

## الفصل الأول

### نظرية الظروف الاستثنائية والمشروعية الخارجية للقرار الإداري

عندما يشوب القرارات الإدارية بأحد عيوب المشروعية، لا يملك القاضي الإداري إلا إلغاء القرار لعدم مشروعيته، والمشروعية الخارجية تتعلق بالمظهر الخارجي للقرار ولا يجد القاضي عناءً كبيراً في الوقوف عليها أو تحديدها.

وعليه سنتناول في هذا الفصل الاختصاص، وذلك في المبحث الأول، وفي المبحث الثاني نتناول الشكل والاجراء كالاتي:

### المبحث الأول

#### الاختصاص

يقوم القانون العام على فكرة الاختصاص فبموجبه يتم تحديد اختصاصات رجال الإدارة، ويذهب الفقه الى القول بأن فكرة الاختصاص في مجال القرارات الإدارية، ليست إلا من نتائج مبدأ الفصل بين السلطات، حيث بموجبه يتم تحديد اختصاصات السلطات العامة (التشريعية والقضائية والتنفيذية)، ثم توزيع الاختصاصات في نطاق السلطة الواحدة.

فالاختصاص في مجال القرار الإداري هو صلاحية قانونية لموظف معين بقصد إصدار القرار الإداري، ويرتبط الاختصاص بالوظيفة العامة، حيث لا يستطيع الموظف إصدار القرار إذا لم يكن من اختصاصه الوظيفي، بما أن الوظيفة العامة هي الخلية الأولى والأساسية لكل الجهاز الإداري، لذلك يمكن القول بأن الاختصاص يمثل الجهاز أو أداة الذي يُحرك هذه الخلية لأداء دورها في مجالات الوظيفة العامة.

إذا كان المرجع لاتخاذ القرار الإداري النافذ هي السلطة الإدارية، فإنه ليس كل مرجع إداري هو المرجع الصالح لاتخاذ القرارات الإدارية النافذة، فمثلاً لا يمكن للسلطة الإدارية الخاصة بضبط الأمن في الدولة أن تكون مرجعاً صالحاً لحماية الصحة العامة في الدولة أو تكون مرجعاً لتطور التعليم، لذا يتوجب أن يتم تحديد هذه المراجع بواسطة الدستور والقوانين والأنظمة<sup>(١)</sup>.

لذلك عادةً يتم توزيع الموظفين وفقاً لاختصاصهم، فهناك وظائف تنفيذية يختص شاغلوها بتنفيذ ما يصدر إليهم من قرارات إدارية ويستوي في ذلك إذا كانت القرارات لائحية أم فردية، حيث أن هذه الفئة من الموظفين لا يملكون سلطة اتخاذ قرار، ويفوق وظائف التطبيق وظائف التنفيذية، ومهمته تكييف الأوضاع الفردية وفقاً للمبادئ والأحكام الواردة في القوانين واللوائح والمنشورات الداخلية، أما وظائف التوجيه والقيادة فهم الفئة الأعلى من الموظفين الإداريين ويتمتع شاغلوها بسلطة إصدار القرارات الإدارية اللازمة لتحقيق السياسة العامة للدولة<sup>(٢)</sup>.

فإذا أصدر الموظف قراراً ولا يملك صلاحية إصدارها يعتبر قراره باطلاً لعدم اختصاصه، ويستوي في ذلك إذا كان عدم الاختصاص موضوعياً أو مكانياً أو زمنياً، أما إذا أصدر شخصاً قراراً وهو خارج عن الوظيفة فإن هذا القرار يعتبر معدوماً.

نلاحظ بأن القضاء الإداري في الظروف الاستثنائية يسمح لشخص ما أو لموظف ما بإصدار قرارات إدارية، على الرغم من عدم اختصاصه ويعتبرها صحيحاً إذا كان الموظف أو شخص قصد من قراره تحقيق المصلحة العامة.

(١) الدكتور فوزي حبيش، القانون الإداري العام والابطال لتجاوز حد السلطة والاعمال الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، بيروت ٢٠١١، ص ٣١.

(٢) الدكتور سامي جمال الدين، التنظيم الإداري للوظيفة العامة، ١٩٩٠، ص ١١٠.

ولذلك سوف نحاول في هذا المبحث أن نوضح مفهوم الاختصاص (المطلب الأول)، ومن ثم نبين مصادر الاختصاص في الظروف الاستثنائية (المطلب الثاني)، وفي المطلب الثالث سوف نبين مدى جواز الترخيص بتجاوز قواعد الاختصاص في الظروف الاستثنائية.

## المطلب الأول

### مفهوم الاختصاص في القرار الإداري

هناك تعريفات عديدة لعنصر الاختصاص في القرار الإداري منها الاختصاص: "هو السلطة أو الصلاحية القانونية التي يتمتع بها متخذ القرار في إصدار قراره من النواحي النوعية الزمانية والمكانية"<sup>(١)</sup> ومنها "أنها القواعد التي تحدد الأشخاص والهيئات التي تملك إبرام التصرفات العامة"<sup>(٢)</sup>، وقد يبدو من خلال هذه التعريفات وغيرها للاختصاص بأنه عبارة عن صلاحيات تحدها القاعدة القانونية لمتخذ القرار في إصدار القرار الإداري وبما أن القاعدة القانونية تحدد الاختصاص فلا بد من الالتزام بما يحدده القانون في هذا الشأن من قبل الجهة الإدارية، والخروج على القواعد القانونية للمنظمة للاختصاص يجعل القرار مخالفاً للقانون لصدوره من غير مختص، لذلك يمكن القول بشكل عام بأنها قواعد أمره فلا تجوز مخالفتها، والعيب الذي يصيب عنصر الاختصاص في القرار الإداري يجعل القرار إما باطلاً إذا لم تكن العيب جسيماً أما إذا كان العيب جسيماً فإنه يجعل من القرار معدماً<sup>(٣)</sup>.

قد يحصر المشرع اختصاصاً معيناً بجهة إدارية واحدة ويطلق على الاختصاص في هذه الحالة (الاختصاص المانع)، فلا يجوز لغيرها من السلطات الإدارية مشاركتها في ممارسة هذا الاختصاص ولكل جهة مباشرة اختصاصها بمفردها، أما إذا لم يحصر المشرع الاختصاص واشرك أكثر من جهة في ممارسة هذا الاختصاص فيكون القرار عملاً مشتركاً من جميع المختصين، لذلك يمكن القول بأن الاختصاص يكفل توزيع العمل الإداري ويبين لكل موظف أمره ويعلم الحدود التي يمكن أن يتصرف ضمنها ومن ثم يؤدي إلى توزيع العمل والى عدم تداخله في وقت ازدادت فيه مهام الإدارة وواجباتها<sup>(٤)</sup>.

تعتبر القواعد القانونية المنظمة لعنصر الاختصاص من النظام العام وترتب على ذلك اعتبار نتائج عديدة منها، أن القاضي الإداري يجوز له أن يتعرض لهذا العيب (عدم الاختصاص) في القرار الإداري تلقائياً وإن لم يدفع به الطاعن بل تجوز للمستدعي إثارته في جميع مراحل المحاكمة، وإن الإدارة لا

(١) الدكتور ماجد راغب الحلو، القرارات الإدارية، ص ١١٧.

(٢) الدكتور سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص ٣١٣.

(٣) الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ص ٣١٦؛ وقد حددت المحكمة الدستورية العليا في مصر وبدقة الفرق بين القرار الباطل والقرار المنعقد وجاء فيه "ومن حيث أن القاعدة قانوناً أن القرارات الإدارية التي تولد حقاً أو مركزاً شخصياً لا يجوز سحبها في أي وقت متى صدرت سليمة استجابة لدواعي المصلحة العامة التي تقتضي استقرار تلك القرارات أما القرارات الفردية غير المشروعة فالقاعدة فيها عكس ذلك إذ يجب على الجهة الإدارية أن تسحبها التزاماً منها بحكم القانون وتصويهاً للأوضاع المخالفة له. إلا أن دواعي المصلحة العامة تقتضي أيضاً إذا صدر قرار معيب من شأنه أن يولد حقاً أن يستقر هذا القرار بمضي فترة معينة من الزمن بحيث يسري عليه ما يسري على القرار الصحيح، وقد اتفق على تحديد هذه الفترة بستين يوماً من تاريخ نشر القرار أو إعلانه قياساً على مدة الطعن القضائية، بحيث إذا انقضت هذه الفترة اكتسب القرار حصانة تعصمه من أي إلغاء أو تعديل ويصبح عندئذ لصاحب الشأن حق مكتسب فيما تضمنه القرار وكل اخلال بهذا الحق بقرار لاحق يعد أمراً مخالفاً للقانون يعيب القرار الأخير ويبطله، بيد أن ثمة استثناءات من موعد الستين يوماً هذه تتمثل أولاً فيما إذا كان القرار المعيب معدوماً أي لحقت به مخالفة جسيمة للقانون تجرده من صفته كتصرف قانوني تنزل به إلى حد غضب السلطة وتحد به إلى مجرد الفعل المادي المنعقد الأثر قانوناً فلا تلحقه أية حصانة، وثانياً فيما لو حصل أحد الأفراد على قرار إداري نتيجة غش أو تدليس من جانبه إذ أن الغش أو التدليس يكون غير جدير بالحماية القانونية فهذه الأحوال الاستثنائية تجيز سحب القرار دون التقيد بموعد الستين يوماً ولجهة الإدارة أن تصدر قرارها بالسحب في أي وقت حتى بعد فوات هذا الموعد"؛ حكم المحكمة الدستورية العليا، بتاريخ ١٧/١٢/١٩٨٩ في الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٣٢ق؛ نقلاً عن الدكتور أنور أحمد رسلان، المصدر السابق، ص ٥١٨، ٥١٩.

(٤) الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة، دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٩٦، ص ١٦٦، ١٦٦.

تستطيع أن تتنازل عن اختصاصها لأي جهة أخرى إلا بالنص، بل لا تستطيع حتى التعديل ولو لبعض من قواعد الاختصاص -حتى في حالة الاستعجال -ولا يجوز في الاختصاص التفويض إلا بنص ولا يجوز التنازل عن الاختصاص<sup>(١)</sup>.

قد يبدو أن هناك تشابهاً بين قواعد الاختصاص في القانون العام، والقواعد الأهلية في القانون الخاص، يتمثل هذا التشابه في القدرة على مباشرة العمل القانوني، إلا أن هناك فرق جوهري ما، بين قواعد الاختصاص في القانون الإداري والأهلية في القانون الخاص وهو: -

١- الغاية أو الهدف في تحديد الاختصاص في القانون العام هو حماية تحقيق المصلحة العامة، أما الغاية من تحديد الأهلية في القانون الخاص فهي حماية تحقيق المصلحة الخاصة (الفرد).

٢- السبب في عدم الأهلية في القانون الخاص يرجع إلى عدم النضج العقلي للشخص، وهذا غير وارد في الاختصاص (في مجال القانون العام).

٣- إن عدم الأهلية في القانون الخاص استثناءً أما عدم الاختصاص فهو أمر عادي لأنه دائماً ما يستند إلى نص<sup>(٢)</sup>.

تأسيساً على ما تقدم فإن الاختصاص ليس حقاً يمكن التصرف فيه بدون قيود، بل يجب أن يتصرف صاحب الاختصاص على نحو يحقق أهدافه، ويؤمن الأفراد من المساس بحقوقهم الدستورية والقانونية والقرار الإداري إذا لم يصدر من جهة ذات اختصاص يكون معيماً بعدم الاختصاص وعدم الاختصاص بوجه عام هو عدم القدرة القانونية على القيام بتصرف معين، وفي نطاق القرارات الإدارية يمكن تعريفه<sup>(٣)</sup>، "عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين جعله المشرع من سلطة هيئة أو فرد آخر"<sup>(٤)</sup>، أو "بأنه صدور القرار من الموظف ليس له سلطة إصداره طبقاً للقوانين أو اللوائح النافذة"<sup>(٥)</sup>.

وبما أن الاختصاص يستند إلى نص أو قاعدة قانونية فإن الإدارة لا تملك أية حرية في التقدير بشأنه<sup>(٦)</sup>، ولكن ماذا لو أن المشرع لم يحدد الجهة أو الشخص المختص بإصدار القرار الإداري؟

الأصل في ذلك عندما يمنح القانون ممارسة نشاط معين لجهة إدارية على سبيل المثال "التعيين أو منح الرخصة" ويستتبع ذلك الحق في العزل أو سحب الرخصة في حالة سكوت القانون، أما إذا نص القانون صراحة على الجهة المختصة بإصدار القرار العكسي أو المضاد وجب اتباع ما نص عليه القانون لأنه لا يجوز الاجتهاد مع النص<sup>(٧)</sup>.

وبذلك أقرت الهيئة العامة لمجلس الشورى بصفتها التمييزية في حكم (٤٧/انضباط/تمييز/٢٠٠٦) بتاريخ ٢٠/٣/٢٠٠٦ ".... إن المدعي يطلب إلزام المدعى عليه -إضافة لوظيفته -بالغاء الأمر الإداري .... القاضي بإحالة إلى التقاعد وحيث أن المدعي ادعى بأنه كان يشغل وظيفة مدير عام الشركة العامة لتجارة المواد الإنشائية وأن إحالته إلى التقاعد تكون بنفس الأداة القانونية التي تم تعيينه في وظيفة المدير

(١) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٨، ص ٦٥٠، ٦٥١؛ كذلك الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٢، ص ١٤٧، ١٤٨.

(٢) الدكتور سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص ٣١٣؛ كذلك الدكتور مصطفى أبو زيد، المصدر السابق، ص ٦٤٩؛ وكذلك الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري دعوى الإلغاء، الطبعة ٤، مطبعة بلا ٢٠٠٩، ١٧٨؛ وكذلك الدكتورة سري صاحب محسن العاملي، موقف القضاء الإداري في العراق من عيب الاختصاص في القرار الإداري، مجلة كلية التربية جامعة واسط، العدد الحادي عشر، ص ٨.

(٣) الدكتور سامي جمال الدين، قضاء ملائمة، ص ١٥٩.

(٤) حكمة المحكمة الصادر بتاريخ ٢٧ من يناير ١٩٥٧، في قضية رقم ١٨٦٧ لسنة ٨ قضائية، مجموعة أحكام لسنة ١١، ص ١٧٣. نقلاً عن الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله، المصدر السابق، ص ١٧٧.

(٥) الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٠، ص ١٠٠.

(٦) الدكتور سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية ٢٠٠٩، ص ٥٩٤.

(٧) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، المصدر السابق، ص ٦٥٠.

العام في حين أن المدعى عليه -إضافة لوظيفته -أحاله إلى التقاعد وفق الفقرة (١٠) من المادة الثالثة من قانون التقاعد رقم (٣٣) لسنة ١٩٦٦ المعدل وحيث أن مجلس الانضباط العام لم يتحقق من كيفية تعيين المدعى بوظيفة المدير العام، واما إذا كان تعيينه بأمر وزاري أم مرسوم أم قرار من مجلس الوزراء من عدمه، فإذا كان تعيينه في هذه الوظيفة بأمر وزاري تكون إحالته إلى التقاعد من صلاحية المدعى عليه - إضافة لوظيفته -أما إذا كان تعيينه من مجلس الوزراء فتكون إحالته بقرار من المجلس... لما تقدم قرر نقض الحكم المميز<sup>(١)</sup>.

وكذلك اقر مجلس الدولة في مصر حكماً له جاء فيه " إن نصوص القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٤٠ قد خلت من النص على اختصاص موظف بالذات دون سواه بإصداره قرارات إبعاد الأجانب في الأحوال التي يجيز فيها إبعادهم. ولما كانت إدارة الجوازات والجنسية هي الإدارة المختصة بالإشراف على كافة شئون الأجانب من أقامه وسفر وإبعاد ومراقبة، فإن القرار الصادر من المدعى عليه الأول بوصفه رئيس قلم مراقبة الأجانب، بإبعاد المدعى إثر رفض الطلب الذي تقدم به بشأن تسوية إقامته... هذا القرار صادر من موظف مختص بإصداره"<sup>(٢)</sup>، مما يعني أن الجهة التي يكون لها القبول لها أن ترفض القرار.

قد يحصل أن يكون متخذ القرار غير مختص، وأن المشرع لم يحدد له صلاحية في إصدار القرار، ولكن عند الطعن بالقرار أمام مجلس الشورى أو مجلس الدولة يصدر صاحب الاختصاص (الأصيل) قراراً بالمصادقة على تلك الاعمال، حيث يغطي الأصيل عدم الاختصاص بالتصديق اللاحق للجهة غير المختصة فالأصل هو أن عيب عدم الاختصاص لا يزول عند اقترانه بموافقة السلطة الإدارية المختصة عليه، ويجب على هذه السلطة الإدارية المختصة أن تتخذ قراراً جديداً ليحل محل القرار المعيوب بعدم الصلاحية<sup>(٣)</sup>، ففي العراق هذا التصديق اللاحق لا يجعل من القرار الإداري صحيحاً، فقد حكمت محكمة التمييز في حكم لها صادر في (٢٨-كانون الثاني ١٩٧١، على ما يلي، "وبما أن الوكيل (وكيل وزارة النفط) لا يمتلك سلطة التضمن فهو لا يملك تخويل غيره سلطة ممارستها، ويكون أمره بتخويل المدراء العاملين -هذا -بلا قيمة قانونية... ولا يقتضي الصحة على هذا التخويل (الأمر الصادر من وزير النفط)، ولا يضيء الشرعية على هذه المخالفة تأييد لاحق ممن يملكها... وذلك لأن ممارسة السلطة العامة ليست تصرفاً شخصياً بين الأفراد فتلقه الإجازة"<sup>(٤)</sup>.

وقضت الهيئة العامة لمجلس الشورى أيضاً في حكم لها المرقم (٥٥٩/انضباط/تمييز/٢٠١٠) بتاريخ (٢٨/١٠/٢٠١٠)، بعد أن تم عزل المدعية بقرار... من قبل مديرية عامة تربية الكرخ الأولى بعد التحقيق معها من قبل لجنة تحقيقية مشكلة لهذا الغرض، "... حيث أن البند (ثامناً) من المادة (٨) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ قد أوجب أن تفرض عقوبة العزل بقرار مسبب من الوزير ولا يجوز للوزير تخويل هذه الصلاحية كونها من الصلاحيات الشخصية ولا يجوز لغيره فرض عقوبة العزل حتى لو صدق الوزير على توصيات اللجنة التحقيقية، وحيث أن مجلس الانضباط العام قد التزم بوجهة النظر القانونية هذه وقرر إلغاء الأمر المعارض..."<sup>(٥)</sup>.

أما في مصر وفرنسا فإن الأمر مختلف حيث يغطي التصديق اللاحق من جهة الإدارة عيب عدم الاختصاص، "إن لجهة الإدارة أن تصحح قرارها المشوب بعيب عدم الاختصاص بإصدار القرار من جديد من السلطة المختصة بإصداره أو بقيام هذه السلطة باعتماد القرار أو إقراره ومتى أختصم هذا القرار المشوب بعيب عدم الاختصاص قضائياً وتم تصحيح هذا العيب بتدارك ما شاب القرار من عوار من

(١) قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٦، ص ٤٣٩، ٤٤٠.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٣٢١ لسنة ٣٣١ ق مجموعة السنة الرابعة ص ٢٣٨ نقلاً عن الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، المصدر السابق، ص ٦٥٠.

(٣) الدكتور فوزي حبيش، المصدر السابق، ص ٤٤.

(٤) نقلاً عن الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، ص ٣٣٣.

(٥) قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٠، ص ٣٩٩-٤٠٠.

السلطة المختصة قبل صدور حكم في الدعوى فإنه لا اختصاص للمحكمة بإلغاء القرار المطعون عليه، مادام بعد تصحيحه قد احتفظ بمضمونه دون تعديل"<sup>(١)</sup>.

وعيب عدم الاختصاص - كأحد عيوب القرار الإداري - ينقسم إلى قسمين وهما عدم الاختصاص الجسيم وعدم الاختصاص العادي أو البسيط.

### أولاً: عدم الاختصاص الجسيم (اغتصاب السلطة) :-

يعتبر موضوع اغتصاب السلطة من المواضيع التي اختلف فيها الفقه سواء في فرنسا أو في مصر وحتى في العراق لأنه لا يوجد معيار أو ضابط يمكن الاعتماد عليه أو اللجوء إليه كأساس لتحديد قيام حالة اغتصاب السلطة<sup>(٢)</sup>.

ويترتب على عدم الاختصاص الجسيم انعدام القرار الإداري وبذلك قررت الهيئة العامة لمجلس الشورى بصفتها التمييزية في حكم لها مرقم (٤٣٩/انضباط / تميز/٢٠١٢) بتاريخ ٢٥/١٠/٢٠١٢ " .... إن المميز (المدعي) يطعن بقرار مجلس الوزراء... المتضمن إعفائه من منصب وكيل وزارة الثقافة الأقدم، وحيث إن المميز (المدعي) معين بمنصبه هذا بقرار مجلس الحكم...، وحيث إن البند (خامسا) من المادة (٦١) من الدستور قد جعل تعيين أصحاب الدرجات الخاصة في مناصبهم من اختصاص مجلس النواب، فكان على مجلس الانضباط العام التحقق من سلطة مجلس الوزراء بإعفاء أصحاب الدرجات الخاصة المعينين وفق أحكام القانون من مناصبهم، فإذا ما تبين أن القرار المطعون فيه معيب بعيب اغتصاب السلطة الجسيم مما ينزله إلى منزلة القرار الإداري المعدوم ومن ثم فإنه لا تسري بحقه المدد القانونية للطعن في القرارات الإدارية"<sup>(٣)</sup>.

ويمكن للمتضرر الطعن بعيب اغتصاب السلطة في أي وقت، لأنها لا تتقيد بالمدة وفي حكم للهيئة العامة لمجلس شوري الدولة بصفته التمييزية، المرقم (١٣٤/انضباط / تمييز /٢٠٠٦) في ١٥/٥/٢٠٠٦ " .... إن المدعي يطلب إلزام المدعي عليه (وزير المالية - إضافة لوظيفته) بإلغاء الأمر الوزاري... متضمن إحالة المدعي إلى التقاعد، وحيث أن المدعي سبق أن عين بوظيفة مدير عام بناء على ما جاء بكتاب مجلس الوزراء... وحيث أن إحالة الموظف المعين بقرار من مجلس الوزراء لا يملك الوزير المختص هذه الصلاحية وحيث إن القرار إحالة المدعي (المدير العام) إلى التقاعد قد صدر من شخص لا يملك هذه الصلاحية لذلك يعد هذا القرار معدوماً من الناحية القانونية ومن ثم فلا تسري يصده المدد القانونية ويجوز الطعن فيه في أي وقت، وحيث إن مجلس الانضباط العام قضى برّد دعوى المدعي بحجة إقامة المدعي لدعواه بعد فوات المدة القانونية"<sup>(٤)</sup>.

هذا .... وانعدام القرار الإداري تترتب عليه النتائج التالية:

- ١- القرار المنعدم لا يحصن بفوات المدة ولا يتقيد الطعن فيه بالإلغاء بشرط الميعاد.
- ٢- لا التزام بإطاعة القرار المنعدم.
- ٤- والإجراءات الإدارية اللاحقة للقرار المنعدم باطلة.
- ٥- يمكن للإدارة سحب القرار المعيوب بعيب اغتصاب السلطة في أي وقت.

وعدم الاختصاص الجسيم، يكون أما بصورة قيام الفرد العادي بإصدار القرار الإداري دون أن تكون هناك صلة بينه وبين الإدارة، مثال على ذلك أن يتم إصدار قرار من أي شخص يدعي أنه موظف ويمارس العمل بهذه الصفة إلا أنه ليست له أية صفة قانونية، أو اعتداء السلطة التنفيذية على اختصاصات السلطة التشريعية أو القضائية أو مباشرة السلطة المركزية لاختصاص جعله المشرع من اختصاص

(١) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ١٩٣٨ لسنة ٤٣ ق-جلسة ١٩٩٩/١٢/٥ وأيضاً الطعن رقم ١٩٤٤ لسنة ٤٣ ق - جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٧، نقلاً عن المستشار حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٦٧١.

(٢) الدكتور مصطفى أبو زيد، المصدر السابق، ص ٦٠٣، وكذلك الدكتور أبو بكر احمد عثمان النعيمي، حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء دراسة مقارنة، دار جامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٣، ص ١٢١.

(٣) قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام ٢٠١٢، ص ٢٦٩، ٢٧٠.

(٤) قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام ٢٠٠٦، ص ٤٧٤.

السلطة اللامركزية، فالشخصية المعنوية لا تمنح إلا بموجب القانون فلا يجوز أن تصدر سلطة إدارية قراراً يدخل في اختصاصات سلطة إدارية أخرى أو تدخل سلطة إدارية في موضوع لا يدخل في اختصاصها<sup>(١)</sup>.

ويخرج الطعن بالإلغاء للقرار الإداري المعدوم أمام مجلس الدولة الفرنسي، لأنه لا يوجد أي قرار وبالتالي فلا يمكن أن يقضى بإلغاء الانعدام<sup>(٢)</sup>، في مصر<sup>(٣)</sup> والعراق، فالأمر مختلف حيث أن القضاء الإداري في العراق ومصر يقبل الطعن بإلغاء القرار المعدوم.

### ثانياً: عدم الاختصاص البسيط أو العادي: -

وهذا العيب ليس من شأنه انعدام القرار كما هو الحال في حالة عدم الاختصاص الجسيم وإنما يجعله قابلاً للإبطال، ومثال على ذلك إذا وجدت الشبهة في صحة القرارات واختلفت الآراء في صاحب الاختصاص بإصدار القرار، والقرار الباطل يحصن برغم عيوبه بفوات المدة المقررة للطعن بالإلغاء، ويختص القضاء الإداري بالنظر فيه دون غيره<sup>(٤)</sup>.

أما بشأن أنواع عدم الاختصاص فينقسم إلى ثلاثة أنواع وهي: (عدم الاختصاص الموضوعي "النوعي" وعدم الاختصاص الزماني وعدم الاختصاص المكاني).

### ١- عدم الاختصاص الموضوعي (النوعي)

يتحقق عدم الاختصاص الموضوعي بأن يُصدر الموظف قراراً إدارياً بشأن موضوع لا يدخل ضمن اختصاصه، وإنما يدخل ضمن اختصاص موضوعي لموظف آخر مما يرتب عليه بأن يكون قراراً معيباً بعدم الاختصاص الموضوعي<sup>(٥)</sup>، يكون بإحدى الصور التالية: -

أ- إعتداء سلطة إدارية على اختصاص سلطة إدارية موازية لها: (٦) مثال على ذلك اعتداء أحد الوزراء على اختصاص وزير آخر، وهنا يجب أن نذكر بأن في العراق الأمر مختلف فيما يتعلق باعتداء أحد الوزراء على اختصاص وزير آخر يجعل القرار منعدماً لأن كل الوزارات في العراق لها الشخصية القانونية الخاصة بها<sup>(٧)</sup>.

أما إذا حدد المشرع الاختصاص لجهتين إداريتين في نفس الوقت، وبالتالي لا يكون القرار الصادر صحيحاً إلا بعد موافقة الجهتين، كما في حالة قرار نقل الموظف من جهة إلى أخرى "لما كان قرار النقل هو قرار مشترك للجهة المنقول منها العامل والجهة المنقول إليها فلا يمكن إسناد هذا القرار إلى جهة واحدة فقط، بل يكون إسناده إلى الجهتين معاً. وهو لا يتكامل ولا يستوي منتجا لآثاره القانونية إلا بموافقة الجهتين معاً وافصاحهما عن إرادتهما في إحداث الأثر القانوني ولهذه الموافقة يتحدد تاريخ النقل من الجهة المنقول منها

(١) الدكتور، مصطفى أبو زيد، المصدر السابق، ٦٥٢-٦٥٣، وكذلك الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، ص ١٤٩ وكذلك بلال أمين زين الدين، دعوى الإلغاء في قضاء مجلس الدولة دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠١٠، ص ٣٥٩؛ كذلك الدكتور فوزي حبش، المصدر السابق، ص ٤٥.

(٢) الدكتور مصطفى أبو زيد، المصدر السابق، ص ٦٥٢، وكذلك الدكتور عبد الرحمن نورجان الأيوبي، القضاء الإداري في العراق حاضره ومستقبله دراسة مقارنة، الاتحاد الاشتراكي العربي دار مطابع الشعب ١٩٦٥، ص ١٤٠.

(٣) للمزيد مراجعة، دكتور مصطفى أبو زيد، المصدر السابق، ص ٦٥٢.

(٤) الدكتور ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ١٢٥، وكذلك الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ١٤٩.

(٥) الدكتور سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري قضاء الإلغاء، ص ٦٠٧، كذلك الدكتورة سري صاحب محسن العاملي، المصدر السابق، ص ٩.

(٦) الدكتور ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ص ٣٦١.

(٧) قانون وزارة التربية رقم (٢٢) لسنة ٢٠١١ نص المادة الأولى على "تؤسس وزارة تسمى (وزارة التربية) تتمتع بالشخصية المعنوية ويمثلها وزير التربية أو من يخوله)، مثال آخر قانون وزارة الموارد المائية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨ "تؤسس وزارة تسمى (وزارة الموارد المائية) تتمتع بالشخصية المعنوية ويمثلها وزير الموارد المائية أو من يخوله.

العامل إلى الجهة المنقول إليها"، إذن فصدور القرار دون موافقة الجهة الأخرى يقع اعتداء على اختصاص سلطة إدارية أخرى إذا لم يكون هناك ارتباط بينهم سواء كانت بعلاقة تبعية أو رقابية<sup>(١)</sup>.  
ب- صدور قرار إداري من سلطة إدارية أدنى يدخل في اختصاص سلطة إدارية أعلى، (اعتداء المرؤوس على اختصاصات الرئيس).

قضى مجلس الانضباط العام قراراً رقم (١٠٥/انضباطي/٢٠٠٧) بتاريخ ٢٠٠٧/٥/٣ على أن إصدار "اعمام مجلس الوزراء... المتضمن عدم قيام الجهات (السادة الوزراء) بتعيين الموظفين ونقلهم وتغيير درجاتهم ممن يشغلون الدرجة الثالثة من سلم الرواتب فما فوق إلا بعد استحصال موافقة الأمانة العامة لمجلس الوزراء وكان المقتضي على المدعي عليه، تنفيذ ذلك ومفاتيحة الأمانة لمجلس الوزراء عند قيامه بنقل المدعي من منصبه وفقاً لقاعدة التدرج الإداري... مما جعل القرار الإداري المطعون فيه قد صدر خلاف ما قضته قاعدة التدرج الإداري والقانون عليه وتأسيساً على ذلك قررت الحكم بإلغاء الأمر الإداري.... وإلزام المدعي عليه بإعادة المدعي إلى وظيفته"<sup>(٢)</sup>.

وفي حكم للهيئة العامة لمجلس الشورى بصفتها التمييزية على " ... إن المدعي عليه (إضافة لوظيفته) أصدر الأمر.... بفرض عقوبة تنزيل الدرجة بحق المدعي بناء على توصية اللجنة التحقيقية بسبب إخلاله بواجباته الوظيفية وصدور تصرفات منه تخل بكرامة الوظيفة التربوية حيث أن المادة (٨) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام حددت العقوبات الانضباطية (التي يجوز فرضها على الموظفين ب (لفت النظر والإنذار وقطع الراتب والتوبيخ وإنقاص الراتب وتنزيل الدرجة والفصل والعزل) وحيث أن المادة (١١) من القانون المذكور أيضاً حولت الوزير المختص في فرض أي من العقوبات المنصوص عليها في المادة (٨) أعلاه وحصرت صلاحيات رئيس الدائرة أو الموظف المخول بفرض احدي العقوبات التالية (لفت النظر والإنذار وقطع الراتب مدة لا تتجاوز خمسة أيام والتوبيخ) وإذا أوصت اللجنة التحقيقية بفرض عقوبة أشد فعلى رئيس أو الموظف المخول إحالتها للوزير للبت فيها، حيث إن المدعي عليه رئيس جامعة الكوفة (إضافة لوظيفته) وجه عقوبة تنزيل الدرجة إلى المدعي (المميز عليه) وهي من العقوبات التي تخرج من صلاحيته وتتدخل ضمن صلاحية الوزير، وحيث أن العقوبات في هذه الحالة باطلة لأنها لم تصدر ممن يملك صلاحية فرضها"<sup>(٣)</sup>.

ج- صدور قرار من سلطة إدارية أعلى يدخل في اختصاص سلطة إدارية أدنى، (اعتداء الرئيس على اختصاصات المرؤوس): هذا الاعتداء غير جائز ويجب إبطاله لصدور القرار عن سلطة غير مختصة، ولا يجوز لغرض إعطاء الشرعية لهذه الاعمال تطبيق القاعدة من يستطع الكثير يمكنه القيام بالقليل "لأن القانون قد صرح بمصدر المختص لأصدار القرار، وهذا يحول دون ممارسة اختصاصات السلطة الإدارية الأدنى مثال على ذلك أن يصدر رئيس الوزراء قراراً يدخل في اختصاص الوزير، وعلى الرغم من أن الرئيس له صلاحية التعقيب على قرارات المرؤوس، إلا أن هناك حالات ليس للرئيس التعقيب على قرارات المرؤوس فيها، وبالتالي لا يجوز إصدار قرار بدلاً منه أو تعديل قراراته"<sup>(٤)</sup>.

وبذلك قضت المحكمة الإدارية في حكم لها (٤٣١/قضاء الإداري/٢٠١٠) بتاريخ (٢٠١١/٥/١٨) " ... وجد إن المدعي يعترض على قرار مجلس محافظة نينوى... المتضمن آلية ترشيح لشغل مناصب رؤساء الوحدات الإدارية في (الأفضية والنواحي) بأن تتم إحالة أضاير ثلاثة مرشحين من الحاصلين على أعلى الأصوات من مجلس الناحية أو القضاء بموجب محضر رسمي يرفع إلى مجلس المحافظة لاختيار أحدهم وعلى أن يكون المرشح مستوفياً للشروط المنصوص عليها في قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨، وقد اعترض مجلس (ناحية النتل) على القرار بموجب قراره... على أساس أن اختيار مدير الناحية من صلاحيته استناداً "إلى أحكام المادتين (١٢/ثالثاً) و (٣٩/أولاً) من قانون

(١) الدكتور ماجد راغب الطو، المصدر السابق، ص ٣٦١.

(٢) قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٧، ص ٣٨١، ٣٨٢.

(٣) الدعوى التمييزية رقم (٦٠/انضباطي/تمييز/٢٠٠٩) بتاريخ ٢٠٠٩/٣/٣٠، قررت قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٩، ص ٣٥٧.

(٤) الدكتور ماجد راغب الطو، المصدر السابق، ص ٣٦٢؛ كذلك الدكتور فوزي حبيش، المصدر السابق، ص ٣٣.

المحافظات، إلا إن المجلس عدل عن رأيه ورشح ثلاثة مرشحين لمنصب مدير الناحية من الذين حصلوا على الأصوات في اقتراع سري وكان من ضمنهم المدعي وترك الأمر لمجلس المحافظة لاختيار أحدهم لإشغال منصب مدير الناحية ..... عليه قرر بالاتفاق الحكم بإلغاء قرار مجلس محافظة نينوى... وإلغاء آثاره المتمثلة في اختيار مدير لناحية التل" (١).

د- عدم الاختصاص الايجابي وعدم الاختصاص السلبي:

يكون عدم الاختصاص سلبياً إذا امتنع متخذ القرار عن إصدار قرار يدخل في اختصاصه عدم قيام الموظف بعمل من اختصاصه لجهله أنه من اختصاصه، كأن يتصور الموظف أنه لا يملك صلاحية في تعديل قرارات مرؤوسيه، أو أن يتصور أنه يرتكب مخالفة قانونية إذا بحث في الحالات المعروضة أمامه، أو يتصور أنه مقيّد بما قرره لجنة معينة وكان رأي هذه اللجنة استشارياً فقط، وقد يكون عدم الاختصاص ايجابياً وذلك بإصدار متخذ القرار، قراراً يدخل في اختصاص جهة أخرى أو أن يصدر قراراً يتجاوز حدود صلاحياته، أي قيام الموظف بعمل يخرج موضوعه عن دائرة اختصاصه،<sup>(٢)</sup> بذلك نقضت الهيئة العامة لمجلس الشورى بصفتها التمييزية حكم مجلس الانضباط العام على ".... إن المدعي (المميز) يعترض على الأمر الوزاري.... الصادر من المدعي عليه (المميز عليه) إضافة إلى وظيفته والمتضمن إنهاء خدمات عدد من الموظفين ضمنهم المدعي (المميز) بالتسلسل (١) والمنسوب إلى شركة توزيع المنتجات النفطية التابعة إلى (المميز عليه) لشمولهم بقانون المساءلة والعدالة رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٨ وحيث أن الأمر الوزاري أنف الذكر قد استند في إنهاء خدمة المدعي (المميز) على مذكرة اللجنة المحلية للمساءلة والعدالة المرقمة.... دون إن يستند الأمر الوزاري المذكور إلى قرار الهيئة الوطنية العليا للمساءلة والعدالة في إنهاء خدمة المدعي (المميز) من الوظيفة كونها الجهة المختصة في إنهاء خدمة الموظفين المشمولين بأحكام المادة (٦) من قانون المساءلة والعدالة رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٨، وحيث أن مجلس الانضباط العام قضى بعدم الاختصاص دون أن يتحقق من إنهاء خدمة المدعي (المميز) من الوظيفة كان بناءً على قرار من الهيئة الوطنية العليا للمساءلة والعدالة أم من اللجنة المحلية للمساءلة والعدالة في وزارة النفط، وحيث إن الحكم المميز لم يلتزم بوجهة النظر القانونية هذه مما اخل بصحته لذلك قرر نقضه وإعادة الدعوى إلى مجلس الانضباط العام للفصل فيها..."<sup>(٣)</sup>.

٢- **عدم الاختصاص الزمني:** يشترط لسلامة القرار الإداري أن يصدر من موظف مختص، ويوجب على صاحب الاختصاص ممارسة صلاحياته خلال المدة الزمنية التي يحددها له القانون، وعدم الاختصاص من حيث الزمان يوجد بصورتين وهما:

**الصورة الأولى:** أن يصدر القرار الإداري بعد أن تنتهي وظيفة الموظف أو العضو الإداري، حيث أنه إما لا يملك أو لم ترخص له هذه الصفة (الموظف) من الناحية القانونية كصدور القرار قبل تعيين الموظف بل لا يجوز للموظف أن يصدر القرار بعد صدور قرار تعيينه إلا بعد مباشرته للعمل الوظيفي وأي قرار أتخذه قبل مباشرته للعمل بصورة قانونية يعتبر باطلاً، بل لا يجوز لجهة الإدارة اتخاذ القرار الإداري إلا بعد توافر شروط معينة وفي أوقات محددة، فلا يجوز لمجلس المحافظات أن تتخذ قراراته بالتصويت، إلا خلال انعقاد جلسته المحددة، أما إذا صدر القرار بعد انتهاء العلاقة الوظيفية بين الموظف كحالة الفصل والعزل وبعد قبول الاستقالة والاحالة الى المعاش (التقاعد) يكون القرار باطلاً ومعيباً بعدم الاختصاص الزمني لانه ممنوع عليه قانوناً القيام بهذا العمل أو اتخاذ هذا القرار.<sup>(٤)</sup>

(١) قرارات وفتاوى مجلس شوري لعام ٢٠١١، ص ٣٢٢، ٣٢٣.

(٢) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، قضاء الإلغاء شروط القبول أوجه الإلغاء، ص ١٧٨-١٧٩، وكذلك الدكتور عبدا لرحمن نورجان الأيوبي، المصدر السابق، ص ١٤١؛ كذلك الدكتور فوزي حبيش، المصدر السابق، ص ٣٣.

(٣) الدعوى التمييزية رقم (٦٥٣/انضباط/تمييز/٢٠١٠) بتاريخ (٢٥/١١/٢٠١٠)، قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام ٢٠١٠، ص ٤٠٧، ٤٠٨.

(٤) الدكتور فوزي حبيش، المصدر السابق، ص ٣٤، ٣٥.

**الصورة الثانية:** فهي أن يصدر القرار بعد الميعاد الذي اوجب المشرع صدوره وإذا حدد المشرع مدة معينة لممارسة اختصاص معين فإن لم يصدر القرار في هذه المدة الزمنية يُعدُّ قراراً باطلاً ومعيباً بعدم الاختصاص لأن الأصل أن تفقد أية سلطة إدارية (بعد انتهاء مدتها القانونية) صلاحيتها، فلا يجوز للموظف بعد انتهاء خدمته أن يتخذ قراراً، ولكن (ولغرض سير المرافق العامة في الدولة واستمرارها) فإن المشرع والقضاء الإداري يعتبر قرارات وأعمال الإدارة صحيحة بعد انتهاء مدتها القانونية<sup>(١)</sup>، وقد أفتى مجلس الشورى بأن "يبقى المستوضح عنهم متفرغين من دوائهم للعمل في الوحدات الإدارية والمجالس المحلية لحين إجراء انتخابات جديدة في محافظة كركوك" أما إذا سكت القانون عن ذلك فمبدأ استمرار المرفق العام يبقى سائداً<sup>(٢)</sup>.

أما إذا حدد المشرع مدةً معينةً لممارسة اختصاص معين، دون أن ينص على أن مخالفة هذه المدة يشكل مخالفة (أي أن القانون لم ينص على جزاء)، فإن الأجل يعتبر في هذه الحالة من المواعيد التنظيمية والتوجيهية ولا يبطل القرار الإداري على الرغم من أن الأصل هو التزام الإدارة بهذه المدة أو المهلة المحددة لصدوره في القانون فيمكن لجهة الإدارة قبول استقالة موظف حتى بعد انتهاء المدة أو المهلة التي حددها القانون<sup>(٣)</sup>.

وتقول محكمة القضاء الإداري في ذلك "إن القانون ينص على أن تنتظر هيئة التحكيم في النزاع المعروض عليها وتفصل فيه في مدة لا تتجاوز شهراً من بدء نظره ... فإن تجاوزت هيئة التحكيم هذا الميعاد بسبب كثرة المنازعات وتشعبها وعدم كفايته لإتمام بحث الموضوع، فإنه لا يمكن القول بأن هذا يعتبر سبباً لبطلان القرار، إذ لا بطلان إلا بنص، ولم يرتب المشرع أي جزاء على عدم التزام هذا الميعاد"<sup>(٤)</sup>.

**٣- عدم الاختصاص المكاني أو الإقليمي:** إن المشرع يحدد الاختصاص المكاني للإدارة، وذلك على أساس التقسيمات الإدارية لإقليم الدولة، ولا يجوز تجاوز هذه الاختصاصات، وإذا أصدر الموظف القرار الإداري مخالفاً للاختصاص المكاني يُكّن القرار معيباً بعبء عدم الاختصاص المكاني<sup>(٥)</sup>.

إذا كانت صلاحية السلطات المركزية في الدولة تشمل كافة أراضيها، فإن صلاحيات السلطات الإقليمية أو المحلية تقتصر على المحافظة أو الإقليم الجغرافي فقط مثال على ذلك أن يصدر محافظ السليمانية قراراً إدارياً يدخل في الاختصاص المكاني لمحافظة أربيل أو يصدر رئيس الوزراء العراقي قراراً إدارياً يدخل في الاختصاص المكاني لرئيس وزراء إقليم كردستان، ومثال على ذلك: المشاكل الحالية بين حكومة إقليم كردستان والحكومة المركزية حول استخراج النفط وبيعه من إقليم كردستان.

(١) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الثاني، ص ٦٦٧، وكذلك الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، ص ١١٦؛ كذلك الدكتور ماجد راغب الطلو، المصدر السابق، ص ٣٦٦؛ كذلك الدكتور مازن ليلو راضي، القانون الإداري، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة دهوك ٢٠١٠، ص ٢٠٢.

(٢) الفتوى رقم (٢٠١١/٦٥) بتاريخ (٢٠١١/٦/٢١) قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام ٢٠١١، ص ١٥١؛ وقد جاء في المادة (٣) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل، "يستمر المحافظ ونائبه ورؤساء الوحدات الإدارية في تصريف الأمور اليومية بعد انتهاء مدة الدورة الانتخابية للمجلس والى حين انتخاب من يخلفهم من قبل المجالس الجديدة".

(٣) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، المصدر السابق، ص ٦٦٧، وكذلك الدكتور، ماجد راغب الطلو، المصدر السابق، ص ٣٦٦، وكذلك بلال أمين زين الدين، المصدر السابق، ص ٣٥٦-٣٥٧؛ كذلك الدكتور فوزي حبيش، المصدر السابق، ص ٣٥.

(٤) القضية رقم (٤٤٣٦) لسنة ٧ القضائية، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة التاسعة، ص ٤٣٢، نقلاً عن الدكتور ماجد راغب الطلو، المصدر السابق، ص ٣٦٧.

(٥) الدكتور عصام عبد الوهاب البر زنجي وعلي محمد بدير ومهدي ياسين السلامي، مبادئ وأحكام القانوني الإداري، مطبعة العائل لضافة الكتب القاهرة، ٢٠١١، ص ٤٢٨.

## المطلب الثاني

### مصادر الاختصاص في الظروف الاستثنائية

يتمثل الاختصاص في القدرة على مباشرة العمل الإداري ولذلك فإن الأصل فيه ألا يفترض وإنما يستند إلى القانون (سواء كان الدستور أو القوانين أو اللوائح أو المبادئ العامة للقانون) لكي تتمكن الإدارة من تحقيق أهدافها المحددة بسهولة دون أية معوقات<sup>(١)</sup>.

إلا أن مشاكل الإدارة غير المتوقعة منها، جعلت من الخروج عن هذا الأصل أمراً ضرورياً، وذلك لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد وللحفاظ على النظام والأمن ولتحقيق المصلحة العامة، لذلك نرى أن الإدارة تتمتع في الظروف الاستثنائية بسلطات لا نظير لها في الظروف الاعتيادية، مما يمكنها من الخروج عن القواعد المتعلقة بالاختصاص وعدم التقيد بها، وبالتالي فإن رجال الإدارة في الظروف الاستثنائية يمارسون اختصاصات جهة إدارية أخرى دون أن يكون هناك نص قانوني يخولهم، بل إن الإدارة في سبيل مواجهة الظروف الاستثنائية قد تلجأ إلى ممارسة بعض الأعمال التي تدخل في اختصاصات السلطة التشريعية وكذلك القضائية، كحالة فرض الرسوم بدون نص قانوني أو حالة إلقاء القبض على الأفراد دون صدور أوامر قبض قضائية<sup>(٢)</sup>.

وكل هذا لا يعني أن الإدارة لها الحرية فيما تفعل بمجرد وجود ظرف غير عادي بل نرى كثيراً من النصوص في الدساتير وكذلك القوانين تعالج هذا الوضع وتحدد -أيضاً- اختصاص الجهة التي تجب عليها مواجهة هذه الحالة غير العادية لذلك يمكن القول بأن مصادر الاختصاص في إصدار القرار الإداري في الظروف الاستثنائية على شكلين: -

#### أولاً: مصادر الاختصاص المباشرة

كما هو الحال في القانون العام فإن مصادر الاختصاص هي: -

#### أ- نصوص الدستور التي تنظم الاختصاص في الظروف الاستثنائية:

إن توزيع الاختصاصات للسلطات (التشريعية والقضائية والتنفيذية)، في الدولة يبينها الدستور، لذلك فإن أي تدخل في الاختصاصات لن يكون معه معنى للدستور ولا معنى للديمقراطية، ولهذا كثيراً من دساتير دول العالم تنظم اختصاصات السلطات العامة في الدولة في الظروف العادية أو في الظروف الاستثنائية أيضاً، إذاً ففكرة الاختصاص في القانون الدستوري ترتبط بمبدأين أساسيين من مبادئ القانون العام، وهما مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ دولة المؤسسات، في الدول الديمقراطية، التي تقوم على السيادة الشعبية، واحترام حقوق وحرية الأفراد، يجب أن تخضع الدولة بسلطاتها وهيئاتها وحكامها لسيادة القانون، تماماً مثلما يخضع الأفراد وهيئاتهم الخاصة<sup>(٣)</sup>.

والدستور أو القانون الأساسي هو "مجموعة القواعد القانونية التي تحدد نظام الحكم في الدولة، فتبين سلطاتها العامة من حيث تكوينها واختصاصاتها، وتحديد العلاقات التي تربطها ببعض الأفراد"<sup>(٤)</sup>، معنى الدستور إذن "يتعلق بتنظيم الدولة باعتبارها مؤسسة المؤسسات السياسية أو المؤسسة الأم لكل المؤسسات داخل الدولة من حيث كيفية تكوينها واختصاصها وكيفية تكوينها وكيفية مباشرتها لهذه الاختصاصات وحدود وضوابط هذه الاختصاصات، كذلك علاقة سلطات الدولة ببعضها، وعلاقتها بالمواطنين، كذلك

(١) الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدار القانونية، القاهرة ٢٠٠٨، ص ٢٤، ٢٥.

(٢) الدكتور يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١، ص ٢٤٢؛ وكذلك الدكتور عمار بوضياف، القرار الإداري دراسة لشرعية قضائية فقهية، الطبعة الأولى، جسر للنشر والتوزيع الجزائر ٢٠٠٦، ص ٩١؛ كذلك الدكتور أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، المصدر السابق، ص ١٢٧.

(٣) الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة القضاء الدستوري على دستورية القانون، مطبعة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٠، ص ١٣.

(٤) الدكتور ماجد راغب الطو، القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٨، ص ٨.

علاقة سلطات الدولة ببعضها، وعلاقتها بالمواطنين، كذلك فإن الدستور لا بد وأن يعني بحقوق المواطنين في مواجهة السلطات العامة وكيفية حماية هذه الحقوق"<sup>(١)</sup>.

وقد نظم المشرع الدستوري في العراق ومصر اختصاصات وصلاحيات الإدارة عند إعلان الحالة الاستثنائية (الطوارئ)، ويبدو أن كل دولة أخذت بفكرة تختلف عن الأخرى وهذا ليس أمراً غريباً لأنه من الممكن لدولة واحدة أن تأخذ بأفكار متعددة في أزمان مختلفة.

حيث نصت الفقرة (٩) من المادة (٦١) من الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥ في تعدادها لصلاحيات مجلس النواب على "الموافقة على إعلان حالة الطوارئ بأغلبية الثلثين بناء على طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء"، إذن فالاختصاص إعلان الحالة الاستثنائية في العراق -وفقاً لهذا النص الدستوري- من صلاحية رئيس الوزراء ورئيس الجمهورية وأغلبية الثلثين من أعضاء مجلس النواب، لذلك يعتبر أي عمل فيما يتعلق بإعلان حالة الطوارئ في العراق من قبل رئيس الجمهورية، أو رئيس مجلس الوزراء معدوماً، لأن نص الدستور حصر صلاحية إعلان حالة الطوارئ في الدولة بعد موافقة رئاستين وموافقة ثلثي مجلس النواب، بعد ذلك نص الدستور في الفقرة (٩) من المادة (٦١) من الدستور العراقي على: "يخول رئيس مجلس الوزراء الصلاحيات اللازمة التي تمكنه من إدارة شؤون البلاد في أثناء مدة إعلان الحرب وحالة الطوارئ وتنظيم هذه الصلاحيات بقانون بما لا يتعارض مع الدستور".

أما الدستور المصري الدائم لعام ٢٠١٤ فقد نص في (١٥٤) على " يعلن رئيس الجمهورية، بعد اخذ رأي مجلس الوزراء حالة الطوارئ، على النحو الذي ينظمه القانون، ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس النواب خلال الأيام السبعة التالية ليقرر ما يراه بشأنه"، في مصر فأعلان الحالة الاستثنائية من صلاحيات رئيس الجمهورية بعد اخذ رأي مجلس الوزراء، ويبدو لنا أن المشرع الدستوري المصري أكثر موفقيه منها الى المشرع الدستوري العراقي، حيث أعطى هذا الاختصاص لرئيس الجمهورية بعد أخذ رأي رئيس مجلس الوزراء -في العادة يكون رأياً استشارياً- وهذا يتطابق مع مفهوم نظرية الظروف الاستثنائية.

#### ب- القوانين التي تنظم اختصاص الإدارة في الظروف الاستثنائية:

هو المصدر الثاني في التشريع بعد الدستور، وكذلك بالنسبة لتحديد قواعد الاختصاص فهو المصدر الثاني، حيث يتم بموجب القوانين منح جهة الإدارة سلطة إصدار القرارات الإدارية، وكذلك تحديد الحدود التي يتوجب على جهة الإدارة أو الموظف العام الالتزام بها عند إصدار القرار، وقد يترك المشرع للجهات الإدارية تحديد اختصاصات موظفين أو هيئات كما هو الحال في لوائح الضبط أو اللوائح التنظيمية التي يُصدرها رئيس الجمهورية<sup>(٢)</sup>.

وفيما يتعلق بمعالجة الظروف الاستثنائية بالقوانين فقد أصدر المشرع المصري عدة تشريعات استثنائية، كقوانين الأحكام العرفية والطوارئ منها القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ والقرار بقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ، والقرار بقانون رقم (١٤٨) لسنة ١٩٥٩ في شأن الدفاع المدني، والقرار بقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٦٠ في شأن التعبئة العامة والقرار بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٤ بشأن التدابير الخاصة بأمن الدولة وغيرها<sup>(٣)</sup>.

أما في العراق فقد أصدر قانون منع الغزو والنهب رقم ٤٧ لسنة ١٩٢٧، وقانون صيانة الأمن في الاضراب رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٢، ومرسوم السيطرة على وسائل دفاع المملكة رقم ٥٦ لسنة ١٩٣٩، مرسوم الأحكام العرفية سنة ١٩٣٥ وكذلك مرسوم الطوارئ رقم (١) لسنة ١٩٥٦ وقانون السلامة الوطنية رقم (٤) لسنة (١٩٦٥) وأمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة (٢٠٠٤).

(١) الدكتور يحيى الجمل، المصدر السابق، ١٨.

(٢) الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، ص ٢٦، ٢٧.

(٣) الدكتور أحمد مدحت علي، المصدر السابق، ص ١١٥.

حيث نص في كثير منها على تحديد اختصاصات الإدارة في إصدار الأوامر لمعالجة الظروف الاستثنائية التي تمر بها الدولة، وقد نصت المادة الثالثة من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة (٢٠٠٤) على: "يُخول رئيس الوزراء في حالة الطوارئ وفي حدود منطقة اعلانها بالسلطات الاستثنائية المؤقتة التالية:

**أولاً** -بعد استحصال مذكرة قضائية للتوقيف او التفتيش إلا في حالة ملحة للغاية، يتم وضع قيود على حرية المواطنين او الاجانب في العراق، في الجرائم المشهودة او التهم الثابتة بأدلة او قرائن كافية فيما يخص الانتقال والتجوال والتجمع والتجمهر والمرور والسفر من وإلى العراق وحمل او استخدام الاسلحة والذخائر والمواد الخطرة، ويمنح احتجاز المشتبه بسلوكهم وتفتيشهم او تفتيش منازلهم وامكن عملهم، ولرئيس الوزراء تخويل هذه الصلاحيات او غيرها الى من يختاره من قياديين عسكريين او مدنيين.

**ثانياً** -فرض حظر التجوال لفترة قصيرة محددة على المنطقة التي تشهد تهديداً خطيراً للامن او تشهد تفجيرات او اضطرابات وعمليات مسلحة واسعة معادية، وله عزل تلك المنطقة وتطويقها بقوات مناسبة وتفتيشها إذا ثبت او اشتبه في حيازة بعض سكانها للأسلحة متوسطة او ثقيلة او متفجرات او تحصن بها خارجون على القانون، وذلك بعد استحصال مذكرة قضائية للتفتيش الا في حالات ملحة للغاية.

**ثالثاً** -فرض قيود على الاموال وعلى حيازة الاشياء الممنوعة، ووضع الحجز الاحتياطي على اموال المتهمين بالتأمر والتمرد والعصيان المسلح والاضطرابات المسلحة وعمليات الاغتيال والتفجير، وعلى اموال من يشترك او يتعاون معهم بأية كيفية كانت على ارتكاب هذه الجرائم او يحرضهم على ارتكابها وتقع بناءً على ذلك التحريض، او من يقدم لهم مساكن او محلات يأوون اليها او يجتمعون فيها مع علمهم التام بنواياهم وله توقيف المتهمين بهذه الجرائم ممن توفرت ادلة كافية قانوناً لاتهامهم.

**رابعاً** -اتخاذ إجراءات احترازية على الطرود والرسائل البريدية والبرقيات ووسائل واجهزة الاتصال السلكية واللاسلكية كافة، إذا ثبت استخدامها في الجرائم المشار اليها اعلاه، ويمكن فرض المراقبة على هذه الوسائل والاجهزة وتفتيشها وضبطها إذا كان ذلك يفضي الى كشف الجرائم المذكورة او يمنع وقوعها وذلك بعد استحصال مذكرة من الجهات القضائية المعنية لفترة زمنية محددة.

**خامساً** -فرض قيود على وسائل النقل والمواصلات البرية والجوية والمائية في مناطق محددة ولفترة محددة.

**سادساً** -فرض قيود على المحال العامة والتجارية والنوادي والجمعيات والنقابات والشركات والمؤسسات والدوائر، بحيث تحدد مواعيد فتحها وغلقها ومراقبة اعمالها ووضع الحراسة عليها بعد استحصال قرار قضائي، وحلها او ايقافها مؤقتاً إذا ثبتت صلتها بالجرائم المذكورة في الفقرة (أولاً) من المادة ٧.

**سابعاً** -ايقاف العمل مؤقتاً او بصورة دائمة بإجازات الاسلحة والذخيرة والمواد الخطيرة والمفرقة والمتفجرة والاتجار بها، إذا ثبت استخدامها او محاولة استخدامها في الجرائم المذكورة في اعلاه، او إذا كانت تمثل تهديداً للامن والاستقرار في المنطقة او كانت حيازتها غير جائزة قانونياً.

**ثامناً** -اتخاذ قرارات واجراءات عسكرية وامنية سريعة تكون محدودة ومناسبة في المناطق التي اعلنت فيها حالة الطوارئ بالتنسيق مع وزير الدفاع والداخلية او أي وزير آخر ومستشار الامن الوطني او أي جهة ذات اختصاص.

**تاسعاً** -في العمليات الواسعة التي تنفذ في مناطق كبيرة لمواجهة اخطار مسلحة واسعة فيمكن الاستعانة بالقوات متعددة الجنسيات وفقاً لقرار الامم المتحدة ذي الرقم (١٥٤٦) لعام ٢٠٠٤ وتكليف القوات العسكرية العراقية بواجبات واضحة ومحددة تتناسب مع وضعها وامكانياتها بعد موافقة الرئاسة بالأجماع. وفي اقليم كردستان يتم تنفيذ الاجراءات الاستثنائية بالتنسيق مع حكومتها.

### ج- اللوائح التي تصدر في الظروف الاستثنائية:

وهي تلك اللوائح التي تصدرها الإدارة بقصد مواجهة الظروف الاستثنائية التي تمر بها الدولة بشكل عام أو جزء منها، والتي في الغالب يتبعها اتخاذ إجراءات غير عادية لازمة لدرء الخطر الناجم عن تلك الظروف، وأن المبرر الأساسي لمشروعية إصدار اللوائح هي تلك الظروف الاستثنائية، فموجبه تمنح السلطة التنفيذية مكنة التدخل في المجال التشريعي، إما بشكل تلقائي من خلال لوائح الضرورة، وإما استناداً إلى تفويض صادر عن البرلمان من خلال اللوائح التفويضية<sup>(١)</sup>.

فلوائح الضرورة "هي اللوائح التي تصدر لمواجهة ظروف استثنائية مفاجئة تقتضي معالجة سريعة من أجل الحفاظ على كيان الدولة وسلامتها"<sup>(٢)</sup>؛ أو "مقتضاه يقرر الدستور -في نص منه- الترخيص للسلطة التنفيذية في أحوال الخطر الداهم أو الحالات العاجلة التي لا تحتمل الإبطاء أو التأخر، في أن تصدر مراسيم لها قوة القانون"<sup>(٣)</sup>.

وقد نشأت اللوائح التي تصدر في الظروف الاستثنائية منذ بداية القرن العشرين في فرنسا وبسبب الحرب العالمية الأولى، ظهرت سلطات لائحية جديدة وكان هذا نتيجة حتمية للتطورات السياسية، والقانونية، والضرورات العملية في تلك الفترة، وكان لهذه السلطات اللائحية دور كبير في إنشاء سلطة لائحية استثنائية تقتضيها ظروف الحرب، فقد اضطر البرلمان الفرنسي أثناء الحرب العالمية الأولى ١٩١٤، بمواجهة الظروف الاستثنائية إلى تفويض الحكومة في مباشرة السلطة التشريعية، فأصدر قوانين السلطة الكاملة (قوانين التفويض)، وبموجبها سمحت للحكومة بإصدار مراسيم لها قوة القانون، من شأنها تعديل القوانين القائمة أو إلغائها، دون أن يستند البرلمان إلى نص دستوري معين، وقد استمر البرلمان الفرنسي على هذا الاتجاه، حتى بعد دستور الجمهورية الرابعة الصادر سنة ١٩٤٦، الذي حظر صراحة تفويض السلطة التشريعية، في المادة ١٣ وجاء فيه "الجمعية الوطنية تقرر القوانين وحدها ولا تملك تفويض هذا الحق"، وقد أدت الظروف الاستثنائية، وحالة الضرورة إلى تطور مبدأ خضوع اللائحة للقانون، حين قضى مجلس الدولة الفرنسي بمشروعية لوائح الضرورة على الرغم من مخالفتها للقانون<sup>(٤)</sup>.

ترتب على مخالفة اللوائح للقانون بشكل عام في الظروف العادية بطلانها، في حين أن هذه المراسيم بقوانين لها نفس قوة القانون يمكنها أن تخالف القانون وتعده وتلغيه من خلال ما تقدم يمكن القول بأن هذه اللوائح تتميز عن غيرها من اللوائح بأنها قوانين بمعنى الكلمة تصدر من السلطة التنفيذية، وفق أحكام خاصة وتسمى (المراسيم بقوانين)<sup>(٥)</sup>.

### د- المبادئ العامة للقانون

والمبادئ العامة للقانون -أيضاً- من المصادر المباشرة في تحديد الاختصاص، حيث أنه إذا لم يحدد الدستور أو القانون أو اللوائح تحديد اختصاص جهة الإدارة، فإن جهة الإدارة تلجأ إلى المبادئ العامة للقانون ومن هذه المبادئ على سبيل المثال، مبدأ "توازي الاختصاص" ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا حدد المشرع جهة مختصة بعمل ما، وسكت عن تحديد الجهة المختصة بتعديله أو إلغائه فإن الجهة الإدارية التي حددها المشرع تكون هي المختصة بذلك<sup>(٦)</sup>.

(١) الدكتور محمود صبحي علي السيد، الرقابة على دستورية اللوائح دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والكويت، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١، ص ٤٢.

(٢) الدكتور ماجد راغب الطلو، القرارات الإدارية، ص ١٣٧.

(٣) الدكتور طعيمة جرف، المصدر السابق، ص ٩٩.

(٤) الدكتورة بديرة جاسر الصالح، السلطة اللائحية في مجال تنفيذ القوانين، رسالة دكتوراه إلى جامعة القاهرة، ١٩٧٩، ص ١٦، ١٧.

(٥) الدكتور سليمان محمد الطماوي، القرار الإداري أمام مجلس الدولة والمحاكم القضائية، الطبعة الأولى، مطبعة دار نشر الثقافة ١٩٥٠، ص ٨٩.

(٦) الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، المصدر السابق، ص ٣٢٠.

وقضى مجلس الدولة المصري بأن "الاختصاص وإن كان الأصل فيه أن يباشره صاحبه إلا أن الأصول العامة تقتضي عند الضرورة أن ينحدر مباشرة اختصاص الأصل الى من يليه متى قام بالأصيل مانع أو عذر حتى لا يتعطل سير العمل"<sup>(١)</sup>.

وبذلك، أفتى مجلس شورى الدولة بالقرار رقم (٢٠٠٩/٧٦) بتاريخ (٢٠٠٩/٩/١٣) على أنه "في حالة عدم وجود مجلس محلي (من المعروف أنه يترتب على عدم وجود مجلس محلي توقف المرافق العامة)، يمارس مجلس المحافظة اختصاصات المجلس المحلي في الأقضية والنواحي ولا يجوز العكس"<sup>(٢)</sup>، فالمبادئ العامة للقانون تكمل النقص في التشريع، حيث أن القاضي الإداري يكشف عنها باعتبارها تعبيراً عن روح التشريع<sup>(٣)</sup>.

### ثانياً- مصادر الاختصاص غير المباشرة: -

الأصل في الاختصاص -كما ذكرنا- هو أن يمارس الموظف اختصاصه بنفسه، أما إذا خالف هذا الأصل فيسأل عنه قانوناً باعتبار أن اختصاص الموظف واجب نص عليه القانون، إلا أن هناك حالات كثيرة خولفت فيها قواعد الاختصاص، ومع ذلك أقر القضاء والفقهاء أن هذه القرارات الإدارية صحيحة ومطابقة للقانون لأن هناك ضرورات عملية تستوجب الخروج عن هذا الأصل<sup>(٤)</sup>.

### أ- (التفويض أو التحويل) في الاختصاص: -

ويستخدم المشرع والقضاء والفقهاء المصري مصطلح "التفويض"، والتفويض: لغة تقول فوض الأمر إليه، أي رده إليه، وقوم فوضى أي متساوون لا رئيس لهم، أما المشرع والقضاء والفقهاء العراقي، فيستخدم مصطلح "التحويل"، والتحويل: لغة من خول: الخائل: الحافظ للشيء، يقال: فلان يخول على أهله، أي يرعى عليهم وخوله الله الشيء، أي ملكه إياه<sup>(٥)</sup> وبذلك نصت المادة (١٤٨) من الدستور المصري على "الرئيس الجمهورية أن يفوض بعض اختصاصاته...." في حين نصت الفقرة (٦) من المادة (٨٠) من الدستور العراقي على، "التفاوض بشأن المعاهدات والاتفاقيات الدولية، والتوقيع عليها، أو من يخوله ومصطلح التحويل، هو أدق تعبيراً لغوياً، والدليل قوله تعالى في سورة الزمر الآية (٨) " ثم إذا خوله نعمة منه نسي ما كان يدعو إليه من قبل" وقوله تعالى في سورة الزمر الآية (٤٩) "ثم إذا خولناه نعمة منا قال إنما أوتيته على علم" وقوله تعالى في سورة الأنعام الآية (٩٤) "ولقد جنتمونا فرادى كما خلقناكم أول مرة وتركتكم ما حولناكم وراء ظهوركم".

أما اصطلاحاً فيقصد به "أن يعهد الرئيس الإداري بممارسة بعض اختصاصاته التي يستمدها من القانون الى أحد مرؤوسيه"<sup>(٦)</sup>؛ " أن يعهد صاحب الاختصاص بممارسة جانب من اختصاصه سواء في مسألة معينة أو نوع معين من المسائل إلى فرد آخر"<sup>(٧)</sup>، أو هو ".... العمل الذي بموجبه يفوض الرئيس الإداري بعض اختصاصاته -التي هي غالباً أقل أهمية- لمرؤوسيه وفقاً للشروط الدستورية أو القانونية أو اللائحية

(١) مجموعة الاحكام التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة ٧، جلسة ٢٩/٤/١٩٥٣، ص ١٠٢٦، ١٠٢٧؛ نقلاً عن الدكتور شروق أسامة عواد حجاب، النظرية العامة للتفويض الإداري والتشريعي دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ٢٠٠٩، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص ٣٦٨.

(٢) قرار مرقم ٢٠٠٩/٧٦ في ٢٠٠٩/٩/١٣ - قرارات وفتاوي مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٩، ص ٢٦٤.

(٣) الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، ص ٢٧.

(٤) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، قضاء الإلغاء شروط القبول، ص ١٨٣، ١٨٤.

(٥) إمام إسماعيل بن حماد الجوهري، معجم الصحاح قاموس عربي-عربي، الطبعة الرابعة، بيروت ٢٠١٢، دار المعرفة بيروت لبنان، ص ٨٢٦، ٨٢٧-٣٢٣.

(٦) الدكتور ماجد راغب الطلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٨، ص ١٠١.

(٧) الدكتور سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة، ص ٣٢٠.

المقررة وذلك، مع احتفاظه بصفته الأصلية بممارسة الجانب الهام من اختصاصاته وذلك لتخفيف العمل عن كاهله وتفرغه لمباشرة هذه الاختصاصات....<sup>(١)</sup>

ويتميز الاختصاص بأنه لا يجوزُ لصاحب الاختصاص الأصلي أن يفوض جهةً أخرى لممارسة نشاطه، إلا إذا كان هناك نص تشريعي يسمح له بذلك، وأن يكون هذا النص في نفس مرتبة ممارسته لاختصاصه الأصلي، وذلك لأن الاختصاص ليس حقاً شخصياً يجوز للموظف التصرف فيه كما يشاء<sup>(٢)</sup>.

بذلك حكمت المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٣/٨٠٣ق) بتاريخ ١٩٧١/٤/٣ على "أنه إذا أناط التشريع بموظف ما اختصاصاً معيناً بنص صريح فلا يجوزُ لغيره أن يتعدى على هذا الاختصاص أو يحل فيه محل صاحبه إلا بناءً على حكم القانون (إحالة أو تفويضاً) وإلا كان المتصدي مغتصباً للسلطة"<sup>(٣)</sup>، أما في الظروف الاستثنائية يجوز للأصيل أن يفوض غيره ويتغاضى عن النص الأذن، بتالي ليس لمرتبة نص الأذن أي أهمية، مادام يهدفُ الأصيلُ بهذا القرار تحقيق المصلحة العامة<sup>(٤)</sup>.

ولا يجوز للأصيل (المفوض) اختيار المفوض إليه وفقاً لإرادته، إذا نص المشرع صراحةً على أشخاص معينين، وفق المادة (١٤٨) من الدستور المصري "الرئيس الجمهورية أن يفوض بعض اختصاصاته لرئيس مجلس الوزراء، أو لنوابه، أو للوزراء، أو للمحافظين، ولا يجوز لأحد منهم أن يفوض غيره، وذلك على النحو الذي ينظمه القانون"، ليس لرئيس الجمهورية تفويض صلاحياته لغير ما ذكره النص الدستوري، أما إذا لم يحدد المشرع فله - أي الأصيل - الحرية في اختيار المفوض إليه بشرط أن يكون موظفاً عمومياً أو من أشخاص القانون العام، أما إذا كان من أشخاص القانون الخاص فيقع قراره باطلاً، ولكن بما أن المسؤولية في الاختصاص بشكل عام شخصية فيجبُ على المفوض اختيار الموظف الذي تكون له كفاءة، وأن يكون مختصاً اختصاصاً دقيقاً في مجال معين لديه فيه قدرة كبيرة من الدراية والمعرفة، كأن يكون من أقدم مرؤوسيه خدمة في العمل وأعلامهم في المركز الوظيفي وان يهدف الأصيل إلى تحقيق الصالح العام<sup>(٥)</sup>.

ولكن الظروف الاستثنائية تؤثر على القواعد الخاصة بالتفويض، وتبسيط الإجراءات، بحيث تستطيع الإدارة في الظروف الاستثنائية أن تفوض سلطاتها وفقاً لإرادته إذا وجد أن المفوض إليه له قدرة على تحقيق المصلحة العامة، حتى إذا لم يوجد نص تشريعي أو مرسوم يُخول مثل هذا الحق، لأنها تفرض عليها اتخاذ إجراءات سريعة وفعالة، وعلى الإدارة ألا تتردد في إتخاذ هذه الإجراءات طالما تهدف الى تحقيق المصلحة العامة.

وفي الظروف الاستثنائية تجوز للمفوض ممارسة اختصاصاته المفوضة أثناء مدة التفويض<sup>(٦)</sup>، أما فيما يتعلق بحق الأصيل في مباشرة اختصاصاته كاملةً في الظروف العادية، نرى اختلاف الفقه حول هذا الأمر إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: وهو: "يجوز للأصيل أن يباشر اختصاصه كاملاً أثناء قيام التفويض إلى جانب المفوض إليه، بمعنى أن تكون له حرية تقدير مدى ملائمة ممارسة ذات الاختصاص التي فوض فيها إذا رأى لذلك

(١) الدكتور عبد العظيم عبد السلام، التفويض في الاختصاصات الإدارية، الطبعة الأولى، القاهرة ١٩٩٦، دار النهضة العربية، ص ٣١.

(٢) الدكتور حامد مصطفى، مبادئ القانون الإداري العراقي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد ١٩٦٨، ٢٤٧.

(٣) المستشار حمدي ياسين عكاشة، المصدر السابق، الجزء الأول، ص ٥٨٧.

(٤) الدكتور محمود إبراهيم الوالي، نظرية التفويض الإداري دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٧٩، ص ٨٧.

(٥) الدكتورة شروق أسامة عواد حجاب، النظرية العامة للتفويض الإداري والتشريعي دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، ص ٨٧ - ٩٢.

(٦) الدكتور عبد العظيم عبد السلام، المصدر السابق، ص ٧٧.

ميررا، وذلك لأن النص (الإذن) إنما يمنح الأصيل مكنه تفويض اختصاصه ولكنه لا يسمح له بأن يتخلى عنه" (١).

الاتجاه الثاني: فيرى أنه "ليس للأصيل أن يباشر -أثناء سريان التفويض- نفس الاختصاص الذي فوضه للمفوض إليه، فإذا أراد المفوض ذلك فعليه أولاً سحب قرار التفويض أو إلغائه أولاً-والحكمة من ذلك هي منع صدور قرارات متعارضة ومعاصرة في ذات الموضوع من جانب المفوض والمفوض إليه في ذات الوقت" (٢).

أما مجلس الدولة في مصر وفقاً لفتوى القسم الاستشاري بتاريخ ١٩٥٩/٩/٢٣ فقد أفتى بأنه "لا يتجرد الأصيل من اختصاصه رغم التفويض فيه فالتفويض في الاختصاص لا يجب سلطات الأصيل نهائياً، بل للأصيل ممارسة اختصاصه في الحدود التي تتفق مع سبب التفويض. وتطبيقاً لما تقدم يكون من حق الوزير بالرغم من تفويضه وكيل الوزارة في نظر أمر من الأمور أن يباشر نفس الاختصاص..." (٣)، أي أنه أخذ بما ذهب إليه الاتجاه الأول.

ولا يجوز للموظف المفوض إليه أن يفوض الاختصاص الذي آل إليه بطريقة التفويض... وذلك على أساس هذه القاعدة: "لا يجوز تفويض التفويض" (٤)، وقد أقرت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن أنه "لا يجوز للمفوض إليه بدون نص يجيز ذلك أن يفوض في الاختصاصات المفوضة إليه، فالتفويض في الاختصاصات المفوضة لا يجوز، بل إنه يؤدي إلى انعدام قرار التفويض الصادر من المفوض إليه حيث لا يعدو أن يكون عقبة مادية" (٥).

ولا يُقتصر في التفويض على احترام النص، وإنما يتوجب احترام حدود النص، ولا يجوز التوسع فيه سواء كان من حيث موضوع التفويض أو من حيث مدة التفويض، وكل هذا لا يقتصر على المفوض وحده إنما يمتد إلى المفوض إليه الذي يجب عليه أن يبت أو يقرر في الموضوعات التي تضمنها قرار التفويض وكذلك يجب أن يحترم مدة التفويض، لأن التفويض بطبيعته مؤقت ويصدر لمدة محددة، رغم أنه يجوز للمفوض إنهاؤه وفي أي وقت حتى قبل انتهاء المدة المحددة له (٦).

وقد أفتت الهيئة العامة لمجلس شورى إقليم كردستان -العراق، في (٢٠١٠/٥/٨) العدد (١٠) لطلب من وزارة العدل في إقليم كردستان -العراق "... وحيث أن قواعد الاختصاص من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها ويقتضي احترام حدود الاختصاص، وحيث أن المشرع في النصوص سابقة الذكر لم يمنح الوزير الحق في تفويض هذا الاختصاص، لأنه من الصلاحيات الممنوحة للوزير حصراً، عليه ولما تقدم يرى المجلس بأن استحصال الإذن على تحريك الدعوى الجزائية في الجرائم الواقعة خارج العراق من اختصاص وزير العدل حصراً وليس للوزير أن يفوض هذا الاختصاص لا (تفويض اختصاص) ولا (تفويض توقيع)" (٧).

إن التفويض لا يرفع عن الأصيل المسؤولية عن أداء المفوض إليه ولكن تنشأ مسؤولية جديدة تقع على عاتق المفوض إليه تجاه الأصيل، والقاعدة بالنسبة للتفويض هي أن التفويض في السلطة يجب أن يكون دائماً جزئياً وأن تفويض السلطة بتمامها مخالف للقواعد العامة لأن ذلك يعتبر نزولاً عن الاختصاص

(١) الدكتور سامي جمال الدين، قضاء الملازمة، ص ١٦٤ - ١٦٥.

(٢) الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، ص ١٤٢.

(٣) فتواه في ١٩٥٩/٩/٢٣ المجموعة السنة ١٣ رقم ٢٥٨ ص ٣٧٥، نقلاً عن الدكتور سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص ١٦٦.

(٤) الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ١٤١.

(٥) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٠٩٠ لسنة ق، جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٨ نقلاً عن الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الموسوعة الإدارية شاملة في إلغاء القرار الإداري وتأديب الموظف العام، الجزء الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية ٢٠٠٨، ص ٤٢، ٤٣.

(٦) الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ١٤٠ - ١٤٢.

(٧) المبادئ القانونية في قرارات وفتاوى مجلس شورى إقليم كردستان-العراق، ص ٥٠.

الذي أناطه به المشرع، أما إذا نص المشرع على تفويض هينتين في ممارسة نفس الاختصاص، ففي هذه الحالة لا نكون أمام تفويض وإنما نكون أمام تحويل هينتين لممارسة نفس الاختصاص<sup>(١)</sup>.

بما أن الطرف الاستثنائي حالة غير متوقعة، مع استحالة مواجهتها بالقوانين العادية، لذلك فإن هذا الطرف يعتبر مبرراً لجهة الإدارة في عدم الالتزام بالقواعد الشكلية والموضوعية في التفويض يتمثل في نص أذن بالتفويض أو وجود قرار بالتفويض عند إصدار قرار التفويض - رغم أن هذه القواعد تمثل ضماناً لجهة الإدارة<sup>(٢)</sup>.

أما عن اللوائح التفويضية، "هي اللائحة التي تصدرها السلطة التنفيذية في مسائل من اختصاص السلطة التشريعية بتفويض من هذه الأخير" أو يقصد به "تلك اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بناء على تفويض من السلطة التشريعية في شأن المسائل الداخلة في اختصاص هذه السلطة الأخيرة"، كما تعدُّ أحد مظاهر مشاركة السلطة التنفيذية للسلطة التشريعية، فهي تصدر قرارات لها قوة القانون، وذلك بناء على تفويض خاص من السلطة التشريعية، فبعد موافقة البرلمان (السلطة التشريعية)، تستطيع الحكومة أن تصدر لوائح تعدل بها القوانين القائمة أو تلغيها<sup>(٣)</sup>.

فالمشرع الدستوري في مصر قد اشترط منذ دستور ١٩٢٣ ضرورة غياب البرلمان الى جانب توافر الظروف الاستثنائية كي تصدر الحكومة اللوائح التفويضية غير أن في دستور ٢٠١٢ في مصر أكتفى بتطبيق حالة غياب البرلمان وبالتالي وألغيت التطبيقات الأخرى، وهو ما اعتنقه كذلك دستور ٢٠١٤ في المادة ١٥٦ منه<sup>(٤)</sup>.

## ب- الحلول في الاختصاص: -

"يقصد به أن يتغيب صاحب الاختصاص (الأصيل) أو يقوم له مانع يحول دون ممارسته اختصاصه، فيحل محله في ممارسة اختصاصه من عينه المشرع لذلك"<sup>(٥)</sup>.

وبذلك قضت المحكمة الإدارية العليا على أنه: "إذا غاب رئيس المصلحة أو قام لديه مانع حل محله في مباشرة هذا الاختصاص من يقوم مقامه في العمل وهو في هذه الحالة وكيل المصلحة"<sup>(٦)</sup>.

إذن فالحلول مصدر أو وسيلة غير مباشرة لممارسة الاختصاص، وذلك في حالة غياب الأصيل لأي سبب عن ممارسة اختصاصه فيقوم من عينه المشرع مقام الأصيل في ممارسة اختصاصه مما يعني أنه لا بد أن ينص عليه المشرع بحلول شخص معين محل الشخص الذي لا يتمكن من ممارسة اختصاصه وبخلاف ذلك لا يستطيع أحد ممارسة الاختصاص بالحلول<sup>(٧)</sup>.

ويمكن إجمال شروط الحلول بما يلي: -

- ١- لا يتم الحلول إلا إذا وجد نص يقره.
- ٢- الحلول يفترض غياب الأصيل في الاختصاص.
- ٣- يتم الحلول بقوة القانون دون الحاجة لصدور قرار بذلك من الأصيل أو أية جهة أخرى.
- ٤- يمارس الحال كافة اختصاصات الأصيل وليس جزءاً منها.

(١) المستشار حمدي ياسين عكاشة، المصدر السابق، ص ٥٧٩؛ كذلك الدكتور حسن حسين شريف، التفويض في القانون الإداري دراسة تطبيقية في قطاع الشرطة، دار الصفا للطباعة الحديثة بسوهاج ١٩٩٧، ص ٣٩.

(٢) الدكتور محمود إبراهيم الوالي، المصدر السابق، ص ٨٤-٨٦.

(٣) الدكتور احمد مدحت علي، المصدر السابق، ص ٤٢.

(٤) الدكتور سامي جمال الدين، القضاء الإداري وفقاً لدستور ٢٠١٤ في مصر، ص ٢١١.

(٥) الدكتور عبد الوهاب اليرزنجي ومهدي ياسين السلامي وعلى محمد بدير المصدر السابق، ص ٤٢٣.

(٦) المحكمة الإدارية العليا - المجموعة س٤ ص ١١٧ بند ١١، نقلاً عن المستشار حمدي ياسين عكاشة، المصدر السابق ص ٥٨٤.

(٧) الدكتور عبد الغني عبد الله، المصدر السابق، ص ٢٠٢.

٥- القرارات التي يصدرها المحال إليه لها نفس المرتبة التي يصدرها عادة الأصيل الغائب.

٦- ينتهي الحلّ بزوال سببه<sup>(١)</sup>.

مثال على ذلك الحلّ ما نص في الدستور العراقي في الفقرة (٢) من المادة (٧٥) على ما يلي:

"ثانياً: يحل نائب رئيس الجمهورية محل الرئيس عند غيابه.

ثالثاً: يحل نائب رئيس الجمهورية محل رئيس الجمهورية عند خلو منصبه لأي سبب كان، وعلى مجلس النواب انتخاب رئيس جديد، خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ الخلو.

رابعاً: في حالة خلو منصب رئيس الجمهورية، يحل رئيس مجلس النواب، محل رئيس الجمهورية في حالة عدم وجود نائب له، على أن يتم انتخاب رئيس جديد خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ الخلو، وفقاً لأحكام هذا الدستور".

وتنص المادة (١٦٠) من الدستور (٢٠١٤) المصري على أنه "إذا قام مانع مؤقت يحول دون مباشرة رئيس الجمهورية لسلطاته حل محله رئيس مجلس الوزراء. وعند خلو منصب رئيس الجمهورية للاستقالة، أو الوفاة، أو العجز الدائم عن العمل، أو لأي سبب آخر يعلن مجلس الشعب خلو المنصب، ويخطر الهيئة الوطنية للانتخابات، ويباشر رئيس مجلس الشعب مؤقتاً سلطات رئيس الجمهورية. وفي حالة حل مجلس الشعب تحل الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا، ورئيسها محل المجلس، ورئيسه فيما تقدم. وفي جميع الأحوال يجب أن يُنتخب الرئيس الجديد في مدة لا تتجاوز مائة وعشرين يوماً من تاريخ خلو المنصب، وتبدأ مدة الرئاسة في هذه الحالة من تاريخ إعلان نتيجة الانتخاب. ولا يجوز للقائم بأعمال رئيس الجمهورية أن يترشح لهذا المنصب، ولا أن يطلب تعديل الدستور، ولا أن يحل مجلس الشعب، ولا أن يقبل الحكومة".

هذا والأصل في الحلّ أنه ينتهي بعودة الأصيل إلى عمله، وأن الحلّ إنما وضع أساساً لتحقيق المصلحة العامة والتي تتمثل في عدم انقطاع سير المرافق العامة نتيجة لغياب الأصيل عن ممارسة اختصاصه.

ولقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بتاريخ ١٩٩١/٦/١ في مصر بأنه " ...إذا قام برئيس الجامعة مانع يحول بينه وبين ممارسة اختصاصه في إحالة عضو هيئة التدريس إلى مجلس التأديب ولم يكن هناك نص يقرر الحلّ في هذا الشأن فإن ضرورة سير مرافق الجامعة تفرض على السلطة الأدنى مباشرة من رئيس الجامعة (وهي نائب رئيس الجامعة الأقدم)، الحلّ محله في مباشرة هذا الاختصاص، أما رئيس الجامعة فإنه لا يجوز له ممارسته مادام قد تحقق في شأنه مانع من ممارسته إذ أن قاعدة وجوب استمرار سير المرفق بانتظام واطراد، توجب في هذه الحالة القول بأن تخلي رئيس الجامعة عن مباشرة هذا الاختصاص لقيام مانع به، يمثل ظرفاً استثنائياً، وهذا الطرف الاستثنائي يبرر الخروج على المبدأ العام، الذي يقضي بأن صاحب الاختصاص الأصيل هو وحده الذي يمارسه"<sup>(٢)</sup>.

ويختلف الحلّ عن التفويض في أن التفويض يحدث بحضور المفوض وبإرادته، أما الحلّ فيتم بقوة القانون، وينتهي الحلّ برجع الأصيل إلى مقر عمله ومباشرة اختصاصه بنفسه أو بتعيين من يحل محله في منصبه في حالة وفاته أو إحالته إلى المعاش (التقاعد)، أما التفويض فينتهي بانتهاء المدة أو بانتهاء المهمة المحددة للمفوض إليه، بإصدار قرارٍ من المفوض باسترداد اختصاصه الذي قام بتفويضه<sup>(٣)</sup>.

(١) الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ١٤٥-١٤٦.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٣٤٢٩ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٩١/٦/١-والطعن رقم ١٤٠٩ لسنة ٣٢ ق-جلسة ١٩٩٢/٥/٣، المستشار حمدي ياسين عكاشة، المصدر السابق، ص ٦١١، ٦١٢.

(٣) الدكتور عبد الغني بسيوني، المصدر السابق، ص ٢٠٢.

## ج- الإنابة في الاختصاص:

الإنابة تفترض وجود مانع يعوق الأصيل عن ممارسة اختصاصه، لأي سبب كان، فتصدر السلطة الإدارية الأعلى قراراً جديداً تكلف بمقتضاه موظفاً آخر بممارسة اختصاصات الأصيل الغائب، ولا يشترط أن يكون هذا الموظف الآخر في نفس مستوى الأصيل أو أعلى منه أو أدنى منه وإنما تشترط فيه القدرة على ملائمة الفراغ الذي تركه الأصيل الغائب، وذلك لضمان سير المرفق العام بانتظامٍ واطرادٍ<sup>(١)</sup>.

والإدارة قد تواجه ظروفاً استثنائيةً تجعلها غير قادرة على القيام بنشاطها الذي يتمثل في ضرورة حماية النظام العام والأمن العام وتسير المرافق العامة في هذه الظروف فيقوم شخص آخر بممارسة اختصاصات الإدارة خلافاً لقواعد الاختصاص بسبب عدم قدرة الموظف الأصيل على ممارسة اختصاصه في هذه الظروف، رغم أن أعمال هذا الموظف في الظروف العادية غير مشروعة إلا أن القضاء الإداري في فرنسا عُد هذه الاعمال صحيحةً تطبيقاً لفكرة (الموظف الفعلي)<sup>(٢)</sup>.

### ❖ فكرة الموظف الفعلي والاختصاص

يعتبر وبموجب قانون العقوبات من ينتحل صفة الموظف العمومي مرتكباً لجريمة، ومع ذلك قد يحدث وبسبب الظروف الاستثنائية أن يتدخل الفرد في عمل الإدارة، وذلك إعمالاً لمبدأ استمرار سير المرافق العامة، فيجوز بناءً على هذه النظرية أن يجتمع رأي الأهالي على شخص بأداء الوظيفة أو يتطوع شخص بالعمل ويقبله الأهالي ضمناً، ولاتعد قراراته اغتصاباً للسلطة ولا حتى مشوبة بعدم الاختصاص<sup>(٣)</sup>.

فهناك خلط بين خروج الموظف القانوني عن قواعد الاختصاص في الظروف الاستثنائية، ونظرية الموظف الفعلي، والسبب هو تعلق كلتا الحالتين بفكرة الاختصاص الفعلي، فالاختصاص الفعلي "هو اختصاص إداري يقره القضاء بأثر رجعي لمن قام بممارسة الوظيفة خروجاً عن قواعد الاختصاص بمفهومه الواسع، وذلك نزولاً على مقتضيات الظروف الاستثنائية والضرورات العاجلة التي تتطلب الخروج عن الاختصاص وعدم الالتزام بقواعده، وأن ذلك الاختصاص الفعلي قد يتعلق بأفراد ليس بينهم وبين الإدارة أية رابطة قانونية، وقد يتعلق بموظفين يشتغلون الوظيفة بسندٍ صحيح"<sup>(٤)</sup>.

## المطلب الثالث

### الترخيص بتجاوز قواعد الاختصاص في الظروف الاستثنائية

إن القاعدة الأساسية في الاختصاص تعني تلك الرخصة التي تقرر لجهة الإدارة أو لموظف معين، ممارسة نشاط معين، وفي هذه القاعدة تأكيد لمبدأ الفصل بين السلطات أو الوظائف والتزام لكل واحد بالحدود المرسومة له قانوناً<sup>(٥)</sup>.

إذن فالقاعدة في الاختصاص هي منع جهة إدارية من الاعتداء على جهة أخرى، إلا أن الظروف الاستثنائية التي يترتب عليها نتائج غير متوقعة، تسمح للإدارة بإصدار القرارات الإدارية المخالفة لقواعد الاختصاص وتعتبر هذه القرارات مشروعاً، وأساس هذه المشروعية والترخيص بالمخالفة هي ضروريات واقعية تتطلب مواجهة الظروف الاستثنائية، حتى وإن كانت هذه القرارات خارج حدود صلاحية أو اختصاص الإدارة، والقضاء الإداري هو الذي يقرر هذه المشروعية ولا يسمح للإدارة باتخاذ القرارات المخالفة بنفسه.

(١) الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ١٤٦، وكذلك الدكتور سامي جمال الدين، القضاء الملئمة، ص ١٦٩، ولمزيد على (القدرة على ملائمة فراغ الوظيفة) مراجعة الدكتور ماجد راغب الحلو، علم الإدارة العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٩، ص ٢٢٠ وما بعدها.

(٢) الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، المصدر السابق، ص ٣٣٦-٣٣٨.

(٣) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الثاني، ص ٦٥٦؛ وكذلك الدكتورة سعاد الشرفاوي، المصدر السابق، ص ٢٢٠.

(٤) الدكتور مجدي عز الدين يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي، المطبعة بلا ١٩٨٨، ص ٢٧٥، ٢٧٦.

(٥) الدكتور هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية من أعمال الضرورة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨، ص ٢٤٠.

حيث رَحَصَ مجلس شورى الدولة العراقي وكذلك مجلس الدولة في مصر وفرنسا، في الظروف الاستثنائية على سماح بتجاوز قواعد الاختصاص بل سماح بالتعدي على هذه القواعد، بذلك أفتى مجلس شورى الدولة بعد طلب وزارة البلديات والأشغال العامة الرأي من المجلس، في مدى إمكانية الاعتماد على مذكرات التوقيف الصادرة من معسكر بوكا<sup>(١)</sup>، بحق الموظف الموقوف بسبب قيام القوات متعددة الجنسيات بالقبض عليه وسجنه وهل تطبق بشأنه المادة ١٦ من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ والتي تنص على "إذا أوقف الموظف من جهة ذات اختصاص فعلى دائرته أن تسحب يده من الوظيفة طيلة مدة التوقيف".

وأفتى مجلس شورى الدولة على ذلك: "إن القوات متعددة الجنسيات تعد جهة ذات اختصاص عند تطبيق المادة ١٦ من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ إذا ثبت اعتقال الموظف من تلك الجهة عن طريق إجراء التحقيق من لجنة تولف لهذا الغرض أو بالاستناد إلى مذكرات الاعتقال الصادرة من تلك الجهة"<sup>(٢)</sup>، على الرغم من عدم وجود نص في التشريعات العراقية على اعتبار هذه القوات جهة ذات اختصاص.

وطبقته أيضاً المحكمة الإدارية العليا في مصر، في (١٣) مارس سنة ١٩٦١، في قضية قرية خسفين، "ومن حيث أن الثابت من الأوراق أن هناك خلافاً على الانتفاع بمياه العيون قد نشب في قرية خسفين التي تقع على الحدود في مواجهة العدو... ورأى قائد المنطقة بصفته المسئول عن الأمن أن يضع حداً لهذه الخلافات، بحيث لا يمس حقوق أي من الطرفين، مما يؤدي إلى إخماد الفتنة إلى أن تفصل الجهات المختصة فيها، فأصدر قراراً بوضع حل مؤقت بتوزيع الانتفاع بالمياه ليس فيه أي مساس بالحقوق الموضوعية لأي من الطرفين ولم يستأثر بوضع هذا الحل .... فإن القرار المطعون فيه يكون قد أملتته الضرورة ولا ينال منه بعدم استناده إلى نص صريح في قانون الأحكام العرفية، إذ أن المصلحة التي تغيها -وهي المحافظة على سلامة الدولة وأمنها في مثل هذه المنطقة المتاخمة لحدود العدو- هي غاية تعلق فوق كل الغايات، ولم يتجاوز في تحقيقها حدود الضرورة، إذ لم يعتد على حق موضوعي لأي طرف من أطراف النزاع، وذلك لأنه من المسلم به فقهاً أن للسلطة الإدارية المشرفة على الأمن أن تتخذ دائماً - في حالات الضرورة المشابهة للحالة المتقدمة - تدابير مؤكدة لصيانة الأمن والنظام العام، حتى لو كان في اتخاذها مساس بحقوق الأفراد الخاصة أو حرياتهم، وحتى لو لم تكن الأحكام العرفية معلنة. وعلى ذلك فإن الحاكم العسكري في خصوصية هذه الدعوى إذ اتخذ التدابير المؤقتة المطعون فيها باعتباره من التدابير الضرورية لصيانة الأمن العام، يكون قد قدر الضرورة بقدرها وتصرف في حدود سلطته التقديرية تصرفاً مشروعاً، لا سيما وأنه لم يجاوز في ذلك حدود الضرورة اللازمة لصون الأمن واستقراره في المنطقة...."<sup>(٣)</sup>

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا الأمر لأول مرة في قضية (Heyries) وتتلخص هذه القضية في "أنه بعد نشوب الحرب العالمية الأولى، أصدر رئيس الجمهورية في (١٠) سبتمبر سنة (١٩١٤) مرسوماً يوقف -خلال فترة الحرب- تطبيق المادة (٦٥) من القانون الصادر بتاريخ (٢٢) ابريل سنة (١٩٠٥)، والتي تخول الموظف في حق الاطلاع على ملف خدمته مقدماً وقبل توقيع أي جزاء تأديبي عليه. وفي (٢٢) أكتوبر سنة (١٩١٦) صدر قرار بفصل السيد (Heyries) من وظيفته دون أن يسمح له بالاطلاع على ملف خدمته مقدماً، فطعن في هذا القرار بالإلغاء أمام مجلس الدولة، استناداً إلى أن رئيس الجمهورية

(١) "هو معسكر اعتقال التي أخذته الولايات المتحدة الأمريكية في محيط مدينة أم قصر في العراق. وكان يسمى في البداية منشأة كامب فريدي واستخدامها من قبل القوات البريطانية لاحتجاز سجناء الحرب العراقيين. وبعد أن استولى عليها الجيش الأميركي في نيسان / أبريل ٢٠٠٣، أعيدت تسميته لذكرى رونالد بوكا، وهو جندي في اللواء ٨٠٠ للشرطة العسكرية، حيث كان من الذين لقوا حتفهم في هجمات ١١ / سبتمبر ٢٠٠١".

(٢) القرار رقم (٢٠٠٨/٦٨) بتاريخ (٢٠٠٨/٥/٢١)، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٨، ص ١٩٠، ١٩١.  
(٣) القضية رقم ٦٧ لسنة ٢ القضائية "دمشق"، المجموعة السابقة، السنة السادسة، العدد الثالث، ص ١٠٢٠؛ نقلاً عن الدكتور احمد مدحت علي، المصدر السابق، ص ١٨٨، ١٨٧. وكذلك الدكتور، الدكتور أبو بكر أحمد عثمان أنعمي، المصدر السابق، ص ١٢٨، ١٢٩.

لا يملك أن يوقف تطبيق المادة (٦٥) المشار إليها بالمرسوم الذي أصدره في (١٠) سبتمبر سنة (١٩١٤)، لان القانون لا يوقف العمل به إلا بموجب قانون مثله.

وكان مصير هذا الطعن الرفض، تأسيساً على انه طبقاً للمادة الثالثة من دستور سنة ١٨٧٥، فان رئيس الجمهورية يتبوء مركز الصدارة في الجهاز الإداري للدولة، ومكلف بأن يؤمن تنفيذ القوانين، وبالتالي يقع على عاتقه أن يكفل في جميع الأوقات -استمرار سير المرافق العامة التي أنشئت بموجب القوانين واللوائح وان يحول دون العراقيل المصاعب الناتجة عن الحرب" (١).

ويشترط القضاء الإداري أن تهدف الإدارة من مخالفة قواعد الاختصاص الى تحقيق المصلحة العامة، ولا يقتصر -كما ذكرنا -تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية على ضرورة وقوع حالة الحرب أو تهديدات على الأمن والسلامة، بل إن الإدارة ملزمة بتطبيق هذه النظرية وقت السلم أيضاً، بمجرد وجود خطر على وقف سير المرافق العامة أو لحفظ النظام (٢).

وقد اعتبر مجلس شورى الدولة قرار الإدارة بنقل أحد الموظفين باطلاً، وذلك بسبب الظروف الاستثنائية في المنطقة المنقول إليها الموظف على الرغم من أن الإدارة لها اختصاص في نقل الموظفين من مكان إلى آخر بقصد ملء الشواغر الموجودة، فهي تملك في هذا المجال السلطة التقديرية ".... إن المميز أصدر الأمر الإداري المرقم (٣٧٥٥) في (٢٠٠٨/٣/٥) المتضمن نقل المميز عليه من مقر عمله في محافظة بغداد إلى محافظة صلاح الدين، ولصعوبة تطبيق هذا الأمر وللاستحالة من حيث الإقامة والمعيشة والنواحي الأمنية في ظل الظروف الحالية التي تعيشها المنطقة المنقول إليها ورغم إن النقل سلطة تقديرية بيد الدائرة (السلطة الإدارية) إلا إن الإدارة ملزمة بتطبيق تلك السلطة بما لا يلحق الضرر بالموظف" (٣).

وطبقه أيضاً مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Dehsene)، الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في ٧ يوليو سنة ١٩٥٠ "ذلك أن مقدمة دستور سنة ١٩٤٦ نصت على أن "الإضراب حق يمارس في إطار القوانين التي تنظمه"، ولم يصدر قانون عام ينظم هذا الحق، وكل ما هنالك نصان أحدهما يمنع الإضراب على العاملين بشركات الجمهورية للتأمين (قرار ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧) والثاني قانون ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٤٨ الذي يمنح سلطات الضبط حق التدخل في حالات الإضراب بتوقيع جزاءات غير الجزاءات التأديبية. وتتلخص وقائع قضية دايهاين في أن حركة إضراب بدأت بين موظفي المحافظات في ١٣ يوليو سنة ١٩٤٨ بهدف الحصول على مطالب مهنية. وقد أعلن وزير الداخلية أن العمال من درجة مدير مكتب أو أعلى الذين سيشترون في الإضراب سيوقفون، ومع ذلك استمر الإضراب من الجميع.... وبعد انتهاء الإضراب استبدل الوقف باللوم.

فطعن ستة من رؤساء المكاتب في الجزاءات الموقعة عليهم لأنها تتعارض مع مقدمة الدستور (ديباجة) التي تضمن حق الإضراب، وكان على مجلس الدولة أن يحدد القيمة القانونية لمقدمة الدستور.

وقد ذهب مجلس الدولة إلى أن مقدمة الدستور تعد تعبيراً عن مبادئ قانونية عامة، وبالتالي فإن الحق في الإضراب يجب التوافق بينه وبين بقية المبادئ العامة للقانون ومنها مبدأ استمرار سير المرافق العامة. إن فتح الباب أمام إضراب الموظفين دون قيود يعني إحداث ثغرة في الحياة الدستورية للدولة بحيث تتعرض هذه الحياة الدستورية لهزات وإلى حين صدور القانون الذي تشير مقدمة الدستور إليه يمكن لسلطة الحكومة أن تحد من استعمال حق الإضراب إذا حتمت ضرورات المحافظة على النظام العام هذا الحد" (٤).

(١) الدكتور احمد مدحت علي، المصدر السابق، ص ١٧٢.

(٢) الدكتور سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص ١٢٣.

(٣) قرار رقم (١٢٦/انضباطي/تميز/٢٠٠٨) في (٢٠٠٨/٥/١٩)، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٨، ص ٤٣٥-٤٣٤.

(٤) الدكتور سعاد الشراوي، المصدر السابق، ص ١٥٥، ١٥٦.

وقد ترخص مجلس الدولة في مصر وفرنسا، في الظروف الاستثنائية السماح بتجاوز قواعد التفويض أيضاً، وقد طبقت محكمة القضاء الإداري في مصر ذلك في حكمها الصادر في ١٠ مايو سنة، ١٩٦٦ ".... إذا كان قانون الطوارئ قد خول في المادة الثالثة رئيس الجمهورية بأن يتخذ بأمر كتابي أو شفوي تدابير أشد وأقسى على حرية الفرد كالقبض والاعتقال من مجرد وضعه تحت المراقبة للوقوف على حقيقة ما يحوم حوله من شبهات قبل اتخاذ تدابير من تلك التدبير المنصوص عليها في تلك المادة، فإنه لا يجوز عقلا القول بأن رئيس الجمهورية لا يملك مثل هذه التدابير ولا يستطيع أن يفوض غيره فيها، لان من يملك الأكثر يملك بدهاء الأقل...." (١).

على الرغم من أن دور القضاء هو التوفيق بين حريات المواطنين وضروريات الدفاع عن أمن وسلامة الدولة في الظروف الاستثنائية، بالتالي فإن أي إخراج أو إبعاد للقضاء للنظر في هذه القرارات الإدارية، إنما هو اعتداء على حرية المواطن والتي كفلها الدستور، إلا أن القضاء سمح بمخالفة قواعد الاختصاص في الظروف الاستثنائية وإن كان فيها مخالفة إعتداء على الحريات العامة، ومثال على ذلك هو السماح بالاعتقال لمواجهة الأشخاص الخطرين على الدفاع الوطني في بداية العمليات الحربية، رغم أن هذا الاختصاص وفقاً للقانون من الصلاحيات الخاصة لوزير الدفاع أو وزير الداخلية ولا يتمتع المديرين الإداريون بسلطة اتخاذ هذا النوع من القرارات الخطيرة ويبدو أن مرونة القضاء قد تساهلت في اتخاذ بهذا النوع من القرارات، وتساهل ومرونة القضاء، يكون إما بالتفسير الواسع لنصوص الدساتير أو القوانين أو الترخيص للإدارة في مخالفة القوانين وتقرير اختصاصات جديدة لها (٢).

وقضت أيضاً المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن رقم (١٥٢٧) لسنة ٢ قضائية عليا جلسة (١٩٥٧/٤/١٣) على أنه " للحكومة عند قيام حالة استثنائية تمس الأمن والطمأنينة سلطة تقديرية واسعة لتتخذ من التدابير السريعة الحاسمة ما تواجه به الموقف الخطير، إذ يقدر الخطر الذي يهدد الأمن والطمأنينة بقدر ما تطلق حريتها فيما يجب اتخاذه من إجراءات وتدابير لصون الأمن والنظام، ولا يتطلب من الإدارة في مثل هذه الظروف الخطيرة ما يتطلب منها في الظروف العادية من الحيطة والدقة والحذر، حتى لا يفلت الزمام من يدها" (٣).

وقد تحدث بسبب حروب أو ثورات حالات تجعل من المستحيل على الموظفين القيام بعملهم فيتطوع فرد أو مجموعة من الأفراد لا صلة لهم بالمرفق -الإدارة- بأداء عمل الموظف أو موظفين، ويطلق على هؤلاء (الموظفين الفعليين) و نظرية الموظفين الفعليين، هي إحدى النظريات القضائية التي ابتدعتها مجلس الدولة الفرنسي (٤)، "ولا تقوم إلا في الأحوال الاستثنائية البحتة تحت إلحاح الحاجة إلى الاستعانة بمن ينهضون بتسيير دولاب العمل في بعض الوظائف، ضماناً لانتظام المرافق العامة وحرصاً على تأدية خدماتها للمتفاعلين منها باطراد ودون توقف" (٥).

## المبحث الثاني

### الشكل والإجراء

كان الشكل والإجراء في القرار الإداري حتى منتصف القرن التاسع عشر مندمجاً مع عنصر الاختصاص، وفي نهاية القرن التاسع عشر انفصل عنصر الشكل عن الاختصاص، وبعد ذلك اتضح

(١) القضيتان رقما ٢٣٦ لسنة ١٤ القضائية و٧٣٣ لسنة ١٤ القضائية المجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، ص ٧٤٨، نقلا عن الدكتور احمد مدحت علي، المصدر السابق، ص ١٨٠، ١٨١.

(٢) الدكتور صبري محمد السنوسي محمد، الاعتقال الإداري " بين الحرية الشخصية ومقتضيات النظام العام"، القاهرة ٢٠١٠، الناشر دار النهضة العربية، ص ٢٣٢-٢٣٣؛ كذلك الدكتور احمد مدحت علي، المصدر السابق، ص ١٦٦ و ١٧٧ وكذلك الدكتور مدوح عبد الحميد، المصدر السابق، ص ١٦٨.

(٣) الدكتور مجدي محمود محب حافظ، المصدر السابق الجزء الثالث، ص ١٤٠٩.

(٤) الدكتور مجدي عز الدين يوسف، المصدر السابق، ص ٧٦؛ كذلك الدكتورة سعاد الشرفاوي، المصدر السابق، ص ٢٢٠.

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٨ يونيو سنة ١٩٦٤، نقلا عن المصدر السابق، ص ٣٠٩.

وتبين أن هذه الشكليات ليست مجرد قواعد إجرائية، لا قيمة لها وإنما تحتوي على ضمانات للأفراد والإدارة على الرغم من تنوع الشكل والإجراء.

الأصل في القرار الإداري أن يصدر وفقاً للشكل الذي تحدده القوانين واللوائح ومخالفته عند اتخاذ القرار يعد انتهاكاً للقانون، أما الالتزام به يحصن القرار من الطعن به بالإلغاء، حيث يعتبر الشكل والإجراء في القرار الإداري بمثابة الصورة أو الشكل الذي تُمارس به الإدارة عادةً اختصاصاتها، لذلك يجب على الإدارة إفراغه في صيغة خاصة، وتكمن أهمية هذه الصيغة في أن القرار لا يعتبر صحيحاً إلا إذا توافرت فيه جميع الشروط التي يتطلبها الأمر أو القرار وفي العادة إما القانون أو النظام أو الأمر هي من يحدد تلك الشروط، وفي حالة عدم وجود هذه الشروط في المصادر المكتوبة يكمل القضاء الإداري هذا النقص<sup>(١)</sup>.

فقد ميز الفقه بين نوعين من الشكليات فالنوع الأول: هي الشكليات السابقة على القرار وهذه الشكليات تؤثر على مشروعية القرار الإداري، والشكليات التي تتعلق بالقرار الإداري هي وسيلة التعبير عن إرادة الإدارة، ولكن نتيجة التطور استقل النوع الأول عن الثاني، وأصبح الفقهاء يطلقون على الشكليات الخارجية (الإجراء)، وهي التي تسبق العمل الإداري، أما الشكليات الداخلية فيطلقون عليها (الشكل)، وهذا لا يعني بأنهما عنصران مختلفان في القرار الإداري لأنهما عنصر واحد في الأصل<sup>(٢)</sup>.

وأن قول السابق لا يعني زيادة الروتين في العمل الإداري بشكل يجعل العمل الإداري مملاً بشكل لا يحبذ الناس في التقرب من الإدارة لبطء سير أعمالها، أو يجعل من العمل الإداري مجرد قواعد إجرائية لا قيمة لها، لأن الشكل والإجراء ليسا هدفاً في حد ذاتهما في العمل الإداري، وإنما هما وسيلة يتحقق بهما هدفي المشرع كما تتحقق في ذات الوقت مصلحتين وهما المصلحة العامة والخاصة على حد سواء<sup>(٣)</sup>.

الشكل والإجراء رغم أهميته، إلا أن الإدارة تستطيع مخالفته في الظروف الاستثنائية وحتى إن وجدت في النصوص المكتوبة (التشريعات)، وذلك لأن هذه الظروف تجعل من الصعب على الإدارة الالتزام بالشكل والإجراء، لأن التزام الإدارة بالشكل والإجراء التي نص عليه القانون في الظروف الاستثنائية قد يفوت على الإدارة مصلحة عامة معتبرة، وهذا مما جعل القضاء الإداري يعتبر هذه الأعمال مشروعة رغم مخالفتها للقانون، ونظراً لأهمية الشكل والإجراء في القرار الإداري فإننا نحاول أن نبين ما هو مفهوم الشكل والإجراء في القرار الإداري (المطلب الأول)، ومن ثم نبين الإجراءات السابقة لإصدار القرار الإداري عند إعلان الحالة الاستثنائية (المطلب الثاني) وفي النهاية نبين مدى إمكان الإدارة لتجاوز هذه القواعد في الظروف الاستثنائية (المطلب الثالث).

## المطلب الأول

### مفهوم الشكل والإجراء في القرار الإداري

المقصود بعنصر الشكل "المظهر الخارجي الذي تسبغه الإدارة على القرار للإفصاح عن إرادتها والإجراءات التي تتبعها في إصداره، وعليه فإن صدور القرار الإداري دون التزام الإدارة للشكليات التي ينص عليها القانون أو دون إتباع للإجراءات المقررة قانوناً أو مخالفاً لها، يصيب القرار بعيب الشكل ويجعله قابلاً للإلغاء لعدم المشروعية"<sup>(٤)</sup>.

الشكل هو الصورة التي تفرغ فيها الإدارة إرادتها، ولا يشترط في القرارات الإدارية أن تصدر في شكل معين أو بصورة معينة وقد أجمع الفقه على القول بأن لا عبرة للشكل الذي يرتديه القرار الإداري كي يكون موجوداً وناظراً، لأن الأصل في القرارات الإدارية أنها لا تخضع لشكل معين، إلا إذا اشترط القانون

(١) الدكتور حامد مصطفى، المصدر السابق، ص ٢٥٦.

(٢) الدكتور سعاد الشراقي، المصدر السابق، ص ٣٣١.

(٣) الدكتور سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص ١٣٣.

(٤) الدكتور سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص ١٣٣.

ذلك وبالتالي يقتضي على الإدارة ان يراعي هذا الشكل في القرار الإداري المنوي اتخاذه، وقد يشترط القانون أن يكون القرار (إيجابياً وصريحاً) بمعنى أنها واضحة لا لبس فيها ولا غموض أو (سلبياً وغير صريح -امتناع)، ناتجة عن سكوت الإدارة فمثلاً إذا لزمّت الإدارة الصمت أكثر من شهر يعتبر سكوتها قراراً ضمناً بالرفض مثال على ذلك قرار استقالة الموظف إذا لم ترد عليه جهة الإدارة لمدة أكثر من شهر فهو بمثابة قرار بالقبول الضمني لهذه الاستقالة والقرار الإداري الإيجابي والصريح قد يكون خطأً ومحرراً (كتابية)، أو شفاهيةً أو حتى بالإشارة والإيماء، فمثلاً يعتبر الشرط الكتابي للقرار متطلباً إذا أوجب القانون نشر القرار في الجريدة الرسمية أو في النشرات المصلحية، وقد يلزم المشرع أن يكون القرار مسبباً فإذا لم تذكر الإدارة سبب قرار يعتبر قراراً باطلاً، أو موقعاً من شخص أو شخصين، باستثناء اللوائح فيجب أن تصدر كتابةً وتنشر في وسائل النشر التي حددها المشرع<sup>(١)</sup>.

أما الإجراءات: فهي الخطوات التي تستوجب مرور القرار بها قبل إصداره، فإن صدر القرار دون مروره بهذه الإجراءات يكن القرار معيباً ويجب إبطاله، مثال على ذلك، قرار توقيع جزاء تأديبي على الموظف العام، فإن صدر دون حدوث التحقيق أو دون أن يكون مستوفياً لكافة مقوماته وضمائنه عد قراراً مخالفاً لإجراءات إصداره ومعيباً في شكله أما صور الإجراءات، فقد تكون سابقةً على إصدار القرار الإداري وتواريخه، وقد يكون هذا الإجراء -فقط- استشارياً لجهة الإدارة التي تصدر القرار وبالتالي فلا يجوز لها تركه، ولو كان هذا الرأي غير ملزم<sup>(٢)</sup>.

ومن الضروري على الإدارة احترام مبدأ توازي الأصول الإدارية وكذلك احترام مبدأ توازي الصلاحيات ويقصد بمبدأ توازي الأصول الإدارية أن يلغي أو يعدل القرار الإداري بقرار إداري آخر ويطلق عليه اسم القرار المعاكس، فالقرار يلغي بقرار والمرسوم يلغي بمرسوم والقانون يلغي بقانون، فإذا كان هذا هو المبدأ فإنه لا يمنع من أن يلغي أو يعدل القرار الإداري بقرار أو عمل آخر يعطيه مرتبة، فالمرسوم يمكن أن يلغي أو يعدل قراراً والقانون يمكن أن يلغي أو يعدل المرسوم أو القرار وهكذا... وهذا يطبق أيضاً في مجال الصلاحيات ويطلق عليه مبدأ توازي الصلاحيات، وبموجبه يمكن للمرجع أو مصدر القرار إلغاء وتعديل قرار المرؤوس بما يملك من السلطة الرئاسية (التدرج الإداري)، حيث تخوله الرقابة أعمال مرؤوسه<sup>(٣)</sup>.

إذا كان يترتب على حالة تقيد المشرع للإدارة بضرورة الالتزام بشكل معين وإجراءات محددة، وعلى عكسها تتمتع السلطة الإدارية بحرية تقدير واسعة في اتباع الشكل الملائم والإجراء المناسب لاتخاذ القرار الإداري المنوي إصداره، فإن المشكلة تحدث عندما يغير المشرع من الإجراءات أو ما يطلق عليها بسريان قواعد الشكل والإجراء من حيث الزمان، "بحيث يحدث في بعض الأحيان أن يغير المشرع من الإجراءات اللازمة لاستصدار قرار معين فكيف نحسم مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان" فقد انقسم الفقه في هذا الشأن إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: هذا يرى، أن "كل نص تشريعي أو لائحي ينظم قواعد الشكل والإجراءات يعد كقانون من قوانين المرافعات"، مما يعني أن قانون المرافعات هو الأساس والذي نرجع إليه في حال تغير الشكل والإجراء في القوانين<sup>(٤)</sup>.

(١) الدكتور ماجد راغب الحلوي، القضاء الإداري، ص ٣٦٩؛ وكذلك الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ١٦٠؛ وكذلك الدكتورة سعاد الشرقاوي، المصدر السابق، ص ٣٣٣؛ كذلك الدكتور عدنان عمرو، القضاء الإداري قضاء الإلغاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية ٢٠٠٤، ص ١١٠.

(٢) الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ١٦٠، وكذلك الدكتورة سعاد الشرقاوي، المصدر السابق، ص ٣٣٣؛ كذلك الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، الجزء الأول، ص ١٠١.

(٣) الدكتور فوزي حبيش، المصدر السابق، ص ٥٠، ٥١.

(٤) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، المصدر السابق، ص ٦٩٣.

الاتجاه الثاني: و "المسلم به أن القوانين المعدلة لإجراءات الشكل، تسري فور صدورهما: فإذا ما غير المشرع الإجراءات الضرورية لاستصدار قرار معين، فقد وجبت إعادة الإجراءات وفقاً للقانون الجديد"<sup>(١)</sup>.

وأما الغرض أو الهدف من وضع هذه الشكليات هو لحماية (الإدارة والأفراد) على حدٍ سواء، فالنسبة للإدارة، فهو ضمانٌ لحسن إصدار القرارات الإدارية سليمة من الناحية القانونية وألا يكون بها تسرع، وكذلك تقدير الإدارة للظروف عند إصدار القرارات الإدارية، فضلاً عن ذلك فإنه يمنع الإدارة من الإغراق بالإجراءات والشكليات مما يترتب عليه بطء في سير الأمور الإدارية ويطلق عليها أيضاً (الروتين)، وأما الهدف من وضع هذه الشكليات بالنسبة للأفراد، فهو بمثابة الضمانة لمواجهة السلطات الضخمة الممنوحة للإدارة<sup>(٢)</sup>.

والعيب الذي يصيبُ الشكل يطلقُ عليه عيبُ الشكل والإجراء وهو المعروف "بأنه عدم احترام القواعد الإجرائية أو الشكلية المقررة في القوانين واللوائح لإصدار القرارات الإدارية، سواء كان ذلك بإهمال تلك القواعد كلية أو بمخالفتها جزئياً"<sup>(٣)</sup>.

إلا أن هذا لا يعني بالضرورة أن أي قرارٍ إداري فيه عيب في الشكل يجبُ إلغاؤه، بل لا بد أن يكون عيب الشكل والإجراء في القرار الإداري جوهرياً فقد قضت محكمة القضاء الإداري في مصر على " أنه ولئن كان على رجل الإدارة عندما يمارس اختصاصه أن يراعى في إصدار ما يملك إصداره من القرارات الشكل الذي ترسمه اللوائح والقوانين لتلك القرارات والإجراءات التي تستلزمها. وعلى ذلك إذا خالف رجل الإدارة في ممارسته لاختصاصه القواعد الشكلية المحددة قانوناً لإصدار تلك القرارات فإنه يكون قد خالف ما يلزم بها من مشروعية مما يجعلها مستأهلة للإلغاء إلا أنه إذا كان الأصل أن كل مخالفة من جانب الإدارة لقواعد الشكل والإجراءات يترتب عليها تعرض القرار الإداري المخالف للإلغاء إلا أن القضاء الإداري رفض إلغاء كل قرار إداري تثبت في حقه المخالفة واستقر على التفرقة بين الشكليات الجوهرية والشكليات الثانوية (غير الجوهرية) ورتب الإلغاء على مخالفة النوع الأول من الشكليات فحسب. وعلى ذلك لم يرتب جزاء الإلغاء على مخالفة الشكليات المقررة لصالح الإدارة لا لصالح الفرد"<sup>(٤)</sup>.

#### • معيار التمييز بين (الشكل والإجراء الجوهري) وبين (الشكل والإجراء غير الجوهري) فهو:

على الرغم من صعوبة التفرقة بين الشكليات والإجراءات الجوهرية والتي يؤدي إغفالها إلى إبطال القرار الإداري، والشكليات والإجراءات غير الجوهرية التي لا يؤدي إغفالها إلى بطلان العمل الإداري فإن كان المنفق عليه أنه إذا:

- ١- أوجب المشرع الشكل والإجراء، أي نص القانون على بطلان القرار في حالة عدم استيفائهما.
- ٢- أو رتب القانون البطلان كجزاء على مخالفة الشكل والإجراء يعتبر عيب الشكل والإجراء جوهرياً في هذه الحالات لأنه لا مجال للتفسير أو التأويل أو تحايل والاختفاء<sup>(٥)</sup>.

وقد قضت الهيئة العامة لمجلس الشورى في حكم لها بتاريخ (٢٠١٢/٣/١٥)، ".... إن المميز يستند في الأمر الوزاري المعارض عليه.... إلى الصلاحية المخولة له بموجب أحكام البند ( ثامننا) الفقرة (أ) من المادة (٨) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١١٤) لسنة ١٩٩١، وحيث أن هذه

(١) الدكتور سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص ٢٥٢.  
(٢) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، المصدر السابق، ص ٦٩٠؛ كذلك الدكتور ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ٣٦٨؛ كذلك الدكتورة سعاد الشرفاوي، المصدر السابق، ص ٣٣١.  
(٣) الدكتور سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار الفكر العربي القاهرة ١٩٧٤، ص ٤١٦.  
(٤) محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ٢٢/٩١٠ ق-١٩٧٠/٦/٤- السنة ٢٤، ص ٣٤٠؛ عن المستشار حمدي ياسين عكاشة، المصدر السابق، ص ٥٠١.  
(٥) الدكتور ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ٣٧٣، وكذلك الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ١٧١.

الصلاحية لا تعفى المميز من استيفاء الشكلية المنصوص عليها في المادة (١٠) من القانون المذكور الذي أوجب على الوزير تشكيل لجنة من رئيس وعضوين من ذوي الخبرة على أن يكون احدهم حاصلاً على شهادة جامعية أولية في القانون تتولى التحقيق تحريراً مع الموظف المخالف المحال عليها وتحرر اللجنة محضراً تثبت فيه ما اتخذته من الإجراءات وما سمعته من أقوال مع توصياتها المسببة، وحيث أن فرض عقوبة العزل بحق المعارض (المميز) لم تستوفِ الشكلية التي يتطلبها القانون في المادة المشار إليها آنفاً، وحيث أن وكيل المميز عجز عن تقديم أوراق تحقيقه أصولية مما يخل بصحة إجراءات فرض العقوبة، وحيث أن المجلس الانضباطي العام قد التزم بوجهة النظر القانونية المتقدمة لذا قرر تصديق الحكم المميز و رد الطعون التمييزية"<sup>(١)</sup>.

إلا أن هذا الأمر يختلف إذا سكت المشرع، ففي هذه الحالة يكون التمييز بين الشكليات والإجراءات الجوهرية والشكليات والإجراءات غير الجوهرية صعباً، ويطلق عليه جوهرية عيب الشكل والإجراء في ذاته وكان لمجلس الدولة الفرنسي دور هام في توسيع قواعد الشكل والإجراءات بحيث يلزم على الإدارة في كثير من الحالات الالتزام بشكليات لم ترد في النصوص القانونية، سواء كانت عن طريق التوسع في التفسير، أو عن طريق القياس، أو استناداً إلى روح القانون<sup>(٢)</sup>، ففي الحالة الأخيرة - جوهرية عيب الشكل والإجراء في ذاته - يكون المشرع ساكناً عن بيان جزاء مخالفة الإجراءات الشكلية التي نص عليها القانون أو إذا كانت هي - أصلاً - غير موجودة، وهذا ما يجعل التمييز صعباً في هذه الحالة بين الشكليات والإجراءات الجوهرية وغير الجوهرية، وأن القضاء الإداري اعتبره أحد الأسباب لإلغاء القرار الإداري إذا كان العيب جوهرياً، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا على أن، "قواعد الشكل في إصدار القرار الإداري ليست -كأصل عام- هدفاً في ذاتها أو إجراءات، لا مندوحة من إتباعها تحت جزاء البطلان الحتمي، وإنما هي إجراءات هدفها المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على حد سواء، يفرق فيها بين الشكليات الجوهرية التي تنال من تلك المصلحة ويؤثر إغفالها على سلامة القرار وصحته وغيرها من الشكليات الثانوية، وعليه فلا يبطل القرار الإداري لعيب شكلي إلا إذا نص القانون على البطلان لدى إغفال الإجراء أو كان الإجراء جوهرياً في ذاته يترتب على إغفاله تفويت المصلحة التي عنى القانون بتأمينها ومن ثم بطلان القرار حسب مقصود المشرع منه، وإنما إذا كان الإغفال متداركاً من سبيل آخر دون مساس بمضمون القرار وسلامته موضوعياً فإن الإجراء الذي جرى إغفاله لا يستوي إجراء جوهرياً يستتبع البطلان"<sup>(٣)</sup>.

نلاحظ أن القضاء الإداري في العراق ومصر وفرنسا لم يحدد معياراً قاطعاً للتمييز بين الشكل الجوهرية في ذاته والذي يترتب عليه بطلان القرار الإداري وغيره من الشكليات الثانوية، أما الفقهاء فقد اختلفوا في تحديد هذا المعيار إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: جسامه عيب الشكل؛ فرق بعض الفقهاء بين العيب الجوهرية والثانوية في الشكل على أساس جسامه عيب الشكل، فإذا كان عيب الشكل جسيماً لدرجة أن استيفاءه كان من الممكن أن يؤثر في جوهر القرار اعتبر الشكل جوهرياً، وأن لم يكن كذلك عد شكلاً ثانوياً، (ويقصد بمؤثر على مضمون القرار: أنه لو احترمت الإدارة من شأنه أن يؤدي إلى صدور القرار على نحو مختلف سواء تعلق الأمر بمصالح الأفراد أو مصالح العامة)، وفيما عدا ذلك يكون العيب الذي يصيب الشكل والإجراء عيباً ثانوياً لا يترتب عليه بطلان القرار الإداري<sup>(٤)</sup>.

وقد انتقد هذا الاتجاه لأنه يؤدي إلى الخلط بين حالات العيب الجسيم التي تؤدي إلى انعدام القرار الإداري والأقل جسامه مما يؤدي إلى بطلان القرار ثم الأدنى جسامه مما ليس من شأنه التأثير على مشروعية

(١) قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٢، ص ٢٢٩-٢٣٠.

(٢) الدكتور سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة، ص ٢٥٢؛ كذلك الدكتور مجدي محب حافظ، المصدر السابق، جزء ٩، ص ٥١٥٧، الطعن رقم ٢١١٨ لسنة ٣١ ق - تاريخ الجلسة (١٩٨٧/١٢/٢٢).

(٣) المحكمة العليا - الطعن رقم ٥١٣ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٩٩/١٢/٢٦؛ حمدي ياسين عكاشة، المصدر السابق، الجزء الأول، ص ٥٠٢، ٥٠٣.

(٤) الدكتور ماجد راغب الطلو، المصدر السابق، ٣٧٣.

القرار مما يزيد المشكلة تعقيداً، بل ثبت فشل ذريع للفقهاء والقضاة عند محاولتهم البحث عن معيار للإجراءات أو الشكليات التي يؤدي عدم إتباعها إلى البطلان الإداري، لأنه لا يصل إلا إلى معايير غامضة وتدور حول أفكار مبهمة<sup>(١)</sup>.

**الاتجاه الثاني:** الشكليات المقررة لصالح الأفراد؛ بموجبه يعتبر عيب الشكل والاجراء جوهرياً إذا قررته المشرع لصالح الأفراد، أما الشكل والاجراء المقررة لصالح الإدارة تعتبر ثانوياً ولا يترتب عليها بطلان القرار الإداري، غير أن هذه التفرقة قد انتقد لأنه لا يستقيم مع الأفكار التي شرعت من أجلها الشكل والاجراء الإداري، وهي تحقيق المصلحة العامة، للأفراد والإدارة على حد سواء، ولا ينسجم هذا الاتجاه أيضاً مع طبيعة دعوى الإلغاء من حيث كونها دعوى موضوعية تستهدف مخاصمة القرار الإداري في ذاته دون النظر إلى صالح الخصوم في الدعوى<sup>(٢)</sup>.

**الاتجاه الثالث:** التساوي بين الشكليات بصورة مطلقة؛ يرى أصحاب هذه الاتجاه بأنه يتعين التخلي عن هذه التفرقة التي يقيّمها القضاء الإداري<sup>(٣)</sup>، ويوافق عليها بعض من الفقه، لأنه مهما كانت العلة أو الحكمة من هذا التفسير فإنها لا تنهض أساساً كافياً لإهدار المشروعية ومخالفة القانون بحجة جوهريّة الشكل والاجراء، فليس من الملائم أن نعترف للقضاء بهذه السلطة التحكيمية التي عجز عن تحديد معيار جامع مانع لها، أما القول بأن هناك شكليات لا قيمة لها يحمل ضمناً اتهاماً غير جائز للمشرع بالعبث<sup>(٤)</sup>.

• ما الذي يلزم الإدارة بأن يصدر قراراتها وفقاً لشكليات والإجراءات معينة:

#### أولاً: القانون

هنا المقصود بالقانون بمعناه الواسع وليس بمعناه الضيق، فالقانون هو المصدر الأول والأساسي للشكل والاجراء، ويتوجب على الإدارة التزام بالشكليات التي تقررها السلطة التشريعية عند إصدارها للقرارات، هذا بالإضافة إلى أن الإدارة ملتزمة أيضاً بأن لا تخالف قراراته اللوائح، والتي تصدرها السلطة التنفيذية<sup>(٥)</sup>، والتي تحدد للإدارة شكلاً خاصاً يجب عليها احترامه، بل ويتوجب على الإدارة احترام تدرج القواعد القانونية، فلا يجوز للإدارة أن يصدر قراراً يوافق التعليمات الصادرة من جهة الأعلى ويخالف القانون وإلا اعتبرت عملها باطلاً<sup>(٦)</sup>.

وقد قضت الهيئة العامة لمجلس الشورى بصفتها التمييزية، في قرارها رقم (٤١/انضباط/تمييز/٢٠١١) في (٢٠١١/٢/١٠) على، "إن المعارض (المميز) يطعن بالأمر الإداري.... الصادر من المعارض عليه (المميز عليه) وزير التربية-إضافة لوظيفته والمتضمن فرض عقوبة التوبيخ بحق المعارض.... وبنتيجة التدقيق تبين لمجلس الانضباط العام أن اللجنة التحقيقية المشكلة بموجب الأمر الإداري.... مكونة من رئيس وعضوين ومراقب، وأن العضو المراقب ليس له حق التصويت، وأن هذه التشكيلة تجد سندها في التعليمات الصادرة من وزارة التربية، وبالتالي فإن وجود العضو المراقب لا يؤثر على الشكليات التي

(١) الدكتور سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص ١٥٥.

(٢) الدكتور ماجد راغب الحلوة، المصدر السابق، ص ٣٧٢؛ كذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص ٢٩٧.

(٣) قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر، بخصوص الشكليات الثانوية، في جلسة (١٩٥٨/٣/٢٩) على " أن القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالعمد والمشايخ قد نص في المادة (١٢) منه على أن الأعضاء المنتخبين بلجنة الشياخات يختارون بالدور. إلا أن إغفال هذا الاجراء لا يرتب عليه البطلان، لأن القانون لم ينص على بطلان التشكيل إن لم يكن الحضور بالدور، كما أن هذا ليس في ذاته إجراء جوهرياً أو ضماناً أساسية، بل لا يعدو الأمر فيه أن يكون من قبيل توزيع العمل بين هؤلاء الأعضاء"؛ المحكمة الإدارية العليا-جلسة ١٩٥٨/٣/٢٩-المجموعة-٣، ص ١٠٢٢، نقلاً عن المستشار حمدي ياسين عكاشة، المصدر السابق، ص ٥٠٧.

(٤) الدكتور سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص ١٥٧، ١٥٨.

(٥) فاللوائح هو "مجموعة القواعد القانونية العامة المجردة الملزمة التي تضعها السلطة التنفيذية وفقاً لأحكام الدستور"، الدكتور محمد صبحي علي السيد، المصدر السابق، ص ١٠.

(٦) الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ١٦٤. وكذلك الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، الجزء الأول، ص ١٠٦.

رسمها القانون في البند (أولاً) من المادة (١٠) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١، فقرر المجلس المصادقة على العقوبة المفروضة بحق المعترض، وحيث أن الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة ترى أن وجود عضو رابع في اللجنة التحقيقية التي أوصت بفرض العقوبة بحق المعترض ولو كان بصفة مراقب فيه مخالفة صريحة للشكلية المنصوص عليها في البند (أولاً) من المادة (١٠) من القانون رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ وأن الشكلية من النظام العام ولا تجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال حتى ولو كانت المخالفة مبنية على تعليمات صادرة من وزارة التربية لأن الغاية من التعليمات إنما هي توضيح النص القانوني وليست الإضافة إليه أو تعديله، كما إن وجود العضو المراقب في اللجنة، وإن كان ليس له حق التصويت، إلا أنه قد يؤثر في توصيات اللجنة، لذا قرر نقض القرار المميز...."<sup>(١)</sup>.

ومن الأمثلة التشريعية على الإجراءات التي ألزمت الإدارة بها في العراق، ما نصت المادة (٦) من قانون الهيئة الوطنية العليا للمساءلة والعدالة رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٨ على:

"على الهيئة اتباع الإجراءات الآتية بحق المنتمين إلى صفوف حزب البعث والأجهزة القمعية قبل تأريخ (٢٠٠٣/٤/٩) لغرض تحقيق أهداف الهيئة وتنفيذ مهامها:

- ١- إنهاء خدمات جميع الموظفين ممن كان بدرجة عضو شعبة وإحالتهم الى التقاعد بموجب قانون الخدمة والتقاعد.
- ٢- إحالة جميع الموظفين الذين يشغلون إحدى الدرجات الخاصة (مدير عام أو ما يعادلها فما فوق) ممن كانوا بدرجة عضو فرقة في صفوف حزب البعث الى التقاعد بحسب قانون الخدمة والتقاعد.
- ٣- إنهاء خدمات جميع منتسبي الأجهزة الأمنية (القمعية) وإحالتهم الى التقاعد بموجب قانون الخدمة والتقاعد.
- ٤- يمنع فدايو صدام من أي حقوق تقاعدية لعملهم في الجهاز المذكور.
- ٥- السماح لجميع الموظفين غير ذوي الدرجات الخاصة ممن كانوا بدرجة عضو فرقة فما دون في صفوف حزب البعث بالعودة إلى دوائهم أو الاستمرار بوظائفهم.
- ٦- لا يسمح لأعضاء الفرق بالعودة للخدمة أو الاستمرار في الخدمة في الهيئات الرئاسية الثلاث ومجلس القضاء والوزارات والأجهزة الأمنية ووزارتي الخارجية والمالية.
- ٧- لا يصرف الراتب التقاعدي أو المنحة لكل من كان منتمياً لحزب البعث بعد (٢٠٠٣/٣/٢٠) وحصل على اللجوء السياسي أو الإنساني في أية دولة من الدول.
- ٨- يمنع من إشغال وظائف الدرجات الخاصة (مدير عام أو ما يعادله فما فوق ومدراء الوحدات الإدارية) كل من كان بدرجة عضو فما فوق في صفوف حزب البعث وأثري على حساب المال العام.
- ٩- إحالة جميع من لم يشمل بقانون الخدمة والتقاعد للعمل في دوائر الدولة ما عدا الهيئات الرئاسية.

### ثانياً: المبادئ العامة للقانون

هي المصدر الثاني لالتزام الإدارة بالشكليات والإجراءات ويستخلصها القضاة من روح التشريع وضمير المشرع، حيث أن الأصل أن تستند قواعد الشكل والإجراءات على القوانين واللوائح إلا أن مجلس الدولة الفرنسي رغبة منه في حماية الأفراد توسع في تفسير النصوص ففرض على الإدارة في كثير من الحالات شكليات لم ترد في النصوص التشريعية ومنها على سبيل المثال، مبدأ: "وجوب احترام ضمانات حق الدفاع في كل قرار إداري يتضمن توقيع جزاء معين" و "مبدأ توازي الأشكال" ويقصد به إذا قرر المشرع شكلاً معيناً يجب أن يصدر القرار بناءً عليه فإنه يجب اتباع ذات الشكل عند إلغاء الإدارة لهذا القرار أو عند سحبه<sup>(٢)</sup>.

(١) قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١١، ص ٢٤٨-٢٤٩.

(٢) الدكتور سليمان محمد الطماوي، الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، ص ٤١٦، ٤١٧؛ كذلك الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ١٦٧-١٦٩، وكذلك الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، الجزء الأول، ص ١٠٧-١٠٨.

ومثال على حق الدفاع، قرارُ الهيئة العامة لمجلس الشورى بصفته التمييزية في الدعوى رقم (١٢٠/انضباط/تمييز/٢٠١١) في (٢٤/٣/٢٠١١) على " ... أن المدعي عليه (المميز) كان قد أصدر الأمر الإداري والمتضمن فرض عقوبة (لفت النظر) بحق عدد من الموظفين ضمنهم المدعي (المميز عليه) تسلسل (٩) وحيث وجد انه لا توجد أوراق تحقيقية في موضوع العقوبة ولم يستجوب المدعي (المميز) في موضوع القرار محل الاعتراض وحيث أن تشكيل لجنة التحقيق مع الموظف أو استجواب المدعي في مثل هذه العقوبة يعد من القواعد الشكلية ولا يجوز إهمالها وأنها تعد من النظام العام وعدم مراعاتها يؤدي إلى بطلان الإجراءات القانونية المتخذة.... مما يستوجب إلغاء عقوبة لفت النظر المفروضة بحق المدعي (المميز عليه)"<sup>(١)</sup>.

ومثال على مبدأ توازي الأشكال، عندما قرر أمين بغداد إضافةً لوظيفته إعفاء وكيل أمانة بغداد للشؤون البلدية استناداً لقرار مجلس محافظة بغداد إلا أن المجلس الانضباطي العام قرر في دعوى رقم (١٩٠/انضباط/٢٠٠٨) في (٣/٧/٢٠٠٨)، ".... أن المدعي تم تعيينه بمنصب وكيل أمين بغداد للشؤون البلدية وذلك بناءً على اقتراح وتوصية مجلس الوزراء ومصادقة مجلس النواب عليه إلا أن المدعي عليه الأول -رئيس مجلس محافظة بغداد -إضافة لوظيفته أصدر قراره.... يقضي بإعفاء المدعي من منصبه ثم لوحظ من خلال كتب مجلس الوزراء ومجلس النواب المبرزة بالدعوى والتي يطلب فيها إلغاء قرار إعفاء المدعي من منصبه لكون تعيينه جاء وفق الآلية المنصوص عليها في الدستور وتأسيساً على ما تقدم وجد أن إعفاء المدعي من منصبه كوكيل أمين بغداد للشؤون البلدية يجب أن يتم بنفس الأداة التي تم تعيينه بموجبها وبذلك يكون إعفاء المدعي من منصبه بهذه الطريقة مخالفاً للسياقات الأصولية...."<sup>(٢)</sup>.

أيضاً من المبادئ القانونية التي أقرها القضاء الإداري في مصر، والهيئة العامة لمجلس الشورى في العراق هو مخالفة القواعد القانونية المنظمة للشكل والإجراء عند تشكيل لجان أو مجالس تأديب من النظام العام وهذا يترتب عليه النتائج التالية:

- ١- للقاضي الإداري إلغاء القرار المخالف للشكل -قواعد تشكيل مجالس التأديب -الذي نص عليه القانون من تلقاء نفسه ولو لم يثره المدعي كسبب للإلغاء.
- ٢- لا تجوز للسلطة الإدارية مخالفة قواعد تشكيل مجالس التأديب لأنها شرعت تحقيقاً للصالح العام.
- ٣- ولا يجوز تصحيح قرار إداري بشأن تشكيل مجالس التأديب إذا كان معيباً في شكله، بإجراء لاحق من السلطة الإدارية المختصة، ولا يصحح عيب الشكل إلا بقانون جديد.
- ٤- إن مجرد وجود حالة الاستعجال لا يبيح للإدارة مخالفة قواعد تشكيل مجالس التأديب.

وقد قضت الهيئة العامة لمجلس الشورى بصفقتها التمييزية على ".... إن (المميز) إضافة لوظيفته أصدر الأمر الإداري المرقم.... والمتضمن توجيه عقوبة لفت النظر بحق المميز عليها بتسلسل (٣) بناء على توصيات اللجنة التحقيقية المشكلة من رئيس وثلاثة أعضاء بالأمر الإداري المرقم (١٢٨/١٠/٢٧٨) في (١٦/٢/٢٠٠٩) وحيث أن، الفقرة (أولاً) من المادة (١٠) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ التي نصت على إن (على الوزير أو رئيس الدائرة تأليف لجنة تحقيقية من رئيس وعضوين من ذوي الخبرة على أن يكون احدهم حاصلاً على شهادة جامعية أولية في القانون) وبذلك يكون المميز إضافة لوظيفته قد خالف الشكلية التي رسمها القانون بتشكيل اللجنة التحقيقية من رئيس وعضوين لأن الشكلية من النظام العام ولا يجوز مخالفتها"<sup>(٣)</sup>.

أما محكمة القضاء الإداري في مصر فقد قضت على "أن قواعد تشكيل مجالس التأديب من النظام العام، وتتعلق بإجراء جوهرى روعي فيه الصالح العام، وهو حسن سير المحاكمات التأديبية؛ ومن ثم فإن تشكيل

(١) قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١١، ص ٢٥٦، ٢٥٧.

(٢) قرارا وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٨، ص ٥١١.

(٣) الهيئة العامة، القرار المرقم، (١٠/انضباط/تمييز/٢٠١٢) بتاريخ، (٢٦/١/٢٠١٢)، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٢، ص ٢٢٦.

المجالس الابتدائية بغير عضوية موظف من درجة مدير عام من مصلحة الري التي يتبعها المدعي يؤدي الى بطلان هذا التشكيل وبالتالي بطلان الإجراءات التي صدرت عنه"<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### الإجراءات السابقة لإصدار القرار الإداري عند إعلان الحالة الاستثنائية

#### والمظهر الخارجي للقرار

يمر كثير من الدول في العالم بحالات استثنائية وتتعدد مصادر هذه الحالة، فقد يكون مصدرها العوامل البشرية ويتسبب الانسان في حدوثها، كالحروب والحرائق وانهيار المباني وتصادم القطارات وسقوط الطائرات، وقد تحدث الكوارث لأسباب مصدرها الطبيعة، كالزلازل والبراكين والفيضانات والسيول وانتشار الأوبئة والأمراض المعدية مثلاً (مرض فيروس إيبولا)<sup>(٢)</sup>.

وتتداخل الدول والأشخاص العامة بقصد معالجة الحالة الاستثنائية وذلك بطريقتين، فالطريقة الأولى تكون قبل وقوع الحالة، وهي في الغالب تكون دوراً وقائياً يتمثل في قيام جهة الإدارة بالتدخل لمنع أو للتقليل من آثار الكارثة، وذلك بهدف حماية الافراد وممتلكاتهم، أما الطريقة الثانية فتأتي بعد وقوع الكارثة فهي دور علاجي.

وتجدر الإشارة في هذا الخصوص أن الدور الوقائي لجهة الإدارة لمواجهة الكوارث لا يقف عند اتخاذ الإجراءات اللازمة للقيام بعمليات الإنذار المبكر ووضع الخطط الضرورية لمواجهة الكوارث وإنما يمتد هذا الدور ليشمل الالتزام بالإعلام بالمخاطر التي يمكن أن تنجم عن الكوارث وإعلام الافراد بالإجراءات اللازمة والمتبعة في هذا الخصوص لمواجهة الكوارث، إذن: دور الإدارة في مرحلة ما قبل وقوع الكارثة هو دور وقائي وهذا الالتزام تفرضه التدابير التشريعية<sup>(٣)</sup>.

فالإجراءات السابقة لإصدار القرار الإداري عند إعلان الحالة الاستثنائية، إما أن تكون بطلب من جهة الإدارة دون أن يفرضها المشرع على جهة الإدارة، ويطلق عليها الاستشارة الاختيارية حيث أن الإدارة غير ملزمة بالتقيد بها، أو يفرضه القانون على جهة الإدارة، فإذا ما نص القانون على أن أخذ رأي جهة معينة أو استشارتها قبل اتخاذ القرار الإداري وتكون هذه الاستشارة ملزمة وبمقتضاها يوجب القانون أخذها والتقيد بها، فالإجراءات السابقة لقرار إعلان الحالة الاستثنائية في العراق قد نظمها المشرع الدستوري، فقد نص الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥ الفقرة (٩) من المادة (٦١)، في تعدادها لصلاحيات مجلس النواب-كما ذكرنا- على "أ-الموافقة على إعلان حالة الطوارئ بأغلبية الثلثين بناء على طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء"<sup>(٤)</sup>.

لذلك فإن إجراءات إعلان الحالة الاستثنائية (الطوارئ) تستوجب موافقة رئيس الجمهورية مع رئيس الوزراء وتقديم طلب لهذا الأمر إلى مجلس النواب للموافقة وتستلزم أيضاً، موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب حتى يكون قرار إعلان الحالة الاستثنائية موافقاً للدستور.

(١) محكمة القضاء الإداري - جلسة ١٩٥٧/٢/٢ - المجموعة - س ١١، ص ٢٢٤؛ نقلاً عن المستشار حمدي ياسين عكاشة، المصدر السابق، الجزء الأول، ص ٥٣٣.

(٢) مرض فيروسى معدي يصيب الإنسان وبعض أنواع القروء. اكتشف لأول مرة سنة ١٩٧٦، ومن حينها ظهرت أنواع مختلفة منه مسببة أوبئة في كل من زائير، الغابون، أوغندا، والسودان وأصبح خطراً على العالم كلها.

(٣) الدكتور محمد أبو بكر عبد المقصود، سلطة الإدارة بين التقيد والتقييد التزام الأشخاص العامة بالتدخل، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٤، ص ١٨٦-١٩٥.

(٤) المادة (١) من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١)، قد ألغيت بموجب الدستور التي نصت على " لرئيس الوزراء بعد موافقة هيئة الرئاسة بالإجماع، إعلان حالة الطوارئ في أية منطقة من العراق، عند تعرض الشعب العراقي لخطر حال جسيم يهدد الأفراد في حياتهم، ناشئ من حملة مستمرة للعنف، من أي عدد من الأشخاص لمنع تشكيل حكومة واسعة التمثيل في العراق أو تعطيل المشاركة السياسية السلمية لكل العراقيين أو أي غرض آخر".

مما يعني التزام الرئيس بأخذ الرأي والمشورة قبل التطبيق، وبطلان قرار إعلان الحالة الاستثنائية الصادر من رئيس الوزراء ورئيس الجمهورية (السلطة التنفيذية) بإعلان الحالة الاستثنائية في العراق أو في جزءٍ منها إلا عند اكتمال هذه الإجراءات الدستورية، والمشرع الدستوري كان موفقاً في وضع هذه الإجراءات، حيث أن هذه الإجراءات تحول دون انفراد السلطة التنفيذية باتخاذ إجراء يؤدي إلى المساس بحقوق وحرّيات الأفراد دون الرجوع إلى السلطة التشريعية.

ورغم هذا الوجه الإيجابي إلا أن السلطة التنفيذية تستطيع مخالفة هذه المادة الدستورية، والسبب في ذلك يرجع إلى:

- ١- أن هذا النص أوجب موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب، وهذا يؤدي إلى إبطاء موافقة إعلان الحالة الاستثنائية (الطوارئ)، بالإضافة إلى أنه يتعارض مع شرط الخطر، الحال الذي يتطلب إجراءً سريعاً لمواجهة، هذا إذا كان المجلس منعقداً.
- ٢- إذا كان المجلس في عطلة فينتجب دعوته للانعقاد في جلسة استثنائية وفق المادة (٥٨) (١)، مما يعني أنه يستغرق (يوماً كاملاً) على الأقل، وقد يكون الخطر على قدر كبير من الجسامه مما يؤدي إلى عدم قدرة أعضاء مجلس النواب على الحضور إلى الجلسة أساساً.
- ٣- وفي حالة حل مجلس النواب، فرئيس الوزراء مضطر إلى إعلان الحالة الاستثنائية (الطوارئ)، ولكن بشرط موافقة هيئة رئاسة الجمهورية بالإجماع وذلك وفق المادة (١) من أمر السلامة الوطنية (٢) دون الرجوع إلى مجلس النواب وذلك لعدم وجوده.
- ٤- هذا بالإضافة إلى أن من واجب السلطة التنفيذية الحفاظ على الأمن والنظام وسير المرافق العامة سيراً منتظماً في الظروف العادية أو الاستثنائية.

وقد حدث بالفعل هذا الإخلال بالإجراءات الدستورية عند دخول قوات (الدولة الإسلامية في العراق والشام) وما يطلق عليه أيضاً (بالداعش)، إلى محافظتي (نينوى وصلاح الدين) في ٢٠١٤/٦/٩، وبالفعل تقدم كل من الرئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء بطلب مشترك إلى مجلس النواب لغرض إعلان حالة الطوارئ، إلا أن طلبهم رفض من مجلس النواب لعدم اكتمال النصاب القانوني للمجلس.

وبادر رئيس مجلس الوزراء في العراق إلى إعلان حالة الطوارئ على الرغم من رفض مجلس النواب لطلبه، وجاء في قراره بأن الحكومة لا تحتاج إلى موافقة مجلس النواب على إعلان الطوارئ وأن الأمر رقم (١) لسنة ٢٠٠٤ الخاص بالدفاع عن السلامة الوطنية نافذ ويمكن أن يستند عليه في إعلان حالة الطوارئ وقد أستند رئيس الوزراء في قراره إلى المادة الأولى من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية لسنة ٢٠٠٤ وجاء فيه "الرئيس الوزراء، بعد موافقة هيئة الرئاسة بالإجماع إعلان حالة الطوارئ في أية منطقة من العراق، عند تعرض الشعب العراقي لخطر حالّ جسيم يهدد الأفراد في حياتهم، وناشئ من حملة مستمرة للعنف، من أي عدد من الأشخاص لمنع تشكيل حكومة واسعة التمثيل في العراق أو تعطيل المشاركة السياسية السلمية لكل العراقيين أو لأي غرض آخر".

نحن نرى أن لجوء الحكومة إلى إعلان الحالة الاستثنائية دون رجوع إلى مجلس النواب أمر مخالف للقواعد الشرعية، على الرغم من استنادها إلى نص قانوني لأن بصدور دستور جديد تلغي (صراحةً وضمناً)، جميع النصوص الدستورية والقانونية المخالفة له وأن الإجراءات الواردة في المادة (الأولى) من أمر السلامة الوطنية تخالف الفقرة (٩) من المادة (٦١)، وقد نص الدستور في المادة (١٣) على:

(١) المادة (٥٨) من الدستور (أولاً) " لرئيس الجمهورية أو لرئيس مجلس الوزراء أو لرئيس مجلس النواب أو لخمسين عضواً من أعضاء المجلس، دعوة مجلس النواب إلى جلسة استثنائية، ويكون الاجتماع مقتصرًا على الموضوعات التي أوجب الدعوة إليه".

(٢) المادة (١) نصت على "الرئيس الوزراء، بعد موافقة هيئة الرئاسة بالإجماع، إعلان حالة الطوارئ في أي منطقة من العراق....".

أولاً: يُعدُّ هذا الدستور القانون الأسمى والاعلى في العراق، ويكون ملزماً في انحاءه كافة وبدون استثناء. ثانياً: لايجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويُعدُّ باطلاً كل نص يرد في دساتير الاقاليم أو اي نص قانوني آخر يتعارض معه.

هذا فضلاً عن أن الدستور هو الذي ينشئ السلطات العامة في الدولة وأن هذه السلطات في الدولة تستمد شرعيتها من الدستور ومنها السلطة التشريعية والتنفيذية، فالدستور هو الذي يحدد لكل من هذه السلطات اختصاصاتها ويضع لهم القيود وينظم الإجراءات التي تمارس بها الاختصاصات، فإذا خالفت السلطة التشريعية أو التنفيذية الدستور أو خرجت عن حدود الاختصاصات التي رسمها لها الدستور أو تحللت من القيود التي وضعها تكون قد تجاوزت سلطتها، ثم يبطل كل إجراء تتخذه في هذا الشأن<sup>(١)</sup>.

وبسبب الوضع السياسي غير المستقر في العراق الى الآن لم يتم الطعن بهذا القرار أمام القضاء، أما موقف القضاء العراقي من قرار إعلان الحالة الاستثنائية فقد قضت محكمة التمييز العراقية بتاريخ (١٩٦٦/٩/٥)، "أن أعمال السيادة حسبما جرى به الفقه والقضاء هي تلك الأعمال التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة الحكم لا سلطة إدارة فتباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظيم علاقتها بالسلطات الأخرى داخلية كانت أم خارجية أو تتخذها اضطراراً للمحافظة على كيان الدولة في الداخل أو الذود عن سيادتها في الخارج ومن ثم يغلب فيها أن تكون تدابيراً تتخذ في النطاق الداخلي أو في النطاق الخارجي.

إما لتنظيم علاقات الحكومة بالسلطات العامة وإما لدفع الأذى والشر عن الدولة في الداخل أو في الخارج وهي طوراً تكون أعمالاً منظمة لعلاقات الحكومة بالمجلس الوطني أو مجلس الدفاع الأعلى وطوراً تكون تدابير تتخذ للدفاع عن الأمن العام من اضطرابٍ داخلي بإعلان الأحكام العرفية أو إعلان حالة الطوارئ"<sup>(٢)</sup>.

وقد نظم عديد من الدول طريقة الإعلان عن الحالة الاستثنائية مناهما تكون بتوجيه بيان إلى الشعب توضح فيه الظروف الاستثنائية وما يترتب عليها من المخاطر، ويعتبر هذا البيان أمراً هاماً ولازماً لإعلام الشعب بقرار رئيس الجمهورية أو رئيس الوزراء - حسب النظام السياسي في الدولة - فالبيان وسيلة قانونية لتبرير تصرف الرئيس في نظر الرأي العام<sup>(٣)</sup>، وقد نصت المادة(٢) من امر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لعام ٢٠٠٤ على أن "تعلن حالة الطوارئ بأمر يتضمن بيان الحالة التي اعلنت حالة الطوارئ بسببها، وتحديد المنطقة التي تشملها، وتحديد بدء سريان حالة الطوارئ ومدتها، على ان لا تمتد حالة الطوارئ اكثر من (٦٠) ستنين يوماً أو تنتهي بعد زوال الخطر او الظرف الذي استدعى قيامها او أيهما اقل ويجوز تمديد حالة الطوارئ بصورة دورية كل ثلاثين يوماً ببيان تحريري من رئيس الوزراء وهيئة الرئاسة اذا استدعت الضرورة ذلك، وينتهي العمل بها تلقائياً اذا لم تمدد تحريرياً في نهاية اية فترة تمديد".

أما القول بضرورة إجراء استفتاء الشعب على الاجراءات التي يتخذها الرئيس، فهذا يؤدي بنا الى تحصين الإجراءات التي اتخذها الرئيس من الرقابة القضائية والرقابة البرلمانية، ومن المعلوم أن الحريات العامة تكون دائماً من اختصاص المشرع وتحت رقابة القضاء، و تحصين قرارات الرئيس يؤدي الى هدم هذه الحماية وهذا ما لا نتفق معه.

أما فيما يتعلق بالإجراءات التي تتخذها الإدارة بعد إعلان الحالة الاستثنائية (الطوارئ) في العراق، فلا تعتبر من أعمال السيادة بل تعتبر عملاً إدارياً ويجوز الطعن عليه أمام القضاء، بذلك نصت المادة (١٠٠) من الدستور على "يحظر النص في القوانين تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن" وكذلك الفقرة (الثانية) من المادة (٩) من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة ٢٠٠٤، على أن "تخضع

(١) الدكتور سامي جمال الدين، القضاء الإداري وفقاً لدستور ٢٠١٤ في مصر، ص ٩٩.

(٢) ذكره الدكتور ماهر صالح علاوي، القرار الإداري، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩١، ص ١٧٢.

(٣) الدكتور محمد عطية فودة، المصدر السابق، ص ١٩٤.

قرارات وإجراءات رئيس الوزراء لرقابة محكمة التمييز، ومحكمة التمييز في إقليم كردستان فيما يتعلق بإجراءات الطوارئ في نطاق الإقليم، وانتهاءً بالمحكمة الاتحادية العليا، وللمحاكم المذكورة تقرير إلغاء تلك القرارات والإجراءات وتقرير بطلانها وعدم مشروعيتها أو إقرارها، مع مراعاة الظروف الاستثنائية التي صدرت في ظلها تلك القرارات والإجراءات"<sup>(١)</sup>، ومن المستغرب في هذه المادة القانونية هو أن العراق من الدول التي تطبق النظام القضائي المزدوج، فلماذا تكون المحكمة الإدارية مختصة بالرقابة على قرارات وإجراءات السلطة الإدارية (الضبط الإداري) في الظروف العادية، وفي حالة الطوارئ التي هي توسيع لحدود السلطة الإدارية يصبح القضاء العادي هو المختص بالرقابة على قرارات الإدارة، على العكس من البلد الأم للقضاء الإداري (وهي فرنسا) حيث تخضع فيها أعمال سلطة الطوارئ لرقابة القضاء الإداري<sup>(٢)</sup>.

أما النوع الثاني فهو الاستشارة التي بمقتضاها يوجب القانون أخذها ولكن دون وجوب التقيد بها، فالمشروع الدستوري في مصر قد نظم الحالة الاستثنائية (الطوارئ)، بموجب المادة (١٥٤) التي نصت على أن "يعلن رئيس الجمهورية، بعد أخذ رأي مجلس الوزراء حالة الطوارئ، على النحو الذي ينظمه القانون....".

هذا يتطلب قراراً من رئيس الجمهورية بإعلان الحالة الاستثنائية (الطوارئ)، أمراً شكلياً وهو أخذ رأي مجلس الوزراء، رغم أن هذا إجراء استشاري وغير ملزم، إلا أن أهميته تكمن في عدم تسرع رئيس الجمهورية في تطبيق هذا نص الدستوري.

إلا أنه إذا خالف رئيس الجمهورية هذا الإجراء الشكلي بحيث تم إعلان حالة الطوارئ دون أخذ رأي مجلس الوزراء، فلا يجوز الطعن بالإلغاء على هذا القرار أمام القضاء الإداري لأن هذا قرار يعتبر من أعمال السيادة، كما قضت المحكمة الإدارية العليا ".... لئن ساغ القول بأن قرار إعلان حالة الطوارئ من أعمال السيادة التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة بحسبانه من الإجراءات العليا التي تتخذ في سبيل الدفاع عن كيان الدولة أو استتباب الأمن أو النظام العام بها" ويستتبع ذلك أن هذا إعلان متحرر كلياً من الالتزام بقواعد المشروعية<sup>(٣)</sup>.

وكذلك يجب على رئيس الجمهورية عرض الإعلان الذي اتخذه على مجلس النواب خلال سبعة أيام من تاريخ إعلانه أما إذا كان المجلس في غير دورة الانعقاد أو غير قائم فيتم عرض الإعلان على مجلس الوزراء للموافقة، وبأي من الأحوال تجب موافقة مجلس النواب عند أول اجتماع له "ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس النواب خلال الأيام السبعة التالية ليقرر ما يراه بشأنه وإلا وجبت دعوة المجلس للانعقاد فوراً للعرض عليه، وفي جميع الأحوال تجب موافقة أغلبية عدد أعضاء المجلس على إعلان حالة الطوارئ، ويكون إعلانها لمدة محددة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، ولا تمد إلا لمدة أخرى مماثلة، بعد موافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس. وإذا كان المجلس غير قائم، يعرض الأمر على مجلس الوزراء للموافقة، على أن يعرض على مجلس النواب الجديد في أول اجتماع له"<sup>(٤)</sup>.

(١) الأسباب الموجبة لإصدارها "نظراً للظروف الأمنية الخطيرة والتداعيات العنصرية التي ما برحت تعصف بالعراق في هذه المرحلة وضرورة التصدي الحازم للإرهابيين والعابثين بالقانون، وانطلاقاً من التزام الحكومة المؤقتة بحماية حق المواطن في الحياة الحرة الكريمة وضمن حقوقه السياسية والمدنية والالتزام بتهيئة الأجواء الأمنية المناسبة لإجراء انتخابات حرة ديمقراطية كما يمليه قانون إدارة الدولة للفترة الانتقالية، وتدعياً لسيادة دولة القانون وللاستقلالية القضاء وفاعليته ورقابته، ومنعاً للتعسف في استخدام القوة في الظروف الاستثنائية، ولغير ذلك من الأسباب المعروفة أصدرنا هذا الأمر".

(٢) فارس عبد الرحيم حاتم وسمان طالب عبد الشهيد، حالة الطوارئ بموجب أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة ٢٠٠٤ والرقابة القضائية عليها، حالة الطوارئ، العدد التاسع، ٢٠٠٨، جامعة الكوفة، ص ١٨٨.

(٣) الطعن رقم ١٤٣٩ لسنة ٣١ ق - تاريخ الجلسة ١٩٨٩/٦/٢٥، الدكتور مجدي محمود محب حافظ، المصدر السابق، الجزء الأول، ص ٢٩٤.

(٤) المادة (١٥٤)، من الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

حقاً كان المشرع الدستوري في مصر أكثر موفقيه من المشرع الدستوري في العراق بشأن إجراءات وإعلان الحالة الاستثنائية (الطوارئ)، فقد وضع آلية توافق بين الظروف الاستثنائية وعدم تفرد السلطة التنفيذية بالسلطة المطلقة، بحيث سمح لرئيس الجمهورية إعلان حالة الطوارئ وذلك بقصد سرعة الإجراءات التي تتطلبها هذه الظروف من جهة، ومن جهة أخرى وضع آلية بعدم تفرد السلطة التنفيذية باتخاذ القرار بضرورة موافقة ثلثي مجلس النواب بكل الأحوال.

أما فيما يتعلق بإجراءات الإدارة بعد إعلان الحالة الاستثنائية في مصر، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها "نظام الأحكام العرفية (نظام الطوارئ) وإن كان نظاماً استثنائياً إلا أنه ليس نظاماً مطلقاً فقد أرسى الدستور قواعده وأبان القانون حدوده وضوابطه ومن ثم فهو يخضع لمبدأ سيادة القانون -فرقابة القضاء هي وحدها دون غيرها -الرقابة الفعالة التي تكفل للناس حقوقهم الطبيعية وتؤمن لهم حرياتهم العامة وتفرض للقانون سيادته..."<sup>(١)</sup>.

ورغم أن القضاء في (العراق ومصر) وجانباً من الفقه قد ذهبوا إلى القول بعدم إمكانية الرقابة القضائية على قرار رئيس الجمهورية أو رئيس الوزراء باللجوء إلى الحالة الاستثنائية، إلا أننا نذهب مع هذا الرأي، الذي يرى أن أي عمل أو إجراء إداري، يجب أن يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، فإذا كان الأمر كذلك: فما المانع من رقابة القضاء؟ خاصة وأنه من الممكن انحراف الإدارة عن هذا الهدف وبالتالي فلأن هذا الرأي يسمح للقاضي بالتحقق من انحراف الإدارة أو عدمه.

أما في فرنسا فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Rubin De Servens) في ٢ مارس ١٩٦٢ على، "أن قرار اللجوء إلى المادة (١٦) قد صدر في ٢٣ أبريل ١٩٦١، وذلك بعد الاستشارة الرسمية للوزير الأول ورئيس غرفتي البرلمان، وبعد أخذ رأي المجلس الدستوري، وحيث أن هذا القرار له طبيعة أعمال السيادة التي لا يحق لمجلس الدولة تقدير شرعيته أو مراقبة مدة تطبيقه، لذلك قرر المجلس رفض الطعن"، وقد انتقد هذا الحكم لأنه سيترتب عليه إفلات أهم التدابير الاستثنائية من الرقابة القضائية وهي التدابير التي تتضمن تقييداً لحقوق الأفراد وحرياتهم<sup>(٢)</sup>.

ونلاحظ في هذا القرار أن مجلس الدولة الفرنسي لم يبحث عن مدى توافر شروط تطبيق هذه المادة، وإنما اقتصر بحثه على وجود القرار وكذلك التأكد من أن ذلك القرار قد اتخذ بعد استيفاء الشروط الإجرائية والشكلية، وقد إجازة مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Huckel) على الطعن بقرار إعلان الحالة الاستثنائية (الطوارئ)<sup>(٣)</sup>.

إذن... التوسع في سلطات الإدارة في الظروف الاستثنائية أمر لا بد منه للحفاظ على النظام العام، إلا أن هذا التوسع يستوجب تنظيمه وبشكل دقيق بحيث لا يترك مجالاً للإدارة بأن تمس حقوق وحريات الأفراد، لذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي يحاول دائماً التضييق من نطاقه وأخذ في سبيل ذلك معياراً وهو مدى حرص السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية على حماية الحقوق والحريات العامة للأفراد<sup>(٤)</sup>.

(١) الطعن رقم ١٤٣ لسنة ٣١ق-تاريخ الجلسة ١٩٨٩/٦/٢٥، الدكتور مجدي محمود محب حافظ، المصدر السابق، الجزء الأول، ص ٢٩٤.

(٢) لمزيد مراجعة الدكتور احمد مدحت علي، المصدر السابق، ٦٣، ٦٤.

(٣) "وحيث أن قومي سير الجمهورية بالنيابة حينما أصدر القرار الذي أعلن به حالة الأحكام العرفية في كل الأراضي الخاضعة لسلطته -وتشمل تونس وأنام الشمالية- قد عمل بصفته ممثلاً لفرنسا وفي هذه الأراضي، وحيث أن هذه القرار قد صدرت من سلطة إدارية فرنسية، فإنه بطبيعته قابل لأن يطعن فيه بتجاوز السلطة أمام مجلس الدولة بصفته هيئة قضائية، وأنه لا كون البرلمان يجب أن يدعي بعد صدور الإجراءات للفصل في بقائه، ولأن هذه الإجراءات قد صدرت بناء على تصرفات عدائية من بعض عناصر الشعب ضد السلطة الفرنسية؛ من طبيعتها أن تكون عقبة في سبيل قبول الطعن". مجلس الدولة الفرنسي (١٩٥٣/١٠/٢٣) -مجموعة أحكام مجلس الدولة الفرنسي (لوبان وأخرون -س- ١٩٥٣-٤٥٢-٤٥٣؛ نقلاً عن الدكتور عبد الحميد الشواربي وشريف جاد الله، شائبة عدم دستورية ومشروعية (قرار إعلان ومد حالة الطوارئ والأمر العسكري، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٠، ص ٢٢٥.

(٤) الدكتور احمد المنوفي، المشروعية الاستثنائية، ص ١٨٧؛ كذلك فارس عبد الرحيم حاتم وسنان طالب عبد الشهيد، المصدر السابق، ص ١٨٨.

هذا فضلاً عن أن هذه الإجراءات لا تعني أنها مخالفة للقوانين القائمة وأن وجد التناقض، لأن تطبيقه يقتصر على الظروف الاستثنائية ولا يتعارض مع أحكام القانون، بل إن عدم تطبيق هذه الإجراءات عند إعلان الحالة الاستثنائية يُلغي المسؤولية على عاتق السلطة التنفيذية في الإهمال وعدم تنفيذ واجباتها<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### الترخيص بتجاوز قواعد الشكل والإجراء في الظروف الاستثنائية

إن القاعدة العامة في هذا الصدد تتمثل في أن الإدارة ملتزمة باحترام قواعد الشكل والإجراءات عند إصدارها لقراراتها، خاصة إذا نص المشرع على هذا الشكل أو الإجراء، لذلك فإن مخالفة الإدارة لهذه القواعد يترتب عليها عدم شرعية قرارها، وقد أدى هذا الاتجاه في بعض الحالات إلى القول بأن قطار العدالة في أوقات الازمات غالباً ما ينحرف عن قضبانها، مما يترتب عليه عدم النظر إلى السوابق القضائية خلال هذه الفترة بالتوقيف أو الاحترام، إلا أن هذا الاتجاه قد تغير بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، بشكل يتجه نحو الإعلاء بشأن الحرية والعدالة والحد من سلطات الإدارة حتى في أوقات الازمات التي تمر بها الدولة<sup>(٢)</sup>، نظراً لأهمية الشكل والإجراء فقد اعتبر في كثير من الأحكام القضائية المتعلقة بمسائل التأديب أن "الشكلية من النظام العام ولا تجوز مخالفتها"<sup>(٣)</sup>.

ولكن على الرغم من هذه القاعدة فإن القضاء الإداري في العراق ومصر وفرنسا، قد سمح للإدارة في الظروف الاستثنائية بمخالفة قواعد الشكل والإجراء حتى ولو كانت تعتبر كضمانة أساسية للأفراد وهي التي تلتزم الإدارة باحترامها في الظروف العادية.

وقد اعتبر مجلس الدولة في مصر وفرنسا ومجلس الشورى في العراق أن إجراءات الإدارة المخالفة للدستور صحيحة، إذا كانت الإدارة تهدف من هذه الإجراءات إلى حماية السكان من تهديدات إرهابية في المنطقة أو إلى حماية حقوق نص عليها الدستور أو كانت بقصد مواجهة وضع غير عادي استثنائي.

ففي إقليم كوردستان في قضية قرية (يملكرهش) اعتبرت الهيئة العامة لمجلس الشورى الإجراءات المتخذة من قبل الإدارة والمخالفة للدستور صحيحة مادامت تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وهو حماية المواطنين من مخاطر إرهابية، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن أحد سكان هذه القرية نتيجة سياسة النظام السابق تم هدم وتخريب قريته وترحيل سكانها إلى المدن والقصبات المجاورة، وأصدر مدير ناحية (شورش) كتاباً بعد سقوط النظام البائد متضمناً عدم ممانعة مدير الناحية من عودة سكان القرية بغرض بناء بيوتهم بشرط أن يتم البناء على موقعهم السابق، إلا أن مدير الناحية اعترض على (المدعي) ومنعه من العودة إلى القرية وطعن بالقرار أمام محكمة القضاء الإداري وقررت المحكمة الحكم بإلغاء القرار الإداري.... الصادر من مدير الناحية إضافة لوظيفته بصورة شفوية"، إلا أن المدعي عليه ولعدم قناعته طعن بالحكم المذكور تمييزياً أمام الهيئة العامة لمجلس الشورى.

وقد قضت الهيئة العامة ".... بأن الحكم غير صحيح ومخالف للقانون وذلك لان المحكمة استندت إلى النصوص الدستورية المقررة لحق الإنسان في التنقل والسكني<sup>(٤)</sup>، وفاتها أن هذا الحق مقيد بحفظ النظام العام ومن عناصره حماية الأمن وتوفير كل ما من شأنه اطمئنان الإنسان على نفسه وماله من خطر الاعتداء والانتهاكات واتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع وقوع ذلك، وتتمتع الإدارة باعتبارها سلطة ضبط إداري بهذا الاختصاص متى وجدت ذلك ضرورياً ولو لم ينص القانون على إجراء معين لمواجهة هذا الانتهاك أو الإخلال...."<sup>(٥)</sup>.

(١) قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٨، فتوى رقم (٢٠٠٨/١٤) في (٢٠٠٨/٢/٣)، ص ٦١.

(٢) الدكتور محمد محمد بدران، المصدر السابق، ص ١٨٧.

(٣) قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٢، ص ٢٢٦.

(٤) حيث إن الدستور العراقي لعام (٢٠٠٥) نص في المادة (٤٤) أولاً على " للعراقي حرية التنقل والسفر والسكن داخل العراق وخارجه".

(٥) المبادئ القانونية في قرارات وفتاوى مجلس شورى إقليم كوردستان -العراق لعام ٢٠١٢، ص ٢٥٦-٢٥٨.

أما في مصر قد قضت محكمة القضاء الإداري بالقاهرة في جلسة (٢٠١٠/١/١٧) بشأن القرار الذي أصدره رئيس جامعة حلوان، وذلك بمنع الطالبات من أدائهن للامتحانات شهر يناير (٢٠١٠) بسبب ارتدائهن للنقاب، رغم أن هذا قرار يتعارض مع حقهن الدستوري في التعليم، بحيث أن الجامعة وضعتهن في خيار تعسفي متعنت بين مستقبلهن التعليمي وبين التنازل عن حريتهن في ارتداء النقاب، وكذلك يتعارض هذا القرار مع أحكام الدستور الذي يكفل صيانة الحرية الشخصية، مما يمسه وكذلك تعارضه مع حرية مباشرة الشعائر الدينية ومبدأ المساواة بين المواطنين لأن جامعة لا تمنع مثيلتهن من ارتداء أي ملابس .

إلا أن محكمة القضاء الإداري قد قضت برفض طلب وقف تنفيذ القرار وشيدت المحكمة قضاءها على " إن ثمة أسباباً حددت بالجامعة إلى إصدار قرارها المطعون فيه تحت وطأة أعمال الامتحانات والتي تعد من الضروريات التي تستوجب استنفاراً كاملاً لكافة أطراف العاملين بالجامعة ووضع كافة مكائباتها الإدارية والمكانية اللازمة لاستيعاب مئات الآلاف من الطلبة والطالبات لأداء الامتحانات في فترة زمنية محددة وفي أماكن محصورة ومتعددة مما يتطلب معه أفراد إجراءات خاصة للتحقق من الطالبات المنتقبات لدى دخولهن إلى لجان الامتحانات المتعددة والمتناثرة فضلا عن ذلك فإن ما وسعته وسائل التكنولوجيا الحديثة وخاصة الهواتف المحمولة ومستلزماتها والتي بلغت حداً متناهياً في إمكانياتها وصغر حجمها أضافت عبئاً جما على أعمال المراقبين في لجان الامتحانات بات من الصعب اكتشافها مما يزيد الأمر صعوبة ومشقة في ظل ارتداء النقاب أثناء أعمال الامتحانات والذي قد تستتر من ورائه بعض الفتيات بغرض ارتكاب أعمال الغش في الامتحانات أو غيرها من المحظورات التي تمثل إخلالاً جسيماً بأعمال الامتحانات ويسئ في ذات الوقت إلي زميلاتهن المنتقبات اللاتي ارتضين النقاب رداءً دائماً لهن ومن ثم فلا ضير إزاء ذلك أو إزاء تلك الضرورات أن تكشف المنتقبة عن وجهها أثناء أداء الامتحانات طالما كان ذلك بصفة مؤقتة من الناحية المكانية والزمانية وذلك لحسن سير عمليات الامتحانات وسداً للذرائع واتقاء للشبهات ومن ثم يكون القرار المطعون فيه قد صدر على اعتبارات صحيحة وقائمة ويكشف عن الباعث على إصداره ألا وهو تحقيق المصلحة العامة ولم تقدم المدعيات ما يدل على أن القرار كان مدفوعاً في إصداره على اعتبارات تناقض المصلحة العامة ولم تقدم المدعيات ما يدل على أن مصدر القرار كان مدفوعاً في إصداره على اعتبارات تناقض المصلحة العامة فضلاً عن أن ذلك القرار وفق ما أفصح عنه مصدره هو إجراء مؤقت في زمانه ومكانه مما يجعل الطعن عليه غير قائم على أساس صحيح وينتفي بذلك ركن الجدية في طلب وقف تنفيذه مما تقضي معه المحكمة برفض طلب وقف التنفيذ وذلك دون حاجة لبحث ركن الاستعجال لعدم جدواه".

وظعن الطالبات في هذا القرار أمام المحكمة الإدارية العليا إذ قررت المحكمة "أن القرار قد صدر متفقاً وصحيح حكم القانون، ويكون الطعن عليه في غير محله جديراً بالرفض"<sup>(١)</sup>، كما نلاحظ أن محكمة القضاء الإداري وكذلك محكمة الإدارية العليا قد شيدت حكمها على أساس حالة الضرورة، التي يمر بها الجامعات بسبب الامتحانات أي (الطرف الاستثنائي).

وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Marion)، على شرعية إجراءات مجلس بلدية مدينة ( saint Valery sur-somm-)، والذي هرب عمدتها وأعضاء مجلس البلدية على أثر غزو الجيش الألماني لفرنسا سنة ١٩٤٠، ولم يبق بها أحد من موظفي الإدارة، وشكل بعض المواطنين مجلساً بلدياً، يشرف على سير المرافق العامة للمدينة، واستولى هذا المجلس على المواد الغذائية المخزونة بالمحلات التجارية بقصد توفير الاحتياجات التموينية للسكان، فطعن أصحاب المحلات في هذا الإجراء أمام مجلس الدولة

(١) الحكم الصادر بالجلسة المنعقدة في يوم السبت الموافق (٢٠١١/٥/٧) في الطعن رقم ١٣٦٢٩ لسنة ٥٦ القضائية العليا، نقلاً عن عصام أحمد البهجي، المستحدث من المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٤، الطبعة الأولى، ص ١٠٠٨-١٠١١.

الفرنسي، والذي قرر بتاريخ (٥) مارس ١٩٤٨، على أن التصرفات تعد قرارات إدارية صحيحة، لأن الظروف الاستثنائية الناتجة عن الغزو قد تطلبت أن يتخذ هذا الإجراء<sup>(١)</sup>.

أما إذا تجاوزت الإدارة القواعد الشكلية في القانون في الظروف الاستثنائية فلا يعتبر مخالفاً، فقد نصت الفقرة (٢) من المادة (١٠) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ بشأن الإجراءات التي يتوجب على اللجان التحقيقية القيام بها وتوصيتهم حيث جاء فيه على أن "تتولى اللجنة التحقيق تحريراً مع الموظف المخالف المحال إليها ولها - في سبيل أداء مهمتها - سماع وتدوين أقوال الموظف والشهود والاطلاع على جميع المستندات والبيانات التي ترى ضرورة الاطلاع عليها، وتحرر محضراً تثبت فيه ما اتخذته من إجراءات وما سمعته من أقوال مع توصياتها المسببة، إما بعدم مساءلة الموظف وغلق التحقيق أو بفرض إحدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون، وترفع كذلك إلى الجهة التي أحالت الموظف إليها" مما يعني أن مهمة اللجان التحقيقية تقتصر على التوصية بإحدى العقوبات المنصوص عليها في المادة (٨) (٢)، إلا أن مجلس الشورى اعتبر توصيات اللجنة بنقل احد الموظفين صحيحة في قرارها المرقم (٢٦٩/انضباطي/تميز/٢٠٠٨) في (٢٠٠٨/١٢/٢٨) على الرغم من مخالفته لنص المادة سائلة الذكر وجاء فيه "إن المدعي (المميز) قد تم نقله من مدير ثانوية الفلاح إلى إعدادية عمار بن ياسر بموجب الأمر والأمر اللاحق له في (٢٠٠٨/٧/١٣) بناء على توصية اللجنة التحقيقية المشكلة وفق القانون بعد إجراء التحقيق في شأن تجاوزه على أعضاء الهيئة التدريسية بالسبب. وحيث إن إعفاء المدرس من منصب مدير وإعادته إلى وظيفته الأساسية يقع ضمن السلطة التقديرية للإدارة وحققها في تنظيم سير العمل في المدارس بما يحقق مصلحة العملية التربوية. وحيث أن المجلس قد التزم بوجهة النظر هذه..."<sup>(٣)</sup>، فالإدارة هنا قد خالفت القانون وذلك بتوجيه عقوبة غير منصوص عليها في القانون، وبما أن المدعي قد خلق ظرفاً استثنائياً وغير عادي في المدرسة مما اضطرت جهة الإدارة الى اتخاذ هذا الإجراء، وهذا هو الأساس الذي بُني عليه الحكم لأن المدعي قد تناول على أعضاء هيئة التدريس.

وأيضاً اعتبرت الهيئة العامة لمجلس الشورى بصفتها التمييزية أن قرار الإدارة بنقل الموظفين من مكان إلى آخر من أجل حفظ الأمن وانتظام سير المرفق العام قراراً صحيحاً، ".... حيث أن تظاهر المدعي واشتراكه بعملية إطفاء وحدات الطاقة مع بقية المتظاهرين قد ألحق الضرر بالمال العام من جراء توقف المصفي بسبب الإضراب وحيث إن نقل الموظف من مكان إلى آخر من أجل حفظ الأمن وانتظام سير المرفق العام يدخل ضمن المصلحة العامة التي تقدرها الإدارة وحيث إن الحكم المميز قد التزم بوجهة النظر القانونية المتقدمة..."<sup>(٤)</sup>، ولكن بشرط أن يستند الى أسباب حقيقية وصحيحة وبذلك "طعن عضو الادعاء العام.... لدى المحكمة الادارية في اربيل ضد الامر.... الصادر من رئيس جهاز آسایش (الأمن)، اقليم كوردستان اضافة لوظيفته.... والمتضمن عدم الموافقة على احالة أحد منتسبي مديريةية آسایش (الأمن) محافظة السليمانية.... على التحقيق لاتخاذ الاجراءات القانونية بحقه، لان الضابط.... كان يقوم بتنفيذ واجبه الرسمي استناداً الى أمر صادر اليه من رؤسائه، علما ان المدعو.... مطلوب وفق المادة (٣٢٢) من قانون العقوبات العراقي في الدعاوى المرقمات.... المقامة عليه في مركز شرطة.... للمثول امام اللجنة التحقيقية الخاصة بأحداث يوم (١٧) شباط والايام التي تلتها في السليمانية وبعد تدقيق الأوراق التحقيقية تبين من افادة المشتكين وشهود الحادث ان المدعو.... كان.... أمر مفرزة آسایش (الأمن) في السليمانية أمر بحجز اشخاص من ضمن المتظاهرين واخذهم الى منطقة (جهق جهق) في السليمانية ووجه إليهم الفاظ غير لائقة، وهددهم، وأمر افراد مفرزته بسحب اقسام البنادق عليهم ونتيجة ذلك فقد عدداً من

(١) احمد مدحت علي، المصدر السابق، ص ١٨١.

(٢) "أولاً: لفت النظر، ثانياً: الإنذار، ثالثاً: قطع الراتب، رابعاً: التوبيخ، خامساً: إنقاص الراتب، سادساً: تنزيل الدرجة، سابعا: الفصل، ثامناً: العزل.

(٣) قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام ٢٠٠٨، ص ٤٩١، ٤٩٠.

(٤) الهيئة العامة لمجلس الشورى، قرارها المرقم (٣٠٦/انضباط/تميز/٢٠١٢) بتاريخ (١١/١٠/٢٠١٢)؛ قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام ٢٠١٢، ص ٢٥٩.

البنات المحجوزات وعيّن من جراء ذلك، وان عمل المدعو أعلاه لا يدخل ضمن تنفيذ واجباته الملقاة على عاتقه انما يعد خرقاً وتجاوزاً لحدود واجباته، لذا طعن في الأمر امام المحكمة الادارية، وطلب الحكم بإلزام المدعى عليه اضافة لوظيفته بإلغاء الامر.... ونتيجة المرافعة الحضورية العلنية وبحضور عضو الادعاء العام.... اصدرت المحكمة الادارية بتاريخ ٢٠١٣/٦/١٦ حكماً حضورياً قابلاً للتمييز يقضي برد عريضة الطعن المقدم من قبل الطاعن وتحميله المصاريف واتعاب وكيل المطعون.... يؤزّع وفقاً لأحكام المادة ٣٥/ثالثاً من قانون المحاماة المعدل النافذ في اقليم كردستان - العراق رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩، ولعدم قناعة عضو الادعاء العام بالحكم المذكور طعن فيه تمييزاً امام الهيئة العامة لمجلس شوري اقليم كردستان بموجب لائحته التمييزية المقدمة بتاريخ ٢٠١٣/٧/١٦ طالباً نقضه للأسباب الواردة فيها، وبعد ورودها اليها مع اضبارة الدعوى وضعت موضع التدقيق والمداولة لدى الهيئة العامة:

القرار: ".... تبين انه غير صحيح ومخالف للقانون، حيث ان قرار المدعى عليه رئيس جهاز آسايش (الأمن) اقليم كردستان اضافة لوظيفته بعدم الموافقة على إحالة.... المطلوب استقدمه من قبل محكمة تحقيق السليمانية والمتهم وفق المادة (٣٢٢) من قانون العقوبات، لم يكن مسبباً وفقاً لما تقضي به المادة (١١٣/اولاً) من قانون اصول المحاكمات الجزائية لقوى الامن الداخلي العراقي رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٨ النافذ في الاقليم، والتي اشترطت تسبب قرار عدم الموافقة وان تكون الجريمة ناشئة عن قيام الموظف بواجباته الرسمية أو بسببها، لذا يكون تسبب المدعى عليه اضافة لوظيفته لقراره المعارض عليه غير كاف لتحقيق شروط النص، حيث اكتفى تسببها بأنه ناشئ عن قيامه بواجباته الرسمية وبسببها، فكان على المحكمة الادارية السؤال من المدعى عليه عن اسباب عدم الموافقة التي يتوجب ان تكون اسباب ومبررات واضحة جلية ومقتعة، غير كون الفعل ناشئ عن الوظيفة أو بسببها، خاصة ان الجريمة في حالة ثبوتها تشكل سابقة خطيرة في الاعتداء على الحريات، حيث ان حرية الانسان وكرامته مكفولة ومصونة بموجب الدستور و ينبغي ان لا تتعرض للخرق والاعتداء (المادة ٣٨) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥، كما لا يجوز القبض على أي انسان ولا حبسه أو حجزه إلا في الاحوال التي ينص عليها القانون، وحيث ان تصرفات الادارة تخضع للقانون إذ وضع الدستور اساسها وبين القانون اصولها واحكامها ورسم حدودها وضوابطها فوجب ان يكون إجراؤها على مقتضى هذه الاصول والاحكام وفي نطاق هذه الحدود والضوابط، فلا يجوز ان تخرج عن حدود هذا النطاق وإلا عُدَّ ما تتخذه من إجراءات أو تدابير عملاً مخالفاً للقانون تنبسط عليه رقابة القضاء الاداري، وحيث ان الحكم المميز قد خالف وجهة النظر القانونية المتقدمة يكون قد خالف صحيح القانون، عليه قرر نقضه وإعادة اوراق الدعوى الى محكمتها للسير فيها على وفق المنوال المشروح أعلاه ومن ثم ربطها بالحكم القانوني الصائب...." (١).

مثال آخر فقد نص قانون الخدمة المدنية على أن انقطاع الموظف عن الوظيفة لمدة تزيد عن ١٠ أيام يعتبر مستقيلاً، إلا أن الهيئة العامة لمجلس الشوري بصفته التمييزية في الدعوى رقم (٦٢٧/انضباط /تمييز/٢٠١٠) في (٢٠١٠/١١/١٤)، ترخص بذلك، بل اعتبرت مدة الانقطاع خدمة فعلية للموظف ويستحق الأجر كاملاً إذا كان السبب ظرفاً استثنائياً، ".... إن المدعي (المميز عليه) المدرس في ثانوية طوز للبنين في قضاء طوز التابع لمحافظة صلاح الدين يطلب في دعواه صرف رواتبه عن المدة بين تاريخ تعرضه للتهجير وتركه المدرسة في بداية شهر تشرين الثاني ٢٠٠٧ وتاريخ رجوعه للتدريس فيها في (٢٠١١/١١/٢٠)، وحيث وجد انه لا يجوز اعتبار المعارض (المميز عليه) مستقيلاً لانقطاعه عن الدوام مدة تزيد عن عشرة أيام استناداً إلى الفقرة (٣) من المادة (السابعة و الثلاثين) من قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠، لان هذه الفقرة تطبق في حالة عدم وجود معذرة مشروعة مبررة للانقطاع، وهي لا تنطبق على حالة المدعي الذي أجبره على الهجرة ظرف قاهر عام معروفاً لدائرته، ولم

(١) مجلس شوري إقليم كردستان القرار/٨٢/هيئة عامة /ادارية/٢٠١٣، تاريخ القرار/٢٠١٣/٩/٣؛ نقلا عن

يدخر وسعاً في نقله إلى مكانٍ آخر في الوزارة، ولم يقصر في التوسل بجميع السبل لتحقيق هذا الغرض، وليس في مقدوره مراجعة مديرية تربية صلاح الدين، لذا يعد ذلك معذرة مشروعة،...."<sup>(١)</sup>.

إن الإجراءات التي قام بها المدعي وهي التوسل بكافة الطرق والسبل من أجل نقله إلى مكانٍ آخر، وكذلك الظرف الاستثنائي في محافظة صلاح الدين، هي التي تسببت في رجوعه إلى وظيفته وإعادة كافة مستحقاته المالية، رغم أن هذه الأعمال غير منصوص عليها في القانون بل اعتبرت فترة انقطاعه خدمة فعلية له.

أما في فرنسا فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي تجاوز الإدارة لقواعد الشكل صحيحاً، في قضية الجنرال (Verrier) في ٣٠ يوليو ١٩١٥ وتتلخص وقائع القضية في أن رئيس الجمهورية أصدر بتاريخ (٥) أغسطس سنة ١٩١٤ مرسوماً بتعديل المادة (١) من القانون الصادر في (٦) فبراير سنة ١٩١٢، وكانت هذه المادة قد تضمنت "أخذ رأي المجلس الأعلى للدفاع مقدماً قبل إحالة الضباط إلى المعاش (التقاعد)" وصدر قرار من القائد العام بتاريخ (٢٠) نوفمبر سنة ١٩١٤ بإحالة الجنرال المذكور إلى التقاعد، دون اتباع الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون بشأن إحالة القوات المسلحة إلى التقاعد والتي توجب موافقة المجلس الأعلى للحرب على ذلك.

رفع الجنرال Verrier دعوى أمام مجلس الدولة الفرنسي يتظلم من هذا القرار، ويطلب إلغاءه لمخالفته للقانون. فرفض مجلس الدولة إلغاء القرار وأيد تصرف الإدارة، وجاء من حيثيات الحكم "أن ظروف الحرب جعلت من العسير استيفاء الإجراءات الشرعية بشأن إحالة الضباط بالقوات المسلحة إلى الاستيداع. هذا بالإضافة إلى أن ظروف الحرب تقضي بالتخلص من الضباط الذين لا يصلحون لمقتضيات الدفاع القومي وتحقيق النصر للبلاد"<sup>(٢)</sup>، بذلك برر مجلس الدولة الفرنسي الإجراءات المخالفة للقانون بسبب الظروف الاستثنائية وهي الحرب العالمية الأولى رغم أن القانون لا يُعدل ولا يُلغى إلا بالقانون.

وقد سمح مجلس الدولة الفرنسي للإدارة، في قضية (Heyries) -سابقة الإشارة إليها- بأن تتجاهل الضمانات التي نص عليها القانون، والتي يتعين على الإدارة إتباعها عند توقيع الجزاءات التأديبية على الموظفين، وذلك على أساس أن اتباع هذه الإجراءات واحترامها تترتبُ عليه عرقلة سير المرافق العامة.

(١) قرارا وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٠، ص ٤٠٣، ٤٠٤.

(٢) الدكتور احمد مدحت علي، المصدر السابق، ص ١٥٨؛ وكذلك محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٣٣٦، ٣٣٧.