

حدود رقابة القضاء الإداري على القرارات التي لها قوة القانون (دراسة مقارنة)

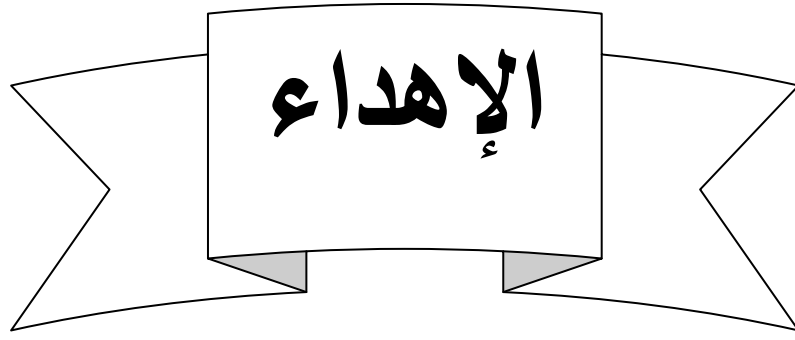
رسالة تقدم بها
فارس عبد الرحيم حاتم

إلى مجلس كلية القانون بجامعة بابل وهي جزء
من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون

بإشراف الدكتور
محمد علي جواد

الميلادي
٢٠٠٣

التاريخ الهجري
١٤٢٤ هـ



إلى والدي العزيز تقديراً واحتراماً وإجلالاً ...

إلى والدتي العزيزة حباً واحتراماً ...

شكر وتقدير

أتوجه بالشكر والتقدير إلى أستاذي الفاضل الدكتور محمد علي جواد ، إذ كان لملاحظاته القيمة ولمساته الأثر الكبير في إخراج الرسالة بشكلها النهائي .

وأتوجه بالشكر والتقدير لأستاذي الدكتور رافع شبر الذي لم يبخل علي بالمصادر خلال مدة كتابة الرسالة .

كذلك أتوجه بالشكر والتقدير إلى مكتبة كلية القانون في جامعة بابل ، والمكتب الاستشاري في الكلية ، ومكتبة كلية القانون في جامعة النهرين ، ومكتبة نقابة المحامين ، ومكتبة المعهد القضائي ، ومكتبة الحكيم الأهلية في محافظة النجف . وذلك لما أبدوه من تعاون في الحصول على المصادر اللازمة لأعداد هذه الرسالة .

كما أتوجه بالشكر والتقدير لرفيقة دربي زوجتي العزيزة التي وقفت معي وساعدتني في المرحلة التحضيرية ، ومرحلة أعداد الرسالة ، فكانت خير عون لي .

وأتوجه بالشكر والتقدير لأختي وزوجها الأخ العزيز حيدر لمساعدتهم لي في طبع هذه الرسالة .

وأخيراً أتوجه بالشكر والتقدير لكل من ساعدني في إنجاز طبع هذه الرسالة . جزاهم الله خير الجزاء .

e

وَأَقِمْوَا الْوِزْنَ بِالْقِسْطِ
وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ

صدق الله العلي العظيم
الرحمن . الآية ٩

اقرار المشرف

اشهد ان هذه الاطروحة الموسومة (حدود رقابة القضاء الاداري على القرارات التي لها قوة القانون - دراسة مقارنة) قد جرى تحت اشرافي في كلية القانون / جامعة بابل وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير ، وهي جديدة بنيل درجة الماجستير في القانون العام .

التوقيع :
اسم المشرف : د. محمد علي جواد
التاريخ : / / ٢٠٠٣

بناءا على التوصيات المطلوبة ارشح هذه الاطروحة للمناقشة .

التوقيع :
الاسم : د. كاظم عبد الله الشمري
م. العميد للشؤون العلمية والعلاقات الثقافية
التاريخ : / / ٢٠٠٣

التمهيد

تميز القرار الإداري من بقية أعمال الدولة وتعريفه .
من أجل تسليط الضوء على معايير تمييز القرار الإداري من سائر أعمال الدولة وصولاً إلى تعريفه من خلال تحديد أركانه فإن هناك عدداً من المعايير الفقهية والقضائية

أولاً : - تمييز القرار الإداري من سائر أعمال الدولة .

من أجل أداء الدولة لمهامها فهي تقوم بوظائف متعددة ذات طبيعة مختلفة تصنف عادةً إلى ثلاثة ميادين ^(١) ، هي الوظيفة التشريعية، والوظيفة التنفيذية، والوظيفة القضائية ^(٢) .

وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت إلى هذا التقسيم فإنه ما يزال السائد في الفقه والتطبيق ويحظى بنصيب وافر من التأييد ^(٣) .
إن الوظيفة التنفيذية تنقسم إلى نوعين من الأنشطة الوظيفة الإدارية والوظيفة الحكومية ^(٤) ، التي يطلق عليها أعمال السيادة .

(١) ويسمى هذا بالتقسيم التقليدي الذي أستمده أصوله من كتابات أرسطو ، إلا أنه أرتبط بأسم الفقيه الفرنسي مونتسكيو . د. ثروت بدوي ، النظم السياسية ، الجزء الأول ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ . ص ٢٨١ .

(٢) أن الوظيفة التشريعية هي سن القوانين ، أما الوظيفة التنفيذية فهي تنفيذ ما سنه المشرع من قواعد عامه أضافه إلى العمل على تحقيق الأمن للأفراد وإشباع حاجاتهم العامة ، أما الوظيفة القضائية فهي الفصل في الخصومات التي تنشأ بين الأفراد أو فيما بينهم وبين السلطات العامة . د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري (دراسة مقارنة) ، الجزء الأول ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع . ص ٣ .

(٣) د. ثروت بدوي ، المصدر نفسه . ص ٢٨٧ .

(٤) المحامي محمد فخري الجميل ، مذكرات في القانون الإداري المحلي ، مجموعة المحاضرات التي ألقيت على طلبه الصف المنتهي في كلية الحقوق للعام الدراسي ١٩٤٣ - ١٩٤٤ ، مطبعة الصباح ، بغداد . ص ٦ . د. محمود محمد حافظ ، المصدر السابق . ص ٣-١٥ .

الوظيفة الإدارية بدورها يمكن تقسيمها إلى طائفتين من الأعمال ، الأولى ذات طبيعة مادية لا تنوي الإدارة من ورائها أحداث آثار قانونيه ، والأخرى أعمال قانونيه تنقسم إلى تصرفات قائمة على توافق أرادتين هما أرادة الإدارة مع أرادة أحد أشخاص القانون الخاص، أو العام وتعرف بالعقود. وأخرى تصرفات صادرة عن الإدارة بإرادتها المنفردة التي تتمثل بالقرارات الإدارية^(١).

وهكذا نجد أن القرارات الإدارية تمثل ميداناً له خصوصية اتجاه أعمال الدولة بشكل عام و اتجاه نشاط السلطة التنفيذية بشكل خاص .

ومن أجل البحث عن معيار القرار الإداري تميزاً له من باقي النشاطات التي تمارس من قبل الدولة فأن الفقه والقضاء قد أعتمد نوعين من المعايير هما :

١- المعيار الشكلي : هذا المعيار يتميز بالبساطة والسهولة^(٢) ، إذ يمكن التمييز من خلاله بين أعمال الدولة المختلفة من خلال تحديد الجهة التي صدر عنها العمل وكذلك الشكل الخارجي الذي يتخذه العمل والإجراءات المتبعة لإصداره^(٣) ، وبالتالي فأن ما يصدر عن المشرع هو القانون ، أما ما يصدر عن السلطة القضائية هي أحكام قضائية، وما يصدر عن السلطة الإدارية هي قرارات إدارية .

لقد وجهت إلى هذا المعيار العديد من الانتقادات من أبرزها هي أنه لا يتناسب إلا مع الفصل المطلق بين السلطات^(٤) وواقع العمل خلاف ذلك إذ أن هناك تداخلاً في الوظائف بين السلطات العامة ، فالسلطة التشريعية تصدر إلى جانب قواعد عامة مجردة أعمال لا تتصف بالعمومية والتجريد كقانون الميزانية ، بالمقابل تقوم السلطة التنفيذية بإصدار قواعد عامة مجردة هي القرارات الإدارية التنظيمية إلى جانب القرارات الإدارية الفردية ، وكذلك بالنسبة للسلطة القضائية فأنها قد تصدر قرارات ذات طبيعة إدارية وليست قضائية مثل الأوامر على العرائض ، وعليه فلا يوجد فصل مطلق بين السلطات وأنما

(١) د. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية (دراسة مقارنة) ، الطبعة الرابعة ، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٦ . ص ١٧٥ . د. محمود محمد حافظ ، مصدر سابق . ص ٦ .

(٢) عمر محمد الشوبكي ، القضاء الإداري (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، الإصدار الثاني ، الناشر مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠١ . ص ١٣١ . العميد ليون دكي ، دروس بالقانون العام ، ترجمة رشدي خالد ، منشورات مركز البحوث القانونية وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨١ . ص ٧٧ .

(٣) زهدي يكن ، التنظيم الإداري ، تنظيم الإدارة المركزية والمحلية ، بلا سنة طبع ، نشر وتوزيع دار الثقافة ، بيروت - لبنان . ص ١٨٧ .

د. طعيمه الجرف، القانون العام (دراسة مقارنة لنظم الحكم والإدارة)، القسم الثاني، ملتزم الطبع والنشر مكتبة القاهرة الحديثة ، ١٩٦٢ . ص ١١٠ .

(٤) أن الفصل المطلق بين السلطات يعني أن تختص السلطة التشريعية بالوظيفة التشريعية فقط وتختص السلطة التنفيذية بالوظيفة التنفيذية فقط ، وهكذا الأمر بالنسبة للسلطة القضائية أي تطابق التقسيم الوظيفي مع توزيع السلطات وهذا خلاف الواقع .

هناك تداخل في الاختصاصات ^(١) ، فالعمل الواحد من حيث المضمون يصبح تشريعياً وتنفيذياً ثانياً وقضائياً ثالثاً (وهذا أمر يجافي المنطق) ^(٢) .

لقد قيل في الرد على هذا الانتقاد أنه يستوي من ناحية المنطق الأخذ بأي من المعيارين الشكلي أو الموضوعي لأن العمل الذي يعد تارة تشريعياً وتارة تنفيذياً، وأخرى قضائياً لاختلاف جهة إصداره يعد سليماً على وفق المعيار الشكلي ومن جهة أخرى أن منح التصرف الصفة التشريعية والتنفيذية تارة أخرى أو القضائية لاختلاف المضمون مع اتحاد جهة إصداره يعد منطقياً من ناحية المعيار الموضوعي ^(٣) .

كما قيل في الرد على هذا الانتقاد أن التداخل في الاختصاصات يؤكد ضرورة الأخذ بالمعيار الشكلي لأن اختلاف الجهة التي يصدر عنها العمل يؤدي إلى اختلاف الشكل والإجراءات التي تتبع في صدور التصرف وهذا يصبح المميز الوحيد والأساسي بين هذه الأعمال ^(٤) .

ونحن نؤيد هذا الرأي إذ أن كل عمل يخضع لنظام قانوني يتحدد على أساس الجهة التي يصدر عنها ، فالعمل الذي يصدر عن السلطة التنفيذية يخضع لنظام قانوني يختلف عن النظام الذي كان سيخضع له لو صدر عن السلطة التشريعية حتى وإن كان مضمون العمل واحداً في كلا الحالتين .

ومن الانتقادات التي وجهت إلى المعيار الشكلي أنه لا يمكن العمل به عند دمج السلطتين التشريعية والتنفيذية في يد سلطة واحدة هي التنفيذية في الأوقات الاستثنائية التي تمر بها الدولة، وأن المعيار الأقوى هنا يصبح المعيار الموضوعي ^(٥) .

(١) د. سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، الجزء الثاني ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٦ . ص ٤٣٢ .

د. عمر محمد الشوبكي ، مصدر سابق . ص ١٣١ .

(٢) د. محمود محمد حافظ ، مصدر سابق . ص ١٣ .

(٣) ينظر د. محمود محمد حافظ ، مصدر سابق . ص ١٣ .

(٤) د. سامي جمال الدين ، المصدر السابق . ص ٤٣٣ . وينظر في رأي مشابه . د. طعيمة الجرف ، نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي ، ملتزم الطبع والنشر مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ٤٥٤-٤٥٥ . إذ يقول أن مبدأ الفصل المطلق بين السلطات يخالف ما هو معمول به في القانون الوضعي الذي يقوم على أساس المعيار الشكلي .

(١) د. عمر محمد الشوبكي ، مصدر سابق . ص ١٣٨ . د. محمد وليد العبادي ، قضاء الإلغاء (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٥ . ص ٧٦ .

د. محمود عاطف ألبنّا ، الوسيط في القضاء الإداري (قضاء الإلغاء وقضاء التعويض) ، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ، ١٩٨٨ . ص ٦٧-٦٩ . د. محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري ، بلا سنة طبع ، بلا مطبعة . ص ٤١٠ . على أنه قد يعترض هذا المعيار صعوبة تتمثل في التمييز بين القانون و القرار التنظيمي إذ أن كلاهما يتضمن قواعد عامة مجردة ، فيمكن هنا التغلب على هذه الصعوبة بتحديد مجال القانون ومجال القرار التنظيمي طبقاً لآخر دساتير الدولة أو طبقاً للعرف الدستوري . د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، دار المطبوعات الجامعية . ١٩٨٥ ، ص ٢٨٣ . د. محمود عاطف ألبنّا ، المصدر السابق . ص ٦٩ . د. محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري ، المصدر السابق . ص ٤١١ .

(٢) زهدي يكن ، مصدر سابق . ص ١٩٠ . د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق . ص ١٨٢ . د. عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان ، الوجيز في دعوى الإلغاء ، النسر العربي - عابدين ، ١٩٨٦ . ص ٢٠ .

لقد اختلف الفقهاء مع هذا الفريق وذهب فريق منهم إلى تبني المعيار الشكلي في مثل هذه الحالة لتمييز القرار الإداري وذلك باتباع التسمية التي يتم إطلاقها على التصرف من قبل الجهة التي يصدر عنها^(٣) ، وذهب فريق آخر إلى تبني كلا المعيارين الشكلي والموضوعي لتمييز القرار الإداري وذلك بالنظر إلى التسمية التي تطلق على هذا التصرف، وإلى موضوعه^(٣) ، وإلى الإجراءات المتبعة لأصداره^(٤) .

ونستنتج من ذلك أن لمعرفة طبيعة العمل الصادر عن السلطة التنفيذية في مثل هذه الحالة نستعين بكلا المعيارين الشكلي والموضوعي لكي يتم تحديد طبيعة العمل الصادر ، لذا فإن المعيار الموضوعي يتم تطبيقه هنا عند عدم إمكانية التعرف على طبيعة العمل وفقاً للمعيار الشكلي لأن هذا الأخير يكون أسهل في الكشف عن أرادة الجهة التي صدر عنها التصرف .

٢- المعيار الموضوعي : يأخذ أنصار المعيار الموضوعي وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي (ليون دكي) ومدرسته الواقعية التي من أبرز فقهاء جيز، وبونار، وسل على المعيار الشكلي اقتصاره على الشكليات فقط ، فهو لا يتفحص مضمون العمل لكي يعرف طبيعته وإنما ينظر إلى من أصدره والإجراءات التي أتبع في إصداره وما أسبغت عليه الجهة المصدرة من تسمية^(١) .

لذلك فقد جاءت هذه المدرسة بمعيار لتمييز أعمال الدولة يتقاطع مع المعيار الشكلي ومضمونة هو أن البناء القانوني للدولة في وقت معين يتألف من مراكز قانونية عامة أو موضوعية، ومراكز قانونية ذاتية أو فردية^(٢) .

والمركز القانوني (هو الحالة التي يوجد فيها الفرد إزاء القانون)^(٣) أي هو (مجموعة الحقوق والالتزامات التي يمكن أن يتمتع بها شخص معين استناداً إلى القانون)^(٤) .

إن المراكز القانونية العامة أو الموضوعية يكون محتواها واحداً بالنسبة لطائفة من الأفراد مثال ذلك في القانون الخاص الرجل المتزوج، وفي القانون العام الموظف^(٥) .

(٣) د. حامد مصطفى ، مبادئ القانون الإداري العراقي ، بلا سنة طبع ، ١٩٦٨ . ص ٢٤١ . د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية ، ١٩٩٦ . ص ١٤٤-١٤٨ . د. محمود سعد الدين الشريف ، أصول القانون الإداري ، الجزء الأول ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٦ . ص ٣٩٨ .

(٤) د. ماجد راغب الحلو ، مصدر سابق . ص ٢٨٣ .

(١) د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق . ص ١٧٧ .

(٢) ذهب رأي من الفقه إلى وجود نوع ثالث من المراكز القانونية أطلق عليه تسمية المراكز القانونية المختلطة والتي تتمثل في مراكز قانونية شخصية أو ذاتية تتضمن بعض عناصر المراكز العامة أو الموضوعية ، مثال ذلك مركز الدائن والمدين فهو مركز فردي بمقتضاه يستطيع الدائن مطالبة المدين بالدين وإلى جانب هذا المركز هناك مركز عام يتمثل في أن للدائن الحق في استعمال حقوق عامة موضوعية نص عليها القانون لاستيفاء دينه .

محمود خلف حسين ، التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد ، ١٩٧٩ . ص ٣٤ . نقلاً عن د. شاب توما منصور ، محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا في قسم القانون العام للعام الدراسي ١٩٧٧-١٩٧٨ (لم تطبع) .

(٣) د. سامي جمال الدين ، مصدر سابق . ص ٤٢٩ . د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق . ص ١٧٨ .

(٤) د. سامي جمال الدين ، مصدر سابق . ص ٤٢٩ .

(٥) المصدران السابقان .

وتتميز هذه المراكز بكونها دائمية أي أن الحقوق والالتزامات التي تتضمنها لا تزول بتطبيقها طالما لم تنقض أو تعدل بقاعدة عامة وهي تحكم جميع الحالات الموجودة والتي ستوجد في المستقبل^(١). أما المراكز القانونية الذاتية أو الفردية فهي كما تدل عليها تسميتها تتعلق بكل فرد على حدة ، فهي بذلك تختلف من شخص إلى آخر . مثال ذلك في القانون الخاص حالة الدائن والمدين وفي القانون العام حالة ممول الضريبة الذي تم تحديد ما بذمته^(٢). وتتميز هذه المراكز بكونها وقتية تزول عند ممارستها^(٣).

إن المراكز القانونية تنشأ وتعدل وتلغى بواسطة الأعمال القانونية وهذه الأعمال تنقسم إلى ثلاث أنواع^(٤). الأعمال المشرعة التي تتضمن قواعد عامة مجردة ، فهي بذلك تتعلق بالمراكز العامة أو الموضوعية ، أما النوع الثاني فهي الأعمال الشخصية أو الذاتية وهي تتعلق بمراكز شخصية وتتجلى في العقود ، والنوع الثالث من الأعمال القانونية الأعمال الشرطية التي تقوم بإسناد مراكز قانونية عامة أو موضوعية إلى فرد أو أفراد معينين ، وبذلك يكون عملها مكملاً للأعمال المشرعة . يقول أصحاب المذهب الموضوعي أن هذه المراكز تبقى شاغرة حتى يتم اشغالها بواسطة الأعمال الشرطية وتختلف هذه الأعمال عن الأعمال الشخصية في أنها لا تمس مراكز قانونية فردية ، ومثالها في القانون الخاص الزواج وفي القانون العام التعيين في إحدى الوظائف العامة^(٥).

مما تقدم يخلص أصحاب المعيار الموضوعي إلى أن العمل التشريعي يتضمن قواعد عامة مجردة وهي تتمثل في الأعمال المشرعة بغض النظر عن الجهة التي يصدر عنها، وعالية تكون القوانين والقرارات الإدارية التنظيمية أعمالاً تشريعية ، أما الأعمال الشخصية أو الذاتية والأعمال الشرطية فهي أعمال إدارية^(٦).

(١) د. محمود حلمي ، القرار الإداري ، الطبعة الأولى ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، ١٩٧٠ . ص ٤ .

(٢) د. سامي جمال الدين ، مصدر سابق . ص ٤٢٩ . د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق . ص ١٧٨ .

(٣) د. محمود حلمي ، مصدر سابق . ص ٤ .

(٤) هناك رأي يقول بوجود نوع رابع من الأعمال القانونية ، وهي أعمال مركبة تنشئ مركز ذاتي للفرد وتسند إليه في نفس الوقت مركزاً عاماً أو موضوعياً ، مثال ذلك عقد العمل الفردي فهو ينشئ مركز قانوني ذاتي للعامل وهو يعتبر في نفس الوقت عمل شرطي إذ يسند للعامل مركز قانوني عام ينظمه قانون العمل . د. محمود حلمي ، مصدر سابق . ص ٥ .

(٥) زهدي يكن ، مصدر سابق . ص ١٨٤-١٨٥ . د. سامي جمال الدين ، مصدر سابق . ص ٤٢٩-٤٣٠ . د. سليمان

محمد الطماوي ، مصدر سابق . ص ١٧٩ . د. طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، الناشر دار النهضة العربية ،

القاهرة ، ١٩٨٥ . ص ١٤٠-١٤١ . ليون دكي ، مصدر سابق . ص ٣٧-٣٨ . د. محمود محمد حافظ ، القرار

الإداري ، مصدر سابق . ص ١٧ .

(١) زهدي يكن ، مصدر سابق . ص ١٨٤-١٨٥ . د. سامي جمال الدين ، مصدر سابق . ص ٤٣٠ . د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق . ص ١٨٠ . د. طعيمة الجرف ، مصدر سابق . ص ١٤٠-١٤١ . د. عمر فؤاد بركات ، مبادئ القانون الإداري ، بلا مطبعة ، ١٩٨٥ . ص ٤٤٣ . ليون دكي ، مصدر سابق . ص ٨٧ . د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري ، مصدر سابق . ص ١٨ .

(٢) يقول بهذا الرأي الفقيه الفرنسي كاري دي مالبيير ذكره د. القطب محمد طبلية ، العمل القضائي في القانون المقارن والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي في مصر ، الطبعة الأولى ، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ، ١٩٦٥ . ص ٢٠-٢٤ . وذهب إلى هذا الرأي أيضاً د. محمود عاطف البنا ، مصدر سابق . ص ٧٠ .

هذا فيما يخص التفرقة بين العمل الإداري والتشريعي على أساس المعيار الموضوعي . لكن كيف يمكن تمييز العمل الإداري عن العمل القضائي مادياً ؟
لقد ذهب فريق من الفقهاء إلى عدم إمكانية التمييز بين العمل القضائي والعمل الإداري على أساس المعيار الموضوعي لأن كلا العاملين يتضمن تطبيقاً للقانون على حالات فردية والمعيار الذي يجب أن يتبع هو المعيار الشكلي .^(٢) حتى أن هناك فريقاً من الفقهاء أنكر وجود القضاء بوصفه وظيفة مستقلة وقال أن للدولة وظيفتين فقط هما التشريعية والتنفيذية^(٣) .

إلا أن أنصار المعيار الموضوعي اتجهوا إلى تمييز العمل القضائي من العمل الإداري على الأساس المادي وذهب الرأي الراجح إلى أن العمل القضائي يتميز بوجود خصومة حول مركز قانوني عام أو خاص وهو لا يتضمن أي مساس بالمراكز القانونية وإنما يهدف إلى حماية هذه المراكز^(٤) . وقد أعترض الفقيه الفرنسي دكي على وجود عنصر الخصومة وقال أن العمل القضائي يتميز بوجود ثلاث عناصر هي:
(العنصر الأول : وجود مسألة قانونية مطروحة على السلطة العامة (أي إدعاء)
العنصر الثاني : حل يعطى لهذه المسألة القانونية .
العنصر الثالث : قرار وهو النتيجة الضرورية منطقياً للجواب المعطى للمسألة القانونية)^(١) .

لحظنا فيما سبق أن المعيار الموضوعي يتميز بالتعقيد خلافاً للمعيار الشكلي، ومع ذلك فإن هذا المعيار قد ناصره الكثير من الفقهاء لأنه يوضح الطبيعة الداخلية للعمل ويؤدي إلى معرفة حقيقة أعمال الدولة^(٢) . ومع هذه المزية للمعيار المذكور فإنه لا يتناسب مع الواقع العملي، إذ أن ماجرى عليه العمل في القانون الوضعي الفرنسي من تبني الفصل المطلق بين السلطات من قبل الثوار الفرنسيين ونشوء نظام القضاء المزدوج وتبني مبدأ المشروعية^(٣) أدى إلى الأخذ بالمعيار الشكلي في تمييز أعمال الدولة، الأمر الذي أدى بدوره إلى أن تتبنى الدول المتأثرة بالنظام القانوني الفرنسي النهج نفسه^(٤) .
أضافه لذلك فإن تبني مبدأ الفصل المرن بين السلطات يستوجب الأخذ بالمعيار الشكلي^(٥) . ومن ضرورات الأخذ بهذا المعيار أن الدستور يقوم على معيار شكلي أو عضوي فكل

(٣) د. آدمون رباط ، الوسيط في القانون الدستوري العام، الجزء الثاني، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٦٥ ، ص ٥٥١ -

٥٥٢ د. طعيمه الجرف، القانون العام، مصدر سابق، ص ١١٠ د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري ، مصدر سابق، ص ١٨

(٤) د. سامي جمال الدين ، مصدر سابق . ص ٤٣٠ د. محمود عاطف البنا ، مصدر سابق . ص ٧٠ .

د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري ، مصدر سابق . ص ٢٢-٢٣ .

(١) ليون دكي ، مصدر سابق . ص ٨٥ .

(٢) د. سامي جمال الدين ، مصدر سابق . ص ٤٣١ د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق، ص ١٨٠ .

المحمي محمد فخري الجميل ، مصدر سابق . ص ٤ . د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري ، مصدر سابق . ص ٢٣ .

(٣) أن مبدأ المشروعية يعني خضوع الحكام والمحكومين للقانون، أي هو مبدأ سيادة القانون، وطبقاً لهذا المبدأ فيجب على كل قاعدة قانونية أن لا تخالف القواعد القانونية التي تسبقها في المرتبة .

(٤) د. سامي جمال الدين، مصدر سابق، ص ٤٣١ د. محمود محمد حافظ، القرار الإداري ، مصدر سابق . ٢٣-٢٤ .

(٥) راجع ص ٥ من هذه الرسالة .

(٦) د. سامي جمال الدين ، مصدر سابق . ص ٤٣١ .

ماتحتوية الوثيقة الدستورية تعد قواعد دستورية بغض النظر عن مضمونها الأمر الذي يوجب الأخذ بالمعيار الشكلي لتمييز أعمال السلطات العامة التي يتضمنها الدستور حتى يتم التوافق بين القواعد الدستورية وبقية القواعد القانونية^(١).

وأضافه لما ذكره فان العميد ليون دكي الذي يتزعم المدرسة الواقعية التي تتبنى المعيار الموضوعي يعترف بأن هناك ضرورات عملية تستوجب تطبيق المعيار الشكلي وهي تتجلى في حالة تحديد الطعون ضد أعمال الدولة ، فهو أمر يتوقف على الهيئة التي تصدر العمل ، فالقضاء الإداري مثلاً يتبنى كقاعدة عامة الطعون ضد أعمال السلطة الإدارية ولا يختص في الطعون الموجهة إلى أعمال السلطة التشريعية . وكذلك يتم تطبيق المعيار الشكلي لتحديد قوة القانون بالمعنى المادي، إذ أن الفقيه الفرنسي دوكي يقول أن القانون بالمعنى المادي يختلف في قوته بحسب السلطة التي أصدرته ويصنف القوانين المادية إلى ثلاثة أنواع تبعاً للسلطة التي صدر عنها العمل وهي : (١- القوانين الدستورية الجامدة ، ٢- القوانين العادية ، ٣- الأنظمة)^(١).

نخلص من ذلك أن المعيار الموضوعي لا يتناسب مع الضرورات العملية في القانون الوضعي .

موقف التشريع من المعيارين الشكلي والموضوعي :

في موقف التشريع نبداً من فرنسا ، وقد مر ذكر موقف القانون الوضعي الفرنسي من معياري التمييز. وتطبيقاً لما سبق ذكره فقد أعلن المشرع الفرنسي تبنيه المعيار الشكلي في قانون مجلس الدولة الصادر في ١٨٧٢/٥/٢٤ في مادته التاسعة التي جاء فيها أن (محل الطعن بسبب تجاوز السلطة هو الأعمال الصادرة عن السلطات الإدارية المختلفة)^(٢) . وكذلك القانون المنظم لمجلس الدولة الصادر في ١٩٤٥/٦/٣١ في مادته الثانية والثلاثين^(٣).

أما في مصر فإن المشرع تبنى المعيار الشكلي في تمييز أعمال الدولة بصورة أساسية^(٤) . فبالرغم من أنه لم يورد نصاً صريحاً بتبني المعيار الشكلي ، إلا أن ذلك يستفاد من الإرادة الضمنية للمشرع . ومن الدلائل على ذلك ما جاء في قانون سنة ١٩٤٩ (الخاص بإعادة تنظيم مجلس الدولة) على اختصاص المجلس بالفصل في الطعون الموجهة إلى القرارات النهائية الصادرة من جهات إدارية لها اختصاص قضائي ، ثم أعاد

(١) ليون دكي ، مصدر سابق . ص ٨٠-٧٩ .

(٢) د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري ، مصدر سابق . ص ٢٥ .

(٣) د. سامي جمال الدين ، مصدر سابق . ص ٤٣٣ . د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري ، مصدر سابق . ص ٢٥ .

المادة المذكورة نفس صياغة المادة التاسعة من القانون ١٨٧٢/٥/٢٤ .

(٤) د. سامي جمال الدين ، مصدر سابق . ص ٤٣٤ . د. ماهر صالح علاوي ، القرار الإداري ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٩١ . ص ٣٥-٣٦ .

النص على هذا الاختصاص في قوانين مجلس الدولة عام ١٩٥٥ و ١٩٥٩ و ١٩٧٢ مع بعض الاستثناءات^(١).

أما المشرع العراقي فإنه كقاعدة عامة يأخذ بالمعيار الشكلي في التمييز بين أعمال الدولة^(٢). فقد نص قانون مجلس شوري الدولة في الفقرة (ثانياً - د) من المادة السابعة منه على ما يأتي: (تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي ...)^(٣).

ويلحظ أن هذا النص غير واضح في بيان المعيار المتبع لتمييز القرارات الإدارية^(٤). إلا أن القانون تضمن بعد ذلك دلائل تشير إلى تبني المشرع المعيار الشكلي^(٥). ومن هذه الدلائل عدالمراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية من أعمال السيادة ، والقرارات الإدارية التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية محصنة من رقابة محكمة القضاء الإداري^(٦) ، مما يعني أن المشرع يقر بأن هذه الأعمال ولو تضمنت قواعد عامة مجردة إلا أنها أعمال إدارية لصورها عن سلطة إدارية ، لذا أوجب النص منع المحكمة من النظر في الطعون المقدمة ضدها ، وهذا تغليب للمعيار الشكلي . ومن الأسانيد أيضاً على تبني المشرع العراقي للمعيار الشكلي هي منح مجلس الانضباط العام، الذي أصبح هيئة من هيئات القضاء الإداري المكونة لمجلس شوري الدولة، اختصاص النظر في الطعون التي ترفع ضد قرارات فرض العقوبات

(١) د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري ، مصدر سابق . ص ٥٦-٥٧ .

(٢) د. ماهر صالح علاوي ، المصدر السابق . ص ٥٢ . إذ يقول الدكتور ماهر أن المشرع العراقي يميز بين الوظائف الثلاثة للدولة ويعهد كل واحدة منها إلى هيئة منفصلة عن الأخرى الأمر الذي يشير إلى أتجاه المشرع للأخذ

بالمعيار العضوي الشكلي كمبدأ عام في تمييز الوظائف الثلاث للدولة .

(٣) من القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ . المنشور في جريدة الوقائع العراقية ، العدد (٣٢٨٥) في ١١/١٠/١٩٨٩ .

(٤) د. ماهر صالح علاوي ، مصدر سابق . ص ٢٣-٢٤ ، ٤٨-٤٩ . وتجدر الإشارة إلى أن د. عصام عبد الوهاب البرزنجي قد اعتبر قصد المشرع بذكره لعبارة دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي هو سلطات الإدارة المركزية

واللامركزية . د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مجلس شوري الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد التاسع ، العدد الأول والثاني ، تصدرها كلية القانون في جامعة بغداد ١٩٩٠ .

ص ١٥٧-١٥٨ . إلا أن الرأي الراجح هو رأي د. ماهر صالح علاوي ، لأن ما جاء به المشرع عبارات عامة يمكن أن تشمل دوائر الدولة التشريعية والإدارية والقضائية .

(٥) ينظر في هذه الدلائل د. ماهر صالح علاوي ، مصدر سابق . ص ٥٢ . لقد اعتبر د. ماهر أن القرارات الإدارية التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية وفق الفقرة (خامساً - ب) من المادة السابعة من قانون مجلس شوري الدولة من أعمال السيادة وهذا القول محل نظر بالنسبة لهذه الفقرة .

(٦) الفقرة (خامساً - أ - ب) من المادة السابعة من القانون السابق الذكر .

الأنضباطية^(١)، و هذا يعني أن المشرع عدّ هذه القرارات ذات طبيعة إدارية بالرغم من أنها قضائية متبنياً بذلك المعيار الشكلي .

موقف القضاء من المعيارين الشكلي والموضوعي :

فيما يتعلق بموقف القضاء فأنا نبدأ من فرنسا أيضاً والتي لم يخالف قضاؤها موقف مشرعها في هذا المجال فتبنى المعيار الشكلي كقاعدة عامة ، إلا أنه استثناءً على هذه القاعدة لجأ القضاء إلى المعيار الموضوعي في حالات تستدعي ذلك ، والتي تتمثل فيما يأتي^(٢) :

١. إن الإدارة تصدر عنها تصرفات مادية وقانونية ، فهي تصدر القرارات الإدارية بأنواعها المختلفة، وتبرم العقود. وكلّ هذه التصرفات يصعب التمييز بينها على أساس المعيار الشكلي لأنها تمارس من قبل السلطة الإدارية فيتم اللجوء هنا إلى المعيار الموضوعي لتحديد طبيعة هذه التصرفات^(٣) .
٢. إن المحاكم الفرنسية كانت ترفض التعويض عن الأضرار التي تسببها القرارات التنظيمية على أساس تشبيهها بالقانون من الناحية الموضوعية . كان ذلك في المدة التي لا تأخذ فيها المحاكم بمسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها القوانين للأفراد والهيئات .
٣. محكمة النزاع الفرنسية ذهبت في حكم شهير لها في قضية (Septfonds) بتاريخ ١٩٢٣/٧/٢٦ إلى أن للمحاكم العادية حقاً في تفسير اللوائح الإدارية التنظيمية والتشريعية منها على أساس تشبيهها بالقوانين من الناحية الموضوعية^(٤) .
٤. مجلس الدولة الفرنسي أخذ ينظر في الطعون الموجهة ضد القرارات الصادرة بشأن موظفي البرلمان وذلك بموجب الأمر النظامي الصادر في ١٩٥٨/١١/١٧ الذي أجاز لموظفي البرلمان تقديم الطعون أمام القضاء الإداري ضد القرارات الصادرة بشأنهم ، وذلك بعد أن كان مجلس الدولة يرفض النظر في تلك الطعون على أساس أنها صادرة عن الهيئة التشريعية التي تخرج عن اختصاصه طبقاً للمعيار الشكلي الذي تبناه قانون مجلس الدولة الفرنسي . وهذا تغليب للمعيار الموضوعي على الشكلي^(٥) .

(١) الفقرة (خامساً) من المادة العشرة من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ .

المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد (٣٣٥٦) في ١٩٩١/٦/٣ .

(٢) د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق . ص ١٨٣ . عدا الحالتين الأخيرتين .

د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري ، مصدر سابق . ص ٢٩-٣٠ .

(٣) د. سامي جمال الدين ، مصدر سابق . ص ٤٣٣ .

(٤) ينظر في ذلك

Roger Bonard . Precis Elementaire de droit public , ١٩٣٢ . P. ١١١ .

(٥) د. عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان ، مصدر سابق . ص ١٨-١٩ . د. ماجد راغب الحلو ، مصدر سابق ، ص ٢٨١ .

د. محمود عاطف البنا ، مصدر سابق . ص ٥٩ .

(٣) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، مصدر سابق . ص ١٥١ . د. عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان ، مصدر سابق .

ص ٢١ . د. ماجد راغب الحلو ، مصدر سابق . ص ٢٩٠ .

(٤) د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص ١٨١ . د. عمرو فؤاد احمد بركات ، مصدر سابق . ص ٤٤٤ . د.

محمود محمد حافظ ، القرار الإداري ، مصدر سابق . ص ٥٩ .

٥. وأخيراً، استثناءً على المعيار الشكلي فإن مجلس الدولة الفرنسي أتجه إلى قبول الطعون الموجهة ضد القرارات الصادرة بشأن تنظيم مرفق القضاء العادي ، كقرارات إنشاء وتنظيم المحاكم والقرارات المتعلقة برجال القضاء والنيابة فيما يخص تعيينهم وترقيتهم عدا الإجراءات التأديبية التي أختص بها المجلس الأعلى للقضاء^(٣) . أما القضاء المصري فقد اتجه إلى المعيار الشكلي بوصفه قاعدة عامة لغرض التمييز بين أعمال الدولة^(٤) ، مع اللجوء إلى المعيار الموضوعي في الحالات التي تتطلب ذلك . مثل القرارات الصادرة بشأن موظفي البرلمان التي لا تخضع لرقابة القضاء الإداري تطبيقاً للمعيار الشكلي وذلك لأنها أعمال صادرة من هيئة تشريعية ولكن القضاء الإداري عكسها استثناءً لقرارات إدارية يقبل الطعن بشأنها^(١) .

أما في ميدان التمييز بين أعمال الدولة الإدارية والقضائية فلم يستقر القضاء الإداري على معيار معين في أحكامه ، الأمر الذي أدى إلى إثارة جدل فقهي تجاه المعيار الأكثر رجحاناً لدى القضاء . فمن الفقهاء من أتجه إلى أنه يتبنى المعيار الشكلي^(٢) ، ومنهم من ذهب إلى أنه يتبنى المعيار الموضوعي^(٣) ، وفريق قال أنه أخذ بالمعيارين الشكلي والموضوعي معاً فهو متردد بينهما^(٤) ، وأخيراً ذهب فريق آخر إلى أن القضاء الإداري غير مستقر على معيار معين وأن موقف القضاء في مرحلة التطور^(٥) .

وبعد فرنسا ومصر نتوجه إلى العراق الذي كان قضاؤه قبل ولادة القضاء الإداري يتبنى المعيار الشكلي كقاعدة عامة، ويمكن استنتاج ذلك من أحكام محكمة التمييز^(٦) . أما القضاء الإداري فمن الصعب معرفة موقفه بوضوح . إذ أنه يتبنى المعيار الشكلي من ناحية ، وذلك يتبين من أحد أحكامه التي قضى فيها بعدم اختصاصه بتفسير ما

(١) حكم لمحكمة القضاء الإداري في ١٩٤١/١٢/١ . د. سامي جمال الدين ، مصدر سابق . ص ٤٣٤ . د. طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، مصدر سابق . ص ١٤٦-١٤٧ . د. محمود عاطف البنا ، مصدر سابق . ص ٥٩ . د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري ، مصدر سابق . ص ٦٢ .

(٢) د. سامي جمال الدين ، مصدر سابق . ص ٤٣٤ . د. محمود حلمي ، مصدر سابق . ص ٨٧ .

(٣) د. عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان ، مصدر سابق . ص ٢٦ . د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري ، مصدر سابق . ص ٧٣ .

(٤) د. عمرو فؤاد أحمد بركات ، مصدر سابق . ص ٤٤٥ . د. محمود حلمي ، القضاء الإداري ، الطبعة الأولى ، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ، ١٩٧٤ . ص ٨٢ .

(٥) د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق . ص ١٩٥ . د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، مصدر سابق . ص ١٦٨ . د. القطب محمد طلبة ، مصدر سابق . ص ١٤٢ .

(٦) ينظر د. ماهر صالح علاوي ، مصدر سابق . ص ٥١ .

(٧) حكم لمحكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٩٧/٨/٢٥ ذكره . د. عبد الباقي محمود ، أهم المبادئ التي أقرها القضاء الإداري في العراق ، مجلة العدالة ، العدد الثاني ، تصدرها وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٩٩ . ص ١٠١ . وجاء في الحكم (لا تختص محكمة القضاء الإداري في تفسير القوانين وتعديلاتها أو القرارات الصادرة عن السلطة التشريعية) .

يصدر عن السلطة التشريعية^(٧) والمتتبع لأحكامه يرى أنه ينظر في الطعون المقدمة ضد قرارات صادرة عن الهيئات الإدارية ، ومن ناحية أخرى فإنه لا ينظر في الطعون المقدمة ضد القرارات الإدارية التنظيمية^(٨) ، أي أنه حصر اختصاصه في القرارات الإدارية الفردية وهذا تغليب للمعيار الموضوعي ، فما هو المعيار الذي يتبناه القضاء الإداري العراقي ؟

إن القضاء الإداري لم يأخذ بالمعيار الشكلي على إطلاقه فهو قد أدخل في اختصاصه القرارات الإدارية التي تصدر عن الهيئات الإدارية لكنه أستثنى منها القرارات التنظيمية ، ولم يأخذ بالمعيار الموضوعي على إطلاقه أيضاً فقد أدخل في اختصاصه القرارات الإدارية الفردية فقط التي تصدر عن الهيئات الإدارية ، وعليه يتضح لنا أن القضاء الإداري لم يتبن معياراً محدداً في تمييز القرار الإداري بل أنه جمع بين المعيارين الشكلي والموضوعي .

إذن يمكن القول بأن المعيار هنا هو معيار مختلط .
في نهاية استعراضنا للمعيار الذي يتم العمل به في تمييز القرار الإداري من بقية أعمال الدولة المختلفة ، يتبين مما سبق ذكره في هذا الموضوع إن المعيار المتبع هنا هو المعيار الشكلي كقاعدة عامة .

لكن هذا المعيار لا يكفي وحدة دائماً للقول بإمكانية تمييز القرار الإداري ، إذ تظهر الحاجة ملحة في عدة حالات للعمل بالمعيار الموضوعي في سبيل ذلك ، ومن أبرز هذه الحالات تمييز القرار الإداري من غيرة من تصرفات الإدارة فهي على اختلافها تصدر من جهة واحدة ، مما ينتج عنه ضرورة الأخذ بالمعيار الموضوعي لأننا لن نصل إلى نتيجة عندما نعتمد على المعيار الشكلي فقط .

وعليه إذا أردنا تعريف القرار الإداري فإننا سوف نستعين بالمعيارين الشكلي والموضوعي كليهما في هذه الدراسة .

ثانياً : - تعريف القرار الإداري .

لم يورد المشرع تعريفاً للقرار الإداري الأمر الذي جعل الفقه والقضاء يتوليان هذه المهمة ، فصدرت العديد من التعريفات في الفقه الفرنسي وهو الرائد في هذا المجال وكان

(١) حكم لمحكمة القضاء الإداري في ١٠/٧/١٩٩١ والذي ذكر عدم اختصاص المحكمة في النظر بالطعون الموجهة ضد التعليمات التي تصدر عن دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي .

وجاء قرار الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة بتاريخ ٢٥/١/١٩٩٥ لينص على انه (وحيث أن الفقرة - هـ من البند ذاته من المادة (٧) اعتبرت من أسباب الطعن بوجه خاص أن يتضمن الأمر أو القرار خرقاً أو مخالفة للقانون أو الأنظمة أو التعليمات وبذلك فإن التعليمات لا تكون محلاً للطعن أمام تلك المحكمة ولو أراد المشرع شمول اختصاص المحكمة النظر في صحة السند القانوني للتعليمات لنص على ذلك صراحةً) . د. غازي فيصل مهدي ، الطعن في القرار الإداري التنظيمي ، مجلة دراسات قانونية ، تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ، العدد الأول ، السنة الأولى (كانون الثاني - آذار) ، ١٩٩٩ . ص ٧٠ . ويظهر من قرار الهيئة العامة أن مجلس شوري الدولة استبعد الأنظمة والتعليمات من اختصاصه ، أي انه استبعد القرارات الإدارية التنظيمية . وقد انتقد - بحق - د. غازي فيصل مهدي اتجاه المجلس هذا بشدة . ينظر ص ٧٠-٧١ من المصدر نفسه .

أغلبها يشترك في إبراز أركان القرار الإداري على الرغم مما بين هذه التعريفات من تمايز . ومن أمثلة ذلك ما ذكره الفقيه الفرنسي فيدل من أن القرار الإداري هو (عمل قانوني يصدر بالإرادة المنفردة من قبل الإدارة ويكون من شأنه تعديل الأوضاع القانونية بما يعرضه من التزامات وما يمنحه من حقوق)^(١) .

وقد أتجه الفقه العربي إلى تأكيد ما استقر عليه الفقه الفرنسي من مفاهيم^(٢) . أما بشأن موقف القضاء من هذه المسألة فقد انفرد القضاء الإداري المصري في تبني تعريف للقرار الإداري كان محل انتقاد العديد من الفقهاء وذلك لخروجه على ما استقر عليه الفقه في هذا الميدان . إذ انه اهتم بذكر شروط صحة القرار الإداري وهذا أمر لا يتوقف عليه وجود هذا القرار^(٣) .

(١) ذكره د. علي محمد بدير ، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، د. مهدي ياسين السلامي ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٩٣ . ص ٤١٤ . ومن التعاريف الأخرى في الفقه الفرنسي ماذكرة الفقيه اسمان من أن القرار الإداري هو (عمل غير تعاقدية ينظم سلوك الأفراد في المجتمع ويصدر عن عامل أو أكثر من عمال الإدارة يعملون معاً) . د. شاب توما منصور ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني ، الطبعة الأولى ، مطبعة جريدة العراق ، بغداد ، ١٩٨٠ . ص ٣٩٥ . وكذلك أكد الفقيه ريفيرو من أن القرار الإداري هو (العمل الذي بواسطته تقوم الإدارة باستعمال سلطتها في تعديل المراكز القانونية بإرادتها المنفردة) . المصدر السابق . ص ٣٩٧ .

(٢) من أمثلة الفقه المصري في ذلك ما ذكره الدكتور محمد فؤاد مهنا من أن القرار الإداري هو (عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة إحدى السلطات الإدارية في الدولة ويحدث آثار قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم) . د. محمد فؤاد مهنا ، القانون الإداري العربي ، المجلد الثاني ، بلا مطبعة ، ١٩٦٧ . ص ١٠٠٩ . كما يرى ، الدكتور ماجد راغب الحلوبان القرار الإداري هو (إفصاح عن إرادته منفردة ، يصدر من سلطة إدارية ، ويرتب آثار قانونية) . د. ماجد راغب الحلوبان ، القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٤ . ص ٤٩٨ .

أما في العراق فقد قال الدكتور غازي فيصل بان القرار الإداري هو (إفصاح عن إرادة منفردة يصدر من سلطة إدارية ويرتب آثار قانونية) . د. غازي فيصل مهدي ، الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الإداري في العراق ، مجلة العدالة ، العدد الثاني (نيسان ، مايس ، حزيران) ، تصدرها وزارة العدل ، ٢٠٠١ . ص ٧٨ . وذهب الدكتور محمد علي جواد إلى أن القرار الإداري هو (عمل قانوني صادر عن الإرادة المنفردة للإدارة بهدف أحداث أثر قانوني معين في المراكز القانونية للغير " إنشاء ، تعديل ، إلغاء مركز قانوني ") . د. محمد علي جواد ، مبادئ القانون الإداري

، مذكرات مطبوعة بالرونيو لطلبة كلية القانون ، المرحلة الثانية ، جامعة بابل ، بدون سنة طبع . ص ٣٧ .

(١) جاء في تعريف القضاء الإداري المصري للقرار الإداري بأنه (إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد أحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء المصلحة العامة) . د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق . ص ١٨٣ .

(٢) (الركن هو ما يخلل البناء إذا انهار أو تخلف) . د. محمود حلمي ، القرار الإداري ، مصدر سابق . ص ١٤ . ويرى الدكتور سامي جمال الدين أن الركن الوحيد للقرار الإداري هو الإرادة ويشترط فيها أن تكون تعبيراً عن الإرادة المنفردة وصادرة من السلطة الإدارية وبأثر قانوني محدد . د. سامي جمال الدين ، مصدر سابق . ص ٦٥٧-٦٥٨ .

(٣) أنظر د. شاب توما منصور ، مصدر سابق . ص ٣٩٧ .

بعد ما تقدم ذكره فإننا نستخلص أنه لوجود القرار الإداري يجب توافر ثلاث أركان إذا تخلف أحدها أنعدم وجود القرار الإداري^(٢). فيكون القرار الإداري بهذا، هو العمل الصادر عن السلطة الإدارية بإرادتها المنفردة بقصد أحداث أثر قانوني.

١- عمل صادر عن السلطة الإدارية : وهذا يمثل الركن الأول من القرار الإداري الذي يميزه من الأعمال الصادرة من السلطتين التشريعية والقضائية ، وبعبارة لا يكون هناك وجود للقرار الإداري^(٣). فهذا الأخير يجب أن يصدر من سلطة إدارية سواء أكانت مركزية أم غير مركزية^(٤). ويتم اللجوء إلى المعيار الشكلي^(٥) لبيان هذا الركن.

٢- الإرادة المنفردة : تقوم الإدارة بإصدار القرار الإداري بإرادتها المنفردة وتلزم المخاطبين به ، ولا يتوقف نفاذ القرار على موافقتهم^(٦).

ويبقى القرار الإداري صادراً عن جانب واحد وإن تعدد الأشخاص أفراداً أو هيئات في إصداره . وهو يختلف عن العقد الذي يستلزم إرادة أخرى مع إرادة الإدارة لانعقاده^(١).

ويتم اللجوء إلى المعيار الموضوعي لتمييز القرار الإداري من العقد إذا اشترك أكثر من طرف في العمل الصادر من الإدارة . فإذا كان هذا العمل يولد حقوقاً وواجبات بين أطرافه فإنه يكون عقداً ، أما إذا كانت آثار العمل تتجه إلى طرف لم يشترك في إصداره فإننا نكون أمام قرار إداري^(٢).

وقبل الانتقال إلى الركن الثالث للقرار الإداري نود القول أن الإرادة المنفردة لا يشترط فيها أن تكون بشكل صريح وإنما يمكن أن تكون بشكل ضمني على أن ينص القانون على ذلك^(٣).

٣- الأثر القانوني : لكي يتحقق وجود القرار الإداري يجب أن تتجه إرادة السلطة الإدارية إلى أحداث أثر قانوني من وراء العمل الصادر عنها . ويتمثل هذا الأثر في التغيير الحاصل في الأوضاع القانونية وذلك إما بإنشاء مركز قانوني جديد مثل القرار الصادر بهدم منزل آيل للسقوط أو تعديل في مركز قانوني قائم مثل ترفيع موظف عام أو إلغاء له كالقرار الصادر بإلغاء إجازة ممارسة مهنة^(٤). إلا أنه قد يكون القرار الصادر عن الإدارة سلبياً ، أي أن القرار أدى إلى الإبقاء على الأوضاع القانونية من دون تغيير مثل قرار رفض منح رخصة ، ومع ذلك يعد هذا القرار إداري لأن إرادة الإدارة اتجهت

(٤) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الإداري ، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٩١ . ص ٤٥٥ . د.

ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، مصدر سابق . ص ٥٠٤ .

(٥) د. علي بدير ، وآخرون ، مصدر سابق . ص ٤١٦ . د. محمد علي جواد ، مصدر سابق . ص ٣٩ .

(٦) زهدي يكن ، مصدر سابق . ص ٢٠٣ . د. محمود سعد الدين الشريف ، مصدر سابق . ص ٤٠٣ .

(١) زهدي يكن ، مصدر سابق . ص ٦٥٣ . د. محمد علي جواد ، مصدر سابق . ص ٣٨ . د. محمود حلمي ، مصدر

سابق . ص ٣٢ . د. محمود سعد الدين الشريف ، مصدر سابق . ص ٤٠٣ .

(٢) د. ماهر صالح علاوي ، مصدر سابق . ص ٢٦ .

(٣) د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، مصدر سابق . ص ٥٠١ .

(٤) د. علي محمد بدير ، وآخرون ، مصدر سابق . ص ٤١٥ .

(٥) د. ماهر صالح علاوي ، مصدر سابق . ص ٢٨٢٧ .

إلى تقرير الوضع الراهن من دون تغيير^(٥) ، ومن الواضح أن إرادة الإدارة هنا اتجهت إلى بيان موقفها من وضع قانوني ، وما يصدر عنها هو عمل قانوني .
إن القرار الإداري يكون منتجاً لآثاره القانونية بمجرد صدوره ولا يحتاج إلى أي إجراء آخر وإلا عُدهملاً تحضيرياً^(١) .
وأخيراً يتم اللجوء إلى المعيار الموضوعي لتمييز هذا الركن من القرار الإداري من الأعمال المادية للإدارة .
وبهذا نكون قد انتهينا من التمهيد بعد أن تعرفنا على معايير تمييز القرار الإداري من بقية أعمال الدولة وتوصلنا إلى تعريف هذا القرار .

(١) د. سامي جمال الدين ، مصدر سابق . ص ٦٥٧ . د. سعاد الشرقاوي ، الوجيز في القرار الإداري ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، ١٩٨١ . ص ٢٥٨ . د. غازي فيصل مهدي ، الحدود القانونية للسلطات محكمة القضاء الإداري في العراق ، مصدر سابق . ص ٧٨ .
Roger Bonnard : Précis de droit administratif quatreime edition ١٩٩٣ p. ٢٣٧ .

المقدمة

لكي تمارس السلطة التنفيذية نشاطها القانوني فأنها تقوم بإصدار قرارات إدارية مختلفة تنظم بوساطتها المسائل الموكولة أليها وتحتل هذه القرارات مرتبة أدنى من القواعد الدستورية والقواعد القانونية في تدرج الهرم القانوني . فلا تقوى على تعطيل ، أو تعديل ، أو إلغاء القواعد التي تعلوها مرتبة .

غير أن هناك حالات ضرورية تحتم على الدولة للقيام بواجبها إصدار قرارات إدارية من قبل السلطة التنفيذية لها تعطيل ، أو تعديل ، أو إلغاء ، القوانين القائمة ، وهي ما تسمى بالقرارات التي لها قوة القانون .

لقد ازداد لجوء السلطة التنفيذية إلى هذه القرارات في معظم الدول ، منذ مطلع القرن العشرين وتحديداً مع بداية الحرب العالمية الأولى وذلك نتيجة لظروف سياسية ، واقتصادية ، واجتماعية .

وتعد هذه القرارات سلاحاً خطيراً بيد السلطة التنفيذية نظراً لما تتمتع به من قوة القانون مما يعرض حقوق الأفراد وحياتهم للخطر ، الأمر الذي يستتبع معه ضرورة توافر ضمانات عند اللجوء إلى هذه القرارات ، وتعد الضمانة الأكثر فعالية في هذا الميدان هي الرقابة القضائية وبالتحديد رقابة القضاء الإداري التي تتميز بالفعالية في هذا الشأن، كما يتبين لاحقاً .ومما يزيد من فعالية هذه الرقابة التطور الذي انتهت إليه الدساتير في تنظيم هذه القرارات .

والعراق من الدول التي تضمنت دساتيرها هذا النوع من القرارات . فهل تنظيم النصوص الدستورية لهذه القرارات قد وصل إلى ما انتهى إليه الأمر من التطور في دول أخرى ؟ وهل كانت رقابة القضاء الإداري ذات فعالية في هذا الشأن ؟

هذا ما سوف نتبينه في هذا البحث عند دراسة القرارات التي لها قوة القانون ورقابة القضاء الإداري عليها في فرنسا البلد الأم للقضاء الإداري ومنبع مبادئ ونظريات القانون الإداري ، وفي مصر أول وابرز بلد عربي تبنى النظام القضائي المزدوج الذي كانت له لمسات واضحة في مجال رقابة القضاء الإداري .

وستتناول موضوع الرسالة في ثلاثة فصول يسبقها تمهيد يتم البحث فيه عن معايير تمييز القرار الإداري من بقية أعمال الدولة وصولاً إلى تعريف له .

وسيتناول الفصل الأول أنواع القرارات الإدارية وذلك بحسب التقسيم ذات الصلة بموضوع الرسالة ، وهو القرارات الإدارية التنظيمية والفردية والنتائج المترتبة على هذا التقسيم بما يسلط الضوء على هذين النوعين من القرارات قبل اكتسابها لقوة القانون وذلك في المبحث الأول ، أما المبحث الثاني فيتناول مدى إمكانية تحريك دعوى الإلغاء ضد القرارات الادارية، مقارناً بذلك بين القضاء العادي والإداري .

وسيخصص الفصل الثاني لدراسة القرارات التي لها قوة القانون وذلك في مبحثين ، يتطرق الأول منهما لهذه القرارات في فرنسا ، أما الثاني فيتناول القرارات المذكورة في مصر والعراق .

وسيتم في الفصل الثالث من هذه الرسالة دراسة رقابة القضاء الإداري على القرارات التي لها قوة القانون وذلك في بحثين ، يخصص الأول لرقابة القضاء الإداري الفرنسي على هذه القرارات ، أما الثاني فسيخصص لرقابة قضاء مجلس الدولة المصري والقضاء الإداري العراقي على القرارات التي لها قوة القانون . وفي خاتمة الرسالة سوف يتم استعراض ما تم التوصل إليه من نتائج ومقترحات .

- إن شاء الله تعالى -

الفصل الأول

أنواع القرارات الإدارية ومدى خضوعها للإلغاء من قبل القضاء

قبل تناول القرارات التي لها قوة القانون ورقابة القضاء الإداري عليها يجب التطرق إلى بعض المسائل التي ترتبط بهذا الموضوع، وهي تتمثل في معرفة أنواع القرارات الإدارية التي تنتمي لها القرارات التي لها قوة القانون وذلك لبيان أحكام هذه الأنواع وبالتالي التغيرات التي تطرأ على هذه الأحكام عند اكتساب القرارات قوة القانون، كذلك يجب التطرق إلى مدى خضوع القرارات الإدارية لرقابة الإلغاء وذلك في كل من القضائين العادي والإداري لبيان القضاء الأكثر فعالية في بسط رقابة الإلغاء ومدى استمرار هذه الفعالية عند اكتساب القرارات قوة القانون. وسيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، يختص الأول بأنواع القرارات الإدارية أما الثاني فيتناول مدى خضوع القرار الإداري للإلغاء من قبل القضاء.

المبحث الأول

أنواع القرارات الإدارية

القرارات الإدارية ليست ذات طبيعة واحدة فهي مختلفة من حيث الآثار، أو الشكل أو من حيث مدى خضوعها للرقابة القضائية ولما كان الاختلاف بين هذه القرارات على وفق الاعتبارات المذكورة أدى ذلك إلى اختلاف الأحكام والقواعد التي تستند عليها وبقدر تعلق الأمر بموضوع الرسالة فإن ما يهمنا من هذه التقسيمات تلك التي تقسم، استناداً على آثارها في المراكز القانونية، إلى قرارات تنظيمية تتناول المراكز القانونية العامة وقرارات فردية تتناول المراكز القانونية الخاصة بالإنشاء أو بالتعديل أو بالإلغاء، ويتبع هذا التقسيم اختلاف في أحكام كل منهما. وسوف نتناول في هذا المبحث التقسيم المذكور وما يترتب عليه من أحكام في مطلبين.

المطلب الأول : القرارات الإدارية التنظيمية والفردية

إن تقسيم القرارات الإدارية إلى تنظيمية وفردية وبالرغم من تعلقه بموضوع الرسالة إلا أنه من جهة أخرى يعدّاهم تقسيم للقرارات الإدارية نظراً لما يترتب عليه من نتائج مهمة في النظام القانوني كما يتبين لنا ذلك لاحقاً.

وسنقوم في هذا المطلب بدراسة هذا التقسيم من حيث مضمون كل من نوعية وكيفية التمييز بينهما والنتائج المترتبة على هذا التمييز ثم نختم هذا المطلب ببيان عدة أمور حتمت اللجوء إلى القرارات التنظيمية إلى جانب القوانين وذلك في أربعة فروع.

الفرع الأول: القرارات الإدارية التنظيمية

هي قرارات تتضمن قواعد موضوعية ذات صفة عامة مجردة تتعلق بعدد غير محدد من الأفراد تخاطبهم بأوصافهم لا بذواتهم^(١)، كما أنها تطبق على عدد غير محدد من الحالات^(٢) أيضاً، وذلك متى توافرت أحكام تطبيق القرار. نحو ذلك الأنظمة والتعليمات الخاصة بالمرور^(٣)، أو حماية البيئة من التلوث، أو الحفاظ على النظام العام ... الخ، كما أن القرار قد يخاطب طائفة معينة^(٤) نحو القرارات الصادرة عن نقابة المحامين في شأن من شؤون أعضائها، وقد يتعلق القرار بفرد واحد فقط لكنه معين بصفته لا بذاته^(٥). مثال ذلك القرار الصادر بمنح المحافظ صلاحيات معينة^(٦).

إذن نتيجة لما سبق ذكره يمكن القول أن القرار الإداري التنظيمي يتصف بصفة الثبات النسبي ولا ينتهي بتطبيقه على حالة معينة أو شخص محدد.

- (١) د. أعاد حمود القيسي، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار الأوائل للطباعة والنشر، عمان ١٩٩٨. ص ٣٠٠. د. علي محمد بدير، أنواع القرارات الإدارية، مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها هيئة القانون والاقتصاد في جامعة البصرة، العددان (٤-٣) السنة الثانية، ١٩٧٠. ص ٣٨٩. د. محمد علي جواد، مصدر سابق. ص ٤٠. د. محمود محمد حافظ، القرار الإداري، مصدر سابق. ص ١٧٨.
- (٢) د. أعاد حمود القيسي، المصدر السابق. ص ٣٠٠. د. علي محمد بدير وآخرون، مصدر سابق. ص ٤٥٣. د. محمود محمد حافظ، القرار الإداري، مصدر سابق. ص ١٧٨.
- (٣) د. ماهر صالح علاوي، مصدر سابق. ص ١٥٢.
- (٤) د. بكر القباني، القانون الإداري، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع. ص ٤١٦. د. محمود حلمي، القرار الإداري، مصدر سابق. ص ٨.
- (٥) د. بكر القباني، المصدر السابق. ص ٤١٦. د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مصدر سابق. ص ٥٢٣. د. محمود حلمي، القرار الإداري، مصدر سابق. ص ٩. د. محمود محمد حافظ، القرار الإداري، مصدر سابق. ص ١٧٨.
- (٦) د. محمد علي جواد، مصدر سابق. ص ٤١.

فقواعد القرار التنظيمي تطبق كلما توافرت شروط تطبيقها على الحالات والأشخاص في الحاضر والمستقبل^(١) لذلك فإنه يحمل صفة تشريع

ثانوي تميزاً له من القانون بوصفه مصدراً أصيلاً في التشريع^(٢).

الفرع الثاني: القرارات الإدارية الفردية

وهي قرارات تتعلق بفرد أو أفراد معينين بذواتهم، بحالة أو بحالات معينة^(٣). ولا يهم عدد المخاطبين في هذه القرارات وإنما المهم هو أن يكون الأفراد معروفين بذواتهم وصفاتهم^(٤). فمثلاً صدور قرار إداري بقبول طالب في كلية القانون معين بالاسم، أو صدور قرار يتضمن تعيين مجموعة من الأسماء في وظائف عامة، ففي كلا الحالتين نكون أمام قرار إداري فردي.

كذلك فإن القرارات الفردية قد تتعلق بحالة أو حالات معينة كما ذكرنا، مثال ذلك صدور أمر من الشرطة بتفريق مظاهرة معينة^(٥) أو منع عدة أفلام سينمائية معينة بالاسم من العرض.

أن القرارات الإدارية الفردية تتميز غالباً باستنفادها بمجرد تطبيقها فهي على عكس القرارات التنظيمية، لأن الأخيرة تتضمن قواعد عامة مجردة، أما القرارات الفردية فأنها تقوم بتطبيق القواعد العامة المجردة سواء أكانت صادرة بقانون أم بقرار تنظيمي على أفراد معينين أو حالات معينة فيستنفذ القرار أثره عند تطبيقه على الأفراد أو الحالات التي صدر من أجلها.

الفرع الثالث: تمييز القرارات الإدارية التنظيمية من الفردية وأهمية التمييز

تتميز القرارات الإدارية التنظيمية من القرارات الفردية من الناحيتين الموضوعية والشكلية. فمن الجانب الموضوعي أن القرار التنظيمي يؤدي إلى خلق مراكز قانونية

(١) ينظر د. أعاد حمود القيسي، المصدر السابق. ص ٣٠٠. د. خالد سمارة الزغبى، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، الناشر مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩. ص ١١٢. د. سليمان محمد الطماوي، مصدر سابق. ٤٦٧. د. محمود محمد حافظ، القرار الإداري، مصدر سابق. ص ١٧٨.

(٢) د. علي محمد بدير، مصدر سابق. ص ٣٨٩. د. محسن خليل، النظام الدستوري في مصر والجمهورية العربية المتحدة، الطبعة الأولى، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٥٩. ص ٢٠٥.

(٣) ينظر د. علي محمد بدير، وآخرون، مصدر سابق. ص ٤٥٢. د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مصدر سابق. ص ٤٨٣. د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مصدر سابق. ص ٥٢١. د. محمود محمد حافظ، القرار الإداري، مصدر سابق. ص ١٧٨.

(٤) ينظر د. أعاد حمود القيسي، مصدر سابق. ص ٣٠١. د. ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية، المشروعية، الناشر دار النهضة العربية، ١٩٧٠. ص ٧٧-٧٨. د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مصدر سابق. ص ٥٢٢.

Georges Vedel – Dierre Delvolve, droit Admini stratif, France, ١٩٨٢, p. ٢٥١.

(٥) د. ماهر صالح علاوي، مصدر سابق. ص ١٦٦.

موضوعية بينما يؤدي القرار الفردي إلى التأثير في المراكز القانونية الخاصة أو الذاتية التي تنشأ من خلال تطبيق القواعد القانونية أو التنظيمية.

لذلك فإن القرار الفردي المخالف للقرار التنظيمي الذي يستند عليه يكون مشوباً بعدم المشروعية ولل قضاء إلغاؤه أو الامتناع عن تطبيقه على أقل تقدير، فالقرار التنظيمي أسمى من القرار الفردي في التدرج القانوني وذلك استناداً للمعيار الموضوعي المطبق في هذه الحالة لاتحاد جهة إصدار كلا القرارين وهي السلطة الإدارية، ولا يغير من الأمر صدور القرار الفردي من جهة إدارية أعلى من الجهة التي أصدرت القرار التنظيمي، ولو كانت هذه الجهة واحدة في الحالتين^(١).

أما من الناحية الشكلية فإن القرار التنظيمي يتميز عن القرار الفردي من حيث سريانه في مواجهة المخاطبين به إذ أنه يوجب إجراءات خاصة هي النشر لبدء نفاذه، وعادة يكون النشر في الجريدة الرسمية أو أي طريقة أخرى ينص عليها القانون، أما القرار الفردي فأن نفاذه يتم بإجراءات التبليغ سواء بصورة مباشرة أو عن طريق البريد المسجل - مثلاً - إلى ذوي الشأن، إلا أنه في حالات معينة لا يقتصر أثره في المخاطب به بل يتعدى إلى غيره فيصار عندئذ إلى وجوب اتباع إجراءات النشر لكي يسري في حق الآخرين، مثال ذلك قرار ترقية موظف، فهو وإن كان يخاطب الموظف المرقى إلا أن أثره يمتد إلى الآخرين لذا يجب نشره^(٢).

وكذلك عندما يكون عدد المخاطبين به كبيراً جداً يصعب معه التبليغ به، فيتم النشر بأي طريقة من طرق النشر التي ينص عليها القانون.

ومن الشكليات أيضاً خضوع القرار التنظيمي لمبدأ الاستشارة السابقة التي يجب أن تأتي من جهات متخصصة كمجلس الدولة في فرنسا، ومجلس شورى الدولة في العراق. يتبين مما تقدم أن المعيار الموضوعي هو أساس التفريق بين القرار التنظيمي والقرار الفردي وبالرغم من أهمية المعيار الشكلي إلا أنه لا يكفي وحده أن يكون حاسماً وإن كان أيسر وأسهل من المعيار الموضوعي كما تبين لنا ذلك سابقاً.

ويترتب على التمييز بين القرار الإداري التنظيمي والفردي اختلاف القواعد القانونية التي يخضع لها كلاً منهما، وبالتالي فإن هذه القواعد تؤدي إلى نتائج متعددة هي^(٣):

١- سلطة الإدارة في إلغاء القرارات التنظيمية واسعة وذلك بحسب متطلبات المصلحة العامة، أما سلطاتها في القرارات الفردية فهي مقيدة ولاسيما عند

(١) ينظر في ذلك د. أعاد حمود القيسي، مصدر سابق، ص ٣٠٢. د. بكر قباني، مصدر سابق، ص ٤١٧. د. ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية، مصدر سابق، ص ٨٣-٩٥. د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٢٣-٢٤.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ٣١٧-٣٢٠.

(٣) عدا الفقرة السادسة ٢٥٣، opicit., droit Administratif, Pierre Detvolve, Geoiges Vedel (٣)

- إنشائها لحقوق مكتسبة للمخاطبين بها وهو مالا يمكن الاحتجاج به في القرارات التنظيمية إذا تم الإلغاء بإجراء عام على وفق القانون^(١).
- ٢- قد يعلق نفاذ قانون معين على صدور قرار تنظيمي، ولكن نادراً ما يعلق تطبيقه على صدور قرار فردي^(٢).
- ٣- للمحاكم العادية سلطة تفسير والامتناع عن تنفيذ القرارات التنظيمية بينما لا تملك هذه السلطة تجاه القرارات الفردية^(٣) وذلك على أساس أن القرارات التنظيمية تحمل صفة تشريع ثانوي .
- ٤- يجوز الطعن بعدم مشروعية القرار التنظيمي أمام القضاء الإداري بعد إنقضاء المدد القانونية للطعن وذلك بمناسبة الطعن بقرار فردي أتخذ استناداً للقرار التنظيمي، أي أن هذا الأخير يمكن الطعن به في أي وقت حتى بعد انتهاء المدد القانونية على شرط أن يكون هناك طعن أمام القضاء الإداري بعدم مشروعية قرار فردي أتخذ تنفيذاً له استناداً إلى مبدأ الدفع بعدم المشروعية، بينما يكتسب القرار الفردي الحصانة من الطعن به بعد فوات المدة القانونية عدا بعض الحالات الاستثنائية^(٤).
- ٥- فيما يتعلق بالقضاء الإداري الفرنسي فإن مجلس الدولة يختص بصفة محكمة أول وآخر درجة النظر في القرارات التنظيمية للوزراء التي تدفع أمامه في ميدان تجاوز السلطة.
- ٦- يمكن للقرارات التنظيمية في حالات معينة أن تعدل أو تلغي قوانين عادية وهي ما تسمى بالقرارات التي لها قوة القانون، أما القرارات الفردية فلا يمكنها تعديل أو إلغاء القوانين العادية لكن لها الحق في مخالفتها مؤقتاً عند الضرورة، إذ أن القواعد العامة المجردة لا تعدل أو تلغى إلا بقواعد مثلها.

(١) ينظر د. خالد سماره الزغبى ، مصدر سابق. ص ١١٠. د. علي محمد بدير وآخرون ، مصدر سابق. ص ٤٦٥. د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري، مصدر سابق. ص ٥٢٠. د. ماهر صالح علاوي ، مصدر سابق. ص ١٦٨.

(٢) د. خالد سماره الزغبى ، مصدر سابق. ص ١١٠. د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري، مصدر سابق. ص ٥٢٠، د. ماهر صالح علاوي ، مصدر سابق. ص ١٦٨.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق. ص ٤٧٠، د. عمر فؤاد أحمد بركات ، مصدر سابق. ص ٤٨٤، د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري، مصدر سابق. ص ١٧٩.

(٤) د. عمرو فؤاد أحمد بركات ، مصدر سابق. ص ٤٨٤. د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري، مصدر سابق. ص ٥٢١. د. ماهر صالح علاوي ، مصدر سابق. ص ١٦٨-١٦٧.

R oger Bonnard, precis Elementaire de droit public, ١٩٣٢, P. ١١١.

الفرع الرابع: الأمور التي تحتم اللجوء إلى القرارات التنظيمية

مما لا جدال فيه أنه لا يكاد يخلو نظام قانوني من القرارات الإدارية التنظيمية حتى في ظل أشد الدساتير صرامة في تطبيق الفصل المطلق بين السلطات كدستور الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٧٨٧ ودستور الثورة الفرنسية عام ١٧٩١^(١)، إن الأمور العملية حتمت على جميع الدول إصدار هذه القرارات^(٢)، وتتمثل هذه الأمور فيما يلي^(٣):

- ١- أن المشرع مهما بلغ من الدقة في وضع القواعد القانونية فإنه لن يستطيع أن يلم بتفاصيل الموضوع الذي يقوم بتنظيمه، إذ أن السلطة التنفيذية هي الأقدر على ذلك نظراً لاحتكاكها شبه اليومي بالجمهور، الأمر الذي يولد معرفة واسعة باحتياجاتهم^(٤)، وتحقيق متطلبات المصلحة العامة ومتغيراتها.
- ٢- بعد أن دالت دولة المذهب الفردي الحر^(٥) وساد مذهب الدولة التدخلية وأصبحت أجهزتها تنظم مختلف أوجه النشاط الإنساني وبعد التطور التكنولوجي الهائل في كافة ميادين الحياة، ظهر كثير من الموضوعات ذات الطابع الفني التي تحتاج إلى تنظيم من قبل الدولة، الأمر الذي يتطلب متخصصين في ذلك، والسلطة التنفيذية هي الأقدر على القيام بهذه المهمة لأنها تملك الإمكانات والخبرات في مثل هذه الموضوعات على عكس السلطة التشريعية التي يغلب على أعضائها الطابع السياسي وقليل ما يوجد فيها متخصصين في مسائل فنية^(٦)، ولتحقيق ذلك تقوم السلطة التنفيذية بإصدار القرارات التنظيمية.
- ٣- لغرض تحقيق الاستقرار في النظام القانوني فإنه يجب أن تتسم القوانين بالثبات وهذا لا يتحقق إلا عند ترك المشرع المسائل المتعلقة بشروط التنفيذ إلى القرارات الإدارية التنظيمية لأن تلك الشروط في تغيير مستمر الأمر الذي لا تستطيع القوانين مجاراته بإجرائاتها البطيئة والمعقدة^(٧) من اقتراح، ومناقشة، وتصويت، وإصدار.
- ٤- يتميز القانون بالعمومية فهو يطبق في الغالب على جميع أجزاء الدولة، إن أقاليم الدولة ولاسيما الكبيرة منها تتميز بأن لكل منها ظروفها الاقتصادية

(١) د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري، مصدر سابق. ص ٥٢٥.

(٢) ليون دكي ، مصدر سابق. ص ٨١.

(٣) د. سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٢. ص ٩-١٠. د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق. ص ٤٧١-٤٧٢. د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري، مصدر سابق. ص ١٨٣-١٨٤ عدا الفقرة الثانية.

(٤) د. عبد الحميد متولي ، القانون الإداري للعراق، الجزء الأول، مطبعة الجزيرة، بغداد، ١٩٣٧. ص ٨٦. د. محسن خليل ، مصدر سابق. ص ٢٠٨.

(٥) د. ثروت بدوي ، تدرج القرارات الإدارية، مصدر سابق. ص ١٦.

(٦) المصدر السابق. ص ١٨. د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري، مصدر سابق. ص ٥٢٥. د. محسن خليل ، مصدر سابق. ص ٢٠٨.

(٧) د. عبد الحميد متولي ، مصدر سابق. ص ٨٦.

والاجتماعية المختلفة عن الأخرى الأمر الذي يؤدي إلى عدم إمكانية تطبيق القانون على جميع الأقاليم بصورة متساوية لأن ذلك ينتج عنه تخلف الهدف الذي تبغيه السلطة من إصدار القانون لذا يقتصر المشرع عند سنّه للقانون على قواعد عامة وأسس جوهرية قابلة للتطبيق على جميع أجزاء الدولة، والقرارات التنظيمية بدورها تتولى وضع القواعد التفصيلية لتطبيق القانون على المناطق المحلية^(١).

أذن هذه القرارات هي الوسيلة الملائمة للتوفيق بين عمومية القانون ومقتضيات التخصيص.

٥- مما لا خلاف فيه أن نشاط الإدارة يتمثل في إدارة المرافق العامة والحفاظ على النظام العام والآداب العامة وهو ما يعرف بالضبط الإداري، ولكي تتمكن الإدارة من ممارسة نشاطها فأنها يجب أن تتمتع بسلطة إصدار قرارات إدارية تنظيمية^(٢)، تحقيقاً لهذه الأهداف. وفي هذا السياق قد تتعرض الدولة إلى خطر يهدد أمنها وسلامة أراضيها ولدفع هذا الخطر ولكي يستمر سير المرافق العامة بانتظام في الظروف الاستثنائية يجب على الإدارة القيام بإصدار قرارات لها قوة القانون^(٣)، لتحقيق ذلك الذي هو من صلب واجباتها، وكذلك يمكن إصدار هذه القرارات عند الضرورة في غير الظروف الاستثنائية وعندما تطرأ أثناء غيبة البرلمان مسائل مهمة لا تتحمل التأخير. وتمنح الدساتير هذه القرارات قوة القانون لكي تتمكن من تحقيق الهدف من إصدارها، لكن ذلك لا يغير طبيعتها الإدارية، إذ تبقى خاضعة لرقابة القضاء الإداري.

يتبين مما تقدم أن القرارات الإدارية التنظيمية لا غنى عنها في أي نظام قانوني لذلك نجد أن الدساتير تحرص على منح الإدارة سلطة إصدار هذه القرارات^(٤)، حتى في الحالات التي لا ينص فيها على نوع معين من القرارات التنظيمية في الدستور فإنه يتم اللجوء إلى العرف الدستوري لتسويغ إصدارها^(٥)، وذلك بموجب العرف الدستوري

(١) د. علي محمد بدير، مصدر سابق. ص ٣٩١.

(٢) د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري (دراسة مقارنة)، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ١٩٩٧. ص ١٩٥ الهامش.

(٣) المصدر نفسه. ص ١٩٥ الهامش.

(٤) د. سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية، مصدر سابق. ص ١٠. د. محمود محمد حافظ، القرار الإداري، مصدر سابق. ص ١٨٤.

(٥) د. سليمان محمد الطماوي، مصدر سابق. ص ٤٧٢.

وهذا ما سارت عليه الدساتير الفرنسية اللاحقة على دستور السنة الثامنة عندما منحت المادة (٤٤) منه رئيس الجمهورية سلطة إصدار قرارات تنظيمية لها قوة القانون في ميدان الضبط الإداري، وبالنظر لعدم النص في الدساتير اللاحقة على هذا الاختصاص فإنه جرى العمل بما دأبت عليه السلطة التنفيذية ليصبح عرفاً دستورياً.

Bonnard, R oger, precis Elementaire de droit public, ١٩٣٢, P. ١١١.

المعدل بالإضافة، أما عند عدم النص على القرارات التنظيمية بصورة عامة فإن العرف الدستوري المكمل هو الذي يتدخل هنا تسويغ إصدار هذه القرارات^(١).

المطلب الثاني: العلاقة بين القانون والقرار الإداري التنظيمي

لقد اتضح لنا مما سبق ضرورة وجود القرارات الإدارية التنظيمية لكي تستطيع السلطة التنفيذية القيام بمهامها المختلفة، على الرغم من ذلك فإن هذه القرارات تبقى من حيث المبدأ العام في نطاق القانون، لذا لا بد من تسليط الضوء على هذه العلاقة بين القانون والقرار الإداري التنظيمي من خلال التفريق بينهما من جهة ومعرفة مجالاتهما من جهة أخرى.

الفرع الأول: التمييز بين القانون والقرار التنظيمي والنتائج المترتبة على ذلك

مما لا شك فيه أن القرارات التنظيمية مجموعة من القواعد العامة المجردة لذا فأنها تعد تشريعات ثانوية بحسب المعيار الموضوعي، وعليه فإن العمومية والتجريد تقرب القواعد التنظيمية من القواعد القانونية وهذا مما أدى إلى صعوبة التمييز بينهما استناداً إلى المعيار المادي أو الموضوعي^(٢).

(١) العرف الدستوري هو (تواتر العمل من جانب إحدى السلطات الحاكمة في الدولة في شأن من الشؤون الدستورية وفقاً لمسلك معين بحيث يكتسب هذا المسلك الصفة الملزمة).

ويقوم العرف الدستوري كما في العرف بصورة عامة على ركنين هما الركن المادي والركن المعنوي. يتمثل الركن المادي في اعتياد الفعل الذي تقوم به إحدى السلطات الحاكمة ويشترط في هذا الفعل أن يكون متكرراً وعموماً أي يقبل به كل من يهمله الأمر وأن يكون باطراد وثبات كما يشترط به أن يتميز بالقدم والوضوح بعيداً عن الغموض، على أنه لا يشترط أن يكون الفعل هنا إيجابياً بل يمكن أن يكون سلبياً وهو الامتناع عن عمل معين. أما ركن المعنوي فيتمثل في الاعتقاد بالزام الفعل الذي اطردت إحدى الهيئات الحاكمة على الإتيان به واستقر في ضمير الجماعة بضرورة عدم مخالفة هذا الفعل.

وينقسم العرف الدستوري إلى ثلاثة أنواع:

١- العرف المفسر: وهو الذي يقتصر أثره في تفسير النصوص الدستورية الغامضة فلا ينشئ قاعدة قانونية.
٢- العرف المكمل: وهو العرف الذي يقوم بسد النقص في النصوص الدستورية سواء أكان الدستور لم يتعرض لمسألة معينة فيقوم هذا العرف بتنظيمها أو أن الدستور تعرض للمسألة لكن هناك نقصاً في تنظيمها فيكمل العرف المكمل النقص الذي اعتري المسألة محل التنظيم.

٣- العرف المعدل: وهو العرف الذي يخالف نصاً من نصوص الدستور وهو على نوعين، هما عرف معدل بالإضافة والذي بمقتضاه يتم منح إحدى الهيئات الحاكمة اختصاصاً لم ينص عليه الدستور رغم تنظيم الدستور للمسألة محل الاختصاص، أما النوع الآخر وهو العرف المعدل بالحذف فهو يؤدي إلى مخالفة نص قائم وتعطيل حكمه.

ينظر: د. إبراهيم عبد العزيز شبحا، القانون الدستوري، تحليل النظام الدستوري المصري في ضوء المبادئ الدستورية العامة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣. ص ١٠٠-١٢٧.

د. حميد الساعدي، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٠. ص ١٠٧-١٠٩.

(٢) ينظر في ذلك د. سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية، مصدر سابق. ص ٢٢. د. محمود محمد حافظ، القرار الإداري، مصدر سابق. ص ١٩٤. لقد حاولت عدة نظريات التمييز بين القانون والقرار التنظيمي مادياً، فمن هذه المحاولات نظرية القانون قاعدة عامة والتي تتلخص في أن القانون هو الذي يتضمن قواعد عامة مجردة. وقد انتقدت هذه النظرية بأنها تتعارض مع المنطق والقانون الوضعي.

وقالت نظرية أخرى أن القانون يضع المبادئ الأساسية بينما يقتصر دور القرار التنظيمي على وضع الأحكام التفصيلية والقواعد الثانوية، وقد وجه النقد إلى هذه النظرية بأنه من الصعب التمييز بين المبادئ الأساسية والأحكام

ولذا فإن المعيار الشكلي هو المعيار الراجح الذي يمكن الأخذ به في مثل هذه الحالة وبموجبه تكون العبرة في التمييز تعتمد على الجهة التي صدر منها العمل^(١).
فالقانون هو الذي يصدر عن السلطة المختصة وهي التشريعية أما القرار التنظيمي فهو الذي تتولاه السلطة التنفيذية.

ويترتب على هذا التمييز ما يأتي:

١- إن القانون أسمى من القرار التنظيمي ويعلوه مرتبة في التدرج القانوني لأن السلطة التشريعية أعلى مرتبة من السلطة التنفيذية ، إذ أن الأولى تعبر عن إرادة الشعب لذلك فهي الأسمى^(٢).

ويترتب على سمو القانون وخضوع القرار التنظيمي له، أن الأخير لا يستطيع أن يعدل في القانون أو يلغيه أو يعطله أو يؤخر تنفيذه وإلا فقد مشروعيته وأمكن الطعن به أمام القضاء، أما القانون فله أن يعدل أو يلغي أو يعطل القرار التنظيمي وله إيقاف تنفيذه^(٣). وحتى في ظل التجديد الذي جاء به الدستور الفرنسي عام ١٩٥٨ فيما يخص العلاقة بين القانون والقرار التنظيمي، كما سنراه لاحقاً، فإن القانون احتفظ بقوته وبقي هو الأسمى عند اشتراكه مع القرار التنظيمي في نطاق واحد طالما يصدر عن السلطة التشريعية التي تعبر عن إرادة الشعب أو الأمة، عكس القرارات التنظيمية التي تصدر عن السلطة التنفيذية^(٤).

أن ما سبق ذكره يمثل القاعدة العامة واستثناء على هذه القاعدة فإن هناك حالات ينص عليها الدستور يمكن أن ترقى فيها القرارات التنظيمية إلى قوة القانون^(٥).

التفصيلية. أما النظرية الثالثة فقد حاولت التمييز على أساس أن القانون هو ما يتضمن قاعدة قانونية. ويقصد بالقاعدة القانونية هنا هي التي تؤدي إلى المساس بالمراكز القانونية للأفراد، وقد انتقدت هذه النظرية بأنها جانبية الصواب. ينظر في تفصيل هذه النظريات د. سامي جمال الدين ، المصدر السابق. ص ١٩-٢٢. د. محمود محمد حافظ ، المصدر السابق. ص ١٨٧-١٩٠.

(١) د. خالد سماره الزغبى ، مصدر سابق. ص ١١٤-١١٥. د. سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية، مصدر سابق. ص ٢٢-٢٥. د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري، مصدر سابق. ص ١٩٤.

(٢) د. بكر قباني ، مصدر سابق. ص ٤١٩. د. عبد الله إسماعيل البستاني ، مذكرات أولية في القانون الإداري، مطبعة الرابطة، بغداد ، ١٩٥٠-١٩٥١. ص ١١٤.

د. علي محمد بدير ، مصدر سابق. ص ٣٨٩. د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري، مصدر سابق. ص ٥٢٣-٥٢٤. د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري، مصدر سابق. ص ١٨٤.

(٣) د. السيد صبري ، بحث في سلطة عمل اللوائح، مجلة المحاماة، تصدرها نقابة المحامين الأهلية، السنة الثانية والعشرون، العدد الثامن والتاسع والعاشر، أبريل ومايو ويونيو، مطبعة حجازي، القاهرة، ١٩٤٢. ص ٨١٠. د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الإداري، مصدر سابق. ص ٥٠١. د. عثمان خليل عثمان ، القانون الإداري، مطبعة الأهالي، بغداد، ١٩٣٩-١٩٤٠. ص ٣١٧.

(٤) د. سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية، مصدر سابق. ص ٢٠٧، عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري، مصدر سابق. ص ٢٠.

R - Bonnard, precis Elementaire de droit public, ١٩٣٢, P. ١١٠.

(٥) د. سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية، مصدر سابق. ص ١٨١. د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق. ص ٤٧٣. الهامش. د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري، مصدر سابق. ص ٥٢٤. د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري، مصدر سابق. ص ١٨٥.

٢ - بما أن القانون صادر عن السلطة التشريعية فهو لا يخضع للرقابة إلا في الدول التي تأخذ بالرقابة على دستورية القوانين، وبعض هذه الدول تأخذ بالرقابة السياسية دون القضائية كفرنسا، إلا أن النوع الأخير هو الأكثر فعالية لأن الرقابة السياسية أي السابقة على صدور القانون يغلب عليها الطابع السياسي وتكون عرضة للأهواء الحزبية^(١)، من وجهة نظر بعض الشراح، كما أنها تقتصر على مرحلة إصدار القانون مما يؤدي إلى تحصين القانون بمجرد صدوره^(٢)، لذلك فإن غياب الرقابة القضائية على دستورية القوانين يؤدي إلى أن يصبح مبدأ علوية الدستور نظرياً بحتاً ويتربع القانون على قمة النظام القانوني^(٣).

أما القرارات الإدارية التنظيمية فهي تخضع للرقابة القضائية^(٤) سواء أكانت رقابة قضاء إداري وذلك في الدول ذات النظام القضائي المزدوج أم الرقابة أمام القضاء العادي في الدول ذات النظام القضائي الموحد والتي سنأتي إلى دراستها لاحقاً.

وبالرغم من الثورة القانونية التي جاء بها الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ في المادة (٣٧) منه والتي منحت السلطة التنفيذية صلاحية إصدار القرارات المستقلة وما أثارته تجاه العلاقة بين القانون والقرار التنظيمي (Lancet réglementaire) فإن مجلس الدولة الفرنسي قد حسم وبدون تردد الخلاف الفقهي الذي ثار بعد صدور الدستور النافذ حول طبيعة القرارات التنظيمية المستقلة ومدى خضوعها للرقابة القضائية وذلك بقبول الطعن في هذه القرارات أمامه^(٥) بوصفها تبقى ذات طبيعة إدارية على الرغم مما طرأ عليها من تغيير في ظل الدستور الجديد الذي أزال عنها تبعيتها للقانون^(٦).

الفرع الثاني: مجال القانون والقرار التنظيمي

يقصد بمجال القانون المسائل التي يحق للقانون تنظيمها^(٧). والمعنى نفسه ينطبق على مجال القرار التنظيمي.

(١) ينظر في ذلك د. إبراهيم عبد العزيز شيجا، مصدر سابق، ص ٢٢٧-٢٣١. د. حميد الساعدي، مصدر سابق، ص ١٢٨-١٢٩.

(٢) Geogies Vedel, Pierre Delvolve, op. cit., p. ٣٧٩

(٣) المصدر السابق، ٨٠. p.

(٤) د. محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، ١٩٦٧. ص ٤١٩.

(٥) وذلك في الحكم الصادر بتاريخ ١٩٦٠/٢/١٢. وكان قد أعلن مجلس الدولة بصورة ضمنية عن خضوع القرارات التنظيمية المستقلة للرقابة القضائية في حكم له بتاريخ ١٩٥٩/٦/٢٦، وذلك بمناسبة نظره بطعن موجه ضد سلطة رئيس الدولة التشريعية بصدد المستعمرات جاء فيه (أن كل سلطة لانهية ملزمة باحترام المبادئ القانونية العامة وخاصة تلك المستمدة من مقدمة الدستور، حتى في حالة عدم وجود نصوص تشريعية). د. سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية، مصدر سابق، ص ١٩٣-١٩٤.

(٦) المصدر السابق، ص ١٩٤.

(٧) د. بكر قباني، مصدر سابق، ص ٤١٧.

وتتبنى النظم السياسية نوعين من الأنظمة لتحديد مجال القانون والقرار التنظيمي هما النظام التقليدي والنظام الحديث الذي جاء به الدستور الفرنسي الصادر في ١٠/١٩٥٨^(١)، وسوف نبين كلا منهما تباعاً.

١. النظام التقليدي في تحديد مجال القانون والقرار التنظيمي.

هو نظام تتبناه أغلب النظم الدستورية^(٢)، وبمقتضاه فإن القانون هو صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع لأنه صادر عن السلطة التشريعية التي تعبر عن إرادة الشعب وله أن يتناول أي موضوع بالتنظيم ولا يتقيد بأي قيد إلا ما ينص عليه الدستور^(٣).

وتقوم الدساتير عادة بالنص على مسائل معينة يوكل أمر تنظيمها إلى القانون ولا يعني ذلك أن ما يخرج على نطاق هذه المسائل محرم على القانون وإنما المقصود به بحسب العلاقة التقليدية بين القانون والقرار التنظيمي أن هذا المجال محجوز للقانون ولا يمكن للقرار التنظيمي الدخول فيه^(٤)، إلا لتنفيذ ما نظمته القانون من أحكام، كما كما يحرم على السلطة التشريعية تفويض السلطة التنفيذية تنظيم المسائل الداخلة في هذا النطاق إلا عند ما يسمح الدستور بذلك، ويمكن التعرف على الإرادة الضمنية للمشرع الدستوري في هذا الأمر من خلال النصوص التي يضعها^(٥)، فإذا كان الدستور ينص على تنظيم موضوع معين (بقانون) فهذا يعني منع التفويض من قبل السلطة التشريعية فيه^(٦)، أما إذا نص الدستور على تنظيم موضوع معين (وفقاً للقانون) أو (بناءً على قانون) أو (في الأحوال المبينة في القانون) وما شاكل ذلك فإن هذا يعني إجازة ضمنية من المشرع الدستوري بالتفويض^(٧).

- (١) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مصدر سابق. ص ٥٢٥.
- (٢) ومنها العراق ومصر، إذ تبنت الدساتير المتعاقبة الصادرة فيهما النظام التقليدي.
- (٣) د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٧. ص ٩٨. د. طعيمة الجرف، القانون العام، مصدر سابق. ص ١٣٦.
- ومن أمثلة هذه القيود نص المادة (٥١) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ (لا يجوز إبعاد أي مواطن عن البلاد ومنعه من العودة إليها)، ومن أمثلة ذلك أيضاً نص الفقرة (هـ) من المادة (١٦) من الدستور العراقي لسنة ١٩٧٠ والتي تنص على أنه (لا تنزع الملكية الخاصة إلا لمقتضيات المصلحة العامة ووفق تعويض عادل حسب الأصول التي يحددها القانون)، ونص الفقرة (ن) من المادة (٦٣) من نفس الدستور (حق النقاضي مكفول لجميع المواطنين).
- (٤) د. بكر القباني، مصدر سابق. ص ٤١٨.
- (٥) المصدر السابق. ص ٤١٨. د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مصدر سابق، ص ٤٨٥. د. محمود محمد حافظ، القرار الإداري، مصدر سابق. ص ٢٠٤.
- (٦) مثال المادة (٢) من الدستور المصري لسنة ١٩٢٣ التي جاء فيها (الجنسية المصرية يحددها القانون). د. محمود محمد حافظ، القرار الإداري، مصدر سابق. ص ٢٠٢. مادة (٢٥) من دستور سنة ١٩٧١ والتي تنص على أنه (لكل مواطن نصيب في الناتج القومي يحدده القانون ..)، أما في العراق فقد نصت المادة (٥) من القانون الأساس لسنة ١٩٢٥ بأن (الجنسية العراقية وأحكامها يحددها القانون). د. رعد الجدة، التشريعات الدستورية في العراق، بيت الحكمة، قسم الدراسات التاريخية، لجنة السلسلة الوثائقية، ١٩٩٨. ص ٣٤. كما نصت المادة (٩) من دستور سنة ١٩٧٠ النافذ على أنه (علم جمهورية العراق وشعارها والأحكام المتعلقة بهما تحدد بقانون).
- (٧) ومثال ذلك المادة (٥٨) من دستور مصر لسنة ١٩٧١ التي تنص على أنه (الدفاع عن الوطن وأرضه واجب مقدس، والتجنيد إجباري وفقاً للقانون)، أما في العراق فقد نصت المادة (٩) من القانون الأساس العراقي لسنة ١٩٢٥ بأن (لا يمنع أحد من مراجعة المحاكم ولا يجبر على مراجعة محكمة غير المحكمة المختصة بقضية إلا بمقتضى القانون). د. رعد الجدة، المصدر السابق. ص ٣٥. كما نصت الفقرة (أ) من المادة (١٦) من دستور سنة ١٩٧٠ على أنه (الملكية وظيفة اجتماعية تمارس في حدود أهداف المجتمع ومناهج الدولة وفقاً لأحكام القانون).

أما القرارات التنظيمية فتقضي الدساتير عادة على اختصاص عام لها وهو تنفيذ القوانين وكذلك قد تنص على تنظيم عدد من الموضوعات بواسطة هذه القرارات استقلاً عن القانون وهي ما يطلق عليها (القرارات التنظيمية المستقلة)^(١). وذلك لا يعني أن هذه الموضوعات المحجوزة للقرارات التنظيمية لا يمكن للقانون تناولها، بل يشير ذلك إلى أن السلطة التشريعية لا يمكن لها سلب الاختصاص بتنظيم هذه الموضوعات من السلطة التنفيذية، إذ أن للقانون مشاركة القرارات التنظيمية بمجالها المحدد لها بدون الحلول محلها^(٢)، وعندها يمكن للقانون أن يعدل أو يلغي ما نصت عليه هذه القرارات، ويستثنى من ذلك حالة القرارات^(٣) التي لها قوة القانون. وقد يسكت الدستور عن بيان الجهة المختصة بتنظيم بعض المسائل، فيمكن القول هنا بحسب النظام التقليدي أن القانون هو الذي يملك الحق في تنظيم هذه المسائل لأنه صاحب الولاية العامة في التشريع ولا يحق للقرارات التنظيمية التشريع في ميدان لم يرد به نص سواء أكان دستورياً أم قانونياً^(٤). وخلاصة القول أنه لا يوجد مجال محرم على القانون. أما القرار التنظيمي فليس له مجال محجوز ولا يستطيع أن يتناول من الموضوعات إلا ما يسمح به الدستور والقانون.

(١) مثال ذلك المادة (١٤٥) من دستور مصر لسنة ١٩٧١ التي جاء فيها (يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط) والمادة (١٤٦) من الدستور نفسه التي نصت على ما يلي (يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق العامة والمصالح العامة)، وفي دستور العراق لسنة ١٩٧٠ جاء في الفقرة (ب) من المادة (٥٧) ما يلي (يصدر رئيس الجمهورية المراسيم اللازمة لممارسة اختصاصاته المنصوص عليها في هذا الدستور) وجاء في الفقرة (ج) من نفس المادة (لرئيس الجمهورية عند الاقتضاء إصدار قرارات لها قوة القانون).

(٢) عامر أحمد المختار، تنظيم سلطة الضبط الإداري في العراق، ساعدت جامعة بغداد على نشره، بغداد، ١٩٧٥، ص ٧٧-٧٨. د. محمود محمد حافظ، القرار الإداري، مصدر سابق، ص ٢١٣-٢١٤.

(٣) د. سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية، مصدر سابق، ص ١٨٥.

(٤) المصدر السابق، ص ١٣٢-١٣٣.

٢. النظام الحديث :

تعدّ فرنسا مهد الفقه التقليدي وفيها نشأت العلاقة التقليدية بين القانون والقرار التنظيمي^(١)، ونتيجةً للتطور القانوني الذي أصاب مجال القرارات التنظيمية منذ مطلع القرن العشرين بسبب ظروف الحرب، وتبني مذهب الدولة التدخلية، ونتيجة لعدم الاستقرار السياسي الذي شهدته الجمهورية الرابعة فقد أدى كل ذلك إلى تبني دستور الجمهورية الخامسة^(٢) لنظام جديد في تحديد مجال القانون والقرار التنظيمي.

لقد تناولت المادة (٣٤) من هذا الدستور تعداد مجموعة من المسائل المهمة التي تمثل مجال القانون، ولا يستطيع القانون في هذا الدستور أن يتناول بالتنظيم مسائل خارج ما حدد له فالتعداد الوارد في المادة المذكورة هو على سبيل الحصر، كما أن هناك عدداً من المسائل محجوزة للقانون وردت في مواد متفرقة من الدستور^(٣)، على أن نشاط البرلمان في تنظيم المسائل الواردة في المادة (٣٤) ليس على شاكلة واحدة إذ أن هناك طائفة من الموضوعات التي حددتها المادة أعلاه يتمتع البرلمان بشأنها بحرية كاملة في تنظيمها، إذ له أن يتناول التفاصيل وله أن يتركها إلى القرارات التنظيمية التنفيذية، أما الطائفة الثانية من الموضوعات التي جاءت في المادة (٣٤) فليس للبرلمان بشأنها إلا تناول المبادئ الأساسية لها تاركاً تفصيلاتها إلى القرارات التنظيمية التي تتولى معالجتها^(٤).

وزيادة على ما جاء في المادة (٣٤) من الدستور الفرنسي فقد استحدثت المادة (٤٦) منه نوعاً من القوانين أعلى درجة من القوانين العادية وأقلّ درجة من قواعد الدستور، سميت بالقوانين الأساسية التي تتميز عن القوانين العادية في إجراءات إصدارها، أما موضوعاتها فتتناول في الغالب التنظيمات الدستورية^(٥).

وبعد أن حددت المادة (٣٤) من الدستور الفرنسي مجال القانون جاءت المادة (٣٧) في فقرتها الأولى لتبين مجال القرار التنظيمي حيث نصت على أن (جميع الموضوعات التي لا تندرج في مجال القانون تعتبر ذات طبيعة لائحية (Reglementaire)^(٦)) وبموجب هذه المادة فقد توسع نطاق القرار التنظيمي ليشمل على ما يخرج عن ميدان القانون المحدد على سبيل الحصر تحت صفة القرارات المستقلة التي لا تعد مشروعاتها خاضعة

(١) د. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مصدر سابق. ص ٤٧٨. د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري، مصدر سابق. ص ٢٠٤.

(٢) ينظر في أسباب ذلك د. سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية، مصدر سابق. ص ١٣٧-١٤٠.

(٣) وهي المواد (٣، ٣٥، ٣٦، ٥٣، ٦٦، ٧٤). المصدر السابق. ص ١٤٧.

(٤) تتضمن الطائفة الأولى الحقوق المدنية، الضمانات الجوهرية الممنوحة للمواطنين لمزاولة الحريات العامة، المبادئ المتعلقة بالحماية الوطنية تجاه الأشخاص والأموال، الجنسية، الأهلية للأشخاص، الجرائم، العقوبات، إجراءات المحاكمات الجزائية، العفو، الانتخابات البرلمانية والمحلية، ضمانات الموظفين والعسكريين التأمين. أما الطائفة الثانية فتتضمن التعليم، الملكية، قانون العمل، القانون النقابي، الضمان الاجتماعي.

Andre de Laubadir, Manuel de droit Administrative, Jean, claud veneziaet Yves Gaudemint-L. G. A. J., ١٩٨٢, p. ٢٢٢١.

(٥) د. سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية، مصدر سابق. ص ١٤٠-١٤٥.

(٦) د. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مصدر سابق. ص ٤٨٠.

إلى أحكام التشريع العادي بل إلى القواعد الدستورية والمبادئ العامة للقانون^(١). وهذا على خلاف حالة القرارات التنفيذية التي تحكم مشروعاتها عامة القوانين العادية التي يجب أن تكون موافقة لها، إلا أن هناك نوعاً منها استحدثه دستور ١٩٥٨ وهو ما سمي بالقرارات التكميلية التي تقوم بتكملة ما يضعه القانون من المبادئ الأساسية بموجب المادة (٣٤) وهذه القرارات تصدر ضمن المجال المحجوز لها فلا يستطيع القانون التعدي عليها.

وإضافة إلى القرارات التنظيمية السابق ذكرها فهناك نوع آخر من القرارات كان قد عرف في فرنسا منذ مطلع القرن العشرين لكن دستور الجمهورية الخامسة قد منحه السند الشرعي حسب المادة (٣٨) وهو ما يعرف بالقرارات التفويضية^(٢)، التي سوف نتناولها في الفصل القادم. أن شاء الله

لقد وضع الدستور الفرنسي ضمانات لتطبيق المادتين (٣٤) و(٣٧) لكي لا تصبح النصوص الواردة فيهما نظرية بحتة. إذ جعل من اختصاصات المجلس الدستوري حماية مجال القرار التنظيمي من تعدي القانون عليه وذلك بموجب المادتين (٤١) و(٦١)، إلا أن هذه الحماية تقتصر على المرحلة التي تسبق إصدار القانون أما بعد إصداره فالحكومة أن تعدل القانون الذي صدر ضمن نطاق القرار التنظيمي بمرسوم صادر عنها وذلك بعد أخذ رأي المجلس الدستوري وذلك بحسب الفقرة الأخيرة من المادة (٣٧).

أما فيما يخص حماية مجال القانون من تعدي القرار التنظيمي فإن الوسيلة الفعالة في ذلك هي دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري^(٣).

لقد حدد الدستور الفرنسي كما رأينا مجال كل من القانون والقرار التنظيمي بطريقة مختلفة تماماً للدساتير السابقة ونتج عن ذلك وجود موضوعات كانت قد نظمت بقانون في ظل الدساتير الفرنسية السابقة وأصبحت في ظل هذا الدستور ضمن نطاق القرار التنظيمي وعليه نصت المادة (٣٧) في فقرتها الثانية أن للحكومة تعديل وإلغاء هذه الموضوعات بمرسوم بعد أخذ رأي مجلس الدولة الفرنسي^(٤).

خلاصة القول أن القانون بموجب دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لا يمكنه الخروج عن النطاق المحجوز له، أما القرار التنظيمي فله أن يتناول أي موضوع خارج نطاق القانون.

إذن أصبح القرار التنظيمي هنا صاحب الولاية العامة في التشريع على الرغم من أهمية الموضوعات المحجوزة للقانون والتي تمثل الإطار الاقتصادي والاجتماعي والسياسي للدولة الفرنسية^(٥).

(١) د. سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية، مصدر سابق. ص ٢٠٤. وأنظر حكم لمجلس الدولة الفرنسي في ذلك ص ٣٥ الهامش الأول من الفصل الأول.

(٢) Geoiges Vedel, Pierre Delvolve. Op. cit. p. ٣٢

(٣) د. عبد المنعم محفوظ، مبادئ النظم السياسية، بلا مطبعة، ١٩٨٧. ص ٦٥٧-٦٥٩.

(٤) المصدر السابق. ص ٦٥٣-٦٥٤.

(٥) المصدر السابق. ص ٦٥٣.

المبحث الثاني

مدى خضوع القرار الإداري للإلغاء من قبل القضاء

يمكن إلغاء القرار الإداري غير المشروع قضائياً وذلك عن طريق دعوى الإلغاء التي يمكن تعريفها بأنها دعوى قضائية ترفع للمطالبة بإعدام قرار إداري يعتقد أنه صدر مخالفاً للقانون^(١).

وهذه الدعوى تعد أهم وسائل حماية المشروعية بل يمكن القول بأنها الحامي الأول للمشروعية فهي تؤدي إلى إعدام القرار الإداري المخالف للقانون وكأنه لم يكن^(٢) منذ لحظة صدوره الأمر الذي يترتب عليه تطهير النظام القانوني من القرارات الإدارية المعيبة.

فدعوى الإلغاء ولو أنها ترفع من قبل شخص له مصلحة في إلغاء القرار الإداري المطعون به، إذ أن الدافع الشخصي هو الذي يحركها، إلا أنها ليست دعوى شخصية بل عينية فهي تخاصم القرار الإداري ذاته لتثبيت مشروعيته أو عدمها. أي أنها بمعنى آخر تعد خصومة بين المشروعية والقرار الإداري المطعون فيه.

ويترتب على ما تقدم أن للحكم بالإلغاء حجية مطلقة في مواجهة الناس كافة سواء كانوا أفراداً أم أشخاصاً معنوية عامة أم خاصة، وهذا استثناء على القاعدة العامة في الأحكام وهي الحجية النسبية التي تقتصر على أطراف الدعوى فقط^(٣).

وحجية حكم الإلغاء تعد من النظام العام وذلك من أجل استقرار الأوضاع القانونية التي تترتب على الحكم^(٤).

وسوف نقوم في هذا المبحث بدراسة مدى خضوع القرار الإداري للإلغاء في ظل كل من النظامين القضائيين الموحد والمزدوج، وذلك في مطلبين.

المطلب الأول : مدى خضوع القرار الإداري للإلغاء استناداً لنظام القضاء الموحد

يقصد بنظام القضاء الموحد (هو النظام القضائي الذي يقوم على وحدة القضاء ويكون اختصاصه عاماً وشاملاً لجميع أنواع المنازعات بغض النظر عما إذا كانت ذات طابع إداري أو عادي، ووحدة القانون الذي تطبق أحكامه على جميع المنازعات)^(٥). ويرتبط هذا النظام بالدول الأنكلوسكونية، إذ تعد إنكلترا مهداً له^(٦). ومن أبرز الدول التي اتبعت إنكلترا في ذلك هي الولايات المتحدة الأمريكية وكندا.

(١) ينظر د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، ص ٢٤٩.

(٢) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء)، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٣١٨.

(٣) د. عبد المنعم عبد العظيم جبرة، آثار حكم الإلغاء (دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي)، الطبعة الأولى، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي، ١٩٧١، ص ٥٥.

(٤) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء)، المصدر السابق، ص ٣١٨.

(٥) ينظر د. محمد علي جواد، القضاء الإداري، مذكرات مطبوعة بالرونيو، كلية القانون، جامعة بابل، ص ٩.

(٦) المصدر نفسه، ص ٩.

وتبرز عدة أسباب أدت إلى تبني هذا النظام وهي نظرية وعملية وتاريخية، فالسبب النظري يبنى على مبدأ الفصل بين السلطات بحسب مفهوم المؤيدين لهذا النظام لأن الدستور يوزع الاختصاصات على السلطات الثلاث في الدولة وتختص السلطة القضائية بالوظيفة القضائية لذا لا يمكن لجهة أخرى غير القضاء العادي القيام بهذه الوظيفة إذ يعد ذلك خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات^(١). ويقوم السبب العملي على مبدأ سيادة القانون على وفق مفهوم المؤيدين لهذا النظام والذي بمقتضاه يجب أن يخضع كل من الحكام والمحكومين لقانون واحد ولا يجوز تطبيق قانون خاص بالإدارة يمنحها امتيازات تتفوق بها على الأفراد^(٢).

أما السبب التاريخي فهو يعد الأهم والذي نتج عنه السببين السابقين ، وذلك أن الإنكليز وهم رواد النظام القضائي الموحد يحسنون الظن بقضائهم على عكس ما هو عليه الحال في فرنسا، فقد ترسخ عندهم احترام القضاء^(٣) عبر السنوات الطويلة لتطور النظام القانوني الإنكليزي وذلك لتميزه بالحياد والاستقلال وضمان حقوق الأفراد. وسنتناول في هذا المطلب وفي ضوء موضوع هذه الرسالة رقابة الإلغاء في النظام القضائي الموحد متناولين إنكلترا (التي تعتبر الوطن الأم لهذا النظام)^(٤) أنموذجاً لهذه الرقابة ، ومستعرضين محاولات القضاء العادي المصري في إقرار رقابة الإلغاء، وكذلك نتناول رقابة عدم المعارضة التي تبناها القضاء العادي العراقي، وذلك في فرعين.

الفرع الأول: رقابة الإلغاء

يملك القضاء في إنكلترا سلطة رقابة مشروعية القرار الإداري والحكم بإلغائه. ولا تقف حدود هذه الرقابة عند الإلغاء بل يتجاوزها وصولاً إلى قدرته في توجيه الأوامر إلى الموظفين للقيام بعمل معين أو منعهم منه ، وهذا الاختصاص يدخل ضمن نطاق سلطة الرئيس تجاه المرؤوس. وإضافة لرقابة المشروعية فإن للقاضي الإنكليزي رقابة الملاءمة على القرار الإداري^(٥).

إن دعوى الإلغاء في إنكلترا توجه إلى الموظفين والهيئات المحلية وليس إلى هيئات الدولة المركزية^(٦)، والسبب في ذلك يرجع إلى عرف قديم عند الإنكليز وهو اندماج الدولة

(١) د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، القضاء الإداري في العراق حاضرة ومستقبله، (دراسة مقارنة)، دار ومطابع الشعب، ١٩٦٥. ص ٤١. د. فؤاد العطار ، مصدر سابق . ص ١٦٠-١٦١.

(٢) د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، المصدر السابق . ص ٤١. د. فؤاد العطار ، مصدر سابق. ص ١٦١.

(٣) د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، مصدر سابق. ص ٤٢.

(٤) د. فاروق أحمد خماس ، الرقابة على أعمال الإدارة، مطابع دار الكتب للطباعة والنشر، كلية القانون، جامعة الموصل، ١٩٨٨. ص ٨٤.

(٥) د. أعاد حمود القيسي ، القضاء الإداري وقضاء المظالم، الطبعة الأولى، دار الأوائل للطباعة والنشر، عمان ١٩٩٩. ص ٩٩. د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مصدر سابق. ص ٧٤. د. محمد علي جواد ، القضاء الإداري، مصدر سابق. ص ١٠.

(٦) د. أحمد عبد الرحمن شرف الدين، د. محمد رفعت عبد الوهاب ، مصدر سابق. ص ٢١١ الهامش الأول.

الدولة بالملك وبما أن الملك لا يخطئ فلا يمكن مساءلة الدولة لأنها لا تخطئ أيضاً تبعاً لذلك^(١).

وعليه فإذا نتج عن القرار الإداري غير المشروع ضرراً للغير وحكم بالتعويض عن الضرر بعد إلغاء القرار الإداري فإن الموظف هو الذي يتحمل مبلغ التعويض. ولكن جرى العرف على أن تقوم الدولة بدفع التعويض نيابةً عن موظفيها وذلك على سبيل الإحسان والشفقة وليس على أساس إلزام قانوني، حتى صدور قانون سنة ١٩٤٧ الذي أصبحت بموجبه الدولة مسؤولة قانوناً عن تعويض الأضرار التي يسببها موظفوها^(٢).

لقد ازداد نشاط الدولة الحديثة في المجالات المختلفة نتيجةً لإتباع السياسة التدخلية في كافة المجالات الاقتصادية والاجتماعية ونتيجةً لذلك اضطر المشرع الإنكليزي إلى إخراج بعض النزاعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها من ولاية القضاء العادي وجعلها من اختصاص هيئات أو مجالس إدارية ذات اختصاص قضائي إلا أن ذلك لا يعني وجود جهاز قضائي مستقل قائم إلى جانب القضاء العادي إذ أن الولاية العامة تبقى لهذا الأخير ويبقى النظام الموحد هو المتبع في إنكلترا^(٣).

وقد حاولت المحاكم العادية في مصر تقرير ولايتها بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة متجاوزة النصوص التشريعية التي تمنع هذه الرقابة صراحة^(٤) وذلك على أساس أن هذه القرارات إذا شابها عيب من عيوب المشروعية فإنها تفقد صفتها الإدارية وبالتالي تزول عنها الحصانة المقررة لها بحسب المادتين (٤٣) و (١٥) من لائحة المحاكم المختلطة والأهلية، وعليه فالمحاكم العادية إلغاء هذه القرارات أو وقف تنفيذها^(٥).
تنفيذها^(٥). ومن الأحكام الصريحة في ذلك حكم لمحكمة استئناف القاهرة بتاريخ ١٩٤٣/١٢/١٥ والذي جاء فيه (... إذا كان الأمر الإداري قد شابها عيب من العيوب خصوصاً عيب عدم الاختصاص أو الشكل فإنه يفقد صفة الأوامر الإدارية فلا يتمتع بالحماية القانونية المقررة لحمايته ويجوز للمحاكم إلغاءه أو وقف تنفيذه)^(٦). وقد أيد جانب

(١) د. سامي جمال الدين ، الرقابة على أعمال الإدارة، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٢. ص ٢٣٩-٢٤٠.
د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، مصدر سابق. ص ٤٤.

(٢) د. أعاد حمود القيسي ، القضاء الإداري وقضاء المظالم، مصدر سابق. ص ٩١.
(٣) المصدر السابق. ص ٩٢.

(٤) لقد جاء في المادة (٤٣) المعدلة من لائحة المحاكم المختلطة لسنة ١٨٧٥ بأنه (ليس للمحاكم أن تنتظر في صحة تطبيق القوانين واللوائح المصرية على الأجانب على أن تلك المحاكم، دون أن يكون لها تأويل عمل إداري أو إيقاف تنفيذه تختص: ١- ٢- بدعاوى المسؤولية المدنية المرفوعة من الأجانب على الحكومة بسبب إجراءات إدارية وقعت مخالفة للقوانين واللوائح). د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الإداري، الجزء الأول، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٧. ص ١١٨-١١٩. د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، مصدر سابق . ص ١٦٦ . د. محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري، مصدر سابق. ص ١٥٧. وقد جاء في المادة (١٥) المعدلة من لائحة المحاكم الأهلية لسنة ١٨٨٣ نص مشابه لما جاء في المادة (٤٣) المذكورة أعلاه. د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، مصدر سابق. ص ١٦٦. ومن الجدير بالذكر بأن المحاكم الأهلية تختص بالدعاوى المرفوعة من الوطنيين.

(٥) د. سامي جمال الدين ، الرقابة على أعمال الإدارة، مصدر سابق. ص ٢٤١. د. محسن خليل ، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، المنشأة منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٦٢-١٩٦١. ص ١١١-١١٢.

(٦) د. محسن خليل ، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، مصدر سابق. ص ١١٤. وجاء في حكم القاضي الأمور الأمور المستعجلة بمحكمة مصر الابتدائية بتاريخ ١٩٣٨/١٢/١٨ ما يلي (أن القرار الإداري المشروع هو الذي يستفيد وحده من الحصانة القضائية المقررة له بالمادة (١٥) من لائحة الترتيب ...). وقد أيدت محكمة النقض هذا الاتجاه في حكم مشابه بتاريخ ١٩٤٤/١٢/٢٨. ينظر المصدر نفسه. ص ١١٣-١١٤.

جانب من الفقه ما ذهبت إليه هذه المحاكم وإن كان الفقه قد ضيق من رأي المحاكم وذلك بأن جعل عيب الاختصاص وعيب الشكل هما الوحيدان من بين العيوب التي تؤدي إلى فقدان القرار الإداري لطبيعته الإدارية^(١).

من الملاحظ أن الرأي السابق للقضاء والفقه يتعارض مع صريح نص المادتين (٤٣) و (١٥) اللتين منعتا المحاكم العادية من تأويل أو وقف تنفيذ القرارات غير المشروعة، كما أن هذا الرأي يخلط بين فكرتي عدم المشروعية والانعدام في القرارات الإدارية، فالأولى تبقى على الطبيعة الإدارية للقرار غير المشروع أما الثانية فأنها تؤدي إلى سلب القرار لطبيعته القانونية وجعله مجرد عمل مادي^(٢).

إن منهج المحاكم المتقدم الذكر له ما يسوغه، وقد ذكرت محكمة مصر الابتدائية الأهلية في حكم لها تسويغ ذلك، جاء فيه (...) والواقع أن هذه الأحكام كانت تستند إلى قواعد العدالة دون النص القانوني ورائد المحاكم في ذلك الحيلولة دون تعسف الإدارة لانعدام الضمانات القانونية قبل إنشاء مجلس الدولة ووضع حد لطغيان الإدارة بل أن هذه المحاكم مهدت إلى إنشاء مجلس الدولة (...)^(٣).

وما جاء في هذا الحكم غني عن التعليق. وأخيراً فقد جرى العمل على امتناع القضاء عن تطبيق القرارات التنظيمية المخالفة للقانون^(٤).

الفرع الثاني: رقابة امتناع عن تنفيذ القرار

لقد اكتفت المحاكم العادية العراقية قبل صدور قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ في رقابتها للقرارات الإدارية بالحكم بعدم المعارضة ناكراً حقها في إلغاء هذه القرارات.

لقد عقدت الولاية العامة في جميع أنواع المنازعات للقضاء العادي، وتعد المادة (٧٣) من الدستور الأول للدولة العراقية سنة ١٩٢٥ أهم مصادر هذه الولاية، والتي جاء فيها (للمحاكم المدنية حق القضاء على جميع الأشخاص في العراق في كل الدعاوى والأمور المدنية و الجزائية والتي تقيمها الحكومة العراقية أو تقام عليها دعا الدعاوى و الأمور الداخلة في اختصاص المحاكم الدينية أو المحاكم المخصوصة كما سيأتي بيانها في هذا القانون أو في غيره من القوانين المرعية)^(٥). وبعد سقوط هذا الدستور بقيام ثورة ١٤ تموز عام ١٩٥٨ خلت الدساتير اللاحقة من نص مماثل للمادة (٧٣) ولكن القوانين التي شرعت بعد الدستور الملغى نصت على الولاية العامة للقضاء شاغلة بذلك الفراغ

(١) المصدر السابق. ص ١١٤-١١٦.

(٢) المصدر السابق. ص ١١٦-١١٧.

(٣) حكم لمحكمة الأمور المستعجلة الجزئية في القاهرة بتاريخ ١٣/٤/١٩٥٢. د. محسن خليل، المصدر السابق. ص ١٢١.

(٤) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، مصدر سابق. ص ١٢٠.

(٥) د. رعد الجده، التشريعات الدستورية في العراق، مصدر سابق. ص ٤٦.

(٣) إسماعيل صمصاع البديري، الطعن في أحكام المحاكم الإدارية في العراق أمام الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ١٩٩٥. ص ٥.

الذي حصل عن إلغاء المادة السابقة الذكر^(١). فقد نصت المادة الثالثة من قانون السلطة القضائية رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٣ الملغى على الولاية العامة للمحاكم^(٤)، كما نصت المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ النافذ على ما يأتي (تسري ولاية المحاكم على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما أستثني بنص خاص). وجاء في الأسباب الموجبة لهذا القانون فيما يتعلق بالمادة السابقة ما يأتي (وقد اتجه القانون إلى جعل ولاية المحاكم المدنية شاملة لكافة الأشخاص الطبيعية والمعنوية ولكافة الدعاوى إلا ما أستثني بنص خاص حتى تتسع هذه الولاية للدعاوى الإدارية التي يقوم القضاء حالياً بوظيفة الفصل فيها إلا ما أستثني بقوانين خاصة إلى أن يحين الوقت لإنشاء مجلس الدولة وحتى تجد كل ظلامه من يحققها أو يفصل بها).

وجاءت المادة الثالثة من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ النافذة بنص مشابه لما ورد في المادة الثالثة من قانون السلطة القضائية الملغى^(٢). نستنتج من النصوص السابقة أن للمحاكم العادية ولاية النظر في القرارات الإدارية الأمر الذي يجيز لهذه المحاكم إلغاء القرارات المذكورة، إذ لا يوجد مانع قانوني من إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة من قبل القضاء العادي كما ذهب إلى ذلك بحق- الرأي الغالب في الفقه العراقي^(٣).

وقد أكدت محكمة التمييز ذلك في حكم لها جاء فيه (أما القول بأن المحاكم لا تملك إلغاء القرار الإداري فغير وارد حيث أن القضاء له الولاية العامة وهو الحارس على حقوق الناس إلا في المجالات الممنوع فيها قانوناً...)^(٤). ومع ذلك نرى أن المحاكم العراقية وعلى رأسها محكمة التمييز تتردد في إلغاء القرارات الإدارية وتكتفي بدعوى (عدم المعارضة)^(١) التي بمقتضاها تمنع الجهة

(٤) جاء في هذه المادة ما يلي (تسري ولاية المحاكم على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل بالمنازعات، والجرائم كافة إلا ما أستثني بنص خاص). ذكرها خضر عكوي يوسف ، موقف القضاء العراقي من الرقابة على القرار الاداري ، الطبعة الاولى ، مطبعة الحوادث ، بغداد ، ١٩٧٦ ، ص ٥١-٥٢ .

(٢) جاء في هذه المادة (تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية، العامة والخاصة إلا ما أستثني منها بنص خاص).

(٣) ينظر في هذا الرأي، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في العراق وآفاق تطورها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، تصدرها كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، المجلد الرابع، العددان الأول والثاني، ١٩٨٥. ص ١٦٨. د. فاروق أحمد خماس ، مصدر سابق. ص ٩٠. د. ماهر صالح علاوي ، مصدر سابق. ص ١٦٩.

ويقول د. إبراهيم طه الفياض (... بأن سلطة القاضي العراقي تمتد لتشمل جميع الخصومات مهما تنوعت صفت الخصوم ووصفهم فيها، وإن القاضي العراقي من باب أولى قاضي الشرعية إذ هو صاحب الولاية العامة والحارس على حقوق الناس فإن تراءى له إعادة الحق إلى نصابه كان ذلك من صميم واجبه ولا يمنعه من ذلك في ممارسة اختصاصه إلا نص القانون)، د. إبراهيم طه الفياض ، ولاية القضاء العراقي في نظر دعوى المسؤولية الإدارية، مجلة العلوم السياسية والقانونية، تصدرها أساتذة كلية القانون والسياسة في الجامعة المستنصرية، العدد الأول، دار الحرية للطباعة، بغداد، حزيران، ١٩٧٦. ص ٦٦.

(٤) القرار التمييزي ١٤٦٤ الصادر في ١٩٥٧/٧/٢٦، مجلة ديوان التدوين، العدد ١٢. ص ١٧١. ذكره د. إبراهيم طه الفياض ، المصدر السابق. ص ٦٥.

المصدرة للقرار المخالف للقانون من معارضة المدعي مما يؤدي إلى إيقاف تنفيذ القرار الإداري الفردي. وهذه الدعوى ليست بفعالية دعوى الإلغاء وذلك لأن أثرها يقتصر على أطرافها دون الغير إذا كان القرار المتنازع عليه يخاطب أكثر من شخص، فهي دعوى شخصية وليست عينية^(٢)، وحتى عندما تحكم المحكمة بإلغاء القرار الإداري فإنها تنص في الحكم نفسه على عدم المعارضة^(٣)، مما يؤدي إلى الاستنتاج بأن المحكمة لا تقصد هنا بالإلغاء إعدام القرار الإداري وجعله كأن لم يكن.

أما بخصوص القرارات التنظيمية فإن المحاكم تكتفي بالامتناع عن تنفيذ المخالف منها للقانون^(٤)، إلا أنها قليلاً ما تلجأ إلى ذلك في أحكامها، إذ أنها في الغالب تمتنع عن رقابة مشروعية القرارات التنظيمية بحجة تطبيق قاعدة الفصل بين السلطات كما جاء في بعض أحكام محكمة التمييز الذي ذكرت فيه أن (قاعدة الفصل بين السلطات لا تجيز للسلطة القضائية النظر في أعمال السلطة التنفيذية الممنوحة لها وفق أحكام القانون)^(٥)، وفي حكم آخر قالت المحكمة (إذا استعمل مجلس الوزراء صلاحياته التي أجازها القانون فلا سلطات للمحاكم التدخل في هذا الجواز القانوني عملاً بقاعدة الفصل بين السلطات)^(٦). إن القضاء العراقي يتبنى مفهوم الفصل المطلق بين السلطات وهو أمر غير مألوف في النظام القانوني العراقي إذ أن هذا المفهوم لم تعرفه الدساتير العراقية المتعاقبة بل أن دستور سنة ١٩٢٥ الذي صدر في ظله هذين الحكمين إضافة إلى دستور ١٩٦٨ المؤقت قد نصا على الرقابة القضائية على دستورية القوانين فكان من باب أولى أن يقوم القضاء العادي بالرقابة على المشروعية.

بقي أن نذكر أن الولاية العامة للمحاكم العراقية قد ورد عليها كثير من الاستثناءات من قبل المشرع الذي أحال بعض المنازعات إلى لجان ومجالس خاصة وبعضها الآخر سمح فقط بالتظلم الإداري الرئاسي أو الولائي بشأنها^(٧).

(١) مثال ذلك القرار رقم ٢٣٣١ ، / هيئة عامة أولى / ١٩٧٤ بتاريخ ١٩٧٥/٢/١٥ ، مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل، العدد الأول، السنة السادسة. ص ٣٦. وكذلك القرار رقم ٥٥ / هيئة عامة أولى / ١٩٧٧ بتاريخ ١٩٧٧/٥/٢١ ، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة الثامنة، ١٩٧٧. ص ١٥.

(٢) ينظر مقدمة هذا البحث.

(٣) جاء في حكم محكمة التمييز رقم ٢٠٨ / هيئة عامة أولى / ١٩٧٦ بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١٨ ما يلي (... واتباعاً لقرار محكمة التمييز فقد أصدرت المحكمة (محكمة صلح بغداد) بتاريخ ١٩٧٥/٣/٢٢ حكماً وجاهياً يقضي بإلغاء أمر التضمنين الصادر بحق المدعي المرقم ٥٢٥٩/١٢/١٤٤١ والمؤرخ في ١٩٧٢/٢/٩ ومنع معارضة المدعي عليه مدير عام مصلحة توزيع المنتجات النفطية إضافة لوظيفته للمدعي بمبلغ التضمنين البالغ (١٢٩) دينار...). مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل، العدد الرابع، السنة السابعة ١٩٧٦. ص ٣٣. وأنظر في حكم مشابه مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة السابعة ١٩٧٧. ص ٣٩.

(٤) جاء في قرار لمحكمة التمييز في الدعوى ١٩٥٤/ح/٩ بتاريخ ١٩٥٤/٤/٥ (... فإصدار الأنظمة خلافاً لذلك " خلافاً للدستور والقانون " وإلى بيان اقتصر حكمه بموجب القانون الأساس على زمن معين " بيان ميناء البصرة المؤقت لسنة ١٩١٧ " جاء خلاف ما تقتضيه النصوص المتقدم ذكرها لا يعتد به ...) أورده خضر عكوبي يوسف ، مصدر سابق. ص ٣٢٨.

(٥) قرار محكمة التمييز في الدعوى رقم ٩٥٤/ح/٣٤٠ في ١٩٥٤/٣/١٣. أورده وسام جبار عبد الرحمن، مصدر سابق. ص ٢٧٥-٢٧٦.

(٦) القرار التمييزي المرقم ٩٥٤ الصادر بتاريخ ١٩٥٤/٦/٢٦. ذكره عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، مصدر سابق. ص ٢٣٣ الهامش.

(٧) ينظر تفصيل هذه الاستثناءات د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في العراق وآفاق تطورها، مصدر سابق. ص ١٧٣-١٨٢.

نستنتج مما سبق ذكره بشأن إلغاء القرارات الإدارية في ظل النظام القضائي الموحد أن هذا النظام لا يمنع إلغاء تلك القرارات، وقد رأينا أن في إنكلترا الوطن الأم لهذا النظام تقوم المحاكم العادية بإلغاء القرارات الإدارية. إلا أن بعض الدول التي سارت على نهج النظام الإنكليزي ومنها مصر والعراق، وهما المعنيان بدراستنا في هذه الرسالة، تفتقد لرقابة الإلغاء لسببين مختلفين لكل منهما.

ففي مصر منعت النصوص التشريعية هذه الرقابة صراحةً. أما في العراق فإنه لم يوجد مانع قانوني لبسط هذه الرقابة من قبل القضاء العادي إلا أن هذا القضاء قام بتقييد نفسه بنفسه وامتنع عن بسط رقابة الإلغاء على القرارات الإدارية مكتفياً بالحكم بعدم المعارضة.

وقد اكتفت المحاكم العادية في كلا البلدين بالامتناع عن تطبيق القرارات التنظيمية غير المشروعة وإن كان ذلك على نطاق ضيق في العراق كما مر ذكره. إن ازدياد نشاط الدولة الحديثة في الميادين المختلفة أدى إلى كثرة المنازعات الإدارية بالشكل الذي أدى إلى عدم قدرة المحاكم العادية على استيعابها، كما أن الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة التي تثيرها هذه النزاعات لا تستطيع المحاكم العادية تحقيقها فهي مقيدة بالقانون المدني فيما يعرض عليها. كل هذا أدى إلى ظهور مجالس وهيئات خاصة تقوم بالنظر في بعض أنواع المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها وذلك في دول النظام القضائي الموحد الأمر الذي أدى إلى المناداة بتطبيق النظام القضائي المزدوج في الكثير من هذه الدول ومنها إنكلترا.

المطلب الثاني : مدى خضوع القرار الإداري للإلغاء استناداً لنظام القضاء المزدوج

النظام القضائي المزدوج هو ذلك النظام الذي تتولى فيه الوظيفة القضائية جهتان قضائيتان مستقلتان تتولى إحداهما الفصل في المنازعات الناشئة بين أشخاص القانون الخاص أو عند ممارسة الإدارة نشاطاً يخضع لقواعد القانون الخاص وهو القضاء العادي، وتتولى الأخرى الفصل في المنازعات التي يكون أحد أطرافها أو كلاهما من أشخاص القانون العام بسبب نشاطهم الخاضع إلى قواعد القانون الإداري، وهو القضاء الإداري.

وتعد فرنسا مهد النظام المزدوج الذي يطبق الآن في العديد من الدول. والأساس التاريخي الذي قام عليه هذا النظام مختلف عما قام عليه النظام القضائي الموحد. فبينما كان الإنكليز يحسنون الظن بقضائهم الأمر الذي أدى إلى اطمئنانهم إليه ومنحة ولاية الفصل في جميع أنواع المنازعات، نرى على العكس من ذلك في فرنسا، فالسمعة السيئة

للمحاكم قبل الثورة الفرنسية والتي كانت تسمى بالبرلمان قد ألقت بظلالها على رجال الثورة .

فقد أدى تدخل هذه المحاكم في عمل الإدارة إلى إحباط الإصلاحات التي أرادت الإدارة القيام بها، كما أن استدعاء الموظفين للمثول أمام المحاكم ومحاكمتهم على أعمال يقومون بها أثناء تأديتهم لوظائفهم أدى إلى تقييد عمل الموظفين خوفاً من المحاكمة^(١). وهذا كله أدى إلى عرقلة عمل الإدارة وكبح جماحها .

وننتج عما تقدم إلغاء هذه المحاكم من قبل رجال الثورة^(٢) ، وإضافة إلى أسباب أخرى فقد تبنى هؤلاء مبدأ الفصل بين السلطات بمفهومه الجامد^(٣) . وتم إنشاء محاكم جديدة بموجب قانون ١٦-٢٤/٨/١٧٩٠ الذي نص في المادة (١٣) منه على أن (الوظائف القضائية مستقلة وتظل دائماً متميزة ومنفصلة عن الوظائف الإدارية ، وليس للقضاة ان يعرقلوا ، بأي صورة كانت ، أعمال الهيئات الإدارية ، أو أن يستدعوا رجال الإدارة للمثول أمامهم لمقاضاتهم بسبب قيامهم بأداء وظائفهم)^(٤) .

وبموجب هذه المادة فقد منع القضاة من الرقابة على أعمال الإدارة ، وبسبب الفراغ الحاصل نتيجة لذلك فقد صدر في ٦-١١/٩/١٧٩٠ قانون منح حكام الأقاليم سلطة الفصل في المنازعات التي تكون الإدارة المحلية طرفاً فيها ، ثم صدر قانون في ٧-١٤/١٠/١٧٩٠ منح رئيس الدولة والوزراء سلطة الفصل في المنازعات التي تكون الإدارة المركزية طرفاً فيها كل فيما يخصه^(٥) . فظهر ما يسمى بنظام الإدارة القضائية أو الوزير القاضي^(٦) ، فأصبحت الإدارة هي الخصم والحكم في آن واحد . وهذا يجافي مبدأ الفصل بين السلطات إذ جمعت الإدارة في يدها الوظيفة الإدارية والوظيفة القضائية في كل ما يخص المنازعات التي تكون الإدارة طرف فيها^(٧) ، وبعد أن تبين ذلك ذلك ولاسيما إن الثورة الفرنسية رفعت شعار مبدأ الفصل بين السلطات استوجب الأمر فصل الإدارة القضائية عن الإدارة العاملة^(٨) ، وإضافة لكثرة الشكاوي من الموظفين مطالبين بإنشاء جهة قضائية تنظر في منازعاتهم مع الإدارة فقد قام نابليون بإنشاء مجلس الدولة في السنة الثامنة والذي استتبعه إنشاء مجالس الأقاليم في السنة نفسها^(٩) . ويعد هذا هذا الحجر الأساس للنظام القضائي المزدوج .

(١) د. فؤاد العطار ، مصدر سابق . ص ١٧٨ .

(٢) د. سامي جمال الدين ، الرقابة على أعمال الإدارة ، مصدر سابق . ص ٢٤٦ . د. فؤاد العطار ، مصدر سابق . ص ١٧٨ .

(٣) د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الإداري ، مصدر سابق . ص ٥٢ .

(٤) د. فؤاد العطار ، مصدر سابق . ص ١٧٧ .

(٥) د. فؤاد العطار ، مصدر سابق . ص ١٧٩ .

(٦) د. محمد علي جواد ، القضاء الإداري ، مصدر سابق . ص ٢٠ .

(٧) د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، مصدر سابق . ص ٧٧ . د. فؤاد العطار ، مصدر سابق . ص ١٧٠ .

(٨) المصدر السابق . ص ١٧٩ .

(٩) د. محمد علي جواد ، القضاء الإداري ، مصدر سابق . ص ٢٠ . وقد جاء في المادة (٥٢) من قانون إنشاء المجلس (بأن يكلف بأعداد مشروعات لقوانين ولوائح الإدارة العامة وحل المنازعات التي تنشأ في المجال الإداري) . المصدر نفسه .

بعد هذه المقدمة عن الجذور التاريخية للنظام القضائي المزدوج نقوم بتناول رقابة المشروعية المتمثلة بدعوى الإلغاء في الفرع الأول من هذا المطلب ، متناولين بعد ذلك في الفرع الثاني رقابة الملائمة التي تعد استثناء على رقابة الإلغاء.

الفرع الأول : - رقابة المشروعية .

للبحث في رقابة المشروعية في ظل النظام القضائي المزدوج فأنا نبدأ من فرنسا مهد هذا النظام والتي تطورت وتبلورت فيها دعوى الإلغاء بعد أن مرت بمراحل عديدة حتى وصلت إلى ما هي عليه الآن .

فهذه الدعوى بدأت على شكل تظلم إداري رئاسي^(١)، إذ أن مجلس الدولة الذي أنشأه نابليون لم تكن لديه سلطة إصدار أحكام نهائية ، وعليه فما كان يصدره مجرد مشاريع أحكام فيما يحال إليه من الإدارة ويتوقف الأمر على مصادقة رئيس الدولة لما يصدر عنه ، وحتى مجالس الأقاليم وإن كانت تصدر أحكاما لا تحتاج إلى مصادقة لاحقة ، إلا أن ما يصدر عنها قابلاً للطعن أمام مجلس الدولة والذي تخضع أحكامه للتصديق فاصبح صدور أحكام نافذة عن هذا المجلس مسألة نظرية^(٢). وقد سميت هذه المرحلة بالقضاء المحجوز^(٣).

وبتاريخ ١٨٧٢/٥/٢٤ صدر قانون تنظيم مجلس الدولة الذي جعل المجلس محكمة إدارية مستقلة لها إصدار أحكام نهائية قابلة للتنفيذ بدون الحاجة إلى مصادقة لاحقة فانتقل مجلس الدولة بذلك إلى مرحلة القضاء المفوض الأمر الذي نتج عنه أن أصبحت دعوى الإلغاء دعوى قضائية^(٤)، بعد أن كانت تحمل صفة تظلم إداري ، إلا انه مع ذلك بقيت الإدارة صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية ، فكان على الأفراد أن يلجأوا أولاً إلى الإدارة فإذا لم تنصفهم توجهوا إلى مجلس الدولة بوصفها جهة استئنافية إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك .

وفي سنة ١٨٨٩ تقدم أحد الأفراد بدعواه مباشرة إلى مجلس الدولة فقبلها المجلس واصرر حكمة الشهير في الثالث عشر من شهر كانون الأول من هذه السنة والذي سمي بقضية كادوا (cadot) ، وبذلك اصبح مجلس الدولة الفرنسي صاحب الولاية العامة في المنازعات الإدارية^(٥).

وفي ١٩٥٣/٩/٣٠ صدر مرسوم جعل الولاية العامة في المنازعات الإدارية لمجالس الأقاليم ذات الاختصاص المحدد والتي سميت (المحاكم الإدارية) واصبح مجلس

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء) ، مصدر سابق . ص٢٦ . د. محمود عاطف ألبنا ، مصدر سابق . ص٢٩ .

(٢) د. فؤاد العطار ، مصدر سابق . ص ١٨٠ .

(٣) د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري، مصدر سابق . ص ٤٠ . د. عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان، مصدر سابق . ص ٨ .

(٤) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة، مصدر سابق . ص ٣٢ .

(٥) ينظر د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الإداري، مصدر سابق . ص ٥٥ . د. فؤاد العطار ، مصدر سابق . ص ١٨١ - ١٨٢ . د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري، مصدر سابق . ص ٤٠ .

الدولة جهة استئنافية لاحكام هذه المحاكم وجهة نقض لاحكام بعض المحاكم واللجان الإدارية، إلا أن هذا المرسوم منح مجلس الدولة سلطة النظر في بعض الموضوعات على سبيل الحصر كمحكمة أول وآخر درجة^(١)، وتمثل هذه الموضوعات بموجب هذا المرسوم إضافة إلى المراسيم الصادرة بعد ذلك في الأعوام (١٩٧٥، ١٩٦٦، ١٩٦٣، ١٩٥٨) المسائل المهمة، منها دعاوى الإلغاء ضد مراسيم رئيس الجمهورية والوزير الأول سواء كانت تنظيمية أم فردية وسواء كان لها قوة العمل الإداري أم قوة القانون، ومنها أيضاً دعاوى تتعلق بأنواع مختلفة من القرارات الإدارية^(٢).

أن دعاوى الإلغاء تدين بالفضل إلى مجلس الدولة الفرنسي في إنشائها وتطورها ووصولها إلى ماهي عليه الآن اعتماداً على عدد من النصوص التشريعية^(٣). فهي ليست من صنع المشرع كما في باقي الدول التي تأخذ بالنظام القضائي المزدوج. وقد وصل الأمر بمجلس الدولة أن تجاهل النصوص التشريعية المحصنة لطائفة من القرارات الإدارية ومد رقابته على هذه القرارات منطلقاً من أن دعاوى الإلغاء هي دعاوى القانون العام لحماية المشروعية وقد أصبح ذلك من المبادئ العامة للقانون فهي لا تحتاج إلى نص خاص لتقريرها إذ يمكن أن توجه إلى أي قرار، والنصوص التي تمنع من الطعن ببعض القرارات الإدارية لا يقصد منها دعاوى الإلغاء إلا إذا نص على ذلك صراحةً^(٤).

بقي أن نذكر أن قاضي الإلغاء في فرنسا لا يملك إلا إلغاء القرار الإداري غير المشروع كلياً أو جزئياً^(٥)، فلا يقوم بتوجيه الأوامر إلى الإدارة بعمل شيء أو الامتناع عن شيء^(٦)، ولا يقوم بالحلول محل الإدارة وإصدار القرارات الإدارية^(٧).

(١) د. محمد علي جواد، القضاء الإداري، مصدر سابق. ص ٢١-٢٢.
وفي عام ١٩٨٧ صدر تشريع يقضي بإنشاء خمس محاكم استئناف في فرنسا تعمل إلى جانب مجلس الدولة في النظر بالطعون الموجهة إلى قرارات المحاكم الإدارية من أجل التخفيف عن كاهل مجلس الدولة في اختصاصه الاستئنافي. المصدر السابق. ص ٢٢.
(٢) ينظر في الدعاوى التي يختص بها مجلس الدولة كأول وآخر درجة. الدكتور سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، مصدر سابق. ص ٢٥٣.
(٣) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء)، مصدر سابق. ص ٢٥. ومن أمثلة هذه التشريعات قانون ١٨٧٢/٥/٢٤ والأمر الصادر في ١٩٤٥/٧/٣١ أو المرسوم الصادر في ١٩٥٣/٩/٣٠. د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مصدر سابق. ص ٢٤٩ الهامش.

(٤) د. محمود عاطف البنا، مصدر سابق. ص ٣١. ولمجلس الدولة في ذلك حكم شهير سنة ١٩٥٠ في قضية (لاموت) الذي جاء فيه (أن النص التشريعي التالي "لا يمكن أن يكون منح الامتياز محلاً للطعن بأي طعن إداري أو قضائي" لم يستبعد دعاوى تجاوز حدود السلطة أمام مجلس الدولة ضد قرار منح الامتياز فهي دعاوى مقرر حتى ولو لم يكن هنالك نص تشريعي عليها ضد أي قرار إداري بهدف تأمين احترام مبدأ المشروعية وفقاً للمبادئ العامة للقانون). د. علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، الطبعة الأولى، المركز العربي للخدمات الطلابية، مطبعة كنعان، عمان، ١٩٩٥. ص ٣٥١.

(٥) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة، مصدر سابق. ص ٢٢.
(٦) د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، مصدر سابق. ص ٢٩٦. ومثال ذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي من أنه ليس ليس من اختصاصه الأمر بإعادة الموظف المفصول إلى عمله وكذلك الأمر بهدم مبنى تم بناؤه بمقتضى قرار غير مشروع. المصدر نفسه. ص ٢٩٧.

إن دعوى الإلغاء بعد أن أصبحت قلعة منيعة لحماية حقوق وحريات الأفراد والهامي الأول عن المشروعية ، نجد أن الدول قد تسابقت لتبنيها بحسب المفهوم الفرنسي وطبقت بذلك نظام القضاء المزدوج .

ومن هذه الدول جمهورية مصر العربية التي طبقت هذا النظام في وقت مبكر نسبياً بموجب قانون مجلس الدولة رقم (١١٢) لسنة ١٩٤٦^(٢) .

لقد ترتب على النشأة التشريعية لدعوى الإلغاء في مصر أن بقيت تحت رحمة المشرع منذ إنشائها ، فكانت تستمد وجودها من النصوص التشريعية المحددة لأنواع القرارات الإدارية التي يختص مجلس الدولة بها^(٣) ، الأمر الذي أدى إلى تحكم المشرع بهذه الدعوى وقام بتحسين طائفة من القرارات الإدارية ، وسائر مجلس الدولة المشرع في نهجه هذا^(٤) . واستمر هذا الوضع حتى صدور قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ الذي منح الولاية العامة في المنازعات الإدارية للمجلس.

إن مجلس الدولة المصري له بصمات واضحة على دعوى الإلغاء والمتتبع لاحكام هذا المجلس يلمس ذلك . فمنذ بداية نشأته لم يأخذ بالنصوص التشريعية التي تحصن طائفة من القرارات الإدارية والصادرة قبل إنشائه على أساس أن دعوى الإلغاء لم يعرفها النظام

(١) المصدر السابق . ص ٣٠١ . ومثال ذلك ما نص به مجلس الدولة من انه لا يمكنه أدراج أسم موظف في كشوفات الترفيه وكذلك لا يمكنه منح ترخيص بالبناء . المصدر نفسه . ص ٣٠٢ .

(٢) جاء في المادة (٤) منه (تختص محكمة القضاء الإداري دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية ويكون لها فيها ولاية القضاء كاملة : ١ ٢ ٣ ٤ - الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية . ٥ - الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بأحالتهم إلى المعاش أو الاستبعاد أو تفصلهم من غير طريق التأديب . ٦ - الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية ...) د. محمد كامل ليله ، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري (دراسة مقارنة للتشريع والفقه والقضاء) ، ملتمز الطبع والنشر دار الفكر العربي ، بلا سنة طبع . ص ٥٢٠-٥١٩ . صدر بعد ذلك عدة قوانين تنظم مجلس الدولة وهي قانون رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ وقانون رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ وقانون رقم (٥٥) = لسنة ١٩٥٩ وأخيراً القانون الحالي رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ المعدل بالقانون رقم (٥٠) لسنة ١٩٧٣ . د. سامي جمال الدين ، الرقابة على أعمال الإدارة ، مصدر سابق . ص ٢٤٥ الهامش .

(٣) د. طعيمة الجرف ، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة (قضاء الإلغاء) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ . ص ٢٦ .

(٤) في البداية قررت المحكمة الإدارية أن القانون الذي يحصن القرارات الإدارية ضد الإلغاء ويبقى باب التعويض مفتوحاً هو قانون دستوري إلا أن التحصين من الإلغاء والتعويض هو أمر غير دستوري وللمحكمة في ذلك أحكام مطردة منها حكم في ١٩٥٤/٣/٥ وآخر في ١٩٥٤/١١/٢٣ وفي ١٩٥٧/٣/٢٦ . وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا موقف المحكمة هذا . إلا أنها بعد ذلك خرجت عن هذا النهج وقضت بدستورية القانون الذي يحصن القرار الإداري إلغاءً وتعويضاً . وأول حكم لها في ذلك صدر بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢٩ ومما جاء فيه (..... ولا شبهة في دستورية هذه التشريعات جميعاً " المحصنة للإلغاء والتعويض " مادام القانون هو الأداة التي تملك بحكم الدستور ترتيب جهات القضاء وتعيين اختصاصها ومن ثم فله أن يضيقها أو يوسعها بالشروط والأوضاع التي يقررها) وجاء في الحكم أيضاً (..... وقد جرى قضاء هذه المحكمة في هذه الحالة على أنه لا وجه للنعي بعدم الدستورية بدعوى مصادرة حق النقاضي إذ تجب التفرقة بين المصادر المطلقة عموماً وبين دائرة تحديد اختصاص القضاء) وللمحكمة حكم مشابه في ١٩٥٧/١١/١٤ . ينظر د. سليمان محمد الطماوي ، مشكلة استبعاد المشرع لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء الإدارية ، مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية العددان ٣-٤ كانون الأول السنة ١٩ ، مطبعة العاني ، بغداد ١٩٦١ . ص ٥٢٣-٥٣١ . واستمر هذا الوضع حتى صدور دستور سنة ١٩٧١ الذي نص في المادة (٦٨) منه على أنه (..... ويحضر النص بالقوانين على تحصيل أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء) التي على أثرها صدر قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) من سنة ١٩٧٢ الذي منح الولاية العامة للمنازعات الإدارية لهذا المجلس . ينظر في ذلك د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق . ص ٢٧٨-٢٧٩ .

القانوني في مصر قبل ذلك ، وان النصوص سابقة الذكر كانت تتماشى مع المادة (١٥) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ^(١) .

كما أن مجلس الدولة قد قام بإخراج القرارات الإدارية الصادرة قبل إنشائه من ولايته انطلاقاً من مبدأ عدم رجعية القوانين ^(٢) . إلا أن المجلس قبل الطعن بالقرارات الإدارية الفردية الصادرة بعد إنشائه والتي تستند إلى قرارات تنظيمية سابقة على صدور قانون المجلس رقم (١١٢) لسنة ١٩٤٦ ^(٣) . ونرى أن سبب مسلك المجلس هذا هو عد هذه القرارات التنظيمية تشريعات فرعية .

لقد سائر مجلس الدولة المصري نظيره الفرنسي فيما يخص دعوى الإلغاء بعدم توجيه الأوامر إلى الإدارة بعمل شيء أو الامتناع عن شيء ^(٤) أو الحل محل الإدارة وإصدار القرارات أو تعديلها ^(١) والاكتفاء بإلغاء القرار الإداري المعيب كلاً أو جزءاً فقط .

أما بشأن رقابة المشروعية في العراق ، فإن هذا البلد قد انظم إلى طائفة الدول ذات النظام القضائي المزدوج وذلك بموجب القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ ، قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ ، الذي أصبح نافذاً في

(١) د. طعيمة الجرف ، رقابة القضاء للأعمال الإدارية ، مصدر سابق . ص ٢١-٢٢ . وتقول محكمة القضاء الإداري في حكم لها (أن الأمر العالي الصادر في ٢٥ يونيو سنة ١٨٩٠ في شأن الدخان والتمباك نص في المادة الثانية منه على عدم جواز الطعن في القرارات الصادرة بالتطبيق لأحكامه أمام أية محكمة إلا أن هذا الأمر صدر في تاريخ سابق على استحداث قضاء الإلغاء بإنشاء مجلس الدولة ، ومن ثم فإن هذا الحظر لا يسري على هذا النوع من القضاء الذي لم يكن موجوداً وقت صدوره ويكون الدافع بعدم الاختصاص على غير أساس سليم في القانون) . المصدر نفسه .

(٢) د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق . ص ٢٩٤ .

(٣) د. طعيمة الجرف ، القضاء الإداري ، مصدر سابق . ص ٢٤ .

(٤) د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة ، مصدر سابق . ص ٢٩٨ . وذكرت محكمة القضاء الإداري في حكم لها بتاريخ ١٩٥٥/١٢/١ بأنه (إذا كان الطلب ينطوي على أمر للجهة الإدارية بعمل شيء معين فإن المحكمة لا تملكه إذ أن اختصاصها قاصر على إلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون) . المصدر نفسه .

(١) المصدر السابق . ص ٣٠١ . وقضت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٠/٥/١٧ من (أن القانون إذا خول هذه المحكمة سلطة إلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون قد جعل منها إدارة لرقابة تلك القرارات قضائياً في الحدود التي رسمها دون أن يجعل منها هيئة من هيئات الإدارة وبهذه المثابة ليس للمحكمة أن تحل محلها في إصدار أي قرار أو أن تأمرها بأداء أي أمر معين أو بالامتناع عنه ولا أن تكرهها على شيء من ذلك عن طريق الحكم بالتهديدات المالية) . المصدر نفسه . ص ٣٠٢ .

(٢) يرى د. ماهر صالح علاوي ، أن الطريق الذي يمنع القضاء من الطعن بدعوى الإلغاء أو التعويض هو طريق الطعن القضائي فقط ويقول (فإذا كان المشرع قد رسم طريقاً يوصل الفرد إلى غايته فلا داعي في مثل هذه الحالة لفتح أكثر من طريق للطعن بالقرار بشرط أن يكون الطريق الذي رسمه المشرع قضائياً) ويقصد الدكتور ماهر هنا فكرة الطعن الموازي الذي استقر عليه الفقه والقضاء الإداريين كما يذكر د. ماهر صالح علاوي ، مصدر سابق . ص ١٨٦ . ويرى د. غازي فيصل مهدي ، أن (كلمة "مرجع" جاءت مطلقة وبالتالي لا محل لتخصيصها بالمرجع القضائي) . د. غازي فيصل مهدي ، الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الإداري في العراق ، مصدر سابق . ص ٨٩ .

١٩٩٠/١/١٠ . وبذلك يكون العراق قد حذا حذو الدول التي تبنت دعوى الإلغاء كما بلورها مجلس الدولة الفرنسي .

لقد جاء في الفقرة (ثانيا - د) من المادة السابعة من قانون مجلس شورى الدولة بان (تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي بعد نفاذ هذا القانون التي لم يعين مرجع للطعن فيها ،) .

لقد قام المشرع العراقي باستثناء القرارات الإدارية التي عين القانون مرجعاً للطعن فيها من ولاية المحكمة . وإذا كانت كلمة (مرجع) هنا يمكن أن تثير خلافاً فقهيّاً حول المقصود منها ، أهو طعن قضائي فقط أم طعن إداري وقضائي ^(٢) ؟ فأن ما جاء في الفقرة (خامسا - ج) من هذه المادة يزيل الشك باليقين ^(١) .

لقد تميزت الفقرة الخامسة من مجلس شورى الدولة بسعة الاستثناءات الواردة على رقابة القرارات الإدارية . إذ نصت على ما يأتي (لا تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما يلي :

أ. أعمال السيادة وتعتبر من أعمال السيادة ، المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية .

ب. القرارات الإدارية التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية .

ج. القرارات الإدارية التي رسم القانون طريقاً للتظلم منها أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها) .

وإضافة إلى الحدود الضيقة التي رسمها المشرع لدعوى الإلغاء فان القضاء الإداري قام بتضييق هذه الحدود أكثر وذلك بتفسيره الفقرة (ثانيا - د) من المادة السابعة من قانون مجلس شورى الدولة تفسيراً أدى إلى إخراج القرارات التنظيمية من ولايته واقتصر الأمر على القرارات الفردية فقط ، كما بينا ذلك في تمهيد هذه الرسالة .

وقد حاولت محكمة القضاء الإداري في بداية نشأتها توسيع الحدود التي رسمها لها المشرع، متخذة النهج الذي سارت عليه نظيرتها محكمة القضاء الإداري المصرية ^(٢) . فجاء في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٩٠/٩/٢٩ (..... أن دفع وكنية المدعي عليه من كون هذه المحكمة ممنوعة من سماع الدعوى بموجب أحكام المادة ٣٨ من قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم (٤٠) لسنة ١٩٨٨ غير وارد حيث أن تعديل قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ والنافذ بتاريخ ١٩٩٠/١/١٠ قد صدر بعد قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم ولم يرد في قانون مجلس شورى الدولة المعدل قيد يمنع المحكمة من سماع الدعوى

(١) يرى د. عصام البرزنجي أن جملة (لم يعين مرجع للطعن فيها) معناها ما جاء في الفقرة (خامسا - ج) ينظر في ذلك د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي ، مصدر سابق . ص ١٥٢ .

(٢) ينظر ص ٥٦-٥٧ من هذه الرسالة .

سوى ما ورد في خامسا من المادة السابعة من القانون المذكور فتقرر بالاتفاق إلغاء الأمر المطعون فيه) .

إلا إن الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة بصفتها التمييزيه قررت نقض قرار المحكمة وذلك بالقرار الصادر بتاريخ ١٩٩٠/١٠/٢٨ (١) .

وخلافاً لما هو عليه الحال بالنسبة لقضاء الإلغاء في فرنسا ومصر فإن القضاء الإداري العراقي لا يكتفي في احكامه بإلغاء القرار غير المشروع وانما يقوم بتوجيه الأوامر إلى الإدارة بالقيام بعمل معين (٢) . ومسلك القضاء هنا ينطبق مع ما جرى عليه العمل في إنكلترا من توجيه الأوامر إلى الموظفين .

أن لمحكمة القضاء الإداري عند نظرها في الطعن المقدم أمامها أن ترد الطعن أو تقوم بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه كلاً أو جزءاً والتعويض عن القرار غير المشروع إذا كان قد سبب ضرراً للطاعن على أن التعويض يكون تابعاً للحكم بالإلغاء ولا يجوز رفع دعوى التعويض بصورة اصلية أمام المحكمة ، كما أن للمحكمة الإدارية تعديل القرار المطعون فيه . وذلك بحسب الفقرة (ثانياً - ط) من المادة السابعة من قانون مجلس شوري الدولة (٣) . ومن الجدير بالذكر أن التعويض وتعديل القرار الإداري هو من صلاحيات القضاء الكامل وليس قضاء الإلغاء الذي تختص به محكمة القضاء الإداري بموجب التعديل الثاني لمجلس شوري الدولة .

(١) ينظر د. ماهر صالح علاوي ، مصدر سابق . ص ١٨٣ .

(٢) جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري عدد (٨٩/ أدري / ٩١) في ١٩٩١/٢/٢٩ (غير مشور) مايلى (..... لهذا قررت المحكمة إلغاء قرار وزير الزراعة لأنه مخالف للقانون وإلزامه بإبرام عقد مع المدعين على حصة وزارة المالية) ينظر د. علي جمعة محارب المشهداني ، القضاء الإداري العراقي ، مجلة الحولية العراقية للقانون ، تصدرها كلية القانون ، جامعة بغداد ، العدد الأول ، ٢٠٠١ . ص ١٨٩ .

ولقد أورد د. غازي فيصل ، العديد من القرارات الصادرة من القضاء الإداري تنتهج نفس منهج القرار المذكور أعلاه . ينظر د. غازي فيصل مهدي ، الحدود القانونية لسلطات القضاء الإداري في العراق ، مصدر سابق . ص ٩٦-٩٥ .

(٣) جاء في هذه المادة (تبث المحكمة في الطعن المقدم إليها ، ولها أن تقرر رد الطعن أو إلغاء أو تعديل الأوامر أو القرار المطعون به مع الحكم بالتعويض إن كان له مقتضى بناء على طلب المدعي ،) .

بقي القول أن القرارات التأديبية الصادرة بشأن الموظفين في دوائر دولة والقطاع الاشتراكي يمكن الطعن فيها أمام مجلس الانضباط العام الذي هو أحد هيئات مجلس شورى الدولة بموجب قانون التعديل الثاني لهذا المجلس^(١).

في نهاية الحديث عن رقابة المشروعية فأنا نستنتج بان دعوى الإلغاء في النظام القضائي الموحد ليست لها فعالية مثلما هي في النظام المزدوج ، إذ أن الأخير ينظر الدعوى فيه قضاء متخصص يطبق قواعد مرنة تتلائم مع طبيعة دعوى الإلغاء التي تتصف بها جميع المنازعات الإدارية ألا وهي الموازنة بين المصلحة العامة والخاصة التي يجب أن يراعيها القاضي عند الفصل في المنازعة المعروضة أمامه ، وهذا لا يتحقق في ظل قضاء يطبق قواعد جامدة تسري على جميع أنواع المنازعات .

لقد رأينا أن المشرع الإنكليزي ، في الوقت الذي تعد فيه إنكلترا مهد النظام الموحد، اضطر إلى إنشاء محاكم إدارية خاصة بالنظر في طائفة من المنازعات الإدارية وذلك نتيجة لازدياد الحاصل في هذه المنازعات بسبب توسع نشاط الدولة وهو الأمر الذي لا يستطيع القضاء العادي التصدي له بالقانون العادي الذي يطبقه .

أما في مصر والعراق فلم يكن هناك دعوى الإلغاء قبل دخول هذين البلدين ضمن طائفة الدول المطبقة للنظام القضائي المزدوج وذلك بسبب النصوص المانعة من ذلك في مصر، وبسبب اجتهاد المحاكم الذي ابعده دعوى الإلغاء من ولايتها في العراق . الأمر الذي أدى إلى تبني هذه الدعوى بصريح النصوص التشريعية في ظل النظام القضائي المزدوج .

الفرع الثاني : - رقابة الملاءمة :

لمقتضيات حسن عمل الإدارة ولقيام هذه الأخيرة بواجبها كما هو مطلوب ، يجب أن تتمتع بقدر من سلطة التقدير عند ممارستها لنشاطها ويكون عملها في هذا المجال خارج رقابة القضاء الإداري ، إذ انه قضاء المشروعية وليس قضاء الملاءمة .

(١) ينظر الفقرة (أولا) من المادة السابعة من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ . والمادة (١٥) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ .

وفي ضوء مسيرة القضاء الإداري المتطورة ، وهو الأمر الذي يتسم به هذا القضاء ، فإن مجلس الدولة الفرنسي بسط رقابة الملاءمة (استثناء) على القرارات الإدارية المتعلقة بالحريات العامة عداً الرقابة المذكورة على هذه القرارات شرطاً من شروط المشروعية التي يجب توافرها ^(١) ، أي أن هذه القرارات يجب أن تتناسب مع الوقائع الصادرة بشأنها وإلا حكم بعدم مشروعيتها. ومن أحكام مجلس الدولة في ذلك ، حكمة في قضية (Abbe Olivier) الصادر بتاريخ ١٩١٩/٢/١٩ بخصوص حرية العبادة ، كما قام المجلس في قضية (Sieur Benjamin) بتاريخ ١٩٣٣/٥/١٩ بمراقبة الملاءمة فيما يتعلق بحرية عقد الاجتماعات ^(٢) ، وقام مجلس الدولة في حكم قضية (Haman) بتاريخ ١٩٦١/١٠/٢٠ بمراقبة ما إذا كانت ضرورات حركة المرور تسوّغ رفض منح الرخصة ^(٣) .

أما مجلس الدولة المصري فقد سار على خطى نظيرة الفرنسي في بسط رقابة الملاءمة استثناء على القرارات الإدارية المتعلقة بالحريات العامة . إذ جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٦٩/٦/٣ (.....) . فانه كما يتعين على قاضي الموضوع أن يتحقق من وجود الخطر الذي يهدد النظام العام الضبطي في مدلوله العام ومن أن التدابير التي تتخذها جهة الإدارة لدرء هذا الخطر ضرورية ومجدية بالقدر الذي يتناسب معه) ^(٤) .

وقد ذكرت المحكمة الإدارية العليا المبدأ العام في رقابة الملاءمة وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٤/١٣ (.....) انه ولأن كانت الإدارة تملك في الأصل حرية وزن مناسبات العمل وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها ، إلا انه حينما تختلط مناسبة العمل الإداري بمشروعيتها ، ومتى كانت هذه المشروعية تتوقف على حسن تقدير الأمور ، خصوصاً فيما يتعلق بالحريات العامة ، وجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره . فالمناط والحاله هذه في مشروعية القرار التي تتخذها الإدارة هو أن يكون التصرف لازماً لمواجهة حالات معينة من دفع خطر جسيم يهدد الأمن والنظام ، باعتبار هذا الأجراء الوسيلة الوحيدة لمنع هذا الخطر) ^(٥) .

(١) ينظر د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ٤٣٢ . د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق . ص ٤٣٨ .

(٢) ينظر د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء) ، مصدر سابق . ص ٢٥٩ . قام مجلس الدولة في هذه القضية بإلغاء القرار الصادر من عمدة المدينة بمنع عقد اجتماع وجاء في قرار المجلس بأنه (قد اتضح من التحقيق أن الاضطرابات المحتملة التي تذرع بها العمدة لا تبلغ في خطورتها الدرجة التي يعجز معها بما لديه من سلطات البوليس ، عن المحافظة على النظام العام مع السماح بعقد الاجتماع) . أورده عاشور سليمان صالح شوايل ، مسؤولية الإدارة عن أعمال قرارات الضبط الإداري (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، منشورات جامعة قاريونس ، بنغازي ، ١٩٩٧ . ص ٣٠٦ .

(٣) د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق . ص ٤٣٨ الهامش .

(٤) ذكره د. سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية ، مصدر سابق . ص ٣٤٤ .

(٥) ذكره د. سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية ، مصدر سابق . ص ٣٤٤ . د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء) ، مصدر سابق . ص ٢٦٢ .

(٦) قامت محكمة القضاء الإداري في بداية عهدها ببسط رقابة الملاءمة على القرارات التأديبية كما في الحكم الصادر بتاريخ ١٩٥٣/٣/١٢ . إلا أنها بعد ذلك أصدرت أحكام عدلت فيه عن موقفها في بعض القضايا المعروضة عليها كما في الحكم الصادر بتاريخ ١٩٥٤/١٢/١٤ وحكم آخر بتاريخ ١٩٥٥/٦/٧ ، وبذلك يكون موقف هذا القضاء من

ولم يكتف مجلس الدولة المصري برقابة الملاءمة على قرارات الضبط الإداري المتعلقة بالحريات العامة وإنما توسع في هذه الرقابة لتشمل ميدان القرارات التأديبية وهو الأمر الذي تميز به عن مجلس الدولة الفرنسي .

إن القضاء الإداري يتولى في هذه الرقابة الحد من غلو العقوبات الانضباطية التي تصدرها الإدارة ضد موظفيها لذلك سميت هذه الرقابة بقضاء الغلو. وتقوم المحكمة هنا بالموازنة بين العقوبة التي ينص عليها القرار الإداري وبين الفعل الخاطئ للموظف المعاقب في هذا القرار .

لقد جاء حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٦١/١١/١١ ليضع حداً لتردد محكمة القضاء الإداري^(١) وليقرر بأنه (ولئن كانت للسلطات التأديبية ، ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء ، وبغير تعقيب عليها في ذلك ، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطات شأنها في ذلك شأن أية سلطة تقديرية أخرى ، ألا يشوب استعمالها غلو. ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره ، ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي تغياه القانون من التأديب. والهدف الذي توخاه القانون من التأديب هو بوجه عام تأمين انتظام المرافق العامة .

ولا يتأتى هذا التأمين إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة وعلى هذا الأساس يعتبر استعمال سلطة تقرير الجزاء في هذه الصورة مشوباً بالغلو ، فيخرج التقرير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية ، ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة . ومعيار عدم المشروعية ليس معياراً شخصياً وإنما هو معيار موضوعي ، قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب ألبته مع نوع الجزاء ومقداره ، وغني عن البيان أن تعيين الحد الفاصل بين نطاق المشروعية ونطاق عدم المشروعية في الصورة المذكورة مما يخضع أيضاً لرقابة هذه المحكمة^(١) . وقد تواترت أحكام الإدارية العليا بعد ذلك على ما تضمنه الحكم المذكور في أعلاه^(٢) .

أما في العراق فإن القضاء الإداري سار على نهج نظيرة المصري في هذا الشأن ، بل توسع فيه .

فمجلس الانضباط العام وهو أقدم تشكيلات القضاء الإداري في العراق مارس رقابة الملاءمة على القرارات الانضباطية منذ إنشائه عام ١٩٢٩ وحتى الآن^(٣) . فقد جاء في حكم له بتاريخ ١٩٩٥/١٢/٢٠ : (.... لذا يكون عدم إلزامه بتوجيهات رئيسه المباشر يشكل مخالفه موجبة للعقاب الذي يتناسب مع التقصير الوظيفي في حدود منع تكرار

رقابة الملاءمة على القرارات التأديبية متردداً ليس له مسار ثابت . ينظر في ذلك د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء) ، مصدر سابق . ص ٢٦٢-٢٦٣ .

(١) ذكره المصدر السابق . ص ٢٦٣-٢٦٤ . د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق . ص ٤٣٩-٤٤٠ .

(٢) ينظر في ذلك د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، المصدر السابق . ص ٢٦٤ .

(٣) ينظر د. ماهر صالح علاوي ، حول بعض اجتهادات مجلس الانضباط العام في ظل قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ ، مجلة العدالة ، مجلة فصلية تصدرها وزارة العدل ، العدد الأول ، السنة الثانية ، بغداد ، ٢٠٠٠ . ص ٤١-٥٩ .

المخالفة من الموظف ذاته وردع الموظفين الآخرين . هذا وحيث أن اللجنة التحقيقية قد أوصت بعقوبة الإنذار وهي عقوبة متناسبة مع الإهمال الوظيفي موضوع التحقيق والتظلم فتكون عقوبة التوبيخ مغالى فيها ولا تتناسب مع الوقائع لذا تقرر تخفيفها إلى عقوبة الإنذار (.....) ^(١) .

وقد ذهب مجلس الانضباط العام إلى ابعاد من قضاء الغلو وبسط رقابة الملائمة على القرارات الإدارية التي تتعلق بالموظفين في غير العقوبات الانضباطية . فقد راقب المجلس في قراره الصادر بتاريخ ١٩٧٢/٤/٢٢ قرار الإدارة الصادر برفض الإجازة المرضية الممنوحة للموظف خارج القطر عالاً هذا القرار تعسفاً في استعمال السلطة . كما ألغى في ٢٠٠٠/٢/١٢ قراراً صادراً عن إحدى الإدارات بنقل موظف وذلك لأنه مخالف للقانون ولم يحقق المصلحة العامة . وأضافه لما تقدم فقد رفض مجلس الانضباط العام إلغاء قرار أداري يتضمن نقل مكاني ل أحد الموظفين وذلك لعدم ثبوت وجود تعسف في استعمال السلطة ^(٢) .

أما محكمة القضاء الإداري التي أُنشئت عام ١٩٨٩ فقد سارت على نهج مجلسي الدولة الفرنسي والمصري في رقابة الملاءمة ، ومن أحكامها في ذلك ما نصت عليه بتاريخ ١٩٩٢/٢/٢٦ من رفض دعوى المدعي وقررت أن عدم منح إجازة له خالي من التعسف في استعمال السلطة، إذ أن الإدارة وهي تمارس سلطتها التقديرية قد راعت الضوابط والسياقات المعمول بها لديها وتحقيق المصلحة العامة ^(٣) . كما أيدت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٤/١٣ قرار المحكمة الإدارية الصادر بإلغاء قرار أمين بغداد المتضمن إلغاء إجازة بناء وذلك لان القرار الإداري المذكور مشوب بتعسف في استعمال السلطة ^(٤) .

يظهر لنا مما تقدم أن القضاء الإداري العراقي قد اقر رقابة الملاءمة وتبنى التوسع الذي جاء به نظيرة المصري فيما يخص العقوبات الانضباطية وتوسع اكثر في القرارات الخاصة بالموظفين وهذا ما يحمد عليه هذا القضاء فمسلكه المذكور هو ضمانه من ضمانات حقوق وحرريات الأفراد .

(١) ذكره د. ماهر صالح علاوي ، المصدر السابق . ص ٦٠ .

(٢) ذكر هذه الأحكام د. غازي فيصل مهدي ، موقف القضاء الإداري العراقي من السلطة التقديرية للإدارة ، مجلة دراسات قانونية ، مجلة فصلية محكمه تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ٢٠٠٢ . ص ٧٦ .

(٣) ذكره د. غازي فيصل مهدي ، المصدر السابق . ص ٧٨ .

(٤) ذكره د. غازي فيصل مهدي ، المصدر السابق . ص ٧٦ .

الفصل الثاني القرارات التي لها قوة القانون

يقتضي مبدأ المشروعية احترام السلطات العامة في الدولة لتدرج القواعد القانونية عند قيامها بنشاطها . وقد ذكرنا فيما سبق أن القوانين تسمو على القرارات الادارية وتعلوها درجة ، وبموجبها يتم تعديل والغاء القرارات الادارية التي يجب ألا تخالف القوانين وإلا أصبحت محلاً للطعن بعدم مشروعيتها هذه هي القاعدة العامة في النظام القانوني ، واستثناء على ذلك يمكن اصدار قرارات ادارية لها قوة تعديل القوانين القائمة أو الغائها ، وذلك في حالة الضرورة سواء أكانت في ظروف عادية ام استثنائية ويطلق على هذه القرارات اصطلاح القرارات التي لها قوة القانون .

وقد اختلفت الدساتير العربية في تسمية هذه القرارات ، فمنها من أثر اصطلاح (القرارات التي لها قوة القانون)^(١) . ومنها من اطلق عليها تسمية (مراسيم لها قوة القانون)^(٢) ، وانفرد الدستور الاردني باصطلاح (القوانين المؤقتة) وهي تسمية منتقدة^(٣) . اذ انها تعكس تصوراً خاطئاً لطبيعة هذه القرارات .

ان القرارات التي لها قوة القانون ليست على شاكلة واحدة ، فمنها ما يصدر استناداً إلى الدستور مباشرة كالقرارات الصادرة عند غيبة البرلمان والتي يطلق عليها جانب من الفقه العربي تسمية (لوائح الضرورة) ، وهناك قرارات تصدر في حالات استثنائية على درجة من الخطورة كما هو الحال في المادة (١٦) من دستور فرنسا لسنة ١٩٥٨ ، والمادة (٧٤) من دستور مصر لسنة ١٩٧١ .

وهناك طائفة من هذه القرارات تصدر بموجب قوانين استناداً إلى الدستور ، أو نتيجة لضرورات عملية تحتم اصدارها . يطلق عليها الفقه العربي عادةً (اللوائح التفويضية) .

هذا يعني ان القرارات التي لها قوة القانون أما ان تصدر بتفويض مباشر من قبل الدستور ، أو غير مباشر من قبل السلطة التشريعية عند نص الدستور على ذلك . أو تصدر من دون سند دستوري نتيجة لضرورات عملية .

وقد أحدث الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ تغييرات في العلاقة بين القوانين والقرار التنظيمي كما ذكرنا ذلك فيما سبق ، وقد امتدت هذه التغيرات إلى القوة القانونية للقرارات التنظيمية . وسوف نقوم في هذا الفصل بدراسة القرارات التي لها قوة القانون في كل من فرنسا ، ومصر ، والعراق ، وذلك في بحثين .

(١) مثال ذلك الدساتير المصرية الصادرة في ظل النظام الجمهوري وكذلك الدستور العراقي لسنة ١٩٧٠ في المادة (٤٢-أ) والمادة (٥٧-ج) .

(٢) مثال ذلك الدستور المصري لسنة ١٩٢٣ في المادة (٤١) منه ، والدستور العراقي لسنة ١٩٢٥ في المادة (٣٢٦)

(٣) د. سليمان محمد الطماوي ، السلطات الثلاث ، مصدر سابق ، ص ٥٣ .

المبحث الأول

القرارات التي لها قوة القانون في فرنسا

لقد تبنى النظام القانوني الفرنسي مبدأ القرارات التي لها قوة القانون بالرغم من عدم وجود سند دستوري لهذه القرارات على مدى الدساتير الفرنسية المتعاقبة ، عدا دستوري سنة ١٧٩٩ و ١٩٥٨ .

أن عدم نص الدساتير الفرنسية على سلطة اصدار هذه القرارات أدى إلى وجود فجوة كبيرة بين الواقع العملي والنصوص الدستورية وهو أمر ترتب عليه خلل كبير في النظام القانوني . فأصدار القرارات التي لها قوة القانون لم يكن له سند دستوري ، فهو أمر كانت تحتمه الضرورات العملية وحتى عند النص في الدستور على عدم جواز اصدار مثل هذه القرارات ، كما جاء في المادة (١٣) من دستور ١٩٤٦ ، فإن هذا النص أصبح حبراً على ورق وتمت مخالفته نتيجة للواقع العملي الذي يحتم اصدار مثل هذه القرارات على خلاف ما جاء في الدستور .

وقد أخذ الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ على عاتقه مهمة اصلاح ما أصاب النظام القانوني الفرنسي من تدهور ، بوضع الحلول المناسبة لذلك ، فتولى تنظيم اصدار القرارات التي لها قوة القانون سواء في الظروف الإستثنائية أم العادية ، وقد أتى بتجديدات في هذا الشأن .

وسنقوم في هذا المبحث ببيان ما تقدم وذلك في مطلبين ، نتناول في الأول منهما موضوع اصدار القرارات التي لها قوة القانون بموجب التنظيم الدستوري في حالة الظروف الإستثنائية أما في المطلب الآخر فسنقوم بدراسة توسيع مجال القرارات الادارية .

المطلب الأول : اصدار القرارات التي لها قوة القانون بموجب التنظيم الدستوري في حالة الظروف الإستثنائية

قد تستجد ظروف إستثنائية على درجة من الخطورة تتطلب صلاحيات واسعة بيد رئيس الدولة لمواجهتها ، وهو أمر غير موجود في التشريعات الإستثنائية المعمّة مسبقاً كقانون الاحكام العرفية ، وقانون الطوارئ ، مما يستوجب وجود نصوص دستورية تنظم مثل هذه الحالات تكون على درجة من الدقة تتناسب مع خطورة الصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها رئيس الدولة في مثل هذه الظروف وذلك للحيلولة دون إطلاق يده في تعطيل القوانين كيفما شاء متذرعاً بحالة الظروف الاستثنائية، وهو أمر له خطورته الكبيرة على حقوق الافراد وحررياتهم .

وسنتناول في هذا المطلب التنظيم الدستوري في حالة الظروف الإستثنائية قبل دستور ١٩٥٨ وذلك في الفرع الأول ، ثم دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية في الفرع الثاني .

الفرع الأول : المرحلة السابقة على دستور ١٩٥٨ .

طبق رجال الثورة الفرنسية منذ دستور الثورة الأول عام ١٧٩١ مبدأ الفصل بين السلطات الذي من بين اسبابه الحد من سلطات الملك وتقييد صلاحياته مما نتج عنه تقييد سلطاته الواسعة في الظروف الإستثنائية التي قد تتعرض لها الدولة . واستمرت هذه الحال حتى بعد سقوط الملكية وإعلان الجمهورية عام ١٧٩٢ ، إلا أنه بعد وصول نابليون الأول إلى الحكم صدر دستور السنة الثامنة للجمهورية الذي نص في المادة (٩٢) منه على ما يأتي (إذا حدثت ثورة مسلحة أو اضطرابات تهدد سلامة الدولة وكان البرلمان في عطلة جاز للحكومة أن تصدر قراراً بوقف تطبيق الدستور والقانون في الاماكن وخلال المدة التي تتطلب فيها الظروف ذلك ، على أن يتضمن هذا القرار دعوة البرلمان للانعقاد في أقرب وقت ممكن) ^(١).

أن هذه المادة تحوي صلاحيات واسعة جداً للحكومة ، فالقرارات الصادرة بموجبها تتعدى قوة القانون لتصل إلى قوة الدستور وذلك لقدرتها على وقف تطبيق قواعده ، كما أن شروط اللجوء إلى هذه المادة تتسم بالعمومية (إذا حدثت ثورة مسلحة أو اضطرابات تهدد سلامة الدولة) وعدم وجود قيود حقيقية (وكان البرلمان في عطلة) وهو الامر الذي يترتب عليه سهولة اللجوء إلى هذه المادة .

أما بخصوص الرقابة البرلمانية فقد تم صياغة العبارات الواردة بشأنها بالشكل الذي يسمح بتفسيرها بمرونة كبيرة ^(٢). وهذا واضح من عبارة (أقرب وقت ممكن) وهي المدة التي اوجبتها هذه المادة لانعقاد البرلمان بعد حدوث الظروف

(١) د. أحمد مدحت علي ، نظرية الظروف الإستثنائية (دراسة مقارنة في فرنسا ومصر) ، الهيئة المصرية للكتاب ، ١٩٧٨ . ص ٤٦ .

(٢) د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية ، الناشر منشأ المعارف بالاسكندرية ، ١٩٨٢ . ص ٤١ .

قوة القانون

الإستثنائية ، مما يعني امكانية افلات الحكومة من رقابة البرلمان وذلك بإطالة مدة غيبته .

لقد أراد نابليون من هذه المادة حماية نظام حكمه ، وبعد سقوطه صدر دستور سنة ١٨١٤ الذي نص في المادة (١٤) منه على أن (الملك هو الرئيس الاعلى للدولة والقائد العام للقوات المسلحة ، ويصدر اللوائح والاوامر اللازمة لتنفيذ القوانين ولحماية أمن الدولة) ^(١).

ويبدو من ظاهر هذه المادة أنها لاتنص على سلطات إستثنائية ، إلا أن الملك شارل العاشر قام بتفسير هذه المادة بالشكل الذي يمنحه سلطات إستثنائية الامر الذي نتج عنه اقدمه على اصدار اربعة أوامر في ١٨٣٠/٧/٢٥ ادت إلى الثورة عليه واسقاطه ^(٢).

وبعد ذلك صدر دستور سنة ١٨٣٠ الذي خلا من سلطات إستثنائية ، وصيغت المادة (١٣) منه الخاصة بصلاحيات الملك بعبارات واضحة وصريحة بالشكل الذي يقطع الطريق على تأويلها كما حدث سابقاً . إذ جاء في هذه المادة (يصدر الملك اللوائح والاوامر اللازمة لتنفيذ القوانين ولا يحق له أن يوقف العمل بالقوانين أو أن يعفي من تنفيذها) ^(٣). وقد خلت الدساتير المتعاقبة بعد ذلك من النص على سلطات إستثنائية .

وخلال الحرب العالمية الأولى (١٩١٤-١٩١٨) وتحت ضغط ظروف هذه الحرب اضطرت السلطة التنفيذية إلى اصدار قرارات لها قوة القانون بالرغم من خلو دستور عام ١٨٧٥ النافذ في ذلك الوقت من سلطة اصدار هذه القرارات ، وقد ايد مجلس الدولة الفرنسي هذا المسلك وكان ذلك بداية لتبني نظرية الضرورة من قبل هذا المجلس الذي صقلها وحدد معالمها ووضع شروطها التي سنأتي الى دراستها لاحقاً .

الفرع الثاني : القرارات التي لها قوة القانون استناداً إلى دستور ١٩٥٨ .

لقد جاء دستور ١٩٥٨ بالعديد من التجديدات منها المادة (١٦) التي نظم بوساطتها المشرع الدستوري حالات الظروف الإستثنائية التي تصل إلى درجة كبيرة من الخطورة على كيان الدولة الداخلي أو الخارجي . ونصت هذه المادة على أنه (إذا اصبحت المؤسسات الجمهورية أو استقلال الامة أو سلامة اراضيها أو تنفيذ تعهداتها الدولية ، مهددة بخطر جسيم وحال نشأ عنه أنقطاع سير السلطات العامة الدستورية المنظم يتخذ رئيس الجمهورية الإجراءات التي تقتضيها هذه الظروف بعد التشاور رسمياً مع الوزير الأول ورئيسي المجلسين النيابيين ومع المجلس الدستوري . ويحيط الامة علماً بذلك برسالة .

(١) د. أحمد مدحت علي ، المصدر السابق . ص ٤٧ .

(٢) تضمنت هذه الاوامر الغاء حرية الصحافة ، وحل الجمعية الوطنية المنتخبة قبل أن تعقد أول جلسة لها ، وحرمان بعض الطوائف من حقها الانتخابي ودعوة الناخبين لأنتخابات جديدة تجري في ١٨٣٠/٩/١٩ . =

= د. احمد مدحت علي ، مصدر سابق . ص ٤٨ .

(٣) المصدر السابق. ص ٤٨

ويجب أن يكون الغرض من هذه الإجراءات هو تمكين السلطات الدستورية من القيام بمهمتها في اقرب وقت ممكن . ويستشار المجلس الدستوري بشأن هذه الإجراءات وينعقد البرلمان بحكم القانون ولا يجوز حل الجمعية الوطنية اثناء ممارسة هذه السلطات الاستثنائية^(١).

يتبين لنا من نص المادة (١٦) (والتي تعتبر القرارات التي لها قوة القانون من الإجراءات التي تتخذ تطبيقاً لها) أنها قد اهتمت بوضع شروط اللجوء اليها وشروط تطبيقها ، وهي بذلك تختلف عن التجربة المماثلة لها عبر الدساتير الفرنسية المتمثلة بالمادة (٩٢) من دستور السنة الثامنة بأنها أكثر رصانة ودقة وأكثر تقييداً للسلطة المتمتعة بالصلاحيات الإستثنائية .

تنقسم شروط اللجوء للمادة (١٦) إلى شروط موضوعية ، وأخرى

شكلية^(٢).

وتتمثل الأولى في (وجود خطر جسيم وحال) وهو شرط تقليدي في حالة الظروف الإستثنائية ، إلا أن المشرع الدستوري قام في هذه المادة بتوضيح معالم هذا الخطر بشكل تفصيلي ، إذا اشترط فيه :

١ - أن يهدد المؤسسات الجمهورية ، أو استقلال الأمة ، أو سلامة اراضيها ، أو تنفيذ تعهداتها . والمقصود بالمؤسسات الجمهورية هنا هي المؤسسات العامة الدستورية والمرافق العامة في الدولة ومنها مرفق الشرطة والجيش^(٣)، على سبيل المثال .

^(١) يُنظر نص المادة (١٦) د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ١١٣-١١٤ . د. عبد المنعم محفوظ ، مصدر سابق . ص ٦٣١ . وترتبط المادة (١٦) ارتباطاً وثيقاً بالمادة (٥) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ والتي تنص على أن (يسهر رئيس الجمهورية على احترام الدستور ، وهو يضمن باعتباره حكماً السير المنظم للسلطات العامة واستمرار بقاء الدولة وهو الضمان للاستقلال الوطني ، وعدم المساس باقليم الدولة ، واحترام اتفاقيات مجموعة الدول الفرنسية والمعاهدات) . د. سامي جمال الدين ، المصدر السابق . ص ١١٤ . وفي الاسباب التاريخية لنص المادة (١٦) هو أنه في ١٦/٦/١٩٤٦ القى الجنرال ديكول خطاباً بين فيه أن على رئيس الدولة أن يكفل استقلال الوطن ويؤمن تنفيذ المعاهدات المبرمة مع فرنسا عند التعرض للخطر .

وقد شهدت الجمهورية الرابعة ضعف السلطة التنفيذية نتيجة لتعدد الاحزاب وعدم حصول حزب معين على اغلبية مقاعد الجمعية الوطنية الامر الذي ادى إلى تشكيل وزارات ائتلافية سرعان ماكانت تنهار ، والقى ضعف الحكومة بضلالة على الوضع السياسي في فرنسا ولاسيما أنها كانت تمر بظروف اقتصادية صعبة بعد الحرب العالمية الثانية فجاءت الفتنة التي عمت الجزائر في ١٣/٥/١٩٥٨ بمؤازرة بعض رجال القوات المسلحة لتكون القشة التي تقصم ظهر البعير ، فاجتمعت الجمعية الوطنية في ١/٦/١٩٥٨ بناء على طلب من الجيش وقررت اسناد منصب رئيس الوزراء إلى الجنرال ديكول وكلفته في ٣٠/٦/١٩٥٨ باعداد دستور جديد يعرض للاستفتاء الشعبي .

وهنا اعد ديكول مقالته في عام ١٩٤٦ وذلك أمام اللجنة الدستورية الاستشارية المكلفة باعداد الدستور فنص دستور سنة ١٩٥٨ على المادة (١٦) (يُنظر في أسباب إصدار الدستور الفرنسي بصورة عامة والمادة (١٦) بصورة خاصة . د. أحمد مدحت علي ، مصدر سابق . ص ٤٩ . د. عبد المنعم محفوظ ، مصدر سابق . ص ٦١٥-٦١٦ . وفيما يخص المادة (١٦) بصورة خاصة يُنظر د. يحيى الجمل ، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة (دراسه مقارنه)، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع . ص ١٢٣-١٢٤ .

^(٢) يُنظر في الشروط الموضوعية والشكلية للمادة (١٦) بصورة عامة . د. احمد مدحت علي ، مصدر سابق . ص ٥٠-٥٣ . د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، ص ١١٦-١٢٣ ، ١٥٠-١٥٤ ، ١٦٠-١٦٢ . د. عبد المنعم محفوظ ، مصدر سابق ، ص ٦٣٢-٦٣٣ . د. يحيى الجمل ، المصدر السابق . ص ١٢٦-١٣٨ .

^(٣) د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق ، ص ١٢١ .

٢ - أن ينشأ عن الخطر أنقطاع سير السلطات العامة الدستورية المنتظم . ويتبين هنا أن الخطر الذي يوجب اللجوء إلى المادة (١٦) لا يشترط به أن يؤدي إلى الانقطاع التام لنشاط السلطات العامة بل استمرار قيام هذه السلطات بعملها ولكن بتلكؤ يكفي لإعلان تطبيق هذه المادة .

أما الشروط الشكلية فهي الاستشارة المسبقة للوزير الأول ورئيس كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ وكذلك رئيس المجلس الدستوري من قبل رئيس الجمهورية ، وهذه الاستشارات ليست ملزمة فللرئيس الاخذ بها أو مخالفتها ، إلا أن المادة (٥٣) من القانون الاساسي الصادر في ١١/٧/١٩٥٨ بشأن المجلس الدستوري^(١)، قد أوجبت على هذا المجلس أن يكون رأيه مسبباً عند استشارة رئيس الجمهورية له بشأن اللجوء إلى المادة (١٦) ، كما أنه عند تطبيق هذه المادة عام ١٩٦١^(٢)، نشر رأي المجلس في الجريدة الرسمية ، الامر الذي يجعل استشارة المجلس الدستوري أكثر فعالية من بقية الاستشارات ، لأن الرأي العام سيكون له اطلاقاً على رأي المجلس الذي يؤدي إلى وضع رئيس الجمهورية في موقف حرج عند معارضته لهذا الرأي ولاسيما وأن الرأي العام في فرنسا له ثقله^(٣)، ورئيس الجمهورية يتولى منصبه عن طريق الانتخابات المباشرة .

ومن الشروط الشكلية الاخرى توجيه رسالة من رئيس الجمهورية إلى الامة لاعلامها باللجوء إلى المادة (١٦) والاسباب التي دفعت إلى ذلك . عند تحقق الشروط التي مر ذكرها فانه يتم العمل بالمادة (١٦) ، وهنا يجب توافر شرطين أحدهما موضوعي والاخر شكلي حتى تكون الإجراءات المتخذة بموجب هذه المادة (ومنها القرارات التي لها قوة القانون) مشروعاً .

ويتمثل الشرط الموضوعي في كون هذه الإجراءات تهدف إلى تمكين السلطات الدستورية من القيام بمهمتها في اقرب وقت ممكن ، فهذا الهدف يجب أن يضعه رئيس الجمهورية نصب عينيه عند قيامه بأي اجراء استناداً إلى هذه المادة .

أما الشرط الشكلي فهو وجوب استشارة المجلس الدستوري في الإجراءات المتخذة استناداً للمادة (١٦) ، ورأي المجلس هنا لا يكون مسبباً كما هو الحال عند اللجوء إلى تطبيق هذه المادة مما يؤدي إلى ضعف أثر هذا الشرط الذي اريد به الرقابة على الإجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية .

وقد نصت المادة (١٦) على اسلوب آخر للرقابة على هذه الإجراءات وهو رقابة البرلمان . إذ جاء في هذه المادة أن البرلمان ينعقد بحكم القانون ولا يجوز حل الجمعية الوطنية اثناء ممارسة السلطات الإستثنائية ، وبذلك تكون المادة (١٦) قد عطلت المادة (١٢) من الدستور الخاص بحق حل الجمعية الوطنية والمواد (٢٨، ٢٩، ٣٠) الخاصة بتنظيم اجتماع البرلمان عند تطبيقها^(٤) . والغرض من هذا

(١) د. أحمد مدحت علي ، مصدر سابق . ص ٥٢ .

(٢) تم تطبيق المادة (١٦) مرة واحدة فقط بقرار صدر من الرئيس (ديكول) بتاريخ ١٩٦١/٤/٢٣ على أثر تمرد الجيش الفرنسي في الجزائر وذلك في ١٩٦١/٤/٢١ ، المصدر السابق . ص ٥٢ .

(٣) المصدر السابق . ص ٥٣ . د. يحيى الجمل ، مصدر سابق . ص ١٣٦ .

(٤) د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق ، ص ١٧٥ .

قوة القانون

توفير الضمانات للبرلمان للممارسة رقابته على السلطة التنفيذية ، لكن المادة (١٦) لم تبين كيفية ممارسة هذه الرقابة .

فمن الناحية النظرية البرلمان يملك تعديل أو إلغاء الإجراءات التي يصدرها رئيس الجمهورية كما أن البرلمان له مساءلة الحكومة وطرح الثقة بها وهو أمر وأن كان لا يطيال رئيس الجمهورية إلا أنه يشكل عامل ضغط بالنسبة له ، وإضافة لذلك فإن البرلمان يملك الحق في توجيه تهمة الخيانة العظمى للرئيس^(١) .

أما من الناحية العملية وفي ظل التطبيق الوحيد لهذه المادة عام ١٩٦١ فإن رئيس الجمهورية أعلن أن ليس للبرلمان تعديل أو إلغاء إجراءات لأن ذلك يتنافى مع روح المادة (١٦) وقد أنتقد الفقه - بحق - موقف الرئيس هذا وأعلن أن البرلمان ليس مقيداً بهذا التفسير الضيق لصلاحياته .

كما تم ايداع اقتراح باللوم للحكومة أثناء تطبيق المادة (١٦) ، إلا أن رئيس الجمعية الوطنية رفض هذا الاقتراح بحجة أن مساءلة الحكومة وطرح الثقة بها هو حق وجد لمواجهة السلطة الممنوحة لرئيس الجمهورية في حل الجمعية الوطنية ، وما دامت هذه السلطة معطلة بموجب المادة المذكورة فلا يجوز للبرلمان استخدام حقه المقابل^(٢) .

وهذا الرأي محل أنتقاد إذ لا يوجد مانع قانوني من ممارسة هذا الحق بل أننا نستنتج من روح المادة (١٦) أن للبرلمان استخدام كافة الصلاحيات المتوفرة لديه لتفعيل رقابته على الإجراءات المتخذة تطبيقاً للمادة المذكورة .

مما تقدم نستنتج أن رقابة المجلس الدستوري والبرلمان أثناء تطبيق المادة (١٦) ليس لها فعالية تذكر ، فهي رقابة ضعيفة .

أن المادة (١٦) ذات طبيعة إستثنائية لذا فان تطبيقها مؤقت بطبيعة الحال ولكن متى تنتهي مدة سريان هذه المادة ، وما هو مصير الإجراءات المتخذة استناداً لها ؟

١- مدة سريان المادة (١٦) : جاء في هذه المادة أن الغرض من الإجراءات المتخذة بموجبها هو تمكين السلطات الدستورية من القيام بمهمتها في أقرب وقت ممكن . يتضح هنا أن رئيس الجمهورية عند تطبيقه لهذه المادة مقيد بما ورد أعلاه ، لكن أنقسم الفقه الفرنسي في تفسير هذا القيد^(٣) . فمنهم من يرى ترك سلطة تقديرية للرئيس في تقدير ما إذا كان الخطر قد أنتهى أو مازال قائماً إلا أنه يجب عدم اطالة مدة سريان هذه المادة بعد عودة السلطات الدستورية العامة لممارسة نشاطها بشكل طبيعي .

(١) جاء في المادة (٦٨) من دستور فرنسا لسنة ١٩٥٨ ان (رئيس الجمهورية غير مسؤول عن الاعمال التي يقوم بها في مباشرة مهام وظائفه الا في حالة الخيانة العظمى) . ذكره د. عبد المنعم محفوظ ، مصدر سابق . ص ٦٣٨ . وينظر في تفصيل ذلك المصدر نفسه . ص ٦٣٨-٦٣٩ .

(٢) يُنظر في رقابة البرلمان اثناء التطبيق العملي للمادة (١٦) عام ١٩٦١ الدكتور سامي جمال الدين ، المصدر السابق . ص ٢٠٧-٢٠٨ .

(٣) المصدر السابق . ص ١٨٤-١٨٦ .

أما الرأي الآخر فيذهب إلى التفسير الضيق للقيود فيقول أن عودة السلطات الدستورية العامة لممارسة نشاطها بشكل منتظم يؤدي تلقائياً إلى توقف تطبيق المادة (١٦) .

ومع أن الرأي الآخر يلائم الطبيعة الإستثنائية لهذه المادة إلا أن تطبيقها استمر لمدة خمسة أشهر ، من ١٩٦١/٤/٢٣ وحتى ١٩٦١/٩/٢٩ مع أن تمرد الجيش في الجزائر أنهى في ١٩٦١/٤/٢٥ ، وقد وجه الفقه الفرنسي انتقاداً شديداً - بحق- لمسلك الجنرال ديكول هذا ^(١) .

٢- أثر إنتهاء سريان المادة (١٦) على الإجراءات المتخذة استناداً لها (ومنها القرارات التي لها قوة القانون) : لقد اختلف الفقه الفرنسي في ذلك وذهب إلى ثلاثة آراء رئيسية ^(٢) .

الرأي الأول يرى أن الإجراءات المتخذة استناداً للمادة (١٦) ينتهي كل أثر لها تلقائياً عند وقف سريان هذه المادة .

أما الرأي الثاني فيميز بين هذه الإجراءات ، فمنها ما تقتضي طبيعتها عدم وقف أثارها حتى بعد إنتهاء سريان المادة (١٦) وإلا تخلف الهدف من إصدارها، ومثل ذلك قرارات التطهير .

ويذهب الرأي الثالث إلى أن الإجراءات الصادرة تطبيقاً للمادة (١٦) يستمر العمل بها بعد وقف تطبيق هذه المادة لكنها تتجرد من قوتها القانونية وتصبح قرارات ادارية عادية وهذا يتفق مع المشروعية العادية

ونرى أن الرأي الثاني هو الراجح لأنه يلائم المنطق ، فلا يجب النظر إلى الإجراءات المتخذة استناداً للمادة (١٦) بوصفها وحدة واحدة والحكم عليها طبقاً لذلك ، بل يجب تمييز كل اجراء من الآخر ، فكل منها أثاره المختلفة عن غيره .

والتطبيق العملي يطابق الرأي الثاني ، إذ تم تقسيم الإجراءات إلى ثلاثة مجاميع ، الأولى تم تحديد مدة سريانها منذ إصدارها بغض النظر عن مدة العمل بالمادة (١٦) ، أما المجموعة الثانية فقد حدد قرار وقف العمل بالمادة المذكورة في ١٩٦١/٩/٢٩ تاريخ وقف سريانها وهو ١٩٦٢/٧/١٥ ، وسكت القرار المذكور عن المجموعة الثالثة وذلك يعني إلغائها ضمناً ^(٣) .

إن من بين أهم الإجراءات المتخذة استناداً للمادة (١٦) القرارات التي لها قوة القانون . ولكن يرد هنا سؤال هل تستطيع هذه القرارات المساس بالقواعد الدستورية وهل يقتصر أثرها في القوانين فقط ؟

ذهب أغلبية الفقه الفرنسي والمصري ^(٤) ، إلى جواز وقف العمل ببعض قواعد الدستور من دون تعديلها أو إلغائها وذلك على أساس أن التعديل والإلغاء يتسم بالدوام بينما الوقف يتسم بأنه مؤقت ، كما أن في التعديل والإلغاء يحل رئيس الجمهورية

(١) د. أحمد مدحت علي ، مصدر سابق . ص ٥٦ .

(٢) د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، المصدر السابق . ص ١٨٧-١٨٨ .

(٣) المصدر السابق ، ص ١٨٩ .

(٤) من هذا الرأي د. أحمد مدحت علي ، مصدر سابق . ص ٧٤ . د. يحيى الجمل ، مصدر سابق . ص ١٥٣ .

قوة القانون

محل السلطة الأصلية وهذا لا يملكه فكل ما يستطيعه أن يحل محل سلطة دستورية أخرى^(١).

أننا نرى بان هذا الرأي محل انتقاد إذ لا يوجد نص في الدستور يجيز ذلك وبالتالي فلا تملك السلطات المؤسسة أن تقوم بوقف ما نظمته السلطة المؤسسة . ويقول الفقيه الفرنسي كاريه دي مالبرك في الرد على رأي الفقه هذا بأنه (لأفارق بينهما لأن الوقف ولو كان مؤقتاً من شأنه إحداث تغيير في النظام الدستوري القائم ... ومن ثم فإن اجراء الوقف له نفس طبيعة اجراء التعديل وكلاهما يفترض لدى من قام بهما نفس السلطة)^(٢).

أما في التطبيق العملي للمادة (١٦) فقد اصدر الرئيس دي كول قراراً في ١٩٦١/٤/٢٥ بوقف العمل بأحكام المادة (٦٤) الفقرة (٤) من الدستور التي تمنع عزل القضاة^(٣). وواضح أن الرئيس هنا قد تجاوز سلطاته الدستورية .

في نهاية الكلام على المادة (١٦) بقي أن نقول أن هذه المادة قد منحت رئيس الجمهورية صلاحيات واسعة وذلك لمواجهة الظروف الإستثنائية والتي تتميز بدرجة خطورتها الامر الذي لا تستطيع معه التشريعات الإستثنائية المعدة مسبقاً أن تحتويها كما ذكرنا سابقاً . وقد قامت هذه المادة بتحديد معالم الظروف الإستثنائية الموجبة للجوء إلى تطبيقها بالشكل الذي يسهل تمييزها .

(١) في تفصيل هذا الرأي وانتقاده يُنظر د. سامي جمال الدين ، المصدر السابق . ص ١٧٢-١٧٣ .

(٢) أورده د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، المصدر السابق . ص ١٧٤ .

(٣) د. أحمد مدحت علي ، مصدر سابق ، ص ٥٦ . د. سامي جمال الدين ، المصدر السابق . ص ١٧٧ .

المطلب الثاني : توسيع مجال القرارات الادارية .

ذكرنا فيما سبق أن الدساتير التي اعقبت الثورة الفرنسية قد طبقت مبدأ الفصل المطلق بين السلطات والذي بموجبه تلتزم كل سلطة بوظيفتها ولايجوز أن تشاركها سلطة أخرى في ذلك ، فكان من الطبيعي أن لا يتم السماح للسلطة التشريعية تفويض بعض اختصاصاتها للسلطة التنفيذية ، كما أن التفويض يترتب عليه كما نعلم اصدار قرارات لها قوة القانون والتي تعد استثناء على مبدأ المشروعية العادية ، كما اتضح لنا سابقاً ، الامر الذي أدى إلى عدم تبني الدساتير الفرنسية التفويض التشريعي حتى بعد هجر مبدأ الفصل المطلق بين السلطات .

إلا أن الاعتبارات العملية الناتجة من تشعب نشاط الدولة وزيادة نطاقه ، ونتيجة للظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الناجمة عن الحربين العالميتين حتمت ضرورة اللجوء إلى قوانين التفويض بغض النظر عن موقف الدستور منها. وإذا كانت الدساتير الفرنسية تغض النظر عن قوانين التفويض تارة وتعارضها صراحة تارة أخرى، فإن دستور سنة ١٩٥٨ قد جاء بثورة قانونية استهدفت إقرار الواقع الذي تجاهلته الدساتير السابقة من ناحية ، والحيلولة دون انهيار القانون من ناحية أخرى^(١).

وسنسلط الضوء في هذا المطلب على الاوضاع التي سبقت دستور ١٩٥٨ التي مهدت للثورة القانونية التي جاء بها هذا الدستور وذلك في الفرع الأول ، بينما نتناول أثر التجديدات التي جاء بها دستور ١٩٥٨ في القوة القانونية للقرارات الادارية في الفرع الثاني .

(١) لقد اشار الفقه إلى أن ماجاء به الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ فيما يخص العلاقة بين القانون والقرار التنظيمي هو (ثورة قانونية).

الفرع الأول : القرارات بقوانين (Decrets-Lois) قبل دستور ١٩٥٨ .
على الرغم من عدم وجود نص دستوري إلا أن البرلمان قام باصدار قوانين التفويض بدءاً من السنة العاشرة للثورة^(١)، وذلك في مجال التشريع الكمركي والمالي . ثم توسع مجال التفويض ليشمل مسائل النقد والتمويل في بداية القرن العشرين^(٢) .
ومع بداية الحرب العالمية الأولى صدر قانون بتاريخ ١٩١٤/٤/٥ يفوض الحكومة اتخاذ الإجراءات الضرورية للاستيلاء على العقارات والمنقولات اللازمة لأغراض العسكرية ، وأبعاد الأجانب^(٣) .
وفي ١٩١٦/١٢/١٦ طلبت الحكومة من البرلمان تفويضاً لاصدار قرارات بقوانين تتضمن اجراءات يتطلبها الدفاع القومي ، إلا أن البرلمان رفض الطلب^(٤) مما اضطر الحكومة إلى اصدار قرارات بقوانين تحت ضغط ظروف الحرب ، الامر الذي حدا بالبرلمان إلى العدول عن موقفه واصدر في ١٩١٨/٢/١٠ قانوناً فوض بموجبه الحكومة اتخاذ كل ما يلزم لضمان الدفاع الوطني وحماية التمويل من التلاعب^(٥) . ويعد هذا القانون الفاتحة لقوانين أخرى عرفت بأسم قوانين السلطات الكاملة^(٦) .

وبعد الحرب العالمية الأولى تفاقمت المشكلات الاقتصادية والاجتماعية فقامت الدولة بتوسيع نشاطها وتدخلت في الميادين الاقتصادية والاجتماعية وأخذ جانب من نشاطها يطغى عليه الطابع الفني. وإزاء كل ذلك عجز البرلمان عن مواكبة هذه التطورات فأخذ يكثر من اصدار قوانين التفويض التشريعي ، حتى أن معظم التشريعات المهمة التي سنت بعد الحرب العالمية الأولى وامتدت إلى دستور الجمهورية الرابعة كانت تصدر عن طريق قرارات بقوانين (Decrets -Lois)^(٧) ، وقامت هذه القرارات بتعديل الانظمة القضائية ولاسيما القضاء الاداري وتعديل القانون التجاري والقوانين الخاصة بنزع الملكية^(٨) . وقد بلغ عدد هذه القرارات الصادرة بموجب قانون واحد والذي سنه البرلمان في ١٩٣٤/١٠/٣١ أكثر من مئة قرار^(٩) .

(١) من هذه القوانين المادة (٢٩) من قانون Plerel الذي صدر في السنة العاشرة وأجاز للحكومة الحق في رفع الرسوم الكمركية أو خفضها وأباحت الاستيراد والتصدير أو منعه . وذلك بالمخالفة لقانون ١٧٩٩/٨/٢٢ الذي جعل حق إنشاء الرسوم الكمركية أو تعديلها لممثلي الأمة وحدهم . د. عمر حلمي فهمي ، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ، ١٩٨٠ . ص ٢٤١ .

(٢) د. محمود محمد حافظ ، القرار الاداري ، مصدر سابق . ص ٢٧٩ .

(٣) د. أحمد مدحت علي ، مصدر سابق . ص ٨٣-٨٤ .

(٤) المصدر السابق . ص ٨٤ .

(٥) د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة العامة للقانون ، الطبعة الثالثة ، ملتزم الطبع والنشر دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٧٦ . ص ١٥٣ .

(٦) د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ٢٢٢ .

(٧) د. سامي جمال الدين ، اللوائح الادارية ، مصدر سابق . ص ١٣٨ .

(٨) د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة العامة للقانون ، مصدر سابق . ص ١٥٣ .

(٩) Georges Burdoau : Manuel de droit constitutionnel et institutions

Polityues ١٩٨٤ . P. ٣٥٥

وإزاء هذا الإفراط في اللجوء إلى القرارات التفويضية أخذ الفقه الفرنسي يدق ناقوس الخطر محذراً من أنهيار القانون . ورداً على ذلك جاءت المادة (١٣) من دستور ١٩٤٦ لتتص على أن (الجمعية الوطنية وحدها هي التي تضع القانون ، وأنها لا تملك أن تفوض هذا الحق) .

ويتبين من هذا النص أنه قد حرم التفويض التشريعي بصورة صريحة لاليس فيها ، إلا أن الضرورات العملية كانت أقوى من هذا النص^(١) الدستور فصدر قانون ١٩٤٨/٨/١٧ الذي عدد في مادته السابعة قائمة مطولة من المسائل التي تعد ذات طبيعة إدارية ، وللحكومة تعديل أو إلغاء نصوص القوانين التي تتناولها بمراسيم تصدر عن مجلس الوزراء بعد اخذ رأي مجلس الدولة^(٢) .

إن هذا القانون له أهمية كبيرة فهو يعد تمهيداً للتجديدات التي جاء بها دستور ١٩٥٨ ، إذ حدد لأول مرة مجالاً محجوزاً للقرارات الإدارية لايجوز للنصوص التشريعية التعدي عليها وإلا تم تعديلها بقرارات لها قوة القانون^(٣) .

وبعد هذا القانون ظهرت فكرة جديدة للانتفاف على نص المادة (١٣) ، وهي ما تعرف بقوانين البرامج أو القوانين الإطارية والتي بمقتضاها يصدر قانون يبين المبادئ العامة في مسائل معينة ثم يعهد إلى الحكومة تنفيذ القانون في ضوء المبادئ المبينة فيه وإن استلزم الأمر تعديلاً للقانون^(٤) .

واضافة لما تقدم وبناءاً على طلب من الحكومة اصدر مجلس الدولة فتوى بتاريخ ١٩٥٣/٢/٦ تفسيراً للمادة (١٣) من دستور ١٩٤٦ ذكر فيها أن هناك مسائل من اختصاص السلطة التشريعية بنص دستوري أو عُرِفَ دستوري ، فهي موضوعات تشريعية بطبيعتها لايمكن للبرلمان التفويض فيها ، وهناك موضوعات لا تحمل هذه الصفة ولكن المشرع أصدر قوانين بشأنها فاصبحت من اختصاصه فله أن يفوض الحكومة بتنظيمها بوساطة قرارات بقوانين على شرط أن يكون التفويض في موضوعات محددة تحديداً دقيقاً ولمدة معلومة سلفاً حتى لايتنازل البرلمان عن وظيفته^(٥) .

نستنتج مما تقدم إن المادة (١٣) اصبحت حبراً على ورق ، ونتيجة لذلك فقد صدرت الكثير من قوانين التفويض في ظل الجمهورية الرابعة حتى بلغ عددها (٣٢) قانوناً^(٦) ، كان آخرها القانون الذي صدر في ١٩٥٨/٦/٣ وفوض بموجبه البرلمان

(١) د. سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية ، مصدر سابق . ص ١٣٩ . د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري ، مصدر سابق . ص ٢٧٩ .

(٢) د. سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية ، مصدر سابق . ص ١٣٩ .

Georges Vedel-Pierre Delvolve , OP.cit .P.٩١

(٣) يُنظر في ذلك د. أدمون رباط ، الوسيط في القانون الدستوري العام ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٦٤ . ص ٤٨٧ .

(٤) د. أدمون رباط ، الوسيط في القانون الدستوري العام ، الجزء الثاني ، مصدر سابق . ص ٥٤٨-٥٤٩ .

(٥) زهدي يكن ، مصدر سابق . ص ٢٧٢ الهامش . د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون ، مصدر سابق . ص ١٥٤ .

Georges Vedel-Pierre Delvolve , OP.cit .P.٨٠

(٦) مروان محمد محروس المدرس ، تفويض الاختصاص التشريعي (دراسة مقارنة دستورية) ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٠ . ص ٥٧ الهامش .

قوة القانون

الجنرال ديكول أن يتخذ بوساطة مراسيم ما يستلزم من إجراءات لإصلاح الأمة وذلك خلال ستة أشهر وأشترط أن تعرض هذه المراسيم على البرلمان^(١). وبعد سقوط الجمهورية الرابعة نتيجة لأسباب ذكرت سابقاً تمت ولادة الجمهورية الخامسة بقيام دستور ١٩٥٨/١٠/٤ الذي أحدث ثورة قانونية من خلال التجديدات التي جاء بها ، وذلك لحماية النظام القانوني الفرنسي من الانهيار.

الفرع الثاني : أثر التجديدات التي جاء بها دستور ١٩٥٨ في قوة القرارات الإدارية .

لقد تناولنا في الفصل الأول ما جاء به دستور ١٩٥٨ من تجديدات فيما يخص مجال القانون والقرار الإداري التنظيمي ، وقد هاجم الفقه بشدة هذه التجديدات^(٢)، وله العذر في ذلك إذ أن التغيير الذي جاء به دستور ١٩٥٨ لم يكن مألوفاً في النظام القانوني . وقد أخذ الفقه بعد ذلك البحث في إيجابيات التغيير الذي نص عليه الدستور^(٣).

لقد رأينا ما وصل اليه النظام القانوني الفرنسي من ارباك في ظل الجمهوريتين، الثالثة والرابعة ، فنتيجة لأتباع الدولة المذهب التدخل بعد الحرب العالمية الأولى ونظراً للازمات الاقتصادية والاجتماعية التي نشأت بعد الحرب العالمية وبسبب التطور التكنولوجي الهائل الذي حدث في كافة ميادين الحياة وما تبع ذلك من بروز مسائل ذات طبيعة فنية ، فإن البرلمان عجز عن مجارات كل ذلك نظراً لبطء إجراءاته وما تتسم به من مناورات سياسية ، فقام بالاكثار من اصدار قوانين التفويض . كما أن مواجهة الازمات التي خلفتها الحرب كان يتطلب اتخاذ إجراءات لا تتسم بالشعبية مما حدا بالبرلمان إلى تفويض السلطة التنفيذية اتخاذ هذه الإجراءات^(٤).

ولم يجدي النص الصريح في صلب الدستور نفعاً في منع التفويض التشريعي لأن الضرورات العملية أقوى من النصوص مهما كانت قوتها . وإزاء هذا الوضع كان لابد من اتخاذ خطوة جريئة وغير مسبقة للحد من انهيار النظام القانوني والاعتماد بنظر الاعتبار الضرورات العملية في المجتمعات الحديثة ، فصدر دستور ١٩٥٨ الذي قام بموجب المادتين ٣٤ و ٣٧ منه بتوزيع الوظيفة التشريعية بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، فنصت المادة (٣٤) على المسائل التي تختص بها السلطة التشريعية حصراً وهي تمثل موضوعات مهمة، كما ذكرنا سابقاً ، ولا يمكن للسلطة التنفيذية تنظيم المسائل الواردة في هذه المادة إلا

(١) د. أحمد مدحت علي ، مصدر سابق . ص ٨٥ . زهدي يكن ، مصدر سابق . ص ٢٧٣ الهامش .

(٢) لقد أعلن جانب من الفقه أن الوضع الجديد يؤدي إلى انهيار القانون ، كما ذهب رأي آخر أن المادتين ٣٤ و ٣٧ من الدستور تكشفان عن تنظيم يشوبه الفوضى دون قيد أو شرط . د. عبد المنعم محفوظ ، مصدر سابق . ص ٦٦٦ .

(٣) د. سامي جمال الدين ، اللوائح الادارية ، مصدر سابق . ص ٢٠٨ .

(٤) د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري ، مصدر سابق . ص ٢٨٠-٢٨٢ .

بموجب ضوابط نص عليها الدستور ^(١). ولذلك تمت حماية مجال القانون من الانتقاص الذي لحقه قبل دستور ١٩٥٨ بالشكل الذي هز مكانته .

أما المادة (٣٧) من الدستور فقد نصت على اختصاص القرارات الإدارية بتنظيم بقية المسائل التي تخرج عن نطاق القانون ، وسميت القرارات الصادرة بموجب هذه المادة بالقرارات المستقلة . وقد اثير التساؤل حول طبيعة وقوة هذه القرارات ؟ فقد تردد جانب من الفقه عن منح القرارات المستقلة لطبيعة وقوة القانون ^(٢) ، وذهب الرأي الغالب فيه إلى أن لهذه القرارات طبيعة وقوة القرارات الادارية ^(٣).

إن لهذه القرارات الطبيعة الادارية على وفق المعيار الشكلي المعتمد في التشريع والفقه والقضاء .

أما قوة القرارات المستقلة فليست محلاً للتساؤل عند عدم وجود القانون في نطاقها ، إذ أنه امر غير مجدٍ. وهذا يمثل الحالة الغالبة عند التطبيق العملي للمادة (٣٧) . إلا أن السؤال عن قوة هذه القرارات يثار عند وجود مسائل تدخل في نطاق القرارات المستقلة كان قد تصدى لها القانون بالتنظيم في ظل العلاقة التقليدية بين القانون والقرار التنظيمي قبل صدور دستور ١٩٥٨ . كما أن التساؤل يطرح عند تعدي القانون على مجال القرارات المستقلة في ظل الدستور النافذ. لقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (٣٧) أن للسلطة التنفيذية أن تعدل القوانين الصادرة قبل دستور ١٩٥٨ والتي تنظم مسائل تدخل في نطاق القرارات المستقلة بوساطة مراسيم ordonnances بعد أخذ رأي مجلس الدولة ^(٤).

وقد ذهب رأي فقهي إلى أن النصوص التشريعية هنا تفقد قوتها القانونية وتنزل إلى قوة القرارات الادارية ^(٥). وليس لأصحاب هذا الرأي سند يؤيد ما ذهبوا إليه ، إذ انه لا يوجد اختلاف في المراسيم الصادرة بموجب الفقرة الثانية من المادة (٣٧) عن القرارات التي لها قوة القانون التي تعدل القوانين عندما تتناول مسائل سبق تنظيمها بقانون .

إننا نرى بأن القرارات المستقلة الصادرة بموجب الفقرة المذكورة تتمتع بقوة القانون ولا يوجد ما يثبت العكس .

وإذا كان للسلطة التنفيذية أن تعدل القوانين الصادرة قبل صدور دستور ١٩٥٨ ، فإن لهذه السلطة أن تعدل القوانين الصادرة بعد نفاذ دستور ١٩٥٨ والتي تتناول مسائل داخلية في نطاق المادة (٣٧) وذلك بعد اقرار المجلس الدستوري بالصفة الادارية لهذه المسائل ، وذلك طبقاً للفقرة الاخيرة من المادة (٣٧) والتي جاء

(١) يُنظر في التجديدات التي جاء بها دستور ١٩٥٨ فيما يخص العلاقة بين القانون والقرار التنظيمي ص ٣٨-٤٠ من هذه الرسالة .

(٢) يُنظر في ذلك د. سامي جمال الدين ، اللوائح الادارية ، مصدر سابق . ص ١٨٩-١٩٠ .

(٣) يُنظر المصدر السابق . ص ١٩٦ .

(٤) د. عبد المنعم محفوظ ، مصدر سابق . ص ٦٥٣-٦٥٤ .

(٥) المصدر السابق . ص ٦٥٤ .

فيها بأنه (لايجوز تعديل نصوص ذات الشكل التشريعي التي تصدر بعد تطبيق هذا الدستور بمرسوم إلا إذا قرر المجلس الدستوري أن لها الصفة الادارية)^(١).

ويبدو من هذا النص أن المراسيم هنا تعدل نصوص تشريعية الامر الذي لا شك فيه أن لهذه المراسيم قوة القانون ، وأخذ رأي المجلس الدستوري لا يغير من القوة القانونية للنصوص التشريعية ، فليس في النص الوارد في اعلاه ما يشير إلى ذلك ، وكل ما في الامر أن المجلس الدستوري قد أوكل اليه دستور ١٩٥٨ حماية نطاق القرارات الادارية من تعدي القوانين عليها ، فيجب الحصول على إقرار المجلس بأن النصوص التشريعية هي متعددة على مجال القرارات الادارية المستقلة ، وهذا من التجديدات التي جاء بها هذا الدستور .

نستنتج مما تقدم أن القرارات المستقلة تكتسب قوة القانون بموجب الفقرتين الثانية والأخيرة من المادة (٣٧) من الدستور الفرنسي. ولنا أن نذكر في معرض الحديث عن ذلك أن من الادلة على تمتع القرارات المستقلة بقوة القانون بموجب الفقرة الثانية من المادة (٣٧) أن هذه الفقرة قد أوجبت أخذ رأي مجلس الدولة عند اصدار المراسيم التي تعدل النصوص التشريعية الصادرة قبل دستور ١٩٥٨ ، وقد جاء في المادة (٢٢) من قانون مجلس الدولة الفرنسي الصادر بامر ١٩٤٥/٨/٣١ على أن استشارة المجلس حول (المراسيم التي لها قوة تشريعية) هي امر اجباري.

لقد استدلت الدكتور سامي جمال الدين بهذه المادة على تمتع المراسيم التفويضية الصادرة بموجب المادة (٣٨) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ بقوة القانون لأن هذه المادة أوجبت على مجلس الوزراء استشارة مجلس الدولة عند اصدار هذه المراسيم^(٢).

ويستطرد قائلاً (ومع ذلك فإن هذا النص له فائدة تفادي أي جدل قانوني بهذا الشأن وهو أمر قابل الوقوع دون شك إذا ما حاول أحد التشكيك فيما إذا كانت الاوامر التفويضية تعد بمثابة "مراسيم لها قوة القانون" أم لا ؟)^(٣).

وعليه فإن نص المادة (٢٢) من قانون مجلس الدولة الفرنسي تثبت أن المراسيم الصادرة بموجب الفقرة الثانية من المادة (٣٧) من الدستور لها قوة القانون^(٤).

(١) ذكره د. سامي جمال الدين ، اللوائح الادارية ، مصدر سابق . ص ١٦٦ .

(٢) جاء في هذه المادة بأنه (يجوز للحكومة أن تطلب الاذن من البرلمان باصدار أوامر باجراءات تدخل عادة في نطاق القانون وتصدر هذه الاوامر من مجلس الوزراء بعد اخذ رأي مجلس الدولة) . وسنتناول هذه المادة بالتفصيل لاحقاً .

(٣) يُنظر في ذلك د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق ، ص ٢٧٣ .

(٤) إلا أننا نرى أن الدكتور سامي جمال الدين عندما يتناول الفقرة الثانية من المادة (٣٧) فإنه خالف ما ذكره في معرض حديثه عن القرارات التفويضية الصادرة بموجب المادة (٣٨) ، اذ قال بشأن أخذ رأي مجلس الدولة عند اصدار المراسيم بأنه (وأن كان اجراءاً شكلياً إلا أنه يشير إلى اقتناع المشرع الدستوري بأن القانون مازال طبقاً للدستور الجديد أعلى مرتبة من اللائحة بحيث أنها تحتاج إلى سند دستوري يمكنها من مخالفة القانون ، ولأنه اذا كانت اللائحة تتمتع بقوة القانون في ظل التجديدات الدستورية لما كان هناك مبرر لوضع اية قيود ، ولو كانت شكلية على وضع اللائحة التي من شأنها المساس بالقوانين سواء الصادرة منها قبل دستور ١٩٥٨ أو بعده ، ولنص عليها صراحة في الدستور) . يُنظر د. سامي جمال الدين ، اللوائح الادارية ، مصدر سابق ، ص ١٦٠ . ولا شك أن المؤلف كانت حجته في المرة الأولى أقوى وأوضح .

في نهاية الكلام عن المادة (٣٧) نقول أن المشرع الدستوري قد فوض السلطة التنفيذية بموجب هذه المادة اصدار قرارات ادارية لتنظيم المسائل التي تخرج عن النطاق المحجوز للقانون بموجب هذا الدستور ، وهذه القرارات تتمتع بقوة القانون عند وجود القانون في نطاقها^(١).

ومن التجديدات التي جاء بها دستور ١٩٥٨ المادة (٤٧) منه التي حاول فيها المشرع الدستوري حث البرلمان على عدم عرقلة مشروعات القوانين المالية ، إذ فوض السلطة التنفيذية اصدار أوامر لوضع هذه المشروعات موضع التنفيذ بموجب الفقرة الثالثة من المادة (٤٧) التي جاء فيها بأن (يصوت البرلمان على مشروعات القوانين المالية طبقاً لاجراءات يحددها قانون أساسي وإذا لم يتخذ البرلمان قراراً في مدى سبعين يوماً فإن احكام المشروع يمكن أن توضع موضع التنفيذ عن طريق أمر وتوقف المدد المحددة في هذه المادة إذا لم يكن البرلمان منعقداً في دورته...) ^(٢). يتضح هنا أن هذه الاوامر لها قوة القانون لأنها تنظم موضوعاً يدخل ضمن نطاق القانون حسب الدستور النافذ .

ومن الجدير بالذكر أن هذه المادة لم تطبق حتى الان وذلك كما يتبين لحرص البرلمان على التصويت في الموعد المقرر ^(٣).

واضافة للمادتين (٤٧-٣٧) فقد نص الدستور على تفويض السلطة التنفيذية صلاحية اصدار أوامر لها قوة القانون بموجب المادة (٩٢) منه ، وذلك خلال المدة الانتقالية التي سبقت عمل المنظمات الجمهورية التي نص عليها دستور ١٩٥٨ . وقد جاء في هذه المادة على أن (تتخذ في مجلس الوزراء بأوامر لها قوة القانون الاجراءات التشريعية اللازمة لإنشاء المنظمات ولضمان سير السلطات العامة حتى يتم قيام هذه المنظمات ، ومن خلال المدة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة "٩١" ^(٤)، يؤذن للحكومة أن تحدد النظام الانتخابي للمجالس المنصوص عليها في الدستور بأوامر لها قوة القانون وتتخذ بنفس الشكل ، ويجوز للحكومة أيضاً في خلال نفس المدة وبنفس الشروط أن تتخذ في أي موضوع الاجراء الذي تقدر ضرورته لحماية الوطن وحماية المواطنين وللمحافظة على الحريات وعلى أن تصدر هذه الاوامر من مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة) ^(٥).

إن ما ذكر فيما يخص المواد (٣٧ ، ٤٧ ، ٩٢) من الدستور الفرنسي هو تفويض مباشر من الدستور للسلطة التنفيذية في اصدار قرارات ادارية لها قوة

^(١) من الفقهاء الذين يقولون بتمتع هذه القرارات بقوة القانون هو (فيدل)

ينظر Georges Vedel-Pierre Delvolve , OP.cit .P.٨٦

^(٢) ذكره مروان محمد محروس ، مصدر سابق . ص ٥٩ .

^(٣) د. عبد المنعم محفوظ ، مصدر سابق . ص ٦٦٠ .

^(٤) نصت الفقرة الأولى من المادة (٩١) على أنه (يبدأ عمل المنظمات الجمهورية المنصوص عليها في هذا الدستور في مدى اربعة اشهر من اصداره) . ذكره مروان محمد محروس ، مصدر سابق . ص ٥٩ الهامش .

^(٥) يُنظر في نص هذه المادة د. أحمد مدحت علي ، مصدر سابق . ص ٩٤ الهامش .

مروان محمد محروس ، مصدر سابق . ص ٥٩ .

القانون . وضمن نهج هذا الدستور في توسيع مجال القرارات الإدارية فإنه نص على التفويض غير المباشر للسلطة التنفيذية في إصدار قرارات إدارية لها قوة القانون وذلك عن طريق التفويض التشريعي الذي يتمثل في المواد (٣٨ و ١١ و ٣٦) .

١- المادة (٣٨) : وتنص على أنه (يجوز للحكومة لتنفيذ برنامجها أن تطلب الإذن من البرلمان بإصدار أوامر بإجراءات تدخل عاده في نطاق القانون، وذلك خلال مده محدده. وتصدر هذه الأوامر من مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة ، وتكون سارية المفعول من تاريخ نشرها . على أنها تصبح لاغية إذا لم يعرض مشروع قانون التصديق عليها أمام البرلمان قبل نهاية المدة المحددة في قانون التفويض ، وبعد إنتهاء المدة المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة لايجوز تعديل الاوامر إلا بقانون وذلك في المسائل التي تدخل في النطاق التشريعي) ^(١).

أن هذه المادة تعد الأولى من نوعها في الدساتير الفرنسية ، فقد كان البرلمان يفوض في اختصاصه من دون سند دستوري كما علمنا .

ومن نص هذه المادة يتضح أنها تشترط للجوء إليها أن يكون لدى الحكومة برنامج تسعى إلى تنفيذه ، الأمر الذي يتطلب تنظيم مسائل تدخل في نطاق القانون. ومن الواضح أن اللجوء إلى هذه المادة لايتطلب ظرفاً إستثنائياً كما يذهب جانب من الفقه إلى ذلك ^(٢) ، بل أن الضرورات العملية هي التي تحتم على الحكومة اللجوء إلى هذه المادة سواء أكانت هذه الضرورة تتمثل في ظرف إستثنائي أم عادي ، وهذا ما اثبته التطبيق العملي لهذه المادة ^(٣).

ولما كان اللجوء إلى هذه المادة يتطلب الإذن من الحكومة فإن الأمر هنا يرجع إلى البرلمان إن شاء وافق على طلب الحكومة وإن شاء رفض ذلك حسب ما يراه من الضرورات عند نظره في طلب الحكومة.

وعند إصدار قانون التفويض فبموجب هذه المادة يجب تحديد مدة التفويض وكذلك تحديد المدة التي يعرض خلالها مشروع قانون التصديق على الإجراءات التي تم اتخاذها بموجب التفويض أمام البرلمان .

وبعد اللجوء إلى هذه المادة فإن تطبيقها يكون بإصدار مراسيم (أوامر) ordonnances من قبل مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة .

لقد نظمت المادة (٣٨) رقابة البرلمان على القرارات التفويضية التي تصدرها الحكومة استناداً لقانون التفويض بالصورة التي تزيد فعالية هذه الرقابة . فقد أوجبت هذه المادة على البرلمان تحديد مدة محددة عند إصدار قانون التفويض يجب

^(١) ذكره د. سامي جمال الدين ،لوائح الضرورة ، مصدر سابق ، ص ٢٢٤.

^(٢) يُنظر في ذلك أحمد مدحت علي ، مصدر سابق ، ص ٩٠. د. سامي جمال الدين ،لوائح الضرورة ، مصدر سابق ، ص ٢٣٣.

^(٣) صدرت الكثير من القوانين تطبيقاً للمادة (٣٨) منها مايتعلق بظرف إستثنائي كالقانون الصادر في ١٩٦٠/٢/٤ بخصوص حفظ النظام وأنقاذ الدولة والدستور وهو يتعلق بالجزائر ، ويعد القانون الأول تطبيقاً للمادة المذكورة . وأغلب القوانين الصادرة تتعلق بظرف عادي مثل ذلك القانون الصادر في ١٩٨٢/٢/٤ الذي يفوض الحكومة تنظيم بعض المسائل الاجتماعية والمالية الخاصة ببعض البنوك والشركات . يُنظر د. سامي جمال الدين ،لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ٢٣٤. مروان محمد محروس ، مصدر سابق . ص ١٣٦.

قوة القانون

على الحكومة خلالها تقديم مشروع قانون التصديق على المراسيم التفويضية للبرلمان. وقد رتب هذه المادة جزاء الالغاء لهذه المراسيم عند مرور المدة المحددة دون تقديم مشروع القانون . وقد اختلف الفقه حول هذا الالغاء هل هو من تاريخ إنتهاء المدة المحددة أو هو بأثر رجعي من تاريخ صدور المرسوم ؟^(١).

ونرى أن الرأي الأول هو الراجح وذلك حفاظاً على الحقوق المكتسبة التي يمكن أن تترتب على هذه المراسيم^(٢).

وأخيراً فقد ورد في نهاية هذه المادة أنه بعد إنتهاء مدة التفويض لايجوز تعديل المراسيم (الوامر) الصادرة بموجب قانون التفويض إلا بقانون . أي أن الموضوع الذي تم تنظيمه بمرسوم لايمكن تنظيمه مرة أخرى بمرسوم بعد إنتهاء مدة التفويض حتى وان حصل تفويض آخر . وهذه كما نرى محاولة من المشرع الدستوري للحد من الافراط في اللجوء إلى هذه المادة .

٢- المادة (١١) : جاء فيها (لرئيس الجمهورية بناء على اقتراح الحكومة أثناء دورات انعقاد البرلمان أو بناء على اقتراح مشترك من المجلسين ينشر في الجريدة الرسمية ، أن يطرح لاستفتاء عام كل مشروع قانون يتعلق بتنظيم السلطات العامة أو وعندما يسفر الاستفتاء عن الموافقة على المشروع يصدره رئيس الدولة في المدة المنصوص عليها في المادة السابقة "١٥ يوم")^(٣) .

بموجب هذه المادة يستطيع رئيس الجمهورية اصدار قانون بدون إقرار البرلمان له والذي يمكن أن يفوضه اصدار مراسيم تنظم مسائل داخلية ضمن نطاق القانون بدون تصديق البرلمان عليها^(٤).

وقد تم في التطبيق العملي لهذه المادة اصدار قانونين ، وذلك في ١٩٦١/١/٨ و ١٩٦٣/٤/١٣ . تضمن الأول تفويض الحكومة اصدار مراسيم تنظيم السلطات العامة في الجزائر ، أما الثاني فقد تضمن تفويض رئيس الجمهورية اصدار المراسيم اللازمة لتنفيذ اتفاقية (إيفيان) في حالة اختيار الشعب الجزائري الاستقلال^(٥).

٣- المادة (٣٦) : نصت هذه المادة على أن (تعلن الاحكام العرفية بمرسوم من مجلس الوزراء ، ولا يجوز أن تمتد لأكثر من اثني عشر يوماً إلا بأذن من البرلمان)^(٦).

إن المراسيم الصادرة بموجب قانون الاحكام العرفية وحالة الطوارئ هي نوع من أنواع التفويض التشريعي^(٧).

(١) د. سامي جمال الدين ،لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص٢٧٦.

(٢) يُنظر في هذا الرأي د. سامي جمال الدين ،لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص٢٧٦.

(٣) ذكره د. عبد المنعم محفوظ ، مصدر سابق . ص٦٦١ . مروان محمد محروس ، مصدر سابق . ص٥٨

(٤) د. أحمد مدحت علي ، مصدر سابق . ص٩٤ . د. عبد المنعم محفوظ ، مصدر سابق . ص٦٦١ .

(٥) د. أحمد مدحت علي ، مصدر سابق . ص٩٤ .

(٦) د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص٣٢٨.

(٧) يُنظر في هذا الرأي د. سامي جمال الدين ، المصدر السابق . ص٣١٧ . د. محمود محمد حافظ ، القرار الاداري الاداري ، مصدر سابق . ص٢٩٥ . ونحن نؤيد هذا الرأي إذ أنه في مثل هذه القوانين تتوفر معظم صفات قوانين التفويض .

لقد تم تنظيم الاحكام العرفية في فرنسا بوساطة قانون ١٨٤٩/٨/٩ وتعديلاته الذي نص في المادة الأولى منه على أن (تعلن الاحكام العرفية في حالة الخطر الداهم الناشئ عن حرب خارجية أو اضطرابات مسلحة) ^(١). وعند تحقق الخطر المذكور تفوض السلطة التنفيذية اتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة هذا الخطر ، ومن هذه الإجراءات اصدار قرارات لها قوة القانون تتناول مسائل تدخل ضمن مجال القانون . وتسمى هذه القرارات بالاورامر العسكرية التنظيمية ^(٢).

وقد حددت المادة (٣٦) مدة التفويض وذلك لخطورة السلطات الإستثنائية الممنوحة للحكومة والتي لايجوز أن تمتد لأكثر من اثني عشر يوماً ، وإذا استوجب الامر زيادة هذه المدة فإن ذلك يكون باذن من البرلمان .

أن قانون الأحكام العرفية ينظم ظروفًا إستثنائية أقل خطورة من الظروف التي تنظمها المادة (١٦) من الدستور الفرنسي ، ولذلك فالسلطات الممنوحة للحكومة أقل مما عليه الحال في المادة (١٦) .

وإذا كانت المادة (٣٦) تنص على منح السلطات الإستثنائية إلى مجلس الوزراء فإن المادة (١٦) تمنح لرئيس الجمهورية السلطات وحده ، وهذا يعكس خطورة السلطات الممنوحة بموجب المادة الأخيرة .

لقد طبق قانون الأحكام العرفية في فرنسا مرتين فقط ، الأولى أثناء الحرب العالمية الأولى والآخرى في أثناء الحرب العالمية الثانية ^(٣).

في نهاية هذا المطلب نستنتج أن التفويض الصادر عن دستور سنة ١٩٥٨ الفرنسي لاصدار قرارات ادارية سواء كانت مباشرة او غير مباشرة هو تفويض مؤقت ماعدا المادة (٣٧) التي تتمثل في تفويض دائم للسلطة التنفيذية في اصدار القرارات المستقلة والتي لحظنا أنها تتمتع بقوة القانون عند وجود القانون في نطاقها. إن المادة (٣٧) هي من التجديدات المهمة التي جاءت بها الثورة القانونية التي أحدثها دستور ١٩٥٨ .

(١) د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ٣٢٣.

(٢) المصدر السابق . ص ٣١٩.

(٣) يُنظر في ذلك د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ٣٩٨ الهامش.

المبحث الثاني

القرارات التي لها قوة القانون في مصر والعراق

لم تخل معظم الدساتير الحديثة في مصر والعراق من النص على القرارات التي لها قوة القانون على عكس ما عليه الحال في فرنسا . وإذا كان السبب في تضيق نطاق النص على هذه القرارات في فرنسا يرجع إلى الحيلولة دون تقوية السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية فإن الحال على خلافه في مصر والعراق . إذ أن الدساتير في هذين البلدين كانت دوماً تتجه إلى فعالية السلطة التنفيذية ، وذلك نتيجة لما تتمتع به هذه السلطة من تأثير في اطار اداء الدولة لنشاطها الداخلي والخارجي . وسنقوم في هذا المبحث في دراسة القرارات التي لها قوة القانون وذلك في مطلبين .

المطلب الأول : القرارات التي لها قوة القانون في مصر .

تتميز الدساتير المصرية عن نظيرتها الفرنسية بأنها لم تخل من النص على مبدأ القرارات التي لها قوة القانون تحسباً لحالات الضرورة التي قد تواجهها البلاد ، منذ دستور الملكية عام ١٩٢٣ حتى دستور ١٩٧١ النافذ . إلا أن هذه الدساتير تقضي بعدم السماح للسلطة التنفيذية ممارسة سلطة اصدار قرارات لها قوة القانون إلا عند الضرورة ، وبالتالي فإن ذلك يعد قيداً على سلطة اصدار مثل هذه القرارات . وقد تطور العمل بهذه القرارات عبر الدساتير المصرية المتعاقبة حتى وصلت إلى درجة متقدمة من التنظيم في دستور ١٩٧١ . وسوف نستعرض هذه القرارات في فرعين ، يتناول الأول القرارات الصادرة بتفويض مباشر من الدستور ، أما الثاني فيخصص للقرارات الصادرة بتفويض غير مباشر من الدستور .

الفرع الأول : التفويض الدستوري المباشر للقرارات التي لها قوة القانون
لقد منح الدستور الأول لمصر عام ١٩٢٣ تفويضاً للسلطة التنفيذية باصدار مراسيم لها قوة القانون وذلك في المادة (٤١) منه والتي نصت على أنه (إذا حدث فيما بين ادوار انعقاد البرلمان مايجب الاسراع إلى اتخاذ تدابير لاتحتمل التأخير ، فللملك أن يصدر في شأنها مراسيم لها قوة القانون بشرط ألا تكون مخالفة للدستور ، ويجب دعوة البرلمان إلى اجتماع غير عادي ، وعرض هذه المراسيم عليه في أول اجتماع له ، فإن لم تعرض أو لم يقرها أحد المجلسين زال ما كان لها من قوة القانون) ^(١) .

(١) ذكره د. السيد صبري ، اللوائح التشريعية ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٤٤ . ص ٣

من خلال استقرار النص أعلاه يتبين لنا أن لجوء السلطة التنفيذية إلى إصدار مثل هذه القرارات يقوم على تحقق عنصر الضرورة ولا يكفي شرط الضرورة تجاه ممارستها هذا الاختصاص إلا مع حالة غيبة البرلمان بسبب العطلة.

وقد أثار هذا النص خلافاً فقهيّاً حول امكانية إصدار لوائح^(١) الضرورة في مدة حل البرلمان ، إلا أن الرأي الراجح هو عدم جواز إصدار هذه اللوائح إلا في مدة عطلة البرلمان^(٢). وعلى الرغم من ذلك فإن الحكومات لم تنقيد بهذه الفقرة وأصدرت مراسيم لها قوة القانون في مدة حل البرلمان^(٣).

وفيما يتعلق بحالة الضرورة فإنها تقوم على وجوب اتخاذ إجراءات مستعجلة لا تحتمل التأخير سواء كان في ظل ظرف إستثنائي أو غير إستثنائي^(٤).

غير أن المادة (٤١) قد اشترطت أيضاً من الناحية الموضوعية أن لا تكون المراسيم الصادرة مخالفة للدستور وهذا الشرط تحصيل حاصل لأن هذه المراسيم لها قوة القانون فلا تقوى على ما لا يستطيعه القانون^(٥).

وفيما يخص تنظيم الرقابة البرلمانية على لوائح الضرورة فقد أوجبت المادة المذكورة عرض هذه اللوائح على البرلمان وذلك في أول جلسة له بعد دعوته لاجتماع غير عادي . ويظهر أن هذه المادة لم تكن موفقة في تنظيم الرقابة على لوائح الضرورة لأنها تركت مجالاً للسلطة التنفيذية للهروب من هذه الرقابة بسبب الغموض الذي حمله النص الدستوري والذي يمكن السلطة التنفيذية من تأخير انعقاد البرلمان^(٦)، طالما أن النص لم يلزم السلطة التنفيذية بدعوة البرلمان للاجتماع خلال مدة محددة .

(١) سوف نتبنى مصطلح (اللوائح) عند الكلام عن مصر وذلك لأنه شائع الاستخدام في هذا البلد فقهاً وقضاءً وتبينته الدساتير المصرية أيضاً .

(٢) يُنظر في ذلك السيد صبري ، المصدر السابق ، ص ٣٧-٤٥ .

(٣) ومن أمثلة ذلك المرسوم بقانون الصادر في ١٩٢٤/١٢/٢٤ والخاص بتعديل قانون الانتخاب والمرسوم بقانون الصادر في ١٩٢٥/٧/٨ الخاص بتعديل نصوص قانون العقوبات الاهلي المتعلقة بجرائم النشر ، واللذان صدرتا من قبل وزارتي زيور باشا الاولى والثانية عند حل مجلس النواب في المدة بين ١٩٢٤/١٢/٢٤ و ١٩٢٦/٦/١٠ ، وقد صدرت من وزارة محمد محمود باشا بعد حل مجلس النواب في ١٩٣٨/٢/٢ المرسوم بقانون بتاريخ ١٩٣٨/٢/١٠ الخاص بالعفو الشامل عن بعض الجرائم ، والمرسوم بقانون الصادر في ١٩٣٨/٣/١٨ الخاص بتعديل المواد ١٢٤ ، ١٢٥ ، ٤٧٨ من القانون المدني الاهلي . يُنظر السيد صبري ، اللوائح التشريعية ، مصدر سابق . ص ٤٥-٤٦ =

= وقد أقر مجلس النواب في جلسته المنعقدة بتاريخ ١٩٢٦/٨/٧ عدم دستورية المراسيم بقوانين الصادرة من وزارتي زبور باشا . يُنظر المصدر السابق ، ص ٤٧ .

(٤) إلا أن الحكومات لم تكن تلتزم بهذا الشرط فاصدرت مراسيم لها قوة القانون مع عدم وجود ضرورة تسوغها . ومن أمثلة ذلك المرسوم بقانون الصادر في ١٩٣٦/١٠/٢٢ بشأن سريان المعاهدة الدولية لخطوط الشحن ، والمرسوم بقانون رقم (١٥٣) في ١٩٤٤/١١/١٤ الخاص بتعديل القانون رقم (١٤) لسنة ١٩٤٣ لتحديد الدوائر الانتخابية . يُنظر أحمد مدحت علي ، مصدر سابق ، ص ٧٢ .

(٥) د. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الادارية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الخامسة ، ملتزم الطبع والنشر ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٤ . ص ٤٦٩ . د. محمود محمد حافظ ، القرار الاداري ، مصدر سابق . ص ٢٧٤ .

(٦) لقد جاء في النص الفرنسي للمادة (٤١) على أنه تتم دعوة البرلمان فوراً إلى اجتماع غير عادي . يُنظر في ذلك د. سعد عصفور ، النظام الدستوري المصري (دستور سنة ١٩٧١)، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٨٠ . ص ١٣٢ . د. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الادارية ، الطبعة الخامسة ، مصدر سابق ، ص ٤٦٦ . د. السيد صبري ، اللوائح التشريعية ، مصدر سابق . ص ٣٩-٤٢ . د. محمود محمد حافظ ، القرار

ولتفعيل الرقابة البرلمانية فقد رتب المادة (٤١) جزاء زوال قوة القانون من لوائح الضرورة إذا لم تعرض على البرلمان، أو رفض البرلمان اقرارها. وقد جرى العمل على أن العرض يتمثل في الايداع لدى البرلمان^(١). والاثـر المذكور يترتب للمستقبل فقط كما جرى عليه العمل^(٢)، أي من لحظة عدم العرض في أول اجتماع للبرلمان أو رفض البرلمان. وذلك يعني أن ما أصدرته السلطة التنفيذية قبل ذلك يبقى منتجاً لاثـارة، وطالما أن هذه السلطة تستطيع أن تؤخر انعقاد البرلمان في جلسة غير عادية فأن ذلك يمنحها صلاحيات واسعة تمارسها بعيداً عن الرقابة وهذا ما كان يحدث في الواقع.

أن المادة (٤١) تعد الأساس الدستوري في مجال القرارات التي لها قوة القانون. وقد قام المشرع الدستوري بعد ذلك بمحاولة تجاوز العيوب التي شابت هذه المادة، وذلك يتبين من المادة (١٣٥) من دستور سنة ١٩٥٦ التي كانت محطة على طريق التطور الدستوري في هذا المجال.

وقد نصت المادة (١٣٥) على أنه (إذا حدث فيما بين ادوار انعقاد مجلس الامة، أو في فترة الحل ما يوجب الاسراع في اتخاذ تدابير لاتحتمل التأخير، جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الامة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وفي أول اجتماع له في حالة الحل، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى اصدار قرار بذلك، أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ماترتب على آثارها بوجه آخر)^(٣).

يتبين من النص أن هذه المادة قد وسعت الحالات التي تصدر فيها لوائح الضرورة فجعلها اضافة إلى مدة عطلة البرلمان تشمل مدة حله ايضاً، وذلك بعد أن قامت الحكومات في ظل دستور ١٩٢٣ باصدار قرارات لها قوة القانون في مدة حل البرلمان دون التقيد بشروط المادة (٤١) بحجة أن هذه اللوائح لاتصدر بموجب المادة المذكورة^(٤).

كما أوجبت المادة (١٣٥) عرض لوائح الضرورة على مجلس الامة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الاصدار في أول جلسة له في حال حله، وهنا تميزت هذه المادة عن نظيرتها في دستور ١٩٢٣ بتحديد مدة العرض على البرلمان وهذا من الضمانات في ممارسة هذه السلطة.

الاداري، مصدر سابق. ص ٢٧٠. وكان العمل يجري على عدم دعوة البرلمان أنتظار لاجتماعه في دورته العادية. د. محمود حلمي، النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي، ١٩٦٥. ص ٢٥٢.

(١) أن كلمة تعرض يقابلها في النص الفرنسي كلمة تودع (deposees)

يُظَر د. السيد صبري، مصدر سابق. ص ٨٩٨٣.

(٢) د. سعد عصفور، المصدر السابق. ص ١٣٢.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، الطبعة الخامسة، مصدر سابق، ص ٤٦٣. د.

احمد مدحت علي، مصدر سابق، ص ٦٩-٧٠.

(٤) د. سعد عصفور، مصدر سابق، ص ١٣١.

واضافة لما سبق قامت هذه المادة بترتيب الاثر الرجعي على زوال قوة القانون من لوائح الضرورة وذلك عند عدم العرض أو رفض البرلمان اقرارها . واستقراراً للمعاملات التي نشأت من اللوائح الصادرة بموجب المادة (١٣٥) وتحقيقاً للمصلحة العامة فالبرلمان اعتمد نفاذ اللوائح التي لم يقرها في المدة السابقة على الرفض أو تسوية مارتبته من آثار^(١)، وبذلك فقد تجاوزت هذه المادة النقد الذي وجه للمادة (٤١) .

لقد حقق المشرع الدستوري المصري تطوراً تمثل في توسيع الحالات التي تصدر فيها لوائح الضرورة كما جاء في المادة (١٤٧) من دستور ١٩٧١^(٢)، والتي نصت على أنه (إذا حدث في غيبة مجلس الشعب مايوجب الاسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون ، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته ، ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى اصدار قرار بذلك وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون ، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ماترتب على آثارها بوجه آخر) .

أن هذه المادة جمعت حالات غيبة البرلمان بعبارة (إذا حدث في غيبة مجلس الشعب) والتي تشمل مدة عطلة مجلس الشعب ومدة حله وكذلك وقف جلساته ، وهو ما يستفاد ايضاً من منطوق نص المادة محل البحث فيما يخص حالة عرض لوائح الضرورة على مجلس الشعب وهذا الامر يمثل التطور الذي تميزت به المادة المذكورة من سابقتها المادة (١٣٥) .

وفيما يخص زوال قوة القانون عن لوائح الضرورة بأثر رجعي ، فقد اتفقت هذه المادة مع نظيرتها في دستور ١٩٥٦ ، المادة (١٣٥) ، وتلافت مجاءت به المادة (١١٩) من دستور ١٩٦٤ حول عدم ترتيبها الاثر الرجعي لزوال قوة القانون في حالة رفض البرلمان اقرار لوائح الضرورة .

ومن امثلة القرارات التي لها قوة القانون الصادرة استناداً لهذه المادة ، القرار بقانون رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية والقرار بقانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة ، وكذلك القرار بقانون رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات .

والملاحظ على هذه القرارات أنها صدرت مع عدم وجود ضرورة تسوغها^(٣) .

(١) يُنظر د. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الادارية ، الطبعة الخامسة ، مصدر سابق . ص ٤٦٧ . د. محمود محمد حافظ ، القرار الاداري ، مصدر سابق . ص ٢٧٢ .

(٢) جاءت المادة (١١٩) من دستور سنة ١٩٦٤ بنص مطابق للمادة (١٣٥) من دستور سنة ١٩٥٦ ، ماعدا العبارة الاخيرة منه ، والتي نصت على زوال قوة القانون من لوائح الضرورة عند عدم اقرار البرلمان لها وذلك من تاريخ الاعتراض .

(٣) د. أحمد مدحت علي ، مصدر سابق ، ص ٧٩ .

أن دستور مصر لسنة ١٩٧١ تميز عن الدساتير السابقة له بالتوسع في تفويض السلطة التنفيذية اصدار قرارات لها قوة القانون ، إذ أن الدساتير السابقة قد فوضت السلطة التنفيذية بصورة مباشرة اصدار قرارات لها قوة القانون في غيبة البرلمان ، إلا أن الدستور الحالي قد زاد على ذلك بتفويض السلطة التنفيذية متمثلة برئيس الجمهورية اصدار قرارات لها قوة القانون بغض النظر عن غيبة البرلمان ، وفي ظروف على درجة عالية من الاهمية ، وهو ما تمثل بالمادة (٧٤) من هذا الدستور التي نصت على أنه (لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري ، أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ، ويوجه بياناً إلى الشعب ، ويجري الاستفتاء على ما اتخذه من اجراءات خلال ستين يوماً من اتخاذها)^(١).

أن هذه المادة مستوحات من المادة (١٦) من دستور فرنسا لسنة ١٩٥٨ إلا أنه يعاب على النص المتقدم اقتباسه لفكرة المادة المذكورة فقط بدون تبني الضمانات التي نصت عليها هذه المادة ، فالنص المتقدم يتميز بالاختصار وهذا غير مطلوب في مثل الموضوع الذي يعالجه النص^(٢). بل هو أمر معيب ويشكل أولى نقاط الضعف . لقد أوجبت المادة المذكورة من اجل اللجوء اليها قيام الخطر ولكنها لم تصف هذا الخطر ، وهو الامر الذي تكفله الفقه والقضاء ، وتم وصفه بأنه خطر جسيم وحال^(٣). وهذا الخطر يجب أن يهدد أما الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يقوم باعاقة مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري ، والحالة الاخيرة تمثل إحدى حالات الخطر التي توجب اللجوء إلى المادة (٧٤) ، بينما تمثل نظيرتها في المادة (١٦) الشرط الذي يجمع كل حالات الخطر ، نرى أن هذا يمثل قيداً ضرورياً للاقلال من اللجوء إلى مثل هذه المادة ، وهذه ضمانات افتقدتها المادة (٧٤) فاصبحت حالات اللجوء اليها أوسع من حالات اللجوء إلى المادة (١٦)^(٤).

والمقصود بمؤسسات الدولة في هذه المادة هي السلطات الثلاث كذلك مؤسسات الجيش والشرطة والمحكمة الدستورية العليا على سبيل المثال^(٥).

عند تحقق شرط اللجوء إلى المادة (٧٤) فإنه يتم اتخاذ الاجراءات السريعة لمواجهة الخطر ، وكلمة الإجراءات السريعة هي ذات معنى واسع غير محدد ، فهي تشمل جميع الإجراءات القانونية والمادية وسواء اتخذت في المجال الاداري أو التشريعي ومنها القرارات التي لها قوة القانون إلا أن هذه الإجراءات لاتصل إلى حد

(١) ترتبط المادة (٧٤) ارتباطاً وثيقاً بالمادة (٧٣) من نفس الدستور التي جاء فيها أن (رئيس الدولة هو رئيس الجمهورية ، ويسهر على تأكيد سيادة الشعب وعلى احترام الدستور وسيادة القانون وحماية الوحدة الوطنية والمكاسب الاشتراكية ويرعى الحدود بين السلطات لضمان تأدية دورها في العمل الوطني). يُنظر د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ١١٣-١١٤ .

(٢) المصدر السابق ، ص ١٢٥ .

(٣) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، مصدر سابق . ص ٦٩٠ . وسوف نتناول موقف القضاء في الفصل القادم .

(٤) يُنظر في ذلك د. سليمان محمد الطماوي ، النظم السياسية والقانون الدستوري (دراسة مقارنة) ، بلا مطبعة ، ١٩٨٨ . ص ٤٧٧ . ويُنظر ماتناولناه عن المادة (١٦) في المبحث الأول .

(٥) د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ١٣٢ .

قوة القانون

المساس بالنصوص الدستورية حتى وإن كان وقف العمل ببعضها مؤقتاً (وقد تناولنا ذلك في المبحث الأول عند حديثنا عن المادة "١٦").

لقد تميزت المادة (٧٤) بقلة إجراءاتها الشكلية على عكس نظيرتها المادة (١٦) من الدستور الفرنسي والتي تناولناها في المبحث السابق واقتصرت إجراءات المادة (٧٤) على توجيه بيان إلى الشعب يبين فيه الرئيس أسباب اللجوء إلى هذه المادة والإجراءات التي تم اتخاذها تطبيقاً لذلك ، وهذا ما جرى عليه التطبيق العملي لهذه المادة .

أما الاجراء الثاني فهو الاستفتاء على ماتم اتخاذه من اجراءات خلال ستين يوماً من اتخاذاها ، وقد جرى التطبيق العملي بالنص على موعد الاستفتاء في البيان الذي يوجهه الرئيس إلى الشعب ، وهذا الاجراء لم تنص عليه المادة (١٦) وهو اجراء استحدثته المادة (٧٤) وحسناً فعل المشرع الدستوري هنا إذ أن ذلك يؤدي إلى تحديد مدة العمل بالمادة (٧٤) ويجعلها لا تتجاوز الستين يوماً ، وقد جرى في التطبيق العملي أن البيان الموجه إلى الشعب من قبل رئيس الجمهورية بمناسبة تطبيق المادة (٧٤) يتضمن الإجراءات التي اتخذت تطبيقاً لهذه المادة ، ويتضمن أيضاً تحديد موعد الاستفتاء على هذه الإجراءات وبذلك تم قطع الطريق على أي محاولة لتحديد مدة العمل بهذه المادة أكثر مما يتطلبه الظرف الاستثنائي ، وهو ما حصل في التطبيق العملي للمادة (١٦) والذي استمر لأكثر من خمسة شهور مع أن الحالة التي اوجبت اللجوء إلى هذه المادة قد انتهت بعد يومين فقط ، كما ذكرنا ذلك سابقاً .

أن المادة (٧٤) تمنح رئيس الجمهورية سلطات إستثنائية واسعة جداً وغني عن القول أن ذلك يمثل خطراً كبيراً على حقوق وحريات الافراد ولذلك فقد اتجه الرأي الغالب في الفقه إلى أن رئيس الجمهورية يجب أن لا يلجأ إلى هذه المادة إلا إذا استنفذ جميع خياراته وهي المواد (١٤٨، ١٤٧، ١٠٨) بحيث لا يجدي نفعاً لدفع الخطر المتحقق تطبيق المواد السابقة الذكر ولم يبق من خيار سوى المادة (٧٤)^(١). إلا أن ذلك هل تحقق في التطبيق العملي لهذه المادة ؟ لقد تم تطبيق هذه المادة مرتين ، الأولى كانت بتاريخ ١٩٧٧/٢/٣ بعد أحداث يومي ١٩، ١٨، ١٧/١/١٩٧٧^(٢).

(١) من هذا الرأي د. ابراهيم عبد العزيز شيجا ، مصدر سابق . ص ٧١٢ . د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ١٢٦ . د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٩٧ . ص ٦٩١ . د. ماجد راغب الحلو ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية . ٢٠٠٠ . ص ٦٧٦ .

وسوف نتناول المواد (١٠٨، ١٤٨) في الفرع الثاني من هذا المطلب .
(٢) لقد تمثلت هذه الاحداث في اضطرابات داخلية شملت معظم مدن مصر بعد رفع الحكومة لأسعار بعض السلع الاساسية ، وقد استطاعت الحكومة بفضل حالة الطوارئ التي كان معمول بها في ذلك الوقت من السيطرة على الامن ومواجهة هذه الاضطرابات وبتاريخ ١٩٧٧/٢/٣ قام الرئيس بأعلان تطبيق المادة (٧٤) لمواجهة أي خطر محتمل في المستقبل واصدار القرار بقانون رقم (٢) لسنة ١٩٧٧ ، الذي تضمن عدد من الإجراءات والتي عرضت على الاستفتاء الشعبي بعد اسبوع من تاريخ صدورهما ، وقد تمثلت هذه الإجراءات في حظر إنشاء التنظيمات السرية المعادية لنظام المجتمع أو ذات الطابع العسكري ومعاقبة كل من شارك فيها أو دعى الى أنشائها وكذلك معاقبة كل من تجمهر بقصد تخريب أو ائتلاف الاملاك العامة أو التعاونية أو الخاصة أو حرص على ذلك أو شجع عليه ومعاقبة كل من دبر أو شارك في تجمهر يؤدي إلى إثارة الجماهير بهدف التأثير على

أما التطبيق الثاني فقد كانت في ١٩٨١/٩/٥ بعد أحداث الزاوية الحمراء في القاهرة ذات الطابع الطائفي والتي كانت تهدد الوحدة الوطنية ، وقد تم فيها اتخاذ عدة اجراءات بموجب المادة (٧٤) ^(١). وعرضت الإجراءات المتخذة على الاستفتاء يوم ١٩٨١/٩/١٠ ، ومن هذه الإجراءات قرارات ادارية فردية لها قوة القانون ^(٢)، وهذه القرارات لها مخالفة القانون فقط وتكون مشروعة عندئذ استثناءً ، فهي لا تقوى على الغاء أو تعديل قواعد قانونية ، الامر الذي يمكن أن يتحقق في حالة القرارات التنظيمية التي لها قوة القانون ، فلا يجوز الغاء نص عام إلا بنص عام أي أن القواعد العامة المجردة لا تلغى أو تعدل إلا بقواعد عامة مجردة ^(٣).

أن التطبيق العملي للمادة (٧٤) قد جانبه الصواب في الحالتين ، إذ أن التطبيق الأول لم يكن له ما يبرره وذلك بعد زوال الخطر باعتراف رئيس الجمهورية في بيانه الموجه إلى الشعب وقد ذكر أنه قام باتخاذ اجراءات بموجب المادة (٧٤) تحسباً لخطر محتمل في المستقبل ، وهذا مخالف لما استقر عليه الفقه والقضاء من أن الخطر في مثل هذه الحالة يجب أن يكون حالاً .

أما التطبيق الثاني فإنه مع وجود الخطر إلا أنه كان يمكن دفعه باستخدام وسائل دستورية اخرى غير المادة (٧٤) كالمادة (١٤٧) التي لجأ اليها رئيس الجمهورية فعلاً بالتزامن مع المادة (٧٤) .

أن تطبيق المادة (٧٤) يجب التشدد في الرقابة عليه وذلك نظراً للصلاحيات الواسعة التي تمنحها ، فخلال (٤٤) عاما في ظل دستور ١٩٥٨ الفرنسي لم يتم تطبيق المادة (١٦) الا مرة واحدة فقط رغم حصول ظروف إستثنائية خلال هذه لفترة ، أما في مصر فقد طبقت المادة (٧٤) اثناء حكم الرئيس محمد أنور السادات مرتين خلال اربع سنوات رغم عدم الحاجة إلى تطبيقها في كلا الحالتين كما رأينا ذلك . والرقابة الفعالة هنا هي الرقابة القضائية .

ممارسة السلطات الدستورية لأعمالها أو منع مؤسسات القطاع العام أو الخاص من ممارسة عملها ، ومعاقبة كل من يتهرب من أداء الضرائب والتكاليف العامة ومن يضرب بقصد الاضرار بالاقتصاد القومي ، وكذلك يعاقب كل من دبر أو شارك في تجمهر أو اعتصام من شأنه أن يعرض السلم العام للخطر .

^(١) من هذه الإجراءات القرار بقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١ الذي أضاف بند جديد إلى المادة (٣٤) من القانون رقم (٩٥) لسنة ١٩٨٠ بشأن حماية القيم من العيب وقد تضمن هذا البند اسناد اختصاص النظر في التظلمات من الإجراءات المتخذة وفقاً للمادة (٧٤) من الدستور إلى محكمة القيم . وكذلك القرار بقانون رقم (١٥٦) المتضمن تعديل بعض أحكام القانون رقم (٤٠) لسنة ١٩٧٧ وقد تضمن تغليظ العقوبات على كل من أنشأ أو أسس أو نظم أو أدار أو مول تنظيمًا أو حزباً غير مشروع .

^(٢) من هذه القرارات نقل بعض الصحفيين وبعض اساتذة الجامعات والمعاهد العليا من وظائفهم ، والغاء قرار تعيين الانبأشودة بابا لاسكندرية وبطريكا للكراسة المرقسية ، وحل بعض الجمعيات الاسلامية والمسيحية والغاء التراخيص الممنوحة لاصدار بعض الصحف والمجلات.

في التطبيق العملي للمادة (٧٤) يُنظر د. ابراهيم عبد العزيز شيما ، مصدر سابق . ص ٧١٨٥/١٦ . حمدي ياسين عكاشة ، القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة (شرح وتحليل لموضوع القرارات الادارية في ضوء احكام محكمتي القضاء الاداري والادارية العليا ، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٧٧ ، ص ١٤٦-١٤٨ . د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ١٣٤-١٣٩ . د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، مصدر سابق . ص ٦٩٩-٧٠١ .

^(٣) يُنظر في ذلك د. سامي جمال الدين ، الرقابة على اعمال الادارة ، مصدر سابق . ص ١٣٤-١٣٥ .

الفرع الثاني : التفويض الدستوري غير المباشر للقرارات التي لها قوة القانون .

اضافة إلى التفويض المباشر ، فإن المشرع الدستوري لجأ أيضاً إلى مبدأ التفويض غير المباشر في اصدار القرارات التي لها قوة القانون والتي يسمح فيها الدستور للسلطة التشريعية تفويض السلطة التنفيذية اصدار هذه القرارات ، وهو الامر الذي يعرف بالتفويض التشريعي المنصوص عليه في معظم الدساتير المصرية .

وكما قلنا سابقاً فإن قوانين الاحكام العرفية والطوارئ تعد نوعاً من أنواع التفويض التشريعي .

لقد خلا دستور ١٩٢٣ من النص على اللوائح التفويضية والتي نادراً ما لجأت اليها الحكومة لأن المادة (٤١) كانت تغني عن هذه اللوائح^(١).

وبعد أن زادت الحاجة إلى هذه اللوائح في السنوات الاخيرة نتيجة لزيادة نشاط الدولة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية فقد نصت المادة (١٣٦) من دستور ١٩٥٦ على هذه اللوائح وذلك لاضفاء المشروعية عليها . وجاء في هذه المادة بأنه (لرئيس الجمهورية في الاحوال الإستثنائية بناء على تفويض من مجلس الامة أن يصدر قرارات لها قوة القانون ، ويجب أن يكون التفويض لمدة محددة وأن يعين موضوعات هذه القرارات والاسس التي تقوم عليها)^(٢).

يتبين من نص هذه المادة أن المشرع الدستوري وضع عدة قيود على تفويض البرلمان بعض من اختصاصاته لرئيس الجمهورية ، وذلك لأن هذا التفويض هو تعدي على الاختصاص الاصيل للسلطة التشريعية . وتتمثل هذه القيود في حصر التفويض في الظروف الإستثنائية فقط ، كما أن منح التفويض يكون لمدة محددة وفي نطاق موضوعات معينة أيضاً ، اضافة إلى تعيين الاسس التي تقوم عليها هذه الموضوعات ، أي الفلسفة التي تقوم عليها والاهداف التي ترمي إلى تحقيقها^(٣).

ولم يات دستور سنة ١٩٦٤ بجديد في ميدان اللوائح التفويضية ، فجاءت المادة (١٢٠) منه مطابقة لنظيرتها في دستور ١٩٥٦^(٤).

(١) د. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الادارية ، الطبعة الخامسة ، مصدر سابق . ص ٤٧٥ . د. محمد محمود حافظ ، القرارات الادارية ، مصدر سابق . ص ٢٨١ .

لقد صدرت قوانين تفويض في سنة ١٩٣٠ و ١٩٣٢ و ١٩٣٦ في مجال الرسوم الكمركية ورسوم الانتاج ورفض البرلمان عام ١٩٣٨ التفويض في مجال الضرائب .د.محمد محمود حافظ ، المصدر السابق . ص ٢٨٠ .

(٢) د. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الادارية ، الطبعة الخامسة ، مصدر سابق . ص ٤٧٥ . د. طعيمة الجرف ، القانون الدستوري ومبادئ النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة ، ملتزم الطبع والنشر مكتبة القاهرة الحديثة ، ١٩٦٤ . ص ٣٧٤ .

(٣) د. احمد مدحت علي ، مصدر سابق . ص ١٠٣ .

ومن امثلة اللوائح التفويضية التي صدرت في ظل هذه المادة هو القرار الذي اصدره مجلس الوزراء في ١٩٥٦/٤/١٨ بفرض رسم أنتاج واستهلاك بناء على تفويض تشريعي صادر من السلطة التشريعية . يُنظر بشار عبد الهادي ، الجوانب التطبيقية لتفويض الاختصاصات التشريعية والادارة في مصر والاردن ، الطبعة الأولى ، دار الفرقان للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٨٢ . ص ٣٠ .

(٤) من ابرز تطبيقات المادة (١٢٠) من دستور ١٩٦٤ القانون رقم (١٥) لسنة ١٩٦٧ والذي فوض رئيس الجمهورية (اصدار قرارات لها قوة القانون خلال الظروف الإستثنائية القائمة في جميع الموضوعات التي

إلا أن التطور الملموس في هذا الميدان جاء في المادة (١٠٨) من دستور ١٩٧١ النافذ ، والتي نصت على أنه (لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الاحوال الإستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي اعضائه ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والاسس التي تقوم عليها ، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد إنتهاء مدة التفويض ، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون) .

يتبين من نص هذه المادة أنها تتميز من نظيرتها في دستوري ١٩٥٦ و ١٩٦٤ بزيادة القيود الواردة فيها . وهذا يعد تطوراً في مجال اللوائح التفويضية فقد استلزمت هذه المادة وجود ضرورة تحتم اصدار مثل هذه اللوائح وهذه الضرورة مقيدة بأنها في الظروف الإستثنائية فقط ، وهذا المعنى نفسه ماجاء في المادتين (٣٦ و ١٢٠) من دستوري ١٩٥٦ و ١٩٦٤ إلا أن الاختلاف هنا في الصياغة .

واضافة لذلك اشترطت هذه المادة اغلبية معينة لاصدار قانون التفويض وهي ثلثي اعضاء مجلس الشعب ، وهذا ما تحمد عليه هذه المادة ، وهو الامر الذي اختلفت فيه مع المادتين السالفتي الذكر .

ومن الطبيعي أن يكون التفويض لمدة محددة وأن تبين الموضوعات المفوض بها على وجه التحديد والاسس التي يقوم عليها التفويض وبعبكس ذلك فإن الامر يعد تنازلاً من قبل البرلمان عن وظيفته بصورة تامة إلى السلطة التنفيذية وهذا مخالف لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يتبناه النظام القانوني المصري . اضافة إلى أن الموضوعات التي يتم التفويض فيها يجب الا تكون محجوزة للقانون بموجب الدستور^(١) .

ومن التجديدات التي جاءت بها المادة (١٠٨) تفعيل رقابة البرلمان ، إذ أوجبت عرض اللوائح التفويضية على مجلس الشعب في أول جلسة له بعد إنتهاء مدة التفويض ، واستكمالاً لتقوية هذه الرقابة فقد رتبت هذه المادة أثراً تتمثل بزوال قوة القانون عن اللوائح التفويضية إذا لم تعرض هذه اللوائح على البرلمان أو عرضت عليه ورفض اقرارها ، وذلك بالنسبة إلى المستقبل . ويرجع سبب عدم ترتيب الاثر الرجعي على زوال قوة القانون إلى أن اللوائح التفويضية تصدر بناء على اجازة من

تتصل بامن الدولة وسلامتها ، وتعبئة كل امكانياتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربي والاقتصاد الوطني ، وبصفة عامة في كل مايراه ضرورياً لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية) . وقد اثار هذا القانون الكثير من المنازعات أمام القضاء ، ومن ابرز القرارات التي صدرت بموجب هذا القانون ، القرار بقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٦٨ الخاص باصدار قانون المحاماة والقرار بقانون رقم (٨١) لسنة ١٩٦٩ الذي أنشأ المحكمة العليا ، وكذلك القرار بقانون رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ الخاص باعادة تشكيل الهيئات القضائية والذي سمي (بقرار مذبة القضاء) . يُنظر في ذلك د. ابراهيم عبد العزيز شيا ، مصدر سابق . ص ٨٤٤ . د. احمد مدحت علي . مصدر سابق ، ص ١٠٣ . د.بشار عبد الهادي ، مصدر سابق . ص ٣١ . د.سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ٢٣١ .
(١) د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ١٩٥ .

قوة القانون

البرلمان فلذلك يجب احترام هذه الاجازة حتى عرض هذه اللوائح على البرلمان ليبيدي رأية فيها ^(١).

على أن سكوت البرلمان عن ابداء رأيه ليس له أثر في اللوائح التفويضية وذلك خلافاً لما ذهب اليه راي في الفقه من أنه يترتب على ذلك زوال ما لهذه اللوائح من قوة القانون ، إذ أن هذا الرأي تحكمي وليس له اساس قانوني ^(٢).
إن التفويض الصادر بموجب هذه المادة هو اختصاص ممنوح لرئيس الجمهورية ولا يعد ذلك حقاً له ، مما ترتب عليه عدم امكانية تفويض هذا الاختصاص طالما لا توجد اجازة دستورية ^(٣).

وتتميز المادة (١٠٨) من نظيرتها في دستور فرنسا سنة ١٩٥٨ المادة (٣٨) بالقيود الواردة فيها والتي تتفوق بها على ما ورد في المادة الفرنسية .
فالمادة (١٠٨) تفرض قيود استناداً للظروف التي تطبق فيها وتوجب وجود ظرف إستثنائي ، الامر الذي لا تتطلبه المادة (٣٨) ، كما أن المادة الأولى تتطلب اغلبية ثلثي اعضاء البرلمان في التصويت على قانون التفويض وهو ما لم تنص عليه المادة (٣٨) مكتفية بالاغلبية البسيطة .

وفي التطبيق العملي للمادة (١٠٨) فقد صدر على سبيل المثال القانون رقم (٩٤) لسنة ١٩٧٤ الذي فوض رئيس الجمهورية اصدار قرارات لها قوة القانون لتنظيم عمليات الاستيراد والتصدير والنقد وفقاً لاسس معينة ^(٤). وقد صدر بناءً على هذا القانون القرار بقانون رقم (٣٦) لسنة ١٩٧٤ المتضمن الغاء العمل بالقانون رقم ١٤٩ لسنة ١٩٦٤ بفرض ضريبة التحويلات الرأسمالية ، والتحويلات الخاصة بالاعانات والمسافرين ، والقرار بقانون رقم (١٣٧) لسنة ١٩٧٤ الخاص ببعض الاحكام الخاصة بالاستيراد والتصدير والنقد .

وكذلك صدر القانون رقم (٧٢) لسنة ١٩٧٦ ^(٥)، والذي صدر بناءً عليه القرار بقانون رقم (١٥١) لسنة ١٩٧٦ بالموافقة على اتفاقية قرض التنمية بين حكومة مصر والمنظمة الدولية للتنمية ، والقرار بقانون رقم (١٥٦) لسنة ١٩٧٦ الخاص بالموافقة على اتفاق قرض بين حكومتي مصر والولايات المتحدة الامريكية ^(٦).

لقد علمنا فيما سبق بأن قوانين الاحكام العرفية وحالة الطوارئ هي نوع من أنواع التفويض التشريعي ، وتتميز هذه القوانين بأنها صادرة بصورة دائمية وتطبق

(١) المصدر السابق . ص ٢٧٥ .

(٢) د. محمود محمد حافظ ، القرار الاداري ، مصدر سابق . ص ٢٧٣ .

(٣) يُنظر في ذلك د. سعد عصفور ، مصدر سابق . ص ١٣٧ .

(٤) هذه الاسس هي أ- تحقيق اهداف سياسة الانفتاح الاقتصادي ب- تبسيط الإجراءات الادارية ج- الالتزام بالاطار العام للخطة العامة للدولة . وقد نص هذا القانون على سريان التفويض الوارد فيه حتى نهاية شهر تشرين الثاني سنة ١٩٧٤ .

(٥) جاء في المادة الأولى من هذا القانون (يفوض رئيس الجمهورية في اصدار قرارات لها قوة القانون في شأن عقد القروض والتصدير على المعاهدات ذات الصلة بالشؤون الاقتصادية ، وذلك لمدة أربعة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون) . وجاء في المادة الثانية بأن يعمل بهذا القانون من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية .

(٦) يُنظر في التطبيق العملي للمادة (١٠٨) د. احمد مدحت علي ، مصدر سابق . ص ١١٠-١٠٥ .

قوة القانون

عند توافر الشروط اللازمة لذلك ، وتختص بمجال الضبط الإداري ، في الوقت الذي تتميز فيه القوانين التفويضية بأنها تختص بموضوعات الضبط الإداري والمرافق العامة وتسري لمدة محددة .

لقد كان لقوانين الاحكام العرفية وحالة الطوارئ أثر مهم في النظام القانوني المصري الذي تميز بالافراط باللجوء إلى هذه القوانين .

وقد نص الدستور الملكي لمصر على هذه القوانين في المادة (٤٥) منه التي جاء فيها على أن (الملك يعلن الاحكام العرفية ، ويجب أن يعرض إعلان الاحكام العرفية فوراً على البرلمان ليقرر استمرارها أو إلغاؤها ، فإذا وقع ذلك الإعلان في غير دور الانعقاد وجبت دعوة البرلمان للاجتماع على وجه السرعة)^(١).

لقد أناطت هذه المادة إعلان الاحكام العرفية بالملك وأوجبت عرض هذا الإعلان على البرلمان فوراً إذا كان منعقداً والدعوة لدور انعقاد غير عادي إذا لم يكن مجتمعاً . ويعاب على هذا النص (لدى بعض الشراح) عدم تحديد مدة محددة لدعوة البرلمان للانعقاد وهو أمر قد تستغله السلطة التنفيذية للماطلة في الدعوة للاجتماع^(٢).

أن القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية بموجب الاحكام العرفية تتعدى قوة القانون لتصل إلى قوة الدستور بحيث تستطيع تعطيل حكم من احكامه^(٣)، وهو امر يجعل السلطات الإستثنائية الممنوحة هنا واسعة جداً بحيث تتجاوز الحالة التي تتطلبها الاحكام العرفية^(٤).

لقد تقدم المشرع الدستوري خطوة إلى الامام في مجال الاحكام العرفية عندما قام في المادة (١٤٤) من دستور ١٩٥٦ بتحديد المدة التي يجب عرض إعلان حالة الطوارئ فيها على البرلمان ، وهي خمسة عشر يوماً التالية للإعلان أو في أول اجتماع له إذا كان منحللاً^(٥). فقد نصت هذه المادة على أنه (يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين بالقانون ، ويجب عرض هذه الإعلان على مجلس الامة خلال خمسة عشر يوماً التالية ليقرر مايراه في شأنه، فإذا كان مجلس الامة منحللاً عرض الامر على المجلس الجديد في أول اجتماع له).

(١) ذكره د. ابراهيم عبد العزيز شيجا ، مصدر سابق . ص ٤٣١ .

(٢) ينظر د. محمد كامل ليلة ، القانون الدستوري ، مصدر سابق . ص ٤٥٧ .

(٣) لقد جاء في المادة (١٥٥) من دستور ١٩٢٣ بأنه (لايجوز لاية حال تعطيل حكم من احكام هذا الدستور إلا أن يكون ذلك وقتياً في زمن الحرب او اثناء قيام الاحكام العرفية ، وعلى الوجه المبين في القانون) . د. ابراهيم عبد العزيز شيجا ، مصدر سابق . ص ٤٣١ .

(٤) وتطبيقاً للمادة (٤٥) من الدستور فقد صدر قانون الاحكام العرفية رقم (١٥) لسنة ١٩٢٣ ، والذي الغي بالقانون رقم (٥٢٣) لسنة ١٩٥٤ . د. ابراهيم عبد العزيز شيجا ، مصدر سابق . ص ٤٣١ . وقد طبقت الاحكام العرفية في ظل هذا القانون لأول مرة في ايلول سنة ١٩٣٩ بمناسبة نشوب الحرب العالمية الثانية ورفعت في ١٠/٧/١٩٤٥ بعد أنتهاء الحرب .

د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٩٧ . ص ٧٢٥ .

(٥) د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة العامة للقانون ، مصدر سابق . ص ١٨٢ . وقد تميزت المادة ١٤٤ باطلاق مصطلح (حالة الطوارئ) بدل (الاحكام العرفية) وصدر بعد ذلك القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ ينظم حالة الطوارئ متبنياً المصطلح الجديد . يُنظر في ذلك د. محمود حلمي ، النظام الدستوري ، مصدر سابق . ص ٢٥٧ .

إلا أن المشرع الدستوري قام في المادة (١٢٦) من دستور سنة ١٩٦٤ بتحديد فترة عرض إعلان حالة الطوارئ على مجلس الأمة وجعلها ثلاثين يوماً التالية للإعلان^(١)، وهذا أمر محل نظر إذ أن هذه الفترة لا مبرر لها في مثل هذه الحالة ، ولا سيما أن الإجراءات المتخذة طبقاً لإعلان حالة الطوارئ (ومنها الأوامر العسكرية التنظيمية) تنسم بخطورتها على حريات الأفراد^(٢).

ونرى أن خطوات واسعة قد تم قطعها في طريق التطور الدستوري في مجال حالة الطوارئ ، والتي تمثلت في المادة (١٤٨) من دستور سنة ١٩٧١ التي جاء فيها بأنه (يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوماً التالية ليقرر ما يراه بشأنه وإذا كان مجلس الشعب منحلًا يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له وفي جميع الأحوال يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة ولا يجوز مدّها إلا بموافقة مجلس الشعب) .

لقد تميزت هذه المادة بتطور في التنظيم والاستفادة من العيوب في الدساتير السابقة . إذ تلافت ما جاء في نظيرتها المادة (١٢٦) من دستور ١٩٦٤ بأن عرض إعلان حالة الطوارئ على البرلمان يكون خلال الثلاثين يوماً التالية للإعلان ، وقلصت المادة (١٤٨) هذه المدة إلى خمسة عشر يوماً .

ومن التجديدات المهمة التي جاءت بها المادة محل البحث هو النص على تحديد مدة تطبيق حالة الطوارئ وذلك في إعلان اللجوء إلى هذه الحالة ، وأن التحديد بعد ذلك يكون بموافقة مجلس الشعب^(٣)، إذ أن النظام القانوني المصري يتميز بالافراط في تطبيق حالة الطوارئ بدون وجود مسوغ مقنع لذلك^(٤)، فاستلزم الأمر وضع القيود لمحاولة الحد من هذه الظاهرة .

وأخيراً في نهاية هذا المطلب نقول بأن النظام القانوني المصري لا يلجأ إلى القرارات التي لها قوة القانون إلا عند الضرورة والتي قد تكون في ظروف عادية كما في المادة (١٤٧) أو في ظروف إستثنائية كما في المواد (١٣٨، ١٤٧، ١٠٨) والمادة (٧٤) التي تمثل قمة الإستثنائية .

(١) تنص المادة (١٢٦) على أن (يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين بالقانون ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس الأمة خلال ثلاثين يوماً التالية له ليقرر ما يراه بشأنه ، فإن كان مجلس الأمة منحلًا عرض الأمر على المجلس الجديد في أو اجتماع له) د. محمود حلمي ، النظام الدستوري ، مصدر سابق . ص ٢٥٨ .

(٢) يُنظر في ذلك المصدر السابق . ص ٢٥٨ .

(٣) لقد أدى هذا التجديد إلى تعديل المادة (٢) من قانون الطوارئ لسنة ١٩٥٨ بالمادة (٦) من قانون حماية الحريات رقم (٣٧) لسنة ١٩٧٢ الذي نص على احتواء إعلان حالة الطوارئ تاريخ بدء سريانها ومدة سريانها . د. إبراهيم عبد العزيز شبحا ، مصدر سابق . ص ٧٢٩ . د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ٣٣٢ .

(٤) لقد خضعت مصر للأحكام العرفية وقانون الطوارئ خلال (٧٣) عاما (١٩٢٣-١٩٩٦) لمدة (٤٧) عاما كاملة . د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، مصدر سابق . ص ٧٢٥ .

المطلب الثاني : القرارات التي لها قوة القانون في العراق

عرف النظام القانوني العراقي القرارات التي لها قوة القانون منذ الدستور الأول للدولة العراقية الصادر عام ١٩٢٥ ، وكان لهذه القرارات أثر مهم في مجال التشريع وبوساطتها توسعت اختصاصات السلطة التنفيذية تجاه السلطة التشريعية . وقد تميز النظام الدستوري في العراق بالميل نحو التفويض المباشر في اصدار قرارات لها قوة القانون ، الامر الذي أدى إلى التقليل من أهمية وجود تفويض غير مباشر في ذلك .

وسنقوم في هذا المطلب بدراسة التفويض المباشر من قبل الدستور للسلطة التنفيذية في اصدار قرارات لها قوة القانون والتفويض غير المباشر في اصدار هذه القرارات وذلك في فرعين .

الفرع الأول : التفويض الدستوري المباشر للقرارات التي لها قوة القانون .

عرف النظام القانوني العراقي التفويض المباشر لاصدار قرارات لها قوة القانون بدءاً بالدستور الأول للدولة العراقية الحديثة والذي عرف بالقانون الاساسي وجاء في الفقرة (٣) من المادة (٢٦) منه على أنه (إذا ظهرت ضرورة اثناء عطلة المجلس لاتخاذ تدابير مستعجلة لحفظ النظام والامن العام أو لدفع خطر عام أو لصرف مبالغ مستعجلة لم يؤذن بصرفها في الميزانية أو بقانون خاص أو للقيام بواجبات المعاهدة فللملك الحق باصدار مراسيم بموافقة هيئة الوزراء يكون لها قوة قانونية تقضي باتخاذ التدابير اللازمة بمقتضى الاحوال على أن لا تكون مخالفة لأحكام هذا القانون الاساسي ويجب عرضها جميعاً على مجلس الامة في أول اجتماع عدا ما صدر منها لأجل القيام بواجبات المعاهدة المصدقة من قبل مجلس الامة أو المجلس التأسيسي فإن لم يصدق مجلس الامة هذه المراسيم فعلى الحكومة أن تعلن إنتهاء حكمها وتعتبر ملغاة من تاريخ هذا الإعلان ويجب أن تكون هذه المراسيم موقفاً عليها بتواقيع الوزراء كافة) ^(١) .

أن هذه المادة تقابل المادة (٤١) من الدستور المصري لسنة ١٩٢٣ ، وقد اشترطت للجوء اليها وجود ضرورة والتي يمكن أن تكون في ظل ظروف عادية أو إستثنائية ، وذلك واضح من شروط هذه الضرورة وهي (اتخاذ تدابير مستعجلة لحفظ النظام والامن العام أو لدفع خطر أو لصرف مبالغ مستعجلة أو للقيام بواجبات المعاهدة) وتتميز هذه الشروط بالعمومية والاطلاق وأنها تغطي مساحات واسعة من النشاط الحكومي ، وهو أمر يتنافى مع الصفة الإستثنائية لهذه المادة ، وازافة لذلك فإن الحكومة توسعت كثيراً في تطبيق هذه المادة سواء في وجود ضرورة أو عدم وجودها حتى وصل الامر أن أصبحت المصادقة على الميزانية السنوية من قبل مجلس الامة عديم الفائدة ، إذ سرعان ما تلجأ الحكومة

(١) د. رعد لجة ، مصدر سابق . ص ٣٨ .

قوة القانون

بوساطة المادة (٢٦) إلى اصدار مراسيم بقوانين لصرف مبالغ اضافية دون وجود ضرورة في ذلك فتتجاوز ماتمت المصادقة عليه ضمن الميزانية السنوية^(١).

لقد حددت هذه المادة المدة الزمنية التي يجوز اصدار القرارات بقوانين خلالها بعطلة البرلمان . وهذا مشابه لما جاء في المادة (٤١) من الدستور المصري^(٢).

إلا أن النص الانكليزي للمادة (٢٦) جاء فيه (When Parliament is not sitting) ، ومدلول هذه العبارة أن البرلمان يكون (غير قائم) وهذا يشمل جميع حالات غيبة البرلمان وهي فيما بين ادوار الانعقاد وكذلك فترة الحل والتأجيل والواقع أن النص الانكليزي يختلف في معناه عن النص العربي والذي يشير بوضوح إلى فترة عطلة البرلمان ، وهي فترة ما بين ادوار الانعقاد .

لقد نصت المادة (٢٦) على تمتع الملك بصلاحيه اصدار المراسيم بقوانين بموافقة هيئة الوزراء ، وقد جرى العمل أن الوزارة هي التي تقترح اصدار المراسيم ثم تعرض ذلك على الملك للموافقة عليه ، والملك هنا رغم عدم مسؤوليته طبقاً للنظام البرلماني الذي يتبناه دستور ١٩٢٥ إلا أن موافقته ليست صورية إذ له رفض اصدار هذه المراسيم وهذا ماحدث فعلا عدة مرات^(٣).

أن نص هذه المادة على وجوب عدم مخالفة المراسيم الصادرة بموجبها لاحكام القانون الاساسي هو شرط بديهي لهذه المراسيم سواء تم النص عليه او لم يتم ذلك لأن هذه المراسيم لها قوة القانون ولاترقى إلى قوة الدستور .

لقد تميزت المادة (٢٦) بضعف الرقابة البرلمانية على المراسيم الصادرة بموجبها والتي كانت مثار لجدل دستوري ، أولها يتمثل في عدم النص على دعوة البرلمان لاجتماع عاجل لعرض المراسيم التي لها قوة القانون عليه بل تركت الامر إلى عقد البرلمان دورته الاعتيادية ، وهذا يمنح الحكومة سلطات واسعة جداً ، وعلاوة على ذلك فقد تم تحصين المراسيم الصادرة من اجل تنفيذ المعاهدات المصدقة ، من قبل الرقابة البرلمانية بموجب هذه المادة ، وهنا تبدو لمسات الاحتلال البريطاني واضحة في هذا النص وذلك لحماية المعاهدات الموقعة بينه وبين الحكومة العراقية^(٤).

أما الاثر المترتب على عرض هذه المراسيم أمام البرلمان هو عدها ملغاة إذا لم يصادق عليها البرلمان ، وهذا الالغاء يكون من تاريخ عدم التصديق ، وهذا مأخذ آخر على هذه المادة إذ أنها لم ترتب الاثر الرجعي على الالغاء وهذا يمنح الحكومة

(١) د.فائز عزيز أسعد ، أنحراف النظام البرلماني في العراق ، الطبعة الثانية ، بلا مطبعة ، ١٩٨٤ . ص ١٧٤ .

(٢) جاء في هذه المادة (إذا حدث فيما بين ادوار الانعقاد) والمقصود هنا عطلة البرلمان . راجع المطلب الأول من هذا المبحث .

(٣) مثال ذلك رفض الملك فيصل الأول الموافقة على اصدار مرسوم لصرف مبالغ غير اعتيادية للدفاع عن الحدود وكان قد أقره مجلس الوزراء في ١٩٣٠/٩/٣٠ . وكذلك رفض الوصي عبد الله عام ١٩٤٦ اصدار مرسوم للطوارئ قدمته وزارة ارشد العمري . وفي عام ١٩٢٥ رفض الوصي الموافقة على اصدار مرسوم لتعديل قانون رقم (١٢) لسنة ١٩٥١ وهو ذيل قانون مراقبة وإدارة اموال اليهود المسقطه عنهم الجنسية العراقية رقم (٥) لسنة ١٩٥١ . يُنظر في ذلك د. فائز عزيز أسعد ، مصدر سابق . ص ١٧٢-١٧٣ .

(٤) يُنظر في ذلك المصدر السابق . ص ١٦٨ .

سلطات واسعة ، ولا سيما أن المادة المذكورة لم توجب دعوة البرلمان لاجتماع غير عادي عند اللجوء اليها .

على أن الإلغاء هنا لا يكون تلقائياً ، بل بناء على إعلان صادر عن الحكومة ، وهذا ما يؤخذ أيضاً على هذه المادة التي كان عليها أن تعد هذه المراسيم ملغاة بحكم القانون . أما إذا لم تقم الحكومة بإلغاء المراسيم الصادرة بموجب المادة (٢٦) التي امتنع مجلس الأمة عن تصديقها فأنها تتعرض لمساءلة المجلس طبقاً للنظام البرلماني ، ويتضح ذلك بجلاء بنص هذه المادة على توقيع الوزراء كافة على المراسيم التي لها قوة القانون الصادرة بموجبها ، إذ أن الوزارة هي المسؤولة على هذه المراسيم وعلى كل ما يترتب عليها أمام مجلس الأمة^(١).

لقد اكتفت المادة (٢٦) بتنظيم حالة مصادقة البرلمان على المراسيم الصادرة بموجبها واغفلت حالة عدم عرض هذه المراسيم على البرلمان وهذا مأخذ آخر عليها وإن كان يمكن للبرلمان مساءلة الحكومة على هذه الحالة بموجب العلاقة بين البرلمان والحكومة في النظام البرلماني ولا سيما أن هذه المادة قد نصت على توقيع الوزراء على هذه المراسيم .

لقد توسعت السلطة التنفيذية في تطبيق المادة المذكورة متجاوزة الصلاحيات الممنوحة لها بموجبها نظراً لضعف مجلس الأمة في ظل دستور ١٩٢٥ أمام هذه السلطة متمثلة بالملك والحكومة^(٢).

فعلى سبيل المثال قام الملك عام ١٩٢٨ بإصدار مرسوم مقيد للحرية لم تكن هناك ضرورة تستدعي ذلك إذ أن ما حدث هو تضاهرة طلابية فقط ، قامت احتجاجاً على زيارة أحد زعماء الصهيونية إلى العراق^(٣).

وفي عام ١٩٣٩ صدر مرسوم بموجب الفقرة الثالثة من المادة (٢٦) من القانون الاساسي تحت رقم (٢٦) وذلك لتكوين جمعية للتمور^(٤). ونرى أن هذا المرسوم تجاوز حقيقي على الفقرة الثالثة من المادة (٢٦) .

بعد سقوط القانون الاساس لسنة ١٩٢٥ بقيام ثورة ١٤ تموز سنة ١٩٥٨ جاء دستور ٢٩ نيسان لسنة ١٩٦٤ المؤقت لينص على المادة (٥١)^(٥)، التي استوحاها من المادة (١٦) من دستور ١٩٥٨ الفرنسي^(٦)، وجاء فيها بأنه (لرئيس الجمهورية في حالة خطر عام أو احتمال حدوثه بشكل يهدد سلامة البلاد وامنها أن يصدر

(١) يُنظر في ذلك د. مصطفى كامل ، مصدر سابق . ص ٦٨ .

(٢) يُنظر في العلاقة بين البرلمان والوزارة في ظل دستور ١٩٢٥ ، حسن جميل ، الحياة النيابية في العراق (١٩٢٥-١٩٤٦) موقف جماعة الاهالي منها ، الطبعة الأولى ، منشورات مكتبة المثني ، بغداد ، ١٩٨٣ . ص ٨٣-٩٢ .

(٣) جاء في هذا المرسوم بأنه (لما كان بعض طلاب المدارس قد اشترك في اجتماعات غير قانونية مما يعد خطراً عاماً . فنحن فيصل ملك العراق ، بموافقة مجلس الوزراء ، بأمر بنشر المرسوم الاتي وفقاً للفقرة الثالثة من المادة (٢٦) من القانون الاساس ، وذلك لدفع الخطر المذكور) . يُنظر د. فائز عزيز اسعد ، مصدر سابق . ص ١٧٥ .

(٤) يُنظر المصدر السابق . ص ١٧٦ .

(٥) خلا دستور الجمهورية الأول الصادر بتاريخ ١٩٥٨/٧/٢٧ والدستور الصادر في ١٩٦٣/٤/٤ من اشارة للقرارات التي لها قوة القانون .

(٦) د. حميد الساعدي ، مصدر سابق . ص ١٨١ .

قوة القانون

قرارات لها قوة القانون بقصد حماية كيان الجمهورية وسلامتها وامنها بعد موافقة مجلس الوزراء^(١). نرى من هذا النص أن المادة المذكورة قد اخذت من المادة (١٦) من الدستور الفرنسي السلطات الواسعة فيها دون القيود ، فشروط اللجوء اليها واسعة جداً ولا تحدها حدود ، ولا شبيه لها حتى في المادة (١٦) بحيث يستطيع رئيس الجمهورية أن يستغل أي ظرف إستثنائي مهما كان بسيطاً لكي يلجأ إلى هذه المادة^(٢). ومن الملحوظ هنا أن المادة محل البحث تختلف عن المادة (١٦) من الدستور الفرنسي في أنها حددت الإجراءات المتخذة عند اللجوء اليها بالقرارات التي لها قوة القانون فقط ، بينما في المادة (١٦) فأن هذه القرارات هي من ضمن الإجراءات المتخذة بموجبها .

أن القيد الوحيد في المادة (٥١) هو اخذ موافقة مجلس الوزراء عند اصدار القرارات بقوانين وهذا قيد صوري إذ أن الوزراء لا يمكنهم الامتناع عن منح رئيس الجمهورية موافقتهم ، فهو الذي يعينهم ويقيلمهم بما فيهم رئيس الوزراء^(٣) ، وذلك بموجب المادة (٤٣) من الدستور^(٤).

وبعد انقلاب (١٧) تموز صدر دستور ٢١ ايلول ١٩٦٨ الذي منح مجلس قيادة الثورة^(٥)، سلطة اصدار قرارات لها قوة القانون وذلك بموجب المادة (٤٤-ف٨) والتي جاء فيها بأنه لمجلس قيادة الثورة (اصدار القوانين والقرارات التي لها قوة القانون) . إلا أن هذا الدستور لم يدم طويلاً فبعد سنتين تقريباً تم الغاؤه وحل محله دستور سنة ١٩٧٠ الذي لم يأت بجديد عن سابقه ، إذ قام بتفويض مجلس قيادة الثورة اصدار قرارات لها قوة القانون وذلك بموجب المادة (٤٢-أ) التي نصت على أنه لمجلس قيادة الثورة (اصدار القوانين والقرارات التي لها قوة القانون) .

إن مجلس قيادة الثورة يجمع في يده الوظيفتين التشريعية والتنفيذية معاً فبالإضافة لما جاء في الفقرة (أ) من المادة (٤٢) من الدستور لسنة ١٩٧٠ فان الفقرة (ب) من هذه المادة نصت على ان لهذا المجلس (اصدار القرارات في كل ماتستلزمه ضرورات تطبيق احكام القوانين النافذة) . فهذا المجلس هو سلطة تعلق

(١) ذكره د. رعد الجدة ، مصدر سابق . ص ٨٩ .

(٢) ينظر في ذلك د. نوري لطيف ، القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، الطبعة الثانية ، مطبعة علاء- الوزيرية ، ١٩٧٩ . ص ٢٥٤ .

(٣) د. حميد الساعدي ، مصدر سابق . ص ١٨١ .

(٤) تنص المادة (٤٣) من دستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤ على مايلي (يعين رئيس الجمهورية رئيس الوزراء ونواب رئيس الوزراء والوزراء ويقيلم استقلالهم ويعفيهم من مناصبهم) . د. رعد الجدة ، مصدر سابق . ص ٨٨ .

(٥) عرفت المادة (٤١) من الدستور مجلس قيادة الثورة بأنه (الجهاز الثوري الذي قاد جماهير الشعب والقوات المسلحة صبيحة اليوم السابع عشر من تموز سنة ١٩٦٨ وتتم تسمية اعضائه بقانون) .

جميع السلطات الدستورية التي أنشأها دستور سنة ١٩٧٠^(١) ، وهذا الدستور لم ينشئ هذه الهيئة بل كشف عنها فقط فهي كانت موجودة قبل انشائه^(٢) . بل أن مجلس قيادة الثورة هو السلطة المؤسسة^(٣) .

أن القرارات التي لها قوة القانون الصادرة من مجلس قيادة الثورة تغطي مساحة واسعة من التشريع العراقي ، فالمنتبغ لمسيرة النظام القانوني منذ عام ١٩٦٨ يرى اللجوء المفرط لهذه القرارات حتى أنها اغنت عن اللجوء إلى حالة الطوارئ مع توافر شروط هذا اللجوء . والمثال البارز في ذلك هو الحرب العراقية الايرانية التي استمرت ثمانية اعوام (١٩٨٠-١٩٨٨) وحرب الخليج الثانية عام ١٩٩١ .

لقد سوغ حزب البعث العربي الاشتراكي اللجوء المفرط إلى هذه القرارات وذلك في التقرير الصادر عن مؤتمره القطري الثامن عام ١٩٧٤ الذي جاء فيه (وقد اصطدم الحزب بمعضلة القوانين والتشريعات السائدة منذ اليوم الأول لتسلمه السلطة ... ووجدت الثورة نفسها عاجزة عن قيادة البلاد مع بقاء تلك القوانين والتشريعات ، لذلك اتخذ مجلس قيادة الثورة صفة الجهة التشريعية العليا واتخذت قراراته قوة القانون وفعاليته)^(٤) . اذن كانت القرارات المذكورة اداة بيد الحزب للتغلب على القوانين التي تعترض طريقه بسهولة ويسر .

إن هذه القرارات الصادرة عن المجلس ليست كلها قواعد عامة مجردة وهو ما تستوجبها القوة القانونية لهذه القرارات على اعتبار أن لها ما للقانون وعليها ما عليه ، بل أن هناك قرارات ذات طابع فردي^(٥) ، وإن كان غالبية هذه القرارات تتصف بالعمومية والتجريد .

إلا أن القرارات ذات الطابع الفردي هي في غالبيتها استثناء على قوانين نافذة او القرارات التي لها قوة القانون^(٦) ، كما علمنا فيما سبق .

(١) جاء في المادة (٣٧-ف أ) من دستور سنة ١٩٧٠ بأن مجلس قيادة الثورة (هو الهيئة العليا في الدولة الذي اخذ على عاتقه في السابع عشر من شهر تموز ١٩٦٨ مسؤولية تحقيق الارادة الشعبية العامة بانتزاع السلطة من النظام الرجعي الفردي الفاسد واعادتها إلى الشعب)

(٢) يُنظر في ذلك د. رعد ناجي الجدة ، مساهمة في دراسة مجلس قيادة الثورة (تكوينه وسلطته) ، مجلة القانون المقارن العراقية ، تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية ، العدد (٢٨) ، ٢٠٠٠ ، ص ٩٢-٩٣ ، ص ٨٩ .

(٣) د. نوري لطيف ، القانون الدستوري (المبادئ والنظريات العامة) ، الطبعة الأولى ، ساعدت الجامعة المستنصرية على طبعة ١٩٧٦ ، ص ٢٧٤ .

(٤) اسعد سعد برهان الدين بكر ، انتهاء القرارات الادارية بالارادة المنفردة للسلطة الادارية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٧ ، ص ٧٠ الهامش .

(٥) مثال ذلك القرار رقم (٤٨) بتاريخ ١٩٩٦/٥/٢٣ المنشور في العدد (٣٦٢٠) من جريدة الوقائع العراقية الصادرة بتاريخ ١٩٩٦/٦/٣ والذي جاء فيه (الغاء قرار محكمة البداية والمدائن ذو الرقم ١٩٩٤/٧/٢٩١ في ١٦/٤/١٩٩٤ وقرار لجنة الاستملاك والتقدير والتعويض في مديرية الزراعة محافظة بغداد ذو الرقم (٥٤٠) في ١٦/٤/١٩٩٤ ...) . وكذلك القرار رقم (١٥٣) بتاريخ ١٩٩٦/١٢/١٠ المنشور في العدد (٣٦٤٩) من جريدة الوقائع العراقية بتاريخ ١٩٩٦/١٢/٢٣ والذي تضمن الغاء (البيع الجاري لشركة الروافد للسياحة والسفر المحدودة بتاريخ ١٩٩٦/٨/١١ إلى المشتري (ع)) .

(٦) مثال ذلك القرار رقم (٢٧٠) بتاريخ ١٩٧٦/٣/١٥ المنشور في العدد (٢٥٢٠) من جريدة الوقائع العراقية بتاريخ ١٩٧٦/٣/٢٩ والذي جاء فيه (تستثنى روضة التوحيد النموذجية من قرار مجلس قيادة الثورة (٢٨٤) في ١٩٧٥/٣/٦ الخاص باستملاك المدارس الاهلية) والقرار رقم (١٩٦) بتاريخ ١٩٧٤/٢/٢٤ المنشور في العدد (٢٣٢٤) من جريدة الوقائع العراقية بتاريخ ١٩٧٣/٣/٢ والمتضمن اعفاء (حراس الصديد من عشيرة الصالح من كافة الديون المترتبة بذمتهم لخزينة الدولة) . وكذلك القرار رقم (٢٣) بتاريخ ١٩٩٦/٢/٢٧ المنشور في

لقد رأينا الدساتير التي تنص على القرارات التي لها قوة القانون سواء كانت في فرنسا أو مصر ، وحتى الدساتير العراقية السابقة على دستور ١٩٦٨ و ١٩٧٠ ، تضع جميعها قيوداً على اصدار هذه القرارات وإن اختلفت هذه القيود من نص لآخر شدة وضعفاً . إلا أن القرارات التي لها قوة القانون الصادرة بموجب المادة (٤٢- أ) من دستور ١٩٧٠ والمادة (٤٤- ف) من دستور ١٩٦٨ المؤقت هي قرارات محررة من أي قيد ^(١) ، إذ أن النصوص الدستورية التي ذكرتها جاءت مطلقة (اصدار القرارات التي لها قوة القانون) .

تكلمنا فيمال سبق على سلطة مجلس قيادة الثورة في اصدار القرارات التي لها قوة القانون ، التي كانت السلطة الوحيدة في ظل دستور ١٩٧٠ حتى صدور التعديل الدستوري الثالث والعشرين في ١٩٩٣/١/٢٨ والذي بموجبه اضيفت الفقرة (ج) إلى المادة (٥٧) من الدستور والتي نصت على أنه (لرئيس الجمهورية عند الاقتضاء اصدار قرارات لها قوة القانون) ^(٢) ، ونلاحظ من هذا النص أن لرئيس الجمهورية مطلق الحرية في اصدار قرارات لها قوة القانون ، فكلمة (عند الاقتضاء) لا تحتوي في معناها أي قيد .

لقد كان من الاجدر مع وجود مجلس قيادة الثورة وما يتمتع به من صلاحيات واسعة أن يقتصر حق رئيس الجمهورية في اصدار قرارات لها قوة القانون على الحالات الإستثنائية البالغة الخطورة التي يتعذر فيها اجتماع هذا المجلس ^(٣) . وذلك لأن تمتع رئيس الجمهورية بسلطة اصدار قرارات لها قوة القانون في الظروف التي يمكن معها لمجلس قيادة الثورة القيام بمهامه يكون أمر عديم الفائدة ، ففي ضوء التطبيق العملي للمادة (٥٧- ج) نرى إن ما تم اصداره بموجبها من قرارات كان يمكن اصداره بموجب المادة (٤٢- أ) ^(٤) .

العدد (٣٦٠٧) من جريدة الوقائع العراقية بتاريخ ١٩٩٦/٣/٤ والذي ينص على الاعفاء (من اجور الكهرباء دار سكن واحد من الدور التي يشغلها عضو مجلس قيادة الثورة وعضو قيادة قطر العراق والوزير ومن هو بدرجة وزير ومن يتقاضى راتب ومخصصات وزير المبينة اسماؤهم في القائمة المرفقة بهذا القرار التي تبدأ بالتسلسل (١) عزة ابراهيم خليل وتنتهي بالتسلسل (٨) فتاح كريم فتاح) . ^(١) حسن عزة العبيدي ، المركز الدستوري لحزب البعث العربي الاشتراكي ، دار واسط للدراسات والنشر والتوزيع ، ١٩٨٢ . ص ١٢٣ .

^(٢) ذكره د. رعد الجدة ، التشريعات الدستورية في العراق ، مصدر سابق . ص ١٢٢ .
^(٣) قام المجلس الوطني في جلسته الإستثنائية المنعقدة في ١٩٩١/١/١٤ وقبل بدء حرب الخليج الثانية في ١٩٩١/١/١٧ بتفويض رئيس الجمهورية كافة الصلاحيات الدستورية لكل ماتستلزمه هذه الحرب . ذكرته منال يونس عبد الرزاق الالوسي ، المؤسسات التشريعية في العراق في ظل دستور ١٩٢٥ - ١٩٧٠ ، رسالة دكتوراه ، كلية لقانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٧ . ص ٣٠٣ .

ورغم عدم وجود سند دستوري لهذا التفويض إلا أن الضرورة حتمت ذلك .
^(٤) ومثال هذه القرارات والتي تسمى بالقرارات الجمهورية ماصدر بتاريخ ١٩٩٥/٨/٥ برقم (٦٠) والذي تضمن اعفاء (النزلاء والمودعون المصريون المحكومين عن جرائم عما تبقى من مدة محكومياتهم ، ويطلق سراحهم من السجن حالا ما لم يكونوا محكومين عن قضايا أخرى . توقف الإجراءات القانونية المتخذة بحق المتهمين المصريين ...) . وقد نشر هذا القرار في العدد (٣٥٧٤) من جريدة الوقائع العراقية بتاريخ ١٩٩٥/٧/٣١ ومن القرارات الاخرى وهي فردية ، القرار ذي الرقم (٤٧) بتاريخ ١٩٩٤/٨/٢٣ والذي نشر في العدد (٣٥٢٦) من جريدة الوقائع العراقية بتاريخ ١٩٩٤/٩/٥ والذي تضمن تسجيل (الدار المشيدة على القطعة ذات الرقم ٦٩/٩ مقاطعة (٣٧) بعويرة في مدينة الموصل العائدة إلى الشهيد (غ) باسم زوجته (ج) على وجه الاستقلال وبعد هذا مقابل استحقاقها المنصوص عليه في قرار مجلس قيادة الثورة ذي الرقم (٥٥٣) في

وفي نهاية هذا الفرع لنا أن نلقي الضوء على ماتضمنه مشروع دستور ١٩٩٠ من نصوص تتعلق بالموضوع محل البحث .

لقد تضمنت اربعة مواد في هذا الدستور نصوص تفوض رئيس الجمهورية اصدار قرارات لها قوة القانون ، فقد جاء في المادة (٩٩-أولاً) أنه (لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد أمن البلاد أو استقلالها أو سلامتها أو وحدتها الوطنية أن يصدر في مدة لا تتجاوز ستة أشهر من قيام الخطر ، أوامر أو قرارات لها قوة القانون لتلافي هذا الخطر).

ونصت المادة (١٠٠) من الدستور على أنه (لرئيس الجمهورية ، إذا وقع ما يوجب الاسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير في غير الحالات المذكورة في المادة (٩٩) من الدستور ، اصدار قرارات لها قوة القانون وتعرض هذه القرارات على مجلس الشورى خلال ستين يوماً من تاريخ صدورها ...).

أما المادة (١٠٢) من الدستور فقد نصت على أنه (لرئيس الجمهورية ولاسباب تتعلق بالمصلحة العامة ، أو لأسباب إنسانية ، أو لأغراض تحقيق العدالة والانصاف ، أو لمعالجة حالات خاصة لاتعالجها القوانين ولا الانظمة والتعليمات والإجراءات السارية ، أو لمكافأة المبدعين والذين يقدمون خدمات جليلة أو متميزة :

أولاً : اصدار قرارات نافذة استثناء من القوانين والانظمة والتعليمات والإجراءات السارية .

ثانياً :

وأخيراً فقد جاء في المادة (١١٩-أولاً) من الدستور أنه (إذا كان مجلس شورى غير قائم لأي سبب كان ولم يكن المجلس الوطني منعقداً فلرئيس الجمهورية اصدار مراسيم بقانون على أن تعرض على مجلس الشورى عند انعقاده^(١)).

من قراءة النصوص المتقدمة نستنتج بأنها تمثل سلطات كاملة بيد رئيس الجمهورية ، فهو يستطيع اصدار قرارات لها قوة القانون في الظروف الإستثنائية (م/٩٩) وفي الظروف العادية (م/١٠٢) وفي حالة الضرورة (م/١٠٠) وفي وجود البرلمان (م/١٠٠) وفي غيبة البرلمان (م/١١٩) ونستطيع القول أن رئيس الجمهورية يمتلك بوساطة هذه القرارات سلطة تشريعية أوسع من البرلمان لا سيما إذا علمنا أن البرلمان منع عن تقديم مشاريع تتعلق بشؤون الدفاع والامن بموجب

١٩٨١/٥/٣ . تسجيل الدار المشيدة على القطعة ذات الرقم ٨/٨١٣٨ مقاطعة (٢٠) الداودي في بغداد العائدة للشهيد المذكور في البند (أولاً) باسم كل من زوجته الثانية (م) واشقائه كل من (ك و ع و م و) كل حسب استحقاقه في القسم الشرعي ...). وهناك قرار آخر ذي الرقم (٦٥) بتاريخ ١٩٩٦/٨/١١ المنشور في العدد (٣٦٣٢) من جريدة الوقائع العراقية بتاريخ ١٩٩٦/٨/٢٦ والذي نص على اضافة (اسم الشهيد (ع) إلى الاسماء الواردة في القائمة ذات الرقم (١) المرفقة بقرار مجلس قيادة الثورة ذي الرقم (٢٨٤) في ١٩٩٢/١٠/٢٤).

(١) يُنظر في نصوص هذه المواد د.رعد الجدة ، التشريعات الدستورية في العراق ، مصدر سابق . ص ١٤٥-١٤٨ .

المادة (١٣٢-سادساً) وأن هذه المواضع يتولاها رئيس الجمهورية بموجب المادة (٩٠-أولاً) ^(١).

الفرع الثاني : التفويض الدستوري غير المباشر للقرارات التي لها قوة القانون .

تميز النظام القانوني العراقي بخلوه من القرارات الادارية التفويضية ولم تنص الدساتير العراقية المتعاقبة على هذه القرارات ولم يتم اللجوء اليها إلا نادراً والسبب في ذلك يعود إلى السلطات الواسعة التي تتمتع بها السلطة التنفيذية في اصدار قرارات لها قوة القانون بتفويض مباشر من الدستور اضافة إلى اندماج السلطتين التشريعية والتنفيذية في يد هيئة واحدة في بعض الفترات التي مر بها العراق وكذلك نتيجة لوجود مجلس قيادة الثورة بعد انقلاب (١٧) تموز الذي يشترك مع السلطتين التشريعية والتنفيذية في وظيفتهما بل أنه يتفوق عليهما فيما يتمتع به من سلطات كما تبين ذلك في الفرع الأول .

وقد اقتصر الامر في التفويض غير المباشر من قبل الدستور في اصدار قرارات لها قوة القانون على قوانين الاحكام العرفية أو حالة طوارئ والتي تعد نوعاً من أنواع التفويض التشريعي كما تبين لنا سابقاً .

وقد نص القانون الاساسي العراقي في المادة (١٢٠) منه على حالتي الاحكام العرفية والطوارئ ، إذ جاء في الفقرة الأولى من هذه المادة (في حالة حدوث قلاقل أو مايدل على حدوث شيء من هذا القبيل في أي جهة من جهات العراق أو حالة حدوث خطر من غارة عدائية على أي جهة من جهات العراق للملك السلطة بعد موافقة مجلس الوزراء على إعلان الاحكام العرفية بصورة مؤقتة في أنحاء العراق التي قد يمسها خطر القلاقل أو الغارات ويجوز توقيف تطبيق القوانين والانظمة المرعية بالبيان الذي تعلن به الاحكام العرفية وذلك في الامكنة وبالدرجة التي تعين بالبيان المذكور على أن يكون القائمون بتنفيذ هذا البيان معرضين للتبعة القانونية التي تترتب على اعمالهم إلى أن يصدر من مجلس الامة قانون مخصوص بأعفائهم عن ذلك أما كيفية ادارة الاماكن التي تطبق فيها الاحكام العرفية فتعين بموجب ارادة ملكية) . وجاء في الفقرة الثانية من هذه المادة (عند حدوث خطر أو عصيان أو مايدخل بالسلام في اية جهة من جهات العراق للملك بموافقة مجلس الوزراء أن يعلن حالة الطوارئ في جميع أنحاء العراق أو في اية منطقة منها وتدار المناطق التي يشملها الإعلان وفقاً لقانون خاص ينص على محاكمة الاشخاص عن جرائم معينة أمام محكمة خاصة وعلى الإجراءات الادارية التي تتخذها سلطات معينة) ^(٢).

^(١) جاء في المادة (١٣٢-سادساً) أنه (لايجوز لأعضاء المجلس الوطني تقديم مشاريع قوانين تتعلق بشؤون الدفاع و الأمن) وجاء في المادة (٩٠-أولاً) أن (يتولى رئيس الجمهورية شؤون الدفاع و الأمن الداخلي والخارجي) . يُنظر في نصوص هذه المواد د.رعد الجدة ، التشريعات الدستورية في العراق ، مصدر سابق . ص ١٤٤-١٥٢ .

^(٢) ذكر هذه المادة د.رعد الجدة ، المصدر السابق . ص ٥٣ . ، وقد جاء في المادة (٢٦ف٩) من هذا الدستور (للملك ... أن يعلن الاحكام العرفية أو حالة الطوارئ وفقاً لاحكام هذا القانون) ، المصدر نفسه . ص ٣٨ .

يتبين من النصين السابقين أن دستور ١٩٢٥ قد اعتمد التمييز بين حالة الاحكام العرفية وحالة الطوارئ لكنه لم يبين الاساس الذي تقوم عليه هذه التفرقة ، الا انه جاء في الاسباب الموجبة لمرسوم الطوارئ رقم (١) لسنة ١٩٥٦ بأنه (...) وتجنباً لإعلان الاحكام العرفية التي لا يستحسن اعلانها إلا في حالات خطيرة جداً) . ويستشف من ذلك أن حالة الطوارئ تختص بالحالات الاقل خطورة ، أما حالة الاحكام العرفية فتختص بما هو اكثر خطورة ^(١).

ويجوز عند إعلان الاحكام العرفية أن يتم وقف العمل بالقوانين والانظمة المرعية في الامكنة التي تعلن فيها هذه الاحكام وذلك بوساطة البيان الذي يصدره الملك بعد موافقة مجلس الوزراء لإعلان الاحكام العرفية بحسب المادة (١٢٠) وهذا يدل على أن المرسوم الصادر من الملك في هذا الشأن له قوة القانون .

أن ماورد في المادة (١٢٠) من القانون الاساسي العراقي يكتنفه الغموض ، فالاسباب الموجبة للجوء إلى الاحكام العرفية وحالة الطوارئ وردت بصورة فضفاضة ومبهمة ، كما أن ما يخص الرقابة البرلمانية على إعلان الاحكام العرفية جاء تنظيمها مبهماً ، فما معنى بقاء التبعة القانونية على تصرفات القائمين على تطبيق الاحكام العرفية حتى يصدر قانون من مجلس الامة بأعفائهم من هذه التبعة ، وهل مجلس الامة ملزم باصدار هذا القانون الذي يسمى (قانون التضمينات) .

وفي مجال التطبيق العملي لهذه المادة فان لها نصيباً وافراً من التطبيق وفي ١٩٣٥/٥/١١ كان التطبيق الأول والذي تم بموجب الارادة الملكية رقم (١٦٩) ^(٢). وقد كان التطبيق الأول لحالة الطوارئ في ١٩٤٠/٥/٣٠ وذلك بمرسوم صيانة الامن العام وسلامة الدولة رقم (٥٦) ^(٣).

(١) ينظر سعدون عنتر الجنابي احكام الظروف الإستثنائية في التشريع العراقي ، ساعدت دار الثقافة والاعلام على نشره ، بغداد ، ١٩٨١ . ص ١٤٢ .

وتطبيقاً للمادة (١٢٠) من القانون الاساس لعام ١٩٢٥ صدر مرسوم الادارة العرفية رقم (١٨) لسنة ١٩٣٥ والذي ظل ساري المفعول حتى صدور قانون السلامة الوطنية ، رقم (٤) لسنة ١٩٦٥ ، وصدر مرسوم الطوارئ رقم (١) لسنة ١٩٥٦ الذي الغي بقانون الغاء القوانين التي تتعارض مع الدستور المؤقت واهداف الثورة رقم (٦٧) لسنة ١٩٥٩ . يُنظر عامر احمد المختار ، مصدر سابق . ص ٢٣٨٢٣٣ .

(٢) نصت الارادة الملكية رقم ١٦٩ بأنه (بعد الاطلاع على المادة (١٢٠) من القانون الاساسي ، وبناء على ما عرضه وزير الدفاع وقرره مجلس الوزراء بأعلان الاحكام العرفية في منطقة ناحية الرميثة وفي المحلات المجاورة لها التي يعلن قائد القوات المسلحة العسكرية المرابطة في لواء الديوانية عن أنها تابعة للحركات العسكرية إلى أن يعاد الامن إلى نصابه في اللواء المذكور .

والحاقاً بالارادة السابقة صدرت الارادة رقم ١٧٤ في ١٩٣٥/٥/١١ والتي تقرر بموجبها وقف تنفيذ قانون اصول المحاكمات الجزائية وقانون ادارة الالوية وقوانين الجمعيات والاجتماعات وقانون دعاوى العشائر وقانون المطبوعات وقانون أنضباط موظفي الدولة وقانون الخدمة المدنية وقانون القضاة والحكام والقوانين الاخرى . وقد ترك أمر شمول القوانين بالتوقيف وفقاً لما يترأى لقائد القوات العسكرية في الديوانية .

ثم صدرت بعد ذلك الارادة الملكية رقم ١٧٥ في ١٩٣٥/٥/١٣ والتي بموجبها تقرر جعل الادارة العرفية ادارة عسكرية صرفة ، وأصبح القائد العسكري للقوات المتواجدة في منطقة الديوانية آنذاك المرجع الاعلى لجميع الادارات ضمن حدود هذه المنطقة .

يُنظر سعدون عنتر الجنابي ، مصدر سابق . ص ١٣٠ .

(٣) وقد نص هذا المرسوم على أنه يكون نافذاً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ، وقد نشر فعلاً في ١٩٤٠/٦/١ وتم تطبيقه في مركز لواء بغداد وقضاء الكاظمية والوية البصرة والموصل وكربلاء وكركوك ونواحيها ولواء ديالى عدا الخالص وقضاء راوندوز . يُنظر المصدر السابق . ص ١٤٣ .

وبعد سقوط القانون الاساسي جاءت المادة (٤٨) من دستور ٢٩ نيسان لسنة ١٩٦٤ لتوحد الاحكام العرفية وحالة الطوارئ في حكم واحد وهو ما يسمى بحالة الطوارئ بحسب هذه المادة ، وهو الامر الذي سار عليه النظام القانوني العراقي بدءا بقانون السلامة الوطنية رقم (٤) في ١٩٦٥/١/٣١^(١)، الذي وحد الحالتين . وقد نصت المادة (٤٨) من الدستور على أن (لرئيس الجمهورية إعلان حالة الطوارئ بعد موافقة مجلس الوزراء) . ونرى من نص هذه المادة أنها خالية من شروط اللجوء اليها^(٢)، وأنها خلت ايضاً من الضمانات اللازمة في حالة إعلان الطوارئ مكتفية باخذ موافقة مجلس الوزراء الذي يخضع لسلطة رئيس الجمهورية^(٣).

وجاءت بعد ذلك المادة (٥٠-ف٥) من دستور سنة ١٩٦٨ لتنص على ان (اعلان حالة الطوارئ وانهاؤها في الاحوال المبينة في القانون)^(٤). إلا أن الدستور النافذ لسنة ١٩٧٠ كان له حكم مختلف ، إذ أوكل أمر إعلان حالة الطوارئ إلى مجلس الوزراء وحده وذلك بموجب المادة (٦٢-ف ز)

التي نصت على أن مجلس الوزراء يمارس صلاحية (إعلان حالة الطوارئ الكلية أو الجزئية وانهاؤها وفقاً للقانون)^(٥). وقد علمنا فيما سبق بأن السلطة الواسعة التي يتمتع بها مجلس قيادة الثورة في اصدار قرارات له قوة القانون اغنت عن اللجوء إلى حالة الطوارئ . أما مشروع دستور ١٩٩٠ فقد نص في المادة (٩٩-أولاً) منه على ان لرئيس الجمهورية (.... أن يعلن حالة الطوارئ في العراق او في اية منطقة فيه وينظم

(١) عدلت هذه المادة بموجب المادة الرابعة من التعديل الثاني في ١٩٦٥/٩/٨ د.رعد الجدة ، التشريعات الدستورية في العراق ، مصدر سابق . ص ٨٨ .

(٢) جاء في المادة الأولى من قانون السلامة الوطنية رقم (٤) لسنة ١٩٦٥ بأنه يجوز اعلان حالة الطوارئ في العراق او في اية منطقة منه في الاحوال التالية : ١- اذا اعلنت اوقامت الحرب او ايه حالة تهدد بوقوعها واذا حدث خطر غارة عدائية . ٢- اذا حدث اضطراب خطير في الامن العام او تهديد خطير له . ٣- اذا حدث وباء عام او كارثة عامة .

مجموعة القوانين والانظمة لسنة ١٩٦٥ ، القسم الأول ، القوانين ، الجمهورية العراقية ، وزارة العدل ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٦٦ . ص ٥ .

(٣) يُنظر المادة (٤٣) من دستور ٢٩ نيسان لسنة ١٩٦٤ .

(٤) وقد نتجت هذه الفقرة عن التعديل الثالث للدستور في ١٩٦٩ / ١١ / ١٩ ، ينظر في ذلك د.رعد الجدة ، التشريعات الدستورية في العراق ، مصدر سابق . ص ١٠٤ . ونصت المادة الثانية من قانون السلامة الوطنية رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ على ان (يكون اعلان حالة الطوارئ وانهاؤها بمرسوم جمهوري بموافقة مجلس الوزراء) . مجموعة القوانين والانظمة لسنة ١٩٦٥ ، مصدر سابق . ص ٦ .

(٥) بموجب قرار مجلس قيادة الثورة في ١٩٦٩/١٢/٢٤ فأُنْزِلَ رئيس الجمهورية هو الذي يتمتع بممارسة الصلاحيات التي نصت عليها المادة (٤) من قانون السلامة الوطنية رقم (٤) لسنة ١٩٦٥ بدل رئيس الوزراء لمواجهة حالة الطوارئ كما أن لرئيس الجمهورية تفويض غير ممارسة كل أو بعض هذه الصلاحيات في جميع مناطق العراق او في مناطق معينة .

يُنظر د. فاروق احمد خماس ، مصدر سابق . ص ٥١ .

قوة القانون

القانون حالة الطواريء^(١). إلا أن مشروع الدستور لم يكتف بذلك بل ذهب إلى أبعد منه فأضفى على المراسيم الصادرة بموجب حالة الطواريء قوة الدستور وذلك حينما نص في الفقرة الثانية من المادة (٩٩) على ان (خلال فترة إعلان حالة الطواريء وفي حدود المنطقة المشمولة بها يجوز بمرسوم يصدره رئيس الجمهورية إيقاف العمل مؤقتاً بأحكام المواد ٦٧، ٥٧، ٥٦، ٥٤، ٥٣، ٥٢، ٤٨، ٤٧، ٤٣ من الدستور)^(٢). وكان من الاجدر النص على تعطيل المواد المذكورة بموجب الدستور بمجرد إعلان حالة الطواريء وعدم ترك ذلك للمرسوم الصادر عن رئيس الجمهورية ، إذ ان هذا الامر كما قلنا في اعلاه يضيفي قوة الدستور على هذا المرسوم ، وهو ما يخالف المنطق القانوني .

في نهاية دراسة القرارات التي لها قوة القانون في العراق فاننا نستنتج الافراط الذي تميز به النظام القانوني العراقي في اللجوء إلى هذه القرارات وضعف القيود ان وجدت على اصدار هذه القرارات حتى ان الصفة الإستثنائية للقرارات التي لها قوة القانون قد انتفت في النظام العراقي ، وهذا امر له خطورته ولا سيما إذ ما علمنا ضعف الرقابة القضائية على اصدار هذه القرارات كما سنرى في الفصل القادم .

في ختام هذا الفصل فاننا راينا ان القرارات التي لها قوة القانون والتي ظهرت في النظام القانوني الفرنسي والمصري والعراقي لها تعديل والغاء القواعد القانونية القائمة عدا بعض الحالات ، كما في القرارات الصادرة بموجب المادة (١٦) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ وكذلك في حالة القرارات الصادرة بموجب حالة الاحكام العرفية والطوارئ^(٣). أو في حالة تطبيق نظرية الظروف الإستثنائية . إن القرارات المتخذة طبقاً لهذه الحالات تكون مؤقتة ولا تقوم بتعديل أو الغاء القوانين بل انها تقوم بتعطيلها لمدة محددة فقط والتي ينتهي أثرها بعد إنتهاء ظرف الاستثنائي .

مما تقدم يتعلق بالقرارات التنظيمية التي لها قوة القانون ، أما في حالة القرارات الفردية التي لها قوة القانون والتي عرفها النظام القانوني المصري والعراقي ، فانها لا تقوى على تعديل أو الغاء قواعد قانونية أو تعطيلها ، فكيف لنص خاص أن يلغي أو يعدل أو يعطل نصاً عاماً؟! إلا أن هذه القرارات لها أن تخالف القواعد القانونية دون أن يؤثر ذلك في مشروعيتها وذلك لتمتعها بقوة القانون ، الامر الذي يمنحها القدرة على عدم الخضوع للقواعد التي تعلوها مرتبة في التدرج القانوني .

(١) د.رعد الجدة ، التشريعات الدستورية في العراق ، مصدر سابق . ص ١٤٥

(٢) المصدر السابق . ص ١٤٥ .

(٣) لقد تضمن مرسوم الطواريء رقم (١) لسنة ١٩٥٦ في العراق نصاً شاذاً في هذا الشأن اذ جاء في هذا النص بان انتهاء تطبيق هذا المرسوم لايؤثر في الاحكام والوامر والقرارات التي صدرت من السلطات المختصة بموجبها ، فاذا كان الامر مقبول بالنسبة للاحكام فان ما يخص الوامر والقرارات مخالف لمنطق القانون ولما استقر عليه العمل في مثل هذه الحالة .

يُنظر سعدون عنتر الجنابي ، مصدر سابق . ص ١٤٨ .

الفصل الثالث

الرقابة القضائية على القرارات التي لها قوة القانون

إن القرارات الممنوحة قوة القانون رغم قدرتها على تعديل أو إلغاء القوانين النافذة إلا أنها طبقاً للرأي الراجح تبقى ذات طبيعة إدارية وذلك استناداً إلى المعيار الشكلي في تمييز الأعمال الصادرة من السلطات العامة ، وعليه فإنها تخضع إلى رقابة القضاء الإداري ضماناً لقواعد المشروعية وحماية لحقوق الأفراد وحرياتهم .

لقد قام القضاء الإداري ببسط رقابته على القرارات التي لها قوة القانون ، سواء صدرت بسند قانوني أو أملتتها الضرورة ، فهو يسعى في رقابته على هذه القرارات حماية الحقوق والحريات التي تكون معرضة للخطر في ظل هذه القرارات نظراً لما تتمتع به من قوة القانون ، وهو الأمر الذي يستوجب إخضاع كافة أنواع هذه القرارات لرقابته .

ومما يؤخذ عليه أن القضاء الإداري لا يبسط رقابته على كافة أنواع القرارات التي لها قوة القانون ، أما اجتهداً منه أو تطبيقاً لنص تشريعي . ويختلف الأمر من دولة إلى أخرى فما لا يخضع لرقابة مجلس الدولة الفرنسي يخضع لرقابة نظيرة المصري وبالعكس . إلا أن هذا الأخير قد قطع شوطاً كبيراً في إخضاع القرارات التي لها قوة القانون لرقابته .

أما مجلس شورى الدولة العراقي فتكاد تكون رقابته على هذه القرارات شبه معدومة ، وهو الأمر الذي يسجل على هذا المجلس الذي يفترض أن يكون ملاذاً لحماية حقوق وحريات الأفراد .

وستتعرف في هذا الفصل على رقابة القضاء الإداري الفرنسي للقرارات التي لها قوة القانون وذلك في المبحث الأول أما الثاني فسوف نتعرض فيه لرقابة القضاء الإداري المصري والعراقي على هذه القرارات .

المبحث الأول

رقابة القضاء الإداري الفرنسي للقرارات التي لها قوة القانون
لقد تبين لنا من خلال دراستنا أن هذا النوع من القرارات الإدارية قد جرى
العمل به في النظام القانوني الفرنسي قبل دستور ١٩٥٨ النافذ بشكل واسع نتيجة
لضرورات عملية كانت الدافع الرئيس للعمل به .

إن الدساتير الفرنسية المتعاقبة قد خلت من القرارات التي لها قوة القانون ،
عدا المادة (٩٢) من دستور السنة الثامنة كما علمنا ذلك سابقاً . ونتيجة للزيادة
الملحوظة في اللجوء إلى هذه القرارات ، فقد نصت المادة (١٣) من دستور ١٩٤٦
على تحريم هذه القرارات إلا أن الضرورات العملية كانت أقوى من هذا النص ،
الأمر الذي أدى إلى أن يصبح حبراً على ورق .

وانبرى مجلس الدولة الفرنسي لبسط رقابته على القرارات التي لها قوة
القانون وذلك حماية لقواعد المشروعية ولحقوق وحرقات الأفراد التي تكون
معرضة للخطر في حالة ترك هذا السلاح الخطير في يد السلطة التنفيذية دون
رقابة تقيده وتوجهه بما يحقق الضرورات التي حتمته .

لقد اخضع مجلس الدولة ميدان (القرارات بقوانين) إلى رقابته وافر
مشروعيتها على الرغم من نص المادة (١٣) من دستور ١٩٤٦ . كما قام المجلس
بسد النقص في التشريعات الاستثنائية مما يتبدع نظرية الظروف الاستثنائية منذ
الحرب العالمية الأولى . وعند صدور دستور ١٩٥٨ كان توجه المجلس واضحاً
في إخضاع هذه القرارات إلى رقابة المشروعية بدون تردد .

إلا أنه بالرغم مما تقدم ذكره عن قضاء مجلس الدولة فإن هذا لا يعني عدم
وجود آراء فقهية ، تجاه بعض أحكامه القضائية . إذ أن المجلس اقر الرأي القائل
بان القرارات التفويضية تكتسب الطبيعة التشريعية عند تصديق البرلمان لها^(١) .
كما أن موقف المجلس من الرقابة على تطبيق المادة (١٦) كانت ضعيفة .
وسنقوم في هذا المبحث بدراسة رقابة مجلس الدولة الفرنسي على القرارات التي
لها قوة القانون وذلك في مطلبين . نتناول في الأول الرقابة القضائية في الظروف
الاستثنائية وكذلك الرقابة على القرارات بقوانين (decrets-Lois) أما في الثاني
فنتناول رقابة مجلس الدولة في ظل دستور ١٩٥٨ .

المطلب الأول : الرقابة القضائية في الظروف الاستثنائية
والقرارات بقوانين (decrets-Lois) .

إقراراً للواقع العملي الذي حتمته ظروف الحربين العالميتين وما نتج عنهما
من أوضاع اقتصادية واجتماعية ، فقد تبني مجلس الدولة الفرنسي نظرية
الضرورة والتي ظهرت في ألمانيا . لكنه قام بصياغتها ضمن إطار مبدأ
المشروعية .

(١) مثال ذلك حكم مجلس الدولة في ١٩٢١/١١/٤ . يُظر د. عمر حلمي فهمي ، مصدر سابق . ص ٢٤٩
الهامش .

كما أن مجلس الدولة قام بإخضاع القرارات بقوانين الصادرة بناء على تفويض من البرلمان إلى رقابته بعد أن كان يعتبرها أعمالاً تشريعية لا يختص بنظر الطعون التي ترفع ضدها .
وسنقوم في هذا المطلب بدراسة ما تقدم ذكره وذلك في فرعين .

الفرع الأول : نظرية الظروف الاستثنائية (١) .

ظهر الاهتمام بنظرية الضرورة في العصر الحديث على يد الفقه الألماني . وكان الفقيه هيكل هو أول من نادى بهذه النظرية التي تقوم على مبادئ جوهرية منها أن الدولة هي التي أوجدت القانون وذلك لتحقيق مصالحها فإذا كان الخضوع للقانون يضر بهذه المصالح فهي في حل منه ، فالقانون هو وسيلة لتحقيق غاية وهي حماية الجماعة فإذا أصبح القانون لا يؤدي هذه الغاية فإنه لا يجب الخضوع له وعلى الحكومة أن تضحي به في سبيل الجماعة . لذا فإن تحليل انتفاء مسؤولية الدولة عن الأضرار تقوم على أساس قانوني .

وقد وجدت أفكار هيكل قبولا لدى العديد من الفقهاء الألمان التي تسوّغ مشروعية القرارات والإجراءات المتخذة طبقاً لهذه النظرية ولا يحق للأفراد المطالبة بالتعويض عما يلحقهم من ضرر جراء ذلك (٢) .

وقد تبنت دساتير الولايات الألمانية في أوائل القرن التاسع عشر نظرية الضرورة وساعد في ذلك الحكم الاستبدادي للأمراء في تلك الولايات وضعف الحس الديمقراطي (٣) .

لقد انتقد الفقه الفرنسي هذه النظرية (٤) ذلك لأنها تعد خروجاً عن مبدأ المشروعية فهي تؤدي إلى وضع القانون جانباً عند اللجوء إليها . إلا أنه إزاء الواقع العملي فقد تبني جانب من الفقه الفرنسي هذه النظرية مع الاختلاف تجاه الفكر الألماني ، فقد أقامها على أساس النظرة الواقعية السياسية . وأول من نادى بها هو الفقيه الفرنسي دوكي الذي يرى أنّ للسلطة التنفيذية إصدار قرارات لها تعديل ، أو تعطيل القوانين المعمول بها متى ما توافرت الشروط الآتية :

- ١- حدوث حرب، أو ثورة، أو إضراب عام .
- ٢- تعذر اجتماع البرلمان، أو على الأقل لم يتسع الوقت لجمعه .
- ٣- أن تكون الحكومة عازمة على عرض الأمر على البرلمان في أول اجتماع له لأخذ موافقته (٥) .

(١) لقد أطلق مجلس الدولة الفرنسي على هذه النظرية تسميات مختلفة. فهو مره يسميها (نظرية سلطات الحرب) وأحياناً يسميها (نظرية سلطات فترة ألزامه) وتارة أخرى يطلق عليها تسمية (نظرية الظروف الطارئة) وفي أحيان أخرى يسميها (نظرية الضرورة) . د. يحيى الجمل ، مصدر سابق . ص ٧٢. ونرى أن التسمية الأنسب هي (نظرية الظروف الاستثنائية) وذلك لأنها تختص بالظروف الاستثنائية فقط .

(١) يُنظر في نظرية الضرورة الألمانية . د. السيد صبري ، اللوائح التشريعية ، مصدر سابق . ص ٥- ٧ .

(٢) د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون ، مصدر سابق . ١٤٠ .

(٣) يُنظر في ذلك د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ٢٠ .

(٤) د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية ، مصدر سابق . ص ١٤٢ .

وعلى وفق النظرة السياسية لنظرية الضرورة فان ما تتخذه السلطة التنفيذية من إجراءات بموجب هذه النظرية والتي تكون مخالفة للقوانين والدساتير غير مشروعة وتبقى الحكومة مسؤولة عنها حتى يقوم البرلمان بإعفائها من المسؤولية بقوانين التضمينات أو بتشريع قوانين تتضمن الإجراءات التي اتخذتها

الحكومة^(١).

أن النظرة السياسية لنظرية الضرورة لا تختلف من حيث النتائج عن النظرية الألمانية إذ أن كليهما يؤدي إلى وضع القانون جانباً واتخاذ إجراءات بعيداً عنه . إن مجلس الدولة الفرنسي كان له اتجاه آخر في هذا الشأن ، وعندما اندلعت الحرب العالمية الأولى (١٩١٤ - ١٩١٨) رفض البرلمان تفويض سلطات كاملة للحكومة لمواجهة ظروف الحرب وإزاء الضرورة الملحة التي أملتها هذه الحرب قامت الحكومة بإصدار قرارات لها قوة القانون خالفت بها نصوصاً قانونية قائمة ، وعند الطعن بهذه القرارات فإن مجلس الدولة قد أضفى على هذه القرارات صفة المشروعية منشئ بذلك نظرية الظروف الاستثنائية .

ويعد حكم قضية Hegries في ١٩١٨/٦/٢٨ بداية هذه النظرية ، وإن كان هذا الحكم ليس الأول بشأنها^(٢) ، والذي قضى بصحة المرسوم الصادر عن رئيس الجمهورية بتاريخ ١٩١٤/٩/١٠ والمتضمن إيقاف العمل بالمادة (٦٥) من قانون ١٩٠٥/٤/٢٢ حتى نهاية الحرب والتي تعطي لأي موظف الحق في الاطلاع على ملف خدمته قبل توقيع أي جزاء تأديبي عليه .

وقد قام هيريس وهو أحد الموظفين المفصولين بموجب هذا المرسوم بالطعن فيه^(٣) . وقد سَوَّغ مجلس الدولة حكمه هذا على أساس المادة (٣) من القانون الدستوري الصادر بتاريخ ١٨٧٥/٢/٢٥ والتي نصت على ما يأتي(رئيس الجمهورية يصدر القوانين، ويشرف على تنفيذها، ويولي، ويعزل الموظفين العسكريين والمدنيين)^(٤) .

وفسر مجلس الدولة هذا النص بأنه على رئيس الجمهورية تنفيذ القوانين ولا سيما المتعلقة بسير المرافق العامة وإن له في الظروف الاستثنائية عندما تكون القوانين الأخيرة مهددة بعدم التنفيذ أن يوقف تنفيذ قوانين أخرى حتى يضمن سير المرافق العامة باطراد واستمرار .

(١) د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ١٧- ١٨ . المقصود بقوانين التضمينات هي تلك القوانين التي تمنع القضاء من النظر في الإجراءات التي تمت عند حدوث ظروف استثنائية .

(٢) د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة مصدر سابق . ص ٢٧ . لقد كان الحكم الأول الذي طبق فيه مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الاستثنائية هو في قضية الجنرال (Verrier) بتاريخ ١٩١٥/٧/٣٠ والذي رفض فيه طلب الجنرال المذكور في إلغاء القرار الصادر بإحالة إلى الاستيداع والذي خالف الإجراءات المقررة في شأن إحالة ضباط القوات المسلحة إلى الاستيداع . وقد أسس مجلس الدولة حكمه هذا على أن ظروف الحرب جعلت من المستحيل استيفاء إجراءات إحالة ضباط القوات المسلحة فضلاً عما توجبه هذه الظروف من ضرورة التخلص من الضباط الذين تقرر الحكومة عدم صلاحيتهم لمقتضيات الدفاع القومي . يُنظر د. طعيمه الجرف ، مبدأ المشروعية ، مصدر سابق . ص ١٥٩ .

(٣) ينظر د. السيد صبري ، اللوائح التشريعية ، مصدر سابق . ص ١٢ .

(١) د. طعيمه الجرف ، مبدأ المشروعية ، مصدر سابق . ص ١٦١ .

(٢) يُنظر في ذلك د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ٢٨ . د. عمر حلمي فهمي ، مصدر سابق . ص ٢٣٥- ٢٤٠ .

(٣) د. السيد صبري ، المصدر السابق . ص ١٤ .

(٤) المصدر السابق . ص ١٦ .

لقد أثار اتجاه مجلس الدولة جدلاً فقهيًا قائماً على أنه لا يوجد أساس دستوري للامتناع عن تنفيذ بعض القوانين في سبيل ضمان تنفيذ البعض الآخر.^(٢) إلا أن قضاء مجلس الدولة قد تبنى مبدأً جديداً قائماً على أساس حالة الحرب التي هي صوره من صور نظرية الظروف الاستثنائية وذلك في حكمه الصادر بتاريخ ١٩١٩/٢/٢٨ والذي جاء فيه (أن حدود السلطة العامة للبوليس التي تملكها الحكومة للمحافظة على الأمن العام لا يمكن أن تكون في حالة السلم هي نفسها في حالة الحرب ، حيث يتطلب صالح الدفاع القومي التوسع في هذه السلطة ، ويحتم اتخاذ وسائل اشد لحفظ الأمن العام)^(٣) .

وبعد الحرب العالمية الأولى قام مجلس الدولة بإنضاج نظرية الظروف الاستثنائية وعمل على صياغتها بقالب قانوني^(٤) ، أي أقامها على أساس قانوني ولكن ليس كالمفهوم الألماني، إذ أن نظرية مجلس الدولة لا تضع القانون جانباً عند تطبيقها وإنما تبقى قواعد المشروعية مطبقة ولكن ليس كالقواعد المعمول بها في الظروف العادية ، إذ أن المشروعية هنا تخضع للتفسير الواسع، فما كان غير مشروع في الظروف العادية يمكن أن يكون مشروعاً في الظروف الاستثنائية إذا تطلب الأمر ذلك ، لكن هذا لا يعني أن ما تطلبته تلك الظروف لا يخضع للرقابة ويكون في حل من أي مسؤولية بل أن مجلس الدولة يخضع جميع التصرفات التي تم اتخاذها أثناء تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية إلى رقابته . ومجلس الدولة هنا يطبق قواعد المشروعية الاستثنائية .

يتمثل أساس نظرية الظروف الاستثنائية في أن الإدارة يقع عليها واجب الحفاظ على حسن سير المرافق العامة وكذلك النظام العام وإن تغيرت الظروف المحيطة بها ، فعليها في هذه الحالة أن تتخذ الإجراءات الكفيلة بأداء واجبها^(١) . وقد عمل مجلس الدولة عند تطبيقه للنظرية لتحقيق مبدأ الموازنة بين قواعد المشروعية ومتطلبات الظروف الاستثنائية ، بمعنى آخر عدم التقريط بالحقوق الفردية إلا بما يتناسب مع طبيعة المخاطر المهددة للنظام العام . يترتب على ما تقدم أن مجلس الدولة اخضع الإجراءات التي يتم اتخاذها عند تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية لرقابته ، كما اخضع اللجوء إلى هذه النظرية^(٢) لرقابته أيضاً .

وقد اشترط الفقه والقضاء لتطبيق النظرية المذكورة ما يأتي :^(٣)

١. وجود خطر جسيم وحالّ موجه ضد الدولة : وهذا الخطر الجسيم وغير الاعتيادي قد يكون مصدره خارجياً كالحرب ، أو داخلياً كالفيضانات أو

(١) يُنظر في ذلك د. سليمان محمد الطماوي ، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة) ، الكتاب الثالث ، بلا مطبعة ، ١٩٧٩ . ص ١١٨ . د. طعيمه الجرف ، مبدأ المشروعية ، مصدر سابق . ص ١٥٨ . د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق . ص ٥٥-٥٦ .

(٢) د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ٣٤ .

(٣) يُنظر في شروط اللجوء لنظرية الظروف الاستثنائية وشروط التطبيق . د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ٢٦-٢٣ . ويُنظر في شروط النظرية بصوره عامة د. سعاد الشرقاوي ، مصدر سابق . ص ١٠٣ . د. طعيمه الجرف ، مبدأ المشروعية ، مصدر سابق . ص ١٦٢-١٦٤ . عاشور سليمان صالح شوايل ، مصدر سابق . ص ٢٧٣-٢٧٧ . د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق . ص ٥٨-٥٧ .

الزلازل أو الاضطرابات والفتن والتمرد . إلى غير ذلك من الأخطار التي تهدد كيان الدولة الداخلي والخارجي . وبطبيعة الحال يجب أن يكون هذا الخطر حالاً، أي انه قائم فعلاً، أو على وشك الوقوع وليس محتمل الوقوع.

٢. عدم إمكانية الإدارة مواجهة الظروف الاستثنائية بالإجراءات الاعتيادية المتيسرة لها : فإذا كان استخدام الإدارة للإجراءات الاعتيادية المتوفرة لديها سوف لا يمكنها من قيامها بواجبها في حفظ النظام العام وضمان سير المرافق العامة ، فانه يتوجب عليها عندئذ اللجوء إلى الإجراءات الاستثنائية لقيامها بواجبها .

إن القرارات والإجراءات المتخذة بموجب هذه النظرية تخضع في مشروعيتها إلى مبدئين أساسيين هما :

١. يجب أن تكون هذه الإجراءات متناسبة مع طبيعة أو جسامة المخاطر التي تواجهها الإدارة . أي أن الضرورة يجب أن تقدر بقدرها . وينتج عن هذا الشرط المهم أن الإدارة لا يجوز لها إهدار الحريات العامة والتفريط بالحقوق الفردية إلا بالقدر الذي يمكنها تحقيق هدفها وهو الحفاظ على النظام العام خلال فترة وجود المخاطر واستمرارها فقط ، وضمان سير المرافق العامة .
٢. إن القرارات المتخذة بموجب نظرية الظروف الاستثنائية لها قوة القانون فمن الطبيعي أنها لا تتمكن من مخالفة القواعد الدستورية وآلا كان القرار محلاً للطعن به أمام القضاء الإداري ويجب أن لا تتناول هذه القرارات مسائل أوجب الدستور تنظيمها بقانون .

لقد تبنى جانب من الفقه الفرنسي وعلى رأسه الفقيه (هوريو) النظرة القانونية لنظرية الضرورة ^(١) حسب مفهوم مجلس الدولة، الملائم للدولة القانونية التي يسود فيها القانون على الحكام والمحكومين دائماً وتحت أي ظرف كان.

أن نظرية الظروف الاستثنائية هي نظرية قضائية من صنع مجلس الدولة الفرنسي ، وبالرغم من وجود النصوص القانونية التي تمنح الإدارة في ظل الدولة القانونية قدرة اللجوء إلى وسائل استثنائية غير مشروعة في الظرف العادي . إلا أن الأمر يبقى مسألة وقائع يخضع تقديرها وأهميتها للقضاء . وذلك بهدف تمكين الإدارة من القيام بواجبها في ظل الظروف الاستثنائية مع تقييد نشاطها هذا وإخضاعه للرقابة ، حمايةً لحقوق وحريات الأفراد المهددة ولاسيما في هذه الظروف .

الفرع الثاني : الرقابة على القرارات بقوانين **decrets-Lois** .

لقد أشرنا إلى انه على الرغم من عدم وجود نص دستوري ينظم هذا النمط من القرارات إلا أن النظام القانوني الفرنسي تميز بالإفراط في إصدار المراسيم بقوانين بموجب قوانين التفويض الصادرة من البرلمان وذلك حتى صدور دستور

(١) د. طعيمه الجرف ، مبدأ المشروعية ، مصدر سابق . ص ١٤٤ .

١٩٥٨. وقد ثار جدل فقهي حول مدى دستورية قوانين التفويض وما يترتب على ذلك من طبيعة القرارات بقوانين الصادرة بموجبها.

لقد ظهر في الفقه الفرنسي اتجاهان في هذا الشأن : (١)

١. نظرية التفويض التشريعي : بموجب هذه النظرية وهي الأقدم تاريخياً ، فان قوانين التفويض الصادرة عن البرلمان هي تفويض للسلطة التنفيذية وعلية تكون القرارات الصادرة بموجب هذه القوانين لها قوة وطبيعة القانون، الأمر الذي يؤدي إلى تحصين هذه القرارات من رقابة القضاء الإداري (٢). وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية في أول الأمر مما نتج عنه امتناع المجلس عن رقابة القرارات التي لها قوة القانون (٣).

لقد تعرضت هذه النظرية لانتقادات شديدة نظراً لما ترتب عليها من حصانة القرارات بقوانين من الطعن فيها أمام القضاء الإداري إضافة إلى انه البرلمان لا يملك سلطه تفويض اختصاص له من دون سند دستوري ، إذ أن التشريع هو وظيفة للبرلمان وليس حق له يتصرف فيه كيف يشاء .

٢. نظرية توسيع اختصاص القرارات التنظيمية للسلطة التنفيذية :

نتيجة للعيوب والنقص الذي أظهرته نظرية التفويض التشريعي فقد هجرها معظم الفقه الفرنسي واتجهت الأنظار إلى نظريه أخرى لعلها تضيي المشروعية على قوانين التفويض وهذه النظرية هي نظرية توسيع اختصاص القرارات التنظيمية للسلطة التنفيذية .

بموجب هذه النظرية فان قوانين التفويض ليست تفويضاً تشريعياً وإنما هي توسيع لمجال القرارات التنظيمية . وحجة أنصار هذه النظرية هي أن الدستور لم يحدد نطاقاً معيناً للقوانين ونطاقاً آخر للقرارات التنظيمية وذلك حسب العلاقة التقليدية بين القانون والقرار التنظيمي الذي كان معمولاً به قبل دستور الجمهورية الخامسة ، ماعدا بعض المسائل التي جاء بشأنها نص يحددها في مجال القانون أو القرار التنظيمي وفيما عدا ذلك فان للقانون أن يحدد المواضيع التي تدخل في مجال القرارات التنظيمية .

لقد وقع أنصار هذه النظرية في مغالطة هددت نظريتهم بالانهيار . إذ كيف تفسر قدرة القرارات التفويضية على تعديل وإلغاء القوانين إذا كانت لهذه القرارات قوة القرارات الإدارية العادية ؟

حاول أصحاب هذا الاتجاه تسوية حججهم بعدة فرضيات وهي :

(١) يُنظر في ذلك د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري ، مصدر سابق . ص ٢٨٢-٢٨٩ . د. عمر حلمي فهمي ، مصدر سابق . ص ٢٤٦-٢٤٧ .

(٢) ١١٦ . op . cit . p . Bonnard . Roger .

(٣) مثال ذلك حكم مجلس الدولة في ١٨٧٢/١٢/٢٠ والذي قرر فيه (أن قرار ١٨٦٨/٢/٢٥ قد صدر بمقتضى تفويض السلطة التشريعية وان عملاً بهذه الطبيعة لا يختص مجلس الدولة بنظر الطعون التي توجه ضده) . ذكره د. عمر حلمي فهمي ، مصدر سابق . ص ٢٤٨ الهامش .

أ. وقف مبدأ خضوع القرار التنظيمي للقانون : بموجب هذه الفرضية فان قانون التفويض يؤدي إلى إيقاف العمل بمبدأ خضوع القرارات التنظيمية للقوانين وقد انتقد هذا الرأي لعدم دستورية هذا الوقف .

ب. التصديق أو الاعتماد السابق : وبموجب هذه الفرضية فان قانون التفويض هو بمثابة اعتماد سابق للقرارات التفويضية التي ستصدر عن السلطة التنفيذية والتي تمس القوانين القائمة بالتعديل أو الإلغاء . وقد انتقد هذا الرأي لان أكثر قوانين التفويض تشترط عرض القرارات التفويضية على البرلمان بعد إصدارها للتصديق عليها ، والأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى التعارض مع هذا الشرط .

ج . فرضية تجريد القوانين من قوتها القانونية : وبمقتضاها فان قانون التفويض سوف يجرّد القوانين التي ستتناولها القرارات التفويضية من قوتها القانونية وتنزل إلى قوة القرارات الإدارية العادية حتى يمكن إلغاء القرارات التفويضية أو تعديلها . وقد انتقد هذا الرأي، لان السلطة التشريعية لا تملك تنزيل قوة القانون إلى قوة القرارات الإدارية من دون سند دستوري ، كما أن العمل بذلك يوجب تعيين القوانين التي ستفقد قوتها القانونية على وجه التحديد بوساطة قانون التفويض وهذا خلاف ما جرى عليه العمل، كما أن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى حدوث ازدواج بالنسبة للقوانين التي تتناولها القرارات التفويضية فستكون لها قوة القانون أمام الأفراد والقضاء ولها في الوقت نفسه قوة القرارات الإدارية الاعتيادية أمام الحكومة .

د . فرضية تجريد القوانين من قوتها القانونية تجريداً معلقاً على شرط : بموجب هذه الفرضية ولتلافي العيوب في الرأي السابق فان تجريد القانون من قوته القانونية بواسطة قانون التفويض يكون معلقاً على شرط تدخل القرارات التفويضية وتعديلها أو إلغائها للقانون . وقد انتقد ذلك بنفس ما أنتقد به الرأي السابق ، إذ أن تنزيل قوة القانون سوف يبقى فاقداً سنده الدستوري ، كما أن الأمر يتطلب هنا تحديد القانون الذي سوف يفقد قوته القانونية على وجه الدقة .

تبين مما تقدم أن نظرية توسيع اختصاص القرارات التنظيمية لم تغلح في إضفاء الدستورية على قوانين التفويض وكذلك تحديد طبيعة هذه القوانين وبالتالي تحديد طبيعة القرارات الصادرة بموجبها ، ونذهب إلى ما ذهب إليه جانب من الفقه بتأييد نظرية التفويض التشريعي ، ولكن ليس على أساس العرف الدستوري كما ذهب إلى ذلك أنصار هذه النظرية ولكن على أساس حالة الضرورة ^(١) .

وقد أيد مجلس الدولة الفرنسي الذي كان يأخذ بنظرية التفويض التشريعي بمفهومها القديم هذا الاتجاه ، وذلك ابتداء من الحكم الصادر بتاريخ ١٩٠٧/١٢/٦ الذي رفض فيه مجلس الدولة (حجة وزير الأشغال في التمسك بنتائج نظرية

(١) من هذا الرأي د. احمد مدحت علي ، مصدر سابق . ص ٨٨ . د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ٢٤٥ . د. عمر حلمي فهمي ، مصدر سابق . ص ٢٦٦ . د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري ، مصدر سابق . ص ٢٨٩ .

القضائية

التفويض واعتبار لائحة الإدارة العامة الصادرة في ١٩٠١/٣/١ تستند مباشرة إلى قانون التفويض ولا يجوز الطعن فيها أمام المجلس .

وقد تبنى المجلس ماراه مفوض الحكومة مسيوتارديو " من أن القانون الذي يرخص لرئيس الجمهورية حق إصدار لائحة إدارة عامة لا يؤدي إلى تغيير الطبيعة القانونية لأعمال الرئيس ويحول اللائحة إلى قانون " .

وقضى المجلس بأنه " إذا كانت لائحة الإدارة العامة قد صدرت بمقتضى تفويض السلطة التشريعية فإنه يمكن الطعن فيها أمام المجلس بسبب تجاوز السلطة لصدورها من سلطه إدارية " (١) .

على أننا لا نتفق مع ما جاء في نظرية التفويض التشريعي حول طبيعة القرارات بقوانين (decrets-Lois) الصادرة بناء على قوانين التفويض . ويذهب إلى هذا الرأي مجلس الدولة واغلب الفقه ، وقد تبنى هؤلاء رأي الفقيه (بونار) (٢) الذي يتلخص في إن القرارات بقوانين أو القرارات التفويضية تمر بمرحلتين . المرحلة الأولى تقع بين إصدار القرارات التفويضية وبين إقرار البرلمان لها بعد عرضها عليه وتكون للقرارات التفويضية في هذه المرحلة قوة القانون والتي تستمد من قانون التفويض ، إلا أنه طبقاً للمعيار الشكلي في تمييز أعمال السلطات العامة فإن لهذه القرارات طبيعة القرارات الإدارية وذلك لصدورها من السلطة التنفيذية ، وعليه فإنها تكون خاضعة لرقابة مجلس الدولة .

أما المرحلة الثانية فتقع بعد إقرار البرلمان للقرارات التفويضية عند عرضها عليه ، وهذه القرارات تتحول في هذه المرحلة إلى قوانين من حيث طبيعتها وقوتها . فتكون بذلك خارج اختصاص مجلس الدولة وتتحصن هذه القرارات في فرنسا لأنه لا توجد هنا رقابة على دستورية القوانين ، ماعدا رقابة المجلس الدستوري التي تكون سابقة على إصدار القوانين .

هناك رأي في الفقه يعارض - بحق - الرأي المتقدم حول تغيير طبيعة القرارات الإدارية التفويضية عند إقرار البرلمان لها (٣) . إذ أن البرلمان هنا يمارس وظيفة الرقابة على السلطة التنفيذية وهذه الوظيفة لا تؤدي إلى تغيير طبيعة العمل ، فطبقاً للمعيار الشكلي في تمييز أعمال السلطات العامة والذي يتبناه التشريع والفقه والقضاء يبقى العمل إدارياً لأنه صادر من السلطة التنفيذية وتصديق البرلمان لا يغير هذه الحقيقة ، إذ لا يمكن القول عندئذ أنه صادر عن السلطة التشريعية .

(١) د. عمر حلمي فهمي ، مصدر سابق . ص ٢٥٠ الهامش .
وفي حكم لمجلس الدولة صادر بتاريخ ١٩٢٠/٥/٧ في قضية Gautier رفض فيه إلغاء المرسوم بقانون الصادر بتاريخ ١٩١٤/٩/٢٧ الذي يقضي بإلغاء عمليات البورصة الأجله وذلك بموجب القانون الصادر في ١٩١٤/٨/٥ الذي فوض الحكومة في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتسهيل تنفيذ أو إلغاء الالتزامات التجارية . وقد أستند المجلس في حكمه هذا على أن القانون التفويضي المذكور قد صدر بناء على الظروف الإستثنائية القائمة في ذلك الوقت .

د. أحمد مدحت علي ، مصدر سابق . ص ٨٨ . وكما نعلم أن الظروف الإستثنائية هي إحدى حالات الضرورة

(٢) Bonnard _ OP . cit . p . ١١٦ .

ويُنظر في ذلك د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ٢٨٢ .

(٣) يُنظر في هذا الرأي د. سامي جمال الدين ، الرقابة على أعمال الإدارة ، مصدر سابق . ص ١٤١-١٤٥ .

إلا انه إذا أصدر البرلمان قانوناً وضمنه ما جاء في القرارات التفويضية عند ذلك يمكن القول إن ما تضمنته هذه القرارات أصبح قانوناً لا يمكن الطعن فيه أمام القضاء الإداري .

يذكر الرأي المتقدم أن سبب اتجاه الفقه والقضاء هذا يرجع إلى عدم وجود رقابه قضائية على دستورية القوانين وتحسين القوانين بمجرد صدورها . ونقول كان الأجدر بمجلس الدولة بما عرف عنه من الحرص على حماية حقوق وحريات الأفراد ورفض تحسين القرارات الإدارية، ألا يأخذ بهذا النهج ويحسن القرارات بقوانين بعد تصديق البرلمان من رقبته .

بقي أن نذكر أن مجلس الدولة اهتم بالتزام القرارات التفويضية المبادئ العامة للقانون، لأن المجلس وهو يراقب هذه القرارات فإنه يستند إلى قوانين التفويض التي تصدر بموجبها هذه القرارات ومع عدم وجود رقابة على دستورية القوانين في فرنسا فإن على المجلس الأخذ بهذه القوانين حتى وإن شابها عيب . وما دامت العبارات الواردة في هذه القوانين عامه وغامضة على الأغلب فإن ذلك يؤدي إلى أضعاف رقابة مجلس الدولة . وعليه فلتفعيل هذه الرقابة لجأ المجلس إلى المبادئ العامة للقانون واخذ يستند عليها في رقبته إلى جانب قوانين التفويض^(١) . فقضى في أحد أحكامه على انه لا يمكن للقرارات التفويضية أن تلغي أحد المبادئ القانونية العامة إلا إذا نص القانون التفويض على ذلك صراحة^(٢) . وغني عن القول بان لهذه المبادئ قوة الدستور مادامت القرارات التفويضية التي لها قوة القانون لا تستطيع إلغائها .

المطلب الثاني : رقابة مجلس الدولة في ظل دستور ١٩٥٨ .

لقد أدت التجديدات التي جاء بها دستور ١٩٥٨ إلى جدل فقهي كبير وأثيرت المخاوف حول مدى إمكانية القضاء الإداري في بسط رقبته على القرارات الإدارية ، وهل إن القرارات المستقلة قد بقيت محتفظة بطبيعتها الإدارية أو أنها أصبحت ذات طبيعة قانونية ؟

لقد كان موقف مجلس الدولة منسجماً مع نهجه العام في إخضاع الأعمال القانونية للإدارة لرقابة المشروعية بدون تردد وذلك ابتداء من حكمه الصادر بتاريخ ١٩٥٩/٦/٢٦ في قضية general Syndicat^(١) .

وإذا كان موقف المجلس هذا يتناسب مع مسيرته منذ إنشائه والذي أصبح فيها قلعة منيعة لحماية حقوق وحريات الأفراد ، فإن المجلس كان له نهج خاص تجاه رقابة مشروعية القرارات الصادرة بموجب المادة (١٦) من الدستور الفرنسي .

(١) يُنظر في ذلك د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ٣٠٣-٣٠٤ .
(٢) مثال ذلك حكم المجلس بتاريخ ١٩٥٦/٣/١٦ في قضية (Garrigou) . ومع ذلك فإن هناك أحكام شكلت استثناء على نهج المجلس ، إذ سمحت للوائح التفويضية المساس بالمبادئ العامة للقانون مثال ذلك حكم بتاريخ ١٩٥٨/٢/٧ بقضية (Forets) . يُنظر المصدر السابق . ص ٣٠٤ .

(١) ينظر ص ٣٥ (الهامش الاول) من هذه الرسالة .

لهذا سوف نتناول موقف قضاء مجلس الدولة تجاه القرارات المستقلة والقرارات التفويضية وذلك في الفرع الأول . ثم نخصص الفرع الثاني لدراسة موقف مجلس الدولة من الرقابة على القرارات التي لها قوة القانون الصادرة بموجب المادة (١٦) من الدستور وإعلان اللجوء إلى هذه المادة ومدة تطبيقها .

الفرع الأول : رقابة مجلس الدولة على القرارات المستقلة والقرارات التفويضية .

في ظل دستور ١٩٥٨ يمكن إصدار عدة أنواع من القرارات التي لها قوة القانون التي تجد سندها الدستوري بشكل مباشر أو غير مباشر كما تطرقنا إلى ذلك فيما سبق .

١. الرقابة على القرارات المستقلة : لقد اتضح سابقاً أن مجلس الدولة اخضع القرارات المستقلة الصادرة بموجب المادة (٣٧) من الدستور إلى رقابته وعنها قرارات ذات طبيعة إدارية برغم قوتها القانونية ، فهذه القوة لا تؤثر في خضوع هذه القرارات لرقابة القضاء الإداري وذلك استناداً إلى المعيار الشكلي الذي يعتبر هذه القرارات ذات طبيعة إدارية وبالتالي خضوعها للرقابة القضائية ، فلا يوجد في نصوص الدستور ما يثير الشكوك حول خضوع القرارات التي لها قوة القانون الصادرة بموجب المادة (٣٧) للرقابة القضائية ، فهذه القرارات تبقى صادرة عن السلطة التنفيذية .

أن غياب القانون عن نطاق القرارات المستقلة قد أدى بمجلس الدولة للجوء إلى المبادئ العامة للقانون عند رقابة مشروعية هذه القرارات وذلك ما أخذ به مجلس الدولة في قضية *general Syndicat* . وبما أن القرارات المستقلة عند وجود القانون في مجالها لها قوة القانون لذا لا بد أن تكون المبادئ العامة التي تخضع لها هذه القرارات ذات قيمة دستورية وليس تشريعية . فلا فائدة من أخذ مجلس الدولة بهذه المبادئ عند رقابته على القرارات المستقلة إذا كان لها قوة القانون العادي ، إذ تستطيع هذه القرارات عندئذ أن تعدل المبادئ العامة بدون أن يشوب عملها هذا شائبة . وقد أعلن مجلس الدولة في حكمه السابق الذكر صراحةً أن من المبادئ العامة التي تخضع لها القرارات المستقلة ما هو مستمد من مقدمة الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ . أما بقية المبادئ العامة للقانون فقد قال الرأي الفقهي المؤيد لتمتع هذه المبادئ بقوة الدستور بأنها مستمدة من العرف الدستوري^(١) .

٢. الرقابة على القرارات التفويضية : من التجديدات التي جاء بها دستور ١٩٥٨ هي المادة (٣٨) التي أوجدت السند الشرعي للقرارات التفويضية . وقد أصبحت قوانين التفويض في ظل هذا الدستور ينطبق عليها مبدأ توسيع اختصاص القرارات التنظيمية للسلطة التنفيذية^(٢) .

(١) Georges vedel – pieerrer Delvolve . op . cit . , p . ٣٩٦-٣٩٧ .

(٢) د. احمد مدحت علي ، مصدر سابق . ص ٩٣ .

لقد استمر مجلس الدولة في بسط رقابته على الأوامر (Ordonnances) الصادرة بموجب قانون التفويض بالرغم من قوتها القانونية ، إلا أنها طبقاً للمعيار العضوي الذي استمر تبنيه في ظل دستور ١٩٥٨ ذات طبيعة إدارية . أن مجلس الدولة كما ذكرنا سابقاً يستند في رقابته على مشروعية القرارات التفويضية إضافة لقانون التفويض الذي تصدر بموجبه هذه القرارات إلى المبادئ العامة للقانون ، التي تسهم في تفعيل هذه الرقابة . وإذا كان مجلس الدولة قد منع القرارات التفويضية مخالفة المبادئ العامة للقانون إلا إذا نص قانون التفويض على ذلك ، فإنه في حكم آخر له بتاريخ ١٩٨٢/١/٥ أوجب على الحكومة عند ممارسة سلطاتها الممنوحة لها بموجب المادة (٣٨) أن تحترم المبادئ القانونية العامة ذات القوة الدستورية ولا سيما المتعلقة بالحرية والمساواة وحقوق الملكية^(١) .

إن ما جاء في هذا الحكم أمر منطقي لأن القرارات التفويضية لها قوة القانون فهي لا تقوى على ما لا يقوى عليه القانون وهو تعديل المبادئ القانونية العامة ذات القيمة الدستورية .

لقد ذكرنا سابقاً أنه يمكن إصدار قانون تفوضي نتيجة استفتاء شعبي وليس عن طريق البرلمان وذلك بموجب المادة (١١) من الدستور وقد تم تطبيق ذلك فعلاً . وذهب رأي في الفقه إلى أن القانون التفوضي الصادر بموجب المادة (١١) يمنح رئيس الجمهورية سلطة تشريعية ينتج عنها اكتساب الأوامر التي يصدرها الرئيس بموجب هذه المادة الطبيعة القانونية، التي تترتب عليها حصانة هذه الأوامر من الرقابة القضائية . وهذا ما رفضه مجلس الدولة في حكمه الصادر بتاريخ ١٩٦٢/١٠/١٩ في قضية (Canal) الذي جاء فيه أن قانون ١٩٦٢/٤/١٣ الصادر نتيجة الاستفتاء (ليس من شأنه تحويل رئيس الجمهورية سلطة تشريعية ، وإنما هو يسمح له فقط وبصفة استثنائية باستخدام سلطته اللائحية في إصدار أوامر بإجراءات تدخل عادة في نطاق القانون وفقاً للحدود التي قررها القانون المشار إليه)^(٢) .

أن حكم المجلس واضح في أن ما يصدره رئيس الجمهورية من أوامر في هذه الحالة تعد قرارات تفويضية تتمتع بطبيعة القرارات الإدارية وبالتالي هي خاضعة لرقابة القضاء الإداري .

٣. الرقابة على الأوامر العسكرية التنظيمية : لقد علمنا فيما سبق أن الأوامر العسكرية التنظيمية وهي قرارات لها قوة القانون تعد نوعاً من أنواع القرارات التفويضية وكان من الطبيعي أن يخضع مجلس الدولة هذه القرارات لرقابته طالما أنه أخضع الأوامر الصادرة بموجب المادة (٣٨) وقبلها القرارات بقوانين لرقابته . بل أن المجلس أخضع وبدون تردد إعلان حالة الطوارئ (الذي يتم في ظل دستور

Georges vedel – pieerrer Delvolve . op . cit . , p . ٣١٤ .

Andre de Laubadere : traite de droit Administratif – ١٩٧٣ . p . ٦٠١ .

(١) Georges vedel – Pierre Delvolve . op . cit . , p . ٣١٣ .

Auby et Drago : traite de contentieux administratif Tom ٣ – L – G – D – J – Paris , ١٩٦٢ . p . ٣٥ .

(٢) د. احمد مدحت علي ، مصدر سابق . ص ٩٤-٩٥ . د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ٢٤٠ .

القضائية

١٩٥٨ بموجب المادة "٣٦" منه) لرقابته رغم ما أثير من رأي في الفقه الفرنسي حول تمتع هذا الإعلان بصفة أعمال السيادة ^(١).

إلا أن مجلس الدولة وقف من قوانين التضمينات موقف القبول . لكنه ومنذ حكمه الصادر بتاريخ ١١/٢٤ / ١٩٦١ في قضية (Police Precite) اشترط في هذه القوانين أن لا تكون صادرة عن الحكومة استناداً إلى القرارات التفويضية ثم قرر في حكم آخر بتاريخ ١٢/١ / ١٩٦١ في قضية Lacombe مسؤولية الدولة وإلزامها بالتعويض عن الأضرار التي تسببها الأوامر المتخذة بموجب حالة الطوارئ وذلك استناداً إلى مبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة ، على شرط أن لا يوجد نص صريح في القانون، أو بيان محدد في الأعمال التحضيرية يعفي من هذه المسؤولية ^(٢).

إننا نرى أن سبب موقف المجلس هذا هو حظر الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فرنسا .

الفرع الثاني : رقابة القضاء الإداري على القرارات المتخذة بموجب المادة (١٦) .

لقد ميز مجلس الدولة في رقابته بين اللجوء إلى المادة (١٦) ومدة تطبيقها وبين الإجراءات المتخذة تطبيقاً لها .

وكان ذلك في حكمة الصادر لأول مرة بمناسبة قضية (de servens Rubin) في ١٩٦٢/٣/٢ . وتتلخص وقائع هذه القضية ^(٣) بأن الرئيس ديكول اصدر في ١٩٦١/٥/٣ قراراً بإنشاء محكمة عسكرية وذلك بموجب المادة (١٦) التي كانت مطبقة في ذلك الوقت ومنذ ١٩٦١/٤/٢٣ . وهذه المحكمة تختص بمحاكمة الذين يرتكبون أو يشتركون في ارتكاب جرائم ضد أمن الدولة أو ضد النظام في الجيش ، وتكون هذه الجرائم ذات صلة بأحداث الجزائر التي طبقت المادة (١٦) لمواجهتها . وكان من بين الذين حوكموا أمام هذه المحكمة الضابط (Rubin de servens) وقد صدر حكم بإدانته فطعن أمام مجلس الدولة في عدم شرعية قرار إنشاء المحكمة العسكرية مستنداً في ذلك على أن شروط تطبيق المادة (١٦) لم تكن متوافرة عند إصدار قرار تشكيل المحكمة ، إذ أن التمرد في الجزائر تم القضاء عليه في ١٩٦١/٤/٢٦ وزال الخطر ورجعت الأمور إلى طبيعتها ، كما أن قرار إنشاء المحكمة يخالف المبادئ العامة للقانون الجنائي ولاسيما وجوب التحقيق والمحاكمة في المسائل الجنائية من جهة مستقلة عن السلطة التنفيذية ، وكذلك فإن القرار المذكور يخالف مبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية .

(١) يُنظر في ذلك دسامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ٣٣٥-٣٣٦ .

(٢) د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ٣٨٧ .

(٣) يُنظر في ذلك د. احمد مدحت علي ، مصدر سابق . ص ٦٣ . محمد حسنين عبد العال ، رقابة مجلس الدولة لقرارات الضبط الإداري الصادرة بالتطبيق للمادة (١٦) من الدستور الفرنسي والمادة (٧٤) من الدستور المصري (دراسة تحليلية لاحكام القضاء) ، الناشر دار النهضة العربية ، ١٩٨٣ . ص ٢٧-٢٨ .

عند قيام المجلس بإصدار قراره في هذه القضية فإنه ميز اللجوء إلى المادة (١٦) ومدة تطبيقها من الإجراءات المتخذة تطبيقاً لها وافرد لكل من هاتين الحالتين رأياً مختلفاً .

(١) **الرقابة على اللجوء للمادة (١٦) ومدة تطبيقها :** قضى مجلس الدولة صراحةً على أن قرار اللجوء إلى هذه المادة ومدة تطبيقها هو من أعمال السيادة ، وقد ذكر مفوض الدولة هنري عند تعليقه على الطعن المقدم من المدعو Rubin بان قرار إعلان تطبيق المادة (١٦) ومدة تطبيقها هو من أعمال السيادة لأنه يتعلق بالعلاقة بين السلطات العامة الدستورية (١) .

ولتحليل الاتجاه القضائي لمجلس الدولة الذي يناصره الفقه الإداري . فإنه يجب التعرف باختصار على مفهوم نظرية أعمال السيادة .
يمكن القول بان أعمال السيادة هي طائفة من أعمال السلطة التنفيذية التي تخرج من ولاية القضاء (٢) بصفة عامة .

وهذه النظرية ابتدعها مجلس الدولة وذلك منذ حكمة الصادر في ١٨٢٢/٥/١ في قضية (Laffite) التي تلخص وقائعها (٣) في أن قانوناً صدر بتاريخ ١٨١٦/١/١٢ نص في مادته الرابعة على استبعاد عائلة نابليون بونابرت من فرنسا وحرمانهم من التمتع بالحقوق المدنية فيها ومن تملك أي أموال أو سندات أو معاشات تقررت لهم على سبيل المنحة . كما نصت هذه المادة على إلزامهم خلال ستة اشهر ببيع الأموال التي تملكوها بعوض . وكان لمدام بولين بونابرت مرتبات مستحقة ولم تصرف حتى تاريخ صدور هذا القانون وقد حولت قيمتها إلى بنك Laffite الذي طالب وزير المالية بصرف قيمتها ، إلا أن الحكومة قررت عدم الصرف بناء على نصوص القانون المذكور التي لم تميز أصول المرتبات المقررة على سبيل المنحة ومن ثمارها التي لم تحصل بعد . فقام البنك بالطعن في قرار الحكومة أمام مجلس الدولة ، إلا أن المجلس رفض النظر في الدعوى استناداً على أن طلب المدعي يتعلق بمسألة سياسية والحكومة هي وحدها التي تختص بقرار الفصل فيها .

أن موقف مجلس الدولة هذا يرجع إلى تخوفه من نية الحكومة التي تشكلت بعد سقوط نابليون عام ١٨١٤ ، إذ أنها تنظر إلى هذا المجلس الذي أنشأه نابليون بونابرت نظرة ريبة ، ومحاولة من مجلس الدولة للتصالح مع الحكومة وبالتالي تجنب احتمال إغائه قام هذا المجلس بإخراج الأعمال السياسية

(١) د. احمد مدحت علي ، مصدر سابق ص ٦٣ .

(٢) د. عبد الفتاح ساير داير ، نظرية اعمال السيادة (دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي) ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٥٥ . ص ١٣ . د. محسن خليل ، القضاء الإداري ورقابته لاعمال الإدارة ، مصدر سابق . ص ٧٩ .

(٣) د. عبد الفتاح ساير داير ، المصدر السابق . ص ٢٦٢ .

القضائية

الصادرة عن الحكومة من ولايته في مقابل ضمان بسط رقابته على الأعمال الإدارية الصادرة من السلطة التنفيذية^(١).

وتبين من حكم Laffite أن مجلس الدولة قد تبنى معيار الباعث السياسي وذلك لتمييز أعمال السيادة من الأعمال الإدارية للسلطة التنفيذية^(٢). إلا أن هذا المعيار أثار انتقادات واسعة في الفقه. فهو يؤدي إلى خروج الكثير من أعمال السلطة التنفيذية من رقابة القضاء، إذ أن الحكومة سوف تدعي بأن أي عمل تريد إبعاده من رقابة القضاء بأن باعته سياسي.

ونتيجةً للعيوب التي شابت معيار الباعث السياسي وبعد صدور قانون ١٨٧٢/٥/٢٤ الذي أصبح به لمجلس الدولة قضاءً مفوضاً فإنه قد تخطى عن هذا المعيار منذ حكمة في قضية Joseph Banaparte بتاريخ ١٨٧٥/٢/١٩^(٣) وقد حاول الفقه بعد ذلك إيجاد معيار جديد وهو ما عرف (بطبيعة العمه) إلا أنه إزاء العيوب التي شابتها ترك الفقه محاولات إيجاد معيار لأعمال السيادة والتجأ إلى مجلس الدولة ومحكمة التنازع واخذ يجمع أحكامهما فيما يخص أعمال السيادة وأوجد الفقه ما يعرف بالقائمة القضائية، وهي قائمة قام بتبويبها من أحكام القضاء وجمع فيها ما يعد من أعمال السيادة.

(١) يُنظر في ذلك د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، مصدر سابق. ص ٥٦. د. محسن خليل، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، مصدر سابق. ص ٨١. د. محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، مصدر سابق. ص ٥٢.

(٢) يُنظر في معايير تمييز أعمال السيادة. د. عثمان خليل، القانون الإداري، الكتاب الثاني (مجلس الدولة)، الطبعة الثانية، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي، ١٩٥٠. ص ٨٩-١٠١. د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مصدر سابق. ص ٤٩-٥٠. د. محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، مصدر سابق. ص ٥٩-٥٧.

(٣) وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الإمبراطور نابليون الثالث كان قد منح الأمير يوسف في سنة ١٨٥٤ لقب جنرال، وفي سنة ١٨٧٣ أي بعد سقوط حكم نابليون وقيام الجمهورية الثالثة لم يظهر اسم هذا الأمير كجنرال في قائمة الجنرالات الجيش السنوية فرفع الأمير الأمر إلى مجلس الدولة لإلغاء قرار وزير الحربية الصادر في ١٨٧٣/٦/١٧ بشطب اسمه وطالباً عودة اسمه إلى القائمة. وطالبت الحكومة بعدم قبول دعوى الأمير وذلك استناداً إلى أن القرار الوزاري الصادر بشطب اسمه ليس إلا مجرد تنفيذ لعمل حكومي، إذ أنه طبقاً لشكله صدر بناء على مناقشة مجلس الوزراء، أما فيما يخص ظروف إصداره فإنه يمس أحد أفراد نابليون التي لها مركز استثنائي بعد ثورة ١٨٧٠/٩/٤ لكن مجلس الدولة لم يقبل هذا الدفع وفصل في الدعوى، وإن كان قد قرر رفضها لأسباب موضوعية.

د. عبد الفتاح ساير دابر، مصدر سابق. ص ٢٨١.

(١) بموجب هذا المعيار فإن طبيعة العمل هي التي يؤخذ بها لتمييز أعمال السيادة. لكن ما هو المعيار هنا لمعرفة أعمال السيادة؟ اختلف أنصار هذا الرأي في مفهومين. أولهما يعتمد على أساس التمييز بين الأعمال الصادرة تنفيذاً لنص دستوري والأعمال الصادرة تنفيذاً لنص قانوني أو قرار إداري تنظيمي، فالأول هو من أعمال السيادة أما الثاني فهو عمل إداري عادي. وذهب فريق آخر إلى التمييز على أساس التقسيم إلى عمل حكومي وآخر إداري. وقد تعرض معيار طبيعة العمل للانتقاد وذلك لأنه معيار مبهم من الصعب تمييز أعمال السيادة بواسطته.

يُنظر د. أحمد مدحت علي، مصدر سابق. ص ٦١. د. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، مصدر سابق. ص ٢٧٣-٢٧٤. د. يحيى الجمل، مصدر سابق. ص ١٦٧.

(٢) د. سامي جمال الدين، لوئح الضرورة، مصدر سابق. ص ١٤٤-١٤٥. د. محمد حسنين عبد العال، مصدر سابق. ص ٣٢.

ومن قراءة هذه القائمة نرى أنها تشمل الأعمال التي تتصل بالعلاقة بين السلطة التنفيذية والبرلمان وكذلك الأعمال المتعلقة بشؤون الدولة الخارجية وما يتعلق بالحرب من إعلانها وقبول الهدنة وغير ذلك . وتتضمن هذه القائمة أيضاً بعض الأعمال المتعلقة بالأمن الداخلي .

وبعد هذا الإيضاح الموجز عن نظرية أعمال السيادة نرى أن إعلان اللجوء للمادة (١٦) وبموجب معيار القائمة القضائية هو عمل يدخل ضمن العلاقة بين السلطة التنفيذية ممثلة برئيس الجمهورية وبين السلطة التشريعية . ويستتبع ذلك أن قرار وقف تطبيق المادة المذكورة أي نطاقها الزمني هو من أعمال السيادة . وبالرغم من أن مجلس الدولة عدّ إعلان اللجوء للمادة (١٦) من أعمال السيادة إلا أنه باشر بشأن هذا الإعلان رقابة وجود ، فقد أعلن المجلس في حكمة أن قرار الإعلان تم اتخاذه بعد مشاورة رسمية مع رئيس الوزراء ورئيسي كل من الجمعية الوطنية، ومجلس الشيوخ، وكذلك بعد اخذ رأي المجلس الدستوري^(٢)

وغني عن القول أن رقابة الوجود ليست كالرقابة على المشروعية وذلك لأن الأولى لا تتناول الرقابة على أسباب اللجوء وهل شروط اللجوء الموضوعية متوافرة أو لا ، وهذا ما تتناوله رقابة المشروعية التي تختص بالعناصر الخارجية والداخلية أو الشكلية والموضوعية معاً .

وأخيراً يجدر بنا أن نلاحظ بأن عدّ مجلس الدولة قرار إعلان اللجوء للمادة (١٦) وقرار وقف العمل بها من أعمال السيادة دليل على استبعاد المجلس أن تكون المادة (١٦) هي تطبيق لنظرية الظروف الاستثنائية التي ابتدعها مجلس الدولة ، إذ أن هذا الأخير كما علمنا بسط رقابته على اللجوء إلى تطبيق هذه النظرية ونطاقها الزمني^(١) .

٢) **الرقابة على الإجراءات المتخذة تطبيقاً للمادة (١٦) :** لقد أثارت هذه المادة جدلاً فقهيّاً كبيراً عندما استحدثها دستور ١٩٥٨ ، ومن هذا الجدل طبيعة الإجراءات المتخذة تطبيقاً لها ، فقد ذهب الفقه في ذلك مذاهب شتى ، منها :

المذهب الأول : ويذهب إلى أن الإجراءات المتخذة تطبيقاً للمادة (١٦) هي طائفة قانونية ذات طبيعة خاصة فهي غير قابلة للخضوع لرقابة القضاء . وذهب هذا الرأي إلى أن هذه الطائفة تعلو القانون . وقد انتقد معظم الفقه هذا الرأي^(٣) . ويتضح لنا أن هذا الرأي ليس له أساس من القانون أو الواقع .

المذهب الثاني : اتجه هذا المذهب إلى أن الإجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية هنا هي ذات طبيعة إدارية وذلك طبقاً للمعيار الشكلي أو العضوي ولكنها لا تخضع للرقابة القضائية لأنها من أعمال السيادة فهي تختص بالعلاقة بين السلطة التنفيذية والتشريعية^(٣) .

(١) د. محمد حسنين عبد العال ، مصدر سابق . ص ٣٣-٣٤ .

(٢) ينظر د. احمد مدحت علي ، مصدر سابق . ص ٦١ . د. سامي جمال الدين ، الرقابة على اعمال الادارة ، مصدر سابق . ص ٢٧٣-٢٧٤ . د. يحيى الجمل ، مصدر سابق . ص ١٦٧ .

(٣) يُنظر د. احمد مدحت علي ، مصدر سابق . ص ٦١ . د. سامي جمال الدين ، الرقابة على اعمال الإدارة ، مصدر سابق . ص ٢٧٨ .

غني عن القول بان هذا المذهب يؤدي إلى إطلاق يد رئيس الدولة بدون أي رقيب الأمر الذي يشكل خطورة بالغة على حقوق وحريات الأفراد .

المذهب الثالث : يؤكد هذا المذهب أن الإجراءات المتخذة بموجب المادة (١٦) هي ذات طبيعة تشريعية مستنداً بذلك على المادة (٩٢) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ التي شبهها بهذه الإجراءات حيث جاء في هذه المادة التي طبقت أثناء الفترة الانتقالية السابقة على نفاذ الدستور بأن (تتخذ في مجلس الوزراء بأوامر لها قوة القانون الإجراءات التشريعية اللازمة لإنشاء المنظمات ولضمان سير السلطات العامة حتى يتم قيام هذه المنظمات ويجوز للحكومة أيضاً في خلال نفس المدة وبنفس الشروط أن تتخذ في أي موضوع الأجراء الذي تقدر ضرورته لحماية الوطن وحماية المواطنين وللحفاظة على الحريات) . وقد رفض مجلس الدولة قبول الطعون الموجهة ضد الأوامر الصادرة بموجب هذه المادة على أساس أنها ذات طبيعة تشريعية .

أن الإجراءات المتخذة تطبيقاً للمادة (٩٢) من الدستور لا تمت بشبه للإجراءات المتخذة تطبيقاً للمادة (١٦) وذلك لان الأولى اتخذت في فترة دمج السلطات فلا وجود للسلطات العامة على العكس ما عليه الحال عند تطبيق المادة (١٦) إذ أن السلطات قائمة لكن سيرها غير منتظم ^(١) .

المذهب الرابع : يضيف هذا المذهب على الإجراءات المتخذة بموجب المادة (١٦) الطبيعية الإدارية وبالتالي فهي تخضع لرقابة القضاء الإداري وذلك استناداً للمعيار الشكلي الذي يأخذ به التشريع والفقه والقضاء . ويقول أصحاب هذا الرأي بان طبقاً لنظرية الظروف الاستثنائية والتي تعد هذه المادة تطبيقاً لها فان القرارات التنظيمية الإدارية لها أن تكتسب قوة القانون عند الظروف الاستثنائية فتعدل أو تلغي قوانين قائمة وهذا لا يؤثر في الطبيعة الإدارية لهذه القرارات ^(٢) .

إننا نتفق مع هذا الرأي بان الإجراءات المتخذة بموجب المادة (١٦) ذات طبيعة إدارية وان تمتعت بقوة القانون ، وما يترتب على ذلك من خضوع هذه الإجراءات لرقابة القضاء الإداري وهذا بالتأكيد من الضمانات المهمة عند تطبيق هذه المادة . إلا أننا لا نتفق مع ما استند إليه أصحاب هذا الرأي وهو نظرية الظروف الاستثنائية ، إذ أن مجلس الدولة لم يعد هذه المادة تطبيقاً للنظرية المذكورة كما ذكرنا ذلك سابقاً . ولكن يمكن القول أن المادة (١٦) هي السند لقيام الإجراءات المتخذة بموجبها بتعديل أو إلغاء القوانين .

المذهب الخامس : ذهب هذا الرأي إلى التفريق بين القرارات المتخذة بشأن مسائل تدخل ضمن نطاق المادة (٣٤) والقرارات التي تتضمن مسائل تدخل ضمن نطاق المادة (٣٧) . فأضفى الصفة التشريعية على النوع الأول والصفة الإدارية على النوع الثاني ، مما يستتبع خضوع قرارات النوع الثاني لرقابة القضاء الإداري، دون الأولى ، والتي تعدّ أعمالاً تشريعية لان رئيس الجمهورية لا

(١) يُنظر د. سامي جمال الدين ، الرقابة على اعمال الإدارة ، مصدر سابق . ص ٢٧٤-٢٧٥ .

(٢) المصدر السابق . ص ٢٧٦-٢٧٨ .

القضائية

يتصرف هنا بصفته عضواً في السلطة التنفيذية ولكن بصفة عضو تشريعي وما يصدره يعدّ قانوناً .

إن هذا الرأي يستند على المعيار الموضوعي وهو خلاف ما يسري عليه التشريع والفقهاء والقضاء الذي تبنى المعيار العضوي^(١) .

إن مجلس الدولة الفرنسي قد تبنى في قضية Rubin رأي مفوض الدولة هنري الذي كان من أنصار المذهب الخامس من أراء الفقهاء الذي يؤيد بسط الرقابة القضائية على القرارات التي تتناول موضوعات داخله ضمن نطاق المادة (٣٧) فقط دون التي تتناول موضوعات داخله ضمن نطاق المادة (٣٤) ، والمظهر الوحيد لرقابة مجلس الدولة على هذه القرارات هي رقابة الوجود فقط.

وعليه فقد رفض مجلس الدولة الطعن الذي قدمه Rubin De servens وذلك لأن القرار المطعون فيه والخاص بإنشاء المحكمة العسكرية يتناول

(١) د. احمد مدحت علي ، مصدر سابق . ص ٦٢ .

موضوعات تدخل ضمن نطاق المادة (٣٤) من الدستور^(١).
والمبدأ نفسه الذي تبناه مجلس الدولة في قضية Rubin تبناه في أحكام أخرى
فقرر عدم اختصاصه بالنظر في الطعون ضد القرارات التي تتناول مسائل تدخل
ضمن نطاق المادة (٣٤) من الدستور. ومن هذه القرارات ما صدر في
١٩٦١/٤/٢٤ بمنح وزير الداخلية سلطة اتخاذ بعض الإجراءات المقيدة للحريات
الفردية، والقرار الصادر بتاريخ ١٩٦١/٤/٢٧ الذي يخول وزير الداخلية
والأعلام سلطة حظر المطبوعات التي تتضمن معلومات سرية، وكذلك القرار
الصادر في ١٩٦١/٩/٢٩ والذي مدد فترة العمل بالقرار الذي صدر بتاريخ
١٩٦١/٤/٢٤ وذلك حتى ١٩٦٢/٧/١٥^(٢).

لقد تعرض موقف مجلس الدولة من القرارات المتخذة تطبيقاً للمادة (١٦)
للانتقاد، فالمجلس هنا قام بالاستعانة بالمعيار الموضوعي لتمييز القرارات التي
تدخل في النطاق التشريعي عن القرارات التي تدخل في النطاق الإداري، بينما
يتبنى مجلس الدولة كما نعلم المعيار العضوي أو الشكلي في تمييز أعمال السلطات
العامة^(٣).

إن مجلس الدولة قد قام بأضعاف رقابته للمادة (١٦) من تلقاء نفسه، إذ إنه
بسط رقابته على الإجراءات التي تتناول مسائل تدخل في نطاق المادة (٣٧) وابتعد
تلك التي تدخل ضمن نطاق المادة (٣٤) من رقابته، أي إنه امتنع عن رقابة
القرارات التي لها قوة القانون الصادرة بموجب المادة (١٦).
أن المجلس أخضع لرقابته جميع القرارات التي لها قوة القانون سواء قبل
دستور ١٩٥٨ أو في ظل هذا الدستور مستنداً على المعيار الشكلي الذي يتبناه.
ولكنه أخرج القرارات التي لها قوة القانون الصادرة بموجب المادة (١٦) من
ولايته.

أن مجلس الدولة الفرنسي يخضع القرارات التي لها قوة القانون الصادرة
بموجب نظرية الظروف الاستثنائية لرقابته، لكنه امتنع عن إخضاع القرارات
الصادرة بموجب المادة (١٦) لرقابته بالرغم من ما بين نظرية الظروف الاستثنائية
والمادة (١٦) من شبه، بحيث ذهب جانب من الفقه إلى أن المادة المذكورة هي
إحدى تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية.

وأخيراً يمكن القول أن رقابة القضاء الإداري الفرنسي للمادة (١٦) هي رقابة
ضعيفة بل هي شبه معدومة، إذ أنها رقابة وجود فقط ولا تطال مشروعية
القرارات المتخذة تطبيقاً لهذه المادة، فالقرارات التي يمكن رقابة مشروعيتها هنا
هي التي تدخل ضمن نطاق المادة (٣٧) والرئيس لا يلجأ إلى تطبيق المادة (١٦)
وما لهذا الإجراء من حساسية وخطورة من أجل إصدار قرارات إدارية يحق له

(٢) يُنظر في ذلك د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة، مصدر سابق. ص ١٩٩. د. محمد حسنين عبد
العال، مصدر سابق. ص ٣٧-٣٩.

(٢) يُنظر في هذه القرارات د. محمد حسنين عبد العال، مصدر سابق. ص ٣٨.

(٣) د. أحمد مدحت علي، مصدر سابق. ص ٦٤.

M. Long – p. weil – G. Braibant : Les Grands Arrêts de La Jurisprudence administrative – ١٩٦٩ .
p. ٤٩٤.

القضائية

إصدارها في الظروف العادية وإن كان ضمن شروط مقيدة أكثر مما عليه الحال عند تطبيق المادة (١٦) ، بل انه يلجأ إلى هذه المادة لإصدار قرارات تدخل ضمن نطاق القانون (أي قرارات لها قوة القانون) ، وهو ما حدث فعلاً عند التطبيق العملي لهذه المادة^(١) .

في نهاية هذا المطلب نستنتج أن مجلس الدولة الفرنسي كان جريئاً وحاسماً في رقابته للقرارات التي لها قوة القانون الصادرة في ظل دستور ١٩٥٨ . إلا انه امتنع عن بسط رقابته على القرارات التي لها قوة القانون الصادرة بموجب المادة (١٦) .

(١) د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ٢٠٠ .

المبحث الثاني

رقابة القضاء الإداري على القرارات التي لها قوة القانون في مصر والعراق

لقد دأبت الدساتير في كل من مصر والعراق على النص على القرارات التي لها قوة القانون ، وذلك لتمكين السلطة التنفيذية من أداء مهامها بالرغم مما تحمله طبيعة هذه القرارات من مخاطر تجاه حقوق وحرقات الأفراد ، مما يوجب توفير الضمانات الفعالة لحمايتها في مواجهة هذا السلاح الخطير بيد السلطة التنفيذية ، وتتمثل هذه الضمانة في الرقابة القضائية . وقد ظهر لنا من خلال استعراضنا لهذه الرقابة عدم فاعلية الرقابة من قبل القضاء العادي في مصر والعراق تجاه مشروعية القرارات الإدارية بصفة عامه مقارنة بما يملكه القضاء الإداري من اختصاص في إطار دعوى الإلغاء بصفته قاضي مشروعية ، وبالتالي فإن هذه الرقابة تبدو أكثر وضوحاً تجاه القرارات التي لها قوة القانون ، ومما لا شك فيه إن وجود القضاء الإداري يمثل الخطوة الأولى في خلق الضمانات الأساسية لحماية حقوق الأفراد وحرقاتهم ، إلا أن فاعلية الجهاز القضائي يعتمد كذلك على درجة تطوره ومدى ولايته في الرقابة .

لذا سنتعرف في هذا المبحث على ما هو قائم في ميدان الرقابة القضائية في مصر أولاً وفي العراق ثانياً .

المطلب الأول : القرارات التي لها قوة القانون في قضاء مجلس الدولة المصري .

لقد اعتمد قضاء مجلس الدولة المصري منذ إنشائه المبادئ التي استقر عليها القضاء الإداري الفرنسي تجاه القرارات التي لها قوة القانون في إخضاعها لرقابة المشروعية بوصفها مبدأ عاماً. وهذه القرارات قد تأتي تحت صفة لوائح الضرورة، واللوائح التفويضية أو في ظل نظرية الظروف الاستثنائية التي سنأتي إلى تفصيلها تباعاً .

الفرع الأول : الرقابة على لوائح الضرورة واللوائح التفويضية .

نشأ مجلس الدولة المصري في ظل دستور ١٩٢٣ الذي كرس المادة (٤١) للوائح الضرورة التي أخضعها قضاء مجلس الدولة لرقابته كما يظهر ذلك جلياً في حكم لمحكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٢/٦/٢١ الذي جاء فيه أن (المرسوم بقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٥٢ هو مرسوم له قوة القانون صدر من السلطة التنفيذية بمقتضى المادة (٤١) من الدستور ، ولاشك في أن هذا المرسوم يعتبر من ناحية مصدره - وهي الناحية التي يعتد بها وحدها في تحديد مدى رقابة القضاء - قراراً إدارياً يخضع لرقابة هذه المحكمة خضوع سائر القرارات التنظيمية منها والفردية ، فإذا كان باطلاً كان على المحكمة أن تقضي بإلغائه عند رفع الدعوى الأصلية ، وإن تمتنع عن تطبيقه عند الدفع بالبطلان)^(١) .

إن القرار القضائي أعلاه يؤكد أن المرسوم بقانون بالرغم من أن له قوة القانون فهو لا يخرج عن الوصف القانوني له كقرار إداري خاضع لرقابة قاضي المشروعية وبالتالي فإنه يمكن الحكم بإلغائه كلياً أو جزئياً .

واستمرت محكمة القضاء الإداري بتبني المعيار الشكلي وبالتالي بسط رقابتها على لوائح الضرورة حتى في ظل دساتير الجمهورية^(٢) .

وأيدت المحكمة الإدارية العليا في مجلس الدولة هذه الرقابة وذكرت في حكم لها بتاريخ ١٩٦٢/٤/١٤ (إن سلطة الحكومة في هذا المجال ليست ولاشك طليقة من كل قيد بل تخضع لأصول وضوابط ، فيجب أن تقوم حاله واقعية أو قانونية تدعوا إلى التدخل ، وأن يكون تصرف الحكومة لازماً لمواجهة هذه الحالة بوصفه

(١) د. احمد عبد الرحمن شرف الدين ، د. محمد رفعت عبد الوهاب ، مصدر سابق . ص ٢٧٠ .

د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، مصدر سابق . ص ١٤٢ .

(١) جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري في ١٩٥٧/٦/٢٤ (إن فقه القانون العام وقضاء مجلس الدولة في فرنسا ومصر قد جريا على الأخذ بالمعيار الشكلي لا الموضوعي في التفرقة بين العمل التشريعي الذي هو بمنأى عن الإلغاء والعمل الإداري القابل للإلغاء أي أن العبرة بالجهة التي أصدرته ، فإن كان صادراً من السلطة التنفيذية اعتبر قراراً إدارياً أي كانت طبيعته) .

د. عبد الرحمن شرف الدين ، د. محمد رفعت عبد الوهاب ، مصدر سابق . ص ٢٥٦ .

(٢) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، مصدر سابق . ص ١٤٢ .

(٣) د. إبراهيم عبد العزيز شبحا ، مصدر سابق . ص ٨١٤ .

(٤) جاء في هذه المادة (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية ، وذلك كله على الوجه المبين في القانون) .

القضائية

الوسيلة الوحيدة لمواجهة الموقف ، وأن يكون رائد الحكومة في هذا التصرف ابتغاء مصلحة عامة ، وبذلك تخضع مثل هذه التصرفات لرقابة القضاء ، غير أن المناطق في هذه الحالة ، لا يقوم على أساس التحقق من مشروعية القرار من حيث مطابقته أو عدم مطابقته للقانون ، وإنما على أساس توافر الضوابط التي سلف ذكرها أو عدم توافرها ،)^(٢) .

إلا أن رقابة هذه اللوائح لم تدم لمجلس الدولة ، فقد صدر القانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ الخاص بالمحكمة الدستورية العليا الذي نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٧٩/٩/٦ . وقد جاء في المادة (٢٥) منه (تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي :

- الرقابة على دستورية القوانين واللوائح .

-)^(٣) . وجاءت المادة أعلاه على غرار المادة (١٧٥) من دستور ١٩٧١)^(٤) .

وعليه فإن التشريع الجديد قد جعل للمحكمة الدستورية العليا الولاية في نظر مشروعية لوائح الضرورة دون القضاء الإداري ، إذ أن هذه الرقابة للمشروعية تستند أساساً إلى النصوص الدستورية إضافة إلى المبادئ العامة للقانون نظراً لتمتع لوائح الضرورة بقوة القانون .

وقد جاء في حكم للمحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٩٨٥/٥/٤ (إن الدستور وإن جعل لرئيس الجمهورية اختصاصاً في إصدار قرارات تكون لها قوة القانون في غيبة مجلس الشعب ، إلا أنه رسم لهذا الاختصاص الاستثنائي حدوداً ضيقة تفرضها طبيعته الاستثنائية ، منها ما يتعلق بشروط ممارسته ومنها ما قد يصدر من قرارات استناداً إليه . فأوجب لأعمال رخصة التشريع الاستثنائية أن يكون مجلس الشعب غائباً وإن تنهياً خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر بها حالة تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتل التأخير إلى حين انعقاد مجلس الشعب باعتبار أن تلك الظروف هي مناط هذه الرخصة وعلة تقريرها فإن رقابة المحكمة الدستورية العليا تمتد إليهما للتحقق من قيامهما ، باعتبارهما من الضوابط المقررة في الدستور لممارسة ما نص عليه من سلطات ، شأنهما في ذلك شأن الشروط الأخرى التي حددتها المادة)^(١) .

إننا نرى بأن ليس من الصواب حصر الرقابة على لوائح الضرورة بالمحكمة الدستورية العليا ، إذ أن هذه اللوائح هي قرارات ذات طبيعة إدارية من الناحية الشكلية ، وبالتالي فإن مجلس الدولة يملك الحق في بسط رقابته عليها بحكم كونه الجهة المختصة بالرقابة على القرارات الإدارية بجميع أنواعها ، فهذه القرارات بحكم طبيعتها تخضع لقواعد ومبادئ واحدة وهو أمر تقدره حق تقديره الجهة المختصة وهي القضاء الإداري .

إن القضاء المصري يستند بشكل أساسي في تحديد طبيعة العمل القانوني على المعيار الشكلي بوصفه مبدأً عاماً . وعليه فإن إخضاع النظر في مشروعية القوانين والقرارات الإدارية التنظيمية لجهة إدارية واحدة هو أمر فيه تغليب للمعيار

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، مصدر سابق . ص ١٤٣ .

القضائية

الموضوعي على الشكلي ، وإذا أريد الأخذ بذلك فإن مجلس الدولة سوف تقتصر رقابته على طائفة محددة من القرارات الإدارية ، وهو ما يخالف الواقع. هذا فيما يخص لوائح الضرورة ، أما النوع الآخر من القرارات التي لها قوة القانون وهي اللوائح التفويضية فأنها طبقاً للمعيار الشكلي الذي يتبناه مجلس الدولة المصري تخضع لرقابته .

وقد ظهرت هذه اللوائح في دساتير العهد الجمهوري وذكرت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بتاريخ ١٩٦٨/٦/٢٩ شروط إصدار اللوائح التفويضية وذلك ضمن ولاية مجلس الدولة على رقابة اللوائح المذكورة ، وجاء في هذا الحكم بان (هذه القرارات " اللوائح التفويضية " لا تصدر فقط في غيبة مجلس الأمة ، كما هي الحال في لوائح الضرورة بل يجوز صدورها في أثناء انعقاده وليس في نصوص الدستور " دستور ١٩٦٤ " ما يوجب عرضها عليه . فهي أذن تتمخض عن اشتراك السلطة التنفيذية في الوظيفة التشريعية وإحلالها محل السلطة التشريعية فيما هو داخل في اختصاصها وقد يكون ذلك في الوقت الذي تكون فيه السلطة الأصلية قائمة بوظيفتها . ومن هنا كان وجه الدقة في الأمر ، ولذلك حرص الدستور على تقييد التفويض بالقيود التي نصت عليها المادة " ١٢٠ " سالفه الذكر)^(١) .

وذكرت المحكمة في هذا الحكم أيضاً بأنه (لو صح أن المادة السابعة من القانون " ٣٢ " لسنة ١٩٦٦ قد انطوت على تفويض تشريعي للسيد رئيس الجمهورية فان هذا التفويض يكون غير مستكمل لشروطه الدستورية وإذا أغفلت تلك المادة تحديد نطاق التفويض ولم تبين الأوضاع التي يجري فيها هذا التفويض فان هذا التفويض لا يصح سنداً لتحويل السيد رئيس الجمهورية سلطة إصدار قرارات لها قوة القانون لاسيما حيث تتناول هذه القرارات أمراً من الأمور التي حتم الدستور أن يكون تنظيمها بقانون كمثال تحديد اختصاص جهات القضاء الذي أوجبت المادة " ١٥٣ " من الدستور أن يكون بقانون)^(٢) . وفي نهاية هذا الحكم انتهت المحكمة إلى أن (اللائحة التي صدرت بناء عليه " قانون التفويض السابق الذكر " تكون مجردة من قوة القانون ، وبذلك يكون حقيقياً على القضاء أن يمتنع عن تطبيق قانون التفويض لو صح انه كذلك ، كما يمسك عن نفاذ حكم اللائحة التفويضية)^(٣) .

الفرع الثاني : نظرية الظروف الاستثنائية .

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، مصدر سابق . ١٣٨ . ويُنظر في ذلك د. بشار عبد الهادي ، مصدر سابق . ص ٢٥ .

(١) د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ٢٩٦ .

(٢) د. احمد عبد الرحمن شرف الدين . د. محمد رفعت عبد الوهاب ، مصدر سابق . ص ٢٧٥ .

(٣) يُنظر في وقائع هذه القضية والحكم الصادر بشأنها . حمدي ياسين عكاشة ، مصدر سابق . ص ١٧٠ . د. يحيى الجمل ، مصدر سابق . ص ٨٧ .

القضائية

لقد تبنى مجلس الدولة المصري نظرية الظروف الاستثنائية بدون تردد وذلك منذ حكمة الصادر في ١٩٥١/٦/٢٦ في قضية جريدة (مصر الفتاة) والتي تتلخص وقائعها ^(٣) في أن الجريدة المذكورة قد قامت بشن حملات عنيفة ضد الحكومة والتي بدأت تؤثر في الرأي العام فقامت النيابة العامة على اثر ذلك بالتحقيق مع المسؤول عن الجريدة وفي هذا الوقت اشتدت حملة الجريدة فلجأت الحكومة إلى المحكمة لاستصدار قرار بتعطيل الجريدة بموجب قانون المطبوعات فبينما كانت القضية معروضة أمام المحكمة أخذت الجريدة بزيادة حملتها بشكل خطير جداً بحيث رأت الحكومة أن استمرار ذلك قد يؤدي إلى ثورة ضدها ، فأصدرت قراراً بإلغاء ترخيص الجريدة وحجبها عن الجمهور مستندة في ذلك على نظرية الضرورة .

وعلى اثر هذا القرار قام المسؤول عن الجريدة بالطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري ، فأصدرت المحكمة حكمها فيما تقدم .

وقامت المحكمة في هذا الحكم بتحديد أركان نظرية الظروف الاستثنائية

وهي: -

١. قيام خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام العام والأمن .
 ٢. أن يكون عمل الضرورة هو الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر .
 ٣. أن يكون هذا العمل لازماً حتماً فلا يزيد على ما تقتضيه الضرورة .
 ٤. أن يقوم بهذا العمل الموظف المختص .
- وأرجعت المحكمة تلك الأركان إلى مبدئين أو قاعدتين معروفتين في الشريعة الإسلامية هما (الضرورات تبيح المحضورات) و(الضرورة تقدر بقدرها) .
- وخلصت المحكمة بعد ذلك إلى أن تصرفات الحكومة مع الجريدة لا تنم عن الخطر الداهم الذي لا سبيل إلى دفعه إلا بالإلغاء الفوري ، ولاسيما بعد أن لجأت الحكومة إلى القضاء فاصبح واجباً عليها أن تنتظر حتى يقول القضاء كلمته .
- وقد أقرت المحكمة في هذا الحكم مبدأ خضوع لجوء الحكومة إلى نظرية الظروف الاستثنائية لرقابة القضاء ، إذ ذكرت (أن أعمال الضرورة تخضع في جميع الأحوال لرقابة القضاء ليرى إذا ما كانت أركان الضرورة متوافرة حتى يقوم حق الضرورة وتنتفي المسؤولية .

فإذا لم تتوافر هذه الأركان فليست هناك ضرورة ويكون العمل الصادر من الإدارة في هذه الحالة موجباً للمسؤولية إذا كان مادياً وباطلاً إذا كان قراراً إدارياً)

وقد جاءت المحكمة الإدارية العليا بعد ذلك ^(١) وأكدت منهج محكمة القضاء الإداري بشأن هذه النظرية وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٦/٣/٢٦ ^(٢) الذي أورد الشروط الأربعة نفسها التي ذكرها حكم محكمة القضاء الإداري . وذكرت المحكمة الإدارية العليا بان هذه الأركان تقوم على الأسس ذاتها التي اعتمدت سابقاً .

(١) أنشأت هذه المحكمة بقانون مجلس الدولة رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ .

(٢) ينظر حمدي ياسين عكاشة ، مصدر سابق . ص ١٧٢ . د. يحيى الجمل ، مصدر سابق . ص ٩١ .

يتضح لنا مما سبق بان مجلس الدولة المصري قد اتفق مع نظيرة الفرنسي في الأركان الثلاثة الأولى لنظرية الظروف الاستثنائية أو كما سماها الفقه والقضاء الفرنسي شروط النظرية . وذلك ما سوف يتبين لنا لاحقاً .

لقد حددت محكمة القضاء الإداري منذ نشأتها نظرية الظروف الاستثنائية ضمن حدود نظام الأحكام العرفية^(١) ولم تجز خروج نطاق النظرية في ذلك الوقت عن حدود هذا النظام . ومما صدر عنها في ذلك حكم بتاريخ ١٩٥٦/٣/٢٥^(٢) ألزمت فيه الحكومة بدفع تعويض للمدعي وذلك لان القبض عليه وحبسه من يوم ١٩٤٩/٤/١٧ وحتى صدور أمر الحاكم العسكري العام في ١٩٤٩/٤/٢١ باعتقاله قد وقع من رجال البوليس بصفتهم من رجال الضبط الإداري ، والقرار الصادر في هذا الشأن من حكمدارية بوليس القاهرة أو من يمثله يعدّ قراراً إدارياً يخضع لرقابة القضاء الإداري (ومن حيث إن القرار سالف الذكر صدر يعتبر سند من القانون يخول هذا الأجراء المقيد للحرية وفي غير الحالات المبينة على سبيل الحصر في المادة " ١٥ " من قانون تحقيق الجنايات . والفقرة السابعة من المادة الثالثة من القانون رقم " ١٥ " لسنة ١٩٢٣ للأحكام العرفية التي لا تجيز " لسلطات الضبط الإداري " الأمر بالقبض إلا على المشردين والمشتبه فيهم وليس المدعي من هؤلاء فان القرار المذكور يكون قد جاء مخالفاً للقانون) .

إلا أن المحكمة الإدارية العليا كان لها رأياً آخر عندما طعن في حكم محكمة القضاء الإداري أمامها . وقد جاء في أسباب الطعن^(٣) الذي أودع من قبل رئيس هيئة المفوضين بتاريخ ١٩٥٦/٥/١٤ (إن القبض على المدعي الأول في الفترة من ١٩٤٩/٢/١٧ إلى ١٩٤٩/٢/٢١ كان وقائياً بقصد المحافظة على الأمن العام في الظروف الاستثنائية التي صدر فيها القرار . وقد يكون هناك وجه لما ذهب إليه الحكم المطعون فيه في الظروف العادية ، على اعتبار أن القبض على المدعي جاء مجحفاً بالحرية الفردية التي ارتأى الحكم أنها أولى بالرعاية إلا أن الأمر لا بد وان يكون له وجه آخر يختلف في الظروف الاستثنائية عنه في الظروف العادية) . وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا ما ذهب إليه رئيس هيئة المفوضين وجاء في حكمها (..... وكان هذا الأجراء أمراً لا بد منه حفاظاً للأمن ومنعاً لوقوع الجرائم تسوغه ظروف الحال وملابساته وقتذاك . وليس من شك في أن للحكومة في مثل هذه الحالة الاستثنائية سلطة تقديرية واسعة لتتخذ من التدابير السريعة الحاسمة ما تواجه به الموقف الخطير ، إذ بقدر الخطر الذي يهدد الأمن والطمأنينة بقدر ما تطلق حريتها في تقدير ما يجب اتخاذه من إجراءات

(١) من أحكام محكمة القضاء الإداري بشأن نظام الأحكام العرفية، ما قضت به في ١٩٥٢/٦/٣٠ من أن نظام الأحكام العرفية (وان كان نظاماً استثنائياً إلا انه ليس بالنظام المطلق بل هو خاضع للقانون وضع الدستور أساسه وبين القانون أصوله وأحكامه ورسم حدوده وضوابطه ولذلك وجب أن يكون إجراؤه على مقتضى هذه الأصول والأحكام وفي نطاق هذه الحدود والضوابط والأركان وإلا كان ما يتخذ من التدابير والإجراءات مجاوزاً لهذه الحدود منحرفاً عنها عملاً مخالفاً للقانون تنتبسط عليه رقابة القضاء) د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ٣٤٢ .

(٢) يُنظر في هذا الحكم د. طعيمه الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون ، مصدر سابق . ص ١٩٩ .

(٣) يُنظر في الطعن وفي قرار المحكمة الإدارية العليا ، المصدر السابق . ص ٢٠٢-٢٠٣ .

وتدبير لصون الأمن والنظام . وليس يتطلب من الإدارة في مثل هذه الظروف الخطرة ما يتطلب منها في الظروف العادية من الحيطة والدقة والحذر حتى لا يفلت الزمام من يدها) .

يتضح مما تقدم أن المحكمة الإدارية العليا قد عمدت إلى التوسيع من نطاق نظرية الظروف الاستثنائية ولم تقصرها على نظام الأحكام العرفية فقط . وهذا التوسع له خطورته على حقوق وحريات الأفراد ولاسيما أن النظام القانوني المصري يتميز بالإفراط في استخدام نظام الأحكام العرفية (الطوارئ) وهو ليس بحاجة إلى توسيع قواعد المشروعية الاستثنائية خارج حدود هذا النظام .

وفيما يخص نظام الأحكام العرفية أيضاً فإن المحكمة الإدارية العليا قد اختلفت كذلك مع محكمة القضاء الإداري بشأن قوانين التضمينات . ففي الوقت الذي أكدت فيه الأخيرة عدم دستورية هذه القوانين فإن المحكمة الإدارية العليا قضت بدستوريتها^(١) . واستمر هذا الحال حتى صدور دستور ١٩٧١ الذي نص في المادة (٦٨) منه على أن (..... يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار أداري من رقابة القضاء) .

على أن المحكمة الإدارية العليا وكذلك محكمة القضاء الإداري قد اتجهتا إلى عدّ إعلان الأحكام العرفية (حالة الطوارئ) من أعمال السيادة^(٢) .

ومما صدر عن المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن حكمها بتاريخ ١٩٧٩/١٢/٢٩ الذي جاء فيه (..... أن قرار " إعلان حالة الطوارئ " من أعمال السيادة التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارية بحسبانه من الإجراءات العليا التي تتخذ في سبيل الدفاع عن كيان الدولة أو استتباب الأمن أو النظام العام بها إلا أن " التدابير التي يتخذها القائم على إجراء النظام العرفي تنفيذاً لهذا النظام سواء أكانت فردية أو تنظيمية " يتعين أن تتخذ في

(١) في البداية أقرت محكمة القضاء الإداري وذلك في حكم لها بتاريخ ١٩٤٩/٦/٧ مشروع قوانين التنظيمات فيما يتعلق بالأوامر العسكرية التنظيمية دون التدابير الأخرى المتخذة لتنفيذ لهذه الأوامر من الموكول إليهم أمر التنفيذ، إلا أن المحكمة بعد ذلك عدلت عن موقفها وأقرت عدم دستورية هذه القوانين وقضت في حكم لها بتاريخ ١٩٥٢/٦/٢١ بأن (المرسوم بقانون " ٦٤ " لسنة ١٩٥٢ باطلاً لمخالفته للدستور وأنه تأسيساً على ذلك لا يجوز تطبيقه في الدعوى لأنه متى كان باطلاً فهو لا يسري لا على الماضي ولا على المستقبل) .

إلا أن المحكمة الإدارية العليا كان لها موقفاً مغايراً وأقرت دستورية هذه القوانين ومن أحكامها في ذلك ما صدر بتاريخ ١٩٥٨/٧/١٢ والذي كان بمناسبة الطعن بحكم لمحكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢٥ . وقررت المحكمة الإدارية العليا دستورية قانون التضمينات التي تضمنته المادة (٣) من القانون (٢٧٠) لسنة ١٩٥٦ وجاء في هذا الحكم (أن النص المذكور قد جاء مضيئاً لاختصاص القضاء ، مانعاً إياه من نظر المنازعات المشار إليها بهذا النص بالطريق المباشر وبالطريق غير المباشر أي سواء بالإلغاء أم بالتعويض وقد جرى قضاء هذه المحكمة في مثل هذه الحالة على أنه لا وجه للنص بعدم الدستورية بدعوى مصادرة حق التقاضي إذ تجب التفرقة بين المصادرة المطلقة لحق التقاضي عموماً وبين تحديد دائرة اختصاص القضاء بالتوسيع والتضييق) يُنظر في ذلك د. سامي ج. مال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق . ص ٣٨٣-٣٨٤ .

(٢) من أحكام محكمة القضاء الإداري في ذلك حكم صادر بتاريخ ١٩٥١/٦/٢٦ وحكم بتاريخ ١٩٥١/٧/٣١ وكذلك حكم في ١٩٥٢/٧/١٠ . المصدر السابق . ص ٣٤٢ .

حدود القانون وتلتزم حدوده وضوابطه وألا تتأى عن رقابة القضاء ولا تتجاوز دائرة القرارات الإدارية التي تخضع للاختصاص القضائي لمجلس الدولة^(١).
لقد عدّ مجلس الدولة المصري إعلان حالة الطوارئ من أعمال السيادة بالرغم من أنه عدّ حالة الطوارئ إحدى تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية التي يبسط فيها رقابته على اللجوء إليها وتطبيقها . وهذا ما تم فعلاً في الرقابة على تطبيق المادة (٧٤) من دستور ١٩٧١ .

لقد عدّ مجلس الدولة المصري المادة المذكورة إحدى تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية^(٢) ورتب على هذه المادة ما رتب به بخصوص الرقابة على تطبيق هذه النظرية فهو قد أخضع اللجوء إلى المادة (٧٤) لرقابته كما يفعل في حالة اللجوء لنظرية الظروف الاستثنائية . وما يوضح ذلك بجلاء ما جاء في حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٨٢/٢/١١ بمناسبة طعن موجه ضد قرارات بقوانين أصدرها رئيس الجمهورية بموجب المادة (٧٤) من الدستور والذي جاء فيه^(٣) أنه (من الثابت من ديباجة القرارات المطعون فيها أرقام ٤٩٢ و ٤٩٣ و ٤٩٤ و ٤٩٥ أنها صدرت استناداً إلى المادة (٧٤) من الدستور التي تمثل حاله من حالات الضرورة .

وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن الضرورة كسبب للقرار الإداري لا تقوم إلا بتوافر أركان ثلاثة هي :-

١. أن يكون هناك خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام والأمن .
 ٢. أن يكون القرار الصادر هو الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر .
 ٣. أن يكون القرار لازماً حتماً فلا يزيد على ما تقضي به الضرورة) .
- وارجع المجلس هذه الأركان إلى الأسس التي ذكرها في أحكام سابقة بخصوص نظرية الظروف الاستثنائية .

وبعد أن أوردت المحكمة فقرات مطولة من بيان رئيس الجمهورية في ١٩٨١/٩/٥ والخطاب الذي ألقاه في اليوم نفسه أمام مجلسي الشعب والشورى في اجتماع مشترك غير عادي، قالت (ويبين من بيان وخطاب رئيس الجمهورية سالف الذكر أن الخطر الجسيم المفاجئ الذي دفعه إلى إصدار القرارات المطعون

(١) حمدي ياسين عكاشة ، مصدر سابق . ص ١٢٤٠ . وفي حكم للمحكمة الإدارية العليا صادر بتاريخ ١٩٦٦/١٢/١٠ حول معيار تمييز أعمال السيادة جاء فيه (أن الأصل إن معيار التفرقة بين الأعمال الإدارية التي تباشرها الحكومة في حدود وظيفتها الإدارية وبين أعمال السيادة التي تباشرها باعتبارها سلطة حكم مرده إلى القضاء الذي ترك له المشرع سلطة تقرير الوصف القانوني للعمل المطروح عليه ، وما إذا كان يعد عملاً إدارياً مادياً يختص بنظره ، أو عملاً من أعمال السيادة يمتنع عليه النظر فيه) المصدر السابق . ص ١١٧ .

وهناك حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا ذات محتوى مشابه للحكم أعلاه صدر بتاريخ ١٩٧٧/٢/٥ ذكره د. محمد حسنين عبدالعال ، مصدر سابق . ص ٨٠ .

(٢) يُنظر المبحث الأول من هذا الفصل في آراء الفقهاء حول طبيعة الإجراءات المتخذة تطبيقاً للمادة (١٦) من الدستور الفرنسي ١٩٥٨ والتي تعتبر الأصل التاريخي للمادة (٧٤) من الدستور المصري . وقد ذهب أحد هذه الآراء إلى اعتبار المادة (١٦) إحدى تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية .

(٣) يُنظر في هذا الحكم د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، مصدر سابق . ص ٧٠٢ . د. ماجد راغب الحلو ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٠ . ص ٦٨٣-٦٨٥ . د. محمد حسنين عبد العال ، مصدر سابق . ص ٧٥-٧٧ .

القضائية

فيها هو الأحداث التي وقعت في الزاوية الحمراء ، وان الشرطة سيطرت على الموقف وصانت الأمن العام في حينه وان النيابة وضعت الأمور في نصابها وكان ذلك في شهر يونيو " حزيران " سنة ١٩٨١ . فان القرارات المطعون فيها وقد صدرت في ١٩٨١/٩/٢ في تاريخ لاحق على وقوع هذه الأحداث والسيطرة عليها تكون قد صدرت في وقت لم تكن فيه الأمور تستلزم صدورها ، حتى ولو كان رئيس الجمهورية يخشى وقوع أحداث خطيرة وجسيمة في المستقبل حسبما جاء في خطاب المشار إليه ، لان اتخاذ هذه القرارات منوط بتوفر خطر حال ، لا خطر زال أو خطر قد يحدث في المستقبل ، وبذلك ينتفي الركن الأول لقيام حالة الضرورة .

وبالإضافة إلى ذلك فان ما ورد بالخطاب المشار إليه وما نسب إلى أحزاب الأقلية وإلى الجماعات الإسلامية وإلى بعض الشخصيات الدينية ، فانه لا يبلغ من الخطورة درجه تبرر القرارات المطعون فيها . فان هذه القرارات ليست الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر . وكان يكفي لدفعها الالتجاء إلى القواعد القانونية القائمة المقررة للظروف العادية ، ومنها على سبيل المثال أحكام قانون العقوبات الخاصة بحماية أمن الدولة ، والقانون رقم " ٣٤ " لسنة ١٩٧٢ بشأن حماية الوحدة الوطنية والقانون رقم " ٣٣ " لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي والقانون رقم " ٩٥ " لسنة ١٩٨٠ بشأن حماية القيم من العيب . هذا بالإضافة إلى سلطة رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون بالشروط المقررة في المادتين ١٠٨ و ١٤٧ من الدستور . وبذلك ينتفي الركن الثاني لقيام حالة الضرورة . (

وانتهت المحكمة بعد ذلك إلى أن (حالة الضرورة التي استند إليها رئيس الجمهورية في إصدار القرارات المطعون فيها غير قائمة وقت إصدار هذه القرارات ومن ثم تكون هذه القرارات بحسب ظاهر الأوراق غير قائمة على السبب الذي أسندت إليه) . وفي النهاية قضت المحكمة بوقف تنفيذ القرارات المطعون فيها .

إن هذا الحكم يمثل نقطه مضيئة ومشرفة في تاريخ القضاء الإداري المصري . لقد قامت المحكمة هنا بوظيفتها على الوجه الأكمل ، فالقضاء الإداري يجب أن يوازن في عمله بين حقوق وحريات الأفراد وبين متطلبات العمل الإداري كما ذكرنا ذلك سابقاً . ولكي يقوم بهذه المهمة فان عليه الأخذ بنظر الاعتبار الظروف المحيطة بالقرار . فكما نعلم أن المادة (٧٤) من الدستور المصري النافذ تتميز بمحدودية الضمانات الواردة فيها إن لم نقل ندرتها . وهذا خلاف الحال بالنسبة للمادة (١٦) الأصل التاريخي للمادة محل البحث . إضافة إلى أن تلك الضمانات القليلة لا تؤتي ثمارها وذلك نتيجة لواقع الحال في مصر . فالاستفتاء على الإجراءات المتخذة تطبيقاً للمادة (٧٤) هو استفتاء صوري . والدليل على ذلك إن الموافقة من قبل الشعب تمت على الاستفتاءين الذين حصلوا في مصر عامي

١٩٧٧ و ١٩٨١ ، بينما نرى كثرة الطعون الموجهة ضد الإجراءات المتخذة تطبيقاً لهذه المادة لاسيما في التطبيق الثاني^(١).

ويرجع ذلك ، عند بعض الشراح ، إلى ضعف الوعي عند الشعب إضافة إلى ضعف المعارضة^(٢).

نتيجة لما تقدم فقد انبرت محكمة القضاء الإداري للدفاع عن حقوق وحرريات الأفراد المهددة بشكل خطير عند تطبيق هذه المادة فقامت ببسط رقابتها الكاملة على هذه المادة عند اللجوء إليها وعند تطبيقها عاتاً إياها إحدى تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية .

إن النظرية المذكورة هي كما علمنا نظرية قضائية ، وعليه فللقضاء السلطة التقديرية في كيفية تطبيقها بالشكل الذي يحقق الهدف منها . وقد لاحظنا إن مجلس الدولة الفرنسي قد ابتدع نظرية الظروف الاستثنائية لمواجهة العجز الذي يعتري التشريعات الاستثنائية ومنها قانون الأحكام العرفية عن مواجهة بعض الظروف الاستثنائية ، ولم يعد هذا المجلس المادة (١٦) من تطبيقات هذه النظرية بينما نرى أن مجلس الدولة المصري عدّ قوانين الأحكام العرفية (الطوارئ) من تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية ، كما عدّ المادة (٧٤) والمستوحاة من المادة (١٦) إحدى تطبيقات هذه النظرية . وذلك كله ناتج عن اختلاف الواقع السياسي والقانوني في كل من فرنسا ومصر .

وبالرغم من اعتبار مجلس الدولة المصري المادة (٧٤) إحدى تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية إلا أن القرارات التي لها قوة القانون الصادرة بموجب المادة المذكورة تتميز بالدوام وبالتالي فإن القرارات التنظيمية التي لها قوة القانون تؤدي إلى تعديل القوانين القائمة ، على عكس الحال فيما يخص المادة (١٦) التي تتميز القرارات الصادرة بموجبها بالتأقيت ، بالرغم من أن مجلس الدولة الفرنسي لم يعدها من تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية .

في ختام هذا المطلب يمكننا أن نتبين مدى الخطوات الواسعة التي خطاها مجلس الدولة المصري في الرقابة على القرارات التي لها قوة القانون حتى أنه قد فاق في ذلك نظيرة الفرنسي . فاصبح بحق قلعة حصينة لحماية حقوق وحرريات الأفراد ، وهو أمر له ضرورته في مصر وذلك لضعف الضمانات التي تحويها القواعد الدستورية والقانونية وإن وجدت فهي بالغالب صورية .

أننا نستطيع أن نميز في أحكام القضاء الإداري المصري اتجاهين مختلفين ، الأول يمثل محكمة القضاء الإداري والتي تميل إلى حماية الحقوق والحريات فيما

(١) طعن في التطبيق الأول للمادة (٧٤) عام ١٩٧٧ أمام محكمة أمن الدولة العليا . أما التطبيق الثاني عام ١٩٨١ فقد وجهت ضده الكثير من الطعون وذلك أمام محكمة القضاء الإداري والتي على اثر ذلك أصدرت عدة أحكام منها الحكم الصادر بتاريخ ١٩٨٢/٢/١١ في الدعوى رقم ٣١٢٣ لسنة ٣٥ ف وكذلك الأحكام الصادرة في الدعوى رقم ١٥٦ ، ١٨٦ ، ١٨٧ لسنة ١٩٣٦ ف بتاريخ ١٩٨٢/١٢/٢٢ وكذلك الحكم الصادر بتاريخ ١٩٨٢/٦/٢٩ في الدعوى رقم ١٦٥٧ لسنة ٣٦ ف والحكم الصادر = بتاريخ ١٩٨٨/١١/١٦ في الدعوى رقم ٢٧٠٤ لسنة ٣٦ ف . يُنظر د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، مصدر سابق . ص ٧٠١-٧٠٢ الهامش .

(١) د. ماجد راغب الحلو ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، مصدر سابق . ص ٦٨٦ .

القضائية

تقره من قواعد ومبادئ ، بينما نرى أن المحكمة الإدارية العليا التي تمثل الاتجاه الثاني ترجح في كثير من الأحيان كفة الإدارة على حساب حقوق وحريات الأفراد ، وإن كان هذا الاتجاه قد تقلص بشكل كبير بصدور دستور ١٩٧١ الذي نص على منع تحصين القرارات الإدارية من رقابة القضاء وكفالة حق التقاضي لجميع الأفراد .

المطلب الثاني : الرقابة على القرارات التي لها قوة القانون في ظل القضاء الإداري العراقي .

ولد القضاء الإداري العراقي بقانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ المعدل لقانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ ، كما علمنا ذلك سابقاً. وقد جاء هذا القضاء على خلفية ندرة الرقابة القضائية على القرارات التي لها قوة القانون إن لم يكن انعدامها . إلا أن القضاء الإداري لم تكن له لمسات واضحة في هذا المجال .

وقبل أن نتناول رقابة القضاء الإداري على القرارات التي لها قوة القانون سوف نلقي الضوء على رقابة القرارات المذكورة قبل إنشاء هذا القضاء ، وذلك لكي نتمكن من تقييم مدى تأثير وجود القضاء الإداري في رقابة القرارات التي لها قوة القانون في العراق . وعليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين .

الفرع الأول : الرقابة على القرارات التي لها قوة القانون قبل إنشاء القضاء الإداري .

لقد تضمن القانون الأساسي للدولة العراقية كما علمنا نصاً يمنح السلطة التنفيذية حق إصدار قرارات لها قوة القانون، والذي ورد بالفقرة الثالثة من المادة (٢٦) من الدستور .

إلا أنه مما يؤسف له أن الفقرة المذكورة قد حصنت المراسيم الصادرة بموجبها من رقابة القضاء العادي بنصها على أن (.... تشمل لفظة - القانون - المراسيم الصادرة بمقتضى أحكام هذه المادة ما لم يكن في متنه قرينه تخالف ذلك)^(١) .

وبذلك فإن الرقابة القضائية على المراسيم الصادرة بموجب هذه المادة تقتصر على المحكمة العليا التي تمارس الرقابة على دستورية القوانين وهو الأمر الذي يماثل الرقابة على لوائح الضرورة في مصر بعد إنشاء المحكمة الدستورية العليا، في اقتصار رقابة هذه اللوائح على المحكمة المذكورة ، إلا أنه لم يسجل خلال العمل بدستور ١٩٢٥ طعناً مرفوعاً أمام هذه المحكمة يختص بالمراسيم المذكورة^(٢) . ونرى أن سبب ذلك يكمن في أن تحريك الدعوى أمام هذه المحكمة لمخالفة أحد القوانين لأحكام الدستور يكون بإرادة ملكية وبموافقة مجلس الوزراء وهو الأمر الذي لا يمكن حصوله بالنسبة لهذه المراسيم ، إذ كيف يمكن تصور قيام السلطة التنفيذية بالطعن في دستورية مرسوم له قوة القانون صادر عنها .

لذا نرى أن الرقابة القضائية على هذه المراسيم معدومة سواء من جهة القضاء الدستوري أو القضاء العادي .

(١) د. رعد الجدة ، التشريعات الدستورية في العراق ، مصدر سابق . ص ٣٨ .

(٢) د. رافع شبر ، النظام الدستوري في العراق ، مذكرات مطبوعة بالرونو ، كلية القانون ، جامعة بابل ، بلا سنة طبع . ص ١٧٠ .

وعبثاً حاول ديوان التدوين القانوني ، وهو جهة استشارية ^(١) ، أن يمارس اختصاصه للحد من صدور المراسيم التي لها قوة القانون المخالفة لسندها الدستوري . إذ أن الحكومة تصر على رأيها المخالف لرأي الديوان إذا تطلبت مصلحتها ذلك ^(٢) .

وعليه فإن المراسيم التي لها قوة القانون الصادرة بموجب المادة (٢٦) من القانون الأساسي لسنة ١٩٢٥ أصبحت سلاحاً خطيراً في يد السلطة التنفيذية ، فلا رقيب عليها في ذلك إلا مجلس الأمة الذي يتميز بضعفه أمام الحكومة . أما بخصوص الأحكام العرفية أو حالة الطوارئ والتي تعد تطبيقاً لنظرية الظروف الاستثنائية ^(٣) في العراق ، فإن القضاء العادي عد إعلان اللجوء إليها من أعمال السيادة ، ويتضح ذلك من حكم محكمة التمييز في ١٩٦٦/٥/٩ الذي عرفت فيه أعمال السيادة بقولها (إن أعمال السيادة حسبما جرى به الفقه والقضاء - هي تلك الأعمال التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة فتباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظيم علاقتها بالسلطات الأخرى داخلية كانت أو خارجية أو تتخذها اضطراراً للمحافظة على كيان الدولة في الداخل أو النود عن سيادتها في الخارج ومن ثم يغلب فيها أن تكون تدابير تتخذ في النطاق الداخلي أو في النطاق الخارجي أما لتنظيم علاقات الحكومة بالسلطات العامة وأما لدفع الأذى والشر عن الدولة في الداخل أو في الخارج ، وهي تارة تكون أعمالاً منظمة لعلاقات الحكومة بالمجلس الوطني أو مجلس الدفاع الأعلى وهي طوراً

(١) أنشئ ديوان التدوين القانوني بالقانون رقم (٤٩) الذي صدر بتاريخ ١٩٣٣/٧/١١ ودخل حيز النفاذ في ١٩٣٣/٨/٣ . والغرض من إنشائه لتحقيق هدفين هما :

١- تدقيق اللوائح القانونية والأنظمة من قبل مؤسسة مختصة ، وإبداء الملاحظات نحو أساسها ومبادئها ، وعدم إعطاء مجال لتعارضها مع القانون الأساسي والقوانين الأخرى ، وذلك قبل تقديمها إلى مجلس الوزراء ، ليكون المجلس على علم من الأخطاء والنواقص التي قد تشوب اللوائح ، ولتكون القوانين والأنظمة متقنة من حيث مبادئها وصياغتها .

٢- إبداء الرأي والمشورة نحو النقاط القانونية التي تتزود فيها الوزارات والدوائر التابعة لها بغية الاسترشاد بأرائه . د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، مصدر سابق . ص ٢٧٠ .

(٢) طلبت وزارة المالية بكتابها المرقم ٨٣٠ والمؤرخ في ١٩٥٠/٨/١٠ إصدار مرسوم لإعفاء فوائد قروض من ضريبة الدخل ، فأبدى الديوان الرأي التالي :

(أن الفقرة الثالثة من المادة السادسة والعشرين من القانون الأساسي التي نصها " إذا ظهرت ضرورة أثناء عطلة المجلس لاتخاذ تدابير مستعجلة لحفظ النظام العام والأمن العام أو لدفع خطر عام أو لصرف مبالغ مستعجلة الخ " صريحة فيما يجوز تشريعه بمرسوم . ولما كان موضوع لائحة مرسوم لإعفاء فوائد = قروض من ضريبة الدخل غير داخل في عدد الجمل الثلاث في الفقرة الأنف الذكر فلا يجوز سنه بمرسوم . وعليه لا يجوز الإعفاء من الضريبة بمرسوم بل يجب بقانون .

ولا يجوز الاستناد في سن مرسوم إلى القانون ، وإنما يجب أن يستند المرسوم إلى القانون الأساسي) . إلا أن وزير العدلية لم يوافق على هذا الرأي . ولما لم يسعف الديوان برأي يوافق هوى الحكومة أجاب الوزير (أؤيد الرأي الذي أثبتته في الورقة المرفقة والمضامة من قبلي ، يكتب بهذا) .

وهكذا فانه كتب إلى رئاسة ديوان مجلس الوزراء حسب رأي وزير العدلية ، أي انه أجاب بنفسه دون إحالة السؤال إلى ديوان التدوين .

د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، مصدر سابق . ص ٢٧٠ .

(٣) د. فاروق احمد خماس ، الرقابة على اعمال الإدارة ، مصدر سابق . ص ٥٠ .

د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي ، مصدر سابق . ص ٢٩٤-٢٩٥ .

تكون تدابير تتخذ للدفاع عن الأمن العام من اضطراب داخلي بإعلان الأحكام العرفية أو إعلان حالة الطوارئ^(١).

يظهر من هذا القرار القضائي أن المحكمة قد خلطت بين نظرية أعمال السيادة ونظرية الظروف الاستثنائية بالرغم من انهما مستقلتان ومختلفتان ، عن بعضهما في الأسس التي تستند إليها^(٢).

أما الإجراءات المتخذة تطبيقاً للأحكام العرفية أو حالة الطوارئ فإن محكمة التمييز قد ظهرت مترددة بشأنها . فتارةً تبسط رقابتها عليها ، كما جاء في حكم لها بتاريخ ١٩٥٧/٣/١٨ الذي نقضت به حكم صادر عن محكمة البداة برد الدعوى لعدم اختصاصها بنظرها، والتي رفعها أحد المحامين وذلك لمنعة من قبل سلطة الطوارئ من السفر لحضور مؤتمر المحامين في القاهرة . حيث ذكرت محكمة التمييز في قرارها بأنه (..... لم تبحث المحكمة سبب منع السفر وحيث أن القضاء له الولاية على تطبيق القانون بما يحول دون مخالفته أو التعسف في استعمال الحقوق ، حيث أن محكمة البداة لم تحقق في الأسباب التي أدت إلى منع السفر فيكون قرارها برد الدعوى مخالفاً للقانون لذا قرر نقضه)^(٣).

ونرى محكمة التمييز تارةً أخرى تعده هذه الإجراءات من أعمال السيادة وتمتنع عن النظر فيها ، كما جاء في حكمها الصادر في ١٩٥٩/٦/٢٤ والذي قضت فيه (بعدم جواز المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي نجمت عن تطبيق القانون بصورة غير صحيحة في ظل الأحكام العرفية وليس للمحاكم ولاية النظر في أمثال هذه الطلبات)^(٤).

يمكن القول أن القضاء العادي يميل إلى الامتناع عن الرقابة على الإجراءات المتخذة طبقاً للأحكام العرفية أو حالة الطوارئ ومنها القرارات التي لها قوة القانون أكثر من ميله إلى بسط رقابته عليها ، وهذا واضح من ندرة الأحكام التي تقر هذه الرقابة في مسيرة هذا القضاء .

الفرع الثاني : الرقابة على القرارات التي لها قوة القانون استناداً إلى القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ .

(١) ذكره د. ماهر صالح علاوي ، القرار الإداري ، مصدر سابق . ص ١٧٢ .

(٢) تختلف نظرية أعمال السيادة عن نظرية الظروف الاستثنائية في عدة أوجه . منها من حيث رقابة القضاء ، إذ أن الأولى تمنع القضاء من مباشرة رقابته على الأعمال التي تدخل ضمن نطاقها . أما الثانية فإنها لا تمنع من الرقابة القضائية بل إن الرقابة هنا تكون على أساس المشروعية الاستثنائية .

كما إن نظرية أعمال السيادة تتصف بالدوام . بينما نظرية الظروف الاستثنائية تتصف بأنها دائماً مؤقتة . يُنظر في الاختلاف بين النظريتين المذكورتين . د. عبد الفتاح ساير دابر ، مصدر سابق . ص ١٣٤-١٣٦ .

(٣) ذكره علي نجيب حمزة ، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٠١ . ص ١٦١ .

لقد علمنا من دراستنا في الفصل الأول من هذه الرسالة لرقابة القضاء العادي العراقي للقرارات الإدارية ، إن القضاء العادي لا يلغي القرارات المعيبة بل يكتفي بمنع المعارضة فقط والتعويض إذا استلزم الأمر ذلك .

(٤) ذكره عبد الأمير محسن مغير ، سلطة الإدارة في إصدار القرارات التنظيمية والرقابة عليها (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٨٠ . ص ٣٤٢ .

عند صدور قانون التعديل الثاني لمجلس شوري الدولة كانت القرارات التي لها قوة القانون الصادرة عن مجلس قيادة الثورة بموجب المادة (٤٢- أ) من دستور ١٩٧٠ هي السائدة في النظام القانوني العراقي التي كانت ولا تزال تحتل مساحة واسعة جداً من هذا النظام وهو الأمر الذي أدى إلى الاستغناء عن اللجوء إلى حالة الطوارئ برغم الظروف التي مرت بها البلاد كما ذكرنا ذلك سابقاً .
إن محكمة القضاء الإداري لم تخرج عمّا سار عليه القضاء العادي ، وهو عدم التعرض لهذه القرارات بالطعن ، بل الاستناد عليها في إصدار الأحكام دون مناقشة دستوريته .

إن المتتبع لقضاء مجلس شوري الدولة يرى كثرة الاستناد في أحكامه على قرارات مجلس قيادة الثورة . ويذهب هذا المجلس إلى عدّهذه القرارات بأنها تحمل صفة قانون.

فقد جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢٠/١٢/٢٠٠٠ بأنه (.... إذا نظرنا على أسباب وموجبات قرار مجلس قيادة الثورة رقم (١٥٧) لسنة ١٩٩٤ فان الأهداف التي أرادها المشرع في إصدار هذا القرار والذي حصر فيه تسجيل التصرفات العقارية الناقلة للملكية ضمن حدود التصميم الأساسي لمدينة بغداد أو لمن تنتقل اليه الملكية أن يكون مسجلاً ضمن إحصاء ١٩٥٧ أو أي إحصاء سابق له في بغداد أو المناطق الأخرى المشمولة به وما أراده المشرع في هذا القرار من تحقيق أهداف تنظيمية وعمرانية واقتصادية وتخطيطية وغيرها من أهداف)^(١) .

وكان قبل ذلك قد جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢٥/٧/١٩٩٧ بان (لا تختص محكمة القضاء الإداري في تفسير القوانين وتعديلاتها أو القرارات الصادرة عن السلطة التشريعية)^(٢) . ويقصد بالقرارات هنا تلك الصادرة عن مجلس قيادة الثورة .

يتبين لنا من الحكمين السابقين أن مجلس شوري الدولة يقر الصفة التشريعية لمجلس قيادة الثورة وان كل ما يصدر عنه يعدّ قانوناً بطبيعته طبقاً للمعيار الشكلي ، وحتى المعيار الموضوعي بالنسبة للكثير من قرارات مجلس قيادة الثورة التي تتضمن قواعد عامة مجردة .

إننا لا نؤيد السند الذي يعتمد عليه مجلس شوري الدولة وهو عدّهذه القرارات قوانين بطبيعتها ، إذ أن هذه القرارات لها قوة القانون فقط وليس طبيعته . فمجلس قيادة الثورة ليس سلطة تشريعية فقط ، وانما هو السلطة العليا في الدولة ، ويشترك السلطتين التشريعية والتنفيذية في اختصاصهما . فليس بالضرورة أن ما يصدر عنه يكون بصفته سلطة تشريعية . كما أن المادة (٤٢- أ) من دستور ١٩٧٠ قد نصت على أن مجلس قيادة الثورة له (إصدار القوانين والقرارات التي لها قوة القانون) مما يعني أنها ميزت بينهما بحسب ما تدل عليه صياغة هذه الفقرة ،

(١) مجلة العدالة ، مجلة فصلية تصدرها وزارة العدل ، العدد الثالث (تموز - آب - أيلول) ، ٢٠٠١ . ص ١١٣ .

(٢) د. عبد الباقي محمود ، مصدر سابق . ص ١٠١ .

القضائية

وعليه فان القرارات التي لها قوة القانون الصادرة بموجب هذه المادة هي ذات طبيعة إدارية وليست قانونية ، وبغير هذا القول تكون صياغة المشرع الدستوري هنا في التمييز بين القانون والقرارات المذكورة عبثاً . وهذا أمر من الصعب تصوره في مواد دستورية .

ونتيجة لما تقدم فإننا نرى بان سند عدم خضوع هذه القرارات للرقابة القضائية هو اعمال السيادة لان القرارات التي لها قوة القانون الصادرة عن مجلس قيادة الثورة تصدر بالصفة التنفيذية وليس التشريعية لهذا المجلس .

وإضافة للقرارات التي لها قوة القانون السابقة الذكر فقد صدر في ١٩٩٣/١/٢٨ التعديل الثالث والعشرون لدستور ١٩٧٠ الذي بموجبه تمت إضافة الفقرة (ج) إلى المادة السابعة والخمسون من الدستور ، كما ذكرنا سابقاً والتي نصت على انه (لرئيس الجمهورية عند الاقتضاء اصدار قرارات لها قوة القانون). ويمكننا القول هنا بان هذا النص قد ولد محصناً من الرقابة القضائية وذلك استناداً للفقرة (خامساً - أ) من المادة السابعة من قانون مجلس شورى الدولة التي استحدثت بقانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ ، وقد جاء في هذه الفقرة بان (لا تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما يلي: أ - اعمال السيادة وتعتبر من اعمال السيادة المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية) .

فهنا جميع ما يصدر عن رئيس الجمهورية من مراسيم وقرارات ومنها القرارات التي لها قوة القانون الصادرة بموجب المادة (٥٧- ج) التي تسمى القرارات الجمهورية تعد من اعمال السيادة ^(١) .

إن أعمال السيادة هي نظرية ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي لأسباب ذكرناها في المبحث الأول من هذا الفصل . وقد تبنت الكثير من الدول هذه النظرية ونصت عليها في قوانينها . ومن هذه الدول مصر ، إذ نصت المادة السادسة من قانون مجلس الدولة المصري رقم (١١٢) لسنة ١٩٤٦ على انه (لا تقبل الطلبات الآتية : الطلبات المقدمة عن القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بمجلس البرلمان ، وعن التدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة وعن العلاقات السياسية أو المسائل الخاصة بالأعمال الحربية ، وعلى العموم سائر الطلبات المتعلقة بعمل من اعمال السيادة) ^(٢) .

لقد أثار هذا النص انتقادات شديدة من قبل البرلمان والفقهاء المصريين وذلك لما تضمنه من تمثيل لأعمال السيادة . إذ قيل في هذه الانتقادات بأنه ليس من شأن الشارع أن يحصر أعمال السيادة بنفسه وبأنه منذ أن نشأ مجلس الدولة الفرنسي لم يدر بخلد الشارع الفرنسي تحديد أعمال السيادة ، كما قيل بأنه لا يمكن سرد أمثلة لأعمال السيادة في مقام يقضي مجرد الإشارة إليها ، إذ أنها محل خلاف فقهي

(١) وبموجب الفقرة (خامساً أ) من المادة السابعة من قانون مجلس شورى الدولة فان الإجراءات الصادرة من رئيس الجمهورية تطبيقاً لحالة الطوارئ تعد من اعمال السيادة .

(٢) ذكره د. عبد الفتاح ساير داير ، مصدر سابق ، ص ٧٠٧ . وقد تكرر نفس النص في المادة (٧) من قانون مجلس الدولة رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ . المصدر نفسه .

كبير ومحل تطور قضائي وفقهي مستمر . كما قيل في انتقاد مسلك المشرع المصري بأن هذه الأعمال يجب ترك أمر تحديدها للقضاء وذلك تبعاً لتطور الظروف والاعتبارات السياسية في الدولة^(١).

وإزاء هذه الانتقادات فقد عدل المشرع المصري عن مسلكه هذا ونص في المادة (١٢-١) من قانون مجلس الدولة رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ على أنه (لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بإعمال السيادة)^(٢).

نستنتج مما تقدم من موقف الفقه المصري من تمثيل المشرع لأعمال السيادة بأنه كان على المشرع العراقي أن يبدأ من حيث انتهى مجلس الدولة المصري لا من حيث بدأ . وهو الذي استفاد مما توصل إليه كلاً من مجلسي الدولة الفرنسي والمصري في دعوى الإلغاء عند تنظيمه للعديد من عناصر هذه الدعوى في القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ .

إن مسلك المشرع العراقي هذا كان محل انتقاد الفقه العراقي الذي أكد إن القضاء في فرنسا ومصر قد بسط رقابته على قرارات ومراسيم صادرة عن رئيس الجمهورية^(٣) . وكان من الأنسب ترك النص مطلقاً دون تمثيل تاركاً تقدير ما يعد من أعمال السيادة إلى القضاء ، وهو آخر ما توصل إليه القضاء الإداري في دول القضاء المزدوج^(٤).

كما ذكر الفقه بأن ما جرى عليه العمل واجمع عليه الفقه في فرنسا ومصر أن القضاء هو الذي يضفي على العمل صفة أعمال السيادة^(٥) . ونحن نؤيد الفقه فيما ذهب إليه ، ففكرة أعمال السيادة متغيرة تبعاً لظروف الدولة ولا يمكن تجميدها في نص تشريعي بل تترك لتقدير القضاء بحسب الأحوال السياسية والاقتصادية .

لقد ذكرت محكمة القضاء الإداري المصري في حكم لها بأنه (..... لم يتيسر وضع تعريف حاسم أو حصر دقيق لأعمال السيادة ، إذ أن ما يعتبر عملاً إدارياً قد يرقى في ظروف وملابسات سياسية في دولة ما إلى مرتبة أعمال السيادة ، كما أن ما يعتبر عملاً ممن أعمال السيادة قد يهبط في ظروف أخرى إلى مستوى الأعمال الإدارية . وهذا النظر جميعه هو ما اتجه إليه الفقه والقضاء الإداريان في فرنسا ومصر)^(٦) .

(١) يُنظر في انتقادات البرلمان د. عبد الفتاح ساير داير ، مصدر سابق . ص ٧١٤-٧١٧ . أما انتقادات الفقه ، يُنظر د. طعيمة الجرف ، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة (قضاء الإلغاء) ، مصدر سابق . ص ٩٧ . د. عبد الفتاح ساير داير ، مصدر سابق . ص ٧١٨ . د. عثمان خليل ، القانون الإداري ، مصدر سابق . ص ٨٦ . د. محسن خليل ، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة ، مصدر سابق . ص ٩٢ .

(٢) د. عبد الفتاح ساير داير ، مصدر سابق . ص ٧٠٧ .

(٣) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي ، مصدر سابق . ص ١٥٤ .

(٤) د. فاروق احمد خماس ، محكمة القضاء الإداري في ضوء قانون (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ ، مصدر سابق . ص ٤٣٢ .

(٥) د. ماهر صالح علاوي ، القرار الإداري ، مصدر سابق . ص ١٧٤ .

(٦) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩/١/١٩٥٦ . حمدي ياسين عكاشة ، مصدر سابق . ص ١١٧ .

ولنا أن نقول في هذا الموضوع أن الفقرة (خامساً - أ) من المادة السابعة من قانون مجلس شوري الدولة تحجب حق التقاضي بصورة كاملة عن الأفراد في كل ما يصدر عن رئيس الجمهورية ، وهذا مخالف للمادة (٦٣ - ب) من دستور ١٩٧٠ التي جعلت حق التقاضي مكفولاً لجميع المواطنين .

وعليه فإن الفقرة (خامساً - أ) هي غير دستورية وعلى القضاء عدم تطبيقها لتعارضها مع نص دستوري ، ومن واجب القاضي عند تعارض النصوص أن يغلب النص الأعلى مرتبة في التدرج القانوني ^(١) .

وإضافة إلى ذلك فإن لقضائنا الإداري أن يحذو حذو نظيرة المصري الذي قضى في ظل المادة السادسة من قانون مجلس الدولة لسنة ١٩٤٦ بان (التدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة التي تعتبر من أعمال السيادة طبقاً للمادة السادسة من قانون إنشاء مجلس الدولة ، ويحرم تبعاً لذلك على محكمة القضاء الإداري التعرض لها هي تلك الإجراءات العليا التي تتخذها الحكومة بموجب سلطتها العليا في حفظ الأمن واستتبابه ورده إلى نصابه . أما تلك التي تتخذها تطبيقاً لنصوص القوانين واللوائح ومباشرة لتفاصيل سلطتها في هذا الشأن فهي من القرارات الإدارية العادية التي تخضع لرقابة محكمة القضاء الإداري إلغاء وتعويض) ^(٢) .

وتبعاً لذلك للقضاء الإداري العراقي أن يميز بين القرارات التي لها قوة القانون الصادرة من رئيس الجمهورية التي تتصل بوظيفة الحكومة بصفتها سلطة حكم ، أي التي تتصل بالمصالح العليا للدولة وعنا أعمال السيادة . وبين تلك القرارات التي تصدر عن رئيس الجمهورية بوصفه سلطة إدارية ^(٣) .

(١) جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٥٨/٧/١٢ (بان القانون لا يكون غير دستوري إلا إذا خالف نصاً دستورياً قائماً أو خرج على روحه ومقتضاه ومرد ذلك إلى أن الدستور هو القانون الأعلى فيما يقرره لا يجوز أن تهدده أية أداة أدنى وان وظيفة القضاء هي تطبيق القانون فيما يعرض له من الأقضية فإذا تراحت في التطبيق هذه التشريعات أو التنظيمات (القرارات التنظيمية) جميعاً وقام بينها التعارض وجب على القضاء أن يطبق القاعدة الأعلى في المرتبة فيغلب الدستور على القانون ويغلب القانون على القرار الإداري أي كانت مرتبته وذلك لأن المناط في الفصل عند التعارض هو إن الأعلى يسود الأدنى) . ذكره د. فؤاد العطار ، مصدر سابق . ص ٢١ .

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٤٨/٤/١٣ . وقد صدر حكم مشابه للحكم المذكور وذلك بتاريخ ١٩٥٠/٦/٦ (في ظل المادة " ٧ " من قانون مجلس الدولة لسنة ١٩٤٩) . ينظر حمدي ياسين عكاشة ، مصدر سابق . ص ١٢١ .

(٣) في مصر صدر قانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ معدلاً لقانون مجلس الدولة متضمناً في مادته الأولى ، على أن (تستبدل بالمادة " ١٢ " من القانون رقم " ٥٥ " لسنة ١٩٥٩ المشار إليه النص الآتي : لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة ، ويعتبر من قبيل أعمال السيادة قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستبعاد أو فصلهم عن غير الطريق التأديبي) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون بان أعمال السيادة التي يعني بها هذا القانون هي (القرارات التي تتصل بوظيفة الحكومة بوصفها سلطة حكم ، أي تلك التي تتصل بمصالح الدولة العليا أو النظام العام أو سير المرافق العامة وفقاً لما يجب أن تسير عليه بانتظام واطراد ، ومن ثم ، يتعين استبعاد ، من نطاق تطبيق هذا القانون ، القرارات التي تصدر من رئيس الجمهورية في هذا الخصوص باعتباره ممثلاً للسلطة التنفيذية بوصفها سلطة إدارية لا سلطة حكم) ينظر د. فؤاد العطار ، مصدر سابق . ص ٥٣٤ .

في نهاية هذا المطلب نستنتج انعدام رقابة القضاء الإداري العراقي على القرارات التي لها قوة القانون وهو أمر له خطورته البالغة على حقوق وحريات الأفراد ، إذ أن القضاء الإداري وكما لاحظنا ذلك في فرنسا ومصر هو الضمانة الفعالة لحماية الحقوق والحريات ، وعلى قضائنا الإداري أن يستفيد من تجارب القضاءين المذكورين ويبدأ من حيث انتهىها لا من حيث بدءا .

وقد عاد المشرع المصري في قانون مجلس الدولة رقم " ٤٧ " لسنة ١٩٧٢ إلى إطلاق النص بشأن اعمال السيادة ، إذ جاء في المادة " ١١ " منه بان (لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة) . يُنظر د. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، مصدر سابق . ص ١٣٨ .

الفهرست

رقم الصفحة	اسم الموضوع
٢-١	المقدمة
٢٠-٣	التمهيد : تمييز القرار الاداري من بقية الاعمال القانونية للدولة وتعريفه
١٧-٣	أولا : تمييز القرار الاداري من سائر اعمال الدولة
٢٠-١٧	ثانيا : تعريف القرار الاداري
٦٦-٢١	الفصل الاول : انواع القرارات الادارية ومدى خضوعها للإلغاء من قبل القضاء
٤٠-٢٢	المبحث الاول : انواع القرارات الادارية
٣١-٢٢	المطلب الاول : القرارات الادارية التنظيمية والفردية
٢٤-٢٢	الفرع الاول : القرارات الادارية التنظيمية
٢٤	الفرع الثاني : القرارات الادارية الفردية
٢٧-٢٥	الفرع الثالث : تمييز القرارات الادارية التنظيمية من القرارات الفردية واهمية التمييز
٣١-٢٨	الفرع الرابع : الامور التي تحتم اللجوء الى القرارات التنظيمية
٤٠-٣١	المطلب الثاني : العلاقة بين القانون والقرار الاداري التنظيمي
٣٥-٣٢	الفرع الاول : التمييز بين القانون والقرار التنظيمي والنتائج المترتبة على ذلك
٤٠-٣٥	الفرع الثاني : مجال القانون والقرار التنظيمي
٦٦-٤١	المبحث الثاني : مدى خضوع القرار الاداري للإلغاء من قبل القضاء
٥٠-٤٢	المطلب الاول : مدى خضوع القرار الاداري للإلغاء استنادا لنظام القضاء الموحد
رقم الصفحة	اسم الموضوع
٤٦-٤٣	الفرع الاول : رقابة الالغاء
٥٠-٤٦	الفرع الثاني : رقابة امتناع عن تنفيذ القرار
٦٦-٥٠	المطلب الثاني : مدى خضوع القرار الاداري للإلغاء استنادا لنظام القضاء المزدوج
٦١-٥٢	الفرع الاول : رقابة المشروعية
٦٦-٦١	الفرع الثاني : رقابة الملائمة
١٢٧-٦٧	الفصل الثاني : القرارات التي لها قوة القانون
٩٣-٦٩	المبحث الاول : القرارات التي لها قوة القانون في فرنسا
٧٩-٧٠	المطلب الاول : اصدار القرارات التي لها قوة القانون بموجب التنظيم الدستوري لحالة الظروف الاستثنائية
٧٢-٧٠	الفرع الاول : المرحلة التي سبقت دستور ١٩٥٨

(ب)

٧٩-٧٢	الفرع الثاني القرارات التي لها قوة القانون استنادا الى دستور ١٩٥٨
٩٣-٨٠	المطلب الثاني : توسيع مجال القرارات الادارية
٨٤-٨١	الفرع الاول : القرارات بقوانين قبل دستور ١٩٥٨
٩٣-٨٤	الفرع الثاني : أثر التجديدات التي جاء بها دستور ١٩٥٨ في قوة القرارات الادارية
١٢٧-٩٤	المبحث الثاني : القرارات التي لها قوة القانون في مصر والعراق
١١١-٩٤	المطلب الاول : القرارات التي لها قوة القانون في مصر
١٠٤-٩٥	الفرع الاول : التفويض الدستوري المباشر للقرارات التي لها قوة القانون
١١١-١٠٤	الفرع الثاني : التفويض الدستوري غير المباشر للقرارات التي لها قوة القانون
١٢٧-١١٢	المطلب الثاني : القرارات التي لها قوة القانون في العراق
رقم الصفحة	اسم الموضوع
١٢٢-١١٢	الفرع الاول : التفويض الدستوري المباشر للقرارات التي لها قوة القانون
١٢٧-١٢٢	الفرع الثاني : التفويض الدستوري غير المباشر للقرارات التي لها قوة القانون
١٨٠-١٢٨	الفصل الثالث : الرقابة القضائية على القرارات التي لها قوة القانون
١٥٤-١٢٩	المبحث الاول : رقابة القضاء الاداري الفرنسي على القرارات التي لها قوة القانون
١٤١-١٣٠	المطلب الاول : الرقابة القضائية في الظروف الاستثنائية والقرارات بقوانين
١٣٦-١٣٠	الفرع الاول : نظرية الظروف الاستثنائية
١٤١-١٣٦	الفرع الثاني : الرقابة على القرارات بقوانين
١٥٤-١٤١	المطلب الثاني : رقابة مجلس الدولة في ظل دستور ١٩٥٨
١٤٥-١٤٢	الفرع الاول : رقابة مجلس الدولة على القرارات المستقلة والقرارات التفويضية
١٥٤-١٤٦	الفرع الثاني : رقابة القضاء الإداري على القرارات المتخذة بموجب المادة (١٦)
١٨٠-١٥٥	المبحث الثاني : رقابة القضاء الإداري على القرارات التي لها قوة القانون في مصر و العراق
١٦٩-١٥٦	المطلب الأول : القرارات التي لها قوة القانون في قضاء مجلس الدولة المصري
١٦٠-١٥٦	الفرع الأول : الرقابة على لوائح الضرورة واللوائح التفويضية

(ج)

١٦٨-١٦٠	الفرع الثاني : نظرية الظروف الاستثنائية
---------	---

رقم الصفحة	اسم الموضوع
١٨٠-١٧٠	المطلب الثاني : الرقابة على القرارات التي لها قوة القانون في ظل القضاء الإداري العراقي
١٧٤-١٧٠	الفرع الأول : الرقابة على القرارات التي لها قوة القانون قبل إنشاء القضاء الإداري
١٨٠-١٧٤	الفرع الثاني : الرقابة على القرارات التي لها قوة القانون إستنادا الى القانون رقم (١٠٦) لسنة (١٩٨٩)
١٨٤-١٨١	الخاتمة
	المراجع

المراجع

أولاً: المراجع العربية

أ- الكتب

- ١- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا ، القانون الدستوري ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٣ .
- ٢- د. أحمد عبد الرحمن شرف الدين ، د. محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإداري ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة صنعاء ، ١٩٩١ .
- ٣- د. أحمد مدحت علي ، نظرية الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة في فرنسا ومصر) ، الهيئة المصرية للكتاب ، ١٩٧٨ .
- ٤- د. ادمون رباط ، الوسيط في القانون الدستوري العام ، الجزء الاول ، الطبعة الأولى ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٦٤ .
- ٥- د. ادمون رباط ، الوسيط في القانون الدستوري العام ، الجزء الثاني ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٦٥ .
- ٦- د. اعاد حمود القيسي ، الوجيز في القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، دار الأوائل للطباعة والنشر ، عمان ، ١٩٩٨ .
- ٧- د. اعاد حمود القيسي ، الوجيز في القانون الإداري وقضاء المظالم ، الطبعة الأولى ، دار الأوائل للطباعة والنشر ، عمان ، ١٩٩٩ .
- ٨- د. بكر قباني ، القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع.
- ٩- د. بشار عبد الهادي ، الجوانب التطبيقية لتفويض الاختصاصات التشريعية والإدارية في مصر والاردن ، الطبعة الأولى ، دار الفرقان للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٨٢ .
- ١٠- د. ثروت بدوي ، النظم السياسية ، الجزء الأول ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ .
- ١١- د. ثروت بدوي ، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية ، الناشر دار النهضة العربية ، ١٩٧٠ .
- ١٢- د. حامد مصطفى ، مبادئ القانون الإداري العراقي ، بلا مطبعة ، ١٩٦٨ .
- ١٣- حسن جميل ، الحياة النيابية في العراق (١٩٢٥-١٩٤٦) ، موقف جماعة الاهالي منها ، الطبعة الأولى ، منشورات مكتبة المثنى ، بغداد ، ١٩٨٣ .
- ١٤- حسن عزبة العبيدي ، المركز الدستوري لحزب البعث العربي الاشتراكي ، دار واسط للدراسات والنشر والتوزيع ، ١٩٨٢ .
- ١٥- د. حميد الساعدي ، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٩٠ .
- ١٦- حمدي ياسين عكاشة ، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة (شرح وتحليل القرارات الإدارية في ضوء احكام محكمتي القضاء الإداري والإدارية العليا) ، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٨٧ .

- ١٧- د. خالد خليل الظاهر ، القانون الاداري ، (دراسة مقارنة) ، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى ، دار المسيره للنشر والتوزيع والطباعة ، عمان ، ١٩٩٧ .
- ١٨- د. خالد سمارة الزغبى ، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة) ، الطبعة الثانية ، الناشر مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩ .
- ١٩- خضر عكوبي يوسف ، موقف القضاء العراقي من الرقابة على القرار الاداري ، الطبعة الاولى ، مطبعة الحوادث ، بغداد ، ١٩٧٦ .
- ٢٠- د. رافع شبر ، النظام الدستوري في العراق ، مذكرات مطبوعة بالرونو ، كلية القانون ، جامعة بابل ، بلا سنة طبع .
- ٢١- د. رعد ناجي الجدة ، التشريعات الدستورية في العراق ، بيت الحكمة ، قسم الدراسات التاريخية ، لجنة السلسلة الوثائقية ، ١٩٩٨ .
- ٢٢- زهدي يكن ، التنظيم الإداري (تنظيم الإدارة المركزية والمحلية) ، نشر وتوزيع دار الثقافة ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع .
- ٢٣- د. سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية وضمان الرقابة القضائية ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٨٢ .
- ٢٤- د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة وضمان الرقابة القضائية ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٨٢ .
- ٢٥- د. سامي جمال الدين ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٨٢ .
- ٢٦- د. سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، الجزء الثاني ، دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٦ .
- ٢٧- د. سعاد الشرقاوي ، الوجيز في القضاء الإداري ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية .
- ٢٨- د. سعد عصفور ، النظام الدستوري المصري ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٨٠ .
- ٢٩- سعدون عنتر الجنابي ، أحكام الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي ، ساعدت وزارة الثقافة والاعلام على نشره ، بغداد ، ١٩٨١ .
- ٣٠- د. سليمان محمد الطماوي ، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الاسلامي ، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٦٧ .
- ٣١- د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الإداري ، الجزء الأول ، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٦٧ .
- ٣٢- د. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الرابعة ، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٦ .
- ٣٣- د. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الخامسة ، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٤ .
- ٣٤- د. سليمان محمد الطماوي : النظم السياسية والقانون الدستوري (دراسة مقارنة) ، بلا مطبعة ، ١٩٨٨ .

- ٣٥- د. سليمان محمد الطماوي : مبادئ القانون الاداري (دراسة مقارنة) ، الكتاب الثالث ، بلا مطبعة ، ١٩٧٩ .
- ٣٦- د. السيد صبري ، اللوائح التشريعية ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، ١٩٤٤ .
- ٣٧- د. شاب توما منصور ، القانون الاداري ، الكتاب الثاني ، الطبعة الأولى ، مطبعة جريدة العراق ، بغداد ، ١٩٨٠ .
- ٣٨- د. طعيمة الجرف ، القانون العام (دراسة مقارنة لنظم الحكم والادارة) ، القسم الثاني ، ملتزم الطبع والنشر مكتبة القاهرة الحديثة ، ١٩٦٢ .
- ٣٩- د. طعيمة الجرف ، نظرية الدولة والاسس العامة للتنظيم السياسي ، ملتزم الطبع والنشر مكتبة القاهرة الحديثة ، ١٩٦٤ .
- ٤٠- د. طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥ .
- ٤١- د. طعيمة الجرف ، رقابة القضاء لإعمال الإدارة العامة ، قضاء الالغاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ .
- ٤٢- د. طعيمة الجرف ، القانون الدستوري ومبادئ النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة ، ملتزم الطبع والنشر مكتبة القاهرة الحديثة ، ١٩٦٤ .
- ٤٣- د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون ، الطبعة الثالثة ، ملتزم الطبع والنشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٦ .
- ٤٤- عاشور سليمان صالح شوايل ، مسؤولية الإدارة عن اعمال وقرارات الضبط الإداري ، منشورات جامعة قاريونس ، بنغازي ، ١٩٩٧ .
- ٤٥- عامر احمد المختار ، تنظيم سلطة الضبط الإداري في العراق ، ساعدت جامعة بغداد على نشره ، بغداد ، ١٩٧٥ .
- ٤٦- د. عبد الله إسماعيل البستاني ، مذكرات أوليه في القانون الإداري ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، ١٩٥٠ - ١٩٥١ .
- ٤٧- د. عبد الحميد متولي ، القانون الإداري للعراق ، الجزء الأول ، مطبعة الجزيرة ، بغداد ، ١٩٣٧ .
- ٤٨- د. عبد الرحمن نورجان الايوبي ، القضاء الإداري في العراق حاضره ومستقبله (دراسة مقارنة) ، دار ومطابع الشعب ، ١٩٦٥ .
- ٤٩- د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩٧ .
- ٥٠- د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الإداري ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩١ .
- ٥١- د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩٦ .
- ٥٢- د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري (قضاء الالغاء) ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩٧ .

- ٥٣- د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٣ .
- ٥٤- د. عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان ، الوجيز في دعوى الإلغاء ، النسر العربي ، عابدين ، ١٩٨٦ .
- ٥٥- د. عبد المنعم عبد العظيم جيره ، أثار حكم الإلغاء (دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي) ، الطبعة الأولى ، ملتزم الطبع النشر دار الفكر العربي ، ١٩٧١ .
- ٥٦- د. عثمان خليل عثمان ، القانون الإداري ، مطبعة الإهالي ، بغداد ، ١٩٣٩ - ١٩٤٠ .
- ٥٧- د. عثمان خليل عثمان ، القانون الإداري (مجلس الدولة) ، الطبعة الثانية ، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ، ١٩٥٠ .
- ٥٨- د. علي محمد بدير ، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، د. مهدي ياسين السلامي ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٩٣ .
- ٥٩- د. علي خطار شطناوي ، القضاء الإداري الاردني ، الطبعة الأولى ، المركز العربي للخدمات الطلابية ، مطبعة كنعان ، عمان ، ١٩٩٥ .
- ٦٠- د. عمر حلمي فهمي ، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ، ١٩٨٠ .
- ٦١- د. عمر فؤاد أحمد بركات ، مبادئ القانون الإداري ، بلا مطبعة ، ١٩٨٥ .
- ٦٢- د. عمر محمد الشوبكي ، القضاء الإداري (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، الاصدار الثاني ، الناشر مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠١ .
- ٦٣- د. فائز عزيز أسعد ، أنحراف النظام البرلماني في العراق ، الطبعة الثانية ، بلا مطبعة ، ١٩٨٤ .
- ٦٤- د. فاروق أحمد خماس ، الرقابة على أعمال الإدارة ، دار الكتب للطباعة والنشر ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ١٩٨٨ .
- ٦٥- د. فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع .
- ٦٦- د. القطب محمد طلبية ، العمل القضائي في القانون المقارن والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي في مصر ، الطبعة الأولى ، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ، ١٩٦٥ .
- ٦٧- العميد ليون دكي ، دروس في القانون العام ، ترجمة رشدي خالد ، منشورات مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨١ .
- ٦٨- د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٥ .
- ٦٩- د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٤ .

- ٧٠- د. ماجد راغب الحلو ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، الناشر منشأة المعارف ، بالإسكندرية ، ٢٠٠٠ .
- ٧١- د. ماهر صالح علاوي ، القرار الإداري ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، ١٩٩١ .
- ٧٢- د. محسن خليل ، النظام الدستوري في مصر والجمهورية العربية المتحدة ، الطبعة الأولى ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٥٩ .
- ٧٣- د. محسن خليل ، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة ، الجزء الأول ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٦١- ١٩٦٢ .
- ٧٤- د. محمد حسنين عبد العال ، رقابة مجلس الدولة لقرارات الضبط الإداري الصادره بالتطبيق للمادة (١٦) من الدستور الفرنسي والمادة (٧٤) من الدستور المصري (دراسة تحليلية لأحكام القضاء) ، الناشر دار النهضة العربية، ١٩٨٣ .
- ٧٥- د. محمد علي جواد ، مبادئ القانون الإداري ، مذكرات مطبوعة بالرونيو لطلبة كلية القانون المرحلة الثانية ، جامعة بابل ، بدون سنة طبع .
- ٧٦- د. محمد علي جواد ، القضاء الإداري ، مذكرات مطبوعة بالرونيو لطلبة كلية القانون ، جامعة بابل ، بدون سنة طبع .
- ٧٧- المحامي محمد فخري الجميل ، مذكرات في القانون الإداري المحلي ، مجموعة محاضرات التي القيت على طلبة الصف المنتهي في كلية الحقوق ، للعام الدراسي ١٩٤٣ - ١٩٤٤ ، مطبعة الصباح .
- ٧٨- د. محمد فؤاد مهنا ، القانون الإداري العربي ، المجلد الثاني ، بلا مطبعة ، ١٩٦٧ .
- ٧٩- د. محمد كامل ليلة ، القانون الدستوري ، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ، مطبعة النهضة الجديدة ، القاهرة ، ١٩٦٧ .
- ٨٠- د. محمد كامل ليلة ، التنفيذ المباشر في القانون الإداري (دراسة مقارنة للتشريع والفقهاء والقضاء) ، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ، بلا سنة طبع .
- ٨١- د. محمد وليد العبادي ، قضاء الإلغاء (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، عمان ، ١٩٩٥ .
- ٨٢- د. محمود حلمي ، القرار الإداري ، الطبعة الأولى ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، ١٩٧٠ .
- ٨٣- د. محمود حلمي ، القضاء الإداري ، الطبعة الأولى ، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ، ١٩٧٤ .
- ٨٤- د. محمود حلمي ، النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة ، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ، ١٩٦٥ .
- ٨٥- د. محمود سعد الدين الشريف ، اصول القانون الإداري ، الجزء الأول ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٦ .
- ٨٦- د. محمود عاطف البنا ، الوسيط في القضاء الإداري (قضاء الإلغاء وقضاء التعويض) ، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ، ١٩٨٨ .

- ٨٧- د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري (دراسة مقارنة) ، الجزء الأول ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع .
- ٨٨- د. محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري ، بلا مطبعة ، بلا سنة طبع .
- ٨٩- د. مصطفى كامل ، شرح القانون الدستوري والقانون الاساسي العراقي ، الطبعة الخامسة ، مطبعة السلام ، بغداد ، ١٩٤٧-١٩٤٨ .
- ٩٠- د. نوري لطيف ، القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، الطبعة الثانية ، مطبعة علاء الوزيرية ، ١٩٧٩ .
- ٩١- د. نوري لطيف ، القانون الدستوري المبادئ والنظريات العامة ، الطبعة الأولى ، ساعدت على طبعه الجامعة المستنصرية ، ١٩٧٦ .
- ٩٢- د. يحيى الجمل ، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة (دراسة مقارنة) الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع .

ب- الرسائل الجامعية

- ٩٣- أسعد سعد برهان الدين بكر ، انتهاء القرارات الإدارية بالإرادة المنفردة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٧ .
- ٩٤- أسماعيل صعصاع البديري ، الطعن في أحكام المحاكم الإدارية في العراق أمام الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ١٩٩٥ .
- ٩٥- عبد الامير محسن مغير ، سلطة الإدارة في إصدار القرارات التنظيمية والرقابة عليها ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٩ .
- ٩٦- علي نجيب حمزة ، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٠١ .
- ٩٧- محمود خلف حسين ، التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٩ .
- ٩٨- مروان محمد محروس المدرس ، تفويض الاختصاص التشريعي (دراسة مقارنة دستورية) ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٠ .
- ٩٩- منال يونس عبد الرزاق الالوسي ، المؤسسة التشريعية في العراق في ظل دستوري ١٩٢٥-١٩٧٠ ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٧ .
- ١٠٠- وسام صبار عبد الرحمن ، الاختصاص التشريعي لاداره في الظروف العادية ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٤ .

ج - البحوث والمجلات

- ١٠١- د. إبراهيم طه الفياض ، ولاية القضاء العراقي العامة في نظر دعوى المسؤولية الإدارية ، مجلة العلوم السياسية والقانونية تصدرها اساتذة كلية القانون السياسية في الجامعة المستنصرية ، العدد الأول ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، حزيران ، ١٩٧٦ .
- ١٠٢- د. السيد صبري ، بحث في سلطة عمل اللوائح ، مجلة المحاماة ، تصدرها نقابة المحامين الاهلية ، السنة الثانية والعشرون العدد الثامن والتاسع والعاشر ، أبريل ومايو ويونيو ، مطبعة حجازي ، القاهرة ، ١٩٤٢ .

١٠٣- د. رعد ناجي الجدة ، مساهمة في دراسة مجلس قيادة الثورة (تكوينية وسلطنة) مجلة القانون المقارن العراقية ، تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية ، العدد (٢٨) ، ٢٠٠٠ .

١٠٤- د. سليمان محمد الطماوي ، مشكلة استبعاد المشرع لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء الإداري ، مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية ، العددان ٣-٤ كانون الأول ، لسنة (١٩) مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٦١ .

١٠٥- د. عبد الباقي محمود ، أهم المبادئ التي أقرها القضاء الإداري في العراق ، مجلة العدالة ، العدد الثاني ، تصدرها وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٩٩ .

١٠٦- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في العراق وفاق تطورها ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، تصدرها كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد ، المجلد الرابع ، العددان الأول والثاني ، ١٩٨٥ .

١٠٧- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مجلس شوري الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي ، مجلة العلوم القانونية ، تصدرها كلية القانون ، جامعة بغداد ، المجلد التاسع ، العدد الأول والثاني ، ١٩٩٠ .

١٠٨- د. علي جمعه محارب المشهداني ، القضاء الإداري العراقي ، مجلة الحلولية العراقية للقانون تصدرها كلية القانون ، جامعة بغداد ، العدد الأول ، ٢٠٠١ .

١٠٩- د. علي محمد بدير ، أنواع القرارات الإدارية ، مجلة القانون والاقتصاد ، تصدرها هيئة القانون والاقتصاد في جامعة البصرة ، العددان (٣-٤) ، السنة الثانية ، ١٩٧٠ .

١١٠- د. غازي فيصل مهدي ، الطعن في القرار الإداري التنظيمي ، مجلة الدراسات القانونية ، تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ، العدد الأول ، السنة الأولى (كانون الثاني ، اذار) ، ١٩٩٩ .

١١١- د. غازي فيصل مهدي ، الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الإداري في العراق ، مجلة العدالة تصدرها وزارة العدل ، العدد الثاني ، (نيسان ، حزيران ، مايس) ، ٢٠٠١ .

١١٢- د. غازي فيصل مهدي ، موقف القضاء الإداري العراقي من السلطة التقديرية للإدارة ، مجلة دراسات قانونية ، مجلة فصلية ، محكمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ٢٠٠٢ .

١١٣- د. فاروق أحمد خماس ، محكمة القضاء الإداري في ضوء قانون (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ ، مجلة العلوم القانونية ، تصدرها كلية القانون ، جامعة بغداد ، المجلد التاسع ، العدد الأول والثاني ، ١٩٩٠ .

١١٤- مجموعة الأحكام العدلية ، يصدرها قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل ، العدد الأول ، السنة السادسة .

١١٥- مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الرابع ، السنة السابعة ، ١٩٧٦ .

١١٦- مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة الثامنة ، ١٩٧٧ .

د- الدساتير والقوانين

١- دستور الجمهورية العراقية لسنة ١٩٦٨ .

- ٢- دستور الجمهورية العراقية لسنة ١٩٧٠ .
- ٣- الدستور المصري لسنة ١٩٧١ .
- ٤- قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ .
- ٥- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ .
- ٦- قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ .
- ٧- قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ .
- ٨- مجموعة القوانين والانظمة لسنة ١٩٦٥ ، القسم الاول ، القوانين ، الجمهورية العراقية ، وزارة العدل ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٦٦ .

ثانيا – المراجع الأجنبية

- ١- Ander de laubadere ; traite de droit Administratif ١٩٧٣.
- ٢- Ander de laubadere , manuel de droit Administratif , Jean , clad veneziaet yves Gaudemint – L. G. A. J. ١٩٨٢ .
- ٣- Auby et Dragoi traite de contentieux administratifs Tom ٣- L- G- D- J- Par ; ١٩٦٢ .
- ٤- M- Long – p . weil – G. Braidanl ; Les Grands Arrêts de La Jurisprudence administrative- sirey , ١٩٦٩.
- ٥- Roger Bonnavd , precis Elementaire de droit public , ١٩٣٢ .
- ٦- Roger Bonnardi precis de droit administratif quatrieme edition ١٩٩٣ .
- ٧- Georges vedel- pierre Delvolve , droit Administratif , France , ١٩٨٢ .
- ٨- Gorges Burdean ; manuel de droit constitutionnel et institutions politiques . ١٩٨٤ .

الخاتمة

في ختام هذه الرسالة نستنتج مدى التوسع في اللجوء إلى القرارات التي لها قوة القانون بحيث أصبح ذلك أمراً حتمياً سواء أوجد السند الدستوري أم لا . كما هو الحال في فرنسا التي تميز نظامها القانوني بالزيادة المطردة في إصدار هذه القرارات حتى أن المادة (١٣) من دستور سنة ١٩٤٦ لم تمنع إصدار هذه القرارات بالرغم من المنع الصريح الذي ورد في هذه المادة . فالضرورات العملية كانت أقوى من النصوص ، وهو الأمر الذي أدى إلى استجابة المشرع لهذه الضرورات فقام بتنظيم هذه القرارات في دستور سنة ١٩٥٨ الذي تميز بثورة قانونية في العلاقة بين القانون والقرار الإداري التنظيمي تتمثل في تحديد مجال للقانون على سبيل الحصر وإطلاق مجال القرار التنظيمي فيما تبقى من المسائل التي لم يتم تحديدها ، وتبع ذلك توسع في منح سلطة إصدار قرارات لها قوة القانون حتى أن المشرع الدستوري قد منح القرارات المستقلة الصادرة بموجب المادة (٣٧) قوة القانون عند تنظيم مسألة سبق للقانون أن تناولها قبل نفاذ دستور ١٩٥٨ ، وذلك بموجب الفقرة الثانية من المادة المذكورة ، أو عند تعدي القانون على مجال القرارات المستقلة في ظل هذا الدستور وذلك طبقاً للفقرة الأخيرة من هذه المادة .

وقد قام مجلس الدولة الفرنسي ببسط رقابته على القرارات التي لها قوة القانون سواء قبل دستور ١٩٥٨ أو في ظل هذا الدستور . وقد كان له موقف حاسم من الرقابة على القرارات المستقلة وعنها ذات طبيعة إدارية فبسط رقابته عليها قاطعاً الجدل الفقهي الذي ثار حول هذه القرارات ومزياً مخاوف الفقه في عدم بسط الرقابة القضائية عليها .

إلا أن هذا المجلس كان على خلاف ما عرف عنه في رقابته القضائية ومواقفه الجريئة في هذا الشأن ، وذلك فيما يخص المادة (١٦) من دستور ١٩٥٨ ، إذ أنه حصر رقابته في شأنها على القرارات الصادرة في مسائل تدخل ضمن نطاق المادة (٣٧) فقط من دون تلك التي تدخل في نطاق المادة (٣٤) التي تتمثل بالقرارات التي لها قوة القانون ، أي أن الرقابة على القرارات التي لها قوة القانون في ظل هذه المادة معدومة . وهذه ثغرة في ضمانات حماية حقوق وحريات الأفراد ولاسيماً أن هذه المادة تمنح سلطات واسعة لرئيس الجمهورية ومن الخطورة أن تبقى في منأى عن الرقابة القضائية .

أما مصر فقد تميز نظامها القانوني بتضمنه القرارات التي لها قوة القانون أيضاً . وقد تدرجت الدساتير المصرية في درجة تنظيم هذه القرارات حتى بلغت درجة متطورة في ذلك عند صدور دستور ١٩٧١ النافذ . وقد تميز هذا الدستور بابتداع نوع جديد من القرارات التي لها قوة القانون على النظام القانوني المصري، وهي تلك الصادرة بموجب المادة (٧٤) والمستوحاة من المادة (١٦) من الدستور الفرنسي . وما يعيب هذه المادة قلة القيود الواردة فيها نسبه إلى المادة (١٦) .

لقد تميز مجلس الدولة المصري برقابته على القرارات التي لها قوة القانون والتي طالت المادة (٧٤) لجوءاً وتطبيقاً ، على خلاف موقف نظيرة الفرنسي . وقد ازدادت فعالية رقابة المجلس بعد صدور دستور ١٩٧١ الذي جاء في المادة (٦٨)

منه على حظر (النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء) .

إلا انه مما يؤخذ على هذا المجلس هو عده قرار إعلان حالة الأحكام العرفية أو الطوارئ من أعمال السيادة بالرغم من عده هذه الحالة من تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية التي بسط رقابته فيها على اللجوء إليها وما يتخذ من إجراءات تطبيقاً لها .

أما العراق فقد تضمن نظامه القانوني، كما في فرنسا ومصر، القرارات التي لها قوة القانون . وقد تميزت هذه القرارات في العراق على خلاف الحال في فرنسا ومصر بقلّة القيود الواردة على إصدارها، بل وصل الأمر إلى انعدام هذه القيود ، كما هو الحال في ظل دستور ١٩٧٠ . وإضافة لذلك فإن الرقابة القضائية على هذه القرارات يمكن عدها معدومة ، وهذا الأمر له خطورته البالغة على الحقوق والحريات .

إن القرارات التي لها قوة القانون كما رأينا قد تكون بتفويض مباشر من الدستور أو قد تحتاج إلى تدخل المشرع لتطبيق النص الدستوري وهو التفويض غير المباشر من قبل الدستور ، وإضافة لما تقدم قد تصدر هذه القرارات بدون سند دستوري وذلك بموجب الضرورات العملية التي تحتم ذلك ، سواء أكانت هذه الضرورات في ظروف عادية أم استثنائية .

إن القرارات التي لها قوة القانون تستطيع أن تعدل أو تلغي نصوصاً تشريعية وذلك طبقاً لقوتها القانونية ، لكن هناك نوعاً من القرارات التي لها قوة القانون يقتصر أثرها في تعطيل النصوص التشريعية لفترة معينة فقط ، وذلك يتمثل في القرارات الصادرة بموجب حالة الأحكام العرفية أو الطوارئ ، والصادرة بموجب نظرية الظروف الاستثنائية وكذلك تلك الصادرة بموجب المادة (١٦) من الدستور الفرنسي . إلا انه استثناء من ذلك فإن ما صدر من قرارات بموجب المادة (٧٤) من الدستور المصري تعدى أثرها التعطيل وقامت بتعديل قواعد قانونية مع أن مجلس الدولة المصري قد عده هذه المادة تطبيقاً لنظرية الظروف الاستثنائية .

وإضافة لما تقدم فإن القرارات الفردية التي لها قوة القانون التي ظهرت في النظام القانوني المصري عند تطبيق المادة (٧٤) وفي النظام القانوني العراقي في قرارات مجلس قيادة الثورة ورئيس الجمهورية في ظل دستور ١٩٧٠ ، فإنها لا تقوى على تعديل أو إلغاء القواعد القانونية أو تعطيلها وإنما يقتصر أثرها على مخالفة هذه القواعد مع تمتعها بالمشروعية استثناءً . فالقاعدة العامة المجردة لا تعدلها أو تلغيها إلا قاعدة عامة مجردة أيضاً .

ولنا في الختام أن نورد بعض الاقتراحات فيما يخص القرارات التي لها قوة القانون والرقابة عليها .

١- فيما يتم التهيؤ لأعداد دستور للبلاد ينهي المرحلة الانتقالية التي تمر بها بعد سقوط نظام صدام فأننا نرجو أن يكون في هذا الدستور سلطة إصدار قرارات لها قوة القانون تتميز بالقيود الفعالة التي تضمن الحفاظ على حقوق الأفراد وحررياتهم وإن تكون هذه السلطة بيد رئيس الدولة حصراً . ولنا الاستفادة في

ذلك من التجربة الدستورية في فرنسا ومصر فيما يخص هذا المجال وذلك في ضوء واقع وظروف بلدنا العزيز .

٢- نذهب إلى ما ذهب إليه جانب من الفقه العراقي وهو الاستغناء عن تمثيل ما يعَد من أعمال السيادة في المادة السابعة (خامساً - أ) من قانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ والاكتفاء بالمبدأ العام وترك ما يعد من أعمال السيادة لتقدير القضاء الإداري وهو الأمر الذي استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا ومصر ، كما لحضنا ذلك

٣- إذا كان نظام الحكم الفردي السابق عائقاً أمام القضاء الإداري العراقي لتحقيق تقدم ملموس في مجال الرقابة على القرارات الإدارية بصورة عامة والقرارات التي لها قوة القانون بصورة خاصة ، فإن سقوط هذا النظام قد فتح الطريق أمام هذا القضاء لأن يخطو خطوات واسعة للوصول إلى ما وصل إليه القضاء الإداري الفرنسي والمصري في هذا المجال ، وهذا ما نتمناه من قضائنا الإداري .

كما نرجوا من المشرع العراقي أن يعدل قانون مجلس شوري الدولة بالشكل الذي يسهم في إحراز هذا التقدم .

- والله وليّ التوفيق -