ . وعموماً فإن النتيجة التي تترتب على فكرة استبعاد أو تحصين بعض القرارات الإدارية من مراقبة القضاء سواء استندت إلى مال السيادة ، فإنها تخلص إلى نتيجة واحدة تتمثل في تقييد حق الأفراد في اللجوء إلى القضاء للفصل في المنازعات التي تعرض عليه بغض النظر عن موضوعاتها أو أطراف الخصومة فيها ⁽²⁾ .

ويراد بأعمال السيادة ⁽³⁾ : مجموعة من أعمال السلطة التنفيذية التي لا يمكن الطعن فيها أمام القضاء سواء المحاكم العادية أو الإدارية ، وسواء كانت صادرة في الظروف العادية أم الاستثنائية فلا تكون محلاً للطعن بالإلغاء أو التعويض أو وقف التنفيذ أو إلزام المشروع ، رغم صدورها من جانب السلطة التنفيذية وإشتمالها على كافة خصائص القرارات الإدارية التي تخضع لرقابة القضاء ⁽⁴⁾ . ويذهب البعض إلى أن أعمال السيادة هي طائفة من أعمال السلطة التنفيذية أخرجها القضاء من ولايته ، يمنع على القضاء التصدي لها لأسباب يغلب عليها الطابع التاريخي السياسي ⁽⁵⁾ .

وسبب استبعاد بعض قرارات الإدارة من رقابة القضاء لا يرجع إلى طبيعة هذه القرارات بقدر ما يرجع للظروف المحيطة بإصداره إذ إن أعمال السيادة هي قرارات إدارية عادية ، لكن الظروف التي تحيط بها ، تجعل من مصلحة الدولة عدم الإفصاح عن هذه الظروف ، وعن الغايات التي استهدفتها هذه الأعمال ، لأن ذلك قد يلحق أضراراً بالدولة لا

⁽¹⁾ د. سعد عصفور ، القانون الدستوري ، دار المعارف ، الإسكندرية ، 1984 ص 302 .

⁽²⁾ د. عبد الحميد متولي ، القانون الدستوري والنظم السياسية مع مقارنة بالشريعة الإسلامية ، الإسكندرية ،

1989 ص 133 .

⁽³⁾ يطلق عليها في فرنسا أعمال الحكومة Acts De Gevournment ، وفي إنكلترا تدعى أعمال الدولة Acts of State ، ويسمىها الفقه والقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية المسائل السياسية Political Questions ، في العراق يسميها المشرع أعمال السيادة وهي النسبة الشائعة في القضاء والقانون في العالم العربي .

د. محمد صالح القويزي ، مصدر سابق ص 471 .

د. عبد الباقي نعمة عبد الله ، أعمال السيادة في القانون المقارن ، مجلة القانون المقارن ، العدد الأول ،

1977 ص 201 .

د. طعيمة الجرف ، القانون الدستوري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1995 ص 201 .

⁽⁴⁾ د. سامي جمال الدين ، الرقابة على أعمال الإدارة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1984 ص 307 .

⁽⁵⁾ د. ماجد راغب الحلو ، القانون الدستوري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1973 ص 143 .

يمكن تجنبها . ولهذا فإن أعمال السيادة تتمركز في علاقة الدولة الخارجية ، وفي الأعمال ذات الطابع السياسي الداخلي ، ويؤكد ذلك أن بعض قرارات الإدارة في ظروف معينة يمكن وصفها من أعمال السيادة ، بينما تزول هذه الصفة بزوال هذه الظروف فتخضع لرقابة القضاء ، إذ يمكن القول أن أعمال السيادة ذات صبغة سياسية⁽¹⁾ ، ويعزو الفقيه De Laubadare السبب في الصبغة السياسية لهذه الأعمال إلى مصدرها وطبيعتها ، وأهدافها⁽²⁾ ، فمن جهة مصدرها السياسي يمكننا تتبع التطور التاريخي لهذه الأعمال لنرى كيف أن الملك كان له مع القضايا من أيدي قضااتها ، وكان ذلك بحد ذاته يشكل عدواناً على حق التقاضي⁽³⁾ ، أما من جهة طبيعتها فإن أعمال السيادة ذات طبيعة سياسية نورد فقرة من حكم القاضي مارشال في أحد الدعاوى " إن هناك حدوداً لا يجوز للقضاء تخطيها في نظم أعمال السيادة ، إذ إن المسائل السياسية بطبيعتها أو التي تخص الدستور أو القوانين المنظمة للسلطة التنفيذية بإجرائها لا يجوز إثارتها أمام القضاء ، إذ ليس للمحاكم أن تترك طرائقها السهلة المعقدة على مسالك السياسة الصعبة والوعرة " ⁴ .

أما من ناحية أهدافها فإن القضاء يمتنع عن رقابة أعمال السيادة لأسباب يغلب عليها الطابع السياسي ونحن ننتفق مع الرأي القائل بأن لأعمال السيادة ذات صبغة سياسية ، ذلك أن الهدف المرجو من هذه الأعمال يتعلق دائماً بمسائل ينظمها الدستور ، ويخص بها السلطة التنفيذية الدستور أيضاً قدره من الحرية لتقوم بها تحت رقابة البرلمان⁽⁵⁾ . وفي ضوء ضوء ما تقدم ، سوف نتناول دراسة الأحكام التي تتعلق بالقوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي وذلك في مطالب أربعة :

المطلب الأول : مبررات القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي .

⁽¹⁾ د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، قضاء الإلغاء ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1986 ص 11 .

⁽²⁾ د. سليمان الطماوي ، المصدر السابق ، ص 14 .

³ De Labudare , Droit Administratif , 1^{eme} , Paris , 1972 , P. 2.8 .

⁴ Bernard Shwartz , An Introduction to the Administration American Law , 2^{eme} EME , London , 1974 , P. 341 .

⁽⁵⁾ ماجد راغب الحلو ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ،

1996 ص 262 .

- المطلب الثاني : القوانين التي تحجب كلياً حق النقاضي في فرنسا .
- المطلب الثالث : القوانين التي تحجب كلياً حق النقاضي في مصر .
- المطلب الرابع : القوانين التي تحجب كلياً حق النقاضي في العراق .

المطلب الأول

مبررات القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي

تتنوع وتتعدد المبررات التي يستند إليها المشرع في إصدار القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي ، إذ تمثل حماية المؤسسات الدستورية في الدولة ، أحد الأسباب التي تقف وراء قيام المشرع بإصدار مثل هذه القوانين ، بالإضافة إلى مبررات أخرى تتعلق بالمحافظة على العلاقات الدولية وشؤون الدولة الخارجية ، بالإضافة إلى المحافظة على الشؤون الداخلية للدولة ، وتباین المبررات التي يستند عليها المشرع في إصدار القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي وسنعرض لها في :

الفرع الأول

حماية المؤسسات الدستورية في الدولة

إن الدستور بوصفه القانون الأعلى في الدولة ، يأخذ على عاتقه فضلاً عن بيان وظيفة كل سلطة من السلطات الثلاث " التشريعية ، التنفيذية ، القضائية " مهمة تنظيم العلاقة ما بين هذه السلطات ⁽¹⁾. وغالباً ما يلجأ المشرع في الدولة إلى إصدار القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي لحماية المؤسسات الدستورية في الدولة عن طريق تنظيم العلاقة بين السلطات ، لاسيما السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية ⁽²⁾. ويلجأ المشرع إلى إصدار القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي إلى تنظيم العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية عن طريق تنظيم الأعمال التي تتجسد في اشتراك السلطة التنفيذية مع البرلمان في ممارسة الأخير لوظيفته التشريعية ⁽³⁾. وفي هذه القرارات ما يتعلق منها باقتراح القوانين والاعتراض عليها بعد إقرارها من البرلمان ، وإصدار القوانين ، مرها ، فضلاً عن الأعمال المتصلة بتكوين البرلمان ، ومن بينها قرارات دعوى الناخبين لاختيار أعضاء البرلمان ، وقرارات دعوى

⁽¹⁾ د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الدستوري ، دار الفكر العربي ، بيروت ، لبنان ، 1986 ، ص 225 .

⁽²⁾ د. عبد الحميد حشيش ، مبادئ القضاء الإداري ، المجلد الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1977 ، ص 130 .

د. محمد الشافعي أبو راس ، القضاء الإداري ، مكتبة النصر ، الزقازيق ، دون سنة طبع ص 176 .
د. سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 ص 407 .

⁽³⁾ انظر حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1968/11/29 بأن قرارات إيداع أو سحب مشروع قانون يعد من أعمال السيادة ، والحكم الصادر من مجلس الدولة في 1987/1/14 بأن رفض وزير المواصلات تقديم الاعتمادات اللازمة لإنشاء وظائف المهندسين في أعمال الحكومة

Jacqline Morand , Deviller , Course de Droit Administratif, 6 Ème, Mont, 1999, Paris, P. 611 .

البرلمان للانعقاد لدور عادي أو غير عادي وقرارات انعقاد جلسات البرلمان أو حله ، وتقوم هذه القوانين بتنظيم أحكام هذه القرارات ⁽¹⁾. إذ إن مثل هذه المسائل لا يجوز للقضاء التدخل بها لأنها ذات صبغة سياسية واضحة وتدخله لها يعد تجاوزاً منه على حدود اختصاصه الطبيعي ، وإن المخالفات الدستورية التي ذكرت لا تبتعد بطبيعتها عن رقابة القضاء ، ويرجع استبعادها من رقابة القضاء لأسباب تاريخية سياسية ، ذلك أن البرلمان ليس عاجزاً عن الدفاع عن نفسه ، كما إن القضاء ليس من شأنه التدخل في الأمور ذات الصبغة السياسية الواضحة التي قد تؤدي إلى التنازع مع البرلمان الممثل للشعب صاحب السلطات ⁽²⁾. لذا كان الطعن في

⁽¹⁾ مثل دستور جمهورية مصر العربية 1971

في المادة 101 " يدعو رئيس الجمهورية مجلس الشعب للانعقاد للدور السنوي العادي ... فإذا لم يدع يجتمع بحكم الدستور ... ويفض رئيس الجمهورية دورته العادية ... " م102 " يدعو رئيس الجمهورية مجلس الشعب لاجتماع غير عادي ، في حالة الضرورة ... " . م108 " لرئيس الجمهورية عند الضرورة وبتفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون ... " .

م109 " لرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب حق اقتراح القوانين " . م11 " كل مشروع قانون اقترحه أحد الأعضاء ورفضه المجلس لا يجوز تقديمه مرة ثانية " . م112 " لرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين أو الاعتراض عليها " . م113 " إذا اعترض رئيس الجمهورية على مشروع قانون اقره مجلس الشعب رده خلال 30 يوم من تاريخ إبلاغ المجلس إياه ، فإذا لم يرد مشروع القانون اعتبر قانوناً وأصدر . وإذا رد في الميعاد المتقدم إلى المجلس وأقره ثانية بأغلبية ثلثي أعضائه اعتبر قانوناً وأصدر " .

م136 " لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس الشعب إلا عند الضرورة وبعد استفتاء الشعب ويصدر رئيس الجمهورية قرار بوقف جلسات المجلس وإجراءات الاستفتاء خلال 30 يوم . ويجب أن يشتمل القرار على دعوى الناخبين لإجراء انتخابات جديدة لمجلس الشعب في ميعاد لا يتجاوز ستين يوم .

م147 " إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر قرارت لها قوة القانون " . وكذلك نجد الدستور الهندي لعام 1989 ينص في م106 " يدعو رئيس الوزراء البرلمان للانعقاد لدور سنوي عادي ، وفي حالة عدم توجيه رئيس الوزراء للبرلمان دعوة بعدم الانعقاد ، ينعقد بحكم الدستور " .

م108 " يجوز لرئيس الوزراء و ما لا يقل عن 10 لأعضاء البرلمان حق اقتراح القوانين " . م111 " لرئيس الوزراء حق اقتراح مشروعات القوانين والاعتراض عليها " .

م123 " إذا قدم رئيس الوزراء اعتراضاً بشأن مشروع القانون المقدم من قبل البرلمان وتم إقراره من قبله وجب رده خلال 30 يوم من تاريخ تبليغ البرلمان به، فإذا لم يرد مشروع القانون اعتبر قانوناً نافذاً " .

م118 " لا يجوز لرئيس الوزراء حل البرلمان إلا بعد حصول استفتاء شعبي تام " . ⁽²⁾ د. علي خطار شنتاوي ، الإجراءات الإدارية القابلة للانفصال عن أعمال السيادة ، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ، مجلد 27 ، ع2001/1 ص5 .

مثل هذه القرارات غير مقبول سواء كان طعن فردا أم لجنة فنية فضلا عن إن رقابة القضاء على مثل هكذا قرارات تقوم بها الحكومة بوصفها سلطة سياسية ، وفي رقابة القضاء على هذه الأعمال مما لا يتأتى وطبيعة ولاية السلطة القضائية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

المحافظة على العلاقات الدولية وشؤون الدولة الخارجية

طبقا لأحكام الدستور ، يقع على عاتق السلطة التنفيذية مهمة المحافظة على شؤون الدولة وعلاقاتها الخارجية، عن طريق عقد الاتفاقيات والمات الدولية " ومعاهدات الصلح، والحلف ، والتجارة ، والملاحة، وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة، أو التي تتعلق بحقوق السيادة ، أو التي تحمل خزنة الدولة شيئا من النفقات غير الواردة في الموازنة " (2) ، وكذلك الأعمال التي يقوم بها ممثلو الهيئات الدبلوماسية كالسفير والقنصل ، إذ يتم استبعادها من رقابة القضاء (3). في الحقيقة إن من أهم مسوغات تحصين هذه الأعمال هو أن السلطة التنفيذية تنظم علاقات الدولة مع الدول الأخرى ، إذ ليس من المقبول منح المحاكم سلطة الفصل في المسائل التي تتعلق بهذه الأعمال ذلك أن القضاء لا يمكنه الإحاطة بمثل هذه المسائل بمجرد النظر إليها من ناحية ، ومن ناحية أخرى يترتب على ذلك عبء المسؤولية التي تقع على كاهل السلطة التنفيذية بموجب أحكام الدستور ، فضلا عن التضارب الممكن أن ينشأ بين موقف السلطة التنفيذية وموقف السلطة القضائية داخل الدولة في مثل هذه المسائل الحيوية ، فيقرر إحداها مثلا وجود حالة حرب مع دولة معينة بينما تنكر الأخرى ذلك ، فينشأ عن ذلك اضطراب في أمور الدولة ، وهذا يتعارض مع الصالح

(1) حكم صادر من المحكمة الإدارية العليا المصرية ، الموسوعة الإدارية الحديثة، الدار العربية للموسوعات،

ط 1 ، القاهرة ، 1995 ، ج 25 .

(2) د. صبحي محمصاني ، القانون والعلاقات الدولية بي الأمم ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1987 ص 203 .

حسن محمد علي ، تحصين القرار الإداري ضد الطعن القضائي، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة

الموصل ، 2001 ص 24 .

(3) فعلى سبيل المثال نجد الدستور المصري 1971 في م 151 " رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها

مجلس الشعب مسنونة بما يناسب من البيان ، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها

وتنشرها ... على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها

تعديل في أراضي الدولة ، أو التي تتعلق بحقوق السيادة ، أو التي تحمل خزنة الدولة شيئا من

النفقات ... " .

العام ، فضلا عن منح الحكومة الاستقلال والحرية في ميدان العمل السياسي ⁽¹⁾. كما إن عدم اختصاص القاضي الود المسائل المتعلقة بالتزامات الدولة نحو سواها من الدول يرجع إلى أن قضائه لا يمتد إلى الدول الأجنبية ، وإن هذه الأعمال لا تنطبق على الأفراد بطريقة مباشرة ، ومن ثم لا تمس حقوقهم ومصالحهم ، فلا تقبل دعاوهم أمام القضاء وذلك لانعدام شرطي الصفة والمصلحة ².

الفرع الثالث

المحافظة على الشؤون الداخلية للدولة

تسلك جميع التشريعات بأن للهيئات السياسية في الدولة سلطة عليا في المسائل التي تتعلق بإعلان الحرب والإجراءات المتصلة بسير العمليات الحربية ، وكذلك تعفى من مسؤولية هذه الأعمال التي تجريها مهما كان الضرر الناشئ عنها ، والحقة أنه من غير المستباح أن تقبل دعاوهم عليها ويسمح لهم بإقامة الدليل أمام القضاء على أن قرار إعلان الحرب كان قرار غير مشروع أو إن قادة الجيش قد ارتكبوا خطأ عسكيا معينا ³.

لقد صاغ قسم الرأي في مجلس الدولة المصري تلك المبادئ في الفتوى الصادرة في 18 آب 1954 " أنه على مقتضى القواعد المسلم بها في جميع التشريعات يُعدّ إعلان الحرب وما ينترتب عليها من آثار للأعمال الحربية في صميم أعمال السيادة ، وتعفى الدولة من مقتضى تلك المبادئ من مسؤولية الأعمال التي تجريها مهما بلغ الضرر الناشئ للأفراد " ⁽⁴⁾. أما قرار إعلان حالة الطوارئ ، فيتم استبعاده من رقابة القضاء ، وذلك بسبب علاقته الوثيقة بأمن الدولة وبصدوره من السلطة التنفيذية في حدود السلطة التي خولها القانون ، فضلا عن أن الرقابة على هذا القرار غير ذي جدوى ، لأن القرار سيعرض على البرلمان ، ومن ثم يقر عليه ، وعليه يكون الطعن في قرار تصديق البرلمان غير ذي جدوى لغياب صاحب مصلحة الطعن لأن حقوق الأفراد ومصالحها لا يلحقها الضرر نتيجة

⁽¹⁾ د. عمر محمد الشوبكي ، مصدر سابق ص 201.

² Andre Hauriou , Droit administratif, 2 EME , Paris , 1976 , P. 302 .

⁽³⁾ د. محمد عاطف البنا ، الوسيط في القضاء الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1982 ،

ص 32 .

⁽⁴⁾ أنظر د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 407 . إذ تنص م 150 من دستور جمهورية مصر العربية " رئيس الجمهورية هو القائد الأعلى للقوات المسلحة ، وهو الذي يعلن الحرب بعد موافقة مجلس الشعب " أنظر د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، قضاء الإلغاء ، مصدر سابق ،

ص 407 .

إعلان حالة الطوارئ إنما نتيجة الإجراءات التنفيذية تعقبه ⁽¹⁾. ويعد قرار رئيس الجمهورية باللجوء إلى تطبيق المادة 16 من دستور فرنسا 1958 من أعمال السيادة ، بوصفها من القرارات التي تمس علاقة الحكومة وعلة تحصينه تكمن في أن رئيس الجمهورية يقرر وحده اللجوء إلى هذه المادة ويقع عليه عبء المسؤولية ⁽²⁾.

⁽¹⁾ تنص م148 من دستور جمهورية مصر العربية " يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس الشعب خلال 15 يوم ، وإذا كان مجلس الشعب منحلا فالأمر يعرض على المجلس الجديد في أول اجتماع له . وفي جميع الأحوال يكون إعلان حالة الطوارئ بصورة كلية أو جزئية وفقا للإجراءات التي يحددها القانون " .

وكذلك دستور المكسيك لعام 1979 " لرئيس الجمهورية إعلان حالة الطوارئ وفقا لما يحدده القانون ، بعد استحصال موافقة البرلمان خلال فترة أقصاها 30 يوم " .

⁽²⁾ د. سامي جمال الدين ، الرقابة على أعمال الإدارة ، مصدر سابق ، ص 152 .

المطلب الثاني

القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي في فرنسا

إن أعمال السبّة باعتبارها تؤدي إلى تقييد حق التقاضي تتمثل باستبعادها للمنازعات الناشئة ما بين الأفراد والدولة من رقابة القضاء ، وهذا يعني سلب سلطة القضاء من اختصاص النظر في هذه الدعاوى ، وإن هذا المبدأ يعود إلى عهد الثورة الفرنسية⁽¹⁾ . إذ إن أساس هذا المبدأ يعسير الحرفي لرجال الثورة الفرنسية لمبدأ الفصل بين السلطات ومقتضاه أن تكون كل سلطة في عزلة تامة عن السلطتين الأخريين ، الآن هذا الفصل بين ارة والقضاء يعد تطبيقاً غير صحيح لمبدأ الفصل بين السلطات لأن هذا المبدأ يعني ببساطة أن السلطة التنفيذية تختص بشؤون الإدارة القضائية تختص بشؤون القضاء والفصل في المنازعات القضائية ومنها النزاع الذي ينشأ بين الأفراد والإدارة فإن نظرت فيه الإدارة ، فإن هذا يعد تجاوزاً لمبدأ الفصل بين السلطات⁽²⁾ . في كل الأحوال فإن مبدأ الفصل بين الإدارة والقضاء أصبح الآن الأسس الذي يحكم اختصاص القضاء الإداري والذي يقضي أن القاضي الإداري لا يراقب ملأمة القرارات الإدارية ولا يراقب ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية لأن من أخص وظائف الإدارة ، وعلى القاضي مراقبة مشروعية العمل الإداري⁽³⁾ .

إن مبدأ استقلال الإدارة عن القضاء ، ليس وليد اليوم ، وإنما يرجع إلى ما قبل الثورة الفرنسية 1789 ، إذ تحمس رجالها ، بغية التخلص من تدخل المحاكم في شؤون الإدارة وعرفلتها لمشاريع الإصلاح بغية حماية مصالح بعض الطبقات وامتيازاتها ، لذا حظروا على القضاء أن يتعرض لأعمال الإدارة بأية صورة من الصور ، إذ نصت المادة الثالثة عشر من الفصل الثاني من قانون 24/6 أغسطس 1990 على ما يأتي " الوظائف القضائية منفصلة ويجب أن تظل منفصلة عن الوظائف الإدارية وليس للقضاء أن يتعرضوا بأية وسيلة لأعمال الهيئات الإدارية ومحرم عليهم أن يستدعوا إليهم أي موظف إداري بسبب عمله وإلحقت على القضاء عقوبة جريمة الإخلال بشرف الوظيفة⁽⁴⁾ " . كما ونصت المادة الثالثة من نور الفرنسي الصادر في سبتمبر 1791 " يمنع على المحاكم منعاً باتاً من النظر في

⁽¹⁾ د. عبد الرحمن غنيم ، القضاء الإداري والإدارة التنفيذية لحقوق الأفراد تجاه السلطات ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد السادس ، نوفمبر ، القاهرة ، 1939 ص 623 .

⁽²⁾ د. مصطفى كامل ، القواعد العامة في مسؤولية الدولة ، مطبعة السريان ، بغداد ، 1947 ص 54 .

⁽³⁾ د. حسن محمد عواضة ، القانون الإداري ، المؤسسة الجامعية للنشر ، إسكندرية ، 1997 ص 142 .

أعمال الإدارة في أي نوع كانت ، وإلا تعرضت للإجراء القانونية ⁽¹⁾ * كذلك جاء قانون العقوبات الفرنسي في الباب الثاني ، وهو الخاص بالجنايات والجنح التي ترتكب ضد الدستور وتحت عنوان الكتاب الرابع الخاص بتجاوز السلطين الإدارية والقضائية لحدود اختصاصهما

في م 127 ما يأتي :

' ويُعدّ مرتكباً لجريمة الإخلال بشرف الوظيفة ويعاقب بالتجريد من الحقوق المدنية

كل من :

1.

2. القضاة ، العموميين ونواب الملك ، وضابط الشرطة القضائية الذي يتجاوز حدود سلطتهم بتدخلهم في أمور هي من شأن السلطات الإدارية أو بوضع لوائح خاصة بهذه الأمور من شأنها تعطيل تنفيذ الأوامر الصادرة عن الإدارة أو بالإصرار على تنفيذ حكم أو بإصدار أمر استدعاء رجال الإدارة على الرغم من إلغاء هذا الحكم أو الأمر " ² .

" في مواجهة كل هذه المحاذير القانونية ، لم يكن للقضاء في عهد الثورة أن يقضي في المنازعات الإدارية فلا يجوز له أن يلغي أي عمل إداري ، أو ينظر في تفسير أو مشروعية أو حتى الحكم على أنه بالتعويض بسبب أعمالها الإدارية " .

إن منع القضاء العادي عن قبول دعاوى الأفراد على أعمال الإدارة وإن كان حجباً كلياً لحق التقاضي إلا أنه لم يمنع من إيجاد رقابة شبه قضائية يقوم بها رجال الإدارة ، إذ إن القانون 14/7 الصادر في تشرين أول 1795 جعل لرئيس الدولة والوزراء كل فيما يخص وزارتهم الفصل في المنازعات الناشئة بين الإدارة والأفراد كما أن القانون الصادر في تشرين ثاني 1790 أناط بوزراء الإقليم مسؤولية الفصل في المنازعات بين الأفراد والإدارات الإقليمية وكان يطلق على هذا النظام الإدارة القاضية أو الوزير القاضي ⁽³⁾ . وفي عهد نابليون أنشأت إلى جانب الهيئات الإدارية العامة الهيئات إدارية استشارية وهي مجلس الدولة وكذلك مجالس الأقاليم ⁽⁴⁾ ، وعهد إليها باختصاصات استشارية تتضمن فض المنازعات

⁽¹⁾ الموسوعة العربية للتدائير العالمية ، الإدارة العامة للتشريع والفتوى ، جمهورية مصر العربية ، 1966 ،

² . Paul Duez, Les acts de government, Monte Carlo, 1 Eme, Paris, 1952, P. 185 .

⁽³⁾ د. عصام البرزنجي ، د. محمد علي بدير ، طه ياسين السلامي ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1992 ص 15 .

⁴ د. مصطفى كامل ، مصدر سابق ، ص 624 .

الإدارية ، وإعداد مشروعات الأحكام للتصديق عليها من رئيس الدولة ، وهذا يعني أن أحكامها موقوفة على التصديق لذا سمي بنظام القضاء المقيد¹ .

وبموجب القانون الصادر في 2 أيار 1872 تم إقرار مبدأ القضاء المفوض إلا أن هذا القضاء لم يقض نهائياً على فكرة الإدارة القضائية ذلك أن الوزير يعد قاضي القانون العام بالمنازعات الإدارية ، إلا في الحالات التي ينص القانون صراحة عليها فتكون من اختصاص مجلس الدولة ويعيد الأخيرة استثنائية لما يخص القرارات الصادرة من الإدارة القضائية أو من الوزير القاضي بالنسبة للمناز، الإدارية⁽²⁾ . وبذلك أصبح قضاء مجلس الدولة قضاء مفوضاً وازدادت الحاجة إلى تدعيم قضاءه فالتجأ إلى نظرية أعمال السيادة التي كانت في رأي معظم الفقه الفرنسي الثمن الذي قدمه مجلس الدولة لقاء منحه سلطة القضاء البتّي⁽³⁾ . لقد اتخذ الفقه الفرنسي المادة 26 من القانون الصادر في 24 أيار 1872 الأساس القانوني الذي تستند عليه نظرية السيادة في القانون الفرنسي والتي نصت " إن للوزراء الحق في أن يرفعوا إلى محكمة تتنازع الاختصاص القضائي المقدمة لمجلس الدولة والتي لا يختص بنظرها القضاء الإداري ومع ذلك فليس لهؤلاء الانتفاء إلى المحكمة المذكورة إلا بعد رفض مجلس الدولة التماسهم الذي يرسل إليه أو لا يفصل تخلي عن نظرها⁴ .

يستنتج مما تقدم ، أن مجلس الدولة الفرنسي تطبيقاً لنص المادة 26 المذكورة سلفاً يمنع عليه النظر في الدعاوى المرفوعة إليه المفوضة من قبل الأفراد والتي يرى أنها متعلقة بأعمال السيادة . وهكذا ظهرت نظرية أعمال السيادة كوسيلة تؤدي إلى الحجب القانوني الكلي لحق النقاضي ، والتي ما زالت مثار اهتمام الفقه القانوني ، والتي انتقلت إلى العديد من الدول التي أصدرت قوانين تحجب أعمدة من رقابة القضاء وتمنع إقامة الدعاوى أمامه بشأنها ولكن ليس كل القوانين التي تحجب حق النقاضي هي أعمال سيادة إذ توجد قوانين أخرى تحجب حق النقاضي جزئياً تتمثل بالتشريع المانع⁵ ، وسواء أكان القانون الذي يحجب حق نقاضي من قبيل أعمال السيادة أم من قبيل التشريعات المانعة لحق النقاضي ، فإنه يجب إخضاعها لرقابة القضاء الذي له الولاية العامة في نظر هذه المنازعات إلا ما استثنى منها بنص خاص ، وهذا هو المجال الذي يعمل به المشرع بوصفه وسيلة تؤدي إلى حجب حق النقاضي .

(1) د. عصام البرزنجي ، توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي وحسم إشكالات التنازع بينهما ، سلسلة منشورات بيت الحكمة ، بغداد ، 1998 ، ص 8 .

(2) د. عصام البرزنجي ، المصدر نفسه ص 10 .

(3) De Government , (A , , Drait Administratif, Paris, 2 Eme, 1962 , P. 253.255 .

(4) د. عبد الباقي نعمة عبد الله ، نظرية أعمال السيادة ، مجلة قضايا الحكومة ، السنة السادسة ، 1977 ، ص 22 و 23 .

المطلب الثالث

القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي في مصر

لجأ المشرع المصري إلى إصدار القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي في فترات زمنية متعاقبة ، وترتب عليها منع المحاكم من نظر الدعاوى المتعلقة بأحكام هذه القوانين ، وقد انتهج المشرع المصري أساليب متعددة في معالجة مثل هذه القوانين ، إذ نجده تارة ينص على المبدأ دون ذكر التفاصيل . وتارة أخرى ينص على المبدأ مع إيراد تفاصيل حول هذا المبدأ في قوانين متعددة ، عليه سوف يتم تقسيم هذا المطلب على فرعين مستقلين يتناول كل فرع بيان القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي في فترتين زمنيتين متعاقبتين وهما قبل صدور دستور 1971 ، وبعد صدور دستور 1971 .

الفرع الأول

القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي قبل صدور دستور 1971

لقد نصت العديد من القوانين التي صدرت في مصر وخلال فترات زمنية متعاقبة على نظرية أعمال السيادة . إذ نجد أن المشرع في مصر قد نص عليها لأول مرة في المادة الحادية عشر من لائحة ترتيب المحاكم المخططة عند تعديلها في عام 1900 . ثم نص عليها مخرى في المادة الخامسة عشر في لائحة ترتيب المحاكم الأهلية عند تعديلها في عام 1937⁽¹⁾ . إذ نجد أن النصوص المتقدمة قررت صراحة على منع المحاكم من نظر أعمال السيادة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة . ثم توالى النصوص القانونية على منع المحاكم من سماع الدعاوى التي تقام قبل الأفراد بصدد أعمال السيادة . إذ نجد أن قوانين مجلس الدولة المتعاقبة ، ومنذ إنشائه في عام 1946 بموجب القانون رقم 112 لسنة 1946 قد نص على منع المحاكم من نظر الدعاوى المباعدة السيادة . إذ نجد أن المادة السادسة منه " القانون رقم 112 لسنة 1946 قد نص " تمنع المحاكم من النظر في أعمال السيادة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة⁽²⁾ " .

وكذلك نجد أن المادة السابعة من قانون رقم 9 لسنة 1949 نصت على " عدم قبول الطلبات المقدمة عن القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالبرلمان وعن التدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي وعلى العموم سائر الطلبات المتعلقة بأعمال

(1) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، مبادئ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، مصدر سابق ص 29.

(2) د. عوض محمد عوض ، مصدر سابق ، ص 245 .

السيادة⁽¹⁾ . وهنا يلاحظ أن المشرع المصري قد ترك للقضاء أمر تحديد ما يُعدّ من قبيل أعمال السيادة وهذا يقع على عائق القضاء المصري مهمة أن يسرّش بالتطور السليم والرأي الصائب بخصمال السيادة في قوانين الدول وقضاء الدول الأخرى وأبحاث الفقهاء فيها وإن كان ليس يسيراً على القضاء لتخلص نهائياً من فكرة أعمال السيادة كنظرية قانونية قائمة بحد ذاتها فلا أمل من حصرها في أضيق الحدود والعمل في اتجاهات التقيص من هذه النظرية لكونها تمثل قيدا على حواد بالالتجاء إلى السلطة القضائية . طالما أن المحاكم ممنوعة من سماع الدعاوى المتعلقة بها ، ولعل ما يساعد القضاء المصري في ذلك المرونة التي يتصف بها كونه غير مقيد بالسوابق القضائية مما يجعل أحكامه تستجيب لحاجات الأفراد والوظائف الدول المتنوعة في أن واحد² .

كما نجد أن المشرع المصري قد انتهج أسلوبين في معالجة أعمال السيادة :
الأسلوب الأول : الذي يتجسد في الإشارة إلى أعمال السيادة ، وترك التفاصيل إلى القضاء .
الأسلوب الثاني : حيث يتجسد هذا الاتجاه في بيان ما يعتبر من قبيل أعمال السيادة³ .
إذ نجد أنه في القانون رقم 65 لسنة 1955 ، وكذلك القانون رقم 55 لسنة 1959 . قد عهد المشرع المصري إلى أسلوب الإشارة أعمال السيادة ، وترك التفاصيل إلى القضاء⁴ .
أما الأسلوب الثاني فقد تبعه المشرع المصري في تناوله أعمال السيادة في لائحتي ترتيب المحاكم الوطنية (الأهلية والمختلطة) ، إذ لم يكتف بذكر الأمثلة في قانوني مجلس الدولة العام 1946 و 1949 . ويُعدّ الأسلوب الأول هو الأسلوب الأمثل ، فالأجدر هو ترك القضاء مهمة تبا يُعدّ من قبيل أعمال السيادة . ويشير الدكتور محمود حافظ ، إلى أن الأخذ بأسلوب تعدالما يُعدّ من قبيل أعمال السيادة موضع نقد لأن ذكر الأمثلة هو ليس عمل

(1) د. عثمان خليل عثمان ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1985 ص 186 .

د. فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1977 ص 67 .

د. محمود حافظ ، القرار الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1975 ص 127 .

(2) د. محمد عبد الحميد أبو زيد ، رقابة القضاء لأعمال الإدارة ، مصدر سابق ، ص 86 .

د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 272 .

د. سامي جمال الدين ، الرقابة على أعمال الإدارة ، مصدر سابق ، ص 313 .

(3) د. وهيب عباد سلامة ، الفصل بغير الطريق التأديبي في القانون المصري ، دراسة مقارنة ، الناشر دار

المكتبة الأنلكوأمريكية . بدون سنة طبع ، ص 674 . د. سعاد الشرقاوي ، نسبية الحريات العامة

وانعكاساتها على التنظيم القانوني ، 1979 ، دار النهضة العربية ، ص 113 .

(4) د. محمود حافظ ، مصدر سابق ص 147 .

د. فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، المصدر نفسه ص 67 .

المشرع بل هو من عمل الفقهاء ، لذا يتوجب على المشرع القانوني إعلان المبدأ فقط ، وترك ما بعد من قبيل أعمال السيادة للفقهاء والقضاء¹ .

الفرع الثاني

القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي في ظل دستور 1971

بعد صدور دستور 1971 المصري ، صدر القانون الحالي الذي يحكم مجلس الدولة المصري ، وهو القانون رقم 47 لسنة 1972 ، وهنا يلاحظ أن المشرع قد دأب على تضمين فوائين مجلس الدولة المصري نصوصاً قانونية تمنع المحاكم من التصدي لأعمال السيادة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، حتى في ظل القانون الحالي رقم 47 لسنة 1972 .

إذ جاء في نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 " تمنع المحاكم من سماع الدعاوى المتعلقة بأعمال السيادة " ، إذ نلاحظ أن المشرع المصري في هذا القانون قد اعتمد الأمل الذي يتمثل في الإشارة إلى أعمال السيادة فقط دون ذكر تفاصيل حول ذلك ، حيث ترك مهمة ذكر التفاصيل إلى القضاء .

عليه وبناءً على ما تقدم نجد المشرع المصري قد أخذ بأسلوب إعلان المبدأ فقط تاركاً للقضاء والفقهاء تحديد ما يُعد من قبيل أعمال السيادة ، وهذا ما أكتفه المحاكم الإدارية العليا في حكمها الصادر في 29 حزيران 1973 " إن للمحاكم سلطة تقرير الوصف القانوني للعمل المطروح عليها وما إذا كان يعد عملاً إدارياً أو عملاً من أعمال السيادة " ² .

المطلب الرابع

¹ د. محمود حافظ ، مصدر سابق ، ص 128 .

² د. محمد عبد الحميد أبو زيد ، مصدر سابق ص 86 .

نعيم عطية ، السلطة الدستورية للحريات الفردية ، موسوعة حقوق الإنسان ، مطبعة الجي - دوي ،

القاهرة ، 1989 - 188 .

القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي في العراق

ود سار المشرع العراقي على خطى المشرع الفرنسي والمصري على القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي ، ويلاحظ أن المشرع العراقي شأنه شأن المشرع المصري قد اتبع أساليب متعددة في النص على هذه القوانين ، إذ نجده نارة ينص على هذه القوانين دون إعطاء الأمثلة عليها ، كما هو الحال في قانون السلطة القضائية رقم 26 لسنة 1963 الملغي ، وكذلك قانون التنظيم القضائي رقم 106 لسنة 1979 . وفي أحيان أخرى ينص على المبدأ مع إيراد الأمثلة كما هو الحال في التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم 106 لسنة 1989 . عليه سوف يتم تخصيص هذا المطلب لبيان القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي في العراق في فترتين زمنيتين متعاقبتين ، هما القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي قبل دستور 1970 في الفرع الأول ، والقوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي في ظل دستور 1970 في الفرع الثاني .

الفرع الأول

القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي قبل دستور 1970

صدر أول قانون في العراق يؤكد الولاية العامة للقضاء العراقي عام 1963 ، وهو قانون السلطة القضائية رقم 26 لسنة 1963 ، وقد جاء في المادة الثالثة منه " تسري ولاية المحاكم على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة ، وتختص الفصل في المنازعات كافة إلا ما استثني منها بنص خاص " ⁽¹⁾ . كما نصت المادة 29 من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 على أن " تسري ولاية المحاكم على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة ، وتختص الفصل في كافة المنازعات إلا ما استثني منها بنص خاص " .

ويعتبر قانون السلطة القضائية رقم 26 لسنة 1963 ، أول قانون في العراق ينص على أعمال السيادة ، إذ نجد أن المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية فقد نصت لأول مرة

⁽¹⁾ الوقائع العراقية ، العدد 1243 في 1963/6/23 ومن الجدير بالذكر قبل صدور هذا القانون كان أمر البعث في أعمال السيادة قبل عام 1963 متروكاً لتقدير القضاء ، ذلك أن المشرع لم يورد أية نصوص قانونية على أعمال السيادة قبل هذا التاريخ ، فالقضاء هو الذي يبت في موضوع اعتبار التصرفات من أعمال السيادة وبالتالي تخضع لاختصاصه وبالعكس . انظر د. عبد الباقي نعمة عبد الله نظرية أعمال السيادة في القانون المقارن ، مصدر سابق ، ص 37 . د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، القضاء الإداري في العراق حاضره ومستقبله ، رسالة دكتوراه ، مطابع دار الشعب ، القاهرة ، 1965 ، ص 233 .

على أعمال السيادة نة قانونية كلية تحجب حق التقاضي واستبعادها من رقابة القضاء " ليس للمحاكم أن تنتظر في كل ما يُعدّ من أعمال سيادة الدولة " ⁽¹⁾. ومن هنا فإن الأساس القانوني لأ؛ في العراق هو نص المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية رقم 26 لسنة 1963 وذلك في الفترة التي سبقت صدور دستور 1970 الذي سبقه " قانون تنظيم السلطة القضائية " الملغي ، إن المشرّع قد سار على نهج واحد بالنص على مبدأ منع المحاكم من التعرض لأعمال السيادة دون أن يقوم بتحديد هذه الأعمال أو يقوم بضرب الأمثلة عليها وترك أمر تحديد ذلك إلى الفو الفقه ، ولهذا أخذ المشرّع العراقي بأحدث المعايير المتبعة في القضاء الفرنسي ⁽²⁾. كما يُعدّ موقف المشرّع العراقي النص على منع المحاكم من سماع الدعاوى المتعلقة بأعمال السيادة دون ضرب الأمثلة ، مسك محمود إذ أن القضاء أقر على فحص طبيعة الأعمال الصادرة عن الإدارة وتحديد اعتبارها من أعمال السيادة أم لا .

الفرع الثاني

القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي في ظل دستور 1970

سوف يتم تقسيم القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي في ظل دستور 1970 على فئتين مستقلتين ، كل فقرة تخصص لبيان القوانين التي تحجب حق التقاضي كلياً في فئتين زمنيتين متعاقبتين وفقاً لما يأتي :

المرحلة الأولى : الفترة المحصورة بين عام 1970 وحتى عام 1989

¹ خضر عكوبي يوسف ، مصدر سابق ص 51 .

د. عصام البرزنجي ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في العراق وآفاق تطورها مصدر سابق ، ص 17. صباح سلمان المفتي ، تطور الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في العراق ، وزارة العدل ، المعهد القضائي ، آب 1990 ص 41 .

⁽²⁾ وسام جبار ، الاختصاص التشريعي للإدارة في الظروف العادية ، رسالة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، 1994 ، ص 108 . صفاء مهدي الطويل ، محكمة القضاء الإداري في ضوء التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة ، بحث ترقية ، المعهد القضائي ، وزارة العدل ، 1991 ص 35 . إسماعيل صمصاع البديري ، الطعن في أحكام المحاكم الإدارية في العراق أمام الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بابل ، 1995 ص 11 .

سبق القول إنَّ المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية رقم 26 لسنة 1963 يمثِّل الأساس القانوني لأعمال السيادة في العراق ، وقد استمر العمل بهذه المادة منذ صدورّها في الفترة التي سبقت صدور دستور 1970 . وقد استمر العمل بهذه المادة بعد صدور دستور 1970 حتّى صدور قانون التنظيم القضائي في العراق رقم 160 لسنة 1979 . إذ نجد أنّ المادة العاشرة من قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979 تنص على " لا ينظر القضاء في كل ما يُعدّ من أعمال السيادة " ⁽¹⁾. الملاحظ على نص المادة 10 من قانون التنظيم القضائي 160 لسنة 1979 والمادة الرابعة من القانون رقم 26 لسنة 1963 انه قد نص على منع المحاكم من النظر في أعمال السيادة دون بيان أمثلة لما يُعتبر من قبيل أعمال السيادة وحسناً فعل المشرّع العراقي عندما نص على ذكر أعمال السيادة دون إعطاء أمثلة لها ، هذا من جهة ، علاوة على صعوبة التحديد المسبق تشريعياً لجميع الأعمال التي تُعد من أعمال السيادة ، لذا فإن كان لابد من الأخذ بأعمال السيادة ، فإن القضاء هو الأجر بمهمة تحديد طبيعة هذه الأعمال من جهة أخرى ².

المرحلة الثانية : الفترة المحصورة بين عام 1989 وحتى الوقت الحاضر .

يلاحظ أنّ المشرّع العراقي لم يستمر طويلاً في النهج السابق ، لذا نراه ينص على البند الخامس من المادة السابعة من قانون مجلس شورى لولة رقم 65 لسنة 1979 على أنه " لا تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما يأتي :
أ. أعمال السيادة . وتعتبر من أعمال السيادة المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية " ³.
من خلال استقر النص المتقدم نلاحظ أنّ المشرّع العراقي لم يسر على السياسة التي انتهجها في النص على أعمال السيادة ، كما فعل أول مرة في المادة الرابعة من قانون تنظيم السلطة القضائية الملغي ، والمادة العاشرة من قانون القضاء . وهناك ملاحظات ترد على النص المتقدم يمكن إجمالها بما يأتي :

1. نصّ المشرع العراقي على منع محكمة القضاء الإداري من النظر فيما يُعدّ من قبيل أعمال السيادة ، ولكنه لم يكتف بهذا ، بل قام بضرب الأمثلة عليها حيث اعتبر المراسيم والقرارات التي تصدر من قبل رئيس الجهة من أعمال السيادة ، والحقيقة أنّ التعداد

⁽¹⁾ الوقائع العراقية ، العدد 1122 في 1979/9/2 .

⁽²⁾ د. عصام البرزنجي ، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة

القاهرة ، 1971 ص 101 .

⁽³⁾ الوقائع العراقية ، العدد 1352 في 1989/3/18 .

على سبيل المثال ليس من عمل المشرّع ، بل من عمل الفقيه ، وهو ما يذهب إليه د. فاروق خماس إذ يقول : " كان من الأنسب ترك النص مطلقاً دون اللجوء إلى التمثيل ، ليترك المشرّع تقدير ما يُعدّ من أعمال السيادة للقضاء الإداري نفسه ، وهو آخر ما توصل إليه القضاء الإداري في دول القضاء المزدوج " ¹ .

2. أضفى المشرّع العراقي صفة أعمال السيادة على جميع المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية بشكل كامل ، وهو أمر منتقد ، فإذا كانت هذه القرارات أو المراسيم من قبيل أعمال السيادة ، فهذا لا يعني بالضرورة أن تكون كل القرارات والمراسيم من أعمال السيادة وبهذا المعنى يقول د. عصام البرزنجي " إن انطبق وصف أعمال السيادة على بعض المراسيم والقرارات ، فليس من الضروري أن يكون هذا وصفها جميعاً ، وبالتالي تخضع للطعن أمام محكمة القضاء الإداري تلك القرارات والمراسيم التي لا تعتبر من قبيل أعمال السيادة " ⁽²⁾ . إن النهج الذي سار عليه المشرّع العراقي في إضفاء صفة أعمال السيادة على قرارات والمراسيم التي يصدرها رئيس الجمهورية هو نهج اتبعه المشرّع المصري أيضاً في بعض الأحيان ، فقد تدخل المشرّع المصري بتشريعات منفردة بضمي صفة عمل السيادة على طائفة من القرارات الإدارية . وأوضح مثال لذلك ، هو المرسوم بقانون رقم 277 لسنة 1952 ، الذي صدر بعد ثورة 23 يوليو/ تموز 1952 مباشرة والذي بمقتضاه " يُعدّ من أعمال السيادة كل ما يريد اتخاذه أو يتخذه القائد العام للقوات المسلحة بوصفه رئيس حركة التحرير التي قامت في 23 يوليو/ تموز 1952 بقصد حماية هذه الحركة والنظام القائم عليها " ³ .

⁽¹⁾ د. فاروق احمد خماس ، محكمة القضاء الإداري في ضوء القانون 106 لسنة 1989 ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد التاسع ، العدد الأول والثاني 1990 ص 232 .

⁽²⁾ د. عصام البرزنجي ، مجلس شورى الدولة ، ميلاد القضاء الإداري في العراق ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد التاسع ، العدد الأول والثاني ، 1990 ص 154 .

⁽³⁾ وقد قوبل نهج المشرّع المصري في ذلك الوقت بالرّفص والانتقاد ، وقد أكدت محكمة القضاء الإداري في مصر ذلك ورفضت كل القرارات التي يصدرها قائد الثورة بوصفها من أعمال السيادة وتطبيقاً لذلك قررت في حكمها الصادر في 16 نيسان 1957 " ... متى كان القرار المطعون فيه ، والخاص باعتقال أحد الأشخاص لخطورته على الأمن ، صدر من قائد الثورة بوصفه الحاكم العسكري ، استناداً إلى القوانين الخاصة بالأحكام العرفية ، فإنه لا يعد من أعمال السيادة بل يُعدّ قرار إداري عادي ، يدخل ضمن اختصاص محكمة القضاء الإداري " د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 459.

المبحث الثاني

القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي

قد تتجسد القوانين التي تحجب حق التقاضي في قيام المشرع باستبعاد أو تحصين بعض من القرارات بشكل جزئي من رقابة القضاء ، وإن هذا النوع من القوانين يمنع التقاضي ليس كلياً وإنما بشكل جزئي⁽¹⁾. وفي الحقيقة ، أن لجوء المشرع إلى القوانين التي تحجب حق التقاضي يختلف مداه من دولة إلى أخرى حسب نظامها القانوني من جانب وظروفها السياسية والاقتصادية الاجتماعية ... إلى آخره من جانب آخر . وتؤدي القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي إلى تقييد أو مصادرة ذلك الحق، إلا أنها على العكس من القوانين التي تحجب كله التقاضي ، من حيث أن الأولى تقيد أو تصدر جزئياً حق التقاضي ، وتبقى للأفراد مزية التمتع ولو بصورة لحق التقاضي ، ولكن في النوع الثاني يؤدي إلى مصادرة وتقييد هذا الحق تماماً ، إذ لا يمكن لصاحب الشأن طرق سبل التقاضي ، طالما تم غلق طريق الطعن بالإلغاء أو التعويض ، وفي ضوء ما تقدم سنعرض في هذا المبحث القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي في أربعة مطالب وكما يأتي :

- المطلب الأول : مبررات القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي .
- المطلب الثاني : القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي في فرنسا .
- المطلب الثالث : القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي في مصر .
- المطلب الرابع : القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي في العراق .

⁽¹⁾ إذ نجد أن القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي تؤدي إلى مصادرة هذا الحق تماماً وتسد الطريق أمام الأفراد للوصول أمام القضاء وطرح شكواهم في مسألة معينة ، أما القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي ، نجد أن هذا النوع يحجب حق التقاضي عن طريق التضييق من مزية التمتع للأفراد بحق التقاضي لكنها لا ترقى إلى مرتبة إلغاء هذا الحق ومصادرة كلياً ، إذ يبقى للقضاء دور في ممارسة رقابته في ظل أغلب هذه القيود .

المطلب الأول

مبررات القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي

تستند القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي ، على مبررات عديدة ، منها ما يتعلق بتنظيم الشؤون السياسية في الدولة عند حصول تغيير في النظام السياسي القائم ، وكذلك المبررات المتعلقة بتنظيم الشؤون الداخلية للدولة . دور الدولة في الوقت الحاضر أصبح دوراً تدخلياً في جميع أوجه النشاط الداخلي للدولة ، الأمر الذي يترتب عليه صدور مثل هذه القوانين . إن اختلاف القوانين التي تحجب حق التقاضي بصورة جزئية عن غيرها من القوانين لا يعود إلى طبيعتها بقدر ما يعود إلى الظروف المحيطة بإصدارها ، مما يدفع بالمشروع إلى تحصينها من رقابة القضاء مستنداً إلى مسوغات عديدة تتمثل بما يأتي :

الفرع الأول

المبررات المتعلقة بتنظيم الشؤون السياسية

إن الدستور بوصفه القانون الأعلى والأسمى في الدولة يعني بتنظيم الجوانب المتعلقة بالشؤون السياسية ، فضلاً عن الجوانب الاقتصادية والاجتماعية ... الخ⁽¹⁾ . ويلجأ المشرع إلى إصدار القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي لتنظيم تلك الجوانب ، لذا نجد أن القضاء في يؤكد على أنه إذا كان هناك نص ما من القوانين يوجب اتخاذ من إجراءات أو ما يلزم توافره من الشروط لإتمام ذلك العمل ، فالقرار الذي يصدر بالتطبيق لهذا نص يُعد من القرارات التي تتعلق بتنفيذ القوانين واللوائح ولا صلة له بأعمال السيادة⁽²⁾ . وعلى الرغم من ذلك فقد اصدر المشرع المصري مراسيم قوانين ، وقوانين تضيف صفة السيادة على قرارات من النوع المذكور أنها المرسوم بقانون برقم 277 الصادر

(1) أنظر حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 495 لسنة (2ق) أي السنة القضائية الثانية ، مجموعة السنة الرابعة ، ص33 ، وحكمها في القضية رقم 582 لسنة 5ق ، مجموعة السنة الخامسة ص1099 . أشار إلى هذه الأحكام د. مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ومجلس الدولة ، الناشر : دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، 1966 ص155 .

(2) أنظر حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 495 لسنة 2ق ، مجموعة السنة الرابعة ، ص33 ، وحكمها في القضية رقم 582 لسنة 5ق ، مجموعة السنة الخامسة ص1099 . أشار إلى هذه الأحكام د. مصطفى أبو زيد فهمي ، المصدر نفسه ص155 .

في عام 1952⁽¹⁾، والذي يضفي صفة أعمال السيادة على كل تدبير اتخذته القائد العام للقوات المسلحة ، بوصفه رئيس حركة الجيش وبقصد حماية هذه الحركة والنظام القائم عليها .
لقد كان الغرض من إصدار هذا المرسوم هو حماية الثورة والنظام القائم عليها من اء المتربصين بها في الفترة الانتقالية ، والتي أصدرت الدولة فيها ما سمي بقوانين نهير والتي كانت تسعى من خلالها إلى الإسراع في العمل الثوري وإزالة المعوقات التي تعرّض سبيله ، وتظهر الجهاز الحكومي من شوائب العهد القديم .
لقد اتبع المشرّع العراقي ذات النهج الذي تبناه المشرّع المصري وأضفى صفة عمل السيادة على القرارات التيها رئيس الجمهورية ، وبموجب البند الخامس من المادة السابعة من قانون مجلس شوري الدولة رقم 106 لسنة 1989 . ومما لا شك فيه أن الأسباب التي تقف إزاء هذا المنع التشريعي هي أسباب سياسية ، إذ يرى المشرّع أن الصلاحيات الممنوحة لرئيس لجمهورية واضطلاعه بمهام جسيمة نص عليها الدستور وهذا ما يحثه إلى حماية قرارات رئيس الجمهورية ومراسيمه من الطعن فيها أما القضاء عن طريق إضفاء صفة عمل السيادة عليها² .

ومن النصوص التي منعت اللجوء إلى المحاكم بصدد قرارات معينة دون أن تضفي عليها صفة السيادة نص المادة 3 من المرسوم بقانون برقم 78 لسنة 1952 المصري ، والخاص بالإصلاح الزراعي ، والذي بمقتضاه منع جميع جهات القضاء من النظر في طلبات الإلغاء ، أو وقف تنفيذ قرارات الاستيلاء ، أو في المنازعات المتعلقة بنية الأطنان المسلحة ، ولكي نتمكن من بيان مسوغات إصدار هذا القانون يتعين إلقاء بعض الضوء على الخلف الاجتماعي والاقتصادية والسياسية لإصداره .

فمن المعروف أن الثورة استولت على عشرات الآلاف من الأراضي الزراعية من كبار الملاك والإقطاعيين تطبيقاً لقانون الإصلاح الزراعي ، وإن تنفيذ هذا استيلاء قد تم بدقة وسرعة بغية توزيع الهي على الفلاحين المحرومين كانت غاية الثورة وقانون الإصلاح الزراعي ، فضلاً عن أن الحكومة كانت ملزمة وفقاً لقانون الإصلاح الزراعي أن تستولل ثلاث سنوات على ملكية ما يتجاوز مائتي ألف فدان من الأراضي الزراعية

(1) د. سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، الطبعة الثالثة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ،

1986 ص 166 .

² حسن محمد علي ، مصدر سابق ص 27 .

التي سيستقيها المالك نفسه لتوزيعها على صغار الفلاحين ، ولكي يتحقق هذا لابد من استقرار
أوضاع الأقطان المستولى عليها ¹ .

ومن القوانين التي تحجب جزئياً حق النقاضي ، قوانين التضمينات وتشريعات الأحكام
العرفية التي تصدر عقبا لإلغاء حالة الأحكام العرفية ، وينص فيها على عدم قبول أي طعن
أو دعوى أو دفع بشأن الأوامر العسكرية افي فترة الأحكام العرفية ، ويكفيها للتدليل
على المسوغات السياسية لتحصيلها أو استبعادها من رقابة القضاء " قوانين التضمينات "
الصادرة بعد انتهاء حالة الأحكام العرفية ما ورد في تقرير لجنة العدل بمجلس الشيوخ
المصري في شأن قانون التضمينات الصادر بعد انتهاء حالة الأحكام العرفية التي فرضت
بمناسبة الحرب العالمية الثانية الذي اء فيه " إن المصلحة العامة تقتضي إصدار تشريع
يسدل به الستار على حالة استثنائية مضت وانتهى عهدها وصار من الأفضل أن لا تثار من
جديد مشكلاتها التي لا حد لها مع غض النظر عن بعض المصالح الخاصة التي قد لا يكون
أصاها ضرر من هذه التصرفات تغليبا للمصلحة العامة على كل اعتبار ، وتمكينا للأفراد في
ممارسة حقها في النقاضي أمام الأفراد والجهات الرسمية " ² .

الفرع الثاني

المبررات المتعلقة بتنظيم الشؤون الداخلية

نتيجة لازدياد تدخل الدولة في مختلف أوجه الد، فقد ازدادت الأنشطة التي تقوم
بها والتي تهدف من وراء تحقيقها إشباع الحاجات عامة ، ومن ثم تزداد الحاجة إلى الأموال
العامة للإنفاق على هذه الأنشطة ، وهذه الأموال تحتاج إلى حماية من بعض الأفراد ، إذ
أصبحت حالات التجاوز على المال العام تشكل ظاهرة لأبد من علاج سريع وحاسم لها . هذا
يتطلب العمل على إيجاد إجراءات حاسمة وشديدة ، يراعى فيها أن تكون قادرة على صون
الخزينة العامة ، والحفاظ على هيئة الدولة بالقصاص من المقصرين ، وإن القصاص لا يحقق
الردع المطلوب في ظل رقابة قضائية تتسم ببطيء إجراءات النقاضي بصدد المنازعات
المعروضة عليه إذ يتعارض هذا مع السرعة والحسم المطلوبين للحفاظ على المال العام

(¹) د. جمال العطيفي ، آراء في الشرعية والحرية ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، 1980 ،
ص 268 .

(²) د. جمال العطيفي ، المصدر نفسه ص 293 . د. فاروق الكيلاني ، مصدر سابق ص 220 . د. محمود
حافظ ، مصدر سابق ص 129 .

وسرعة استرداد ما اغتصب منه قبل فقده ⁽¹⁾. هذا ما يدفع المشرع إلى إصدار مثل هذه القوانين . كما توجد طائفة من القرارات ذات طبيعة خاصة تتنافى مع عرضها أمام القضاء مثل قرارات التغريم الفوري لمخالفتي القوانين وأنظمة البلدية ، أو قرارات غلق المحال المخالفة للشروط الصحية والسياحية ⁽²⁾.

وكذلك توجد طائفة من القرارات الإدارية تصدر بشأن موضوعات ذات خصوصية معينة ولصيقة بالإدارة ، ومن الصعب جدا عرضها على القضاء للفصل في المنازعات الخاصة بها خشية عدم تفهم القضاء للمسوغات التي كانت دافعا لإصدارها ، فضلاً عن أن لكل من الإدارة والقضاء خصوصيته وأهدافه بالقبول ، ولكل منهما منطقته ووجهة نظره في هذا الموضوع ، كما هو الحال في المسائل المتعلقة بالقبول ، الامتحانات ، أو الت انضباطية التي تعرض على الطلبة ، أو الفصل بسبب الرسوب أو غيرها ، وكذلك مسائل تقييم الشهادات والدر العلمية الأجنبية ⁽³⁾ والاعتراضات حول منح الألقاب ⁽⁴⁾.

لذلك نجد المشرع في أغلب هذه القوانين ينص بنصوص قانونية صريحة على منع المحاكم في سماعى الناشئة عن هذه الأمور . ونحن نعتقد أن الشؤون العلمية والتربوية وثيقة الصلة بأمور مرفق التربية والتعليم ويخفى من اختلاف وجهات النظر بين الإدارة والقضاء ، فينتج عنه صدور قرار قد لا يتلاءم مع الجانب الأخلاقي والتربوي نكون فيه الإدارة الأجدر عن غيرها في الفصل في تلك المنازعات ، لذا نجد أن المشرع ارتأى حجب هذه القوانين عن رقابة القضاء . من جهة أخرى أن من بين القوانين التي تحجب جزئياً حق النقاضي ، هي القوانين التي تنص على أن تنظر المنازعات المتعلقة بشأنها من قبل لجان فنية أو إدارية للفصل فيها ، إذ نجد أن مثل هذه الأمور تحتاج إلى فحص وروية ودقة وسرعة ، وهذا من الصعب تحقيقه مع القضاء / بكثرة الدعاوى فضلاً عن أن ثقافتهم القانونية وحدها لا تسعفهم بالقدر الكافي لفحص هذه الأدلة لعدم إلمامهم بكل دقائق الأمور ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ أنظر قرار مجلس قيادة الثورة 100 في 1999/6/22 ، وللمزيد من التفاصيل حول موضوع تضمين الموظف لعام في العراق يراجع د. حنان مطلق القيسي ، النظام القانوني لتضمين الموظف في التشريع العراقي ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة بغداد ، 1999 ص 144 .

⁽²⁾ أنظر قرار مجلس قيادة الثورة ، رقم 296 ، الصادر في 1990/7/18 ، وكذلك المادة 28 من قانون هيئة السياحة المرقم 14 لسنة 1996 ، وكذلك قانون الصحة العامة رقم 89 لسنة 1981 .

⁽³⁾ قرار مجلس قيادة الثورة ، الوقائع العراقية ، العدد 575 ، في 1985/5/15 .

⁽⁴⁾ القانون رقم 13 لسنة 1996 ، قانون الجامعات والكليات الأهلية .

⁽⁵⁾ حسن محمد علي ، مصدر سابق ، ص 31 .

كما أن القضاء غير ملزم بالأخذ بتقارير الخبراء ، حيث أن القاضي يحكم بقناعته وليس بقناعة الخبير ، إلا أن القاضي يستأنس برأي الخبير .

من جهة أخرى نجد أن القضاء غير ملزم بالأخذ بتقارير الخبراء وهو ما يضعف من الناحية الفنية في الدعاوى ، لذا نجد من ينادي بضرورة تخصص القاضي لأن عدم تخصصه في نوع معين من القضايا يعطي له الفرصة للتمرس أو معرفة دقائق الأمور التي تتصل بهذه القضايا¹ .

⁽¹⁾ ضامن صالح العبيدي ، المجالس واللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي في العراق ، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، 1984 ص 11.

المطلب الثاني

القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي في فرنسا

لم يقرّ مجلس الدولة الفرنسي في قضاؤه هذا النوع من القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي ، لأن الحجب في جوهره هو منع القضاء من قبول الطعن بالإلغاء⁽¹⁾. ولكن هذا لا يعني أن المشرّع الفرنسي لم يصدر تشريعات مانعة تحجب حق التقاضي ، إلا أن مثل هذا النوعين نادر ، وقليل ، إذ إننا نجد أن مجلس الدولة الفرنسي يتجاهل أيّ نصوص قانونية ترد فيها عبارات مثل " غير قابل للطعن " و " لا تقبل أي طعن قضائي أو إداري " و " تمنع المحاكم من سماع الدعاوى " ⁽²⁾. ويمكن تقسيم القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي التي صدرت في فرنسا على مجموعتين رئيسيتين :

الفرع الأول

القوانين التي لا تبيح الطعن الإداري أو القضائي في المنازعات الناشئة عنها

وتتضمن بعض نصوص القوانين التي تمنع الطعن الإداري أو القضائي في المنازعات الناشئة عنها ، ومن أمثلة ذلك :

- القانون الصادر في 23 أيار 1943 والذي نصه " منح الامتياز لا يمكن أن محلاً لأي طعن قضائي أو إداري من جانب المالك الأصلي " ³.
- القانون الصادر في 13 يناير عام 1961 " عقد الأشغال العامة الذي تبرمه الدولة مع الجهات الرسمية والأفراد لا يمكن أن يكون محلاً لأي طعن قضائي أو إداري من قبل الأفراد والهيئات الأخرى " ⁴.
- وكذلك القانون الصادر في 26 سبتمبر 1974 " تمنع المحاكم من قبول الدعاوى المتعلقة بقبول الطلبة في الجامعة المعاهد الفرنسية ، الانتقالات ، والعقوبات

⁽¹⁾ د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1999 ص 16 . د.

محمود عاطف ألبنا ، مصدر سابق ، ص 31 .

⁽²⁾ د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري ، قضاء الإلغاء ، مصدر سابق ، ص 326 .

³ George Vedal , droit Administratif, 1 EME, Paris, 1978, P. 213 .

⁴ De Laubadar droit Administratif, 1 EME, Paris m 1985, P. 3.4 .

التأديبية والانضباط ، ومسائل تقييم الشهادات العلمية والفخرية ، ومنح الألقاب العلمية

... الخ " ¹ .

- وكذلك القانون الصادر في 14 يوليو 1945 " قانون الأحكام العرفية " الذي أصدرته حكومة " فيشي " بمناسبة قيام الحرب العالمية الثانية والذي تم تطبيقه في فرنسا والذي نصه " جميع القرارات والتدابير اللازمة التي تتخذها السلطة القائمة على تطبيق الأحكام العرفية غير قابل للطعن فيها ، وغير قابلة للمناقشة بالطريق القضائي " ² .

الفرع الثاني

القوانين التي تنظم جهات أخرى لنظر المنازعات

لقد شهدت فرنسا منذ القدم إنشاء لجان خاصة للفصل في منازعات معينة ، وقد استمر ذلك خلال فترلحرب العالمية الأولى ^(١) . وقد استفحلت مشكلة هذه اللجان لأن المشرع لم يحدد بوضوح صفتها والتي يدور الش حول طبيعتها . ومن ضمن هذه اللجان التي عدها مجلسلة الفرنسي هيئات قضائية ^(٢) غرفة القضاء الإداري لتأمين الموزل ^(٣) ، واللجنة الملكية الإقليمية لإعادة تنظيم الملكية العقارية الناشئة بمقتضى القانون الصادر في 4 آذار 1919 ^(٤) ، والقسم الدائم للمجلس الأعلى للتأمين الاجتماعي ^(٥) وهيأة محلفي الشرف ، والمجلس الأعلى للتة القومية ، ولجنة رقابة البنوك .

أما في الوقت الحاضر ، فقد أنشئت عدة محاكم بتشريعات خاصة بعضها دائم والبعض الآخر له صفة مؤقتة ، كالمحاكم بنظر المعاشات الحربية ، المحاكم المختصة بالفصل في أنواع محددة من المنازعات ، وقد أدى إنشاء هذه المحاكم والمجالس الخاصة إلى

¹ . Pieare Chapnan,droit Administratif,2 EME, Dallozo, Paris, 1971, P. 185 .

² . Andre Lafferrier, desles principe of constitutiles droit, 2 EME, Paris, 1952, P. 46 .

^(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، مصدر سابق ص 69 .

^(٢) د. رمزي طه الشاعر ، المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية ، ط 1 ، مطبعة جامعة عين شمس القاهرة ، 1978 ص 49 .

^(٣) حكم مجلس الدولة الصادر في 29 حزيران 1929 أورده محمد قطب طلبة ، العمال القضائي في القانون المقارن ، والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي في مصر ، ط 1 ، دار الفكر العربي ، 1965 ، ص 17 .

^(٤) حكم مجلس الدولة الصادر في 5 ك 1 1954 ، أورده د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، قضاء الإلغاء ، مصدر سابق ، ص 223 .

^(٥) د. بسيوني ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، مصدر سابق ، ص 69 .

منحها اختصاصات معينة للفصل فيما كان يدخل في الأصل في اختصاص القضاء ، العادي أو الإداري ¹ .

المطلب الثالث

القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي في مصر

عرف المشرع المصري القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي منذ فترة زمنية طود ان السياسية التشريعية في مصر قد دأبت على إصدار مثل هذه القوانين ، وأن القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي في مصر على أنواع وفئات عديدة ومختلفة ، وقد صدرت ضمن إت زمنية متعاقبة ، عليه سوف يتم تقسيم هذا المطلب على فرعين مستثنين ، إذ سيخصص الفرع الأول / لبيان القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي قبل دستور 1971 ، والفرع الثاني / لبيان القوانين التي تحجب حق التقاضي في ظل دستور 1971.

الفرع الأول

القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي قبل دستور 1971

إن القرارات الإدارية في مصر كانت حتى عام 1946 تتمتع بحماية ضد الإلغاء أو وقف التنفيذ ، إذ كانت المحاكم العادية ممنوعة من النظر في دعاوى الإلغاء ، وبموجب المادة (11) من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة الصادرة عام 1937 ، فالمادة (5) من لائحة ترتيب المحاكم الأصلية الصادرة في العام نفسه ⁽²⁾ . وبصدور قانون إنشاء مجلس الدولة رقم 112 لسنة 1946 ، تم رفع الخطر عن دعاوى الإلغاء ، إلا أن المشرع المصري دأب على إصدار التشريعات التي تخرج بعض تصرفات إ من رقابة القضاء ⁽³⁾ . وبمراجعة هذه القوانين نجد أنها تختلف فيما بينها ، من حيث مدى الحجب الذي تقرره ، وعليه يمكن تقسيم هذه القوانين على ثلاث فئات ، وعلى الوجه الآتي :

الفئة الأولى : تتضمن هذه الفئة القوانين التي قررت حرمان الجهات القضائية المختلفة إما

كانت مدنية أو شرعية أو إدارية من النظر في جميع أنواع الدعاوى والطعون

(1) د. بسيوني ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، المصدر نفسه ، ص 70 .

(2) د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، قضاء الإلغاء ، مصدر سابق ، ص 432 .

(3) د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء لأعمال الإدارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،

التي يمكن أن يرفعها أصحاب الشأن ضد قرارات إدارية معينة ومن هذه

القوانين :

أ. المادة الثالثة من القانون 27 لسنة 1956 الخاصة بإلغاء الأحكام العرفية والذي نصه " لا تسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى طلب ، أو دفع يكون الغرض منه الطعن في إعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو بوجه عام أي عمل أمرت به أو أدلت به السلطة القائمة على إجلاء الأحكام العرفية أو مندوبوها ، وذلك سواء كان هذا الطعن مباشرة عن طريق المطالبة بإبطال شيء مما ذكر أو بسحبه أو تعديله ، أو بوقف تنفيذه أم كان الطعن غير مباشر عن طريق المطالبة بتعويض أو بحصول مقاصة أو إبراء من تكاليف أو التزام أو برد مال أو باسترجاعه أو باستردادته أو باستحقاقه أو بأية طريقة أخرى ¹ .

ب. القانون رقم 600 لسنة 1953 بشأن الإحالة إلى المعاش قبل بلوغ السن المقررة لترك الخدمة ، فقد تضمن في مادته الثانية حكمين كل منهما قائم بذاته ، أولهما يقضي بمنع الطعن بالإلغاء أو وقف التنفيذ ، وثانيهما يقضي منع سماع دعاوى التعويض ² .

ج. قانون التدابير الخاصة بأمن الدولة المرقم 119 لسنة 1964 ينص في المادة الرابعة منه على أن " لا يجوز الطعن بأي وجه من الوجوه أمام أية جهة قضائية كانت في قرارات رئيس الجمهورية الصادرة وفقاً لأحكام هذا القانون " ³ .

د. القانون رقم 24 لسنة 1960 ، إذ نصت المادة 95 منه على ما يأتي " ويجوز عند الضرورة حل مجلس المحافظة أو المجلس القروي بقرار من رئيس الجمهورية ويكون غير قابل للطعن فيه أمام أية جهة كانت " ⁴ .

من خلال استقراء هذه النصوص ، نجد أنها تمنع المحاكم من النظر في الطعون الموجهة ضد هذه القوانين أمام القضاء .

(1) د. سليمان الطماوي ، مشكلة استبعاد المشرع لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء ، مصدر سابق ، ص 317 .

(2) د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، مصدر سابق ص 423 .

(3) د. جمال العطيفي ، مصدر سابق ، ص 292 .

(4) د. محمود عاطف ألينا ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية القاهرة ، 1996 ،

الفئة الثانية : القوانين التي قررت حرمان الجهات القضائية المختلفة من النظر في طلبات الإلغاء ووقف التنفيذ المرفوعة ضد قرارات إدارية معينة ومنها المرسوم برقم 181 لسنة 1952 والخاص بفصل الموظفين بغير الطريق التأديبي⁽¹⁾. وتتمثل هذه القوانين بما يأتي :

- أ. المادة الثانية من القانون رقم 237 لسنة 1959 الخاص بنظام الاستيداع ، والتي تنص على أن القرار الصادر بالاستيداع يكون نهائيا ولا يجوز الطعن فيه بالإلغاء².
- ب. المادة 117 من قانون تنظيم الجامعات في الجمهورية العربية المتحدة " سابقا " رقم 184 لسنة 1958 تقتضي بعدم جواز الطعن بالإلغاء أو وقف التنفيذ أمام أية جهة قضائية " ³.

لقد أدرك المشرع ، خطورة هذا النوع من الحجب ، ورغبة منه في التخفيف عن الأفراد قصر الحجب على الإلغاء ووقف التنفيذ من دون ما عداها من أوجه الطعون الأخرى وهي صورة من صور الحجب الجزئي .

الفئة الثالثة : وتتضمن نصوص القوانين التي حرصت على تنظيم جهات جديدة مختصة بنظر المنازعات التي قررت حرمان المحاكم من سماعها . ويمكن تقسيم هذه الجهات على قسمين : الجهات الإدارية ، الجهات الإدارية ذات اختصاص قضائي⁴.

- أ. فيما يتعلق بالجهات الإدارية ، فقد أحالت إليها العديد من القوانين مهمة الفصل في بعض المنازعات ، ومن أمثلة ذلك المرسوم الصادر في 1945/10/30 ، والخاص بتعيين القواعد الخاصة بتحديد أساس رسوم البلدية وطريقة التظلم منها ، وكيفية تحصيلها ، وأحوال الإعفاء منها⁽⁵⁾. وهي لجنة إدارية تباشر اختصاصات إدارية ، فقراراتها إدارية بحتة ، ما دام المشرع لم يسند إليها أية ولاية قضائية تجعل لقراراتها نصوص الأحكام القضائية .

¹ د. طعيمة الجرف ، مصدر سابق ص 119 .

⁽²⁾ د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 428 .

⁽³⁾ د. سعد عصفور ، استقلال السلطة القضائية ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، 1969 ص 202.

د. سليمان الطماوي ، مشكلة استبعاد المشرع لبعض القرارات الإدارية ، مصدر سابق ص 118 .

⁽⁴⁾ د. طعيمة الجرف ، مصدر سابق ، ص 119 .

د. محمود عاطف ألبنا ، الوسيط في القضاء الإداري ، مصدر سابق ص 31 .

⁽⁵⁾ د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 16. د. مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء

الإداري ومجلس الدولة ، مصدر سابق ص 479 .

ب. فيما يتعلق بالجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي فقد أناطت بها القوانين مهمة

الفصل في بعض المنازعات ، ومن أمثلة هذه القوانين :

- القانون رقم 46 لسنة 1964 وهو الخاص بتنظيم شؤون بعض طوائف من موظفي الدولة وتأديبهم ويحيل إلى مجالس التأديب هذا الاختصاص ، ومن أهم القوانين التي صدرت في هذا الشأن القانون رقم 184 لسنة 1958 ، إذ قضت المادة 80 منه بتشكيل مجلس تأديب أعضاء هيئة التدريس ¹.
- القانون رقم 178 لسنة 1953 الخاص بالإصلاح الزراعي الذي نص في م 13 منه على منع جهات القضاء جميعها من النظر في طلبات إلغاء أو وقف تنفيذ قرارات الاستيلاء أو في المنازعات المتعلقة بملكية الأطنان المستولى عليها ، وجعل ذلك من اختصاص محكمة قضائية أنشأها للفصل في المنازعات المتعلقة بصدها ².
- القانون رقم 598 لسنة 1953 الخاص بالأموال الصادرة من أسرة محمد علي إذ نص في المادة 14 منه على منع المحاكم وحرمانها على اختلاف أنواعها ، ودرجاتها من سماع الدعاوى المتعلقة بالأموال التي صدرت وإنشاء لجان إدارية وقانونية للنظر في المنازعات التي تنشأ عند تطبيق أحكام القانون ³.
- وأخيراً فقد صدر في مصر قانون بشأن التدابير الخاصة بأمن الدولة رقم 119 لسنة 1969 ، قرر أن يكون التظلم في المنازعات المتعلقة بأحكامه أمام محكمة أمن الدولة التي تتشكل من ثلاث من مستشاري محاكم الاستئناف ، ويجوز لرئيس الجمهورية أن يأمر بتشكيلها ثلاثة من مستشاري محاكم الاستئناف ومن ضابطین من الضباط القادة ، كما يجوز تشكيلها من ثلاث من الضباط القادة ، وتطبق المحكمة الإجراءات التي ينص عليها رئيس الجمهورية . ولا يجوز الطعن في أي وجه من الوجوه في الأحكام الصادرة من هذه المحكمة أمام أية جهة قضائية ⁴.

(1) د. عبد الفتاح حسن ، مادة مهجورة في قانون مجلس الدولة ، مجلة العلوم الإدارية ، العدد الثاني ،

1967 ص 165 .

(2) د. فاروق الكيلاني ، مصدر سابق ص 335 .

(3) د. فؤاد العطار ، كفالة حق النقاضي ، مصدر سابق ص 662 . د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 420 .

(4) د. طعيمة الجرف ، مصدر سابق ، ص 140 . د. عمر فاروق فحل ، أثر قوانين نظم الطوارئ على حرية التعبير في الوطن العربي ، مجلدات حقوق الإنسان ، المشار إليها سابقاً ص 388.

الفرع الثاني

القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي وموقف دستور عام 1971 منها

جاء الدستور المصري لعام 1971 بحكم تضمنته المادة (68) والتي نصت على أن ' التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ، ولكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي ، ول الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا . ويحظر النص في القوانين على تحصيل أي عمل أو قرار إداري من رقابة قضاء ' ⁽¹⁾ . يمثل نص المادة 68 من دستور مصر 1971 ثراءً دستورياً بلا شك ، إذ أنه لم يقف عند حد تقرير كفالة حق التقاضي ، بل يحرّم النص في القوانين على تحصيل أي قرار إداري أو عمل من رقابة القضاء . وإعمالاً للنص المتقدم ، فقد صدر القانون رقم 11 لسنة 1972 بشأن إلغاء موانضي في بعض القوانين . إذ جاء في المادة الأولى من القانون 11 لسنة 1972 موانضي في كافة صور موانع التقاضي الواردة في نصوص لوائح الاتي بيانها " ² .

أولاً : في قوانين الإصلاح الزراعي ³

1. الفقرة الرابعة من المادة 11 من المرسوم بقانون برقم 178 لسنة 1952 بشأن الإصلاح الزراعي المضافة بالقرار بالقانون رقم 205 لسنة 1959 .
2. الفقرة الأخيرة من المادة 14 من المرسوم بقانون برقم 178 لسنة 1952 المعدل بقانون برقم 554 لسنة 1955 .
3. الفقرة الأخيرة من المادة الثامنة والعشرين من المرسوم بقانون برقم 178 لسنة 1952 بشأن الإصلاح الزراعي .
4. الفقرة الثانية من المادة 35 مكرراً (1) من المرسوم بقانون برقم 178 لسنة 1952 المضافة بالقانون رقم 52 لسنة 1966 .
5. الفقرة الأخيرة من المادة 4 من القرار بالقانون رقم 13 لسنة 1963 بتعديل بعض أحكام قانون الإصلاح الزراعي .
6. المادة السابعة من القانون رقم 54 لسنة 1966 بشأن لجان الفصل في المنازعات الزراعية .

⁽¹⁾ المحكمة الدستورية العليا ، الجزء الأول ، الوثائق ، مطابع دار الشعب ، القاهرة ، 1971 ص 24 .

⁽²⁾ الجريدة الرسمية ، 8 يونيو ، سنة 1972 ، العدد 23 .

⁽³⁾ القوانين الأساسية المكملّة للدستور مع مذكراتها الإيضاحية وتقارير لجان الشؤون التشريعية ومناقشات المجلس ، جمهورية مصر العربية ، طبع الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ، العدد الثاني 1972 ، رقم 2 ص 29 .

ثانياً : في بعض التشريعات الزراعية الأخرى ¹

1. الفقرة الرابعة من المادة 12 من القانون رقم 410 لسنة 1955 في شأن مراقبة أصناف القطن ورتبه .
2. الفقرة الثانية من المادة 13 من القانون رقم 228 لسنة 1959 بإنشاء صندوق التأمين على الماشية .

ثالثاً : في قوانين الضرائب ²

1. المادة الثامنة من المرسوم بقانون رقم 53 لسنة 1935 الخاص بتقدير إيجار الأراضي الزراعية .
2. المادة 18 من القانون رقم 13 لسنة 1939 الخاص بضريبة الأقطان .
3. المادة 6 من القانون رقم 370 لسنة 1953 الخاص بتخفيف الضريبة عن صغار مالكي الأراضي الزراعية .
4. المادة 2 من م 24 (رابعاً) من القانون رقم 56 لسنة 1954 في شأن ضريبة العقارات المبنية المعدل بالقانون رقم 549 لسنة 1955 .

رابعاً : في قوانين الرسوم القضائية ³

1. الفقرة 1 من الفقرة ج من المادة 75 فقرة ثانيا من القانون رقم 90 لسنة 1944 الخاص بالرسوم القضائية في المواد المدنية المعدلة بالقانون رقم 96 لسنة 1964 .
2. لفقرة الثانية من الفقرة ج من المادة 64 فقرة ثانيا من القانون رقم 91 لسنة 1944 الخاص بالرسوم أمام المحاكم الشرعية المعدلة بالقانون رقم 197 لسنة 1964 .
3. لفقرة الثانية من الفقرة ج من المادة الثانية فقرة ثانيا من القانون رقم 1 لسنة 1948 في شأن المرسوم أمام المحاكم حسبية بالقانون رقم 69 لسنة 1964 .

(1) القوانين الأساسية المكملة للدستور ، مصدر سابق ص 29 .

(2) نفس المصدر السابق ، ص 52 .

(3) نفس المصدر السابق ، ص 53 .

خامساً : في قانون تنظيم الجامعات ¹ .

المادة 16 من القانون رقم 184 لسنة 1958 في شأن تنظيم الجامعات .

سادساً : في قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية ² .

1. الفقرة الثالثة من المادة 81 من القانون رقم 91 لسنة 1959 بإصدار قانون العمل .

2. الفقرة 47 من القانون رقم 63 بإصدار قانون التأمينات الاجتماعية .

سابعاً : في القوانين الخاصة ببعض العاملين في الدولة ³ .

المادة 15 من القانون رقم 166 لسنة 1954 بإصدار قانون نظام السلك الدبلوماسي

واقضى المعدلة بالقانون رقم 203 لسنة 1957 .

ثامناً : في قانون إعانة المصابين بأضرار الحر ⁴ .

المادة التاسعة من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1967 بتقرير معاشات أو إعانات أو

قرض عن الخسائر في النفس والمال نتيجة الأعمال الحربية .

المادة الثانية - ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية " ويعمل به من تاريخ نشره ،

يندمج هذا القانون بختم الدولة ، وينفذ كقانون من قوانينها " ⁵ .

صدر برئاسة الجمهورية في 15 ربيع الآخر 1392 ، 28 أيلول 1972 .

(1) القوانين الأساسية المكملة للدستور المصري 1971 ، مصدر سابق ، ص 53 .

(2) المصدر نفسه ص 53 .

(3) المصدر نفسه ص 53 .

(4) المصدر نفسه ص 53 .

(5) الجريدة الرسمية ، العدد 232 ، في 8 يونيو ، سنة 1972 .

المطلب الرابع

القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي في العراق

صدرت في العراق ، العديد من القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي ، وقد أرتبط صدورها بالظروف غير العادية التي مرّ بها العراق في ظل النظام السياسي السابق .
ومما يلاحظ على هذه القوانين ، إن عددها قد ازداد في فترة الثمانينيات والتسعينيات والسبب في ذلك كما ذكرنا إلى الظروف السياسية والاقتصادية التي طرأت على حياة الدولة ، عليه سوف يتم تقسيم هذا المطلب على فرعين مستقلين ، يخصص الفرع الأول لبيان القوانين لوجب جزئياً حق التقاضي قبل دستور 1970 ، والثاني لبيان القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي في ظل دستور 1970 .

الفرع الأول

القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي قبل دستور 1970

أصدر المشرع العراقي عدد من القوانين التي تضمنت حجباً جزئياً لحق التقاضي قبل دستور 1970 ، ويُعدّ مرسوم الإدارة العرفية رقم 18 لسنة 1935 أول مرسوم صدر في العراق رتب حجباً جزئياً لحق التقاضي¹ .

لقد جاء في المادة العاشرة من مرسوم الإدارة العرفية " المحاكمة عن جميع الأفعال الجرمية داخل منطقة الإدارة العرفية أو خارجها عندما تكون ذات مساس أو ارتباط بالأفعال الجرمية الحادثة ضمن تلك المنطقة من اختصاص المجلس العرفي العسكري " . ونصت المادة 8 من المرسوم " تعتبر الأحكام الصادرة عن المجلس قطعية ، ولا يجوز الطعن فيها ، إلا ما كان متضمناً الحكم بالإعدام " ² .

(¹) وقد جاء في مقدمته مرسوم الإدارة العرفية 18 لسنة 1935 " بعد الإطلاع على فقرة 3 من م26 من القانون الأساسي العراقي وبناءً على ما عرضه وزير الداخلية ، ووافق عليه مجلس الوزراء ، أمرنا بوضع المرسوم التالي ، أنظر المجموعة (الدائمة للقوانين والأنظمة العراقية الموحدة ، القوانين الخاصة بأمن الدولة والسلامة الوطنية والتعليمات والقرارات الصادرة بموجبها) منشورات المكتبة الأهلية ، مطبعة سعد ، 1965 ص40 .

(²) في الحقيقة إن من يطلع على نصوص المواد المذكورة سلفاً يصل إلى نتيجة مؤداها أن الكثير من الحقوق والحريات الفردية تم تقييدها وعلى رأسها حق التقاضي ، وإن كان بشكل جزئي إذ نجد مثلاً أن المادة الأولى قد جعلت تكوين المجلس العرفي من أشخاص عسكريين ، وليسوا مدنيين قضاءً ، وإن محاكمة الأشخاص المحالين إليها بشكل خروجاً عن حق التقاضي ، من إذ وجوب أن يعرض الشخص على قاضيه الطبيعي لتوفير ضمانات الدع ، وضمان التقاضي . ولقد تعرض مرسوم الإدارة العرفية رقم =

من خلال استقراء النّسب المتقدّم نجد أنّه قد جعل الأحكام الصادرة عن المجلس نهائية لا يمكن للأفراد الطعن بها أمام أية جهة قضائية بشأنها .

وصدر بعد ذلك قانون إدارة الألووية رقم 16 لسنة 1945 ، وقد جاء في المادة 11 منه على ' تكون مقررات مجلس اللواء العام ، قطعية بمصادقة المتصرف عليها ، وعلى المتصرف أن يصادق عليها أو أن يعترض على وزير الداخلية ... ويكون قرار الوزير قطعيًا " ¹ .

وما نص عليه أيضا ، قانون جواز السفر رقم 55 لسنة 1959 ، المعدل في المادة 6 منه على " جواز أن لا يأذن مدير السفر لشخص ما بمغادرة العراق لأمر تتعلق بمصلحة العدل أو الأمن أو لأسباب استثنائية أخرى ، وللشخص الذي منع من السفر أن يعترض على قرار المنام وزير الداخلية ... ويكون قراره قطعيًا " ² .

وكذلك قانون المطبوعات رقم 24 لسنة 1963 ، الذي نص في م41 منه " لا تسـمع المحاكم الدعاوى بخصوص الإجراءات والعقوبات الإدارية المتخذة وفق هذا القانون " ³ . وبعد ذلك صدر قانون السلامة الوطنية رقم 4 لسنة 1965 والذي جاء في نص م3 منه " يلغى مرسوم الإدارة العرفية رقم 18 لسنة 1935 وتعديلاته وذيلوله ... وتحل حالة الطوارئ محل الأحكام العرفية السارية وتجرى أحكامها من تاريخ نفاذ هذا القانون " ⁴ . عليه لم يعد هناك ما يسمى بالأحكام العرفية في القانون العري ⁽⁵⁾ . لقد نصت م1 من القانون

=18 لسنة 1935 لتعديلات عديدة منها القانون رقم 65 لسنة 1959 ، وحدد مرسوم ذيل الإدارة العرفية رقم 60 لسنة 1941 ، وكذلك فقد صدرت مراسيم لتنظيم حالة الطوارئ من ذلك مرسوم صيانة الأمن العام وسلامة الدولة رقم 56 لسنة 1940 ، وكذلك مرسوم الطوارئ رقم 1 لسنة 1956 أنظر (المجموعة الدائمة للقوانين والأنظمة العراقية الموحدة) ، والقوانين الخاصة بأمن الدولة وسلامة الوطن والتعليمات والقرارات الصادرة بموجبها ، مصدر سابق ، ص46 .

وكذلك خالد عبد الغني عزوز ، دور القضاء الإداري العراقي من الرقابة على أعمال الإدارة ، المعهد القضائي ، وزارة العدل ، 1991 ص63 .

(1) الوقائع العراقية ، العدد 432 ، في 1945/4/23 .

(2) الوقائع العراقية ، العدد 821 ، في 1959/2/3 .

(3) الوقائع العراقية ، العدد 631 ، في 1963/9/17 .

(4) الوقائع العراقية ، العدد 687 ، في 1965/4/22 .

(5) لقد جاء في الأسباب الموجبة لهذا القانون " منذ سنة 1935 وهذا الشعب الأبّي يروح تحت نيران الأحكام العرفية حتى بلغت السنوك التي حكم فيها بموجب مرسوم الإدارة العرفية، ونيلوله، وتعديلاته، ربن تقريبا ، وإيماناً بالعدل الذي هو حق مقدس لكل مواطن ، وتدعيما لسيادة لقانون واستقلال حرية المولن ... وتصحيحاً لأخطاء الماضي وإزالة ما يكون قد ثا الأحكام العرفية التي أصدرتها المجالس العرفية.. من أخطاء شرع هذا القانون. أنظر د. فاروق احمد خماس ، رقابة القضاء لأعمال الإدارة ، مطابع التعليم العالي ، جامعة الموصل =

المذكور على جواز إعلان حالة الطوارئ في العراق أو أية منطقة فيه في الأحوال التالية ،
حدوث خطر غارة عداوية أو إعلان الحرب أو قيامها أو تهديد بوقوعها أو حدوث اضطراب
خطير بالأمن العام أو حدوث وباء عام .

لقد تضمنت المادة الرابعة منه على ثمانية عشر فقرة ، احتوت على إجراءات مقيدة
لحرية الأشخاص في الانتقال أو اعتقال الأشخاص المشبوهين ، التفتيش ، حظر الدخول في
بعض الأماكن ، وحظر حرية الاجتماعات ، وحل الجمعيات والنوادي ، وإخلاء بعض
الجهات وعزلها ، ومنع الفرد منها ، وفرض قيود على السفر على الخارج والقدوم منه ،
وإبعاد الأجانب ، وفرض الرقابة على الصحف " ¹ .

ولقد نصت المادة 9 من القانون بأن " تنشأ محكمة أو أكثر تسمى محكمة أمن الدولة ،
تشكل من خمسة أعضاء ، ثلاثة منهم من ضباط الجيش من رتبة مقدم على الأقل واثنان من
حكام الصنف الثالث " ، ونصت المادة 32 منه " لا يكون لانتهاء حالة الطوارئ أي أثر على
ما تحد من إجراءات خلال فترة إعلانها بوز سماع أية دعوى بشأن هذه الإجراءات أمام
المحاكم " ⁽²⁾ . والسؤال الذي يطرح نفسه هو ، أين هذا من قانون ضمن أحد مواده أكثر من
عشر فقرات كلها تحد من حرية المواطن وتنتهك حقوقه الدستورية وتحجب حق النقاضي ؟ ،
أين استقلال القضاء من إنشاء محاكم أمن دولة مؤلفة من غير القضاة لا تتبع في ظلها
أي إجراءات قضائية ؟ ، أين حق النقاضي من هذا القانون وأحد مواده تنص صراحة على
منع المحاكم من سماع الدعاوى بشأن الإجراءات التي اتخذت في فترة الطوارئ ؟ " .

وكذلك ما نص عليه قانون سريية العقار رقم 1962 " تشكيل لجان أو هيئات للتقدير
على أن يكون للمكلف والسلطة المالية طالب إعادة النظر الذي تجريه لجان التقدير ويكون
قرارها نهائياً " ³ .

= كلية القانون ، 1991 ، ص 50 . علي محمود أبو عال ، مدى سلطة القاضي في الرقابة على دستورية
القوانين بطريق الدفع الفرعي ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1996 ،
ص 56 . وكذلك أنظر المجموعة الدائمة ، مصدر سابق ، ص 117 .

⁽¹⁾ الوقائع العراقية ، العدد 687 ، في 1965/4/22 .

⁽²⁾ الوقائع العراقية ، العدد 687 ، في 1965/4/22 .

⁽³⁾ الوقائع العراقية ، العدد 321 في 1962/9/3 .

الفرع الثاني

القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي في ظل دستور 1970

تواتر صدور القوانين التي تحجب بشكل جزئي حق التقاضي في ظل دستور عام 1970 ، ويلاحظ أن هذه القوانين قد ازدادت بصورة نسبية بالمقارنة مع الفترة التي سبقت صدور دستور عام 1970 ، وفي ضوء ما تقدم يتم تقسيم هذا الفرع على فترتين مستقلتين لفترتين زمنيتين متلاحقتين هما الفترة المحصورة بين عام 1970 وحتى عام 1989 ، والفترة الثانية هي الفترة المحصورة بين عام 1989 وحتى الوقت الحاضر .

أولاً : الفترة المحصورة بين عام 1970 وحتى عام 1989 *

المجموعة الأولى : القوانين التي تستبعد بعض المنازعات عن ولاية القضاء دون النص على إنشاء لجان إدارية خاصة أو مجلس إداري للنظر فيها ، وعليه لا يبقى أمام صاحب الشأن سوى اللجوء إلى التظلمات الإدارية الولائية أو الرئاسية سواء نص المشرع على ذلك أم لم ينص ، ويمكن تقسيم هذه المجموعة على فئتين رئيسيتين :

1. القوانين التي تمنع المحاكم صراحة من سماع الدعاوى شأن منازعات معينة ، وفي هذه القوانين :

▪ قرار مجلس قيادة الثورة رقم 24 لسنة 1976 والذي منع المحاكم من سماع الدعاوى المتعلقة بتخلية العقارات المستأجرة لأغراض حكومية ، ويسري هذا المنع على الدعاوى المقامة عند صدوره في أي مرحلة كانت عليها الدعاوى¹ .

▪ الفقرة الأولى من المادة 38 من قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي المرقم 40 لسنة 1988 قد قضى بعدم سماع المحاكم الدعاوى التي تقام على لجان وهيئات المعاهد الفنية أو الكلية أو المعهد التابع لأي منهما في كل ما

(7) حيث يمثل عام 1970 صدور دستور العراق في ذلك الوقت ، أما بالنسبة لعام 1989 فيمثل هذا العام ولادة القضاء الإداري في العراق .

(1) الوقائع العراقية ، العدد 1342 ، في 1976/2/6 .

يتعلق بقضايا القبول والامتحانات والعقوبات الانضباطية والفصل ، ويكون للجامعة حق البت في الشكاوى التي تنشأ عن ذلك ¹ .

- قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 575 في 1985 " المحاكم ممنوعة من النظر في تقويم الشهادات والدرجات العلمية العربية والأجنبية التي تلي مرحلة الدراسة الثانوية ودعاوى منح الألقاب والشهادات العلمية والفخرية " ² .
- 2. القوانين التي لم تمنع المحاكم صراحة من سماع الدعاوى إنما تقتصر على بيان سبل الاعتراض أو التظلم الإداري على القرارات المتخذة ، وإن القرارات التي تتخذها الجهات الإدارية العليا التي حددها القانون بشأن هذه الاعتراضات أو التظلمات قرارات قطعية أو نهائية ومن هذه القوانين ما يأتي :

- تقضي المادة 12 من قانون التعبئة رقم 12 لسنة 1971 بأن يجوز لكل من صدر أمر بتكليفه بأي عمل ، بموجب المواد الثامنة والتاسعة والعاشر من هذا القانون حق الاعتراض لدى الوزير المختص خلال سبعة أيام من تاريخ تبليغه بهذا الأمر ويُعدّ قرار الوزير بهذا الشأن نهائياً على أن لا يوقف الاعتراض تنفيذ أمر التكليف ³ .

- تقضي المادة 14 من قانون حماية الحيوانات والطيور البرية رقم 21 لسنة 1979 على أنه للدائرة المختصة سحب أو إلغاء ، إجازات الصيد بصورة مؤقتة ، أو دائمية إذا أخل صاحبها بالواجبات المترتبة عليه بموجب أحكام هذا القانون والتعليمات والبيانات الصادرة بموجبها ، ويجوز الاعتراض على القرارات الصادرة بذلك لدى وزير الزراعة خلال 15 يوماً من تاريخ التبليغ بها ويكون قرار الوزير قطعياً بهذا الشأن ⁴ .

المجموعة الثانية : القوانين التي تستبعد بعض المنازعات من الولاية العامة ، وتنشئ بدلا من ذلك لجانا أو مجالس إدارية خاصة للنظر في مثل هذه المنازعات مع اختلاف في التفاصيل من حالة إلى أخرى ، كما في الأمثلة الآتية :

- ما نص عليه قانون التعبئة رقم 12 لسنة 1971 فيما يتعلق بالاستيلاء على المون ، والأماكن والمواد ، وإنتاج المصانع والمعامل ، فقد نص القانون على تشكيل لجان خاصة بقرار من وزير الدفاع حسب الأحوال لتثبيت المواصفات

(1) الوقائع العراقية ، العدد 1871 ، في 1988/7/3 .

(2) الوقائع العراقية ، العدد 3084 ، في 1985/5/15 .

(3) الوقائع العراقية ، العدد 1043 ، في 1971/7/25 .

(4) الوقائع العراقية ، العدد 1332 ، في 1979/9/3 .

الخاصة بما يراد الاستيلاء عليه . كما نصّ القانون على تشكيل لجان تقدير بقرار من وزير الدفاع لتقرير الأثمان والتعويضات ، لما يراد الاستيلاء عليه، ويكون لصاحب الشأن حق الاعتراض على قرار لجنة التقدير أمام لجنة عليا برئاسة من يعينه وزير الدفاع وعضوية ممثلين من وزارات وجهات حددها القانون ، ويكون قرار هذه اللجنة قطعياً بشأن هذا الاعتراض .

■ ما نصّ عليه قانون الرقابة على المصنفات السينمائية رقم 64 لسنة 1973 في تشكيل لجان رقابة ولجنة استئنافية لتنفيذ ما يعهد إليها من واجبات بمقتضى أحكام هذا القانون ، ففي حالة صدور قرار يمنع فيلم سينمائي ، أو مصنف من قبل لجنة الرقابة ، يجوز استئناف هذا القرار أمام لجنة استئنافية ويكون قرارها قطعياً .

■ ما نص عليه قانون الصحة العامة رقم 89 لسنة 1981 إذ منح لوزير الصحة أو من يخوله غلق أي محل غير خاضع للإجازة الصحية ، أو الرقابة الصحية لمدة لا تزيد على ثلاثين يوم ، وفرض غرامة فورية لا تزيد عن خمسين ديناراً، عند مخالفة أحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبها. ولصاحب العلاقة الطعن في هذا القرار أمام لجنة استئنافية يؤلفها وزير الصحة لهذا الغرض ويكون قرارها نهائياً ¹ .

■ ما نص عليه قانون التعديل الأول لقانون تنظيم الاستثمار المدني رقم 91 لسنة 1988 الصادر بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 154 في سنة 1994 ، من تشكيل لجنة أو أكثر بقرار من المر العام تتولى بقرار مسبب تثبت حالة التجاوز وتقدير المبلغ المطلوب تحصيله . ويكون قرار اللجنة الصادر قابلاً للاعتراض خلال 15 يوم من تاريخ تبليغ التجاوز لدى لجنة مركزية تؤلف بقرار من الوزير برئاسة وكيل الوزارة المختص ، وعضوية المدير العام ، وأحد المختصين في مركز الوزارة ، وتخضع قرارات اللجنة المشكلة بمصادقة الوزير ، ويكون قراره بهذا الشأن قطعياً ² .

المجموعة الثالثة : النصوص القانونية التي تجيز الطعن في القرارات الصادرة من الإدارة أمام هيئة استئنافية أو تمييزية ، ويكون قرارها باتاً ، وهي صورة للحجب

(1) الوقائع العراقية ، العدد 1284 ، في 1981/7/30 .

(2) الوقائع العراقية ، العدد 3528 ، في 1994/4/19 .

الجزئي إذ تسلب المتقاضين درجة من درجات التقاضي . ومن هذه القوانين :

- ما نص عليه قانون التجارة المرقم 50 لسنة 1970 إذ منع المحاكم من النظر في الطعون المقدمة ضد أي سلطة أو هيئة أو لجنة قامت بعمل تنفيذ لأحكامها، وجعل الأحكام الصادرة على وفق هذا القانون قابلة للتمييز أمام هيئة تمييزية خاصة تتألف من ثلاثة حكام من الصنف الثاني ومن اثنين من الموظفين لا تقل درجاتهم عن مدير عام يعينون بمرسوم جمهوري ، ويرأس الهيئة أقدم الحكام ويكون لها صلاحية محكمة التمييز¹.
- ما نصت عليه المادة 13 من قانون الجمعيات رقم 1 لسنة 1975 " للجمعيات تأسيس فروع لها في المحافظات ، وللمحافظ الاعتراض على تأسيس هذا الفرع وللجمعية الاعتراض على قرار المحافظ بالرفض لدى الهيئة العامة لمحكمة التمييز خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الاعتراض ، ويعد قرارها قطعيًا " ².

المجموعة الرابعة : القوانين التي تنشئ لجان إدارية ذات اختصاص قضائي للنظر في بعض المنازعات ابتداءً ، على أن يكون لذوي العلاقة حق الطعن في قرارات هذه اللجان أمام محكمة التمييز ، مثل :

- قانون التقاعد المدني رقم 33 لسنة 1966 ، إذ قضت الفقرة الثانية من المادة الثالثة على أن يتشكل مجلس للتدقيق ، يتم اختيار أعضائه من كبار موظفي الوزارات المعنية وقد حددت الفقرة الثانية من المادة التاسعة من القانون نفسه اختصاص المجلس " ينظر في جميع النقاط المعترض عليها الناشئة من تطبيق أحكام هذا القانون أو قوانين النعد الأخرى . والحكم الصادر عن المجلس ويجوز لذوي الشأن الاعتراض عليها أمام الهيئة العامة لمحكمة التمييز " ³.

- قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 815 في 1982/6/20 الذي منع المحاكم على اختلاف أنواعها من سماع الدعاوى المطالبة بالتعويض عن الوفاة أو

(1) الوقائع العراقية ، العدد 87 ، في 1970/4/2 .

(2) الوقائع العراقية ، العدد 1352 ، في 1975/8/23 .

(3) الوقائع العراقية ، العدد 687 ، في 1966/3/30 .

الإصابة البدنية وفق أحكام قانون التأمين الإلزامي من حوادث السيارات رقم

52 لسنة 1980 " ¹ .

ولقد قضى هذا القرار بتشكيل لجان خاصة به يجب بيان إصداره وزير المالية وتتكون اللجنة من رئاسة قاضٍ من الصنف الثاني يختاره وزير العدل ، وعضوين اثنين هما أحد موظفي شركة التأمين الوطنية ، والثالث موظف من المؤسسة العامة للرعاية الاجتماعية ، وتختص هذه اللجنة بالنظر في الاعتراضات المقدمة ضد تقديرات التعويض وفقاً لأحكام قانون التأمين الإلزامي من حوادث السيارات ، ويجوز الطعن في قرار اللجنة أمام محكمة

التمييز خلال 60 يوماً من تاريخ التبليغ ، وتكون قراراتها باتة .

• وكذلك ما قضى به قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 1018 في 1982/8/9 من منع المحاكم في نظر الدعاوى المقامة ، أو التي تقام على شركة النفط الوطنية العراقية للمطالبة بمنع المعارضة أو التعويض أو اجر المثل عن الأعمال التي قامت بها في التفتيش عن النفط أو العمليات الاستكشافية في حقل شرقي بغداد في المنطقة الواقعة بين صدر القناة ونهر ديالى . وقضى القرار بتشكيل لجنة خاصة أو أكثر ببيان إصداره وزير العدل في النظر في مثل هذه الدعاوى ، وأن يكون تشكيلها برئاسة قاضٍ من الصنف الثاني ، وعضوية ممثل عن وزارة النفط ، ووزارة الزراعة والإصلاح الزراعي، محافظة بغداد ، واتحاد الجمعيات الفلاحية . ويجوز الطعن في قرارات هذه اللجنة تمييزاً لدى محكمة التمييز خلال 30 يوماً من تاريخ إيفهام أو تبليغ القرار ، ويكون لمحكمة التمييز تصديق القرار أو نقضه كلاً أو جزءاً أو تخفيض المبلغ المحكوم به أو زيادته

ويكون قرارها قطعياً ² .

ويمكننا أن نضيف إلى ما ذكر سابقاً من قوانين ، وهي ما نصّت عليه أغلب قوانين النقابات المهنية في العراق ، إذ تم تشكيل لجان انضباطية من أعضاء النقابات نفسها لمحاكمة أعضائها المخالفين لقواعد ممارسة المهنة أو لتجاوز على القوانين المنشأة لها ، وفرض لعقوبات الانضباطية أو التأديبية المنصوص عليها في هذه القوانين أن يكون لصاحب الشأن الاعتراض بشأن لقرار الصادر من اللجان الانضباطية أمام محكمة التمييز خلال المدة التي حدتها هذه القوانين .

ومن هذه القوانين على سبيل المثال قانون المحاماة رقم 173 لسنة 1965 ، وقانون نقابة الصحفيين رقم 178 لسنة 1969 ، وقانون نقابة الأطباء رقم 114 لسنة 1966 ، وقانون

(1) الوقائع العراقية ، العدد 1285 ، في 1982/6/20 .

(2) الوقائع العراقية ، العدد 1831 ، في 1982/8/9 .

نقابة المحاسبين والمدققين رقم 185 لسنة 1969، وقانون نقابة الصيادلة رقم 38 لسنة 1970،
وقانون نقابة المهندسين رقم 51 لسنة 1979.⁽¹⁾

ثانياً : الفترة المحصورة بين عام 1989 وحتى الوقت الحاضر

لقد دأب المشرع العراقي قبل ميلاد القضاء الإداري في العراق عام 1989 على تحصيل بعض القرارات الإدارية والقوانين من الطعن فيها أمام المحاكم ، وغالباً ما كان يحدد طرقاً للتظلم على هذه القرارات أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها أمام الجهات الإدارية أو أمام السلطات الرئاسية أو مجالس أدارية أو شبه قضائية ، وذلك على سبيل الاستثناء من الأصل العام الذي هو وجوب خضوع كافة القرارات الإدارية والقوانين لرقابة المحاكم . واستمر المشرع في نهجه هذا حتى بعد صدور قانون 106 لسنة 1989 قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدوا رقم 65 لسنة 1979 ، والذي بموجبه تتولى الهيئات الإدارية المنبثقة عن مجلس شوري الدولة ، الفصل في المنازعات الإدارية بوصفها صاحبة الاختصاص الأصيل . وكان من الطبيعي في ظل القضاء المزدوج أن تتسحب ولايته على كافة المنازعات ، ولكن الأحدث هو استمرار المشرع في إصدار القوانين التي تحجب حق التقاضي " التشريعات المانعة " ولعل السبب في ذلك يعود إلى الظروف الاستثنائية الصعبة التي مر بها القطر في أوائل عقد التسعينات ، وما نتج عنه من ظواهر خطيرة من أهمها ظاهرة التهريب والتجاوز على المال العام ، فكانت الدولة في حاجة ماسة لتغليب كافة السلطات التنفيذية على ما عداها من السلطات عن طريق منحها قدراً كبيراً من حرية التصرف بالحسم والسرعة المطلوبين بعيداً رقابة القضاء . ولم تكن أساليب المشرع واحدة في حجب حق التقاضي جزئ كانت هناك أساليب يمكن تقسيمها على عدة أشكال :

الشكل الأول : القوانين التي تستبعد بعض المنازعات عن ولاية القضاء من دون النص على إنشاء لجان إدارية خاصة أو مجلس إداري للنظر فيها ، وعليه لا يبقى أمام صاحب العلاقة سوى اللجوء إلى التظلمات سواء نص المشرع أم لم ينص على ذلك ويمكن تقسيم هذا النوع من القوانين على قسمين رئيسيين :

1. القوانين التي تمنع المحاكم من سماع الدعاوى في شأن منازعات معينة ، ومن هذه القوانين المادة 33 من قانون الجامعات والكليات الأهلية رقم 13 لسنة 1996 التي تنص " تختص الوزارة وحدها بالبت في الاعتراضات التي تتعلق بالقبول

(1) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في العراق وأفاق تطورها ،

والامتحانات والعقوبات والاعتراضية حول منح الألقاب والشهادات العلمية ،
ولا تسمع المحاكم الدعاوى في مثل هذه الأمور " ¹ .

2. القوانين التي تمنع المحاكم صراحةً مزاح الدعاوى إنما تقتصر على بيان سبل
الاعتراض أو التظلم الإداري على القرارات المتخذة ، وإن القرارات التي تتخذها
الجهات الإدارية العليا التي ما القانون بشأن هذه الاعتراضات أو التظلمات
قرارات قطعية أو نهائية ومن أمثلة هذه القوانين :

■ الفقرة الأولى من المادة 9 من قانون الجنسية المرقم 46 الصادر في
1990/7/18 التي تقتضي بجواز الاعتراض على قرارات وزير الداخلية في
تطبيق أحكام الباب الثاني من هذا القانون لدى رر الجمهورية ويكون قراره
بهذا الشأن قطعياً ² .

■ وكذلك الفقرة الثانية من المادة 9 من القانون نفسه أعلاه تنص " يكون القرار
القاضي بموجب كل من المادتين السادسة والثامنة من هذا القانون نهائياً وغير
قابل للاعتراض عليه لدى أية جهة من الجهات " ⁽³⁾ علماً بأن المادة السادسة
خاصة بقبول تجنس الأجنبي بالجنسية العراقية عند توفر شروط معينة ،
والمادة الثامنة خاصة بطلب التجنس المقدمة من الولد المولود في العراق من
أب أجنبي مولداً في العراق .

■ وكذلك الفقرة الرابعة من المادة 11 من قانون انضباط موظفي الدولة رقم 11
لسنة 1991 تنص " تكون العقوبات التي يفرضها الوزير أو رئيس الدائرة أو
الموظف المخول بآته ، باستثناء العقوبات التالية " إنقاص الراتب ، تنزيل
الدرجة ، الفصل ، العزل " ⁴ .

■ وكذلك المادة الخامسة من قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم 51 لسنة 2000
التي تنص على ما يأتي " لمقدم الطلب المرفوض أن يعترض لدى الوزير
خلال 30 يوم من تاريخ تبليغه ، ويكون قرار الوزير بهذا الشأن قطعياً " ⁵ .

■ وكذلك تنص الفقرة الثالثة من المادة السادسة على أنه " للوكيل التجاري
الاعتراض لدى الوزير الذي يكون قراره بهذا الشأن قطعياً " .

(1) الوقائع العراقية ، العدد 3994 ، في 1996/9/9 .

(2) الوقائع العراقية ، العدد 3319 ، في 1990/8/6 .

(3) الوقائع العراقية ، العدد 3319 ، في 1990/8/6 .

(4) الوقائع العراقية ، العدد 1274 ، في 1991/6/15 .

(5) الوقائع العراقية ، العدد 3846 ، في 2000/10/2 .

الشكل الثاني : قوانين تستبعد بعض المنازعات الإدارية من ولاية العامة القضاء وتتسأ لجان أو مجالس إدارية خاصة للنظر في مثل هذه المنازعات على خلاف في التفاصيل من حالة إلى أخرى ، ومثلها :

■ ما نصت عليه المادة 8 من قانون هيئة السياحة المرقم 14 لسنة 1996 " من أن يكون لمالك المرفق نفسه أو مديره المسؤول حق الاعتراض على قرار الغلق لمرفقه السياحي ومنع المرفق من ممارسة العمل لدى اللجنة الاستئنافية التي يؤلفها مجلس الإدارة والتي يكون قرارها نهائي " ¹ .

■ وكذلك قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 154 في 10/9/1994 قانون التعديل الأول لقانون الاستثمار المدني رقم 91 لسنة 1988 " بتشكيل لجنة أو أكثر بقرار من المدير العام تتولى بقرار مسبب تثبت حالة التجاوز وتقدير المبلغ المطلوب تحصيله ، ويكون قرار اللجنة الصادر قابلاً للاعتراض عليه خلال 15 يوم من تاريخ التبليغ للمتجاوز عليه لدى لجنة مركزية تؤلف بقرار من الوزير وبرئاسة وكيل الوزراء المختص ، وعضوية المدير العام ، وأحد المختصين بمركز الوزارة ، تخضع قرارات اللجنة المشكلة لمصادقة الوزير ، ويكون قراره بهذا الشأن باتاً " ² .

■ ما نص عليه قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 44 الصادر في 6/5/1997 ، إذ جعل للمستأجر حق الاعتراض على تقديرات بدلات أجار الأراضي الزراعية عند الاختلاف على خصوصيتها ، أمام لجنة تشكل برئاسة ممثل عن وزارة الزراعة وعضوية ممثلين عن وزارة الري ، والاتحاد العام للجمعيات الفلاحية التعاونية ، ومدير الزراعة في المحافظة المعنية خلال 30 يوماً من تاريخ التبليغ وبقرار التبليغ ، ويكون قرار اللجنة بهذا الشأن نهائياً ³ .

■ وكذلك ما نص عليه قرار مجلس قيادة الثورة المرقم في 21/8/1996 من قيام اللجنة المشكلة بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 718 فـ.ي 21/6/1981 ، بتحديد التعويض العيني أو النقدي عن العقارات المستملكة أو المطفأ حق التصرف فيها من أراضي الإصلاح الزراعي الشاغرة وجعل

(1) الوقائع العراقية ، العدد 3635 ، في 16/9/1996.

(2) الوقائع العراقية ، العدد 3528 ، في 19/9/1994.

(3) الوقائع العراقية ، العدد 367 ، في 19/5/1997.

قراراتها خاضعة لمصادقة وزير الزراعة ، ولذوي العلاقة حق الاعتراض لدى هيئة تمييز الإصلاح الزراعي خلال 30 يوما من تاريخ التبليغ¹.

■ وكذلك ما نص عليه قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 117 في 2000/8/5 الخاص بتمليك الأراضي الزراعية المقرر لها استعمالات غير زراعية إلى أمانة بغداد أو البلديات والمراد تخصيصها إلى العسكريين ورجال الشرطة بتشكيل لجنة برئاسة نائب المحافظ ، وعضوية مدير عقارات الدولة ، ومدير الزراعة ، ومدير البلديات ، لإجراء الكشف وتقدير أثمان الأراضي ، على وفق أسس التقدير والتعويض المنصوص عليها في قانون الاستملاك رقم 12 لسنة 1981 ويكون قرارها بهذا الشأن نهائياً².

الشكل الثالث : النصوص القانونية التي تجبر الطعن في القرارات الصادرة من الإدارة أمام هيئة استئنافية أو تمييزية ويكون قرارها باتاً وهي صورة للحجب الجزئي إذ تسلب المتقاضين درجة من درجات التقاضي كما يأتني :

■ القانون رقم 30 لسنة 1991 وهو قانون الأحزاب السياسية ، الذي ينص في الفقرة الأولى على ما يأتي : " كل قرار صادر من مجلس الوزراء يتعلق بتطبيق أحكام هذا القانون يكون مسبياً وقابلاً للطعن من قبل الجهة المعنية لدى الهيئة العامة لمحكمة التمييز خلال 30 يوم من تاريخ التبليغ به " وتتصق 2 على " تكون قرارات الهيئة العامة لمحكمة التمييز باتة وغير قابلة للطعن " ³.

■ القانون رقم 17 لسنة 1994 ، قانون تعديل ضريبة الدخل رقم 13 لسنة 1982 إذ جعل للمكلف حق الاعتراض على القرارات الصادرة من السلطة المالية إذا كان مبلغ التقدير أكثر من 10000 ديناراً لدى هيئة تمييزية خاصة ، برئاسة قاض من محكمة التمييز ، وعضوية اثنين من المدراء العاملين في وزارة المالية ، وواحد من اتحاد الغرف التجارية العراقية ، وواحد من اتحاد الصناعات العراقية ببيان يصدره الوزير ، وينشر في الجريدة الرسمية وتكون قرارات الهيئة التمييزية قطعية⁴.

(1) الوقائع العراقية ، العدد 3633 ، في 1996/9/3.

(2) الوقائع العراقية ، العدد 3839 ، في 2000/8/14.

(3) الوقائع العراقية ، العدد 3371 ، في 1991/1/16.

(4) الوقائع العراقية ، العدد 3530 ، في 1994/10/3.

الفصل الثاني

مدى دستورية القوانين التي تحجب حق التقاضي

تعتبر القوانين التي تحجب حق التقاضي وسيلة يتم بموجبها استبعاد بعض التصرفات والقرارات من رقابة القضاء ، عن طريق إضفاء حماية تشريعية أما بصورة كلية أو جزئية * بشكل مباشر أو غير مباشر ". وغالبا ما يتدخل المشرع في مجال الحقوق والحريات العامة، إذا أجاز له الدستور ذلك ، بأن أحال النص الدستوري المقرر للحق أو الحرية ، إلى التشريع في تنظيم مباشرة ذلك الحق أو تلك الحرية ، وفي هذه الحالة قد يفقد المشرع من ممارسة الحقوق والحريات يضيق من نطاق استعمالها ¹ .

ومع ذلك فإن الفقه الدستوري قد طرح تساؤلا حول ماهية الحدود الفاصلة بين التنظيم المباح للحرية ، والانتقاص المحظور منها بفعل شرع ؟! والذي لم يزل مطروحا بلا إجابة قاطعة ، ذلك أنه من المتصور أن يخرج المشرع عن حدود مهمته التشريعية فلا ينفذ إرادة السلطة التأسيسية ، ولا يصدر تشريعا مكملا لإرادة تلك السلطة ، بل على العكس من ذلك قد يخالف مقتضى النص الدستوري ذاتها . لقد لجأت العديد من الدول إلى استصدار قوانين تحجب حق التقاضي ، وهي على كثرتها ، ومهما كان الغرض منها لا يمكن النظر إليها باطمئنان ، لأنها تثير تساؤلا حول مدى دستورتها ، وهذا بطبيعة الحال يتطلب بيان موقف الفقه والقضاء في هذه الدول ، وعليه سونتقسيم هذا الفصل على مبحثين رئيسيين هما :

المبحث الأول : موقف الفقه والقضاء من القوانين التي تحجب حق التقاضي .

المبحث الثاني : مدى اتفاق القوانين التي تحجب حق التقاضي لأحكام الدستور .

(1) د. وجدي ثابت غريال ، حماية الحرية في مواجهة التشريع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1989 ،

المبحث الأول

موقف الفقه والقضاء من القوانين التي تحجب حق التقاضي

القاعدة العامة أن كافة القرارات التي تصدر عن الإدارة بوصفها سلطة عامة ،
والخاصة بالأفراد والتي تمسهم في مصالحهم ،تضع ضمن أصول وإجراءات معينة للطعن
بها أمام القضاء .

ولكن ما هو موقف الفقه والقضاء عندما يعارض هذه القاعدة العامة نص قانوني
يقضي بتحصين القوانين والقرارات الإدارية من رقابة القضاء ، فكما مر بنا سابقاً فقد صدرت
العديد من القوانين احجب حق التقاضي في فترات زمنية متعاقبة . فما هو موقف الفقه
والقضاء تجاه هذه القوانين ؟ أو بالأحرى كيف قابل فقهاء القانون هذه النصوص ، وكيف
طبّقها القضاء في هذه الدول .

إن الإجابة على ذلك تقتضي منا تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب رئيسة ، إذ
سيخصص المطلب الأول لبيان موقف الفقه والقضاء الفرنسي من القوانين التي تحجب حق
التقاضي ، أما المطلب الثاني فيخصص لبيان موقف الفقه والقضاء المصري من القوانين
التي تحجب حق التقاضي ، وسنبين في المطلب الثالث موقف الفقه والقضاء العراقي من
القوانين التي تحجب حق التقاضي .

المطلب الأول

موقف الفقه والقضاء من القوانين التي تحجب حق التقاضي في فرنسا

سوف يتم تقسيم هذا المبحث على فرعين رئيسيين ، إذ سيخصص الفرع الأول لبيان
موقف الفقه والقضاء الفرنسي من القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي ، أما الفرع الثاني
فيخصص لبيان موقف الفقه والقضاء الفرنسي من القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي .

الفرع الأول

موقف الفقه والقضاء الفرنسي من القوانين التي تحجب كلياً حق النقاضي

من أجل بيان موقف الفقه والقضاء الفرنسي من القوانين التي تحجب كلياً حق النقاضي لابد من تقسيم هذا الفرع على فقرتين مستقلتين ، إذ ستخصص الفقرة الأولى لبيان موقف الفقه الفرنسي ، أما الفقرة الثانية فستخصص لبيان موقف القضاء الفرنسي من القوانين التي تحجب كلياً حق النقاضي .

أولاً : موقف الفقه

لجأ القضاء الفرنسي إلى استبعاد أعمال السيادة من رقابة القضاء بسبب تعارض الرقابة القضائية عليها مع قواعد الاختصاص ، أو لسبب آخر هو أن الرقابة على أعمال السيادة غير ممكنة وذلك بسبب انتفاء الصفة الإدارية عنها ، ومن ثم تخرج أعمال السيادة عن رقابة القضاء¹ .

لم يعترض الفقه الأسباب التي أوردها القضاء في أحكامه ليسوغ بها إبعاده بعض القرارات عن رقابته ، فهو يرى أن هذه القهي قرارات إدارية مما تقبل بطبيعتها أن تكون موضوعاً لرقابة القضاء لولا موقف القضاء منها ، لذا فقد اتفق على أن هذه الأعمال تعد حجباً كلياً استثنائياً على ولايم وعلى حق النقاضي . إلا أن هناك فقهاء ينكرون وجود أعمال السيادة وهم " فيرالي Veralie " ، وحجتهم غياب المصلحة بالنسبة لرافع الدعوى ، فضلاً عن عم اختصاص القاضي في النظر بالمنازعات الخاضعة للقانون الدولي ، وكذلك الأعمال المنصلة بالقانون الدستوري فهي تنير المسؤولية السياسية وليست المدنية بما تمثله ، بوصفها تؤدي إلى الحجب الكلي لحق النقاضي بوصفه حقاً دستورياً² .

¹ George Vedel , Les bases constitutionnelles du droit adm. Instratif, L,D,C,E

1954 D. Laubadare , D , Droit administratif , P.D.F. 1961 , 2 EME, P. 40. ,P.123.

(2) فيدل ، فيرالي ، تم الإشارة إليهما من قبل :

د. مصطفى كامل ، القواعد العامة في مسؤولية الدولة ، مصدر سابق ، ص 183 . د. عبد

الحميد حشيش ، مبادئ القانون الإداري ، المجلد الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1977 ،

د. عبد الباقي عبد الله ، أعمال السيادة في القانون المقارن ، مصدر سابق ، ص 109 .

لذا نشط الفقه للبحث عن مسوغ لهذا الموضوع ، إلا أن كل ماولاته لم تتجح إلى الدرجة التي يترك الأمر إلى القضاء ، ليقرر بنفسه بالقرارات المعروضة عليه ما يعد في أعمال السيادة وما لا يعده كذلك ¹.

وإذا كان معظم الفقه يرى أن أعلسيادة هي قرارات تقبل بطبيعتها رقابة القضاء عليها إلا أنه اختلف في تكييف بعض القرارات الإدارية في عدها أعمال سيادة ، أم قرارات إدارية عادية تخضع لرقابة القضاء ، ويجوز للأفراد إقامة الدعاوى بشأنها أمام القضاء ، وقد تجلى ذلك الاختلاف في الموضوع عن الآتين :

أ: قرار إعلان الأحكام العرفية أو حالة الطوارئ

لم يثر خلاف بشأن الإجراءات والتدابير المتخذة من خلال سلطة الطوارئ أو الأحكام العرفية فمعظم الفقه يرى أنها أعمال إدارية تخضع لرقابة القضاء ².

إلا أن الفقه انقسم على نفسه فيما يتعلق بقرار إعلان الأحكام العرفية أو حالة الطوارئ وكما يأتي :

إذ أن فريق وعلى رأسهم (Albert , Poseat) يرى أن هذا الإعلان يعد من أعمال السيادة المتعلقة بأمن الدولة ، وأنه صادر من الإدارة في حدود السلطة المخولة لها قانوناً على أن الإعلان يعرض على البرلمان للتصديق ، وهو الذي لا يرتب ضرراً على الأفراد في حد ذاته ، ومن ثم لا يتصور الطعن فيه لغياب صاحب المصلحة في ذلك لأن الضرر يقع نتيجة الإجراءات وليس في تصديقها ³.

أما الفريق الآخر ومنهم (Bonard , Partimlea) الذي يرى أن هذا الإعلان يعد من أعمال الإدارة الواجب إخضاعها لرقابة القضاء ، ويسمح للمحاكم قبول الدعاوى المقامة من الأفراد بصددها ، إذ يستند هذا الرأي إلى أن رقابة البرلمان لا تغني عن رقابة القضاء ، لأرقابة هذا الأخير هي رقابة مشروعية ، بينما رقابة البرلمان هي رقابة سياسية وإن كانت تعد رقابة ملائمة ⁴.

(1) وإنه على الرغم مما قيل بشأن تبرير هذه النظرية ، إلا أن الفقه الفرنسي ظل يشن عليها حملة شديدة ويُعدها ثغرة في بناء المشروعية .د. سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص 116.

(2) د. حافظ هريدي ، نظرية أعمال السيادة في القانون المصري والمقارن ، الطبعة الأولى ، مطبعة لجنة التأليف الترجمة والنشر ، القاهرة ، 1952 ، ص 116 .

(3) المصدر السابق نفسه .

⁴ حسن محمد علي ، مصدر سابق ، ص 42.

: قرار اللجوء إلى نص المادة 16 من دستور فرنسا 1958

تعد المادة 16 من دستور فرنسا 1958 من أكثر النصوص الدستورية إثارة للجدل الفقهي ، والتي تنص على أنه " إذا أصبحت أنظمة الجمهورية أو استقلال الوطن وسلامة أراضيه أو تنفيذ تعهدات الدولة مهدد بخطر جسيم حال ، ونشأ عن ذلك انقطاع السلطة العامة الدستورية عن مباشرة مهامها المعتادة يتخذ رئيس الجمهورية الإجراءات التي تقتضيها الظروف ، بعد التشاور مع الوزير الأول والرؤساء المجلسين والمجلس الدستوري بصفة رسمية ويخطر الشعب بذلك برسالة ويجب أن يكون الغرض من هذه الإجراءات هو تمكين السلطة العامة الدستورية من القيام بمهامها في أقرب وقت ممكن ، ويستشار المجلس الدستوري فيما يتعلق بهذه الإجراءات ويجتمع البرلمان بحكم القانون ، ولا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة هذه السلطة الاستثنائية ¹ .

لم يكن الفقه الفرنسي أقل حسماً من القضاء في موقفه من قرار رئيس الجمهورية ، باللجوء إلى نص المادة 16 من أعمال السيادة ، في وصف هذا القرار من القرارات التي تمس العلاقة بين البرلمان والحكومة ، ومن ثم لا تخضع لرقابة القضاء ⁽²⁾ . ولهذا يقرر رئيس الجمهورية ، حرية استخدام هذه المادة إذ أن الدستور أوكل إليه حماية استقلال

⁽¹⁾ يشترط المشرع الدستوري الفرنسي ، شروطاً موضوعية ، وأخرى شكلية لأعمال هذا النص الشروط الموضوعية تتمثل بـ :

أن يكون هناك خطر جسيم حال لا يمكن مواجهته بالمسائل العادية .

أن ينشأ عن هذا الخطر انقطاع السير المنتظم للسلطة العامة الدستورية .

أن يقع هذا الخطأ على المؤسسات الجمهورية أو على استقلال الأمة أو على سلامة أراضيه أو تنفيذ لقراراتها الدولية .

الشروط الشكلية :

تتمثل بأخذ رأي بعض الشخصيات السياسية والمجلس الدستوري ، فضلاً عن توجيه رسالة إلى الأمة . ويرى جانب من الفقه 4 لا يستقيم أن نطلق على هذه الضوابط وصف الشروط لأنها تتحقق بعد العمل بالمادة . أنظر د. محسن خليل ، القضاء الإداري البنائي ، مصدر سابق ، ص 162 .

⁽²⁾ د. سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص 336 .

د. يحيى الجمل ، نظرية الضرورة في القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1974 ص

د. طعيمة الجرف ، رقابة القضاء لأعمال الإدارة ، مصدر سابق ، ص 170 .

الوطن وسلامة الأراضي واحترام المعاهدات والاتفاقيات الدولية⁽¹⁾. فضلا عن أن قرار اللجوء إلى المادة 16 يعدل من اختصاص السلطات الدستورية في علاقات كل منها بالأخرى. ويضيف (Lamarque) أن رئيس الجمهورية بإصداره قرار اللجوء إلى المادة 16 فإنه يكون قد تصرف كجهاز سياسي قائم بحد ذاته ، يحل محل البرلمان في الوظيفة التشريعية أحيانا ، فنصرفاته تعد تشريعا شأنه شأن القانون سواء بسواء ، ومن ثم لا تخضع لرقابة القضاء . ويستطرد (Lamarque) حججه رافضا فكرة اعتبار قرارات رئيس الجمهورية ، قرارات تصديق عليها ، لأنه يرى أن هذه القرارات بمثابة قانون منذ صدورها وهي بذلك لا تخضع لأي تصديق عليها ، لذا فإنها غير قابلة للطعن فيها ولا يجوز للمحاكم قبول الدعاوى المقامة من قبل الأفراد على هذه القرارات ، وإنما يكون جواز الطعن في القرارات التي تدخل ضمن النطاق اللاتحي² .

لم يكن الفقيه لامارك ، وحده صاحب هذا الرأي فلقد انظم إليه Odicant , Dragoa (Atoune , Queaziet) وكل منهم عدّ قرارات رئيس الجمهورية المذكورة سلفا من أعمال السيادة ، بينما الإجراءات التي تتخذها السلطة التنفيذية أعمالا لنص المادة قرارات إدارية ، يجوز الطعن بها ولا تحجب حق الأفراد في التقاضي³ . ويذهب الفقيه الفرنسي (Fabre) إلى : " ليس هناك أخطر على حقوق الأفراد من أن تكون الكلمة الأخيرة والفاصلة في يد الحكومة مع حرمان الأفراد من حق اللجوء إلى القضاء بشأن ما أصابهم من ضرر في أحوالهم أو مساس بحرياتهم بناء على الأعمال الحكومية " ⁴ .

ثانياً : موقف القضاء

صدرت العديد من الأحكام القضائية في فرنسا بصدد أعمال السيادة ، إلا أن هذه الأحكام لم تذكر صراحة عبارة أنسيادة ، لكي يتم استبعادها من رقابة القضاء ، من ذلك الحكم الصادر في 18 يونيو 1852 المعروفة باسم قضية الدوق أورليان وتتلخص وقائعها في أن الملك لويس فيليب ، قد وهب أبناءه الأحياء جميع أمواله الثابتة والمنقولة ليتخلص من ضمها إلى أملاك الدولة الخاصة ، تطبيقاً للنص الخاص بضم جميع أموال الملك إلى هذه

(1) د. سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، ط4 ، دار الفكر العربي ، 1976 ص 242 .
د. طعيمة الجرف ، القضاء الإداري ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1985 ص 183.

(2) د. يحيى الجمل ، نظرية الضرورة في القضاء الدستوري ، مصدر سابق ، ص 164 .

³ De Laubadere, De Droit Adminstratif, P.I.D.C., Paris, Montecarlo, 1971, P. 281.

⁴ George Vedal, De Droit Adminstratif, P.I.G., Paris, Montecarlo, 1963, P. 185.

الأمالك ، أصدرت الحكومة مرسوماً برد الأموال الموه إلى الدولة ، ومرسوم آخر يخول وزير المالية التصرف في جزء منها ، وقد استردت الحكومة بالفعل الأموال موضوع الية .

لجأ الورثة إلى المحكمة ودفع محافظ السين برد الدعاوى لعدم الاختصاص لأن استرداد الأموال كان تنفيذاً إلى مرسومين يعد كل منهما عملاً حكومياً وليس للمحكمة الترع ، لهما ، ولما رفضت المحكمة الأخذ بهذا الرفع ، رفع المحافظ الأمر إلى مجلس الدولة الذي أيد وجهة نظر المحافظ باعتبار أن رد الأموال الموهية عملاً حكومياً ليس لجهة القضاء الاعتراض تنفيذ أو سماع الدعاوى المتعلقة بشأنها والاعتراض على تنفيذ¹ .

يُعدّ هذا الحكم من الأحكام القليلة التي تذكر عبارة أعمال الحكومة ذلك أن مجلس الدولة دأب بعد ذلك على عدم ذكرها ، وكان رفضه لهذه دعاوى تأسيساً على أن هذه الأعمال موضوع الطعن لا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً لخصومة قضائية ومن ثم تخرج عن ولايته ، وتؤدي إلى الحجب الكلي لحق النقاضي² .

كذلك الحكم الصادر في 9 مايو 1867 المعروفة باسم الدوق دومال وتتخلص وقائعها أن الدوق دومال نشر مؤلفاً بعنوان " خطاب عن تاريخ فرنسا " هاجم من خلاله الحكومة القائمة والتي أمر وزير الداخلية فيها بمصادرة الكتاب فقام كل من المؤلف والنشر بالطعن في المصادرة أمام مجلس الدولة ، الذي حكم بعدم اختصاصه بحجة أن قرار المصادرة المطعون فيه عملي يخرج عن ولاية القضاء ، ويمتنع على المحاكم قبول الدعاوى المتعلقة بشأنها³ .

وكذلك قضية الأمير بونايرت التي تتلخص وقائعها أن الأمير بونايرت طعن بقرار وزير الداخلية بالإلغاء الذي كان مضمونه حذف اسم الأمير من كشف ضباط الجيش ، فدفعت الحكومة بعدم الاختصاص لأن الباعث على اتخاذ القرار سياسياً أملاه مركز الطعن السياسي وأفشى به لأحد العائلات المالكة ، وقضى المجلس في حكمه : " لا يكفي لكي يخرج العمل الحكومي عن رقابة القضاء أن يصدر من الحكومة أو من أحد ممثليها بموافقة مجلس الوزراء

¹ Paul Duez, les Acts De Gouvernement, Paris, 1953, P. 95 Virally M)
L'introuvable Acts De Gouvernement , R.D.P. 1952 , P. 341.

(²) د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء لأعمال الإدارة ، مصدر سابق ص 94 .

(³) د. عبد الباقي نعمة عيد الله ، أعمال السيادة في القانون المقارن ، مصدر سابق ص 34 .

د. حافظ هريدي ، أعمال السيادة في القانون المصري ، مصدر سابق ، ص 52 .

د. عبد الفتاح ساير داير ، نظرية أعمال السيادة في القانون المصري والفرنسي، مصدر سابق، ص 123.

أو لأن الغرض الذي اتخذ من أجله كان سياسياً يجب أن يصدر في مسألة من المسائل التي

حول القانون فيها السلطة التنفيذية سلطة معينة للقيام بها " ¹ .

إن مجلس الدولة لم يسر على وتيرة واحدة في قضاءه بشأن أعمال السيادة لذا ترك الفقه الأمر لتقدير القضاء ، لذا فإن الباحثين في فرنسا استقروا الأحكام الصادرة في مجلس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص لكي يتمكنوا من تحديد ما يعد من أعمال السيادة وما لا يعد كذلك . ولقد سعى مجلس الدولة إلى قصر أعمال السيادة على مجموعتين والعمل على تصنيف نطاقها ² :

المجموعة الأولى : القرارات التي تتضمن العلاقة بين الحكومة والبرلمان : فمن القرارات

التي عدها مجلس الدولة من أعمال السيادة والتي يتمتع على القضاء قبول

الدعوى بصددتها ، الحكم الصادر في 3 ت 2 1933 باعتبار مراسيم

تصديق القوانين من أعمال السيادة ، كذلك قضى المجلس بأن عقد أو فض

الجلسات من أعمال السيادة ، وكذلك القرار الصادر في 9/1951 مائس

الخاص باعتبار تقديم مشروع القانون من أعمال السيادة ³ .

كذلك الحكمين الصادرين في 11 ت 2 1963 و 6 مائس 1966 برفض الدعوى

لتعلقها بعمليات انتخابية تخرج عن اختصاص القضاء العادي ويمتنع عليه قبول الدعوى

المقامة في هذا الشأن . وأخيراً الحكم الصادر بالجوء إلى الاستفتاء نص المادة 16

من الدستور 1958 ، يعد من أعمال السيادة ، وفضلاً عن أن التجاء رئيس الجمهورية

بالالتجاء إلى هذا النص المادة 16 هو أيضاً من قبيل أعمال السيادة .

¹ Jacqueline Morand Deviller, Course De Droit Administratif, 6 Eme, Chrestien, 1999, P. 156.

Jean Rivero et' Jean Waline, Droit Administratif, Dalloze, Paris, 1999, P. 611.

⁽²⁾ إن من بين الأسباب التي جعلت مجلس الدولة الفرنسي يعمل على حصرها في أضيق نطاق ممكن هو

وجودها كاستثناء حقيقي على مبدأ المشرعية ، بالإضافة إلى حرص القضاء على توفير أفضل

الضمانات الممكنة لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم من تعسف الحكومة .

Paul Duez, les Acts De Gouvernement, Paris, 1962, P. 190.

وكذلك أحمد اكرم عبد القادر ، نظرية أعمال السيادة في ضوء أحكام القضاء المقارن ، رسالة ماجستير ،

دراسة مقارنة ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 1995 ، ص 38 .

³ Jean Rivero et, Jean Waline, Droit Administratif, Paris, Dalloze, 1952, P. 144.

وكذلك د. عبد الباقي نعمة عبد الله ، نظرية أعمال السيادة ، مصدر سابق ، ص 37.

وقد ذهب القضاء إلى أن الإعلان عن تطبيق المادة 16 من الدستور الفرنسي هو من أعمال السيادة راجع عن ولاية القضاء، أمّا من ناحية الإجراءات المتخذة لتنفيذ المادة 16 ، فقد ميز المجلس :

ما إذا كانت الإجراءات المتخذة ذات طبيعة دستورية أو تشريعية فيكون لها صفة القانون فتخرج عن ولايته طبقاً للقواعد العامة ولا تسمع الدعاوى بصددّها .
أما إذا كانت الإجراءات ذات طبيعة لائحية فهي تخضع للرقابة القضائية ويمكن قبول إقامة الدعاوى أمام المحاكم بشأنها ¹ .

المجموعة الثانية : العلاقات بين فرنسا والدول الأجنبية والمنظمات الدولية وأشخاص القانون الدولي .

فمن بين القرارات التي عدها مجلس الدولة من قبيل أعمال السيادة ، قرار الحكومة الفرنسية بشأن إنشاء منطقة أمانة في (Morora) ، إذ عدها المجلس في قراره الصادر في 1995/7/11 من أعمال السيادة ⁽²⁾ . وكذلك قراره الصادر في 1995/6/13 بخصوص قرار الرئيس شيراك بإعادة التجارب النووية في Polo / Neazy ³ .

ومن القرارات التي لم يعدها المجلس أعمال السيادة ، قرار ضابط البحرية لتدمير سفينة معطوبة محملة بالمتفجرات بعد إخلاء طاقمها بعد أصابها بأضرار جسيمة، عدّه المجلس قراراً إدارياً عادياً يدخل ضمن رقابة القضاء ⁴ .

¹ Duez, Paul, les Acts De Gouvernmen t, Paris, P. 185. Sous le Tetre de “la Supperssion Total de l’acte De Gouvernment”.

Jean Rivero et’ Jean Waline, Op. Cit , P. 141.

Jacqline Morand, Deviller, Op. Cit , P. 612.

Jean Rivero et’ Jean Waline, Op. Cit , P. 62.

الفرع الثاني

موقف الفقه والقضاء الفرنسي من القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي

أولاً : موقف الفقه والقضاء من القوانين الاستثنائية التي تحجب جزئياً حق التقاضي

لقد تصدى المشرع العادي لإصدار القوانين الاستثنائية التي تخول الإدارة اتخاذ الإجراءات اللازمة لمعالجة حالة لورة الناشئة عن ظهور ظروف استثنائية في البلاد ، وهو يفعل ذلك أحياناً بالاستناد إلى نص قانوني .
وسنحاول تتبع تطبيق أبرز الأمثلة على هذه القوانين الاستثنائية والتي نعد من أبرز تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية ⁽¹⁾ ، والمتمثلة بتشريعات الأحكام العرفية وقانون التضمينات ² .

1 . موقف الفقه

انتقد الفقه القانوني موقف المشرع في خصوص هذه القوانين ، واعتبر أن هذه النصوص تمس مباشرة مبدأ الفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية ، وهو يرى في هذا الخصوص أن القضاء سلطة مستقلة عن السلطة التشريعية والتنفيذية ، وقد عقد لها دستوراً اختصاص تأمين العدالة للمواطنين كافة ، لذلك فإن تقييد خصائصها من قبل المشرع يعتبر خرقاً بالنظم الدستورية ومبدأ الفصل بين السلطات هذا من جهة .

⁽¹⁾ يشير الفقه إلى أن درجة خطورة الظروف الاستثنائية هي التي تحدد تطبيق النص الدستوري الاستثنائي " في الخطورة الأشد " أو تطبيق تشريعات قانونية استثنائية " في الخطورة الأقل " طبقاً لقاعدة " الضرورات تبيح المحظورات وتقدر بقدرها " أنظر د. سامي جمال الدين ، مصدر سابق ، ص 194 .
⁽²⁾ إن أهم ما يميز بين الأحكام العرفية وحالة الطوارئ هو أنه يتم إعلان حالة الأحكام العرفية في حالة حصول خطر داخلي في الدولة كما هو الحال في حالة حصول وباء أو فيضان ... الخ ، ويتم إعلان حالة الطوارئ في حالة حصول التهديد بخطر خارجي كإعلان الحرب ، ويترتب على إعلان حالة الأحكام العرفية والطوارئ منع المحاكم على اختلاف أنواعها من سماع الدعاوى المتعلقة بتطبيق الأحكام العرفية أو إعلان حالة الطوارئ .

انظر : د. عصام البرزنجي وآخرون ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، 1992 ص 278 .

ومن جهة أخرى ، فإن موقف المشرع يعتبر خرقاً للمبدأ الأساسي الذي قرره الدستور من أن لكل مواطن حق اللجوء إلى القضاء عندما يعتقد أن حقوقه تعرض لأي مساس بها ⁽¹⁾ .

من جهة أخرى نجد أن الدول تتفق على تطبيق نظام الأحكام العرفية في حالة الحرب ، فتقيم بمقتضاه نوعاً من الحكومة الدكتاتورية المدنية بالقدر الذي يسمح لمواجهة ضرورات الدفاع ، أما في غير حالة الحرب ، فقد اختلفت الدول فيما إذا كان من الممكن تطبيق هذا النظام أم لا ⁽²⁾ . ففي فرنسا تنظم حالة الطوارئ القانون يسبق حدوثها يعرف بقانون الأحكام العرفية وهذا ما يؤدي في حينه - ومن دون الحاجة إلى الرجوع إلى البرلمان في كل حالة - إلى تعطيل العمل بالقانون العادي والترخيص للحكومة ، بالعمل بموجب السلطات الاستثنائية التي قررها قانون الأحكام العرفية ⁽³⁾ .

أما بشأن فن التضمينات ، فقد اتجه بعض الفقه في فرنسا إلى اعتبار أن الضرورة وإن كانت لا تمثل حقاً للسلطة التنفيذية فيما تتخذه بسببها من إجراءات غير مشروعة ، إلا أنها لا تنهض عنراً سياسياً تغل به الحكومة سلوكها أمام البرلمان لتستضمنه " قانون التضمينات " بقصد إعفائها من المسؤولية ، أي أن الضرورة لا تمثل هنا نظرية قانونية ولكنها محض تسويق سياسي عملي ، وهي لذلك ليست سبباً من أسباب الإباحة وإن كانت تعد مانعاً من موانع العقاب ⁽⁴⁾ . وكان الفقيه " ديجي " أول من صاغ هذه المحاولة في الفقه الفرنسي ، وكذلك الفقيه " هوريو " من أشد المتحمسين لهذا الاتجاه ⁽⁵⁾ .

إلا أن قوانين التضمينات قد واجهت معارضة عنيفة لدى بقية الفقه الفرنسي خاصة ، وإن هذه التشريعات اصدرت في بعض الأحوال بوساطة السلطة التنفيذية نفسها عن طريق سلطتها اللانحوية الاستثنائية ، تعد تحايلاً على حجة الشيء المقضي فيه إذ تتضمن الحكومة مع الأغلبية البرلمانية تتبع بإخلاص توجيهات الحكومة ضد السلطة القضائية ⁽⁶⁾ .

⁽¹⁾ د. زين العابدين بركات ، مبادئ القانون الإداري السوري والمقارن ، دار الفكر العربي ، القاهرة ،

1972 ص 449 .

⁽²⁾ د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء على أعمال الإدارة ، مصدر سابق ، ص 99 .

⁽³⁾ د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء ، مصدر سابق ، ص 99 .

⁽⁴⁾ د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء ، مصدر سابق ، ص 96 .

⁽⁵⁾ د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء ، مصدر سابق ، ص 97 .

⁽⁶⁾ د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق ، ص 382 .

2. موقف القضاء

يبقى للقضاء دوراً وفق نظرية الظروف الاستثنائية ، على الرغم من صدور تشريع استثنائي يترتب عليه توسيع مدى الصلاحيات التي تتمتع بها الإدارة ، كلما احتاجت إليها في ظل هذه الظروف . مثال على ذلك ، صدور تشريع للحرب يسمح للمحافظ باعتقال الأشخاص الخطرين في مراكز خاه وليس في سجون عادية . غير أن مجلس الدولة الفرنسي يقرر في حكمه الصادر في 10 كانون الأول 1954 قضية " Andreani et Desfent " إلا أنه نظراً للظروف الاستثنائية القائمة ، يمكن للمحافظ إذا لم يجد مكاناً آخر أن يحتفظ المشتبه بهم في سجن عادي ويكون عمله مشروعاً ¹ .

أما قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، فقد مر موقفه من قوانين التضمينات بمرحلتين ، ففي البداية وأمام غياب نص دستوري يمنع صدور مثل هذه القوانين ، فقد قبل مثل هذه القوانين فقرر المجلس في أحكامه ، وكذلك محكمة النقض ، أن المراسيم والقرارات المطعون فيها أمامه " قد صححها " القانون ومن ثم لم تعد هذه القرارات قابلة للمناقشة بالطريق القضي ، وقرر في حكم آخر أن " التصحيح لا يمنع مجلس الدولة من فحص مشروعية القرارات فحسب ولكنه يعفي الدولة كذلك من كل مسؤولية تنتج عن تنفيذها " ² .

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي ابتداءً من عام 1961 ، بدأ يواجه تعسفاً في استخدام هذه القوانين ، صحيح أنه حتى اليوم لم يقض بعدم مشروعيتها ولم يقرر الرقابة على مشروعية القرارات المصححة تشريعياً ، لكنه اشترط منذ ذلك الوقت أن تكون هذه القوانين صادرة " من سلطة مدعوة لاختصاص تشريعي " فعلاً ، ومن ثم لا تستطيع الحكومة بأوامرها التفويضية تقرير مثل هذه التصحيحات ، وقد تبع المجلس هذا الحكم بآخر قرر فيه " أنه مع غياب النص الصريح في القانون أو البيان المحدد في الأعمال التحضيرية له على إنكار حق في التعويض ، يستحق نتيجة هذه الأحكام التي صححها القانون ، فإن مسؤولية الدولة يمكن أن تقرر على أساس مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة ، وقد تواترت أحكامه على ذلك فيما بعد ³ .

(1) د. عبد الباقي نعمة ، نظرية أعمال السيادة ، مصدر سابق ، ص 24 .

(2) د. سامي جمال الدين ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، مصدر سابق ، ص 386 .

(3) د. سامي جمال الدين ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، مصدر سابق ، ص 387 .

ثانياً : موقف الفقه والقضاء من القوانين الخاصة التي تحجب جزئياً حق التقاضي

سنتناول في هذا الفقرة نوعين من أبرز التشريعات التي تحجب جزئياً حق التقاضي ، هما القوانين المانعة لحق التقاضي ، والقوانين التي تنظم جهات أخرى لنظر المنازعات في فرعين مستقلين .

1. موقف الفقه

وجه الفقه الفرنسي لا شديدا لهذا النوع من القوانين ، وذلك بسبب الموقف الذي تبناه القضاء تجاه هذه القوانين ، لأنه تحميل للنص أكثر مما يحتمل، وإن تجنب مجلس الدولة التشريعات المانعة يرجع إلى الموازنة التي يجريها بين اعتبارين ، أحدهما وظيفته الأساسية في حماية الحقوقريات ، والآخر هو النصوص التشريعية ، فيغلب المجلس الاعتبار الأول على الأخير ما دامت المصلحة العامة غير متضررة ⁽¹⁾. وبهذا القضاء الجري استطاع مجلس الدولة أن يجهز على تقليد تحصين بعض القرارات الإدارية تشريعياً ضد دعوى الطعن بالإلغاء ².

وخلاصة ما تقدم فيما يخص للقوانين المانعة لحق التقاضي في فرنسا ، إن مجلس الدولة لم يقر بطلان هذا النوع من القوانين فهو لا يستبعد من ولاية القضاء النظر في القرارات المنصوص على استبعادها بنصوص ترد في عبارات " غير قابل للطعن " أو " لا تقبل أي طعن قضائي أو إداري " لانتفاء هذا المسلك مع طبيعة دعوى الإلغاء . ونخلص من ذلك ، إن تحفظات الإدارات الإدارية بنصوص تشريعية ، تقليد لم تعرفه فرنسا لأنه لا يوجد فيها قانون أو قرار إداري صادر عن هيئة إدارية لا يخضع لرقابة القضاء باستثناء أعمال السيادة ³.

أما فيما يخص القوانين التي تنظم جهات أخرى لنظر المنازعات ، فيذهب الفقه الفرنسي إلى أن الجهات من النوع الأول ، والتي بينها عند بحثنا لموقف الفقه تمثل الخطورة الأكبر على حقوق الأفراد حرياتهم من ناحية ، فضلاً عن أن الجهات من النوع الثاني تتسم

¹ د. سامي جمال الدين ، مصدر سابق ص 477 .

⁽²⁾ د. محمود عاطف ألبنا ، الوسيط في القضاء الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1982 ، ن 162 .

⁽³⁾ . حسن محمد علي ، مصدر سابق ، ص 47 .

بالطبيعة السياسية البحتة . من الناحية الأخرى إن الأصل العام هو خضوع كافة القرارات الصادرة من قبل السلطة التنفيذية لرقابة القضاء ، إلا أن المهام الجسيمة الملقاة على عاتق القضاء ، وكذلك كثرة الدعاوى وتراكمها نتيجة طول مدة التقاضي إلى جانب غيرها من الأسباب ، دفعت المشرع إلى تحصين بعض قرارات الإدارة من رقابة القضاء ، إلى جانب منح سلطة الفصل في المنازعات الخاصة بهذه القرارات إلى هيئات إدارية للفصل فيها، بعد أن كفل لها الضمانات اللازمة من حيث التشكيل، طبيعة عملها ، وقوة القرارات الصادرة منها وقابلية هذه القرارات للطعن فيها أمام هيئات استئنافية أو تمييزية .

2. موقف القضاء

قرر مجلس الدولة في حكم وزير الزراعة ضد السيدة (لاموت) الصادر في 17 فبراير 1950 إن النص في التشريع في على منع الدعاوى المدنية والإدارية لا ينصرف إلى دعوى الإلغاء . وإن المنع وإن كان يقصد به منع جميع الدعاوى فإنه يستثنى من ذلك دعوى الإلغاء بيد أن دعوى الإلغاء مقررة بمقتضى مبدأ عام حماية لمبدأ المشروعية .

وتتلخص وقائع قضية (لاموت) إن قانون صدر في 27 أغسطس 1950 يلزم المحافظين بعمل قائمة بالأماكن المهجورة أو غير المزروعة منذ أكثر من عامين واتخاذ الإجراءات اللازمة لزميرها وزرعها فوراً . هذا القانون هو الذي ترتب عليه النزاع بين وزير الزراعة والسيدة (لاموت) .

فقد أبطل مجلس الدولة بحكمين في 24 يوليو 1942 و 9 أبريل 1943 التزامين للسيد (نستا) عن أرض مملوكة للسيدة (لاموت) ، وهذان الالتزامان صدرا من محافظ منطقة Ain .

غير أن المحافظ لم يستجب لحكم مجلس الدولة واستولى على هذه الأراضي ثم تصدى مجلس الدولة للمحافظ مرة أخرى وألغى الاستيلاء .

لم ييأس المحافظ واتخذ قراراً في 10 أغسطس 1944 بمنح التزام مرة أخرى عن الأرض محل النزاع ، وأثناء ذلك صدر قانون 23 مايو 1943 لوقف مقاومة القضاء ، وذلك بمنع كل الدعاوى ضد قرارات منح الالتزام . وقد أثار هذا القانون ضجة لأنه ذو طابع خارق للقواعد العامة ، كما أنه اتخذ موقفاً بين التنازع والصراع بين السلطة التنفيذية والسلطة القضائية ،

ففي القضية التي نحن بصدددها لم يكن هناك أي شك إن القانون الذي صدر في سنة 1943 كان يقصد إغلاق الطعن القضائي والإداري بكل صوره ، إذ تنص المادة الرابعة منه على " منح الالتزام لا يمكن أن يكون محلاً لأي طعن إداري أو قضائي " .

وقد أكد مجلس الدولة هذا المبدأ في حكم (فالكو وفاديك) الصادر في 17 أبريل 1953 .¹

لذا نجد أنَّ مجلس الدولة الفرنسي لم يقر في قضائه بهذا النوع من القوانين ، لأنَّ التحصيل في جوهره هو منع القضاء من قبول الطعن بالإلغاء فيما يخص بعض قرارات الإدارة ، فإذا علمنا أنَّ دعوى الإلغاء هي دعوى موضوعية ، أو عينية تقوم على أساس مخاصمة قرار إداري غير مشروع ، ويتولى القضاء مهمة الفصل في مسألة مشروعية عيبتها من عدمها دون النظر إلى تعلق الآخرين بهذا القرار⁽²⁾ . وإذا علمنا أنَّ دعوى الإلغاء هي دعوى القانون العام ، ويهدف إلى إلغاء القرارات الإدارية المعيبة ، إذ يمكن توجيهها إلى أي قرار إداري من دون الحاجة إلى نص خاص لتقريرها ، ولكن يلزم لاستبعادها نص صريح وفي حالات معينة⁽³⁾ . وإذا علمنا أخيراً أنَّ دعوى الإلغاء من صنع مجلس الدولة ، إلا القليل من التشريعات الصادرة منها ، ولكن الأحكام التفصيلية لهذه الدعاوى لا تزال متروكة لقضاء مجلس الدولة ، ولهذا تميزت الدعاوى بالمرونة والتطوير المستمر لتتواءم ومقتضيات الإدارة⁽⁴⁾ . وعلى هذا فإنه ليس من الغريب أن يتجاهل مجلس الدولة أية نصوص تشريعية ترد فيها عبارات مثل " غير قابل للطعن ، لا تقبل أي طعن قضائي أو إداري " ⁽⁵⁾ . ومن الأمثلة القضائية التي تساق لتوضيح وجهة نظر مجلس الدولة الفرنسي بهذا الشأن حكم مجلس الدولة بشأن القانون الصادر في 23 أيار 1943 والذي نصه " منح الامتياز لا يمكن أن يكون محلاً لأي طعن قضائي أو إداري من جانب مالك الأصلي⁽⁶⁾ . إلا أنَّ المجلس حكم بما يأتي:

(1) . د. سعاد الشرقاوي ، الوجيز في القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1984 ص 299 .

(2) . د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ص 16 .

(3) . د. محمود عاطف ألينا ، الوسيط في القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 31 .

(4) . د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 326 .

(5) . د. محمود عاطف ألينا ، الوسيط في القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 31 .

(6) . وهذا الحكم صادر في دعوى تتلخص وقائعها أنَّ قانوناً صدر في 27 آب 1940 ، يوصي بمنح أراضٍ زراعية أو الانتفاع بها ، بصورة امتياز ، لغير أصحابها لزراعتها أو الانتفاع بها ، وهذا الامتياز يمنح بقرار من المحافظ . وإذا خالف هذا الأخير القانون بأن منح أرض غير متروكة وغير مزروعة ، فالقانون الصادر في 1942 يجيز الطعن في هذا القرار أمام المحكمة الإقليمية ، إلا أنَّ القانون الصادر في 23 أيار 1943 المذكور سلفاً نص على أنَّ منح الامتياز لا يمكن أن يكون محلاً لأي طعن قضائي أو إداري . د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 326 .

" إن الطعن بالإلغاء إنما يفتح حتى بغير نص ضد كل قرار إداري ليتضمن طبقاً للمبادئ العامة للقانون احترام مبدأ المشروعية " ⁷ .

وفي حكم آخر لمجلس الدولة ينص فيه على " إن الذي يستبعد من الطعن هو دعوى القضاء الكامل فقط لأن الطعن بالإلغاء إنما يفتح في هذا الموضوع شأنه شأن كل الموضوعات طبقاً للمبادئ العامة للقانون " ¹ .

أما فيما يخص موقف القضاء الفرنسي من القوانين التي تنظم جهات أخرى لنظر المنازعات ، فالمقصود بالجهات الأخرى هنا ، هي الجهات غير القضائية ، وسواء كانت جهات إدارية أم جهات أخرى يطلق عليها تسمية المحاكم ، إلا أنها محاكم خاصة أو استثنائية لا تنتمي إلى الجهات القضائية وظيفتها لا تتبع الإجراءات القضائية نفسها ولا تعد قاضياً طبيعياً للأطراف المتنازعة ، وسوف نحاول التركيز في هذه الفقرة على الجهات الإدارية أو الهيئات أو المحاكم الخاصة التي تخولها بعض التشريعات صلاحيات قضائية، من دون الدخول في موضوع منح بعض التشريعات صلاحيات قضائية لبعض الهيئات أو لجان التي لا تنتمي إلى السلطة التشريعية ² .

وكلما اكتملت العناصر المذكورة سلفاً في اللجنة التي يحال إليها الفصل في المنازعات الخاصة بالقرارات المحصنة ، نطلى هذه اللجنة صفة " اللجنة الإدارية ذات الاختصاص القضائي " والتي تصدر قراراتها في شكل أحكام قضائية . وكذلك كلما ابتعدت هذه العناصر عن اللجنة المذكورة احتفظت الأخيرة بصفتها الإدارية ، ومن ثم تصدر قراراتها في شكل قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء . وبناءً على ذلك يمكن القول إن القرارات الصادرة من اللجان الإدارية ذات الاختصاصات القضائية ليست من قبل التشريعات المانعة في حق التقاضي وإن كان يؤدي إلى حتماً بصورة جزئية . وقد شهدت فرنسا منذ القدم إنشاء محاكم خاص فصل في منازعات معينة ، واستمر ذلك خلال فترة الحرب العالمية الأولى ⁽³⁾ ، وقد استفحلت مشكلة هذه اللجان لأن المشرع لم يحدد بوضوح صفتها ، والتي يدور الشك حول طبيعتها ، وفي هذه الحالة يلجأ مجلس الدولة إلى البحث عن قصد المشرع ، مستعيناً بذلك بجملة من المعايير ، ومن ضمن هذه اللجان التي عدها مجلس الدولة هيئات قضائية ⁴ .

(7) . د. مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري مجلس الدولة ، مصدر سابق ص 479 .

(1) د. مصطفى أبو زيد فهمي ، مصدر سابق ص 479 .

(2) فاروق الكيلاني ، استقلال القضاء ، مصدر سابق ، ص 200 .

(3) د. عبد الغني بسيوني ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، مصدر سابق ، ص 69 .

(4) د. رمزي طه الشاعر ، المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية ، مصدر سابق ص 49 .

غرفة القضاء الإداري لتأمين الموزل⁽¹⁾ ، واللجنة الإقليمية لإعادة تنظيم الملكية العقارية المنشأة بمقتضى القانون نادر في 4 آذار 1919⁽²⁾ ، والقسم الدائم للمجلس الأعلى للتأمين الاجتماعي⁽³⁾ ، وهيأة محلفي الشرف⁽⁴⁾ ، والمجلس الأعلى للتربية القومية ، ولجنة رقابة البنوك⁽⁵⁾ . أما في الوقت الحاضر : فقد أنشئت عدة محاكم تشريعات خاصة بـعضها دائم والبعض الآخر له صفة مؤقتة ، كالمحاكم بنظر المعاشات الحربية ، والمحاكم المختصة بتعويضات أضرار الحرب ، وغيرها من المحاكم ، والمجالس المختصة بالفصل في أنواع محددة من المنازعات وقد أدى إنشاء هذه المحاكم أو المجالس الخاصة إلى منحها اختصاصات معينة للفصل فيما كان يدخل في الأصل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري وتم نزعها منها⁶ .

المطلب الثاني

⁽¹⁾ حكم مجلس الدولة الصادر في 29 / حزيران / 1929 ، أورده قطب محمد طبلية ، العمل القضائي في القانون المقارن ، والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي في مصر ، ط1 ، دار الفكر العربي ، 1965 ، ص127 . ويقصد بـ (الموزل) مجموعة الأطنان والعقارات الزراعية التي كانت تدار من قبل الجهات الإقطاعية في مرحلة ما قبل الثورة الفرنسية .

⁽²⁾ حكم مجلس الدولة الصادر في 5 / كانون الأول / 1924 ، رمزي طه الشاعر ، المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية ، مصدر سابق ، ص49 .

⁽³⁾ حكم مجلس الدولة الصادر في 29 / حزيران / 1930 ، أورده قطب محمد طبلية ، العمل القضائي في القانون المقارن مصدر سابق ، ص129 .

⁽⁴⁾ حكم مجلس الدولة الصادر في 7 / شباط / 1921 ، رمزي طه الشاعر ، المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية ، مصدر سابق ، ص54 .

⁽⁵⁾ أنظر د. محمد قطب طبلية ، العمل القضائي في القانون المقارن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1974 ، ص138 .

⁽⁶⁾ د. عبد الغني بسيوني ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، مصدر سابق ، ص69 .

موقف الفقه والقضاء المصري من القوانين التي تحجب حق التقاضي

سوف نتناول في هذا المطلب موقف الفقه والقضاء المصري من القوانين التي تحجب حق التقاضي ، إذ سنجد إن موقف الفقه والقضاء المصري كان منسجماً ، إذ انتقد الفقه صدور مثل هذه القوانين ، واعتبرها تمس مباشرة بمبدأ بين السلطات . أما بالنسبة للقضاء فنجد بعد إلى النظر في كافة الدعاوى التي يعثرها القانون غير قابلة للطعن بعد صدور دستور 1971 .

إلا أن موقف كلا من الفقه والقضاء قد مرّ بتطورات قبل ذلك ، عليه سوف يتم تقسيم هذا المطلب على فرعين مستقلين ، الأول يبين موقف الفقه والقضاء من القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي ، والثاني يبين موقف الفقه والقضاء من القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي .

الفرع الأول

موقف الفقه والقضاء المصري من القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي

قبل دستور 1971

أولاً : موقف الفقه

يمكن تقسيم آراء الفقه المصري على قسمين في نطاق البحث عن أعمال السيادة كوسيلة تؤدي إلى الحجب القانوني الكلي لحق التقاضي ، أحدهما يقرها والأخرى ينكرها .
الاتجاه الأول : وهو الاتجاه الذي يعتنقه أغلبية الفقه المصري⁽¹⁾ . ويرى أن المشرع قد نص عليها في كافة القوانين المنظمة لمجلس الدولة ، وكذلك قوانين السلطة القضائية المتعاقبة . ويؤكد أصحاب هذا الرأي على أن أي محاولة لإنكار وجودها يعد خلطاً بين الأمانى والحقائق

(1) د. محمد الشافعي أبو راس ، القضاء الإداري ، مكتبة النصر ، الزقازيق ، بدون سنة طبع ، ص 55 . وكذلك د. إبراهيم عبد العزيز شبحا ، النظام الدستوري المصري ، الناشر دار المعارف بالإسكندرية ، القاهرة ، 1965 ص 155 .

وكذلك د. عادل الحباري ، القانون الدستوري والنظام الدستوري المصري ، دراسة مقارنة ، مطابع غانم عبده ، القاهرة ، مصر ، 1972 ص 297 .

د. سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، مصدر سابق ص 171 .

د. عثمان خليل عثمان ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص 89 .

د. نعيم عطية ، النظرية العامة للحقوق والحريات الفردية ، مصدر سابق ص 257 .

الواقعية⁽¹⁾. فإذا كان مبدأ المشروعية يقتضي إخضاع أعمال الإدارة إلى رقابة القضاء إلا أن بعض قرارات السلطة الإدارية قد تحيط بها اعتبارات خاصة ، تجعل من المصلحة العامة أن لا تعرض أمام القضاء ، وقد تحجم السلطة التنفيذية عن اتخاذ قرار معين تستلزمه مصلحة الدولة خوفاً من المسؤولية فيما لو تقرر مسؤولية الدولة ، حيث إن القاعدة المسلم بها " سلامة الدولة فوق القانون " (2) . عليه يتم استبعاد هذه الأعمال من رقابة القضاء وبما يؤدي إلى حجب حق النقاضي ليس لكون طبيعتها تستعصي الرقابة القضائية ، ولكن كما ذكرنا بسبب الظروف المحيطة بها ، وبذلك أن قرارات الإدارة البعض منها وإن حجب حق النقاضي كلياً قد تعدّ أعمال سيادة ، فإذا زالت تلك الظروف انقلبت إلى قرارات إدارية عادية لا تخرج عن رقابة القضاء . وعلى الرغم من أن هذا الاتجاه يسلم بأعمال السيادة كحقيقة قانونية تؤدي إلى الحجب الكلي لحق النقاضي إلا أنه مع ذلك ينادي بالتخفيف من حدتها³ .

الاتجاه الثاني : يرفض هذا الاتجاه تماماً وجود النظرية والاعتراف بها ، لأن الإقرار بها امتحان لمبدأ المشروعية ، وإطلاق ليد السلطنتية ، من دون رقابة ، ويشير سخطاً لدى الشعب إزاء السلطة الحاكمة التي يكون تصرفها غير متفق مع القانون ، إذ يرى أصحاب هذا الرأي أن السلطة تلجأ إلى أعمال السيادة والأخذ بها وإن كانت تتطوي على انتهاك صارخ

(1) د. محمود حلمي ، القرار الإداري ، الطبعة الأولى ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، القاهرة ، 1970 ،

(2) د. محمود حافظ ، القرار الإداري ، مصدر سابق ، ص 121 .

(3) إذ ينادي هذا الاتجاه إلى التخفيف من حدة نظرية أعمال السيادة أحد أسلوبين ، أحدهما إن الذي يعني الحكومة من أعمال السيادة هو بقائها قائمة ، ومنفذة على الوجه الذي ترتضيه ، ولن يضيرها أن يتحمل أفراد المجتمع نتائج أعمال السيادة الضارة ، هذا بعدة منطقية لأعمال مبدأ المساواة الأفراد أمام التكاليف العامة . وينادي البعض إلى أبعد من ذلك بقبول دعاوى التعويض من قبل الأفراد ، كما هو الحال في فرنسا استناداً إلى نظرية تحمل التبعة ، إلا أنه يرد على ذلك بأنه غير مقبول في ظل نصوص تشريعية واضحة ترفض قبول أية طلبات تتعلق بأعمال السيادة اللهم إلا إذا ما تغيرت النصوص التشريعية .

أنظر د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 416 .

د. بسيوني عبد الغني عبد الله ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق النقاضي ، مصدر سابق ،

د. نعيم عطية ، النظرية العامة ، مصدر سابق ، ص 259 .

أما الأسلوب الثاني هو أن يعمل القضاء على التضييق من نطاق هذه النظرية ليتوافق التطبيق لها مع الظروف والأحوال التي تستلزم العمل بها فعلاً دون توسع .

د. إبراهيم شحاته ، المنازعات ذات الطابع الدولي ومدى خضوعها لولاية القضاء الوطني ، مجلة إدارة

قضايا الحكومة ، العدد الأول ، مطابع البلاغ ، 1965 ص 35 .

لحق الأفراد في الالتجاء إلى القضاء لتبرير أعمالها غير المشروعة، ويرد أصحاب هذا الرأي على أن أنصار فكرة أعمال السيادة القائلين بأن إنكارها يعد خلطاً بين الأمني والحقوق القانونية بالقول أن هذا غير صحيح ، لأن النصوص الحالية في قانون السلطة القضائية ومجلس الدولة هي نصوص غير دستورية ، لأنها تقرر عن طريق استخدام السلطة اللائحية الاستثنائين من خلال السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل في التشريع ، وكأن إصدار مثل هذه اللوائح الدستورية في حد ذاتها ، طالما أنها حجت حق النقاضي كليا وأغلقت باب الطعن بالإلغاء والتعويض¹ .

ثانياً : موقف القضاء

رأينا فيما سبق ، أن القضاء الفرنسي ، يسلم بضرورة قيام أعمال السيادة ، ويقوم بتطبيقها ، وأنه يعمل فقط على التضييق من دائرتها والحد آثارها فقط ، وفي مصر ينتهج القضاء الطريق نفسه باستثناء بعض الأحكام المتفرقة . لقد درجت بعض المحاكم المختلطة في مصر " قبل إلغائها منذ إنشائها إلى حجب أعمال السيادة من رقابة القضاء . استناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات من ناحية وإلى المبادئ القانونية العامة من ناحية أخرى ، فقد أصدرت محكمة الاستئناف المختلطة حكماً بتاريخ 11 آذار 1896 الذي نصه " إذ أنه من المقرر عملاً أن التنازل عن قطعة أرض لدولة أجنبية سواء كان بإرادة المتنازل أو بغم منه يعد عملاً من أعمال السيادة، أو من الأعمال السياسية التي لا تخضع لرقابة المحاكم ولا لتفسيرها ، ومن ثم لا تصلح أساساً لأي مطالبة مدنية أم القضاء " (2) ، ومن الأحكام الصادرة عن القضاء العادي قبل إنه مجلس الدولة ، حكم محكمة النقض الصادر في 23 تشرين الثاني 1944 " إن المحاكم هي المختصة بتقرير الوصف القانوني للعمل الصادر من السلطات العامة وهي صاحبة القول بفصل في أنه من أعمال السيادة ؛ حينئذ لا يكون لها أي اختصاص بالنظر فيه أو أنه عمل إداري وحينئذ يكون لها كامل الاختصاص في جميع الدعاوى التي ترفع

(1) د. سامي جمال الدين ، الرقابة على أعمال الإدارة ، مصدر سابق ، ص 347 .

وكذلك د. عبد الفتاح ساير داير ، نظرية أعمال السيادة ، مصدر سابق ، ص 371 .

وكذلك محمد عبد السلام بك ، أعمال السيادة في التشريع المصري ، مجلة مجلس الدولة ، السنة الثانية ، يناير ، 1951 ص 18 .

وكذلك د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 379 .

(2) أورد هذا الحكم د. حافظ هريدي ، أعمال السيادة في القانون المصري ، مصدر سابق ، ص 92 .

عنه " (1) . أما محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 1954/1/5 فقد عرفت أعمال السيادة " بأنها الأعمال التي تتصل بالسيادة العليا للدولة والإجراءات التي تتخذها الحكومة بما لها من سلطات حكم للمحافظة على الدولة وكيالي الخارج وبما يؤدي إلى منع المحاكم وعدم السماح للأفراد بإقامة الدعاوى بصدد المطالبة بالإلغاء أو التعويض " (2) . وكذلك لجأت هيئة المحكمة إلى التمييز بين الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية ، إذ قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 1966/12/10 بما نصه " الأصل أن معيار التفرقة في الأعمال الإدارية التي تباشرها الحكومة في حدود وظيفتها الإدارية وبين أعمال السيادة التي تباشرها بوصفها سلطة حكم مرده إلى القضاء الذي ترك له المشرع سلطة تقرير الوصف القانوني للعمل المطروح عليه ، وما إذا كان عملاً إدارياً عادياً يختص بنظره ويسمح للمحاكم قبول الدعاوى من قبل الأفراد بشأنها ، أو عملاً من أعمال السيادة يمتنع عليه النظر فيه عن طريق منع المحاكم من قبول الدعاوى من قبل الأفراد بصدد ، وأن ما يُعد في بعض الظروف عملاً عادياً قد يرقى في ظروف أخرى إلى مرتبة أعمال السيادة لارتباطه في ظل الظروف السياسية للدولة العليا وأحوالها الاجتماعية والاقتصادية المتطورة " (3) . إن هذا الحكم يوضح بجلاء أن للقاضي القول الفصل في تحديد ما يدخل في ولاية القضاء وما يخرج عنها .

(1) أورد هذا الحكم د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري، مصدر سابق ، ص 425 ، وكذلك د. السيد صبري ، مبادئ القانون الدستوري ، الناشر مكتبة عبد الله وهبة ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، 1946 ص 612 .

(2) من مجموعة أحكام السنة السادسة ، ص 406 ، رقم 588 ، لسنة 5 الفضائية .

(3) د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء لأعمال الإدارة ، مصدر سابق ، ص 109 .

الفرع الثاني

موقف الفقه والقضاء المصري من القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي

في ظل دستور 1971

سوف يتم تقسيم هذا الفرع على فترتين مستقلتين ، الأولى نبين فيها موقف القضاء في مصر في ظل دستور 1971 ، والثانية لبيان موقف الفقه بعد صدور دستور 1971 من القوانين التي تحجب كلياً حق التقاضي وأعمال السيادة .

أولاً : موقف الفقه

تنص م 68 من الدستور المصري لعام 1971 " التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الالتجاء إلى ضيقه الطبيعي ... ويحضر النص في القوانين على تحصين أي عمل إداري في مراقبة القضاء " ، وظاهر من هذا النص أن الدستور لم يقف عند حد تقرير حق التقاضي كمبدأ دستوري أصيل ، بل جاوز ذلك إلى حظر النص في القوانين على تحصين أي عمل إداري من رقابة القضاء ، وقد خص الدستور هذا المبدأ بالذكر رغم أنه لم يدخل في عموم المبدأ الأول الذي يقرر حق التقاضي للناس كافة ، وذلك رغبة من المشرع الدستوري في تأكيد الرقابة القضائية على القرارات الإدارية لهذا يذهب البعض من الفقه المصري ، أن نص م 68 قد أنهى الوجود القانوني لنظرية أعمال السيادة التي كانت تمثل نقطة سوداء في جبين المشروعية في النظام القانوني المصري وهي النظرية التي طلق عليها " أعمال السيادة " ¹ .

ويلاحظ أن المشرع الدستوري المصري قد نبذ هذه النظرية فحرم في المادة 68 ف2 منه على السلطة التشريعية أن تحصن أي عمل إداري من رقابة القضاء ولما كان وصف هذه الأعمال أو القرارات بأنه من " أعمال السيادة " يعد عملاً تحصيناً لهذا العمل من رقابة القضاء ، فإنه لا يجوز للسلطة التشريعية أن تقرر هذه الأعمال ، ومن ناحية أخرى أن هذا التحصين محرم في الأصل على السلطة التنفيذية ، كما إنه من باب أولى لا يجوز للقضاء أن يكيف طبيعة عمل إداري معين بأنه من أعمال السيادة ، ما دامت السلطة التشريعية لا تستطيع ذلك ، علاوة على أن القضاء ليس سلطة حكم في الدولة وإنما هو سلطة تقرير للنظم القانونية القائمة في ظل مبدأ المشروعية ² .

(1) د. وهيب عياد سلامة ، حق الالتجاء إلى القضاء ، مجلدات حقوق الإنسان ، مصدر سابق ص 285 .

(2) د. سامي جمال الدين ، الرقابة على أعمال الإدارة ، مصدر سابق ، ص 21 .

إذ يمكننا القول أن أعمال السلطة التنفيذية المتصلة بوظيفتها الإدارية كافة تخضع
للقضاء وبصفة عامة بدون استثناء⁽¹⁾. أما الأعمال المتصلة بعلاقة السلطة التنفيذية
بالسلطات العامة الأخرى في الدولة أو بعلاقاتها الدولية فإنها تخرج عن اختصاص القضاء
إعداد الاختصاص القضائي في الدولة إما لكونها لا تثير سوى المسؤولية السياسية
للسلطة التنفيذية أمام البرلمان أو لأن الاختصاص يعود إلى القضاء الدولي من دون القضاء
الوطني⁽²⁾.

ويذهب د. ماجد راغب الحلو ، إلى أن كافة القرارات الإدارية بلا استثناء تخضع
لرقابة القضاء الإداري ذلك أن المادة رقم 68 من دستور 1971 تقضي بأن " يحظر النص
في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء " . وهذا النص عام
شامل لا يتوقف عند حد تحريم نحن أي قرار من رقابة القضاء ، بل يتجاوز ذلك إلى
حظر تحصين أي عمل أو قرار إداري في الدولة من هذه الرقابة ، وعلى ذلك فإن النصوص
المتعلقة بأعمال السيادة في كل من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 / المادة الحادية
عشر . وقانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 / المادة السابعة عشر هي نصوص غير
دستورية تخالف نص المادة 68 من دستور 1971⁽³⁾.

ويذهب د. إبراهيم عبد العزيز شبحا إلى أن النص الذي جاءت به المادة 68 من
دستور 1971 بإلغاء وإزالة كافة موانع التقاضي يشمل جميع نصوص القوانين المانعة من
تقاضي ، عليه فإن النصوص المتعلقة بأعمال السيادة في القانون المصري الواردة في قوانين
مجلس الدولة المتعاقبة هي نصوص غير دستورية تخالف المضمون الذي جاءت به المادة 68
من دستور 1971⁽⁴⁾.

وتذهب د. سعاد الشرقاوي إلى أن نص المادة 68 من دستور 1971 ناسخا لكل
النصوص القانونية ، التقاضي ، كما أنه أساس للحكم بعدم دستورية أي نص مانع
للتقاضي قد يصدر بعد دستور 1971⁽⁵⁾.

(1) د. عبد الفتاح ساير داير ، نظرية أعمال السيادة ، مصدر سابق ، ص 59 .

(2) د. أحمد كمال أبو المجد ، مسؤولية الدولة عن الأفعال الضارة في النظامين الأمريكي والفرنسي ، مجلة
القانون والاقتصاد ، العدد الثاني ، 1971 ، السنة الأربعون ، مطبعة جامعة القاهرة ، ص 96 ، وكذلك

د. عبد الفتاح ساير داير ، المصدر نفسه ص 371 .

(3) د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 276 .

(4) د. إبراهيم عبد العزيز شبحا ، القانون الدستوري ، النظام الدستوري المصري ، مصدر سابق ص 165 .

(5) د. سعاد الشرقاوي ، الوجيز في القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 311 .

ثانياً: موقف القضاء

اتجهت المحكمة الإدارية العليا ، في حكم صادر لها في 1977/2/5 إلى النص على " إن القضاء الذي أرسى قواعد نظرية أعمال السيادة وكذلك الفقه لم يستطع كلاهما وضع تعريف أو معيار جامع مانع لأعمال السيادة لذا فإن القول الفصل في شأنها هو من اختصاص القضاء الذي يقرر بسلطته التقديرية ما يُعدّ من أعمال السيادة وما يُعدّ منها . وأنه رغم تعذر وضع تعريف جامع مانع لأعمال السيادة فإنه ثمة عناصر ومميزات تميزها عن الأعمال الإدارية العادية ، أهمها تلك الصبغة السياسية البارزة فيها لما يحيطها من اعتبارات سياسية فهي تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم بما لها من سلطة عليا لتحقيق مصلحة الجماعة السياسية ، والسهر على احترام الدستور والإشراف على علاقاتها مع الدول الأخرى وتأمين سلامتها وأرضها من الداخل والخارج ⁽¹⁾. من الواضح أن المحكمة ميزت بين ممارسة الحكومة لوظيفة وممارستها لوظيفة الحكم ، بعدة أمور منها الصبغة السياسية البارزة للعمل بسبب ما يحيط بها من اعتبارات سياسية ، وبذلك يمكن القول بأن المحكمة نظرت إلى النزاع الدوّس عليها بمنظار سياسي . ومن الأحكام المشابهة للحكم السابق حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1987/12/12 الذي يعرف أعمال السيادة " أنها نوع من الأعمال تخرج من رقابة القضاء لاعتبارات قد تكون في بعض صورها سياسية ورقابة القضاء عليها لا تتفق وطبيعة ولاية السلطة القضائية ⁽²⁾ .

(1) أورده د. حمدي عكاشة ، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ، مصدر سابق ، ص 164 .

(2) الموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء الخامس والعشرون ، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة ،

الفرع الثالث

موقف الفقه والقضاء المصري من القوانين التي تحجب جزئياً حق التقاضي

أولاً : موقف الفقه والقضاء من القوانين الاستثنائية التي تحجب جزئياً حق التقاضي

بينما سابقاً أن المشرع يسعى لإصدار القوانين التي تخول الإدارة اتخاذ الإجراءات اللازمة لمعالجة حالة الضرورة الناشئة من ظهور ظروف استثنائية في البلاد ، وسوف نحاول تتبع أبرز الأمثلة على هذه القوانين الاستثنائية التي تعد من تطبيقات الظروف الاستثنائية في القانون المصري ، متمثلة في الأحكام العرفية.

1. موقف الفقه

لقد كان موقف الفقه في مصر تجاه هذه القوانين أكثر تطوراً من موقف القضاء ، إذ استقر الفقه على جعل أعمال الطوارئ أعمالاً إدارية تخضع لرقابة القضاء ، وهكذا نرى أن تطور القضاء في مصر وبمساندة وحث فعالين من الفقه فيها، قد تطور بشكل كبير في مجال الحفاظ على حق افي اللجوء إلى القضاء في مواجهة زخم كبير من التشريعات الاستثنائية في قوانين عرفية مئولية الصدور وهنر وبدون شك - بموقفه المتطور هذا - على موقف المشرع المصري ، فتطور هو الآخر فبعد أن كان يضمن قانون الأحكام العرفية نصوه تحظر الطعن فيها⁽¹⁾. وصل هذا المنع فيه بنص دستوري واضح يمنع صدور تشريعات تحجب حق التقاضي "م 68 من دستور 1971 " وتلى ذلك قوانين تكرر تطبيق هذا القرار الدستوري .

أما فيما يخص موقف الفقه من قوانين التضمينات ، فلقد انتقد الفقه في مصر² ، إصدار مثل قوانين بسبب ما تتضمنه قوانين التضمينات عادة من إعفاء القائمين على إجراء الأحكام العرفية بعد انتهاء فترة الظروف الاستثنائية التي دعت إلى قيامها ، من كل مسؤولية أمام القضاء بعد حجب قانونياً جزئياً على حق التقاضي ، وهو بهذا يعد خرقاً للدساتير

(1) . د. عبد الغني بسيوني ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، مصدر سابق ، ص 168 .

(2) . د. عبد الغني بسيوني ، المصدر نفسه ، ص 123 .

د. فؤاد العطار ، كفالة حق التقاضي ، مصدر سابق ، ص 624 .

د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 193 .

التي يرد فيها نص بكفل حق النقاضي ، وحتى تلك البر التي لم يرد فيها نص فإنه لا بد
ول بشكل خرفا لنصوص أخرى يحتويها الدستور عادة مثل تلك المتعلقة بالولاية القضائية لو
استقلال القضاء أو حماية الحقوق وت الأساسية للأفراد . وأخيرا لا بد من ملاحظة أن
نص دستور مصر 1971 النافذ في م 68 ، قد حسم الأمر وحرّم أي قانون يحجب حق
النقاضي ، وإن كان حجباً جزئياً .

2. موقف القضاء

أعلنت الأحكام العرفية في مصر لأول مرة عام 1939 ، عند قيام الحرب العالمية
الثانية ، وقد استمر تطبيق هذه الأحكام طوال سنوات الحرب ، ورفعت بعد انتهاء الحرب سنة
1945 ، بعد ستة أعوام من تطبيقها . وأعلنت الأحكام العرفية للمرة الثانية عام 1948 . ثم
أعلنت الأحكام العرفية سنة 1952 ، لمواجهة الحالة التي نتجت عن حريق القاهرة في ذلك
اليوم ، ورفعت سنة 1956 ، بعد أن دامت أكثر من أربع سنوات ، وبعد عدة شهور من هذا
التاريخ أعلنت حالة الطوارئ في من تشرين الثاني 1956 بعد قيام العدوان الثلاثي على
مصر ، واستمر لغاية 1964 ، إذ رفعت بعد أن دامت أكثر من ثماني سنوات . وكانت المرة
الخامسة التي أعلنت فيها الأحكام العرفية في مصر في الخامس من حزيران سنة 1967 ،
عندما نشبت الحرب وانتهت حالة الطوارئ في شهر مايس 1980 بعد أن دامت أكثر من
ثلاثة عشر عاماً ، وأعلنت بعد ذلك الطوارئ سنة 1981 بعد الحوادث التي نتجت عنها
اغتيال الرئيس المصري السادات آنذاك .

ينضح من ذلك أن مصر قد خضعت لقوانين الأحكام العرفية وقوانين الطوارئ لمدة
طويلة ، تزيد عن مدة خضوعها لمداقوانين العادية⁽¹⁾ . لقد اتجه القضاء المصري إلى
اعتبار أعمال سلطة الطوارئ من أعمال السيادة التي لا تخضع لرقابة القضاء سواء تمثلت
تلك الأعمال في أوامر سلطة الطوارئ التنظيمية أم في ذها الفردية⁽²⁾ . ثم أقر القضاء
الإداري المصري فيما بعد التمييز بين أمر سلطاري وبين ما تتخذه هذه السلطة من
تدابير تنفيذاً لهذه الأوامر⁽³⁾ ، إذ اعتبر أن مرسوم الأحكام العرفية هو دون نزاع من أعمال

⁽¹⁾ يتم إعلان الأحكام العرفية في حالة وجود خطر داخلي مثل حدوث حريق أو وباء أو فيضان ، ويتم
إعلان حالة الطوارئ في حالة التهديد بحصول خطر خارجي كإعلان الحرب ، عبد الغني بسيوني ، مبدأ
المساواة أمام القضاء وكفالة حق النقاضي ، مصدر سابق ، ص 166 ، د. طعيمة الجرف ، مبدأ
المشروعية وضوابط خضوع الإدارة ، مصدر سابق ، ص 133 .

⁽²⁾ د. سامي جمال الدين ، الرقابة على أعمال الإدارة للقانون ، مصدر سابق ، ص 371 .

⁽³⁾ د. فاروق الكيلاني ، استقلال القضاء ، مصدر سابق ، ص 241 .

السيادة " يمثل حجب قانوني كلي لحق التقاضي " بينما اعتبر التدابير التي يتخذها القائم على
أجراء للنظام العرفي ، سواء كانت تدابير تنظيمية ليست إلا قرارات إدارية يجب أن
تخضع لرقابة القضاء إلغاءً وتعويضاً¹ .

كانت السياسة التشريعية في مصر قد اطرقت على إصدار قوانين تنص على أن
لا تسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في أي
إعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو قرار ، وبوجه عام أي أمر أمرت به أو تولته السلطات
القائمة على إجراء الأحكام العرفية ، عملاً بالسلطة المخولة لها بمقتضى نظام الأحكام
العرفية ، وذلك سواء كان هذا الطعن مباشرة عن طريق المطالبة بإبطال شيء مما ذكر أو
سحبه أو تعديله أم كان الطريق غير مباشر عن طريق المطالبة بالتعويض⁽²⁾ . ولم يكن النظام
القضائي المصري إنشاءً لمجلس الدولة يسمح للمحاكم بغير ولاية التعويض عن القرارات
الإدارية النهائية ، وهكذا كانت أعمال المحاكم العسكرية في مصر بعيدة من حيث منافسة
مشروعيتها عن رقابة القضاء⁽³⁾ . غير أن محكمة القضاء الإداري المصرية قد استقرت من
ناحيته على تقرير بطلان هذا الحظر وعدم الأخذ به ، إلا أن يكون الأمر أو الأجراء الذي
اتخذته عملاً بالسلطة المخولة للحاكم العسكري بمقتضى نظام الأحكام العرفية قد صدر في
حدود تلك الأحكام⁽⁴⁾ . وفي حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 12 تموز 1956 ، قررت "
أن قانون التضمنات يعفي الحاكم العسكري من المسؤولية عن أعمال جاوز فيها اختصاصه
أو ارتكبها بسوء نية⁽⁵⁾ . ويشكك الدكتور طعيمة الجرف ، في صحة حكم المحكمة الإدارية
العليا ويرجح وجهة نظر محكمة القضاء الإداري المذكورة سلفاً .
ويذكر - بحق - أن قبول ما قرره المحكمة الإدارية العليا يعني هدم كل ما أراده
الدستور في حصر الأحكام العرفية في حدود لا تصح تجاوزتها ، كما يقلب النظام العرفي من
نظام قانوني إلى نظام استبدادي⁶ .

(1) د. سامي جمال الدين ، رقابة القضاء لأعمال الإدارة ، مصدر سابق ، ص 372 .

(2) د. فاروق الكيلاني ، استقلال القضاء ، مصدر سابق ، ص 243 .

(3) د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء ، مصدر سابق ، ص 152 .

(4) د. طعيمة الجرف ، المصدر نفسه ص 136 .

(5) د. طعيمة الجرف ، المصدر نفسه ص 152 .

(6) د. طعيمة الجرف ، المصدر نفسه ص 157 .

د. إبراهيم شحاتة ، رقابة القضاء ، مصدر سابق ، ص 422 .

د. فؤاد العطار ، كفالة حق التقاضي ، مصدر سابق ، ص 669 .

ثانياً : موقف الفقه والقضاء من القوانين الخاصة التي تحجب جزئياً حق التقاضي

سنتناول في هذه الفقرة بيان نوعين من القوانين الأخرى التي تحجب حق التقاضي ، وهما القوانين المانعة في التقاضي ، والقوانين التي تنظم د أخرى " غير القضاء " لنظر المنازعات في فرعين مستقلين .

1. موقف الفقه

تباينت مواقف الفقه في مصر باتجاه قضاء محكمة القضاء الإداري ، وقضاء المحكمة الإدارية العليا التي سيتم الإشارة إليها لاحقاً عند بيان موقف القضاء من هذه القوانين، فذهب اتجاه إلى تأييد التفرقة بين الحظر كلي " الإلغاء والتعويض " ، والحظر الجزئي " الإلغاء فقط "، بينما ذهب اتجاه آخر إلى معارضة موقف المحكمتين من القوانين المانعة من التقاضي ، من القبول بوجود مثل هذه القوانين . وإذا كان موقف القضاء الإداري المصري أبان اعتناق أحكامه للتفرقة بين الحظر الكلي والحظر الجزئي للحكم على دستورية التشريع الذي يقضي بمنع الطعن ، قد تعرض للنقد من جانب غالبية الفقه المصري ، فقد كان طبيعياً أن نتعرض أحكام القضاء في المرحلة الثانية التي سلمت فيها المحكمة الإدارية العليا بدستورية بعض القوانين التي تحظر الطعن بالإلغاء أو التعويض معاً لنقد أعنف وأقوى⁽¹⁾ .

وأخيراً فإن دستور مصر النافذ 1971 قد حسم بصدوره الموقف من دستورية القوانين التي تحظر الطعن في الأعمال والقرارات الإدارية كافة وأصبحت هذه الأعمال والقرارات كغيرها من الأعمال العامة خاضعة لرقابة القضاء⁽²⁾ ، إذ جاء نص المادة 68 في هذا الدستور " يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء " .

(1) وللمزيد من التفاصيل بشأن الاتجاهات الفقهية ، أنظر : د. وهيب عياد سلامة ، حق الالتجاء إلى القضاء ، مصدر سابق ، ص 289 . د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء ، مصدر سابق ، ص 156 . د. سليمان الطماوي ، مشكلة استبعاد المشرع لبعض القرارات من رقابة القضاء ، مصدر سابق ، ص 126 . د. فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 177 . د. فؤاد العطار ، كفالة حق التقاضي ، مصدر سابق ، ص 662 . د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 420 .

(2) د. وسام العاني ، مصدر سابق ، ص 256 .

وكذلك صدر القانون رقم 11 لسنة 1972 حول وجود موانع التقاضي في بعض القوانين ونص في م 1 على أن " تلغى كافة صور موانع التقاضي الواردة في نصوص القوانين الآتي بيانها ... " ¹.

وفي حكم للمحكمة الإدارية في الدعوى رقم 13 لسنة 7 القضائية في 16 نيسان 1977 نقول : " إن مبدأ المشروعية لم تكن قد اكتملت عناصره وهو خضوع القرارات لرقابة القضاء أما وقد استقر هذا المبدأ واكتمل بإنشاء لدولة واختصاصه بإلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون ، ثم بالنص الصريح لنص المادة 68 من الدستور على حظر النص في القوانين على تحصين أي عملي من رقابة القضاء ، فلا يسوغ - من بعد - أن يهدر هذه الرقابة بنص القانون سواء شمل المنع دعوى الإلغاء ودعوى التعويض معاً أم اقتصر الأمر على منع دعوى الإلغاء ، وإلا كان هذا النص مخالفاً للمادتين 68 و 40 من الدستور " ².

كما قضت المحكمة الدستورية لها في مصر بعدم دستورية العديد من النصوص التشريعية التي حظرت في كثير من القرارات أو النظم منها أمام جهات القضاء ، كالتقنين التي تنص قرار لجان تقويم الأموال والممتلكات المؤممة أو الموضوعات تحت الحراسات قرارات نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي وجه من أوجه الطعن ³.

أما فيما يخص موقف الفقه المصري من القوانين التي تنظم جهات أخرى ، فقد انتقد

الفقه المصري صدور مثل هذه التشريعات بسبب :

- إن مثل هذه التشريعات تؤدي إلى اقتطاع جزء من وظيفة القضاء ، وإسناده إلى جهة غير قضائية تستقل بنظره ، يُعد اعتداءً على وظيفة السلطة القضائية ، الذي من شأنه أن ينتقص من ولاية القضاء التي أوجب الدستور أن تكون كاملة ⁴.
- كما يشكل صدور القوانين التي تقتطع جزءاً من وظيفة القضاء وتوكلها إلى جهة غير قضائية اعتداءً صارخاً على القضاء بوصفه سلطة مستقلة لها كيانه واستقلالها التام ⁵.

(1) د. محمود حافظ ، القرار الإداري ، مصدر سابق ، ص 147 .

(2) د. إبراهيم عبد العزيز شيجا ، مصدر سابق ، ص 571 .

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا ، 1983/2/5 ، القضية رقم 7 لسنة 2 القضائية ، مأخوذ من رابع لطفي ، مصدر سابق ، ص 265 .

(4) د. فؤاد العطار ، كفالة حق التقاضي ، مصدر سابق ، ص 140 .

(5) د. عبد الغني بسيوني ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، مصدر سابق ، ص 33 .

سعد عصفور ، رقابة القضاء ، مصدر سابق ، ص 138.

ويسلم الفكر القانوني الحديث بوصف القضاء سلطة مستقلة عن السلطات الأخرى في الدولة ، وليس مجرد وظيفة تتولاها المحاكم ¹ .

• عذ البعض من الفقه أن إنشاء جهات أخرى ومحاكم خاصة للفصل في المنازعات إخلالا بمبدأ المساواة أمام القضاء وإذقا له ⁽²⁾ . وحتى بعد صدور دستور 1971 النافذ ، فقد أكد البعض أنه لم يُعن بضمانات القضاء بالقدر الكافي ، فقد رددت الشعارات المعتادة باستقلال القضاء ، وحصانته ، ولكنه لم يحدد ولاية المحاكم ، وكيفية حل النزاع بينها ، وغير ذلك مما يترتب عليه إنشاء محاكم استثنائية لا تتوفر في أعضائها الشروط اللازمة لتولي القضاء . ومع ذلك طغى اختصاصها على اختصاص المحاكم العادية ، مثل محكمة الشعب ومحكمة الثورة ، والتي كانت تشكل من أشخاص غير مؤهلين ، وكان القانون يفهم بالبدئية ولا يحتاج إلى دراسة أو ممارسة أو خبرة كأي علم من العلوم ⁽³⁾ . وقد استمر ظهور مثل هذه المحاكم الاستثنائية ، فأنشئت محاكم أمن الدولة الخاصة بتوقيع الجزاءات على مرتكبي المخالفات ضد قوانين الأحكام العرفية ونظام الطوارئ والأوامر العسكرية الصادرة تنفيذاً لها ، والقضاء العسكري الذي حدد قانون الأحكام العسكرية اختصاصه ⁽⁴⁾ . (الأصل أن تقتصر ولاية السلطة القضائية العسكرية على ما يتعلق بالملاحقة والتحقيق والمحاكمة وعليه جرائم العسكرية من دون غيرها ، وهي الجرائم التي لا يرتكبها غير العسكري ⁵ .

2. موقف القضاء

شهدت مصر صدور العديد من التشريعات القانونية التي تحصن القرارات الإدارية الصادرة تنفيذاً لها من الطعن أمام القضاء ، ومن أمثلة هذه القوانين ، المادة الثالثة من القانون رقم 27 لسنة 1956 " الخاص بإلغاء الأحكام العرفية " الذي نصه " لا تسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى ، أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في أي إعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو قرار بوجه عام أي عمل أمرت به أو تولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبها ، وذلك سواء أكان هذا الطعن مباشرة عن طريق المطالبة بإبطال شيء مما ذكر أو بسحب أو تعديله أو بوقف تنفيذه ، أم كان الطعن عن طريق المطالبة

(1) فاروق الكيلاني ، استقلال القضاء ، مصدر سابق ، ص 18 .

(2) د. عبد الغني بسيوني ، النظم السياسية ، مصدر سابق ، ص 367 .

(3) د. عمر فاروق محل ، أثر قوانين نظم الطوارئ ، مصدر سابق ، ص 378 .

(4) د. عبد الغني بسيوني ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، مصدر سابق ، ص 378 .

⁵ د. عمر فاروق فحل ، مصدر سابق ، ص 378 .

بتعويض أو بحصول مقاصة أو بإبراء من تكليف أو التزام أو رد مال أو باسترجاعه أو باسترداده أو باستحقاقه أو بأية طريقة أخرى " ¹.

وكذلك القانون رقم 600 لسنة 1953 ، بشأن الإحالة إلى المعاش قبل بلوغ السن

المقررة لترك الخدمة فقد تضمن في مادته الثانية حكمين كل منهما قائم بذاته ، أولهما يقضي

بمنع الطعن بالإلغاء أو وقف التنفيذ وثانيهما يقضي بمنع سماع دعاوى التعويض ².

وقانون تنظيم الجامعات رقم 184 لسنة 1958 الذي حظر الطعن بالإلغاء أو وقف التنفيذ

لأمام أية جهة قضائية في القرارات والأوامر الصادرة في الهيئات الجامعية في شؤون طلابها ³.

وقانون التدابير الخاصة بأمن الدولة المرقم 119 لسنة 1964 ينص في المادة 4 منه

على أن ' لا يجوز الطعن بأي وجه من الوجوه أمام أي جهة كانت في قرارات رئيس

الجمهورية الصادرة بهذا الشأن ' ⁴.

وكذلك القانون رقم 24 لسنة 1960 ، نصت المادة 95 منه " ويجوز عند الضرورة

حل مجلس المحافظة أو المجلس القروي بقرار من رئيس الجمهورية ويكون غير قابل للطعن

فيه أمام أية جهة كانت " ⁵.

والمادة الثانية من قانون رقم 237 لسنة 1959 الخاص بنظام الاستيداع والتي تنص

على " إن القرار الصادر بالاستيداع يكون نهائياً ... " ⁶.

والقانون رقم 99 لسنة 1963 الذي يحصن القرارات الصادرة من الجهات القائمة

بالحراسة على بعض الأموال ⁷.

إن الأمثلة على هذه التشريعات الصادرة في مصر كثيرة جداً ، وقد زخرت كتب فقه

ن العام في مصر بالعديد منها ⁽⁸⁾. لقد عالج القضاء الإداري المصري هذا الموضوع ،

وقد مرّ قضاؤه بمرحلتين :

(1) د. سليمان الطماوي ، مشكلة استبعاد القرارات الإدارية من رقابة القضاء ، مصدر سابق ، ص 317.

(2) د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء ، مصدر سابق ، ص 423 .

(3) د. محمد عصفور ، استقلال السلطة القضائية ، مصدر سابق ، ص 202 .

(4) د. جمال العطيفي ، آراء في الشرعية والحرية ، مصدر سابق ، ص 292 .

(5) د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء ، مصدر سابق ، ص 119 .

(6) د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، قضاء الإلغاء ، مصدر سابق ، ص 428 .

(7) د. سليمان الطماوي ، المصدر نفسه ، ص 414 .

⁸ د. محمد عصفور ، مصدر سابق ، ص 202 . د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 410.

د. سليمان الطماوي ، مشكلة استبعاد المشرع لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء ، مصدر سابق ، ص 118.

المرحلة الأولى : إذ فرق اجتهد محكمة القضاء الإداري بين النص الذي يمنع التقاضي نهائياً " إلغاء وتعويضاً " ، والنص الذي يمنع سماع دعوى الإلغاء فقط ، ولا يحول من دون سماع دعوى التعويض ، فذهب إلى دستورية النص الأول ، وعدم دستورية النص الثاني .

المرحلة الثانية : إذ تبنت المحكمة الإدارية العليا بعد إنشائها التفريق الذي كانت قد تبنته محكمة القضاء الإداري ، إلا أن اجتهداها سرعان ما عدل عن ذلك واستقر على دستورية النص الذي يمنع التقاضي نهائياً حتى لو شمل المنع سماع دعاوى الإلغاء أو التعويض ¹ .

يتضح من ذلك عدم اتسام القضاء الإداري المصري بمبادئ واضحة ومستقرة بشأن القوانين المانعة من التقاضي ⁽²⁾ . أما فيما يخص موقف القضاء المصري من القوانين التي تنظم جهات أخرى لنظر المنازعات ، نجد إنه صدرت في مصر قوانين عديدة تنظم جهات أخرى لنظر المنازعات ، مثلاً هذه القوانين القانون رقم 178 لسنة 1953 الخاص بالإصلاح الزراعي الذي نص في م13 منه على أن منع جميع جهات القضاء من النظر في طلبات إلغاء أو وقف تنفيذ قرارات الاستيلاء أو في المنازعات المتعلقة بملكية الأطنان إلى عليها ، وجعل ذلك من اختصاص جهة قضائية أنشأها نصل في هذه المنازعات . والقانون رقم 598 لسنة 1953 الخاص بالأموال المصادرة من أسرة محمد علي نص في المادة 14 منه على حرمان المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها من سماع الدعاوى المتعلقة بالأموال التي صدرت وإنشاء لجان وقانونية للنظر في المنازعات التي تنشأ . وقد عد القضاء الإداري المصري هذه القوانين دستورية لأنها لا تنص على حق التقاضي وإنما تعدل قواعد الاختصاص ³ .

وقد بينت المحكمة الإدارية العليا في مصر حكماً لها في 1964/2/8 " أن التظلم أمام لجنة أخرى غير القضاء لا يعد بديلاً لحق المواطنين في الالتجاء إلى قاضيهم الطبيعي " ⁴ . وقد صدر في مصر قانون بشأن التدابير الخاصة بأمن الدولة رقم 119 لسنة 1969 ، قرر أن يكون التظلم في النزاعات المتعلقة بأحكامه أمام محكمة أمن الدولة العليا التي تشكل من ثلاثة مستشارين سنشاري محاكم الاستئناف ، ويجوز لرئيس الجمهورية أن يأمر

(1) وللمزيد من التفاصيل : د. وهيب عباد سلامة ، مصدر سابق ص 285 . د. سليمان الطماوي ، مشكلة استبعاد المشرع لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء ، مصدر سابق ، ص 123 . د. فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 169 . د. فؤاد العطار ، كفاية حق التقاضي ، مصدر سابق ص 656 . د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ص 416 .

(2) د. فاروق الكيلاني ، مصدر سابق ، ص 223 .

(3) د. فاروق الكيلاني ، مصدر سابق ، ص 335 .

(4) د. عبد الغني بسيوني ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفاية حق التقاضي ، مصدر سابق ، ص 183 .

بتشكيلها من ثلاثة من مستشاري محاكم الاستئناف ومن ضابطيين من الضباط القادة كما يجوز تشكيلها من ثلاثة من الضباط القادة . وتطبق المحكمة الإجراءات التي ينص عليها رئيس مهورية ولا يجوز الطعن بأي وجه من الوجوه في الأحكام الصادرة من هذه المحكمة¹ .

المطلب الثالث

موقف الفقه والقضاء العراقي من القوانين التي تحجب حق التقاضي

يقضي الأصل العام أن جميع القوانين والقرارات الإدارية يجب أن تكون خاضعة لرقابة القضاء ، غير أن المشرع قد ينص على تحصين القوانين والقرارات الإدارية من رقابة القضاء ، وهذا ما جعل كل من الفقه والقضاء في فرنسا ومصر يوجه سهام النقد إلى مثل هذه القوانين ، وذلك بسبب تعارضها مع مبدأ الفصل بين السلطات ، استقلال السلطة القضائية .

فهل كان موقف الفقه والقضاء العراقي من القوانين التي تحجب حق التقاضي منسجمة مع مومن الفقه والقضاء في فرنسا ومصر تجاه هذه القوانين أم كان متعارضاً معه ؟ إن الإجابة على هذا السؤالين منا تقسيم هذا المطلب لبيان القوانين التي تحجب حق التقاضي في العراق في فترتين زمنييتين متعاقبتين هما فترة ما قبل صدور دستور 1970 ، وفترة ما بعد صدور دستور 1970 .

(1) د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشرعية ورقابة القضاء ، مصدر سابق ، ص 140 .

الفرع الأول

موقف الفقه والقضاء في العراق من القوانين التي تحجب حق التقاضي

قبل دستور 1970

1. موقف الفقه

يذهب جانب من الفقه إلى أن النصوص التي تمنع القضاء من النظر في بعض القضايا ، تعتبر نصوص غير دستورية ، لأن لا يمكن افتراض قدرة المشرع على مصادرة حق التقاضي ، هذا الحق الذي لا يستمد من الدستور وإنما تمليه المبادئ العليا وقواعد العدل والإنصاف⁽¹⁾ .

ويذهب البعض الآخر إلى أن منع القضاء من النظر في الدعاوى بصورة كلية أو جزئية ، نصوصاً غير دستورية ، لأنها تتضمن اعتداءً خطيراً على حق من الحقوق العامة المقدسة التي استقرت في الضمير العالمي ، والتي يتعين على المشرع العادي بل والدستوري احترامها حتى لو لم يرد بشأنها نص صريح في صلب الدستور ، ذلك أن إلغاء حق التقاضي كلياً أو جزئياً أمر مخالف للدستور⁽²⁾ .

ويذهب البعض الآخر ، إنه على الرغم من امتداد العمل بنظرية أعمال السيادة إلى ما قبل النص عليها تشريعياً ، بموجب نص المادة 4 من قانون السلطة القضائية الملغى رقم 26 لسنة 1963 ، وصدر العديد من القوانين التي تنص على منع المحاكم من النظر في كل ما بعد من أعمال السيادة ، واتساع نطاق القائمة القضائية التي يأخذ بها القضاء وعلى الرغم من نتائج أعمال السيادة المتمثلة في الحجب الكلي لحق التقاضي ، وعلى الرغم من هذا كله مجتمعا فإن الفقه لم يهتم الاهتمام الكافي بهذه النظرية وقليلاً ما تكون توجهات البحث العلمية والرامية للبحث في هذا الموضوع . نحن نعتقد إلى أن السبب يعود إلى وجود الكثير من القوانين التي تحجب حق التقاضي (من غير أعمال السيادة) بموجب نصوص قانونية راجع كثير من المنازعات الإدارية عن ولاية القضاء وهي النتيجة المتحققة نفسها من وراء الحجب القانوني الكلي لحق التقاضي (أعمال السيادة) ، وهذا وضع ينفرد به النظام القانوني في العراق لاعتبارات كثيرة من أهمها الظروف التي يمر بها العراق منذ حوالي ثلاثة عقود ، وكذلك حداثة القضاء الإداري واختصاصه المحدود ، ورجحان كفة السلطة التنفيذية على حساب السلطين التشريعية والقضائية ، وفي كل الأحوال ، الأمر لا يخلو

(1) . د. عبد الله اسماعيل البستاني ، مساهمة في إعداد الدستور الدائم وقانون الانتخاب ، بغداد ، مطبعة سعد ،

1961 ص 67.

(2) . د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، مصدر سابق ، ص 132 .

من إلى أعمال السيادة في العراق . إذ يرى الأستاذ ضياء شيت خطاب أن يقوم القضاء وحده بتغيير أعمال السبب النتيجة القانونية ، من إذ استبعاد العمل من رقابة أو إخضاع القرا لهذه الرقابة ، ولم يحدد سيادته المعيار الواجب اتخاذه من القضاء، واكتفيأن تسترشد المحاكم العراقية بأحكام القضاء المصري والفرنسي¹.

1 . موقف القضاء

بصدد موقف القضاء العراقي من القوانين التي تحجب حق التقاضي قبل صدور دستور 1970 ، نجد أن أحكام القضاء في العراق وعلى رأسه محكمة التمييز هي أحكام قليلة في هذا الشأن ، بلكام محدودة ، ولعل السبب في ذلك يعود إلى كثرة القوانين الاستثنائية في العراق التي استطاع مزخلالها المشرع حجب حق التقاضي عن الأفراد . ومثل هذه القوانين قد أضافت توسعة تشريعية غير مألوفة على أعمال السيادة ، ذلك أن هذه القوانين قد استبعدت جميع المنازعات المتعلقة بباية القضاء ولم تعين أي مرجع آخر للطعن يمكن للفرد المتضرر اللجوء إليه².

لقد أصدرت محكمة تمييز العراق قرارا برقم 622 / حقوقية 1967 (هيئة عامة وبتاريخ 1997/11/11 وتتلخص وقائعها في أن المدعي ذ قد أقام دعوى أمام محكمة براءة الموصل برقم 652/ب/1963 ضد المدعي عليه وزير الدفاع و " ص " قائلاً بعريضة دعواه بأنه مع اخوته قد تعهدوا أعمالا تعود للإدارة المحلية في منطقة في دهوك ، وقد استخدم لذلك سيارات قلابة وبسبب حوادث الشمال قد استولى العصاة على إحداها ، والثانية تعرضت للقصف من قبل الطائرات العراقية . لذا طلب المدعي (ذ) إلزام وزير الدفاع بمبلغ 1500 دينار تعويضا له عن ميارنه ومنع معارضة المدعي عليه الثاني بملكية السيارة مع تحمليها المصاريف ، وفي أثناء المرافعة قصر المدعي دعواه على وزير الدفاع وصرف النظر عن المدعي عليه ، فقررت محكمة البداية في 1964/12/25 برد دعوى المدعي مع تحمليه

(1) ضياء شيت خطاب ، رقابة القضاء العراقي على القرار الإداري ، مجلة القضاء ، العدد الرابع ، تشرين أول ، 1955 ، إذ يرى سيادته بأنه مع عدم وجود نص قانوني في العراق ينص على أعمال السيادة ، وهذا القول قبل صدور القانون رقم 26 لسنة 1963 . ولكن المتفق عليه فقها وقضاء أن أعمال السيادة لا تخضع لرقابة القضاء .

(2) أنظر خالد عبد الغني عزوز ، دور القضاء الإداري العراقي في الرقابة على أعمال الإدارة ، بحث ترقية ، وزارة العدل المعهد القضائي ، 1991 ، ص 106 . وكذلك أحمد أكرم ، نظرية أعمال السيادة ، مصدر سابق ، ص 152 . وكذلك د. عبد الباقي نعمة عبد الله ، نظرية أعمال السيادة في القانون المقارن ، مصدر سابق ، ص 46 .

المصاريف مؤسسة قضائها على أن السيارة كحوزة المتمردين ، وقد وقع القصف عليها في طريق مقل بوجه السابلة ، وأن أي تنقل من ذلك التاريخ في هذه المنطقة يكون معرضاً للقصف لكونه من العصاة ، ولما كان قصف الطائرة العراقية قد وقع تنفيذاً لأوامر عسكرية لقمع التمرد ، مستندة في ذلك بما لها من حق شرعي على أراضي الدولة ، فيُعد ذلك من أعمال السيادة وخارجة عن اختصاص المحاكم بشكل تكون ممنوعة من سماع الدعاوى المقامة من قبل الأفراد بصددتها . وقد استأنف بعد ذلك الحكم البدائي أمام محكمة استئناف الموصل ، فقررت محكمة الاستئناف برقم 4 / 1965/ 10/5/1965 فسخ الحكم البدائي وإلزام وزير الدفاع غيابه للمستأنف 1500 دينار عن الأضرار التي أصابت السيارة مؤسسة قضائها على أن عمل الطيار قد قصفه كان خطأ وليس من أعمال السيادة . ولدى ييز الحكم الاستئنافي من قبل وزير الدفاع فقد قررت محكمة التمييز برقم 1948/حقوقية/1965 وبتاريخ 9/5/1966 نقض الحكم الاستئنافي ولما أعيدت أوراق الدعوى إلى محكمة استئناف الموصل ، قررت بتاريخ 11/10/1966 تأييد الحكم الصادر من محكمة بداءة الموصل برد الرى من إذ النتيجة . ولدى تمييز الحكم المذكور من قبل ذ ، أصدرت محكمة التمييز قراراً برقم 2789/حقوقية/66 وبتاريخ 29/12/1966 بتصديق الحكم الاستئنافي . وقدم عريضة لهذه المحكمة طلب فيها تصحيح القرار التمييزي المذكور وركن فيها إلى أن الاطرار لا يبطل من الغير ، وليس هناك أعمال سيادة في الموضوع ، وطلب تصحيح القرار التمييزي ونقض الحكم الاستئنافي ، وقد وجد أن الطلب مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً .

القرار :

لدى التدقيق والمداولة - من قبل الهيئة العامة - تبين من أوراق الدعوى ... ولما كانت المسألة الخاصة بقمع التمرد والأعمال العسكرية الأخرى التي تتخذها الحكومة تعُد من أعمال السيادة ، ذلك أن أعمال السيادة حسبما جرى عليه الفقه قضاءً ، هي تلك الأعمال التي تصدر من الحكومات بوصفها بحكم لا سلطة إدارة ، فتباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتصبح علاقتها بالسلطات العامة الأخرى أو الخارجية أو تتخذها اضطراراً للمحافظة على كيان الدولة في الداخل أو الذود عن سيادتها في الخارج أو لدفع الأذى أو الشر عن الدولة أو المسائل الخاصة بالأعمال الحرو قمع التمرد . ولما كانت المادة 4 من

إن السلطة القضائية قد نصت " ليس للمحاكم أن تنتظر في كل ما يُعدّ من أعمال سيادة الدولة " لهذا فإن المحاكم ممنوعة من النظر في هذه الدعاوى عملاً لنص المادة المذكورة⁽¹⁾.

هكذا إذن ترفض محكمة التمييز نلب التصحيح وتعدّ التصرفات الصادرة من قبل وزير الدفاع في هذه القضية من قبيل أعمال سيادة ، ومن ثم لا تخضع لرقابة القضاء .

نستنتج مما تقدم ، أن المحاكم العراقية قد درجت على منع المحاكم من نظر الدعاوى التي تتعلق بأعمال السيادة ، وكذلك القوانين التي تنص على سماع المحاكم الدعاوى المتعلقة بشأنها ، وهذا يعني أن المحاكم قد استندت على نصوص تلك القوانين كأساس قانوني

للمنع .

(1) قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد الرابع ، 1966 و 1967 ، وزارة العدل ، محكمة تمييز العراق .

الفرع الثاني

موقف الفقه والقضاء من القوانين التي تحجب حق التقاضي

في ظل دستور 1970

يقتضي دراسة موقف الفقه والقضاء أن نعرض في فقرتين ، الأولى سنخصصها لبيان موقف الفقه في العراق في ظل دستور 1970 من القوانين التي تحجب حق التقاضي ، على أن يتم تخصيص الفقرة الثانية لبيان موقف القضاء العراقي من تلك القوانين .

1. موقف الفقه العراقي في ظل دستور 1970

المرحلة الأولى : الفترة المحصورة بين عام 1970 وحتى عام 1989 .

يذهب د. مالك دوهان الحسن أن يكون المعيار في تحديد أعمال السيادة التي تؤدي إلى الحجب الكلي لحق التقاضي هو الرجوع إلى القواعد العامة ، ومبادئ القانون العام ، وأحكام القضاء المستقرة ، وضرورة الاسترشاد بأحكام القضاء الفرنسي مع مراعاة ظروف العراق الخاصة¹ .

أما د. عبد الباقي نعمة عبد الله فإنه يرجح معيار القائمة القضائية ، مع الأخذ بنظر الاعتبار طبيعة العمل وينقد سيادته القضاء العراقي بسبب العمل بمعيار الحصر العددي ، مقتدياً بالقضاء المصري ، إذ يرى أن الواجب على القضاء العراقي الإقتداء بالقضاء الفرنسي الذي يقصر نظامها على مجموعتين فقط أعمال الحكومة المتصلة بالبرلمان ، من جانب أو المتصلة بالعلاقات الدبلوماسية من جانب آخر ، ولا يستحسن الإقتداء بالقضاء المصري الذي يضيف المسائل الخاصة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي ، فهذه مسائل " التدابير " يمكن معالجتها ضمن نظرية الظروف الاستثنائية² .

ويذهب البعض إلى القول أنه لا توجد أعمال سياسية بطبيعتها وأعمال إدارية بطبيعتها والقول بذلك من الناحية القانونية ، وإن المعيار الراجح هو معيار القائمة القضائية على أن يراعى أمران ، الأول عدم وضع تعريف لأعمال السيادة حتى لا يقيد القاضي نفسه ،

(1) د. مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، الجزء الأول ، بغداد ، 1972 ص 351 .

(2) د. عبد الباقي نعمة عبد الله ، أعمال السيادة في القانون المقارن ، مصدر سابق ص 61 .

والثاني أن يكون التطبيق في مجال أعمال السيادة حصراً ولا تمتد للقرارات التي تتخذها

الإدارة لتنفيذ أعمال السيادة¹.

ويذهب البعض إلى أن أعمال السيادة من ضمن الاستثناءات الواردة على ولاية القضاء العامة وأن ما يخفف من خطورة أعمال السيادة على مناهضة سلطة الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية ، ومن ثم على مبدأ المشروعية نظرية الفقه القانوني الحديث وكذلك القضاء إلى تلك الأعمال نظرة الريبة والحذر منها ، فاتجه نحو التصديق من نطاقها وحصنها في أضيق الحدود الممكنة ، وقبول القضاء الحكم بالتعويض لها ، وإذا كانت النصوص القانونية المتضمنة استثناء بعض المنازعات من ولاية القضاء العراقي العادي تضيي صراحة الالتزام بما جاء فيها إذا كانت الإجراءات الإدارية قد تمت طبقاً لتلك القوانين ، إلا أن ذلك لا يعني وجوب الالتزام بذلك الاستثناء إذا ما تضمنت القرارات الإدارية المطعون فيها أمماً تجاوزاً

لحدود السلطة².

وتجدر الإشارة هنا إلى أن أعلاه يصدق بالنسبة لجميع الاستثناءات الواردة على الولاية العامة للقضاء من دون أعمال السيادة ، فهي تخرج عن أية رقابة قضائية فلا تكون محلاً للإلغاء أو التعويض، التنفيذ أو التفسير⁽³⁾. وإذا ما قررت صفة عمل السيادة لعمل ما فليس على القاضي إلا الحكم بعدم الاختصاص .

ويذهب د. إبراهيم الفياض إلى أن نظرية أعمال السيادة تحد من سلطة الولاية العامة للقضاء في نظر المنازعات التي يمكن أن تثار أمام القضاء ، وهنا يقع الدور على القاضي في الحكم بعدم الاختصاص عندما تعرض عليه دعوى تتعلق بأعمال السيادة⁴.

(1) د. عصام البرزنجي ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، مصدر سابق ، ص 78 .

(2) د. ماهر الجبوري ، مصدر سابق ، ص 152 .

(3) د. محمد الشافعي أبو راس ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 52 .

(4) د. إبراهيم طه الفياض ، ولاية القضاء العراقي العامة في نظر دعوى المسؤولية الإدارية ، مصدر سابق ،

المرحلة الثانية : الفترة المحصورة بين عام 1989 وحتى الوقت الحاضر .

يذهب جانب من الفقه إلى أن أعمال السيادة من الأمور المتفق عليها فقها وقضاءً وإن

استبعادها من رقابة القضاء ومنع المحاكم من سماع الدعاوى المتعلقة بصددتها ، ذلك أنها

تتناول موضوعات حيوية تتعلق بمصالح وطنية عليا لها صفة سياسية ¹.

ويذهب اتجاه آخر إلى أن نظرية أعمال السيادة وإن كانت تحد من اختصاص القضاء

بمنع المحاكم من سماع الدعاوى المتعلقة بصددتها ، طالما أن المصالح العليا للبلاد تقتضي

الأخذ بها في أي نظام قانوني ².

كما أن الاستثناءات التي توردتها القوانين على ولاية القضاء قد تجد مسوغاً في أن

قواعد القانون الخاص التي ألف للقاضي العراقي تطبيقها لا تلائم المنازعات الناشئة من جراء

تطبيقها ، ولهذا تحال هذه المنازعات إلى لجان ومجالس إدارية ذات اختصاص قضائي أقرب

إلى أن يكون إدارياً ، وإن كانت هذه اللجان تالس أبعد من أن تشكل قضاء إداري

بالمعنى الدقيق ³.

ويذهب البعض إلى إحلال نظرية الظروف الاستثنائية محل نظرية أعمال السيادة لأن

الأخيرة تعد ثغرة في جدار المشروعية ⁴.

ويرى قسم آخر ، أن هذه النصوص لا تشكل استثناء على الولاية العامة للقضاء مادام

أمر النزاع في النهاية سيؤول إلى القضاء ليقول كلمته فيه ⁵.

ونحن نرى أن هذه النصوص تشكل استثناء على الأصل العام ، وإن كان أخف وطأة

من الاستثناءات السابقة التي تؤدي إلى حل النزاع نهائياً بمعزل عن القضاء .

إن الفقه العراقي يكاد يكون متفقاً على الولاية العامة للفقه العراقي العامة سوى ما

يرد بشأنه نص خاص على خلاف الأصل العام ⁽⁶⁾. وقد وصل بعض الفقه في العراق دهشته

⁽¹⁾ د. عصام البرزنجي ، وآخرون ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، مصدر سابق ص 332 .

⁽²⁾ د. فاروق خماس ، محكمة القضاء الإداري في ضوء القانون 106 لسنة 1989، مصدر سابق ص 127.

⁽³⁾ د. فاروق خماس ، المصدر نفسه ، ص 119 .

⁽⁴⁾ عبد الله البياتي ، مصدر سابق ، ص 160 ويقول أننا لا نجد ضرورة ملحة لكل هذه المشقة فإن ثوب

المشروعية يمكن أن يتسع ، كثيراً من التشريعات الاستثنائية فلم الخروج عن المشروعية وتمزيق ثيابها الفضفاض على الرغم السير فيه أفضل من السير عارياً على أية حال .

⁽⁵⁾ د. عصام البرزنجي ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في العراق ، مصدر سابق ، ص 180 .

وكذلك صالح المنيوتني ، مصدر سابق ، ص 150 .

د. غازي فيصل ، الجديد في التشريع العراقي ، مجلة كلية صدام للحقوق ، العدد الرابع ، عام 2000 ،

ص 220 . وكذلك ضامن حسين العبيدي ، مصدر سابق ، ص 150 .

⁽⁶⁾ د. ماهر الجبوري ، مصدر سابق ، ص 121 .

واستغرايه من كثرة الاستثناءات على الولاية العامة للقضاء في القانون العراقي⁽¹⁾. ونحن نؤيد ما ذهب إليه الفقه العراقي على أن الأصل العام هو تقرير الولاية العامة للقضاء ولا يجوز الاستثناء من هذا الأصل إلا بوجود نص². ولقد وجه الفقه العراقي سهام النقد إلى إصدار هذه التشريعات، كما فعل الفقه المصري والفرنسي في التشريعات المماثلة الصادرة في مصر وفرنسا وغيرها من الدول. ويرى الأستاذ ضياء خطاب أن اموص التي تمنع التقاضي إطلاقاً تعد مخالفة للدستور وتخل بمبدأ المساواة أمام القانون، كما أن حرية التقاضي من الحريات الشخصية التي كفلها الدستور، إذ إن لكل إنسان حق المطالبة والدفاع عنه والتقاضي بشأن⁽³⁾، وتعد مخالفة لنص م63 فق ب من الدستور 1970⁴.

2. موقف القضاء العراقي في ظل دستور 1970

المرحلة الأولى : الفترة المحصورة بين عام 1970 حتى عام 1989 .

أصدرت محكمة تمييز العراق حكماً بتاريخ 1975/1/22 في الإضبارة المرقمة 35/حقوقية/1972 عُدَّت فيه مسألة منح الجنسية يُعدَّ عملاً من أعمال السيادة⁽⁵⁾. إذ كان ذلك في قضية تتلخص وقائعها أنه قد تم نزع الجنسية العراقية عن أحد الأشخاص، فقد قامت الحكومة في وقتها بنزع الجنسية العراقية عن الشخص بحجة، أنه ترك العراق فترة زمنية طويلة من جهة، ومن جهة أخرى فإن المدعي الذي أقام الدعوى هو أجنبي متولد في

(1) د. عصام البرزنجي، الرقابة القضائية لأعمال الإدارة، مصدر سابق، ص166 ويعد القانون الأساسي العراقي 1925 الأصل التاريخي لجميع التشريعات الصادرة في العراق التي قررت الولاية العامة للمحاكم المدنية إذ جاء في م73 منه " للمحاكم المدنية حق القضاء على جميع الأشخاص في العراق في الدعاوى المدنية والجزائية " كما نصت م18 في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1969 " تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية " وكذلك م3 من قانون التنظيم القضائي 160 لسنة 1979 " تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية " .

(2) د. عبد الرحمن الأيوبي، مصدر سابق، ص238.

(3) ضياء شيت خطاب، مصدر سابق، ص100 ونحن نؤيد هذا الرأي باعتبار أن هذه القوانين تخالف م63 فق ب من الدستور 1970 " حق التقاضي حق مكفول لجميع المواطنين " إذ كيف يكون حق التقاضي مكفولاً للمواطنين مع وجود هذا الكم الهائل من التشريعات المانعة من التقاضي، إذ نجد هذا التناقض ما بين النص الدستوري من جهة والنص القانوني من جهة أخرى.

(4) د. عصام البرزنجي وآخرون، مصدر سابق، ص232.

(5) د. عبد إسماعيل البستاني، مصدر سابق، ص24.

العراق من والد أجنبي غير مولود فيه . دفع محامي القضية في حينه بأن نزع الجنسية لا يُعدّ عملاً من أعل السيادة ، أصدرت محكمة البداية حكماً يقضي باعتبار منح الجنسية العراقية عملاً إدارياً عادياً يجوز للمحاكم نظره وليس أعمال السيادة . أصدرت محكمة التمييز حكماً في 1970/1/22 يقضي بأنه " لدى التدقيق والمداولة ... ولما كانت الجنسية رابطة قانونية سياسية ما بين أفراد الدولة ... لذا يكون نزع الجنسية واكتسابها من أعمال السيادة ، لا يجوز للمحاكم سماع الدعاوى المتعلقة بأحكام قانون الجنسية " ¹ .

ويلاحظ أن ما يتعلق بدعاوى الجنسية والنظر فيها ومدى اعتبارها من أعمال السيادة مسألة تثير الجدل ، إذ يرى الأستاذ ضياء شيت خطاب ⁽²⁾ ، أن مسألة إعطاء الجنسية العراقية لو الامتناع عن منحها أو إسقاطها عن العراقي لا يُعدّ من قبيل أعمال السيادة ، والقرار الذي يصدر بهذا الشأن هو قرار إداري بخضبة القضاء العراقي ، ويكون للمحاكم الحق في سماع الدعاوى بشأنها . وهو الرأي نفسه الذي ذهب إليه د. عبد الباقي نعمة عبد الله ⁽³⁾ ، إذ يقول : " نحن نميل إلى اعتبار ما يتعلق بدعاوى الجنسية من قبيل السلطة التقديرية للإدارة ، وليس من قبيل أعمال السيادة ولأن تخضع لرقابة القضاء ما لم يوجد نص قانوني صريح بمنع المحاكم من النظر في المنازعات بالجنسية " ، وبالفعل فقد صدر قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 413 في 1975/4/15 الذي منع المحاكم من النظر في المنازعات المتعلقة بالجنسية ⁴ .

أما في مصر - على سبيل المثال - تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالجنسية على الرغم من عدم النص صراحةً على تخويلها هذا الاختصاص عند إنشائها عام 1946 . وعندما نص المشرع على اختصاص مجلس الدولة بالنظر فيما يتعلق بدعاوى الجنسية في القانون رقم 55 لسنة 1959 قد حسم خلافاً بين جهتي القضاء ، فقد كان القضاء العادي يقبل النظر في المنازعات المتعلقة بدعاوى الجنسية قبل أن ينص المشرع على اختصاص مجلس الدولة بنظر دعاوى الجنسية ⁵ .

⁽¹⁾ د. عبد الله إسماعيل البستاني ، مصدر سابق ، ص 24 .

⁽²⁾ ضياء شيت خطاب ، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1973 ،

ص 139 .

⁽³⁾ د. عبد الباقي نعمة عبد الله ، مصدر سابق ، ص 30 .

⁽⁴⁾ خالد عبد الغني عزور ، مصدر سابق ، ص 106 .

⁽⁵⁾ د. محمد كامل ليلة ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، دار الفكر العربي ، بيروت ، 1970 ، ص 476 ، وبناءً على ما تقدم أصدرت المحكمة الإدارية العليا في 1959/6/13 حكماً يقضي " أن من الطبيعي أن يصدر الحكم في الجنسية في مواجهة الجهة الإدارية المختصة (وزارة الداخلية) لذا فإن =

المرحلة الثانية : الفترة المحصورة بين عام 1989 وحتى الوقت الحاضر .

يمثل العام 1989 في العراق نقطة تحول في تاريخ القضاء العراقي ، فبعد أن كان العراق من دول القضاء الموحد ، أصبح بعد ذلك من دول القضاء المزدوج ، بعد استحداث محكمة القضاء الإداري بموجب المادة السابعة من قانون رقم 106 لسنة 1989 * قانون التعديل الثانيمجلس شوري الدولة * ⁽¹⁾. وفيما يتعلق بموقف القضاء الإداري العراقي بعد صدور القانون 106 لسنة 1989 ممثلاً بمحكمة القضاء الإداري عن أعمال السيادة نجد أنها واضحة ، ولا يوجد خلط بينهما وبين الأعمال التي تتم في الظروف الاستثنائية كما حدث في القضاء العادي . إذ لا توجد قرارات مجلس شوري الدولة إشارة إلى أعمال السيادة وقد يعود السبب في ذلك إلى تضاح فكرة أعمالسيادة لدى قضائنا الإداري في العراق ⁽²⁾. وما دمننا نبحث في موقف القضاء العراقي في الفترة المحصورة ما بين عام 1989 وحتى الوقت الحاضر ، نود أن نشير إلى أحد القرارات الصادرة من قبل محكمة تمييز العراق في عام 1992 بشأن القوانين التي تحجب كلياً ، التقاضي " أعمال السيادة " .

فقد أصدرت محكمة التمييز القرار المرقم 39/هيئة عامة/1992 ، على أثر تمييز السيد وزير الدفاع فضلاً عن وظيفته على قرار محكمة بداءة كركوك الخاصة بالتمييز عليه ن الذي ادعى أنه عندما سيطر المخربون على مدينة كركوك جعلوا من بعض المناطق القريبة من داره المرقمة . . . في مقاطعة . . . مركز للتجمع لهم مما جعل المنطقة هدفاً للقصف بالمرورحيات والآن قبل الجيش العراقي فأصبحت مساحة كبيرة بالقصف ومن ضمنها دار المذكور ، وبما أن القوات العراقية تابعة للمدعي عليه وزير الدفاع إضافة إلى وظيفته لذا فإنه يُعدّ مسؤولاً بالنتيجة عن الأضرار التي لحقت بداره . أصدرت المحكمة بتاريخ 9 / 9 / 1991 حكماً غيابياً بحق المدعي يقضي بإلزامه فضلاً عن وظيفته بتأديته إلى المدعي مبلغاً عن الأضرار الحاصلة بداره ، فاعترض المدعي عليه لدى محكمة الموضوع طالباً بإبطال الحكم الغيابي المعارض عليه ، لعدم قناعة المعارض عليه بالحكم فقد طعن به تمييزاً ، وقررت محكمة التمييز شكلاً ووجدت أنه لدى الرجوع للنصوص القانونية النافذة ، فإن

=المادة 20 من القانون 160 لسنة 1955 الخاص بالجنسية والقوانين المعدلة له تنص على أن يعطي وزير الداخلية كل ذي شأن شهادة الجنسية المصرية . . . ويُعدّ امتناع وزير الداخلية على إعطائها في الميعاد رفضاً للطلب ، ولمن يرفض طلبه حق التقاضي أمام الجهات المختصة " . وهذا يعني أن القضاء الإداري المصري يختص بنظر منازعات الجنسية عن طريق الطعن بالإلغاء في قرار وزير الداخلية الصريح أو الضمني .

⁽¹⁾ د. عصام البرزنجي ، مجلس شوري الدولة وميلاد القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 156 .

⁽²⁾ عبد الله البياتي ، مصدر سابق ، ص 159 .

المادة العاشرة من قانون التنظيم القضائي 160 لسنة 1979 تنص " لا ينظر القضاء في كل ما يُعدّ من أعمال السيادة " وإن النقاط التي يجب الأخذ بها هي عما إذا كان الفعل الذي قام به المدعي عليه المتمردين قد تمركزوا بالقرب من داره واتخذوا منه مقراً لتنفيذ هذا العصيان ، لذا فلا مناص للسلطة إلا باستعمال القوة المسلحة ، إذ إن قمع المتمردين بما في ذلك هو من واجبات السلطة ، ولها في سبيل ذلك أن تتخذ التدابير الضرورية للقضاء على التمرد بما في ذلك الأعمال ، عليه فإن العمل الذي قامت به السلطة يُعدّ من أعمال السيادة ولا يكيف بصورة أخرى ، لذا يتضح أن محكمة الموضوع قد أخطأت في التكييف القانوني ولما تقدم نقض الحكم المميز ¹ .

من كل ما تقدم نستنتج أن القضاء العراقي في الفترة المحصورة بين عام 1989 وحتى الوقت الحاضر قد دأب على عدم النظر في الدعاوى التي تتعلق بأعمال سيادة الدولة ، استناداً إلى نصوص القوانين التي تنص على منع القضاء من النظر في كل ما يعتبر من أعمال سيادة الدولة .

(1) كذلك فقد صدرت ، العديد من القرارات من قبل الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة ، حول نصوص القوانين المانعة من التقاضي ، من هذه القرارات ، قرار الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة بتاريخ 30 / 4 / 1995 والذي جاء فيه " ... ولدى عطف النظر على القرار المميز ، وجد إنه صحيح ومطابق للقانون ذلك إن القرارات الصادرة من قبل اللجان في المنازعات الزراعية يعترض عليها لدى لجان التدقيق ، بموجب قانون الإصلاح الزراعي رقم 117 لسنة 1970 ، وتكون المحاكم ممنوعة من سماع الدعاوى الناشئة عن تنفيذ أحكامه وفق المادة 33 / 4 ، والمادة 45 منه ، أنظر : علي حسين أحمد الفهداوي ، مجلس الوزراء في دساتير العراق والعهد الجمهوري ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، بغداد ، 1997 ص 149 .

المبحث الثاني

أوجه مخالفة القوانين التي تحجب حق التقاضي لأحكام الدستور

يُخضع الدستور ، القانون العادي لقيود معينة ، فيما يتعلق بالشكل والاختصاص والمحل . فبين الدستور المراحل التي يمرّ بها التشريع لكي يصبح قانوناً ، كما يحدد الهيئات التي تملك المساهمة في عملية التشريع ، كما أنه يضع القيود الموضوعية التي لا يجوز للتشريع أن يتعداها .

وإذا كانت القاعدة العامة تتمثل في أن السلطة التشريعية تستقل بتقدير أهداف التشريع لتعلق ذلك بنطاق السياسة ، أكثر من تعلقه بنطاق القانون ، إلا أن البعض من الفقهاء ، يرى أنه لا يجوز للمشرّع أن يخرج عن روح الدستور ، وإلا عدّ ذلك انحرافاً في استعمال سلطاته، مما يجيز للقاضي الدستوري أن يلغي القانون الصادر المشوب بهذا الانحراف ¹ . عليه سوف يتمّ تقسيم هذا المبحث على مطلبين مستقلين ، وكما يأتي :

المطلب الأول: أوجه المخالفة الشكلية للقوانين التي تحجب حق التقاضي لأحكام الدستور .
المطلب الثاني: أوجه المخالفة الموضوعية للقوانين التي تحجب حق التقاضي لأحكام الدستور .

⁽¹⁾ د. رمزي طه الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 502 .

المطلب الأول

المخالفة الشكلية للقوانين التي تحجب حق التقاضي لأحكام الدستور

تتمثل المخالفة الشكلية للقوانين التي تحجب حق التقاضي لأحكام الدستور ، في الخروج عن القواعد العامة في نص أو مخالفة قواعد الشكل والإجراءات التي يتطلبها الدستور لكي يصبح قانونا .

الفرع الأول

مخالفة قواعد الاختصاص

الأصل أن السلطة التشريعية هي التي تقوم بمهمة التشريع ولا يجوز الخروج عن هذا الأصل إلا بنص صريح في الدستور ، كما أن السلطة التنفيذية تتولى أعمال التنفيذ ، ولا يجوز لها أن تتدخل في أعمال التشريع إلا بنص صريح في الدستور ⁽¹⁾. ولما كان الأمر كذلك فلا يجوز للسلطة التشريعية أن تفوض في عملية التشريع السلطة التنفيذية ما لم يصرح الدستور لهذا بهذا التفويض ، فإن قامت بهذا التفويض ولم يكن الدستور قد صرح بذلك ، فإن القانون الذي صدر على أساسه عن طريق السلطة التنفيذية يُعد غير دستوري ، ويكون معيباً بعدم الاختصاص لصدوره من سلطة غير مختصة بالتشريع ⁽²⁾. وكذلك نجد بعض الدساتير قد نصت صراحة على حق السلطة التشريعية في تفويض السلطة التنفيذية اختصاص في التشريع ، إلا أنها تضع قيوداً على استعمال هذا الاختصاص فنجد أن الدستور المصري 1971 قد نص في المادة 108 منه على أن " لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية وبناءً على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون ، ويجب أن يكون التفويض لمدة محددة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها ، ويجب عرض هذه

⁽¹⁾ إذ أن الأصل يقضي أن السلطة التشريعية تتولى إصدار التشريع طمة التنفيذية تتولى أعمال التنفيذ لهذا التشريع ، والسلطة القضائية تتولى النظر في المنازعات المتعلقة بشأنها والفصل فيها .

د. مصطفى الزلمي ، أحمد بدير ، المدخل لدراسة القانون ، مطابع التعليم العالي ، جامعة الموصل ، كلية القانون ، 1987 ص 123 .

De Laubadare (Andre) ; Des , Pliens Proviors 14 demi-decrets , Dauyozo, 1952, Horn P. 75 .

القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد، مدة التفويض ، فإذا لم تعرض أو عرضت ، ولم يوافق عليها المجلس زال ما كان لها من قوة القانون " ¹ .

كذلك نجد أن الدستور الكويتي الصادر عام 1962 ، قد نص في المادة 50 على أنه " ... لا يجوز لأي سلطة ، النزول عن كل أو بعض اختصاصاتها المنصوص عليها في هذا الدستور " مما يفهم منه أن هذا الدستور قد تفويض التشريعي، إلا أن المذكرة التفسيرية، ولها قوة القانون في بعض اختصاصها المنصوص عليها في الدستور والمقصود بصفة خاصة هو منع تنازل السلطة التشريعية عن كل اختصاصاتها أو بعضها للسلطة التنفيذية بمعنى عدم جواز التنازل عن نوع من التشريعات والاختصت مما يسمى "تفويضا للسلطة" ، إلا أن هذا النص لا يمنع السلطة التشريعية من أن تفوض الحكومة من تولى - معين بالذات ولظرف خاص أن يتولاه المشرع بقانون . وفي هذه الحالة قد يبين القانون بعض التوجيهات أو الأحكام الرئيسة التي يجب أن تلتزمها الحكومة في ممارسة هذا الحق ، كما لا يتعارض نص هذه المادة مع قوانين السلطة التامة التي تقتضي وجود ضرورة استثنائية ، أن تعهد السلطة التشريعية إلى السلطة التنفيذية بمواجهة أمر مهم ² .

كذلك نجد المادة 39 من دستور فرنسا 1958 حيث تنص " لرئيس الوزراء ولأعضاء البرلمان ، الحق في اقتراح القوانين " ⁽³⁾ . وإذا كانت الوظيفة الأساسية للسلطة التنفيذية ، تتمثل في تنفيذ القانون دون سبه ، فإن الدستور قد يبيح في بعض الظروف القيام لعملية التشريع للسلطة التنفيذية في نطاق معين ، وعلى ذلك فإن تعدت هذه السلطة نطاق أعمالها

⁽¹⁾ إذ نجد أن من بين القيود التي أوردتها المشرع الدستوري المصري تتمثل بـ :

- ضرورة حصول رئيس الجمهورية على تفويض من مجلس الشعب .
- أن يكون البلد في حالة ضرورة " ظروف استثنائية " تستوجب مثل هذا التفويض .
- أن يصدق مجلس الشعب على هذه القرارات خلال فترة محددة .
- د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ص 143.
- ⁽²⁾ د. محمد عصفور ، استقلال السلطة القضائية ، مصدر سابق ص 169 .
- د. فاروق الكيلاني ، مصدر سابق ص 23 .

⁽³⁾ على العكس من ذلك نجد أن بعض الدساتير الفرنسية ومنها الدستور 1946 " دستور الجمهورية الرابعة " نص في المادة 17 " يصوت البرلمان وحده على القانون ولا يملك أن يفوض هذا الحق في أي حال من الأحوال "

وبالرغم من صراحة النص فإن تقليد المراسيم التفويضية في فرنسا عادة هذا يمثل نشوء أحد الأعراف

الدستورية التي تقتضي بتفويض السلطة التنفيذية بإصدار قوانين في مواضيع معينة .

د. سيد القاضي ، القوانين المانعة من الطعن وأحكام الدستور ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثالث، السنة الخامسة عشرة ، دار الاتحاد العربي ، 1971 ص 758 .

المحددة في الدس ، وأصدرت تشريعاً في غير الحالات المقررة لها بأن صدر ذلك القانون ومسّ أو انتقص من حق معين من الحقوق ، كحق النقاضي كان القانون مشوباً بعدم الاختصاص ، وعد قانوناً غير دستورياً¹ .

ولذلك نجد أن بعض الدساتير تعطي الحق للسلطة التنفيذية في أن تمارس سلطة التشريع في حالة الضرورة من دون الرجوع إلى تفويض سابق من السلطة التشريعية .

ومن ذلك الدستور المصري 1971 ، إذ نجد أن المادة 147 تنص " إذا حدث في غيبة

مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، جاز لرئيس الجمهورية

أن يصدر في شأنها قرارات لها قوة القانون " ² .

من كل ما تقدم ، نستنتج أن السلطة التشريعية ، هي التي تختص بأعمال التشريع ،

ويقتصر دور السلطة التنفيذية على أعمال هذا التشريع ، ويجوز في حالة الضرورة "

الظروف الاستثنائية " بناءً على وجود نص دستوري تفويض السلطة التنفيذية على إصدار

تشريعات معينة بشروط محددة ، على أن لا يؤدي قيام هذه الأخيرة بإصدار مثل هذه

التشريعات إلى مصادرة أو تقييد حق معين من الحقوق ، وإلا عد قانوناً غير دستورياً ، ذلك

أن حق السلطة التنفيذية في إصدار مثل هذه التشريعات مقيد بشروط يتوجب مراعاتها³ .

(1) د. رمزي طه الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 506.

(2) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظام الدستوري المصري ، دستور 1971 ، دار النهضة العربية ، 1984 ، ص 95 .

(3) عبد الله البياتي ، مراحل العملية التشريعية في الدساتير العراقية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة

الفرع الثاني

مخالفة قواعد الشكل

يُمر التشريع ، بمراتعددة ، يترتب على عدم استيفائه للإجراءات الشكلية الجوهرية التي يوجب الدستور إتباعها في حدوده ، أن يصبح باطلاً متعيناً إلغائه أو الامتناع عن تطبيقه على الواقعة المعروضة ، ومن أمثلة المخالفات الشكلية صدر القانون من دون موافقة الأغلبية البرلمانية المحددة دستورياً ، أو من دون تصديق رئيس الدولة في الأحوال التي يوجب فيها الدستور ذلك ⁽¹⁾ . فإذا كانت القاعدة التي تسيطر على الساتير البرلمانية عامة هي أن القانون لا يصدر إلا إذا صلب على رئيس الدولة ، فإن بعض الساتير تُعطى لسلبرعية وسيلة تتلافى بها اعتراض رئيس الدولة على مشروع القانون ، إذ يرد القانون بعد هذا الاعتراض في المجلس التشريعي لغرض مناقشته ، وإذا أصر المجلس على رأيه السابق بأغلبية معينة ، لتزم رئيس الدولة بإصداره ² .

ومن ذلك ما قرره دستور جمهورية مصر لعام 1971 في المادة 113 التي نصت على أنه ' إذا أترض رئيس الجمهورية مشروع قانون أقره مجلس الشعب رده إليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس إياه ، فإذا لم يردانون في هذا الميعاد عدّ قانوناً وصدر ، وإذا رد في الميعاد لم تقدم إلى المجلس وأقره ثانية ثلثي أعضائه عدّ قانوناً وأصدر ' ³ .

ومن ذلك دستور لبنان 1926 في المادة 57 " لرئيس الجمهورية الحق بأن يطلب إعادة النظر في القانون مرة واحدة من خلال المهلة الميعنة لنشره ، ولا يجوز أن يرفض طلبه وعندما يستعمل الرئيس حقه هذا يصبح في حل من نشر هذا القانون إلى أن يوفق عليه المجلس بعد مناقشة أخرى في شأنه ، وإقراره بالأغلبية المطلقة من مجموعة الأعضاء الذين يؤلفون المجلس قانوناً " ⁴ .

هذا ومن حق الجهة المنوط لها الرقابة على دستورية القوانين أن ترافق التشريع من الناحية الشكلية ، لتأكد من صدوره عن الهيئة التي حولها الدستور حق إصداره وتباعه الإجراءات المطلوبة لصدوره .

⁽¹⁾ يمر مشروع قانون بمرأل حتى يصبح قانوناً ، مرحلة اقترأ مشروع القانون ، مرحلة الإعداد ، مرحلة طرحه للمناقشة والتصويت ، مرحلة التصديق ، مرحلة الإصدار . وأخيراً النشر في الجريدة الرسمية د. مصطفى الزلمي . د. أحمد علي بدير ، مصدر سابق ص 83 . د. مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، مصدر سابق ، ص 120 .

⁽²⁾ عبد الله البياتي ، مرأل العملية التشريعية في الساتير العراقية ، مصدر سابق ، ص 93 .

⁽³⁾ د. وجدي ثابت غبريال ، حماية الحريات في مواجهة التشريع ، مصدر سابق ص 101 .

⁽⁴⁾ د. محسن خليل ، القضاء الإداري اللبناني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1982 ص 221 .

المطلب الثاني

المخالفة الموضوعية للقوانين التي تحجب حق النقاضي لأحكام الدستور

قد يتدخل المشرع في مجال الحقوق والحريات العامة ، إذا ما أجاز الدستور له ذلك ، بأن أحال النص الدستوري المقرر للحق إلى التشريع لتنظيم مباشرة ذلك الحق أو تلك الحرية ، وفي هذه الحالة ، قد يقيد المشرع من ممارسة هذه الحقوق والحريات ويضيق من نطاق استعمالها . ومع ذلك فإن التساؤل الذي طرحه الفقه الدستوري حول ماهية الحدود الفاصلة بين التنظيم المباح للحرية والانتقاص المحظور منها بفعل المشرع لم يزل مطروحاً بلا إجابة قاطعة ، إذ أنه من المتصور أن يخرج المشرع عن حدود مهمته التشريعية فلا ينفذ إرادة السلطة التأسيسية ، ولا يصدر تشريعاً مكملاً لإرادة تلك السلطة ، بل على العكس قد يخالف مقتضى النصوص ذاتها فيقتصر على بيان أسسها وتسجيلها ، ولكن التنظيم الذي يوضع للحريات لا يتم بصدر القانون الذي يحيل إليه الدستور ، ومن الوارد بطبيعة الحال أن يفرض القانون قيوداً على ممارسة الحق⁽¹⁾ . وعلى ذلك فإن الأحكام الواردة في نصوص الدستور ، قد تكون غير كافية للتعرف على الحقوق والحريات ، بل يلزم مراجعة القوانين التي تصدر بتنظيمها وتحديد مباشرة مباشرتها⁽²⁾ . فالمشرع الدستوري حين يقرر للأفراد حقهم في اللجوء إلى نضاء " حق النقاضي " ويحيل إلى المشرع العادي مهمة تنظيم هذا الحق من خار قواعد قانونية عادية ، وعندئذ يقع على عاتق المشرع العادي التزامين :

الأول : يلتزم المشرع العادي أن يصدر قانوناً عادياً يختص بتنظيم وكفالة حق النقاضي .
الثاني : يتمثل بعدم تضمين القانون الصادر عن المشرع العادي أي مبدأ أو حكم يتعارض مع المبدأ الأساسي الوارد في الدستور ، بمعنى أن المشرع الدستوري قد كفل حق النقاضي ، ومن ثم لا يجوز للمشرع العادي أن يص أو يحظر هذا الحق من خلال تنظيمه له⁽³⁾ . ويثار التساؤل الآتي ، متى يكون القانون العادي متوافقاً مع أحكام الدستور من الناحية الموضوعية ؟ إن الإجابة على هذا السؤال تقتضي أن نعر

⁽¹⁾ د. الشافعي محمد البشير ، القانون الدستوري والنظم السياسية دار المعارف ، الإسكندرية ، 1971 ،

⁽²⁾ د. سعد عصفور ، مشكلة الضمانات والحريات العامة في مصر ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ،

⁽³⁾ د. سيد القاضي ، مصدر سابق ، ص 687 .

لأوجه مخالفة القوانين التي تحجب حق النقاضي للقيود الموضوعية الواردة في الوثيقة الدستورية ، وكذلك مخالفة تلك القوانين لروح الوثيقة الدستورية .

الفرع الأول

مخالفة القوانين للقيود الموضوعية الواردة في الوثيقة الدستورية

يضع المشرع الدستوري قيوداً على استعمال السلطة التشريعية حقها في وضع التشريع ومن ذلك تحريم الدستور حق النقاضي ، والمصادرة العامة ، وإسقاط الجنسية بشكل يجب على القانون ألا يمس هذه المبادئ التي رغب المشرع الدستوري بحمايتها⁽¹⁾ . ولكن المشرع ، رى أحياناً - لأهداف تختلف بطبيعتها - أن يضيف على بعض صور النشاط الذي تقوم به السلطة التنفيذية - مثلاً - حصانة تعصمها من رقابة القضاء . سواء تم ذلك في شكل تصرف قانوني ، كإصدار القرارات الإدارية ، أو كان مجرد فعل أو عملاً مادياً⁽²⁾ . ومؤدى إضافة الحصانة ، أن تمتنع المنازعة بشأن صحة النشاط ، ومن ثم لا يترتب عليه ثمة مراكز قانونية أو حقوق ، وذلك على خلاف العامة التي ترد في صلب الوثيقة الدستورية . إذ أن الأصل العام يقضي ، أن تمارس السلطة التنفيذية نشاطها في حدود رسمها القانون سلفاً . فإن تخطت هذه الحدود حق مقاضاة هذا النشاط ، عن طريق اللجوء إلى السلطة القضائية⁽³⁾ .

وقد يلجأ المشرع إلى تقريرها الحجب - بطريقة مباشرة - كأن يضيف قرينة الموضوعية على نشاط معين ، ومن ثم تصبح المنازعة بشأن الحقوق المترتبة عليه غير ذات موضوع ، أو يقرر أعضاء السلطة التنفيذية من المسؤولية وإبراء ذمتها من أي تعويض ، وبذلك تصبح المجادلة بشأن صحة غير ذات موضوع⁽⁴⁾ . ولكن غالباً ما يلجأ المشرع إلى تقرير هذا الحكم - بطريقة غير مباشرة - كأن يسقط اختصاص جهات القضاء بالنسبة للمنازعات التي تتعلق بهذا النشاط ، أو يقرر عدم جواز سماع الدعاوى ، أو عدم قبولها ، أو

(1) يقصد بالقيود الموضوعية مجموعة المبادئ والأسس التي يتوجب على المشرع الالتزام بها عند إصدار تشريع يُعنى بتنظيم جانب الحقوق والحريات العامة د. رمزي الشاعر ، مصدر سابق ، ص 506 .

(2) د. محمود عاطف البنا ، حدود سلطة الضبط الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1974 ، ص 39 .

(3) د. وجدي ثابت غبريال ، مصدر سابق ، ص 229 .

(4) د. نعيم عطية ، النظرية العامة للحريات الفردية ، مصدر سابق ، ص 155 .

عدم جواز الطعن . وكلها صور لمواجهة واحدة ومؤدية إلى نتيجة واحدة ، هي مخالفة القيود الموضوعية الواردة في الوثيقة الدستورية ¹ .

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المخة الدستورية تتمثل في مخالفة القانون للقيود الواردة في الوثيقة الدستورية ، والتي تكفل وتقرر وتحمي حق الالتجاء إلى القضاء .

ويذهب جانب من الفقه إلى إن مثل هذه النصوص تخالف الدستور من ناحيتين ، وذلك أنها من جهة تحجب حق النقاضي ، وهو حق مطلق ، وإذ ينفرع منه حق آخر هو حق مطالبة المواطنين للسلطات العامة فيما يعرض لهم من شؤون ، والسلطة القضائية هي إحدى السلطات العامة ² .

ومن ناحية أخرى ، فإن تقرير امتياز السلطة التنفيذية باستبعاد بعض أعمالها من رقابة القضاء ، وبرغم أن هذه الأعمال تدخل في نطاق السيادة ، هذا الامتياز لا يؤدي إلى الإخلال بالمساواة بين السلطات الثلاث عن طريق تقرير امتياز السلطة التنفيذية بإقله انتقاص لوظيفة السلطة القضائية ، بشكل يجعل من السلطة الأولى سلطة ذات سيادة ، في حين أن السيادة لا تكون إلا للأمة بوصفها مصدر السلطات ميعاً ⁽³⁾ . ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أن القوانين التي تحجب حق النقاضي ، تخالف القيود الموضوعية الواردة في الوثيقة الدستورية ، وذلك للأسباب الآتية :

1. إن من مقتضى أعمال هذه القوانين تقييد حق لتقاضي ، طالما أنها تحول بين الفرد والحصول على حكم بمطلوبه ، عن طريق إسقاط اختصاص القضاء في خصوص نوع معين من النزاعات ، أو التقرير بعدم جواز سماع دعاوى . وحق النقاضي من الحقوق العامة التي كفلها الدستور ، ولهذا أنشأت السلطة القضائية ، ومن ثم فإن مصادره أو تقييده بشكل مخالف للقيود الموضوعية الواردة في الدستور ⁴ .

⁽¹⁾ كما أنها تؤدي إلى الحيلولة بين صاحب الشأن والحصول على حكم بمطلوبه ، وتسمى هذه القوانين " القوانين الحاجبة لحق النقاضي " د. سيد القاضي ، القوانين المانعة من الطعن وأحكام الدستور ، مصدر سابق ، ص 886 .

⁽²⁾ د. وجدي ثابت غبريال ، مصدر سابق ، ص 125 .

³ د. محمود عاطف ألبن ، مصدر سابق ، ص 59 .

⁽⁴⁾ د. فاروق الكيلاني ، مصدر سابق ، ص 253 .

د. سعد عصفور ، استقلال السلطة القضائية ، مصدر سابق ، ص 138 .

د. سليمان الطماوي ، مشكلة استبعاد بعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء ، مصدر سابق ،

2. إنَّ حرمان الأفراد من الانتصاف عن طريق الالتجاء إلى السلطة القضائية ، يشكل في الواقع مساساً بالاستقلال الذي كفله الدستور لهذه السلطة ما دام من شأن هذه القوانين انتزاع بعض المنازعات من ولاية القضاء ¹ .

3. إنه إذا كان الدستور لم يحظر بالنص الصريح عدم جواز إسقاط اختصاص القضاء أو منع الطعن ، فإن المبادئ الدستورية الأساسية التي تواردها معظم الدساتير ، مثل كفالة الحريات العامة ، والأمن ، ومبادئ المساواة ، وتكافؤ الفرص ، هذه المبادئ تتنافر مع صدير قانون يمنع من الطعن في شأن حق من الحقوق ، فمثل هذه القوانين تُلْخِطُ بمبدأ منها على الأقل ، ويكفي هذا الاعتبار مثل هذه القوانين مخالفة لأحكام الدستور ² .

4. إنَّ من الأصول الدستورية التي لا غنى عنها ، والمستقرة في ضمير الجماعات المتحضرة ، أنه يتعين على الفرد أن يجد لخصومته قاضياً ، حتى لو اقتصر الأمر على الحق في المطالبة بالتعويض ، أما إذا كان النص القانوني ، قد أغلق الأبواب سواء ما تعلق منها بطلب الإلغاء أو طلب تعويض ، فإنه يكون قد خالف هذا الأصل الدستوري ³ .

من كل ما تقدم ، نستطيع أن نستنتج ما يأتي :

1. إنَّ القوانين التي تحجب حق التقاضي تتعارض مع القيود الموضوعية الواردة في الدستور ، وتؤدي إلى إسقاط حق صاحب الشأن المقرر أصلاً وفق القواعد العامة.
2. إنَّ تخصيص قرارات السلطة التنفيذية سواء تم عن طريق نص يمنع من الطعن أم عن طريق حكم موضوعي ، يؤدي إلى استبعاد هذا النشاط من رقابة القضاء هو أمر خطير لأن مبدأ المشروعية أو سيادة القانون يوجب خضوع أعمال وقرارات السلطة التنفيذية لرقابة القضاء ، واستصدار مثل هذه القوانين يؤدي إلى إفراغ هذا المبدأ من مضمونه لأنه بمقتضى أحكام هذا القانون سوف لا يخضع نشاط السلطة التنفيذية للقانون ⁽⁴⁾ . ولا يقلل من هذا الخطر أن المشرع أحياناً يخول بعض اللجان الإدارية حق الفصل في هذه المنازعات ، إذ يستبدل المشرع وسيلة بوسيلة أخرى،

⁽¹⁾ د. نعيم عطية ، مصدر سابق ، ص 169 .

د. محمد عصفور ، وظيفة القاضي عند فحص دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 321 .

⁽²⁾ د. وجدي ثابت غبريال ، مصدر سابق ، ص 76 .

د. محمود عاطف ألبنّا ، مصدر سابق ، ص 62 .

⁽³⁾ د. فاروق الكيلاني ، مصدر سابق ، ص 192 .

⁽⁴⁾ د. سيد القاضي ، مصدر سابق ، ص 933 .

ذلك أن الاحتكام إلى جهة الإدارة لا يعني أكثر من التظلم إليها ، ووسيلة التظلم لا تغني بأي حال من الأحوال عن الدعوى التي يرفعها صاحب الشأن إلى الجهة القضائية المختصة .

3. إن القول بأن نصوص الدساتير ، لا تتفق مع هذا النوع من القوانين من ناحية أنها تصدر حق التقاضي ، وتخل بالمبادئ العامة ، كمبدأ المساواة أو التكافل الاجتماعي هذا الاجتهاد ، يُنقَد لأنه لا يقف على أساس ثابت ، ذلك أن القانون الذي يحجب حق التقاضي يتعلق بإعفاء جهة الإدارة من المسؤولية عن نشاطها استثناءً من القواعد العامة ، وهذا يخالف حق التقاضي .

4. لذا فإن معالجة مذهب المشرع عن طريق الدستور المقبل على منع تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء ، هو أمرٌ لابد منه ، على الرغم من صعوبته ، إذ لا نستطيع أن ننكر أن قسماً من هذه القوانين ، كأعمال السيادة أصبحت من المسلمات بها في أي نظام قانوني .

الفرع الثاني

مخالفة القانون لروح الوثيقة الدستورية

المقصود بروح الوثيقة الدستورية مجموعة القواعد والأسس التي تنظم جانب الحقوق والحريات العامة في الدستور .

إذ تقوم هذه المخالفة على قياس أجراء د. السنهوري بين الانحراف في استعمال السلطة الإدارية والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، فإذا قسمنا الانحراف التشريعي إلى انحراف السلطة الإية نجد أن معيار الانحراف يكون ذا شقين ، شق ذاتي وشق م ضوعي .

■ فالشق الذاتي يتعلوّنوايا والأغراض و الغايات التي أضمرها الموظف الذي أصدر القرار الإداري ، إذ أن هذه الغايات قد تستهدف المصلحة العامة ، فعند ذلك يسلم القرار من عيب الانحراف ، مع ذلك قد تكون مع استهدافها المصلحة العامة جانبت الغاية المخصصة ، فعند ذلك لا يسلم القرار من عيب الانحراف¹ .

■ أما الشق الموضوعي فهو تحقيق المصلحة العامة ، التي يجب أن تكون الغاية التي يهدف إلى تحقيقها الموظف في القرار الإداري الذي يصدره ، ومعيار الانحراف

⁽¹⁾ د. عبد الرزاق السنهوري ، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة الإدارية ، مجلة

بشقيه أقرب إلى الموضوعية من معيار التعويض في استعمال الحق في القانون

المدني¹.

وفيما يتعلق بالدستور ، ف حمايته بالتزام الغايات التي أرادها ، فمى انحراف التشريع عن هذه الغايات ، عُدَّ القانون في هذا الفرض غير دستوري². وبالنسبة لحق المشرع في استعمال السلطة الإدارية التي خوله إياها الدستور وبحدود معينة ، فله سلطة تقديرية في التشريع⁽³⁾. هذا فيما يتعلق بالحقوق والحريات العامة فهي من الأغراض التي تناولها د. السنهوري في بحثه بوصفها من الحالات التي يصدق عليها المعيار الموضوعي ، وذلك إذا ما حدث حراف عن مقاصد الدستور وغاياته⁽⁴⁾. فالأصل هو كفالة الحقوق في حدودها الموضوعية ، ولكن يخرج المشرع أحيانا عن هذا المبدأ العام وهو ما تثيره فكرة الانحراف التشريعي .

وعلى ذلك ، فتحديد حق من الحقوق العامة للأفراد مما نص عليه الدستور ، كحق النقاضي يستلزم أن يكون بديده أو تنظيمه بقانون ، ولا يجوز أن يتم عن طريق مرسوم بقانون ، لأن الدستور قد اشترط في بعض الأحيان أن تكون أداة التنظيم هي القانون ، فالمرسوم بقانون يكون إذن مشوباً بعيب الانحراف ، إذ يجب أن يكون تنظيم حق النقاضي ق قوانين ينظمها البرلمان ، وهذا ما يجعل الدستور للبرلمان سلطة تقديرية في هذا التنظيم ، على أن لا ينحرف عن الغرض المحدد له . فالدستور لم يقصد نقض هذا الحق بل تنظيمه ، فإذا خرج المشرع عن هذا الغرض ، فنقض الحق أو انتقص منه كان التشريع مشوباً في هذه الحالة بالانحراف باستعماله التشريعية ، وعُدَّ قانوناً غير دستوري⁵ . وهكذا يتضح أنه من المتصور أن يتدخل المشرع بموجب ما له من سلطة تقديرية ، وينتقص من حق النقاضي بوصفه من الحقوق الدستورية .

وفي هذا الصدد يقرر الأستاذ تور السنهوري أنه " إلى جانب الحقوق والحريات الفردية التي يجوز تنظيمها بقانون ، حقوق وحريات عامة أخرى لا يجيز الدستور تقييدها ولو بتشريع يقره البرلمان ، فهو ما لم يجعل الدستور للمشرع لها من سبيل ، بل هي حريات

(1) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص 65 .

(2) د. محمد كامل ليلة ، القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 128 .

(3) د. محمد سعد الدين الشريف ، فلسفة العلاقة بين الضبط الإداري وبين الحريات ، مجلة مجلس الدولة ،

دار الكتاب العربي ، القاهرة ، 1969 ص 39 .

(4) د. عبد الحميد متولي ، الوسيط في القانون الدستوري ، دار المعارف ، الطبعة الأولى ، 1956 ص 667

(5) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص 652 .

وحقوق تجوز تسميتها " بالحقوق والحريات المطلقة " فلا يجوز للمشرع أن يتدخل التشريع في تحديدها ، وإلا كان تشريعا باطلا لمخالفته للدستور¹ .

هذا ما يصدق الحال عليه فيما يخص حق التقاضي ، فعندما يقوم المشرع بتقييد هذا الحق عن طريق إصدار قوانين تقيد هذا الحق كلاً أو جزءاً عن طريق منع المحاكم من سماع الدعاوى المتعلقة بتطبيق أحكام هذا القانون ، أو إحالة المنازعات الناشئة بصددتها إلى جهات أو لجان إدارية ، فإنها انتقصت من أصل حق التقاضي ، وعد تشريعاً مشوباً بعيب الانحراف .
ما الحريات والحقوق العامة التي نصّ الدستور على تنظيمها بقانون ، فقد خوّل الدستور المشرع في شأنها سلطة تقديرية يقوم بهذا التنظيم على ألا ينحرف عن الغرض الذي قصد إليه الدستور ، وهو كفالة هذه الحقوق والحريات العامة في حدودها الموضوعية ، فإذا نقضها المشرع أو انتقص منها ، وهو بصدد تنظيمها كان تشريعه غير دستوري ومشوب بعيب الانحراف⁽²⁾ . ويعود السبب في ذلك إلى أن المشرع قد خوّل سلطة تقديرية لا سلطة محددة في تنظيم الحق العام وقد أساء استعمال السلطة فبدلاً من ينظم الحق نقضه أو انتقص منه تحت ستار التنظيم³ .

بصورة عامة يمكن القول ، أن كل حق عام ، وكل الدستور المشرع لتنظيمه بقانون ، قد رسم الدستور للقانون الذي ينميه غاية مخصصة لا يجوز الانحراف عنها ، وهي تنظيم الحق من دون أن ينتقص منه . أما إذا أخذ المشرع بهذه الغاية ، فإنه يكون قد انحرف عن الغاية المخصصة المشار إليها ، لأن الحق العام الذي نظمه التشريع أصبح بعد هذا التنظيم منقوصاً لا يحقق الغاية التي قصد إليها الدستور⁴ .

من كل ما تقدم نستنتج ، أن د. عبد الرزاق السنهوري تقدم على وجه منطوقه للمشرع تكون له فيها سلطة تقديرية ، يخول فيها دستور القيام " بتنظيم " الحقوق والحريات العامة إذ أن من بين الحقوق والحريات ما يجوز للمشرع التدخل في تنظيمها ، وهي حقوق وحريات ابلّة للتنظيم التشريعي وليست حقوقاً مطلقة ، لأنها لم تنظم دستورياً تنظيمياً نهائياً⁵ .

(1) د. عبد الحميد متولي ، مصدر سابق ، ص 124 .

(2) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص 53 .

(3) د. محمد كامل ليلة ، مصدر سابق ، ص 124 .

(4) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص 54 .

(5) تقسم الحريات الدستورية بحسب سلطة المشرع في تنظيمها على :-

النوع الأول : حريات غير قابلة للتنظيم التشريعي بصورة مطلقة ، مثل حق التقاضي ، مصادرة الأموال العامة ، عزل القضاء ، والمساواة بين المواطنين ، طالما أن الدستور قد كفل هذه الحقوق في أصل الدستور لا يجوز للمشرع التدخل لتنظيم ما قرره الدستور بصورة نهائية . =

إن تصوّر عيب الانحراف بالنسبة للسلطة التشريعية هو أمرٌ وارد ، كما عرضه الفقيه الدكتور السنيوري ، في إساءة تنظيم الحقوق والحريات العامة بفرض قيود عليها أو مصادرتها تماماً في بعض الأحيان الانتقاص منها ، كما في حق التقاضي مثلاً عندما يستصدر المشرّع قوانيناً تمنع المحاكم من سماع الدعاوى المتعلقة بتطبيق أحكام ذلك القانون ، أو إحالة المنازعات الناشئة بشأن هذا القانون إلى لجنة ذات اختصاص فني أو إداري ، مما يترتب عليه استبعاد ولاية القضاء عن نظر مثل تلك المنازعات ، وحجب حق التقاضي عن الأفراد ، على الرغم من كونه حقاً دستورياً^(١). إلا أن جانباً آخر من الفقه رفض هذا الرأي، وذهب إلى أن المشرّع طالما يملك التنظيم فهو لا يملك التنفيذ ، وأنه لا فرق بين التنظيم والتنفيذ في مجال الحريات العامة بين أنصار هذا الاتجاه .

- اتجاه الفقه المعارض لمخالفة القانون لوثيقة الدستورية -

واجهت نظرية الدكتور السنيوري نقداً من جانب فريق من الفقه ، ف فيما يتعلق بالفرض الذي طرحه حول كفالة الحقوق والحريات الفردية في حدودها الموضوعية . ذهب البعض إلى أن ما قرره د. السنيوري من أن صدور قانون ينتقص من الحرية أو الحق انتقاصاً خطيراً يجعل التشريع باطلاً للانحراف في استخدام السلطة التشريعية ، هو أمر لا يكرهه ، في نظر فريق من الفقه " لأن الدستور حين خول المشرّع حق تنظيم حرية من الحريات إنما يخول لحق في أن ينتقص " من هذه الحريات ، فإن من له حق " التنظيم " لإحدى الحريات كان له حق وضع القيود على تلك الحرية ، والقيود التي تنطوي بداهة على الانتقاص من هذه الحرية² .

أما القول أنه يجب أن لا يكون الانتقاص خطيراً وإلا عد التشريع معيباً بعيب الانحراف فهذا يأتي تساؤل هو ، متى يُعدّ ذلك الانتقاص خطيراً ؟ وأين هو المعيار

= النوع الثاني : حريات قابلة للتنظيم التشريعي بقيود دستورية محددة وصريحة على المشرّع أن يراعيها مثل الحريات الشخصية ، الملكية الخاصة ، نزع الملكية للمنفعة العامة ، إذ إنه قد سُمح للمشرّع أن يتدخل لتنظيم مثل هذه الحقوق بشروط محددة وقيود خاصة ، يترتب على إغفالها مخالفة التشريع - مع للدستور د. محمود عاطف البنا ، حدود سلطات الضبط الإداري ، مصدر سابق ص 85. د. مصطفى أبو زيد فهمي ، الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ص 225 .

(١) د. عبد الرزاق السنيوري ، مصدر سابق ، ص 53 .

د. محمد كامل ليلة ، مصدر سابق ، ص 128 .

د. السيد صيري ، مصدر سابق ، ص 327 .

(٢) د. عبد الحميد متولي ، الوسيط في القانون الدستوري ، مصر سابق ص 667 .

الموضوعي الذي يمكن اتخاذه لقياس أو لوزن هذه التصرفات عند القيام بذلك الانتقاص من

الحق¹.

فحين يقرّ الدستور مبدأ حق من الحقوق ، ثم يخول المشرّع سلطة " تنظيم هذا الحق " ، فإن المشرّع ليس عليه - من الناحية القانونية - سوى قيد واحد هو عدم إلغاء أو هدم ذلك الحق أو عدم سلبه².

إن للقضاء حق فحص ما إذا كان التشريع ينتقص من الحرية أو الحق أو لا ينتقص منها انتقاصاً خطيراً ، فإن القضاء في هذه الحالة ، إنما يخرج عن نطاق مهمته وهي النظر في رقابة المشروعية إلى النظر في رقابة الملائمة ، أي رقابة سياسة التشريع وليس في هذه

مهمة القضاء³.

إن السلطة التنفيذية مقيّدة بقيدين مستقلين منها من طبيعة النظام السياسي والمبادئ

الأساسية التي يقوم عليهما النظام الديمقراطي وهما :

أولاً : إذا كان الدستور قد أقرّ حقاً من الحقوق ، فلا يستطيع المشرّع أن يصادره ، كما لا يجوز الاحتجاج بالتنظيم كسلطة مخولة للمشرّع للتوصل بها إلى إهدار الحق .

ثانياً : أن يتمتع بالحق جميع المواطنين في مراكز قانونية متماثلة ، ولا يجوز قصر التمتع بالحق على فئة دون أخرى⁽⁴⁾. فإذا تدخل المشرّع تحت ستار التنظيم للحق بحرمان فئة من التمتع به فإنك يكون قانون غير دستوري ، أنحرف المشرّع في استعمال سلطته في مجال التشريع⁵.

من ناحية أخرى فإن أنصار الرأي السابق لا يفرقون بين ثلاث أفكار ، هي التقييد

والانتقاص والتنظيم ، ذلك أن هناك farkاً جوهرياً بين التنظيم من ناحية والتقييد والانتقاص

من ناحية أخرى⁽⁶⁾. ذلك أن الانتقاص مثلاً ينال من أصل الحق ذاته فيحول من دون التمتع

به بشكل كامل ، كالتوانين التي تمنع المحاكم من سماع الدعاوى وتحجب حق التقاضي ، بينما

يقتصر التنظيم على وضع بعض الترتيبات الإجرائية التي تكفل تمتع الجميع بذات الحق . أما

فقتضاه فرض قيود إجرائية معينة تجعل من استخدام الحق شاقاً على الأفراد⁷.

(1) د. عبد الحميد متولي ، مصدر سابق ، ص 669 .

(2) د. محمد كامل ليلة ، القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 129 .

(3) د. عبد الحميد متولي ، مصدر سابق ، ص 156 .

(4) د. السيد صبري ، مصدر سابق ، ص 321 .

(5) د. نعيم عطية ، النظرية العامة للحريات الفردية ، مصدر سابق ص 156 .

(6) د. محمد عصفور ، الحرية في المفكرين الديمقراطي والاشتراكي ، الطبعة الأولى ، 1961 ص 81 .

(7) د. محمد سعيد المجذوب ، الحريات العامة وحقوق الإنسان ، الطبعة الأولى آذار ، 1986 ص 148 .

ويذهب البعض إلى أن خروج القاضي عن أداء مهمة دستورية التشريع على نحو يدخل في رقابة الملائمة وليس المشروعية ، وهو قول محل نظر ، وهذا ما لا يؤيده هذا الاتجاه لأن دور القاضي في هذه الحالة هو مهيم رقابة المشروعية على التشريع وليس ملاءمته فهو ينحصر في مدىقة التشريع للدستور (باعتبار القاعدة الأعلى منه هي المراتبة) ، وهي رقابة تنتمي إلى دائرة المشروعية وليس إلى دائرة الملائمة ، لأنها تهتم من خلال مطابقة غاية التشريع على غاية القاعدة الدستورية ، ودى استيفاء الأولى للمضمون الذي تحمله الثانية وليس في ذلك مطلقا خروج على نطاق رقابة المشروعية ، بل هو يدخل في إطارها ⁽¹⁾ . كما أن من الصعوبة وضع معيار حاسم لرسم الحد الفاصل بين التنظيم الذي يباح للمشرع يد الذي يحظر عليه . فطالما انتفى وجود هذا المعيار الموضوعي ، فإن المشرع ليس عليه سوى قيد واحد هو عدم حجب الحق وسلبه ، ومن ثم للمشرع سلطة تقديرية في تنظيم الحق أو نقيده ² .

غير أن جانباً من الفقه ، ومنهم الدكتور محمد عصفور ، ذهب إلى أن سلطة المشرع ليست تقديرية لأن التسليم بسلطة تقديرية للمشرع في مجال الحقوق ، على نحو يسمح للمشرع بتقييدها هو أمر يهدم فكرة ضمانات الحقوق من أساسها ، فسمح الدستور للمشرع - استثناء - بأن يقيد الحقوق لا يمكن أن يعني التسليم للمشرع سلطة تقديرية في إحداث هذا التقيد وإن التكيف الوحيد من الناحية القانونية سلطة المشرع في تقييد الحقوق سلطة مقيدة ، وهي من الناحية القانونية مقيدة من عدة وجوه ³ :

1. إن الحق هو مادة دستورية يجب أن يكون تدخل المشرع فيها في أضيق الحدود ، ومن ثم فإن سلطة المشرع في تنظيمها هي سلطة استثنائية ، جاءت على خلاف الأصل الذي هو تأكيد للحرية .

⁽¹⁾ د. مصطفى أبو زيد فهمي ، الدستور المصري والرقابة على دستورية القوانين ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1985 ص 225 .

⁽²⁾ د. نعيم عطية ، مصدر سابق ، ص 167 إذ ذهب فريق من الفقه إلى أن سلطة المشرع تقديرية لا يحدها سوى قيد واحد هو عدم حجب هذا الحق وعدم مصادرته ، وفيما عدا ذلك فمن يملك حق التنظيم يملك الانتقاص .

³ د. محمد عصفور ، مصدر سابق ، ص 86 .

د. محمد سعيد المجذوب ، مصدر سابق ، ص 141 .

ويذهب الدكتور محمد المجذوب إلى أن من أهم النتائج التي تترتب على الصحية التشريعية في تنظيم الحريات العامة أنه لا يعود بمقدور السلطة التنفيذية إجراء تعديلات على النظام القانوني للحقوق ، أو استبعاد القواعد العامة بالجوء إلى إجراءات التقاضي بين الأفراد .

2. إن الحق ، وإن لم يرد بحدود موضوعية ثابتة وواضحة ، إلا أنه ومع ذلك يصف أوضاعاً وغايات يمكن معرفة ما يتناقضها ، ولذلك فإن التشريع الذي يقيد الحق ، ويهدم الأوضاع أو يناقض الغايات التي يتضمنها الحق ، يكون تشريع مخالف للدستور ولا يكون منحرفاً فحسب في استعمال السلطة .

ويذهب د. محمد عصفور إلى عدم وجود معيار موضوعي فاصل للتمييز بين انتقاص الحق وتنظيمه ، وينتهي بنتيجة التي ينتهي إليها د. متولي من إذ إنكار القياس على انحراف السلطة الإدارية ، وعدم الحاجة لقيام نظرية الانحراف بلريع⁽¹⁾ . إذ أن صعوبة وضع معيار فقهي ، يؤدي إلى القول بأن سلطة المشرع تجاه تنظيم الحقوق سلطة مقيدة ، وحتى مع التسليم بأنها سلطة تقديرية فإنها لا تمتد إلى حد الانتقاص من الحق ، وفي كلتا الحالتين يرتكب المشرع مخالفة موضوعية للدستور² .

وفي تقديرنا ، إن الرأي المنكر لنظرية الانحراف يتجاهل الحقائق الأساسية التالية :

1. ثمة حالات يتوفر فيها الانحراف ، إذ لا يقوم المشرع بمصادرة وحجب الحق كلياً ، لكنه يفرض قيوداً شديدة على استخدامه ، ويجعل تمتع الأفراد أمراً شاقاً . وثمة حالات أخرى ينتقص المشرع فيها من الحق ، وذلك بوضع تشريع يحظر أو يحجب ممارسة هذا الحق من قبل الأفراد ، بوصفه حقاً دستورياً إذ يفوت عليهم من إمكانية الانتفاع من هذا الحق ، كل ذلك يمارسه المشرع تحت ستار سلطته التقديرية في تنظيم ذلك الحق ، ولا يستطيع أنصار الرأي السابق أن يقولوا أن هناك مخالفة موضوعية محددة لنص من نصوص الدستور ، لأن هذه المخالفة تؤدي إلى مصادرة المشرع للحق وإهداره له ، ولكنه مع ذلك لا يكفي لبطلان قانون يتضمن حرماناً لبعض الفئات من ممارسة الحق أو يتضمن قيوداً على ممارسته أو يحظر التمتع بجانب آخر من جوانب الحق³ .

2. إن فكرة الانحراف التشريعي كسائر الأفكار القانونية الجديدة ، قدر لها أن تقاس بما كان موجوداً قديماً في الحياة القانونية ، وهي فكرة المخالفة الموضوعية للدستور ، فهي لم تنشأ بصفة مستقلة عن فكرة المخالفة الموضوعية للدستور ، مما أدى إلى توجيه الانتقادات لها⁴ .

¹ د. محمد عصفور ، مصدر سابق ، ص 176 .

⁽²⁾ د. إبراهيم شحاته ، وظيفة القاضي عند فحص دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 341 .

⁽³⁾ د. وجدي ثابت غبريال ، حماية الحرية في مواجهة التشريع ، مصدر سابق ، ص 118 .

⁽⁴⁾ د. وجدي ثابت غبريال ، المصدر نفسه ص 119 .

- ومن كل ما تقدّم ، نجد أن فكرة الانحراف التشريعي في مجال حق النقاضي يمكن أن ترد في حالات عديدة ترتبط جميعاً بالسلطة التقريرية للمشرع ، في تنظيم هذا الحق منها :
1. فرض قيود على حق النقاضي تجعل ممارسته شاقة على الأفراد من دون مسوغ قانوني.
 2. الخروج عن غايات الدستور ، وغايات التشريع الكافل لحق النقاضي لحرمان بعض الفئات من التمتع به .
 3. الانتقاص من حق النقاضي بخطر التمتع ببعض الجوانب اللازمة لإكمال التمتع به ¹ .

- اتجاه الفقه المؤيد لمخالفة القانون لروح الوثيقة الدستورية

يمثل هذا الآثاراء الفقه المؤيد لقيام فارق بين التنظيم المباح للحق ، والانتقاص المحظور له ، وعلى الرغم من الصعوبة التي يثيرها هذا التمييز ، إلا أن الفقه قد اجتهد في وضع معايير التمييز بين التشريع المنظم للحق والتشريع الذي ينتقص منه .

إذ يذهب د. مصطفى أبو زيد فهمي إلى أن الفرق بين التنظيم والتقييد يكمن في أن التنظيم يعني وضع بعض القيود التي تختلف شدة وضيقاً من أجل التمتع بهذا الحق ⁽²⁾ . ومن ثم يجب أن تستهدف هذه القيود تمكين الجميع من التمتع بالحق حتى يسوغ اعتبار التدخل بنما يعني التقييد أن تنظيم المشرع للحق جعل التمتع به أمراً غير يسير على الأفراد ، كما أنها صورة من صور التدخل غير الدستوري إذا ما حجب المشرع الحق بشكل تام ³ .

وكذلك فإن التزام المشرع تجاه النصوص الدستورية ليس من طبيعة واحدة ، فبالنسبة للنصوص الدستورية التقديرية يكون التزام المشرع تجاهها التزاماً قانونياً بعد حجب الحق ، لأن هذه النصوص تتميز بالتحديد والقابلية للتطبيق فورا ، ولا تستلزم كي يطالب الأفراد بها أن يتدخل المشرع لينظم كيفية تطبيق هذه النصوص ، وذلك لأنها تقرر مراكز قانونية يحتم احترامها بالنسبة للمشرع وبالنسبة للأفراد ⁴ .

(1) د. وجدي ثابت غبريال ، مصدر سابق ، ص 122 .

(2) د. مصطفى أبو زيد فهمي ، الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ص 419 .

(3) د. مصطفى أبو زيد فهمي ، المصدر نفسه ص 205 .

(4) ومن أمثلة النصوص التقديرية ما أشار إليه الدستور المصري في كل من المادة 51 " لا يجوز إبعاد أي

مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليه "

المادة 53 " تمنح الدولة حق اللجوء السياسي لكل أجنبي اضطهد بسبب الدفاع عن مصالح الشعوب "

المادة 66 " العقوبة الشخصية ، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون "

المادة 67 " المتهم بريء حتى تثبت إدانته "

فهذه النصوص تطبق فوراً ويستطيع الأفراد أن يحتجوا بما جاء فيها ، وفي نفس الوقت فإن المشرع يلزم نفسه باحترام ما جاء فيها ، وإذا اصدر قوانين خالفتها كانت غير دستورية ، فهي نصوص تقيد المشرع ولا تترك له حرية كبيرة إزاء ما جاء بها ، وهي تقيد القاضي وهو يراقب دستورية الأنين⁽¹⁾ فالنزام القاضي تجاه النصوص التقريرية إنن هو التزام قانوني بعدم مخالفة هذه النصوص² .

وهناك نوع آخر من النصوص الدستورية ، أقرب ما يكون إلى النصوص التقريرية ، وضع الدستور فيه أساساً لحق من الحقوق ، وجعلها في حدود القانون مثل م 47 و 48 و 54 من دستور مصر لعام 1971⁽³⁾. فهي تضع أساساً للحق ، ولكن المشرع يستطيع التدخل لينظم هذا الحق ، ويضع بعض القيود على استعماله حتى لا يتعارض استعمال الفرد لها ، وحتى تكون في النهاية غير متعارضة مع أحكام الدستور إتدخل السلطة التنفيذية تحت ستار التنظيم ، وتصادر الحق نهائياً ، وهي أن فعلت ذلك تكون قد خالفت الدستور ، ولذلك فإن حق المشرع هو دون المصادرة والمسألة تدق في بعض الأحيان ، وتصبح في النهاية خاضعة لتقدير القضاء ، إذ يقوم بمدى التحقق من اتفاق هذا القانون مع أحكام الدستور⁴ .

كما قد يترك المشرع الدستوري العادي سلطة تقديرية في تنظيم أو عدم تنظيم موضوع معين ، وإذا أناط به التنظيم فإنه يترك له عدة خيارات بخيار من بينها ، وفقاً لتقدير ما يراه ملائماً في الظروف التي يصدر فيها التشريع⁵ .

ومع ذلك فإن السلطة التقديرية للمشرع ليست مطلقة من كل قيد ، فالدستور قد يفوض شرع في تنظيم ممارسة الحق الذي كفله الدستور ، فإن توصل المشرع تحت ستار التنظيم إلى مصادرة هذا الحق وإهداره أو على الأقل تعطيله ، فقد خرج بك عن نطاق التفويض الدستوري⁶ .

=أنظر إبراهيم عبد العزيز شيجا ، المبادئ الدستورية العامة ، تحليل النظام الدستوري المصري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1980 ، ص 134 . د. مصطفى فهمي ، مصدر سابق ، ص 224.

(1) د. مصطفى أبو زيد فهمي ، مصدر سابق ، ص 223 .

(2) د. مصطفى أبو زيد فهمي ، المصدر نفسه ص 224 .

(3) تنص المادة 47 من دستور مصر 1971 حرية الرأي مكفولة ، ولكل إنسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون ،

م 48 " حرية الصحافة والطباعة والنشر وسائل الإعلام "

مادة 54 " للمواطنين حق الاجتماع الخاص في هدوء غير حاملين سلاحا " .

(4) د. مصطفى أبو زيد فهمي ، المصدر نفسه ص 226 .

(5) د. مصطفى أبو زيد فهمي ، المصدر نفسه ص 179 .

(6) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص 52 .

ومن ثم يكون مخالفاً للدستور الذي أناط به تنظيم هذا الحق¹.

لذلك ذهب البعض ، إلى أنه يتعين توافر شروط معينة في التشريع المنظم للحرية فطالما أن للتشريع دوراً مكملاً للنصوص الدستورية المنظمة للحقوق ، فإن مقتضى ذلك أن تكون للتشريع الضابط أو المنظم له شروطاً معينة حتى يحقق هذا التشريع الغاية منه ، وأهم هذه الشروط².

أولاً : أن يقوم على أساس الاعتراف بالحق وكفالاته .

ثانياً : أن يقرر ضمانات فعلية تحمي هذا الحق وتمنع الاعتداء عليه وذلك بـ :

أ. أن يحدد القواعد الموضوعية والشكلية اللازمة لحماية هذا الحق .
ب. أن يكون التشريع متوافقاً مع المبادئ الأساسية التي جاءت بها أحكام الدستور .
فإذا جاء في بن الأحكام أن يقيد الحقوق أو ينتقص منها كموازنة ضرورية بين مقتضيات النظام العام ، وبين اعتبارات الحق ، فيجب أن يكون هذا التقيد أيضاً في الحدود اللازمة ، تلك التي يجب أن يراعيها المشرع حتى يظل تصرفه مطابقاً لأحكام الدستور ، كما يجب أن يقوم هذا النص القانوني بدعم الحق ، لا الحد منه أو مصادرته ، بل دعماً له وضماناً لممارسته ، بشكل يصبح تنظيم الحق هو الكافل لممارستها ، ما دام أنه لم يخرج عن هذا الهدف من خلال تبين أن الحق الذي ينظمه القانون قد أصبح بعد هذا التنظيم ناقصاً ، بشكل لا يحقق الغاية التي قصدها الدستور وذلك بأن يضع على الحق نفسه قيوداً ، ومع أن الدستور كان يهدف إلى أن يرد التشريع فقط على كيفية استعمال الحق وسبل تحقيق هذه الممارسة على أكمل صورة³.

إن في هذه الحالة الأخيرة بعد التنظيم أحد صور التقيد الذي يتحقق به انقاص الحق وإهدابه التي قصد الدستور تأكيدها وتحقيقها ، وهو يوضح صعوبة وضع حد فاصل بين التقيد والتنظيم ، وهذه الحدود الفاصلة هي مجال عمل الرقابة القضائية ، في التطبيق التشريعي لصور تنظيم الحقوق من خلال نصوص التشريع الضابط الذي يمكن أن يكون متفقاً

(1) د. توفيق شحاته ، مصدر سابق ، ص 321 .

(2) د. وجدي غبريال ، مصدر سابق ، ص 127 .

(3) د. منيب ربيع ، ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري ، مجلة مصر المعاصرة ، ع 1 ،

مع أحكام الدستور العامة ومحققا للغايات والأهداف التي جاءت من أجلها أحكام الدستور¹.

أما القيود التي ترد في النص التشريعي من خلال التنظيم ، فهي استثناء على خلاف الأصل وهو التمتع بالحق ، ولذلك يجب أن يوضح التشريع الضابط داخل هذا النطاق فقط دون أن يقيد².

يتضمنا سبق أن التشريع المنظم للحق يجب أن يكون كافلا له ومحققا لأسس الضمان الكامل لمنع أي اعتداء أو انتهاك له³.

هذا وعملية التنظيم تلك تجد حدها الطبيعي في بقاء الحق مباحا ، ولا يمكن التجاوز إلى حجب ذلك الحق أو مصادرته كلياً وإلا عد ذلك متعارضاً ومتناقضاً مع أحكام الدستور⁴.

(1) د. منيب ربيع ، مصدر سابق ، ص 384 .

(2) د. مصطفى أبو زيد فهمي ، مصدر سابق ، ص 229 .

(3) د. وجدي غبريال ، مصدر سابق ، ص 132 .

(4) د. وجدي غبريال ، المصدر نفسه ص 133 .

المصادر

أولاً : المصادر باللغة العربية بعد القرآن الكريم

أ. المصادر القانونية العامة

١. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا ، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري ، دار المطبوعات الجماعية ، القاهرة ، ١٩٩٩ .
٢. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا ، المبادئ الدستورية العامة ، تحليل النظام الدستوري المصري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٦٥ .
٣. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا ، القانون الدستوري المصري ، دار المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٦٥ .
٤. د. أحمد أبو الوفا ، أصول المحاكمات المدنية وفقاً للقانون اللبناني ، بيروت ، دار صادر ، ١٩٨١ .
٥. د. أحمد سيد الصاوي ، الوسيط في شرح القانون المرافعات المدنية والتجارية ، القاهرة ، ١٩٨١ .
٦. د. أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستوري القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري ، دار الاتحاد العربي ، القاهرة ، مصر ، ١٩٦١ .
٧. د. آدم وهيب النداوي ، شرح قانون الإثبات ، الطبعة الثانية ، بغداد ، ١٩٨٦ .
٨. د. آدم وهيب النداوي ، فلسفة إجراءات التقاضي في قانون المرافعات ، بغداد ، ١٩٨٨ .
٩. د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ١٩٨٨ .
١٠. د. السيد صبري ، الرقابة على دستورية القوانين ، الناشر مطبعة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٤٩ .
١١. د. الشافعي محمد البشير ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، دار المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧١ .
١٢. د. بن عامر تونسي ، أسس المسؤولية الدولية في القرن العشرين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .
١٣. د. ثروت بدوي ، النظم السياسية ، الكتاب الأول ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، ١٩٦١ .
١٤. د. جمال العطيفي ، آراء في الشريعة والحريّة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، ١٩٨٠ .
١٥. د. حامد سلطان ، أصول القانون الدولي ، الناشر دار المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨١ .
١٦. د. حمدي ياسين عكاشة ، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٧ .
١٧. د. حسن محمد عواضة ، القانون الإداري ، المؤسسة الجامعية للنشر ، الإسكندرية ، ١٩٩٧ .
١٨. د. حبيب إبراهيم الخليلي ، المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ١٩٨٠ .
١٩. د. حسين جميل ، حقوق الإنسان والقانون الجنائي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٥١ .
٢٠. د. خليل إسماعيل الحقوق الدستورية ، مطبعة الأهالي ، بغداد ، ١٩٣٣ .
٢١. د. خليل جريج ، الرقابة القضائية على أعمال التشريع ، منشورات الجامعة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١ .

٢٢. د. رمزي طه الشاعر ، المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية ، ط ١ ، مطبعة جامعة عين شمس ، القاهرة ، ١٩٧٨ .
٢٣. د. رمزي طه الشاعر ، النظرية العامة في القانون الدستوري ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٣ .
٢٤. روسكو باوند ، ضمانات الحرية في الدستور الأمريكي ، ترجمة محمد لبيب شنب ، ١٩٥٧ ، دار المعرفة ، القاهرة ، بدون سنة طبع .
٢٥. زين العابدين بركات ، مبادئ وأحكام القانون الإداري السوري والمقارن ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٢ .
٢٦. د. سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ .
٢٧. د. سامي جمال الدين ، الرقابة على أعمال الإدارة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٤ .
٢٨. د. سعاد الشرقاوي ، نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٩ .
٢٩. د. سعاد الشرقاوي ، الوجيز في القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ .
٣٠. د. سعد عصفور . استقلال السلطة القضائية ، دار المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٦٩ .
٣١. د. سعد عصفور ، القانون الدستوري ، دار المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٤ .
٣٢. د. سعد عصفور ، النظام الدستوري المصري – دستور ١٩٧١ – دار المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٠ .
٣٣. د. سعدون القشطيني ، قانون المرافعات ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، بغداد ، ١٩٨٩ .
٣٤. د. سعيد مبارك ، المرافعات المدنية ، جامعة الموصل ، مطابع التعليم العالي ، ١٩٨٤ .
٣٥. د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، قضاء الإلغاء ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٦ .
٣٦. د. سليمان الطماوي ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، دراسة مقارنة ، بدون دار طبع ، ١٩٨٨ .
٣٧. د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، ملتزم الطبع والنشر ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٤ .
٣٨. د. سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، الطبعة الثالثة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٦ .
٣٩. د. سليمان الطماوي ، الوجيز في القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ .
٤٠. د. سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الدستوري المصري والاتحاد ، الطبعة الأولى ، ملزم الطبع والنشر ، دار الفكر العربي ، ١٩٥٨ .
٤١. د. سيد صبري ، مبادئ القانون الدستوري المصري ، دار المعارف ، الإسكندرية ، القاهرة ، ١٩٤٦ .
٤٢. شمس مرعي علي ، القانون الدستوري ، دراسة مقارنة للأنظمة السياسية ، الطبعة الأولى ، مطبعة دار التأليف للطباعة والنشر ، بدون سنة طبع .
٤٣. د. صبحي محمصاني ، القانون والعلاقات الدولية بين الأمم ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٧ .
٤٤. د. ضياء شيت خطاب ، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٣ .
٤٥. د. طعيمة الجرف ، القانون الدستوري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٥ .
٤٦. د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء لأعمال الإدارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ .
٤٧. د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة لدولة القانون ، دار المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٠ .

٤٨. د. عادل الحباري ، القانون الدستوري والنظام الدستوري المصري، دراسة مقارنة، مطابع غانم عبده ، القاهرة ، مصر ، ١٩٧٢ .
٤٩. د. عبد الباقي البكري ، د. محمد علي بدير ، زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٦ .
٥٠. د. عبد الحميد أبو زيد ، رقابة القضاء لأعمال الإدارة ، دار الثقافة العربية للعلوم ، القاهرة ، ١٩٨٤-١٩٨٥ .
٥١. د. عبد الحميد أبو زيد ، رقابة القضاء لأعمال الإدارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧٧ .
٥٢. د. عبد الحميد حشيش ، مبادئ القضاء الإداري ، المجلد الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧ .
٥٣. د. عبد الحميد متولي ، القانون الدستوري والنظم السياسية مع مقارنة بالشرعية الإسلامية ، الإسكندرية ، ١٩٨٩ .
٥٤. د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، القضاء الإداري في العراق حاضره ومستقبله ، رسالة دكتوراه ، مطابع دار الشعب ، القاهرة ، ١٩٦٥ .
٥٥. د. عبد الغني بسيوني ، النظام الدستوري المصري ، دستور ١٩٧١ ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٤ .
٥٦. د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، أسس التنظيم السياسي ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٤ .
٥٧. د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، رقابة القضاء لأعمال الإدارة ، قضاء الإلغاء ، الهيئة العربية للكتاب ، ١٩٨٥ .
٥٨. د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الدستوري ، دار الفكر العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٦ .
٥٩. د. عبد الفتاح ساير داير ، نظرية أعمال السيادة في القانون المصري والفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٩ .
٦٠. د. عبد الله إسماعيل البستاني ، مساهمة في إعداد الدستور الدائم وقانون الانتخاب ، بغداد ، ١٩٦١ .
٦١. د. عبد المجيد الحكيم ، د. زهير البشير ، مصادر الالتزام ، جامعة بغداد ، كلية القانون ١٩٨٧ .
٦٢. د. عبد الواحد يوسف الفار ، أسرى الحرب ، دراسة فقهية وتطبيقية في نطاق القانون الدولي العام والشرعية الإسلامية ، الناشر عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٧٥ .
٦٣. د. عبد الحميد متولي ، القانون الدستوري والنظم السياسية مع مقارنة بالشرعية الإسلامية ، الإسكندرية ، ١٩٨٩ .
٦٤. د. عبد الوهاب العشماوي ، قواعد المرافعات في التشريع المصري ، والمقارن ، الناشر دار الفكر العربي ، دون سنة طبع .
٦٥. د. عثمان خليل عثمان ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ١٩٨٥ .
٦٦. د. عصام البرزنجي ، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٧١ .
٦٧. د. عصام البرزنجي ، وآخرون ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٢ .
٦٨. د. عمر محمد الشوبكي ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، دار المطبوعات الأهلية، القاهرة ، ١٩٩٩ .
٦٩. د. عمر مرشد الشوبكي ، مبادئ الرقابة على أعمال الإدارة وتطبيقاتها في الأردن المنظمة العربية للعلوم الإدارية ، جامعة الدول العربية ، عمان ، ١٩٨١ .

٧٠. د. فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧ .
٧١. د. فاروق احمد خماس ، رقابة القضاء لأعمال الإدارة ، مطابع التعليم العالي ، جامعة الموصل كلية القانون ، ١٩٩١ .
٧٢. د. فاروق الكيلاني ، استقلال القضاء ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧ .
٧٣. د. ماجد راغب الحلو ، القانون الدستوري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٧٣ .
٧٤. د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٩ .
٧٥. د. ماجد راغب الحلو ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٦ .
٧٦. د. مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، الجزء الأول ، بغداد ، ١٩٧٢ .
٧٧. د. ماهر الجبوري ، مبادئ القانون الإداري ، بغداد ، ١٩٩٦ .
٧٨. د. محسن خليل ، القضاء الإداري اللبناني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٢ .
٧٩. د. محسن خليل ، النظام الدستوري في مصر والجمهورية المتحدة ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٥٩ .
٨٠. د. محمد الشافعي أبو راس ، القضاء الإداري ، مكتبة النصر ، الزقازيق ، دون سنة طبع .
٨١. د. محمد حسن عواضة ، المبادئ الأساسية في القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، المؤسسة الجامعية للطباعة والنشر ، ١٩٩٧ .
٨٢. د. محمد حسن قاسم ، المدخل الى القانون ، القاعدة القانونية ، الدار الجامعية للمطبوعات والنشر ، الإسكندرية ، ١٩٩٨ .
٨٣. د. محمد سعيد المجذوب ، الحريات العامة وحقوق الإنسان ، الطبعة الأولى آذار ، ١٩٨٦ .
٨٤. د. محمد علي آل ياسين ، القانون الدستوري ، المبادئ الدستورية العامة ، المكتبة الحديثة للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٧ .
٨٥. د. محمد كامل ليلة ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، دار الفكر العربي ، بيروت ، ١٩٧٠ .
٨٦. د. محمد يوسف علوان ، مذكرات في حقوق الإنسان ، جامعة الكويت ، كلية الحقوق ، ١٩٨٣ .
٨٧. د. محمود عاطف ألبنّا ، حدود سلطات الضبط الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٤ .
٨٨. د. محمود عاطف ألبنّا ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، القاهرة ، ١٩٩٦ .
٨٩. د. محمود عاطف ألبنّا ، القضاء الإداري ، وتنظيم الرقابة القضائية في مصر ، مقام التعويض ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٦ .
٩٠. د. محمود عاطف ألبنّا ، الوسيط في القضاء الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٢ .
٩١. د. محمود حافظ ، القرار الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٥ .
٩٢. د. محمود حافظ ، القرار الإداري ، دراسة مقارنة ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ .
٩٣. د. محمود حلمي ، القرار الإداري ، الطبعة الأولى ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، القاهرة ، ١٩٧٠ .
٩٤. د. مصطفى أبو زيد فهمي ، الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٥ .
٩٥. د. مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري مجلس الدولة ، ط ٣ ، القاهرة ، ١٩٦٦ .
٩٦. د. مصطفى الزلمي ، وآخرون ، المدخل لدراسة القانون ، جامعة الموصل ، مطابع التعليم العالي ، ١٩٨٨ .
٩٧. د. مصطفى كامل ، القانون الإداري ، مطبعة السريان ، بغداد ، ١٩٤٧ .

٩٨. د. مصطفى كمال وصفي ، أصول إجراءات القضاء الإداري طبقاً للقانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، ط ٢ ، مطبعة الأمانة ، القاهرة ، ١٩٧٨ .
٩٩. د. ممدوح خليل بحر ، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي ، دراسة مقارنة ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ١٩٩٦ .
١٠٠. د. منيب ربيع ، ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري ، ، مجلة مصر المعاصرة ، العدد الأول ، ١٩٨٨ .
١٠١. د. نعيم عطية ، النظرية العامة للحريات الفردية ، الدار القومية للطباعة والنشر ، القاهرة ، المكتبة العربية ، ١٩٦٥ .
١٠٢. د. وجدي ثابت غبريال ، حماية الحرية في مواجهة التشريع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩ .
١٠٣. د. وليم دوجلاس ، وثيقة الحقوق ، ترجمة يونس شاهين ، دار الكرنك للنشر والطباعة والتوزيع ، ١٩٦٥ .
١٠٤. د. وهيب عباد سلامة ، الفصل بغير الطريق التأديبي في القانون المصري ، دراسة مقارنة ، الناشر دار المكتبة الأنجلوأمريكية . بدون سنة طبع .
١٠٥. د. يحيى الجمل ، النظام الدستوري لجمهورية مصر العربية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٤ .

ب. الرسائل الجامعية

١. أحمد أكرم ، نظرية أعمال السيادة في ضوء أحكام القضاء المقارن ، دراسة مقارنة ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ١٩٩٥ .
٢. إسماعيل صعصاع البديري ، الطعن في أحكام المحاكم الإدارية أما الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ١٩٩٥ .
٣. حسن محمد علي محمد ، تحصين القرار الإداري ضد الطعن القضائي ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠١ .
٤. حنان مطلق القيسي ، النظام القانوني لتضمين الموظف العام في التشريع العراقي دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة بغداد ، ١٩٩٩ .
٥. خضر عكوبي يوسف ، موقف القضاء العراقي من الرقابة على القرار الإداري ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ١٩٧٥ .
٦. ضامن صالح العبيدي ، المجالس واللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي في العراق ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، ١٩٨٤ .
٧. عبد الله البياتي ، حق التقاضي رسالة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ١٩٩٨ .
٨. عبد الله البياتي ، مراحل العملية التشريعية في الدساتير العراقية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩١ .
٩. علي حسين أحمد الفهداوي ، مجلس الوزراء في دساتير العراق في العهد الجمهوري ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٧ .
١٠. علي محمود أبو عال ، مدى سلطة القاضي في الرقابة على دستورية القوانين بطريق الدفع الفرعي ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٦ .
١١. د. عصام البرزنجي ، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، ١٩٧١ .
١٢. محمود خلف الجبوري ، الحماية القانونية للأفراد في مواجهة أعمال الإدارة في العراق ، رسالة دكتوراه ، جامعة بغداد ، ١٩٨٦ .
١٣. وسام جبار ، الاختصاص التشريعي للإدارة في الظروف العادية ، رسالة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ١٩٩٤ .

ج. كتب اللغة والمعاجم

١. ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد العاشر ، دار صادر ، بيروت ، ١٩٦٨ .
٢. العين لخليل بن أحمد الفراهيدي ، وزارة الثقافة ، جمهورية العراق ، ١٩٨٤ .
٣. القاموس المحيط ، الجزء الثالث ، الفيروزبادي ، دار الفكر العربي ، القاهرة .
٤. ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، ١٩٥٥ .
٥. المورد الكبير ، د. فخري الدين قباوة ، منشورات دار الآفاق الجديدة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٨ .
٦. المنجد في اللغة ، لويس معلوف ، دار المشرق ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٥ .
٧. السيد شريف علي بن محمد الجرجاني ، مكتبة مصطفى الحلبي ، القاهرة ، ١٩٣٨ .
٨. جبران مسعود ، المعجم العربي الأساس ، المنظمة العربية للتربية والعلوم والثقافة ، ط ١ ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٩ .
٩. جبران مسعود ، الرائد ، دار العلم للملايين ، ط ٣ ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨١ .
١٠. المصطلحات الإدارية ، مجلة العلوم الإدارية ، العدد الأول ، القاهرة ، ١٩٦٥ .
١١. الموسوعة العربية للدساتير العالمية ، الإدارة العامة للفتوى والتشريع ، مصر ، ١٩٦٦ .

د. الأبحاث والتقارير والمقالات

١. د. إبراهيم شحاتة ، المنازعات ذات الطابع الدولي ومدى خضوعها لولاية القضاء الوطني ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الأول ، السنة الثانية والثلاثون ، مطابع البلاغ ، ١٩٦٥ .
٢. د. إبراهيم شحاتة ، وظيفة القاضي عند فحص دستورية القوانين ، مجلة مجلس الدولة ، العدد الأول ، السنة العاشرة ، مطبعة مؤسسة أخبار اليوم ، القاهرة ، ١٩٦٠ .
٣. د. إبراهيم طه الفياض ، ولاية القضاء الطرقي في نظر دعاوى المسؤولية الإدارية ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، العدد الأول ، ١٩٧٦ .
٤. د. أحمد خماس ، محكمة القضاء الإداري في ضوء القانون ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد التاسع ، العدد الأول والثاني ١٩٩٠ .
٥. د. أحمد كمال أبو المجد ، التاريخ الدستوري للولايات المتحدة الأمريكية ، مجلة القانون والاقتصاد يونيه ، سنة ١٩٦١ ، العدد الثاني ، السنة الحادية والثلاثون ، القاهرة ، مصر .
٦. د. أحمد كمال أبو المجد ، محكمة وارن والحريات العامة تحليل القضاء المحكمة الدستورية العليا الأمريكية من سنة ١٩٥٣ حتى سنة ١٩٦٨ ، مجلة القانون والاقتصاد ، مارس ، يونيه سنة ١٩٧١ ، السنة الحادية والأربعون ، العدد الأول ، والثاني ، مصر ، القاهرة .
٧. د. أحمد كمال أبو المجد ، مسؤولية الدولة عن الأفعال الضارة في النظامين الأمريكي والفرنسي ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الثاني ، السنة الأربعون ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧١ .
٨. د. ثروت بدوي ، الدولة القانونية ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة الثالثة ، العدد الثالث ، شركة ومطبعة مصطفى الحلبي وأولاده ، أيلول ، ١٩٥٢ .
٩. د. ثروت بدوي ، حق الدفاع وحق التقاضي ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة الثالثة ، العدد الرابع ، ١٩٥٠ .
١٠. خالد عبد الغني عزوز ، دور القضاء الإداري العراقي من الرقابة على أعمال الإدارة ، المعهد القضائي ، وزارة العدل ، ١٩٩١ .

١١. د. رايح لطفي ، حقوق الإنسان في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية ، مجلدات حقوق الإنسان ، إعداد محمد شريف بسيوني وآخرون المجلد الثالث ، ط ١ ، ت ١ ، ١٩٨٩ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان .
١٢. د. سعد عصفور ، مشكلة الضمانات والحريات العامة في مصر ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد ٤ ، السنة ٥ ، القاهرة ، ١٩٥٩ .
١٣. د. سعد عصفور رقابة القضاء وضرورة حماية الفرد في الدولة الحديثة ، مجلة المحاماة ، نقابة المحامين ، مصر . العدد ٨ و ٩ السنة ٥١ أكتوبر / ت ١ ، ١٩٧١ .
١٤. د. سليمان الطماوي ، مشكلة استبعاد المشرع لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء ، مجلة العلوم السياسية والقانونية ، السنة الثالثة ، العدد الأول ، ١٩٦٠ ، مقدم للحلقة الدراسية الأولى للقانون والعلوم السياسية للفترة من ٢٣-٢٧ تشرين أول ، ١٩٦٠ .
١٥. د. سيد القاضي ، القوانين المانعة من الطعن وأحكام الدستور ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، ع ٣٤ ، السنة ١٥ ، ١٩٧١ ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، القاهرة ، ١٩٧١ .
١٦. د. سيد اليماني ، حقوق الإنسان في النظام الأوروبي والأمريكي ، مجلدات حقوق الإنسان ، المجلد الثاني ، دراسات حول الوثائق العالمية والإقليمية ، إعداد : محمود شريف بسيوني وآخرون ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٩ .
١٧. د. سمير الجنزوري ، الضمانات الاجرائية في الدستور الجديد ، المجلة الجنائية القومية ، العدد الاول ، المجلد ١٥ ، القاهرة ، ١٩٧٢ .
١٨. شهير أرسلان ، استقلال القضاء ، مجلة المحامون السورية ، العدد الثاني ، السنة ٤٣ ، ١٩٧٨ .
١٩. السيد صبري ، الرقابة على دستورية الوانين ، مجلة القضاء ، العراق ، العدد الخامس ، ت ٢ ، ك ١٩٥٨ ، السنة السادسة عشر ، مطبعة العاني بغداد .
٢٠. صباح سلمان المفتي ، تطور الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في العراق ، المجلة القضائية ، وزارة العدل ، آب ، ١٩٩٠ .
٢١. صفاء مهدي الطويل ، محكمة القضاء الإداري في ضوء التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة ، بحث ترقية ، المعهد القضائي ، وزارة العدل ، ١٩٩١ .
٢٢. ضياء شيت خطاب ، الدعوى ، مجلة القضاء ، العدد الرابع ، أيلول ، ١٩٧١ .
٢٣. ضياء شيت خطاب ، رقابة القضاء العراقي للقرار الإداري ، مجلة القضاء ، العدد الرابع ، تشرين أول ، ١٩٥٥ .
٢٤. د. عبد الباقي نعمة عبد الله ، أعمال السيادة في القانون المقارن ، مجلة القانون المقارن ، العدد الأول ، ١٩٧٧ .
٢٥. د. عبد الباقي نعمة عبد الله ، نظرية أعمال السيادة ، مجلة قضايا الحكومة ، السنة السادسة ، ١٩٧٧ .
٢٦. د. عبد الرحمن غنيم ، القضاء الإداري والإدارة التنفيذية لحقوق الأفراد تجاه السلطات ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد السادس ، نوفمبر ، القاهرة ، ١٩٣٩ .
٢٧. د. عبد الرزاق السنهوري ، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة الإدارية ، مجلة مجلس الدولة ، السنة الثالثة ، يناير ، ١٩٥٢ .
٢٨. عبد الفتاح حسن ، مادة مهجورة في قانون مجلس الدولة ، مجلة العلوم الإدارية ، العدد الثاني ، ١٩٦٧ .
٢٩. د. عثمان خليل عثمان ، تطور القضاء الإداري في الجمهورية العربية المتحدة ، العدد الأول ، السنة الأولى ، تصدرها الشعبة المصرية للعلوم الإدارية ، القاهرة ، ١٩٥٩ .
٣٠. د. عصام البرزنجي ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في العراق وآفاق تطورها ، مجلة العلوم القانونية ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، العدد الثاني ، ١٩٨٥ .

٣١. د. عصام البرزنجي ، مجلس شورى الدولة ، ميلاد القضاء الإداري في العراق ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد التاسع ، العدد الأول والثاني ، ١٩٩٠ .
٣٢. د. علي خطار شطناوي ، الإجراءات الإدارية المقابلة للانفصال عن أعمال السيادة، بحث منشور ، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ، مجلد ٢٧ ، ع ١٦/١٠٢٠٠١ .
٣٣. د. عمر فاروق محل ، أثر قوانين ونظم الطوارئ على حرية التعبير في الوطن العربي ، مجلدات حقوق الإنسان .
٣٤. د. عوض محمد عوض ، المحكمة الدستورية العليا وحماية حقوق الإنسان المكفولة في الدستور المصري ، مجلدات حقوق الإنسان ، دار العلم للمرايين ، بيروت ، لبنان ، إعداد محمود شريف بسيوني وآخرون ، ١٩٨٨ .
٣٥. د. غازي فيصل ، الجديد في التشريع العراقي ، مجلة كلية صدام للحقوق ، العدد الرابع ، ٢٠٠٠ .
٣٦. د. فؤاد العطار ، كفالة حق التقاضي ، بحث ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الأول ، ١٩٦١ .
٣٧. د. فؤاد العطار ، كفالة حق التقاضي ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، مؤسسة مطبعة أخبار اليوم ، القاهرة ، ١٩٥٩ .
٣٨. د. فاروق احمد خماس ، محكمة القضاء الاداري في ضوء القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد التاسع ، العدد الاول والثاني ، ١٩٩٠ .
٣٩. د. محمد سعد الدين الشريف ، فلسفة العلاقة بين الضبط الإداري وبين الحريات ، مجلة مجلس الدولة ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ١٩٦٩ .
٤٠. د. محمد صالح القويزي ، أعمال السيادة ومدى تأثيرها على الحريات العامة للأفراد ، مجلة القضاء ، العدد الأول ، ١٩٨١ .
٤١. د. محمد عبد السلام ، أعمال السيادة في التشريع المصري ، مجلة مجلس الدولة ، العدد الرابع ، مطبعة مؤسسة أخبار اليوم ، ١٩٥٩ .
٤٢. د. محمد عبد الله العربي ، كفالة حقوق الأفراد والحريات العامة في الدساتير ، مجلة مجلس الدولة ، السنة الثانية ، ك ٢ ١٩٥١ ، دار النشر للجامعات المصرية القاهرة .
٤٣. د. محمد عصفور ، ضمانات الحرية ، مجلة المحاماة ، العدد الثالث ، والاتحاد المصري ، القاهرة ، مصر ، ١٩٦٥ .
٤٤. د. محمد عصفور ، موقف الديمقراطية من الرقابة على دستورية القوانين، مجلة المحاماة، نقابة المحامين ، مصر ، العدد الأول ، السنة ٥١ ، يناير ، ١٩٧١ .
٤٥. د. محمود حلمي ، دستورنا الجديد ما أقر وما أضاف ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثالث ، مطابع دار الاتحاد العربي ، ١٩٧٣ .
٤٦. د. نعمان الخطيب ، النصوص الدستورية أهم ضمانات حقوق الإنسان ، مجلدات حقوق الإنسان ، المشار إليها سابقاً ، المجلد الثالث .
٤٧. د. نعيم عطية ، السلطة الدستورية للحريات الفردية ، موسوعة حقوق الإنسان ، مطبعة الجبلاوي ، ١٩٨٩ .
٤٨. نصرت منلا حيدر ، استقلال السلطة القضائية ، مجلة المحامون السورية ، العدد الخامس ، السنة ٤٢ ، ١٩٧٦ .
٤٩. د. وهيب عباد سلامة ، حق الالتجاء إلى القضاء ، مجلدات حقوق الإنسان ، إعداد محمد وفيق تلة وآخرون ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٨ .

هـ . الدساتير والتشريعات

أولاً: الدساتير

١. الدستور الإيطالي ١٩٤٧ .
٢. الدستور الياباني ١٩٦٣ .
٣. الدستور البرتغالي ١٩٨٩ .
٤. الدستور الغاني ١٩٩٢ .
٥. الدستور الكندي ١٩٩٤ .
٦. الدستور السويسري ١٩٩٨ .
٧. الدستور الأسباني ١٩٧٨ .
٨. الدستور الهندي ١٩٥٠ .
١١. الدستور الصيني ١٩٨٢ .
١٢. الدستور الأمريكي ١٧٨٧ .
١٣. الدستور الفرنسي ١٩٥٨ .
١٤. الدستور الروسي ١٩٩٣ .
١٥. الدستور الغامبي ١٩٩٤ .
١٦. الدستور الألماني ١٩٩٥ .
١٧. الدستور الفنلندي ١٩٩٢ .
١٨. الدستور السوري ١٩٧٣ .
١٩. الدستور العراقي ١٩٧٠ .
٢٠. الدستور المصري ١٩٧١ .
٢١. الدستور الأردني ١٩٥٢ .
٢٢. الدستور المغربي ١٩٩٨ .
٢٣. الدستور السوداني ١٩٩٨ .
٢٤. الدستور اليمني ١٩٩١ .
٢٥. الدستور الموريتاني ١٩٩١ .

ثانياً: القوانين

١. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .
٢. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ .
٣. قانون السلطة القضائية العراقي الملغي رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٣ .
٤. قانون التنظيم القضائي العراقي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ .
٥. قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ .
٦. قانون إدارة الألوية العراقي رقم ١٦ لسنة ١٩٤٥ .
٧. قانون جوازات السفر العراقي رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ .
٨. قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٨ .
٩. قانون التعبئة العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ .
١٠. قانون حماية الحيوانات والطيور البرية العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٧٩ .
١١. قانون الرقابة على المصنّفات السينمائية العراقي رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٣ .
١٢. قانون الصحة العامة العراقي رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ .
١٣. قانون تنظيم الاستثمار المدني العراقي رقم ٩١ لسنة ١٩٨٨ .
١٤. قانون التجارة العراقي رقم ٥٠ لسنة ١٩٧٠ .
١٥. قانون الجمعيات العراقي رقم ١ لسنة ١٩٧٥ .
١٦. قانون التقاعد المدني العراقي رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٦ .

١٧. قانون المحاماة العراقي رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥.
١٨. قانون نقابة الصحفيين العراقي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٩.
١٩. قانون نقابة الأطباء العراقي رقم ١١٤ لسنة ١٩٦٦.
٢٠. قانون نقابة الصيادلة العراقي رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٠.
٢١. قانون نقابة المحاسبين والمدققين العراقي رقم ٥١ لسنة ١٩٧٩.
٢٢. قانون الجامعات والكليات الأهلية العراقي رقم ١٣ لسنة ١٩٩٦.
٢٣. قانون الجنسية العراقي رقم ٤٦ لسنة ١٩٩٠.
٢٤. قانون انضباط موظفي الدولة العراقي رقم ١١ لسنة ١٩٩١.
٢٥. قانون تنظيم الوكالة التجارية العراقي رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٠.
٢٦. قانون هيئة السياحة العراقي رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦.
٢٧. قانون الأحزاب السياسية العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٩١.
٢٨. قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١٣ لسنة ١٩٨٢.
٢٩. القوانين الأساسية المكملة للدستور المصري مع مذكرتها الإيضاحية وتقارير لجنة الشؤون التشريعية ، طبع الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ، العدد الثاني ، القاهرة ، ١٩٧٢ .
- ٣٠ . المجموعة الدائمة للقوانين والأنظمة العراقية الموحدة ، القوانين الخاصة بأمن الدولة ، والسلامة الوطنية ، والتعليمات والقرارات الصادرة بموجبها ، منشورات المكتبة الأهلية ، مطبعة سعد ، بغداد ، ١٩٦٥ .

ثالثاً: الوقائع العراقية

- | | | |
|-----|--------------|------------------|
| ١. | العدد / ٤٣٢ | في ٢٧ / ٤ / ١٩٤٥ |
| ٢. | العدد / ٨٢١ | في ٣ / ٢ / ١٩٥٩ |
| ٣. | العدد / ٦٣١ | في ١٧ / ٩ / ١٩٦٣ |
| ٤. | العدد / ٦٨٧ | في ٢٢ / ٤ / ١٩٦٥ |
| ٥. | العدد / ٣٢١ | في ٣ / ٩ / ١٩٦٢ |
| ٦. | العدد / ١٠٤٣ | في ٢٥ / ٧ / ١٩٧١ |
| ٧. | العدد / ١٣٣٢ | في ٣ / ٩ / ١٩٧٩ |
| ٨. | العدد / ١٢٨٤ | في ٣٠ / ٧ / ١٩٨١ |
| ٩. | العدد / ٣٥٢٨ | في ١٩ / ٤ / ١٩٩٤ |
| ١٠. | العدد / ٨٧ | في ٢ / ٤ / ١٩٧٠ |
| ١١. | العدد / ١٣٥٢ | في ٢٣ / ٨ / ١٩٧٥ |
| ١٢. | العدد / ٦٨٧ | في ٣٠ / ٣ / ١٩٦٦ |
| ١٣. | العدد / ١٢٨٥ | في ٢٠ / ٦ / ١٩٨٢ |
| ١٤. | العدد / ١٨٣١ | في ٩ / ٨ / ١٩٨٢ |
| ١٥. | العدد / ٣٩٩٤ | في ٩ / ٩ / ١٩٩٦ |
| ١٦. | العدد / ٣٣١٩ | في ٦ / ٨ / ١٩٩٠ |
| ١٧. | العدد / ١٢٧٤ | في ١٥ / ٦ / ١٩٩١ |
| ١٨. | العدد / ٣٨٤٦ | في ٢ / ١٠ / ٢٠٠٠ |
| ١٩. | العدد / ٣٦٣٥ | في ١٦ / ٩ / ١٩٩٦ |
| ٢٠. | العدد / ٣٦٧ | في ١٩ / ٥ / ١٩٩٧ |
| ٢١. | العدد / ٣٦٣٣ | في ٣ / ٩ / ١٩٩٦ |
| ٢٢. | العدد / ٣٨٣٩ | في ١٤ / ٨ / ٢٠٠٠ |

٢٣. العدد / ٣٣٧١ في ١٦ / ١ / ١٩٩١
 ٢٤. العدد / ٣٥٣٠ في ٣ / ١٠ / ١٩٩٤
 ٢٥. العدد / ٣٦٧ في ١٩ / ٥ / ١٩٩٧

ثانياً: المصادر باللغات الأجنبية

أ. المصادر باللغة الإنكليزية

١. Bernard Schwartz , An Introduction to the Administration American Law , ٢nd , Edition . London, ١٩٧٤.
٢. William, G. Andrews, Constitution and Constitutionals, P, Vano strand Cowpany Ist, Princeton. New Jersey , ١٩٦١.

ب. المصادر باللغة الفرنسية

١. Andre Chapnan , droit Administratif , ٢ EME, Dallozo , Paris , ١٩٧١.
٢. De Labudare , Droit Administratif , ١ EME, Paris , ١٩٧٢.
٣. De Laubadar Droit Administratif , ١ EME, Paris m ١٩٨٥.
٤. De Laubadere , De Droit Adminstratif , P.I.D.C. Paris , ١٩٧١ .
٥. De Laubudare (Andre) ; Des , Pliens Provioris ١٤ demi-decrets , ١٩٥٢ .
٦. Paul Duez Les acts de gouernment , Paris , ١٩٥٢.
٧. Paul Duez , les acts De gouvernement , Paris , ١٩٥٣ . Virally (M) L'introuvable acts De gouvernement , R.D.P. ١٩٥٢.
٨. Esmein et Duez, Elements dedroit Constrtion Francios etnel Institution Politiques, be ed, ١٩٧٥.
٩. George Vedal , droit Administratif , Theimis , Paris , ١٩٧٨.
١٠. Andre Hauriou , Droit adminstratif, ٢ EME, Paris , ١٩٧٦.
١١. Jac Qline Morand Deviller , Course De droit adminstratif , ٦ EME, Chrestien , ١٩٩٩.
١٢. Jean Rivero et' Jean Waline , droit adminstratif , Paris , Dalloze , ١٩٥٢.
١٣. Andre Lafferrier , des les principe of constitutiles droit, ٢ EME, Paris , ١٩٥٢.

١٤. Jean Rivero, Droit Admininistratif, ٤ EME , Paris , ١٩٧٤.
١٥. D. Laubadare , D , Droit administratif , P.D.F. ١٩٦١.
١٦. George Vedal , De Droit Adminstratif ,P.I.G. , Paris , ١٩٦٣.
١٧. Virally (M) , Lintrouvable acts de gonuernment , R.D.P , ١٩٧٢.

الخاتمة

بعد أن انتهينا بحمد الله وتوفيقه من بحث موضوع القوانين التي تحجب حق النقاضي ومدى دستوريته . وقد حاولنا بحث جوانبه المختلفة والمشاكل التي ثارت حوله . ويمكن أن نلقي نظرة شاملة على الجوانب المختلفة لهذه الدراسة من خلال بيان النتائج والمقترحات التي

توصلنا إليها .

أولاً : النتائج

يمكن إيجاز أهم النتائج التي توصلنا إليها في هذه الدراسة بما يأتي :

1. تشكل القوانين التي تحجب حق النقاضي ، انتهاكاً خطيراً لحقوق الأفراد وحياتهم بصورة عامة ، ولا يقتصر ذلك على حق النقاضي ، وذلك بسبب تعارض هذه القوانين مع مبدأ الولاية القضائية . إذ أن هذا المبدأ يقتضي أن تكون ولاية القضاء عامة وشاملة ، وأن يختص القضاء في الفصل في كافة المنازعات الناشئة بين الأفراد أنفسهم أو بين الأفراد والدولة .

كما أن القوانين التي تحجب حق النقاضي ، تتعارض مع حق الفرد في أن يجد لخصومته قاضياً من جهة ، إذ أن كل خصومة مهما كانت صفة الأطراف المتنازعة وصفتهم لابد أن يختص القضاء في نظر ذلك النزاع ، كما تتعارض القوانين التي تحجب حق النقاضي مع حق الفرد في اللجوء إلى القاضي الطبيعي ، وهو القاضي الذي يقوم بتطبيق القوانين العادية ، وليس القوانين الاستثنائية ، أو هو القاضي الذي يُعين وفق القوانين العادية التي تنظم السلطة القضائية .

إذ أن التوسع في إنشاء الاقضيه والمحاكم الاستثنائية ، تحد من حد النقاضي وتجعله لا يأخذ مداه الطبيعي ، ولا يحقق وسيلة فعالة لحماية حقوق الإنسان ورد العدوان عنها ، إلا إذ إقامة القاضي الطبيعي الذي يلجأ إليه المواطن إذا ما اعتدى على حق من حقوقه وحياته سواء من الأفراد أو من السلطات العامة .

2. تتعارض القوانين التي تحجب حق النقاضي ، مع مبدأ استقلال السلطة القضائية ، إذ يجب أن لا تتدخل السلطات الأخرى بشؤون القضاء وتفرض إرادتها عليهم .

ويترتب على مبدأ استقلال السلطة القضائية ، أنه لا يجوز لكلا السلطتين التشريعية والتنفيذية التدخل في العمل القضائي ، وأنها لا تملك سوى العمل التشريعي الذي يشمل إصدار القوانين المتعلقة بتنظيم الهاز القضائي ، كما لا يجوز التدخل أيضاً في العمل القضائي والضغط على القضاة في أداء مهمتهم الوظيفية .

إن حقيقة كون القضاء سلطة مستقلة تجاه السلطات الأخرى يجعل من التشريعات التي تحول بين الأفراد وبين حقهم في الالتجاء إلى قضاء " حق التقاضي " صورة صارخة للاعتداء على هذه السلطة استقلاليته . وإن صورة المساس باستقلال السلطة القضائية من أية سلطة أخرى في الدولة ، تتمثل في الأغلب في صورة القوانين التي تحجب حق التقاضي ، وبالتالي فإن صيانة استقلال القضاء والحفاظ عليه يعني الحفاظ على حق التقاضي نفسه .

3. تتنافى نصوص القوانين التي تحجب حق التقاضي وتتعارض مع مبدأ دستورية القوانين ، إذ أن هذا المبدأ يقضي أن تكون جميع القوانين العادية والصادرة في الدولة منسجمة مع النصوص الدستورية وغير متعارضة معها ، على أساس أن الدستور هو أعلى القواعد القانونية في الدولة ، وأن الدساتير عادة تنصوصاً تقرر الولاية العامة للقضاء واختصاص القضاء بنظر المنازعات التي تحصل بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة ، علاوة على نص العديد من الدساتير على كفالة حق التقاضي للأفراد بشكل واضح وصريح ، وإن القوانين التي تتجاوز مثل هذه النصوص الدستورية كأن تحجب حق التقاضي في المنازعات ، أو تمنع المحاكم من سماع الدعاوى المتعلقة بها ، أو تسند النظر في بعض المنازعات إلى جهات أخرى غير القضاء " صاحب الاختصاص الأصلي بنظر المنازعات " . أو غير ذلك ، فكل هذه القوانين تقوم بخرق مبدأ دستورية القوانين في الوقت نفسه ، ومن هنا ننبين العلاقة بين حق التقاضي ومبدأ دستورية القوانين وكيف أن الضمانات الحامية لمبدأ دستورية القوانين إنما تمتد بالضرورة لتحمي حق التقاضي .

4. إلى هنا نجد أن تعدد المسوغات وتنوعها ، تدفع المشرع إلى إصدار القوانين التي تحجب حق التقاضي ، سواء كانت أعمال سيادة أم قرارات إدارية محصنة بنصوص تشريعية ، ولكننا ندعو المشرع إلى إلغاء مثل هذه القوانين ، ومن ثم يجب رفع الحماية عنها وتمكين الأفراد من الطعن بها ، لأنها تتعارض مع حق الفرد في أن يجد لخصومته قاضياً . أما أعمال السيادة ، فهي ضرورية ، لتعلقها بمصالح الدولة العليا ، ولا يمكن أن نطلب من المحاكم أن تتجاهل النصوص التشريعية الخاصة ، المانعة بها ، ولكننا نطالب بتضييق العمل بها ، ومحاولة إخضاع بعض القرارات الإدارية المحصنة القابلة للانفصال عن أعمال السيادة لرقابة القضاء ، ما لم تمس المصلحة العامة . هذا من جانب من جانب آخر نطالب المحاكم بقبول دعاوى التعويض بعد تعديل النصوص التشريعية القائمة حالياً خاصة بعد تغيير النظام السياسي في العراق بعد الحرب .

5. ويسري الأمر نفسه على القرارات الإدارية التي تصدر من السلطة التنفيذية التي تنص على منع المحاكم من سماع الدعاوى ، وإحالة الفصل في المنازعات الناشئة بصدها إلى لجان ذات اختصاص فني أو إداري ، وحبذا لو تحولت هذه اللجان إلى محاكم القضاء الإداري . ولكن في الوضع الحالي يجب أن يتبلور عمل هذه اللجان الإدارية من خلال إصدار تشريع موحد يجمع مبادئها ، ويخلع صفة الأحكام القضائية على قراراتها ، مما ينتج عنه إمكانية الطعن فيها استئنافياً أمام الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بعد أن يمنحها المشرع هذا الاختصاص .
6. إذا كانت هناك مسوغات تدعو إلى تحصين القرارات الإدارية من رقابة القضاء ، والتي تتخذها الدولة للمحافظة على كيانها ، أو مصالحها العليا الأساسية الأمر الذي يسغ تحصينها ، فإننا في الوقت نفسه نرى إن سد الأبواب أمام المتقاضين أمر غير مقبول ، إذ إنه يتنافى مع أحكام الدستور ، لذا لابد من النص في أي دستور على كفالة حق التقاضي وعدم الانتقاص أو المساس منه كلاً أو جزءاً .
7. إن الرقابة القضائية ، في الوقت الحاضر لا تقوم بدور فعال ، ومع ذلك فإن تعزيز دور السلطة القضائية عن طريق بسط ولايتها على جميع المنازعات وإلغاء النصوص القانونية القائمة ، والتي تحجب حق التقاضي سيكون عوناً للأفراد في اقتضاء حقوقهم وسد النقص الحاصل في وسائل الحماية القانونية للأفراد في مواجهة أعمال السلطة التنفيذية .

ثانياً : المقترحات

بعد حصول التغيير السياسي في العراق ، انعقدت الآمال على إصدار وثيقة دستورية جديدة تنظم جانبي السلطة والحرية .

ونأمل أن تتضمن الوثيقة الدستورية ، بعض المبادئ الأساسية التي تكفل حق النقاضي . ونقترح أن تتضمن الوثيقة الدستورية المبادئ التالية :

1. على المشرع الدستوري ضرورة استحداث نص دستوري بشأن حق النقاضي ينص على أن :

- أ. حق النقاضي ، مكفول ، ومصون لجميع الأفراد بدون استثناء .
- ب. لا يجوز الاعتداء أو الانتقاص من هذا الحق كلاً أو جزءاً ، عن طريق تحصيل القوانين والقرارات الإدارية من رقابة القضاء .

2. ضرورة تشكيل محكمة دستورية تتولى مهمة التحقق من مدى اتفاق القوانين التي صدرت في العراق ، في الفترة السابقة والتي تضمنت قيوداً على حق النقاضي ، وإن يتم منح المحكمة صلاحية تفسير أحكام الدستور وتفسير أحكام تلك القوانين لتخلص إلى قرار بشأنه أو عدم موافقة تلك القوانين لأحكام الدستور وفي حال ثبت للمحكمة إن تلك القوانين لا تتفق مع المبادئ الدستورية ، عندئذ يحق للمحكمة إلغاء تلك القوانين .

3. أن تكون اختصاصات المحكمة الدستورية كما يأتي :

- أ. تفسير أحكام الدستور .
 - ب. تفسير القوانين .
 - ج. البت في دستورية القوانين .
 - د. البت في قانونية الأنظمة والمراسيم .
4. يجوز للمحكمة الدستورية في جميع الحالات ان تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو نظام يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية.
5. تتولى المحكمة الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة على الوجه الآتي :

- أ. إذا تراءى لإحدى المحاكم أثناء نظر أحد الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو نظام للفصل في نزاع معين ، يوقف النظر في الدعوى وتحال مباشرة إلى المحكمة الدستورية للفصل في المسألة الدستورية .
- ب. إذا دفع أحد الأفراد أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم بعدم دستورية نص قانوني ورأت المحكمة أن الدفع جدي ، أجلت نظر الدعوى وحددت

لمن أثار الدفع ميعادا محددا لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية ،

فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد المحدد اعتبر الدفع كأن لم يكن .

6. أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة

وللكافة . ويترتب على الحكم بعدم دستورية النص القانوني إلغاء ذلك النص ، اعتباراً

من تاريخ صدور قرار المحكمة .