

نطاق مبدأ المشروعية في القانون الإداري

أ.م.د. محمد طه الحسيني

كلية القانون/ جامعة كربلاء

المقدمة:

لقيام الإدارة بمهامها وإنجاز الأهداف الموكلة إليها ينبغ منحها قسطاً من السلطة التقديرية لمعالجة بعض الموضوعات وعدم جعل مبدأ المشروعية قيداً يضيق الخناق على الإدارة، بل ينبغي النظر بموضوعية لنشاط الإدارة في الظروف غير الاعتيادية، ذلك أنّ مبدأ المشروعية يمكن أن ينتج عنه الغرض من تأسيسه، وتترتب عليه النتائج المرجوة في الظروف الطبيعية أو الاعتيادية دون غير الاعتيادية، فعندما يواجه المجتمع ظروفًا استثنائية قد تشتد وتتضاعف وتصعب معالجتها فيما إذا أجبرنا الإدارة على الالتزام بمبدأ المشروعية في الظروف الاعتيادية، لأنّه من الطبيعي أن يكون قاصراً على مجارة الظروف غير الاعتيادية ومعالجتها بما تحتاج إليه من سرعة المعالجة ونجاعتها، وفي مثل هذه الظروف وما تلجأ إليه الحاجة من ضرورات يجب إفساح المجال أمام الإدارة لتجاوز مبدأ المشروعية المفروض عليها في الظروف الاعتيادية بمقدار الحاجة، عملاً بمبدأ الضرورات تُبيح المحذورات، كما وقد تلجأ بعض الأنظمة إلى التوسع في الاستثناء فتخرج ما أطلق عليها اسم أعمال السيادة أيضاً.

أولاً: إشكالية البحث:

قد يشوب نطاق مبدأ المشروعية غموض في مجالات متعدّدة ولذا يكون بحاجة إلى بحث لكشف النقاب عنها، وربما أمكن صياغة تلك المجالات عن طريق أسئلة بحاجة إلى الإجابة عنها، مثل ماذا تعني السلطة التقديرية؟ وما هو معيارها؟ وهل لها عناصر يجب أن تتواجد ليتحقق هذه السلطة؟ ثم ما هي نظرية الظروف الاستثنائية وما مدلولها؟ وهل هناك من حجج ومبررات تقتضي الاعتماد عليها إذا كانت في واقعها تمثل خروجاً على مبدأ المشروعية؟ وهل يمكن عدّها فعلاً أنّها خارجة عن هذا المبدأ؟ وهل

هناك شروط يجب أن تتحقق لتفعيلها؟ وما هو التكييف القانوني لها؟ وما هو مضمون نظرية أعمال السيادة؟ وكيف نشأت؟ ولماذا؟ وهي يحسن استمرار الالتزام بها؟ ثم هل هناك من معيار لتمييز الأعمال المختلفة لتشخيص تلك التي توصف بأنها أعمال سيادة؟ هذه الأسئلة تمثل إشكالية البحث والتي نسعى هنا للإجابة عنها.

ثانيا: نطاق ومنهجية البحث:

سينحصر نطاق بحثنا بين حدين لمبدأ المشروعية الحد الأول يتمثل بمبدأ المشروعية في الظروف الاعتيادية، والحد الثاني يتمثل بالمبدأ في الظروف الاستثنائية، ومع ذلك سندرس نظرية أعمال السيادة والتي ربما ينظر إليها بعضهم على أنها خارجة عن الحدين، إلا أنها في الواقع ليست كذلك لأنها تأخذ موقعها في الحد الفاصل بينهما.

ثالثا: خطة البحث:

إن نطاق مبدأ المشروعية يتحدد في ثلاثة مواضع، وهي السلطة التقديرية للإدارة، والظروف الاستثنائية، وأعمال السيادة، ولذا سنقسم البحث إلى مقدمة وثلاث مباحث وخاتمة، وسندرس في المبحث الأول السلطة التقديرية للإدارة، ونخصص الثاني لنظرية الظروف الاستثنائية، ونتناول في الثالث أعمال السيادة.

المبحث الأول: السلطة التقديرية للإدارة:

لا يمكن تكبيل يد الإدارة وجعلها أداة صماء يتحكم بها القانون من دون منحها نحو من المرونة والحرية في ممارستها لنشاطاتها المختلفة، فمنحها للإدارة تدعو إليه ضرورة تمكينها من أداء مهامها وتحقيق أهدافها، ولذا تمثل السلطة التقديرية وسيلة الإدارة الناجحة والناجعة في الوقت ذاته التي تتيح لها مواجهة الاحتياجات العامة المختلفة للأفراد وتلبيتها بكفاءة وسرعة، والإدارة عند استعمالها لسلطاتها التقديرية فإنها تقوم بذلك مستحضرة ما حصلت عليه خلال عملها الطويل من خبرات وتجارب، وقد مدّها كل ذلك بروح عملية كان زاد منها إشرافها المستمر على المرافق العامة⁽¹⁾، وعند عدم منح الإدارة القدر الكافي من

السلطة التقديرية يتعين في مثل هذه الحالة أن يقوم المشرع بتنظيم ملابسات وظروف الوظائف الإدارية جميعا ليتمكن الإدارة من التصرف بمقدرة عالية عند حدوثها، والواقع يقول أن المشرع مهما أوتي من سعة أفق وقدرة تصورية وتشريعية، فإنه لن يكون قادرا على تغطية جميع تلك الملابسات والظروف المستجدة للإدارة لأنها على أقل تقدير ملابسات وظروف مستقبلية قد يوجد فيها ما لم يتحقق له وجود في وقت سابق فأنى للمشرع الاطلاع عليه وتنظيمه؟^(٢) ولاستحالة علمه بالوقائع والأحداث المستقبلية يتعين منح الإدارة القدرة على معالجتها عند حصولها وعدم التوقف عندها انتظارا لتنظيمها من خلال التشريع، وينبغي الالتفات إلى أن السلطة التقديرية لا تعتبر خروجاً على مبدأ المشروعية وإنما هي عمل تؤديه الإدارة لتطبيق القانون.

أن كل ما تقدم يصلح ليكون سببا يُبرر منح الإدارة السلطة التقديرية بل يجعل من تمتعها بها ضرورة لا غنى عنها.

وسنتعرف في هذا المبحث على المراد بالسلطة التقديرية وعلى معيارها، كما سنبين حدودها ورقابة القضاء عليها.

المطلب الأول: تعريف السلطة التقديرية ومعيارها:

سنفرد لتعريف السلطة التقديرية فرعاً خاصاً به، كما وسنخصص فرعاً آخر نتناول فيه أساس هذه السلطة.

الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية:

إن من حق الإدارة ممارسة سلطتها التقديرية، وهذا ما ذهب إليه أغلب النظم القانونية، إذ إنها اعترفت للإدارة بذلك، ومن هنا لا تُعتبر السلطة التقديرية خروجاً على مبدأ المشروعية، بل هي وسيلة لتطبيق القانون، ولا تتنافى مع مبدأ الشرعية، وإنما تمثل الالتزام بهذا المبدأ، ولا تختلف من هذه الناحية عن

السلطة المُقيَّدة، وليتبيّن ذلك بشكل واضح علينا أن نتعرّف على المُراد من السلطة التقديرية، وأفضل ما يفيد ذلك هو تعريفها وهذا ما سنقوم به فيما يأتي:

اختلف الفقه في تعريف السلطة التقديرية، فذهب بعضهم إلى القول أنّ سلطة الإدارة تكون تقديرية إذا ترك لها القانون الذي يمنحها هذه السلطة، الحرية لها في أن تتدخل أو أن تمتنع، وترك لها الحرية أيضا بالنسبة إلى الزمن، وكيفية وفحوى القرار الذي تقرره^(٣)، وبعبارة أخرى تكون سلطة الإدارة تقديرية حينما يترك لها القانون الذي يمنحها هذا الاختصاص بصدد علاقتها مع الأفراد، الحرية في أن تتدخل أو تمتنع عن التدخل، وفي وقت هذا التدخل وكيفيته وفحوى القرار الذي تتخذه، وذهب بعض آخر من الفقه إلى أنّ سلطة الإدارة لا تكون تقديرية إلا في تحديد مناسبة اتخاذ قرار مُعيّن أو اتخاذه في صورة بعينها، أو اتخاذه في وقت مُعيّن، فالإدارة ملزمة بما هو شرعي، ولكنها حرة فيما هو صالح^(٤)، أي أنّ السلطة التقديرية للإدارة تتحقّق عندما لا تُحدّد مناسبة اتخاذ القرار الإداري، ولا تُحدّد صورة بعينها أو وقت مُعيّن لاتخاذه.

وعرّفها آخرون بأنّها نوع من الحرية تتمتع بها الإدارة لتقدير خطورة بعض الحالات الواقعية التي تحدث، واختيار وقت تدخلها، ولتقدير أفضل الوسائل لمواجهة هذه الحالة، وفي هذا المجال هي حرة، ولكنها محاطة دائما بفكرة المصلحة العامة التي تشرف على جميع أعمالها وتهيمن على كل تصرفاتها، وفي نطاق فكرة المصلحة العامة قد يلزمها المشرع بمراعاة هدف مُحدّد ومُعيّن من أهداف المصلحة العامة، فالحدود الخارجية للسلطة التقديرية هي فكرة المصلحة العامة، وعناصرها الداخلية هي أهمية الوقائع ووقت التدخل ووسيلة مواجهة الحالة^(٥)، وبشكل أكثر وضوحا تعني السلطة التقديرية تمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية، بحيث يكون لها تقدير اتخاذ التصرف أو الامتناع عن اتخاذه، أو اتخاذه على نحو مُعيّن، أو اختيار الوقت الذي تراه مناسبا للتصرف، أو السبب الملائم له، أو في تحديد محله^(٦).

يتّضح ممّا تقدّم أنّ السلطة التقديرية تتمحور حول مسألة محدّدة وهي أن يُترك للإدارة قدرٌ مُعيّنٌ للحرية من حيث الاختيار بين اتخاذ القرار من عدمه رغم توافر شروطه مراعاةً للظروف والمعطيات والمقتضيات السائدة، وقد تكون من أبرز المجالات التي تظهر فيها السلطة التقديرية هي الحفاظ على النظام العام، وما يخوّله لهيئات الضبط الإداري الوطنية أو المحلية من سلطات فتختار القرار الملائم والمناسب للظروف المحيطة به، ويظهر من هذا أنّ السلطة التقديرية تستند إلى اعتبارات عملية، تمنح الإدارة اختيارات عديدة لمواجهة الواقع الذي لا يستطيع المُشرّع أن يتصوره مسبقاً، ولا يمكن للقاضي معاشة ملاساته وتفصيله^(٧).

والسلطة التقديرية لا تعني بأي حال من الأحوال أن يعطى تخويل للإدارة تستطيع بمقتضاه أن تتصرّف بحرية مطلقة في اتخاذ قراراتها، لأنّ الإدارة عند تمتعها بالسلطة التقديرية عليها أن تستمر في التزامها بإقامة قراراتها على أركان صحيحة.

والخلاصة أنّ السلطة التقديرية للإدارة تتمحور حول حريتها في ثلاثة جوانب، الأول هو حرية الإدارة في تدخّلها أو عدم تدخّلها، أي في أن تتخذ قراراً مُعيّناً أو تمتنع عن اتخاذه، والثاني حرية الإدارة في تحديد وقت هذا التدخّل، والثالث حرية الإدارة في اختيار طريقة تدخّلها، ولذا نُعرّفها بأنّها قدرة الإدارة في الاختيار بين إصدار القرار وعدمه، واختيار وقت وكيفية إصداره.

الفرع الثاني: معيار السلطة التقديرية

ممّا لا شك فيه أنّ المصدر الذي تستند إليه السلطة التقديرية هو مصدر قانوني، وقد سبق القول أنّ السلطة التقديرية لا تعتبر خروجاً على مبدأ الشرعية وإنما هي عمل تؤديه الإدارة لتطبيق القانون، ولكن القواعد القانونية غالباً ما لا تُبيّن بوضوح وجلاء حدود السلطة التقديرية، وبالتالي يصعب معرفة متى تقوم السلطة التقديرية للإدارة، ومتى لا تقوم، ولذا كانت هناك حاجة ماسة إلى معيار قانوني يبيّن قيامها من عدمه، ولكن ما هو هذا المعيار؟

اختلف فقهاء القانون الإداري في الجواب عن هذا السؤال، وكان اختلافهم هذا ناشئاً عن اختلافهم في مصدر التقدير، حيث ذهب بعضهم إلى أن مصدر التقدير ينحصر في القواعد التشريعية، بينما ذهب آخرون إلى أن مصدر التقدير ينبع من القواعد التشريعية مضافاً إلى القواعد القضائية، ولذا علينا أن نبيّن رأي كل من الفريقين.

أولاً: معيار السلطة التقديرية وفقاً لمصدرية القواعد التشريعية لها

اعتنق عدد من الفقهاء النظرية القائلة بانحصار مصدر السلطة التشريعية في القانون أي القواعد التشريعية فحسب، ويخلص هذا الرأي إلى القول أن جوهر السلطة التقديرية ينحصر في حق الإدارة في الاختيار بين حلول عديدة كلها مشروعة^(٨) فمتى كانت الإدارة غير ملزمة بإتباع خيار بعينه وأُتيح لها الأخذ بخيار ما من بين خيارات مُتعدّدة نكون أمام سلطة تقديرية لها، أي تُترك للإدارة حرية الاختيار بين أعمال مُتعدّدة يُعتبر كلاً منها عملاً من أعمال الدولة^(٩)، بمعنى آخر أن هناك سلطة تقديرية للإدارة في حالة ما إذا كانت القوانين أو اللوائح قد نصّت على اختصاص الإدارة بمناسبة علاقة قانونية لها مع الأفراد وتركّت لها سلطة التقدير الحرّ لملاءمة إقدامها على التصرف أو عدم إقدامها عليه، وإذا أقدمت على التصرف تركّ لها تقدير مضمون قرارها المتخذ^(١٠).

ثانياً: معيار السلطة التقديرية وفقاً لمصدرية القواعد التشريعية والقضائية:

لاحظنا فيما تقدّم أن بعض الفقه يلتزم بتوقّف معيار السلطة التقديرية على مصدرها، وحدّدوا ذلك المصدر بالقواعد التشريعية، أي بالقواعد القانونية، أما الفريق الثاني فيرى أن قواعد القانون الإداري لا تنحصر في القواعد التشريعية، فمنّ المعلوم أن من خصائص هذا القانون المهمة كونه قضائياً، وهذا أحد مميّزاته الجليّة، بمعنى أن القضاء ساهم مساهمة فعالة في وضع قواعده، فكان للقضاء دورٌ منشئ وليس له دورٌ كاشفٌ فحسب، وعليه اعتبروا أن مصادره تشمل مضافاً إلى القواعد التشريعية القواعد القضائية أيضاً،

فالسطة التقديرية تتحقق عندما تكون الإدارة حرة في أن تتخذ هذا القرار أو ذاك، وبعبارة أخرى توجد السلطة التقديرية وتثبت للإدارة عندما لا يكون مسلكها محدداً أو منصوصاً عليه مقدماً في القانون^(١١). فالسطة التقديرية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بتقدير الملاءمة، والفارق بين السلطة التقديرية للإدارة وسلطتها المقيّدة يكمن في أنه في السلطة التقديرية يكون رجل الإدارة حراً في اختيار الحل الذي يراه أكثر ملاءمة، بينما في السلطة المقيّدة يكون رجل الإدارة فاقداً لمثل هذه الحرية، فيتعين عليه أن يتخذ إجراءه على وفق ما حدّدته له قواعد القانون.

وعندما يتحدث أصحاب هذا الرأي عن القانون أو التنظيم القانوني فهو عندهم يشمل جميع القواعد القانونية التي تحكم النشاط الإداري وليس القواعد التشريعية فحسب، وبهذا التحديد للنظام القانوني يريدون أن يساووا في القيمة وفي الأثر بالنسبة لتقييد النشاط الإداري بين القواعد التشريعية والقواعد القضائية، فتقييد حرية الإدارة في اتخاذ القرار إنما هو نتيجة للقواعد التشريعية والقواعد القضائية على حدّ سواء^(١٢). من الجدير بالذكر أن ما يقابل السلطة التقديرية للإدارة هي السلطة المقيّدة لها، وتعني السلطة المقيّدة عدم منح الإدارة الحرية في التدخّل وعدمه، أو في اختيار زمن التدخّل أو في اختيار كيفية التدخّل، وبعبارة أخرى تعني السلطة المقيّدة أو الاختصاص المقيّد، التحديد السابق والملازم للتصرف (أي المنصوص عليه بقاعدة ملزمة) بحيث لا تترك أي حرية للإرادة الشخصية لمن يصدر القرار من رجال الإدارة^(١٣)، وعليه تكون الإدارة في هذا النوع من السلطة مقيّدة بإرادة أخرى غير إرادة من قام بإصدار القرار، فلا تكون لها أية حرية في الاختيار أو التقرير، ومن هنا فإنّ السلطة المقيّدة تعتبر المفهوم المقابل (الضد النوعي) للسلطة التقديرية.

المطلب الثاني: نطاق السلطة التقديرية:

إنّ النطاق الذي يمكن أن تظهر فيه السلطة التقديرية هو عناصر القرار الإداري، وتنقسم إلى عناصر المشروعية الخارجية، وعناصر المشروعية الداخلية، ولكن هل تظهر السلطة التقديرية في جميع هذه

العناصر أم في بعضها؟ هذا ما سنجيب عنه عند تناول كل عنصر من هذه العناصر، ولذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول عناصر المشروعية الخارجية، بينما نخصص الثاني لعناصر المشروعية الداخلية.

الفرع الأول: عناصر المشروعية الخارجية:

وهي الاختصاص والشكل، وسنبحث كلا منهما فيما يأتي لنتبين هل يمثلان ميدانا ونطاقا للسلطة التقديرية للإدارة.

أولاً: الاختصاص

يُراد بالاختصاص القدرة على مباشرة عمل إداري مُعَيَّن أو تحديد مجموعة الأعمال والتصرفات التي يكون للإدارة أن تمارسها قانوناً على وجه يعتد به^(١٤)، ولذا يكون القرار الصادر عن جهة غير ذات اختصاص قراراً باطلاً.

ويمكن ملاحظة نمطين من المعالجة التي تقوم بها القواعد القانونية لعنصر الاختصاص، وهما:

١. اكتفاء القواعد القانونية بتحديد الشخص الإداري المختص بممارسة نشاط مُعَيَّن فقط، أي من دون أن تقوم بتحديد الشروط الأخرى المتعلقة بعناصر كل قرار إداري (وفي هذه الحالة تكون سلطة الشخص الإداري التقديرية بأوسع مدى لها) أو تُنظَّم بعض عناصر القرار الإداري وتترك بعضهم الآخر (وفي هذه الحالة تكون سلطته أقل مدى من الأولى).

فإذا اتخذ شخص آخر (غير الذي منحه القانون الاختصاص سواء في الحالة الأولى أم في الحالة الثانية) القرار الإداري يكون بذلك قد انتهك قاعدة الاختصاص، وهذا يخرج عن نطاق السلطة التقديرية.

٢. أن تقوم القواعد القانونية بتحديد الشخص الإداري المختص بممارسة نشاط مُعَيَّن مع تحديد بقية عناصر القرار الإداري، وفي هذه الحالة تكون سلطة الشخص الإداري مُقيَّدة بالكامل، فإذا اتخذ شخص

آخر (غير الذي منحه القانون الاختصاص) القرار الإداري فيكون بذلك قد انتهك قاعدة الاختصاص وهذا ليس له علاقة بالسلطة التقديرية.

ومن هذا يتبين خروج عنصر الاختصاص عن نطاق السلطة التقديرية، إذ أن معنى الاختصاص هو تمتع الشخص الإداري بسلطة ممارسة نشاط معين، وعدم الاختصاص هو عدم تمتع الشخص الإداري بسلطة ممارسته، ولا فرق في تمتع رجل الإدارة بالاختصاص وعدمه بين أن تكون سلطته تقديرية أو مُقَيَّدة^(١٥).

ثانياً: الشكل

وهو المظهر الخارجي الذي تسبغه الإدارة على القرار للإفصاح عن إرادتها والإجراءات التي تتبعها في إصداره.

وفي هذا العنصر يختلف الأمر بين ما إذا حَدَدَ القانون شكلاً مُعَيَّناً للقرار الإداري أو أنه طلب من الإدارة أن تتخذ إجراءات مُعَيَّنة، وبين عدم تحديد القانون لذلك، ففي الحالة الأولى تكون سلطة الإدارة مُقَيَّدة، ويصبح الشكل والإجراء عنصراً من عناصر المشروعية الإدارية^(١٦)، وعليه إذا أصدر رجل الإدارة قراره الإداري مخالفاً للشكل أو الإجراءات التي فرضها القانون فإن قراره غير مشروع لكونه معيباً في شكله. وفي الحالة الثانية وهي الحالة التي لا يُحَدِّد فيها القانون شكلاً مُعَيَّناً للقرار الإداري أو يفرض اتخاذ الإدارة إجراءات مُحَدَّدة لإصدار قرارها، تكون سلطة الإدارة هنا تقديرية، بمعنى أنها تكون حرة في اختيار شكله^(١٧).

ونخلص إلى أن القانون إذا فرض على الإدارة أن تصدر قرارها وفقاً لشكل مُعَيَّن فعليها الالتزام وإلا شاب قرارها عيب الشكل، وتكون لها الحرية في إبراز إرادتها بأي شكل تشاء فيما إذا لم يُحَدِّد لها شكلاً مُعَيَّناً، وبذلك لا يكون للشكل علاقة بالسلطة التقديرية للإدارة، أي أن عنصر الشكل أيضاً يخرج عن نطاق السلطة التقديرية.

الفرع الثاني: عناصر المشروعية الداخلية:

تتمثل المشروعية الداخلية في ثلاثة عناصر للقرار الإداري، وهي: المحل والسبب والغاية، وسنبحث كل منها فيما يأتي من حيث دخولها أو عدم دخولها في نطاق السلطة التقديرية:
أولاً: المحل

المُرَاد بالمحلّ هو المركز القانون الذي تتجه إرادة متخذ القرار إلى إحداثه، أي هو الأثر القانوني الذي يترتب على القرار الإداري حالاً ومباشرة.

وفي هذا العنصر يكون للإدارة حرية التدخّل أو الامتناع عن التدخّل طالما أنّ المُشَرِّع لم يلزمها بالتدخّل عندما تتحقّق بعض الشروط، كما يكون لها سلطة تقديرية واسعة في اختيار وقت التدخّل، واختيار فحوى القرار الإداري طالما كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً^(١٨)، في حين لا يكون رجل الإدارة متمتعاً بسلطة تقديرية وإنّما يكون اختصاصه مقيداً فيما يتعلّق بمحلّ القرار عندما لا تترك له القواعد القانونية إمكانية الاختيار بين حلول متعدّدة، وبعبارة أخرى فإن السلطة التقديرية تبدو متمثلة هنا بقدرة الإدارة في الاختيار بين محلّين أو أكثر، أمّا الاختصاص المُقيّد فيبدو متمثلاً بعجز الإدارة عن الاختيار أو النصرف لأنّها لا تستطيع أن تتخذ إلاّ تصرفاً مُعيّناً وهو الذي ينطبق مع النصّ القانوني الذي أوجبه، وإذا لم تلتزم الإدارة هذا التطابق في قرارها يكون مشوباً بعيب مخالفة القانون^(١٩)، ممّا يعرضه للإلغاء القضائي، وعندما تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية يكون لها الحرية الواسعة في أن تختار بين حلول متعدّدة، ويكون كل منها جائزاً ومشروعاً قانوناً.

ونخلص ممّا تقدّم إلى أن عنصر المحلّ يدخل في نطاق السلطة التقديرية، فيمكن أن تظهر هذه السلطة في هذا العنصر كما يمكن أن تظهر فيه السلطة المُقيّدة.

ثانياً: السبب

السبب كعنصر من عناصر القرار الإداري هو حالة واقعية أو قانونية بعيدة عن رجل الإدارة ومستقلة عن إرادته، تتم فتوحى له بأنه يستطيع أن يتدخل ويتخذ قرارا ما^(٢٠)، فالسبب إذن يُعبّر عن حالة واقعية أو قانونية تبرز اتخاذ القرار.

ووجود السبب المبرر لصدور القرار الإداري في غاية الأهمية فهو ركن أساسي من أركان القرار الإداري، لا يقوم القرار ولا يكون صحيحا إلا إذا كان قائما على سبب يبرره، وإلا افتقد القرار أساسه القانوني ووقع مخالفا للقانون وكان حقيقيا بالإلغاء^(٢١)، والسؤال المهم هو هل تظهر السلطة التقديرية في عنصر السبب؟ أي هل يمثل عنصر السبب نطاقا للسلطة التقديرية، للجواب على هذا السؤال ينبغي أن نفرّق بين الأسباب القانونية والأسباب الواقعية:

١. الأسباب القانونية: والسبب القانوني هو الحالة القانونية التي توحى لرجل الإدارة بالتدخل واتخاذ قرار بخصوصها^(٢٢)، وعليه فالأسباب القانونية للقرار الإداري قد تتخذ شكل قاعدة دستورية أو قاعدة تشريعية أو مبدأ من مبادئ القانون العامة أو قاعدة تنظيمية أو قرار إداري أو حكم قضائي أو قاعدة عرفية، فهي تتمثل بكل قاعدة قانونية مهما كان مصدرها وتشكل الأساس القانوني للقرار الإداري^(٢٣).

والأسباب القانونية إما أن تكون محدّدة بالقانون فليس للإدارة تجاوزها، وإما أن لا تكون كذلك، فللإدارة بناء قرارها على ما تراه ملائما من الأسباب، وعلى كلا الفرضين من المنطقي إلا أن لا يكون عنصر السبب القانوني داخلا في نطاق السلطة التقديرية للإدارة إذ أن الإدارة لا علاقة لها بصدور هذه الأسباب القانونية^(٢٤).

٢. الأسباب الواقعية: والمراد بالأسباب الواقعية الحالات أو الأعمال أو الوقائع الحالة أو المستقبلية التي يشترط القانون قيامها حتى يمكن للإدارة إصدار قرارها الإداري بشأنها^(٢٥).

تَمْتَدُّ يد القضاء بالنسبة إلى الأسباب الواقعية إلى رقابته على وجود هذه الوقائع التي دفعت رجل الإدارة إلى اتخاذ قراره، فإذا لم تكن الواقعة التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها موجودة فللقضاء إبطال القرار، وعليه فإنه لا مجال للسلطة التقديرية^(٢٦) هنا.

كما تَمْتَدُّ رقابة القضاء إلى صحّة التكييف القانوني لها، وهذا يحدّ من سلطة الإدارة في تكييفها القانوني للوقائع، ولكن يقف القضاء أحياناً عند حدّ الرقابة على وجود الوقائع فيترك للإدارة الحرية في عملية إجراء التكييف القانون من دون أن يفرض رقابته عليها، فتتمتّع بسلطة تقديرية تجاه الوقائع التي تقرر مدى أهميتها في اتخاذ القرار كما في حالة توجيه عقوبة انضباطية لموظف بسبب عدم طاعته لرئيسه الإداري^(٢٧)، ممّا يعني دخول التكييف في نطاق السلطة التقديرية للإدارة.

إما في مجال ملاءمة قرار الإدارة للوقائع والتي تعني مدى التناسب بين الوقائع التي استندت إليها الإدارة لإصدار قرارها ومضمون ذلك القرار، فقد منحت الإدارة سلطة تقديرية واسعة تجاهها، إذ أنّ القاعدة العامة هي أن لجهة الإدارة حرية تقدير أهمية الحالة، والخطورة الناجمة عنها، والتصرّف الذي تتّخذه حيالها، حيث أنّ ذلك من إطلاقات الإدارة التي لا تخضع فيها لرقابة القضاء، ولا يفرض القضاء رقابته على الملاءمة إلّا في مجالين ضيقين، الأول يتعلّق بالضبط الإداري في حالة القرارات المُقيّدة للحرية، والثاني يتعلّق بالقرارات التأديبية في حالة الخطأ الظاهر أو الساطع، ولا يفرض القضاء رقابته على الملاءمة في غير هاتين الحالتين.

ونخلص ممّا إلى دخول التكييف القانوني للوقائع وكذلك ملاءمة قرار الإدارة لها في نطاق السلطة التقديرية للإدارة من دون أن تَمْتَدُّ إلى وجودها.

ثالثاً: الغاية

ممّا لا شك فيه أنّ كل عمل يصدر عن إرادة يجب أن تكون له غاية وغرض، ولما كان القرار الإداري عملاً قانونياً يصدر عن إرادة الإدارة فيجب أن تكون له غاية، كما يجب أن تكون غايته خدمة المجتمع

وتحقيق صالحه العام، وتتمثل هذه الخدمة في تسيير المرافق العامة باطراد وانتظام، وحماية النظام بعناصره، الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة^(٢٨).

ويشترط أن يكون القرار الإداري سليماً في غايته وإلا كان مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، وقد يقوم القانون بتحديد غاية معينة للقرار الإداري وفي هذه الحالة يجب على الإدارة أن تستهدف تحقيق هذه الغاية في قرارها، وهذا واضح، ولكن أحياناً لا يُحدّد القانون غاية معينة على سبيل الحصر، وفي مثل هذه الحالة يجب على الإدارة أن تستهدف المصلحة العامة، ومن هنا يظهر عدم وجود حرية للإدارة في تحديد هدف معين لنفسها خلافاً للحالة الأولى أو خلافاً للحالة الثانية، وبالتالي يمكن أن يقال بانعدام السلطة التقديرية للإدارة في عنصر الغاية، وهذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء حيث أن تحديد غرض العمل الإداري هو عمل المشرّع لا رجل الإدارة، وبهذا يدخل ضمن السلطة المقيّدة لا السلطة التقديرية^(٢٩)، فسلطة الإدارة إذن في عنصر الغاية سلطة مقيّدة ولا وجود للسلطة التقديرية على هذا الرأي. ويذهب آخرون إلى حصر السلطة المقيّدة في مجال تخصيص الأهداف فحسب، أي في حالة تخصيص الأهداف لن تكون للإدارة سلطة تقديرية، ويمكن أن تظهر السلطة التقديرية في عنصر الغاية في غير حالة تخصيص الأهداف فالسلطات الإدارية في هذه الحالة أمامها من الأهداف عدد يقلّ أو يكثر بحسب الأحوال، ولها أن تختار من بينها ما تشاء ولذا فهي في مثل هذه الحالة تتمتع بسلطة تقديرية في اختيار غرض من أغراض متعدّدة معينة ومحدّدة ضمن إطار المصلحة العامة^(٣٠).

ومن جميع ما تقدّم نخلص إلى أن السلطة التقديرية لا تظهر في جميع عناصر القرار الإداري حيث لا علاقة بين السلطة التقديرية وبين أي من عنصري الاختصاص والشكل، أي لا علاقة بين السلطة التقديرية وعناصر المشروعية الخارجية، إما عناصر المشروعية الداخلية فهي الميدان الحقيقي للسلطة التقديرية ونطاقها الذي تظهر فيه سواء في عنصر المحلّ أو السبب الواقعي في مجالي التكيف وملاءمة

القرار للوقائع، أما عنصر الغاية فيمكن القول بمساسها للسلطة التقديرية ولكن في غير حالة تخصيص الأهداف.

المبحث الثاني: نظرية الظروف الاستثنائية:

لقد تمَّ إبراز نظرية الظروف الاستثنائية أو نظرية الضرورة من مجلس الدولة الفرنسي من أجل إضفاء المشروعية على قرارات الإدارة التي تتخذها في مثل هذه الظروف على الرغم من العيوب التي تشوبها وتجعلها مخالفة لمبدأ المشروعية في الظروف الاعتيادية^(٣١)، ويعود تاريخ إظهار مجلس الدولة لهذه النظرية إلى سنة (١٩١٤) وبالتحديد في قضية هيريه (Heuries) حيث قامت الإدارة الفرنسية أثناء الحرب العالمية الأولى بإلغاء المادة (٦٥) من قانون (٢٢) أبريل (١٩٠٥) وعند رفع المتضررين دعوى ضد الإدارة أمام مجلس الدولة، حكّم بصحة الإجراء الذي اتخذته الإدارة معللة حكمها هذا بظرف الحرب التي تُبيح للإدارة ما لا تُبيحه الظروف الاعتيادية^(٣٢)، وقد انتشرت بعد ذلك في معظم دول العالم (إن لم يكن فيها جميعاً) وهي نظرية في غاية الأهمية لا سيما وأنه اتسح المجال واسعاً أمام الإدارة للقفز على مبدأ المشروعية للعمل متصلّة منه في ظروف غير اعتيادية، ولأهميتها سنحاول تقصي معظم ما يتعلّق بها، وفيما يأتي ثلاثة مطالب نبحت فيها هذه النظرية سواء اعتُبرت توسيعاً لمبدأ المشروعية أو اعتُبرت تأصيلاً لمبدأ المشروعية في الظروف الاستثنائية:

المطلب الأول: مدلول الظروف الاستثنائية ومبرراتها:

سنُبين في هذا المطلب مدلول نظرية الظروف الاستثنائية، ومبررات اعتمادها، وسنُخصّص فرعاً مُستقلاً لكل منهما.

الفرع الأول: مدلول نظرية الظروف الاستثنائية:

أنّ الظروف الاستثنائية التي قد تعصف بالدولة والتي من شأنها المساس بكيانها وبالسلامة العامة للمجتمع، لا تتناسب مع صدور الأعمال وفقاً لمبدأ المشروعية في الظروف الاعتيادية، إذ قد تمسّ

الحاجة إلى اتخاذ تدابير وإجراءات استثنائية تتناسب والظرف الاستثنائي، وهذا ما يُبيح عدم تفعيل مبدأ المشروعية (الاعتيادي) في الظروف الاستثنائية عندما تُحتَمَّ الضرورة ذلك، وعلينا أن نتذكر دائماً أن كل النظريات والمبادئ الدستورية إنما وردت من أجل تحقيق سلامة المجتمع، فإذا تعارضت سلامة المجتمع مع القانون فالذي يُقدَّم هنا وتكون الأولوية له هو سلامة المجتمع، وقد التفت إلى هذا المعنى الإنسان منذ القدم، ونجد انعكاسها بوضوح عند الرومان فقد أسسوا قاعدة لهذا المعنى تقول أن سلامة المجتمع فوق القانون^(٣٣).

ومن هنا يتضح أنه في الحالات الاستثنائية تقوم الضرورة على منح إحدى هيئات الدولة صلاحيات معالجة هذه الحالة وإن تطلّب ذلك تعليق مبدأ المشروعية وإيقاف العمل به، بل قد تسمح لها حالة الضرورة والظرف الاستثنائي بممارسة اختصاصات سلطة أخرى.

وما ينبغي الانتباه إليه هنا هو أن الهيئة الحاكمة في الظروف الاستثنائية لا تقوم بالخروج على مبدأ المشروعية بإطارة العام عند ممارسة عملها على وفق ما تقتضيه نظرية الظروف الاستثنائية، لأنه في مثل هذه الظروف تحلّ المشروعية الاستثنائية محلّ المشروعية الاعتيادية.

ومما يؤكد عدم خروج نشاط الإدارة في الظروف الاستثنائية عما حدّده القانون، هو ما أخذت به دساتير الدول من تنظيم الاختصاص في مثل هذه الظروف ومنح السلطة المختصة الصلاحيات التي تحتاجها في معالجتها لها، وسيرد مزيد توضيح عندما نبحت التنظيم التشريعي لهذه الظروف.

الفرع الثاني: مبررات اعتماد نظرية الظروف الاستثنائية:

أنّ نظرية الظروف الطارئة جاء اعتمادها مبرراً بأسباب متعدّدة، ويمكن إجمال أهمها في اثنين رئيسيين، وهما:

أولاً: المحافظة على بقاء الدولة واستمرارها

فالظروف الاستثنائية وهي تجتاح الدولة في وقت ما من شأنها المساس بكيانها بشكل عام، مما يجعل وجودها في معرض الزوال، وقد يكون أشد الظروف التي تعانيتها الدولة سلبية وخطرا هي تلك الظروف التي تؤدي إلى زوال الدولة أو زوال شخصيتها الدولية أو الانتقال من إقليمها، وهذا ما يحدث عادة عند تعرضها لعدوان مسلح ولا يفرق كون هذا العدوان قد قامت به دولة كما في حالة الحروب الدولية فتحتل دولة ما إقليم دولة أخرى بقصد ضمها إليها وجعله جزءا من إقليم الدولة المعنية^(٣٤)، أو اعتداء تقوم به جماعة مسلحة تروم اقتطاع جزء من إقليم الدولة وإقامة كيان خاص بها عليه^(٣٥).

وقد تتعرض الدولة إلى ظرف يؤثر على سلامة المجتمع، كما هو الحال بالنسبة الكوارث الطبيعية كالزلازل والفيضانات، أو انتشار وباء ما كالكوليرا والطاعون وأمثالهما.

وفي مثل تلك الأحوال لا يكون العمل وفقا لمبدأ المشروعية في الظروف الاعتيادية وافيا بإدارة أزمات حادة وخطرة بنجاح، بل تحتاج الإدارة إلى سلطات أوسع وصلاحيات تتناسب وخطورة ما تمر به البلاد من ظروف طارئة، وهذا ما يمثله توسعة صلاحيات الإدارة في الظروف الاستثنائية لتمكينها من مواكبة حدث كبير قد يؤثر على كيان الدولة وسلامة المجتمع على حد سواء.

ثانيا: تغير الظروف

أن الحياة تمنح الدروس لمن يكون قادرا على استيعابها^(٣٦)، وقد يكون الإنسان من الكائنات الأهم التي لها القدرة العقلية على فهم التجربة التي عاشها وتحليلها والاستفادة منها واتخاذها عبرة له في ما بقي له من حياة، وقد علمت التجربة الإنسان أن ظروف الحياة التي يعيشها غير عصية على التبدل والتغير والانتقال به من حال إلى حال، فينتقل من حال الرخاء مثلا إلى حال الشدة أو العكس، ومن حال الصحة إلى حال السقم، ومن حال الجهل إلى حال العلم، ومن حال الأمن إلى حال فقدانه أو العكس.

ثم أن الوضع الطبيعي للإنسان هو الوضع الذي تسير فيه الأمور بشكل اعتيادي لا يكثر سيرها شيء، فمثلا الرخاء والصحة والأمن وما شابه أمور طبيعية واعتيادية إلى حد كبير وتمثل الظرف الطبيعي أو

الاعتيادي الذي يعيشه الإنسان (كل إنسان) ولا يقتصر مثل هذا الظرف على الإنسان بل يشمل الدولة أيضاً، هذا حكم يكاد يكون بيناً وظاهراً، حيث أنَّ الإنسان يُشكّل الركن الأساس للدولة، وما حياة الدولة إلا حياة الإنسان فيها، فإذا كان يعيش حياة طبيعية فهذا يعني أنَّ الدولة تعيش ظرفاً اعتيادياً، ولكن كون الأمر الطبيعي هو العيش في ظرف اعتيادي لا يعني استحالة تغيّر مثل هذا الظرف وانقلاب الحال إلى ظرف غير اعتيادي يُمثّل في نفسه حالة استثنائية، أي مستثناة من الأصل^(٣٧).

ومن البديهي أنَّ الظرف غير الاعتيادي أو الاستثنائي يحتاج إلى معالجة غير اعتيادية واستثنائية، والمعالجة الاستثنائية تحتاج إلى وسائل وأدوات بل وسلطة وصلاحيات غير اعتيادية واستثنائية، وهذا ما ينبغي أن يوفّره مبدأ المشروعية في الظروف الاستثنائية، وبعبارة أخرى أنَّ تبدّل وتغيّر ظرف الدولة من ظرف اعتيادي ودخولها في ظرف استثنائي يفرض بداهة تغيّر وسائل إدارتها، ومنها الإيقاف المؤقت لسمو مبدأ المشروعية في الظروف الاعتيادية وحلول مبدأ المشروعية غير الاعتيادية محلّه.

ومن أجل كلا السببين المتقدّمين استقر رأي القضاء وسانده الفقه على تبني نظرية الظروف الاستثنائية والعمل على وفقها، وهذا يعني القيام بتوسّعة مفهوم مبدأ المشروعية لينتج عنه أو لينضوي تحته نوعان، هما مبدأ المشروعية في الظروف الاعتيادية، ومبدأ المشروعية في الظروف الاستثنائية^(٣٨).

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية وتكييفها القانوني:

سنستعرض في هذا المطلب شروط تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية وتكييفها القانوني، وسنخصّص لكلٍ منها فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول: شروط تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية:

إنَّ نظرية الظروف الاستثنائية بما تحمله في طياتها من توسّعة في مبدأ المشروعية، وما تمنحه من سلطات واسعة للإدارة لمعالجة ظرف مُعيّن غير اعتيادي، لا تخلو من خطورة على المجتمع وأفراده، لأنَّ مساس الإدارة بحقوقهم وحياتهم العامة سيكون متاحاً إلى حدّ كبير لها، بل قد تقوم الإدارة بالاعتداء على

حقوق الأفراد وحرّياتهم مدّعية أنّ الدولة تمرّ بظرف استثنائي فتقيّد الحريات وتصادر الحقوق من أجل معالجة هذا الظرف، وهذا مؤشّر يدفع باتجاه وجوب وضع جملة من الشروط التي ليس للإدارة ممارسة صلاحياتها وفقا لما يمنحها لها مبدأ المشروعية في الظروف الاستثنائية إلا إذا تحقّقت تلك الشروط، وهذا ما عملت به التشريعات في الدول المختلفة، بل وقام القضاء بتجذيره وأيده على ذلك الفقه، وفيما يأتي بيان لأهمّ شروط وضع نظرية الظروف الاستثنائية موضع التطبيق:

أولاً: وجود ظرف استثنائي

لما كان تمتّع الإدارة بصلاحيات استثنائية مدفوعا بمعالجة ظرف استثنائي، فمن البدهة عدم تمتّعها بتلك الصلاحيات عند عدم وجوده، ومن هنا يظهر بجلاء أنّ ممارسة الإدارة لصلاحياتها الاستثنائية يدور وجودا وعدما مدار وجود الظرف الاستثنائي وعدم وجوده.

مضافا إلى بدهة تحقّق مقتضي الصلاحية الاستثنائية فإنّ هذا الشرط يمنع الإدارة من استخدام صلاحياتها الاستثنائية لدوافع سياسية تجعل حقوق الأفراد وحرّياتهم في خطر، مدّعية وجود ظرف استثنائي، وبعبارة أخرى ما لم يكن وجود الظرف الاستثنائي محققا ليس للإدارة ممارسة صلاحياتها الاستثنائية، وفيما إذا قامت بذلك فإنّ أعمالها تلك تُعتبر أعمالا غير مشروعة وتكون عرضة للإلغاء^(٣٩).

ثانياً: صعوبة مواجهة الظرف الاستثنائي بالصلاحيات الاعتيادية

أنّ فلسفة منح الإدارة صلاحيات استثنائية تستند إلى عدم تمكّن الإدارة من معالجة الأحوال التي يفرضها الظرف الاستثنائي من خلال صلاحياتها الاعتيادية، أي عدم وفاء اتباع الإدارة للأحكام والإجراءات التي تفرضها عليها القواعد القانونية المقرّرة للظروف الاعتيادية بالتزامات الإدارة الجديدة التي حتمتها الظروف الجديدة وهي الظروف الاستثنائية.

أمّا في الحالة التي تكون فيها الأحكام والإجراءات التي تفرضها على القواعد القانونية المقرّرة للظروف الاعتيادية وافية في إتاحة الفرصة الكافية للإدارة لمعالجة تلك الأحوال التي اقتضاها الظرف الاستثنائي

من دون حاجة إلى استخدامها لصلاحيات استثنائية، فهذا لا يحق للإدارة أن تقدّم على استعمال الصلاحيات الاستثنائية، وإلاّ عُدت أعمالها غير مشروعة، ومن الجدير بالذكر أنّه لا يعني هذا الشرط أن تكون معالجة الظرف الاستثنائي بوساطة الصلاحيات الاعتيادية مستحيلا، بل يكفي في النّحو إلى الصلاحيات الاستثنائية وجود صعوبة شديدة تكتنف قيام الإدارة بواجباتها وفقا لقواعد المشروعية الاعتيادية^(٤٠).

أنّ تأسيس هذا الشرط جاء لمنع الإدارة من استخدام الصلاحيات الاستثنائية (وهي بالضرورة صلاحيات واسعة، وقد تؤدي إلى ضياع الكثير من الحقوق والحريات أو استخدامها بما يُحقّق بعض المصالح لأصحاب القرار الإداري) عندما تكون الوسائل المتاحة للإدارة وفقا لصلاحياتها الاعتيادية كافية لمواجهة الظرف الاستثنائي، فمثل هذا الظرف لا يعني بحال من الأحوال اطلاق العنان للإدارة في ممارسة الصلاحيات الواسعة^(٤١).

ثالثا: ملائمة إجراءات الإدارة للظرف الاستثنائي

بناء على قاعدة الأشياء تُقدّر بقدره يكون من غير المشروع استخدام الإدارة لصلاحياتها في اتخاذ إجراءات تفوق الحاجة إلى معالجة الظرف الاستثنائي، فلا يُسمح لها مثلا بالتضحية بمصالح الأفراد من دون قيد وبالشكل والحجم الذي تريده، بل بالقدر الضروري الذي تفرزه حاجة المعالجة وبقدر ما تتطلبه مواجهة الظرف الاستثنائي فقط ومن دون التوسّع في سلطاتها تلك.

ويترتب على هذا الشرط خروج أعمال الإدارة عن المشروعية عندما تُبالغ في استخدام سلطاتها الاستثنائية بما يفوق ما تحتاج إليه للتغلّب على الظرف الاستثنائي^(٤٢).

رابعا: تحقيق المصلحة العامة

إنّ سعي الإدارة من استخدامها لصلاحياتها الاستثنائية في الظرف الاستثنائي لتحقيق المصلحة العامة قد تضمّنته بشكل ما الشروط السابقة، ولكن لأهميته الكبيرة يقتضي النصّ عليه صراحة وعدم الاكتفاء

بالإشارة إليه ضمنا.

تَقَدَّم فيما سبق أنَّ هدف الإدارة مِنْ نشاطاتها المختلفة هو تحقيق المصلحة العامة، وهذه المصلحة لا تُمثِّل هدفا للإدارة تسعى إلى تحقيقه في الظروف الاعتيادية فحسب، وإنَّما هو هدف عام للإدارة وفي الظروف جميعا، وَمِنْهَا الظروف الاستثنائية، فإذا ما استهدفت تحقيق هدف آخر لا علاقة له بالمصلحة العامة فَإنَّ أعمالها الصادرة عَنْهَا لتحقيق مثل هذا الهدف هي أعمال غير مشروعة ومشوبة بعيب الانحراف في استعمال السلطة، ويرد هذا العيب حتى في مجال تخصيص الأهداف لِأنَّ جميع ما يُحدِّده المُشرِّع للإدارة مِنْ أغراض يجب عليها السعي لتحقيقها، هي في النهاية تصبُّ في الهدف العام ألا وهو المصلحة العامة^(٤٣). وهذا شرط مهم يمنع رجل الإدارة مِنْ استغلال الظرف الاستثنائي لاستعمال الصلاحيات الواسعة والاستثنائية التي يمنحها له القانون، مِنْ أجل تحقيق مصلحة شخصية له أو لغيره حتى مع عدم الإضرار المباشر بمصالح الأفراد، أو استخدام هذه الصلاحيات بدافع سياسي أو بدافع الانتقام.

خامسا: انتهاء سلطة الإدارة الاستثنائية بانتهاء الظرف الاستثنائي

مِمَّا تفرضه البداهة وفلسفة منح الإدارة صلاحيات واسعة استثنائية هو وجود ظرف استثنائي قد يؤثر على كيان الدولة واستقرارها أو سلامة المجتمع، فوجود مثل هذا الظرف يقتضي معالجته بنجاعة ونجاح، وقد تحتاج الإدارة في سبيل ذلك إلى صلاحيات استثنائية، ولكن عِنْدَمَا ينتهي وجود الظرف الاستثنائي فَإنَّ ما ينتهي معه هو الأساس والمبَرَّر لمنح الإدارة صلاحيات استثنائية، وبعبارة أخرى يؤدي انتهاء الظرف الاستثنائي إلى ارتفاع الحاجة إلى الصلاحيات الاستثنائية، فإذا استمرت الإدارة باستعماله لهذه الصلاحيات، فَإنَّ أعمالها التي صدرتْ وفقا للصلاحيات الاستثنائية بعد انتهاء الظرف الاستثنائي تُعدُّ أعمالا غير مشروعة وعُرضة للإلغاء بل والتعويض عَنِ الأضرار المادية في حال نجمت عَنْهَا^(٤٤).

الفرع الثاني: التكييف القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية:

وقع الاختلاف بينَ الفقه في الوجهة التي يتبنّاها كلّ حول طبيعة نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية، وظهر اتجاهان، ذهب الأول إلى أنّها ذات طبيعة سياسية، بينما ذهب الثاني إلى أنّها ذات طبيعة قانونية، وفيما يأتي بيان لكل من الاتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ نظرية الضرورة نظرية سياسية فرضها الواقع وليس لها أساس قانوني، بمعنى أنّ ما تقوم به الهيئة الحاكمة من تصرفات في هذا الظرف لا تكون مستندة لقواعد قانونية تبيحها لها، وبذلك تكون قد خالفت الدستور والقانون، وما يدفعها إلى هذه المخالفة محاولة الحفاظ على سلامة الدولة والمجتمع مما يهددهما من أخطار.

ولما كانت تصرفات الهيئة الحاكمة في ظل الظروف الاستثنائية مخالفة للدستور والقانون وفقا لهذه النظرية، فإنّها تبقى غير مشروعة من الناحية القانونية، كما تبقى الحكومة مسؤولة عنها ولكنها تستطيع أن تطلب من البرلمان إعفائها من المسؤولية.

الاتجاه الثاني: بخلاف النظرية الأولى يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ نظرية الضرورة هي نظرية قانونية، بمعنى أنّ التصرفات التي تصدر عن الهيئة الحاكمة في الظروف الاستثنائية تجد لها سنداً في الدستور أو القانون، ذلك أنّ الضرورات تبيح المحذورات، فالضرورة تبرّر الخروج على القاعدة القانونية من أجل الحفاظ على سلامة الدولة والمجتمع، وهذه السلامة هي التي تُمثّل الغاية وراء كل نظام قانوني، ومن هنا تكون التصرفات والإجراءات التي تتخذها الهيئة الحاكمة وفقاً لنظرية الضرورة مشروعة من الناحية القانونية، ولذا لا تكون مسؤولة عن الأضرار التي قد تلحق الأفراد نتيجة لهذه الأعمال الإدارية^(٤٥).

ونرى أنّ نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية هي نظرية قانونية بامتياز، فالقانون هو الذي يُنظّم نظرية الظروف الاستثنائية ويمنح الإدارة الاختصاصات اللازمة لمواجهتها، فساتير دول العالم اليوم تضع أحكامها بينَ قواعدنا وتقوم بتنظيمها أو قد تمنح القانون الاعتيادي سلطة تنظيم صلاحيات الإدارة

أو السلطة التنفيذية في مثل هذه الظروف، وهذا ما فرضه الواقع وأدّت إليه الحكمة السياسية للمحافظة على كيان الدولة وسلامة المجتمع، وسيوضح رأينا هذا بشكل أكثر جلاء في المطلب الآتي.

المطلب الثالث: السند القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية ورقابة القضاء عليها:

ينبغي استناد الإدارة إلى القواعد القانونية عند عملها بنظرية الظروف الاستثنائية، ثم لا يعني منح الإدارة صلاحيات واسعة واستثنائية خلال وقوع الدولة في ظرف استثنائي، أنها بعيدة عن رقابة القضاء، وسنبحث كلا الأمرين فيما يأتي:

الفرع الأول: السند القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية:

نعني بالسند القانوني هنا التنظيم التشريعي أو القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية، وقد تقدّمت الإشارة إلى أنّ هذه النظرية تجد سندها القانوني في النصوص الدستورية والتشريعات الاعتيادية، ويأتي هذا التنظيم للظروف الاستثنائية في حالاته المختلفة كحالة الحرب أو حالة الحصار أو حالة الطوارئ بفعل الحوادث والوقائع التي من شأنها تهديد أمن الدولة^(٤٦).

ومن باب المثال نجد أنّ الدستور الفرنسي قد نُظِم هذه النظرية في صلب قواعده، حيث نصّ على أنّه "إذا تعرّضت مؤسسات الجمهورية أو استقلال الوطن أو وحدة أراضيه أو تنفيذ التزاماته الدولية، لخطر جسيم، وفي حال توقفت السلطات العامة الدستورية عن سيرها المنتظم، يتّخذ رئيس الجمهورية التدابير التي تقتضيها هذه الظروف بعد الاستشارة الرسمية للوزير الأول ورئيسي المجلسين وكذا المجلس الدستوري، ويُخبر الأمة بذلك في خطاب يوجهه إليها، ويجب أن تكون هذه التدابير مستوحاة من الرغبة في منح السلطة العامة الدستورية الوسائل التي تمكّنها من أداء مهامها في أقرب وقت ممكن، ويُستشار المجلس الدستوري بشأن هذه التدابير، ويعقد البرلمان اجتماعه بشكل قانوني ورسمي، ولا يجوز حلّ الجمعية الوطنية أثناء ممارسة السلطة الاستثنائية، وبعد مرور ثلاثين يوما من العمل بالسلطة الاستثنائية يجوز لرئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ أو ستين نائبا أو ستين عضوا في مجلس الشيوخ إشعار

المجلس الدستوري بغرض النظر فيما إذا كانت الظروف المنصوص عليها في الفقرة الأولى ما زالت قائمة، ويفصل المجلس الدستوري في ذلك علنا وبسرعة، ويجب أن يقوم بالنظر والفصل بذات الشروط في ختام مدة ستين يوما من العمل بالسلطة الاستثنائية، أو في أي وقت بعد انقضاء هذه المدة^(٤٧) ومن الملاحظ أن هذا النص قد سطر بين ثناياه جميع شروط تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية. وفي العراق جاء قانون السلامة الوطنية ليُنظّم السلطة في حال حدوث ظروف استثنائية^(٤٨) وقد قام دستور العراق بتنظيم هذه الظروف ضمن قواعده العامة المتعلقة باختصاصات مجلس النواب، فجعل من اختصاصاته:

أ. الموافقة على إعلان الحرب وحالة الطوارئ بأغلبية الثلثين، بناء على طلب مشترك من رئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الوزراء.

ب. تُعلن حالة الطوارئ لمدة ثلاثين يوما قابلة للتديد، وبموافقة عليها في كل مرة.

ت. يخول رئيس مجلس الوزراء الصلاحيات اللازمة التي تمكنه من إدارة شؤون البلاد في أثناء مدة إعلان الحرب وحالة الطوارئ، وتُنظّم هذه الصلاحيات بقانون، بما لا يتعارض مع الدستور.

ث. يعرض رئيس مجلس الوزراء على مجلس النواب، الإجراءات المتخذة والنتائج، في أثناء مدة إعلان الحرب وحالة الطوارئ، خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انتهائها^(٤٩).

وكذلك فعل الدستور المصري والذي سمح للقانون بتنظيمه حيث نصّ على أن "يُعلن رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي مجلس الوزراء، حالة الطوارئ على النحو الذي يُنظّمه القانون، ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس النواب خلال الأيام السبعة التالية ليُقرّر ما يراه بشأنه، وإذا حدث الإعلان في غير دور الانعقاد العادي، وجب دعوة المجلس للانعقاد فوراً للعرض عليه، وفي جميع الأحوال تجب موافقة أغلبية عدد أعضاء المجلس على إعلان حالة الطوارئ، ويكون إعلانها لمدة مُحدّدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، ولا تُمدّ إلاّ لمدة أخرى مُماثلة، 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، ولا يجوز حل مجلس النواب أثناء سريان حالة الطوارئ^(٥٠).

الفرع الثاني: رقابة القضاء على استخدام الظروف الاستثنائية*

المبحث الثالث: أعمال السيادة:

سنُبين في هذا المبحث مدلول أعمال السيادة ونستعرض نشأتها، كما سنبحث المعيار الذي له القدرة على تمييزها عن غيرها من أعمال الإدارة.

المطلب الأول: مدلول أعمال السيادة ونشأتها:

أن نظرية أعمال السيادة أو أعمال الحكومة تُعد من أهم بل وأخطر الاستثناءات التي ترد على مبدأ المشروعية، فما مدلولها؟ وكيف نشأت؟

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نُخصّص كلا منهما للإجابة عن أحد السؤالين المتقدّمين، ولذا سنقوم في الأول منهما بالكشف عن المراد من مصطلح أعمال السيادة، كما وسنستعرض أصل نشأتها وسببه، وذلك فيما يأتي:

الفرع الأول: مدلول أعمال السيادة

ذهب بعض الفقه في تعريف أعمال السيادة، أو أعمال الحكومة بحسب التسمية الفرنسية، إلى أنها طائفة من أعمال السلطة التنفيذية التي لا تخضع لرقابة القضاء، سواء القضاء الإداري أو^(٥١) الاعتيادي، أو هي طائفة من أعمال السلطة التنفيذية التي لا تخضع لرقابة القضاء الاعتيادي والإداري، فلا تكون محلاً للطعن بالإلغاء أو التعويض أو وقف التنفيذ أو فحص المشروعية^(٥٢).

وهكذا درجت معظم التعريفات على القول أن أعمال السيادة طائفة من أعمال السلطة التنفيذية، وهو صحيح إلى حد ما^(٥٣)، إلا أنه تعريف لا يخلو من الغموض والإبهام، ذلك أن أعمال السلطة التنفيذية تنقسم إلى أعمال مادية وأخرى قانونية، والثانية تنقسم إلى عقود وقرارات، ولفظ طائفة الوارد في التعريفات

يعني التبعية، فكأنَّ التعريف يقول بأنَّ أعمال السيادة هي بعض أعمال السلطة التنفيذية، وهذا صحيح، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو أي أقسام أعمال الحكومة هي المقصودة بالطائفة؟ هل المراد الأعمال المادية؟ أم الأعمال القانونية؟ إلى آخره.

والحقيقة أنَّ المراد من قولهم طائفة من أعمال السلطة التنفيذية هي القرارات الإدارية التي تصدر عن السلطة التنفيذية^(٥٤)، فحسب، ولذا كان الصحيح أخذها في التعريف من دون أخذ لفظ الطائفة، فلا ينضوي على غموض أو إبهام.

وبناء على ما تقدّم يمكن أن نعرّف أعمال السيادة بأنها القرارات الإدارية الصادرة عن السلطة التنفيذية والمحصنة عن رقابة القضاء.

ومن التعريف يتّضح أنَّ أعمال السيادة عبارة عن قرارات إدارية إلاَّ أنَّها غير خاضعة لرقابة القضاء، بمعنى أنَّها مستثناة من حقّ المراجعة القضائية عليها، فلا يمكن الطعن عليها وطلب إلغائها، وإذا ترتّب عليها حدوث ضرر مادي لأي فرد من الأفراد فليس له المطالبة بالتعويض عنه، بل ليس للقضاء قبول أو سماع دعواه، كما لا يجوز للقضاء أن يأمر بوقف تنفيذ مثل هذه القرارات بناء على طلب مقدّم إليه، وليس له قبول طلب مثل هذا فضلا عن النظر فيه، وأخيرا لا يحقّ للقضاء التدقيق في توافر المشروعية لهذا النوع من القرارات من عدم توافرها، فهي خارجة عن رتبة القضاء جملة وتفصيلا، ولا فرق في ذلك بين القضاء الاعتيادي والقضاء الإداري فكلاهما محرّم عليه مراجعة هذا النوع من القرارات وتعقيبها ومراقبتها بأي شكل من الأشكال.

وما تقدّم يكشف بوضوح عن أنَّ أعمال السيادة تُعتبر خروجاً صارخاً عن مبدأ المشروعية، ذلك لأنَّ هذه القرارات تُعدّ صحيحة وواجبة النفاذ على كل حال، سواء أتوافرت فيها عناصر المشروعية أم لم تتوافر، فهي صحيحة وإن لم تخضع للقانون وصدرت مخالفة له، وليس لأي فرد في المجتمع أو أي هيئة من هيئات الدولة بما فيها الهيئات القضائية المختلفة مغلوطة اليد تجاهها وممنوعة من مراجعتها والنظر فيها

والاعتراض عليها، وهل هناك خروج عن مبدأ المشروعية أكثر جرأة وصراحة من هذه الأعمال، فكل ما حاول مبدأ المشروعية إقامته وتثبيت أسسه وسعيه الحثيث وبناء فلسفته عليه لإيقاف السلطات العامة من مخالفة القانون وبناء سد عالٍ يُمثل الدرع الحصين ضد تجاوز السلطات العامة حقوق الأفراد وحرياتهم، أقول كل ذلك أطاحت به نظرية أعمال السيادة، ولذا وصفها بعض الفقه بأنها نقطة سوداء في جبين المشروعية أو ثغرة في صرحها^(٥٥).

وليس لمقارنتها بالنظريتين السابقتين مورد صحيح، إذ أن نظرية السلطة التقديرية وكذلك نظرية الظروف الاستثنائية لا تمثل أيًا منهما خروجًا على مبدأ المشروعية، وإنما أقصى ما تمثله هو توسيع هذا المبدأ ومنح الإدارة صلاحيات أكثر مدى، وقد اطلعنا فيما تقدم على ما يمكن زعمه من أن مبدأ المشروعية ينقسم إلى قسمين، مبدأ المشروعية في الظروف الاعتيادية، ومبدأ المشروعية في الظروف غير الاعتيادية (الاستثنائية)، وكيف ما كان فليس فيهما أي خروج على مبدأ المشروعية ورقابة القضاء والطعن على قرارات الإدارة الصادرة على وفق سلطتها التقديرية أو صلاحياتها الاستثنائية في الظروف غير الاعتيادية، بل يمكن طلب التعويض في حال حصول ضرر مادي جراء نشاطها ذاك، فشتان بينهما وأعمال السيادة.

وقد أخذت بهذه النظرية العديد من الدول، ومنها العراق في جملة تشريعاته^(٥٦) قبل سنة (٢٠٠٦) وهي السنة التي دخل فيها دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) حيز التنفيذ وهو أول دستور عراقي ينص صريحاً على المنع من تحصين أي قرار ضد الطعن فأنتهى بذلك صفحة سوداء من الخروج على مبدأ المشروعية وتحصين قرارات الحكومة عن الطعن ورقابة القضاء، وبهذا يكون قد منع الخروج عن مبدأ المشروعية ولأي سبب كان وقد جاء النص فيه على هذا المنع كما يأتي "يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن"^(٥٧)، وبهذا النص أصبح الالتزام بالشرعية أمر يفرضه

الدستوري ذاته بحيث يمكن القول أنَّ مبدأ المشروعية من المبادئ الدستورية في دستور (٢٠٠٥) وفقا لما قدّمنا من قراءة.

الفرع الثاني: نشأة أعمال السيادة

تعود أصول نشأة أعمال السيادة إلى الفترة التي أعقبت سقوط نابليون بونابرت^(٥٨)، فبعد انتصار الثورة الفرنسية ومنع الثوار القضاء من التدخل في شؤون الإدارة أصبحت الإدارة هي التي تنتظر في المنازعات التي تكون طرفا فيها، وهي الفترة التي عُبّر عنها بفترة الإدارة القاضية لأنّ الإدارة فيها كانت تقوم بالوظيفة القضائية فيما يتعلّق بالدعاوى ذات الطبيعة الإدارية^(٥٩)، ومن المؤكد أنّ أيّ فرد أو جهة يكون هو الخصم و الحكم في الوقت ذاته فإنّه لن يُعطي النصفة من نفسه بحسب العادة وما جُبِلت عليه الطبيعة البشرية من حب الذات والسعي إلى تحقيق منافعها حتى وإن كانت على حساب الآخرين.

وما أدّى إليه منح الإدارة امتياز الفصل في النزاعات التي تكون طرفا فيها من القفز على حقوق الأفراد والإضرار بمصالحهم الخاصّة، كان السبب الرئيس وراء مطالبتهم بكف يد الإدارة وحجزها عن البت في منازعاتهم معها، ولكن لم يكن لذلك من سبيل، ولذا حاول نابليون الأول أن يوجد نحو من التوازن بين رغبة رجال الثورة، والأفراد الاعتياديين، فقام بإنشاء مجلس الدولة الفرنسي في (١٢) ديسمبر (١٧٩٩) ولكنه جعله مجلسا استشاريا، أي وظيفة هذا المجلس النظر في النزاعات القائمة بين الإدارة والأفراد، وتقديم رأيه للإدارة ومشورته لها في كيفية حسمها، وقد دَعَم نابليون الأول مجلس الدولة بمجالس الأقاليم والتي سُميت فيما بعد بالمحاكم الإدارية^(٦٠).

وكان آخر عهد لنابليون بالسلطة وفقدانه لها عندما خسر معركة واترلو في (١٨) يونيو/حزيران (١٨١٥) التي خاضها ضد جيشين وهما الجيش البريطاني والجيش البروسي، وقد تمّ إلقاء القبض عليه وسجنه لفترة قصيرة ثم نُفي إلى جزيرة (هيلانة)^(٦١) وبسقوط نابليون عاد النظام الملكي إلى فرنسا وتوجّج لويس الثامن عشر ملكا للمرة الثانية.

وكانت عودة النظام الملكي إلى فرنسا بعد انتهاء عهد نابليون الأول، إيذانا ببداية عملية واسعة تهدف إلى محو آثار نابليون من فرنسا وإزالة أعماله، وقد كان من ضمن الأعمال التي قام بها إنشائه لمجلس الدولة، ولذا كان مجلس الدولة مستهدفا من النظام الجديد ومهددا بالزوال، لا سيما وأن رجال العهد الجديد كانوا ينظرون إلى هذا المجلس بكثير من الشك والريبة^(٦٢)، فما كان من مجلس الدولة ممثلاً ب رجاله إلا انتهاج سياسة جديدة تهدف من خلالها الحفاظ على نفسه وتقادي إلغاءه فقام بمجاملة رجالات العهد الجديد وسلطتهم التنفيذية من خلال إعلانه عن عدم فرض رقابته على أعمالها كافة، واستثناء جزء مهم من قرارات السلطة التنفيذية من رقابة المشروعية لتكون بمنأى عن أي طعن بالإلغاء والتعويض، وقد استبعد تلك الأعمال عن رقابته تحت ذريعة واهية تتلور في كونها أعمال الحكومة أو أعمال السيادة، وهكذا جاءت فكرة أعمال السيادة وتحصينها عن الرقابة القضائية من أجل تحقيق مصلحة خاصة لرجال مجلس الدولة الفرنسي بعد سقوط نابليون بوناپرت^(٦٣).

تلك كانت الدوافع الحقيقية الكامنة وراء نشأة نظرية أعمال السيادة، والسؤال الذي يطرح هنا هو أنه لما كانت هذه النظرية قد نشأت لمجرد تلبية مصلحة خاصة بمجلس الدولة الفرنسي في بدايات القرن التاسع عشر ومن المؤكد أن سبب إنشائها قد زال ومن زمن بعيد فلماذا لم تزل هذه النظرية محل تبني من دول عدة؟

حاول بعض الفقه الإجابة عن هذا السؤال بما يأتي:

أن هذه الأعمال وجد فيها المجلس خصائص وسمات تميزها عن الأعمال الإدارية الاعتيادية، لأنها تتعلق بنظام الحكم الأمر الذي يقتضي إعطاء السلطة التنفيذية بشأنها سلطات تقديرية أوسع وأبعد مدى من أجل حماية المصالح العليا في الدولة^(٦٤).

وهو كما ترى مجرد تبرير يجامل السلطة التنفيذية، ولا يستطيع أن يخفف من كون أعمال السيادة تمثل تهديدا جديا كبيرا لحقوق الأفراد وحياتهم، وخرقا فاضحا لمبدأ المشروعية، ومنافيا بشدة لدولة القانون التي

ترزعم الدول جميعاً أنَّها حققتها على أرض الواقع أو أنَّها في طريق تحقيقها، ولذا نجد هذه النظرية بأوضح صورة في الأنظمة الديكتاتورية، ويكفي تناسبها مع مثل هذه الأنظمة مؤشراً على أنَّها نظرية غير مؤهلة لتتناسب مع المبادئ الديمقراطية.

المطلب الثاني: معيار أعمال السيادة^(٦٥):

تدعي نظرية أعمال السيادة أنَّ السلطة التنفيذية تمارس نوعين من الأعمال، الأول الأعمال الحكومية والثاني الأعمال الإدارية الاعتيادية، والأول هو الذي يكتسب الحصانة ضد المراقبة القضائية دون الثاني، والسؤال المهم هنا هو كيف يمكن التمييز بين أعمال الحكومة وأعمال الإدارة لمنح كلا منهما ما يستحقه في مقام العمل، أي نستبعد الأولى من الرقابة القضائية في حين نخضع الثانية لها؟ وفي معرض الإجابة عن هذا السؤال اختلف الفقه في معيار التمييز، فتبنَّى بعضه معيار الباعث السياسي، وذهب آخرون إلى الأخذ بمعيار طبيعة العمل، فيما رجَّح فريق ثالث معيار القائمة القضائية، وسنبحث كلا من هذه المعايير فيما يأتي:

الفرع الأول: معيار الباعث السياسي

يُعتبر معيار الباعث السياسي أول معيار ظهر لتمييز أعمال السيادة عن الأعمال الإدارية، وقد أخذ به مجلس الدولة الفرنسي والذي أبرزه بشكل جلي في قضية (لي فات) سنة (١٨٢٢)، ويرتكز هذا المعيار على التفرقة بين نوعين من الدوافع التي تحت رجل الإدارة على التصرف، الأول هو ما إذا كان الدافع أو الباعث للتصرف سياسياً، والثاني غير سياسي، فإذا كان رجل الإدارة قد تصرف بدافع سياسي يكون العمل الصادر عنه من أعمال السيادة فلا يخضع لرقابة القضاء، أمّا إذا تصرف أو صدر عنه العمل بدافع غير سياسي فإنَّ عمله هذا يكون عملاً إدارياً فيدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري^(٦٦).

ولما كان هذا المعيار يركز على الباعث على العمل فهو معيار نفسي يعتمد على نية رجل الإدارة التي دفعته للتحرك والتصرف، ولذا لا يوجد لهذا المعيار مقياس خارجي يمكن اعتماده، فبإمكان الإدارة أن

تدعي صدور العمل عنها بدافع سياسي، بمعنى أنها تستطيع إضفاء الصفة السياسية على معظم أعمالها للإفلات من رقابة القضاء لأنها هي صاحبة الحق في وصف أعمالها بالسياسية وعدمها، وقد يكون هذا أهم الانتقادات التي وجهت لهذا المعيار، فهو معيار يتوافر فيه عامل الخطورة على حقوق الأفراد وحياتهم إذ أن الإدارة لها أن تدعي بكل بساطة أن عملها الذي أدى إلى التجاوز على حقوق الأفراد وتقييد حرياتهم كان الباعث إليه سياسيا، فيتوقف القضاء عن فرض رقابته عليه، وبعبارة أخرى يؤدي هذا المعيار إلى عجز الأفراد عن الدفاع عن حقوقهم وحياتهم عن طريق الطعن في أعمال الإدارة أمام القضاء، لأنه يحصنها ضد الطعن، كما ويوسع بشكل كبير من نطاق نشاطات الإدارة التي تدخل في دائر أعمال السيادة، ويقابل هذه التوسعة، التضييق من نطاق رقابة القضاء على أعمال السلطة التنفيذية أو أعمال الإدارة^(٦٧).

ولهذه الانتقادات المنطقية قام القضاء الفرنسي بالإعراض عن معيار الباعث السياسي بين عامي (١٨٧٥) و(١٨٨٠) حيث ظهر اتجاهه في العدول عن هذا المعيار ابتداء في قضية الأمير نابليون^(٦٨).
الفرع الثاني: معيار القائمة القضائية

قد يكون عنوان القائمة القضائية عنوان مخادعا، ذلك أن ما نتحدث عنه هنا في الحقيقة ليس قائمة أنشئها القضاء وقدمها كمعيار للتمييز بين أعمال السيادة وأعمال الإدارة، بل هي قائمة أنشئها الفقه ولكنه استند في ذلك على الأحكام القضائية، حيث قام الفقه باستقراء الأحكام القضائية وتتبع الأعمال التي صدرت عن السلطة التنفيذية أو الإدارة واعتبرها القضاء أعمال سيادة، وتلك التي اعتبرها أعمالا إدارية، أي أن الفقه اعتمد على ما يقرره القضاء فهو الذي يبين هذه الأعمال ويحدد نطاقها، ومن خلال ذلك الاستقراء والتتبع قام الفقه بتصنيف النشاطات التي اعتبرها القضاء أعمال سيادة إلى ثلاثة أصناف:
الصنف الأول: الأعمال المتعلقة بعلاقة الحكومة بالبرلمان

تتمثل الأعمال المتعلقة بعلاقة الحكومة بالبرلمان في قرارات تصدر عن السلطة التنفيذية وتمس السلطة التشريعية سواء أكان ذلك في تكوينها أم في وظيفتها، فكل ما له علاقة بمشاركة السلطة التنفيذية للتشريعية في اقتراح القوانين على شكل مشروعات وإحالتها إلى البرلمان أو سحبها منه، أو الاعتراض على القوانين الصادرة عنه، وإصدارها ونشرها في الجريدة الرسمية، وكذلك الأعمال الصادرة لتكوين البرلمان كقرار دعوة الناخبين لانتخاب أعضاء البرلمان، ودعوة البرلمان للانعقاد^(٦٩)، وما تمارسه السلطة التنفيذية من صلاحيات استثنائية تدعو إليها الظروف غير الاعتيادية، يدخل ضمن أعمال السيادة.

الصنف الثاني: الأعمال التي تتصل بالشؤون الخارجية للدولة

وتشمل الأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية في مقام تنظيم علاقة الدولة بالأشخاص الدولية الأخرى، سواء أكانت دولا أم منظمات دولية، وما يرافقها من نشاطات مختلفة كالأعمال المتعلقة بالمعاهدات والاتفاقات الدولية من مفاوضات وتوقيعها وتصديقها، وقد يُضاف إليها تفسيرها أيضا، وكذلك حماية ممتلكات الدولة في الخارج، والأعمال الدبلوماسية المختلفة^(٧٠) كالاعتراف بالدول والحكومات الأجنبية، وقرارات قطع العلاقات الدبلوماسية بدولة ما، والانضمام إلى منظمة دولية أو الانسحاب منها، وكذلك النشاطات التي تتعلق بالعمل الدبلوماسي لسفارات الدولة وقنصلياتها.

الصنف الثالث: الأعمال المتعلقة بسلامة الدولة وأمنها

وتشمل الأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية وهي بصدد حماية الدولة من التهديد الخارجي كالأعمال المتعلقة بالحرب بمختلف أنواعها، كما ويدرج بعضهم النشاطات التي تقوم بها السلطة التنفيذية من أجل حماية أمن الدولة الداخلي^(٧١).

وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت إلى نظرية أعمال السيادة واستثنائها من الرقابة القضائية وتحسينها ضد الطعن فقد اعتمدتها الدولة العراقية في مختلف مراحلها، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (العاشرة) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة (١٩٧٩) حيث منعت القضاء من النظر في

أعمال السيادة، فقد نصّت على أنّه "لا ينظر القضاء في كل ما يعتبر من أعمال السيادة" كما تناولته الفقرة الثانية (د) من المادة (السابعة) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (١٠٦) لسنة (١٩٨٩) المعدّل، حيث بيّن عدم اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر أعمال السيادة، وقد اعتبرت من أعمال السيادة المراسيم والقرارات الصادرة عن رئيس الجمهورية، وكذلك منعه عن النظر في القرارات الصادرة بناء على توجيهات صادرة عن رئيس الجمهورية، فجعلت هذه القوانين المعيار لأعمال السيادة شخص رئيس الجمهورية، فما يصدر عنه من مراسيم وقرارات هي أعمال سيادة محصنة ضد الطعن بغض النظر عن الموضوع الذي تناولته، وقد نصّت قوانين عديدة على أعمال السيادة وأجازت الاستثناء من ولاية القضاء بنصّ خاص، كقانون المرافعات المدنية والذي جاء في إحدى موادّه ما قد يشمل أعمال السيادة حيث نصّ على أن "تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختصّ بالفصل في كافة المنازعات إلّا ما استثنى بنص خاص" (٧٢) وجاء قانون التنظيم القضائي بنصّ مشابه له حيث نصّ على أن "تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية، العامّة والخاصّة، إلّا ما استثنى منها بنص خاص" (٧٣)، وقد جاءت نصوص خاصّة عديدة تمنع القضاء من النظر في دعاوى مُعيّنة، ومن أمثلة هذه النصوص ما يأتي:

أولاً: المادة (٩) من قانون تنفيذ مشاريع الري، والتي نصّت على:

١. يمتنع على المحاكم سماع الدعاوى الناجمة عن تنفيذ احكام هذا القانون عدا الدعاوى التي تقام من قبل مدعي الاستحقاق في التعويض على من استحصلوا على قرارات نهائية بتعويضهم وفق أحكامه.
٢. لا تسمع دعاوى أجر المثل عن الاراضي المستملكة لأغراض مشاريع الري التي اكتسبت قرارات استملاكها الدرجة النهائية قبل نفاذ هذا القانون عن المدة السابقة للاستملاك (٧٤).

ثانياً: قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٥٧٥) لسنة (١٩٨٥) والذي منع المحاكم من النظر في دعاوى تقييم الشهادات والدرجات العلمية العربية والأجنبية التي تلي مرحلة الدراسة الثانوية ودعاوى منح الألقاب والشهادات العلمية والفخرية^(٧٥).

ثالثاً: قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٣٢) لسنة (٢٠٠٢) والذي نصّ على ما يأتي: تمنع المحاكم من النظر في الدعاوى التي تقام على هيئة الكهرباء أو الشركات العامة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن قطع التيار الكهربائي المبرمج^(٧٦).

هذه نماذج من النصوص الخاصة التي منعت المحاكم من النظر في دعاوى معينة فتكون بذلك قد ضيقّت من دائرة ولاية القضاء.

ولما كانت هذه النظرية في واقعها تتنافى مع المبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان والمواطن (مِمّا دعا بعضهم إلى اعتبارها نقطة سوداء في جبين المشروعية أو ثغرة في صرحها^(٧٧)) شرّعت دساتير الدول الديمقراطية بالإعراض عنها والنصّ على عدم جواز تحصين القرارات الإدارية ضد الطعن، وقد التزم دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) بهذا الاتجاه الحديث، فجعل الأعمال والقرارات الإدارية جميعها قابلة للطعن أمام القضاء من خلال حظر تحصينها، وجاء النصّ على ذلك كما يأتي "يحظر النصّ في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن"^(٧٨)، وقد صدر قانون يلغي جميع النصوص التي تمنع المحاكم من النظر في مثل هذه الدعاوى، وهو قانون رقم (١٧) لسنة (٢٠٠٥) أي قانون إلغاء النصوص القانونية التي تمنع المحاكم من سماع الدعاوى.

الخاتمة:

في نهاية البحث تحقّقت لدينا جملة من النتائج وعدد من التوصيات سنستعرض أهمّها فيما يأتي:
أولاً: النتائج

١. إنَّ السلطة التقديرية للإدارة تتمحور حول حريتها في ثلاثة جوانب، الأول هو حرية الإدارة في تدخلها أو عدم تدخلها، أي في أن تتخذ قراراً مُعيّناً أو تمتنع عن اتخاذه، والثاني حرية الإدارة في تحديد وقت هذا التدخل، والثالث حرية الإدارة في اختيار طريقة تدخلها، ولذا نُعرّفها بأنّها قدرة الإدارة في الاختيار بين إصدار القرار وعدمه، واختيار وقت وكيفية إصداره.
٢. لا تُعتبر السلطة التقديرية خروجاً على مبدأ المشروعية، بل هي وسيلة لتطبيق القانون، ولا تتنافى مع مبدأ الشرعية، وإنّما تُمثّل الالتزام بهذا المبدأ، ولا تختلف من هذه الناحية عن السلطة المُقيّدة.
٣. ذكر الفقه أكثر من معيار لبيان حدود السُلطة التقديرية للإدارة، ويمكن إجمالها في معيارين رئيسيين، وهما: معيار السلطة التقديرية وفقاً لمصدرية القواعد التشريعية لها، ومعيار السلطة التقديرية وفقاً لمصدرية القواعد التشريعية والقضائية.
٤. تظهر السلطة التقديرية في بعض عناصر المشروعية ولا تظهر في بعضها الآخر، ومن العناصر التي لا تظهر فيها هي: عناصر المشروعية الخارجية أي الاختصاص والشكل، أمّا عناصر المشروعية الداخلية فيدخل منها المحل في نطاق السلطة التقديرية، أمّا السبب فيدخل في نطاقها التكييف القانوني للوقائع وكذلك ملاءمة قرار الإدارة لها في نطاق السلطة التقديرية للإدارة من دون أن تمتد إلى وجودها، أمّا في عنصر الغاية فيمكن ظهورها في غير حالة تخصيص الأهداف.
٥. تعني نظرية الظروف الاستثنائية أنّه في الحالات الاستثنائية تقوم الضرورة على منح إحدى هيئات الدولة صلاحيات معالجة هذه الحالة وإن تطلّب ذلك تعليق مبدأ المشروعية وإيقاف العمل به، بل قد تسمح لها حالة الضرورة والظرف الاستثنائي بممارسة اختصاصات سلطة أخرى.
٦. هناك عدّة من المُبررات تقوم عليها نظرية الظروف الاستثنائية، من أهمّها: المحافظة على بقاء الدولة واستمرارها، وتغيّر الظروف، كما ولا بد من توافر بعض الشروط لتطبيقها كوجود ظرف استثنائي، وصعوبة

مواجهته بالصلاحيات الاعتيادية للإدارة، وملاءمة إجراءات الإدارة للظرف الاستثنائي، واستهدافها لتحقيق المصلحة العامة، وغيرها.

٧. للقضاء فرض رقابته على أعمال الإدارة عند تفعيلها لنظرية الظروف الاستثنائية.

٨. تُعرف أعمال السيادة بأنها: القرارات الإدارية الصادرة عن السلطة التنفيذية والمحصنة عن رقابة القضاء.

٩. إن مجلس الدولة الفرنسي هو الذي أنشئ نظرية أعمال السيادة كوسيلة للمحافظة على وجوده ونقادي إلغائه مع ما تم إلغاؤه من أعمال نابليون بونابرت، وليس هناك مبرر معقول لاستمرار الالتزام بها على الرغم من محاولات الفقه لتبريره، فهي (كما قيل) نقطة سوداء في جبين المشروعية أو ثغرة في صرحها.

١٠. تدعي نظرية أعمال السيادة أن السلطة التنفيذية تمارس نوعين من الأعمال، الأول الأعمال الحكومية والثاني الأعمال الإدارية الاعتيادية، والأول هو الذي يكتسب الحصانة ضد المراقبة القضائية دون الثاني، وفي مقام التمييز بينما ذكر الفقه عدة معايير، منها: معيار الباعث السياسي، وطبيعة العمل، والقائمة القضائية.

ثانياً: التوصيات:

نظراً لأن العراق هو البلد الأم للباحث وأنه حديث العهد بالالتزام الفعلي بمبدأ المشروعية والوقوف عند حدوده، فستكون توصياتنا متعلقة به:

١. إن نطاق سلطة الإدارة وحدودها من حيث السعة التي تمثلها السلطة التقديرية، والضيق في حال السلطة المقيدة، سلاح ذو حدين فكلاً منحت الإدارة سلطة تقديرية واسعة كلاً ما أمكن أن يكون انعكاسها سلبياً على الأفراد، وكلاً ما كثرت القيود عليها كلاً ما صعب عليها تحقيق أهدافها، ولذا ندعو المشرع إلى عدم حرمان الإدارة من السلطة التقديرية إلا أنه في الوقت ذاته عليه أن يحقق التوازن بين هذه السلطة والمصلحة الخاصة للأفراد سواء في مجال حقوقهم أم حرياتهم.

٢. ندعو القضاء لتشديد رقابته على الإدارة لاسيما الإدارات العليا لئلا تتجاوز مبدأ المشروعية بادعاء سلطتها التقديرية، وقد حدث ذلك كثيرا ويحدث، ومن باب المثال قد يدعي الرئيس الإداري الأعلى تمتعه بسلطة تقديرية في معالجة بعض الحالات السلبية، ولكنه يصدر قرارات يتجاوز فيها نطاق سلطته التقديرية تلك من خلال إيقاف العمل بقانون نافذ كلاً أو جزءاً، أو يصدر قراراً إدارياً يعدل فيه قانوناً ما من دون المرور بإجراءات التعديل التي رسمها الدستور.

٣. إن الخروج عن مبدأ المشروعية في الظروف الاعتيادية أمر في غاية الخطورة، ولذا ندعو المشرع إلى تنظيم سلطات الإدارة في كل ظرف يقتضي خروج الإدارة عليه والتزامها بمبدأ المشروعية في الظروف الاستثنائية لئلا يساء استخدام تلك السلطات أو تتعسف الإدارة في استعمالها.

٤. من الإنجازات الكبرى للمشرع الدستوري عدم السماح لأي قرار إداري بأن يتحصن ضد الطعن، وبهذا يكون قد استنصل نظرية أعمال السيادة، ولكن يمكنها أن ترتدي بعض الأقنعة فتظهر فيها في بعض التشريعات، ولذا ندعو المشرع إلى بذل مزيد من العناية لتخليص التشريعات القائمة من هذه النظرية والتدقيق في التشريعات المستقبلية لئلا تتسرب إليها بوجه آخر.

الهوامش:

(١) انظر: د. سليمان محمد الطماوي . نظرية التعسف في استعمال السلطة . ط٣ . مطبعة عين شمس . القاهرة . ١٩٧٨ . ص٤٥ .

(٢) انظر: د. محمود حافظ . القضاء الإداري . ط٧ . دار النهضة العربية . القاهرة . ١٩٩٣ . ص٤٩ .

(٣) حمد عمر حمد . السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها . ط١ . أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية . الرياض . ٢٠٠٣ . ص٩٥ .

(٤) د. سليمان محمد الطماوي . نظرية التعسف في استعمال السلطة . مصدر سابق . ص٤٩ .

(٥) المصدر السابق . ص٦٣ .

- (٦) د. سامي جمال الدين . القرارات الإدارية والسلطة التقديرية (دراسة مقارنة بين دولة الامارات ومصر وفرنسا) . مجلة الشريعة والقانون . جامعة الإمارات - ع ٣ (١٩٨٩) - ص ٣٢٩.
- (٧) انظر: د. محمد الصغير بعلي . الوجيز في المنازعات الإدارية . دار العلوم للنشر والتوزيع . عنابة . ٢٠٠٥ . ص ١٧.
- (٨) سليمان محمد الطماوي . نظرية التعسف في استعمال السلطة . مصدر سابق . ص ٤٧.
- (٩) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي . السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية . أطروحة دكتوراه . جامعة عين شمس . ١٩٧١ . ص ٧٠.
- (١٠) المصدر السابق . ص ٧٤.
- (١١) د. المصدر السابق . ص ١٠٦.
- (١٢) المصدر السابق . ص ١١٢ ، ١١٣.
- (١٣) المصدر السابق . ص ٦١.
- (١٤) د. خالد سمارة الزغبى . القرار الإداري بين النظرية والتطبيق . ط ١ . دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع . عمان . ١٩٩٩ . ص ٦٥.
- (١٥) انظر د. عصام عبد الوهاب البرزنجي . مصدر سابق . ص ٢٢٤ ، ٢٢٥.
- (١٦) د. محمد علي جواد ود. نجيب خلف أحمد . القضاء الإداري . مكتب الغفران . بغداد . ٢٠١٠ . ص ٢٨.
- (١٧) المصدر السابق . ص ٢٨.
- (١٨) المصدر السابق . ص ٢٩.
- (١٩) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي . مصدر سابق . ص ٤٦٣.
- (٢٠) د. عبد الغني بسيوني عبد الله . القانون الإداري . منشأة المعارف . الإسكندرية . ٢٠٠٥ . ص ٤٢٨.
- (٢١) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي . مصدر سابق . ص ٢٤٥.
- (٢٢) حمد عمر حمد . مصدر سابق . ص ١٢٣.
- (٢٣) د. علي محمد بدير ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي ود. مهدي ياسين السلامي . مبادئ وأحكام القانون الإداري . المكتبة القانونية . بغداد . ٢٠٠٨ . ص ٤٣٤.

- (٢٤) المصدر السابق . ص ١٢٤ .
- (٢٥) د. سامي جمال الدين . الرقابة على اعمال الإدارة . مصدر سابق . ص ٣٤١ .
- (٢٦) د. محمد علي جواد كاظم ود. نجيب خلف احمد . مصدر سابق . ص ٢٩ .
- (٢٧) انظر: المصدر السابق . ص ٢٩ .
- (٢٨) د. ماهر صالح علاوي الجبوري . الوسيط في القانون الإداري . لا يوجد اسم مطبعة . ٢٠٠٩ . ص ٣٥٨ .
- (٢٩) سليمان محمد الطماوي . نظرية التعسف في استعمال السلطة . مصدر سابق . ص ٧٣ .
- (٣٠) انظر: د. عصام عبد الوهاب البرزنجي . مصدر سابق . ص ٤٩٢ .
- (٣١) انظر: د. عبد الغني بسيوني عبد الله . القضاء الإداري اللبناني . مصدر سابق . ص ٥٠ .
- (٣٢) انظر: د. عبد القادر باينة . القضاء الإداري . ط ١ . دار توبقال للنشر . الرباط . ١٩٨٨ . ص ٢٦ وما بعدها .
- (٣٣) انظر: د. رافع خضر صالح شبر . النظرية العامة للقانون الدستوري . المكتب الاستشاري . بابل . ٢٠٠٦ . ص ٥٩ .
- (٣٤) وقد حدث مثل هذا العدوان كثيرا والتاريخ زاخر بأمثاله، وهو ما كان معتادا بالنسبة إلى الدول الاستعمارية، كالدولة العثمانية، وبريطانيا وفرنسا وإسبانيا، وقد يكون ما فعله هتلر في الثلث الأول من القرن العشرين ينهض كمثال واضح على تعرض كيان الدولة لخطر داهم يتمثل بمحو شخصيتها القانونية وضّم إقليمها إلى دولة أخرى .
- (٣٥) كما حدث في العراق من هجمة شرسة قامت بها مجموعات مسلحة في السادس من حزيران لعام (٢٠١٤) وقد أدت إلى سقوط جزء كبير من أرض العراق بيدها كمحافظة نينوى وأجزاء واسعة من محافظتي صلاح الدين والأنبار بالإضافة إلى أجزاء من محافظة كركوك .
- (٣٦) بل تمنحها للجميع سواء أكان قادرا على استيعابها أم لم يكن، فالفيض عام لا يُخصّصه ألا القابل .
- (٣٧) أنّ الظرف الاستثنائي وغير الاعتيادي هو انحراف عن الأصل، والانحراف بحسب المفاهيم الفلسفية بل وبحسب التجربة الإنسانية لا يكون دائما ولا أكثريا، بمعنى لا يمكن أن يشغل حيز الزمن بجميع أجزائه ولا أغلبها، وهذا لا يعني أنّ الظرف الاستثنائي لا يحتاج إلى بذل الجهود لمعالجته أو إزالته، بل أحيانا يحتاج إلى بذل جهود مضاعفة ومضنية للتخلص من الأوضاع غير الطبيعية وغير الاعتيادية ومعالجة الظرف الاستثنائي .
- (٣٨) انظر: د. أنور أحمد رسلان . وسيط القضاء الإداري . دار النهضة العربية . القاهرة . ٢٠٠٠ . ص ١٣٩ .

- (٣٩) انظر: د. عبد الغني بسيوني عبد الله . القضاء الإداري اللبناني . مصدر سابق . ص ٥٦ .
- (٤٠) انظر: د. محمد علي جواد . مصدر سابق . ص ٤٩ .
- (٤١) انظر: د. غازي فيصل مهدي ود. عدنان عاجل عبيد . القضاء الإداري . ط ٢ . مؤسسة النبراس للطباعة والنشر . النجف الأشرف . ٢٠١٣ . ص ٦٥ .
- (٤٢) انظر: د. عبد الغني بسيوني عبد الله . القضاء الإداري اللبناني . مصدر سابق . ص ٥٧ .
- (٤٣) انظر: د. أنور أحمد رسلان . مصدر سابق . ص ١٤٣ .
- (٤٤) انظر: د. محمد علي جواد . مصدر سابق . ص ٥٠ .
- (٤٥) انظر: د. رافع خضر صالح شبر . النظرية العامة للقانون الدستوري . مصدر سابق . ص ٥٩ .
- (٤٦) انظر: د. محمد الصغير بعلي . الوسيط في المنازعات الإدارية . دار العلوم للنشر والتوزيع . عناية . ٢٠٠٩ . ص ٢١ .
- (٤٧) المادة (١٦) من دستور الجمهورية الفرنسية لسنة (١٩٥٨) المعدل .
- (٤٨) انظر: قانون السلامة الوطنية العراقي رقم (١) لسنة (٢٠٠٤) حيث أنه مضافا إلى تنظيمه لصلاحيات السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية واستعراض شروطها، قام ببيان حدودها أيضا .
- (٤٩) الفقرة (تاسعا) من المادة (٦١) من دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) .
- (٥٠) المادة (١٥٤) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة (٢٠١٢) المعدل .
- * تم حذف هذا الفرع لتجاوز عدد صفحات البحث الحد المقرر للنشر في المجلة
- (٥١) انظر: د. محمد علي جواد . مصدر سابق . ص ٥٠ .
- (٥٢) مع التصرف د. سامي جمال الدين . الرقابة على اعمال الإدارة . مصدر سابق . ص ٢٩٣ .
- (٥٣) قلنا صحيح إلى حد ما، لسببين، الأول صحيح أنَّ أعمال السيادة هي طائفة أي بعض أعمال السلطة التنفيذية، أما قولنا إلى حد ما لأننا نرى أخذ هذا اللفظ في التعريف يخلّ به ويجعله غير صحيح، فالتعريف يؤتى به من أجل كشف الغموض ورفع الإبهام عما يُراد تعريفه، ولذا من غير المنطقي تضمين التعريف مفاهيم مبهمة، لأنّه في مثل هذه الحال سيفقد قدرته على تأدية الغرض منه.

- (٥٤) انظر: د. مازن ليلو راضي . القضاء الإداري . مطبعة جامعة دهوك . دهوك . ٢٠١٠ . ص ٣٧، ود. محمد رفعت عبد الوهاب . القضاء الإداري . الكتاب الأول . ط ١ . منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت . ٢٠٠٥ . ص ٢٢٤ .
- (٥٥) د. محمد علي جواد . مصدر سابق . ص ٥٣ .
- (٥٦) على سبيل المثال انظر: المادة (٤) من قانون السلطة القضائية رقم (٢٦) لسنة (١٩٦٣) والتي نصّت على أنّه "ليس للمحاكم أن تتظر في كل ما يُعتبر من أعمال السيادة" وكذلك المادة (العاشرة) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة (١٩٧٩) والفقرة (خامسا) من المادة (السابعة) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم (١٠٦) لسنة (١٩٨٩)، وغيرها.
- (٥٧) المادة (١٠٠) من دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥).
- (٥٨) وهو نابليون بونابرت الأول، قائد عسكري وحاكم فرنسا وملك إيطاليا وإمبراطور الفرنسيين، عاش خلال أواخر القرن الثامن عشر وحتى أوائل عقد العشرينيات من القرن التاسع عشر، حكم فرنسا في أواخر القرن الثامن عشر بصفته قنصلا عاما، ثم بصفته إمبراطورا في العقد الأول من القرن التاسع عشر، وكانت لأعماله وتنظيماته تأثيرا كبيرا على السياسة الأوروبية.
- (٥٩) انظر: د. فوزت فرحات . القانون الإداري العام . ج ١ . ط ٢ . منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت . ٢٠١٢ . ص ١٥ .
- (٦٠) انظر: د. محمد علي جواد . مصدر سابق . ص ١٦ .
- (٦١) وقد توفي على الجزيرة نفسها في (٥) مايو/ أيار (١٨١٨) ودفن فيها، ثم نقل رفاته الملك الفرنسي لويس فيليب الأول إلى فرنسا في عام (١٨٤٠) وبقي في مصلى كنيسة القديس جيروم حتى دفنه في عام (١٨٦١) في باريس.
- (٦٢) انظر: د. محمد رفعت عبد الوهاب . القضاء الإداري . الكتاب الأول . مصدر سابق . ص ٢٢٦ .
- (٦٣) انظر: د. عبد الفتاح الساير داير . نظرية أعمال السيادة . أطروحة دكتوراه . كلية الحقوق . جامعة القاهرة . ١٩٧٥ . ص ٣٣ .
- (٦٤) انظر: د. محمد علي جواد . مصدر سابق . ص ٥١ .
- (٦٥) من الجدير بالذكر أنّ الحاجة لبحث معيار أعمال السيادة تبرز في الدول التي تتبنّى أعمال السيادة وتنصّ عليها، أمّا تلك التي لا تؤمن بها ولا تتخذ منها وصفا يؤهل بعض القرارات لأن تتحصن في مواجهة القضاء، فلا مبرر له فيها.

- (٦٦) انظر: د. محمد محمد عبد اللطيف . القضاء الإداري . الكتاب الأول . دار النهضة العربية . القاهرة . ٢٠٠٢ . ص ٢٣٨.
- (٦٧) انظر: د. محمد رفعت عبد الوهاب . القضاء الإداري . الكتاب الأول . مصدر سابق . ص ٢٣٠.
- (٦٨) انظر: د. مازن ليلو راضي . القضاء الإداري . مصدر سابق . ص ٤٠.
- (٦٩) انظر: د. محمد رفعت عبد الوهاب . القضاء الإداري . الكتاب الأول . مصدر سابق . ص ٢٣٦.
- (٧٠) انظر: د. مازن ليلو راضي . القضاء الإداري . مصدر سابق . ص ٤٣.
- (٧١) انظر: د. محمد علي جواد . مصدر سابق . ص ٥٣.
- (٧٢) المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩).
- (٧٣) المادة (٣) من قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة (١٩٧٩).
- (٧٤) قانون تنفيذ مشاريع الري رقم (١٣٨) لسنة (١٩٧١).
- (٧٥) قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) منع المحاكم من النظر في دعاوى تقييم الشهادات والدرجات العلمية رقم (٥٧٥) لسنة (١٩٨٥).
- (٧٦) قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) منع المحاكم من النظر بالدعاوى على شركة الكهرباء والشركات العامة التابعة لها للمطالبة بالأضرار الناجمة عن قطع التيار الكهربائي رقم (٣٢) لسنة (٢٠٠٢).
- (٧٧) د. محمد علي جواد . مصدر سابق . ص ٥٣.
- (٧٨) المادة (١٠٠) من دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥).
- المصادر والمراجع:**
- القرآن الكريم.
- أولاً: كتب القانون:
١. حمد عمر حمد . السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها . ط ١ . اكااديمية نايف العربية للعلوم الامنية . الرياض . ٢٠٠٣.

٢. د. آدم أبو القاسم أحمد إسحاق . الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية . دار شتات للنشر والبرمجيات . القاهرة . ٢٠١٤.
٣. د. أنور أحمد رسلان . وسيط القضاء الإداري . دار النهضة العربية . القاهرة . ٢٠٠٠.
٤. د. حسين عثمان محمد عثمان . قانون القضاء الإداري . منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت . ٢٠١٠.
٥. د. رافع خضر صالح شبر . النظرية العامة للقانون الدستوري . المكتب الاستشاري . بابل . ٢٠٠٦.
٦. د. سامي جمال الدين . الرقابة على أعمال الإدارة . الإسكندرية . دار المعارف . ١٩٩٢.
٧. د. سعاد الشرقاوي . دروس في دعوى الإلغاء . القاهرة دار النهضة العربية . ١٩٨٠.
٨. د. سليمان محمد الطماوي . النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة . ط ٦ . القاهرة . مطبعة جامعة عين شمس . ١٩٩١.
٩. د. سليمان محمد الطماوي . نظرية التعسف في استعمال السلطة . ط ٣ . مطبعة عين شمس . القاهرة . ١٩٧٨.
١٠. د. عبد الغني بسيوني عبد الله . القانون الإداري . منشأة المعارف . الإسكندرية . ٢٠٠٥.
١١. د. عبد الفتاح السائر داير . نظرية أعمال السيادة . أطروحة دكتوراه . كلية الحقوق . جامعة القاهرة . ١٩٧٥.
١٢. د. عبد القادر باينة . القضاء الإداري . ط ١ . دار توبقال للنشر . الرباط . ١٩٨٨.
١٣. د. علي محمد بدير ود . عصام عبد الوهاب البرزنجي ود . مهدي ياسين السلامي . مبادئ وأحكام القانون الإداري . المكتبة القانونية . بغداد . ٢٠٠٨.
١٤. د. غازي فيصل مهدي ود . عدنان عاجل عبيد . القضاء الإداري . ط ٢ . مؤسسة النبراس للطباعة والنشر . النجف الأشرف . ٢٠١٣.
١٥. د. فوزت فرحات . القانون الإداري العام . ج ١ . ط ٢ . منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت . ٢٠١٢.
١٦. د. مازن ليلو راضي . القضاء الإداري . مطبعة جامعة دهوك . دهوك . ٢٠١٠.
١٧. د. ماهر صالح علاوي الجبوري . الوسيط في القانون الإداري . لا يوجد اسم مطبعة . ٢٠٠٩.
١٨. د. محمد الصغير بعلي . الوجيز في المنازعات الإدارية . دار العلوم للنشر والتوزيع . عنابة . ٢٠٠٥.
١٩. د. محمد الصغير بعلي . الوسيط في المنازعات الإدارية . دار العلوم للنشر والتوزيع . عنابة . ٢٠٠٩.

٢٠. د. محمد رفعت عبد الوهاب . القضاء الإداري . الكتاب الأول . ط ١ . منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت . ٢٠٠٥ .
٢١. د. محمد علي جواد ود. نجيب خلف أحمد . القضاء الإداري . مكتب الغفران . بغداد . ٢٠١٠ .
٢٢. د. محمد محمد عبد اللطيف . القضاء الإداري . الكتاب الأول . دار النهضة العربية . القاهرة . ٢٠٠٢ .
٢٣. د. محمود حافظ . القضاء الإداري . ط ٧ . دار النهضة العربية . القاهرة . ١٩٩٣ .
- ثانياً: الكتب الأجنبية:

1. Georges Vedel – Droit administratif – thémis – P.U.F. 6e édition – 1976.

ثالثاً: الرسائل والأطاريح الجامعية:

١. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي . السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية . أطروحة دكتوراه . جامعة عين شمس . ١٩٧١ .

رابعاً: البحوث

١. د. سامي جمال الدين . القرارات الإدارية والسلطة التقديرية (دراسة مقارنة بين دولة الامارات ومصر وفرنسا) . مجلة الشريعة والقانون . جامعة الإمارات - ع ٣ (١٩٨٩) .
- خامساً: الدساتير

١. دستور الجمهورية الفرنسية لسنة (١٩٥٨) المعدل .
٢. دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) .
٣. دستور جمهورية مصر العربية لسنة (٢٠١٢) المعدل .
- سادساً: القوانين والأنظمة والقرارات القضائية
١. قانون السلطة القضائية رقم (٢٦) لسنة (١٩٦٣) .
٢. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) .
٣. قانون تنفيذ مشاريع الري رقم (١٣٨) لسنة (١٩٧١) .
٤. قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة (١٩٧٩) .

٥. قرار مجلس قيادة الثورة (المنحلّ) منع المحاكم من النظر في دعاوى تقييم الشهادات والدرجات العلمية رقم (٥٧٥) لسنة (١٩٨٥).
٦. قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٠٦) لسنة (١٩٨٩).
٧. قرار مجلس قيادة الثورة (المنحلّ) منع المحاكم من النظر بالدعاوى على شركة الكهرباء والشركات العامة التابعة لها للمطالبة بالأضرار الناجمة عن قطع التيار الكهربائي رقم (٣٢) لسنة (٢٠٠٢).
٨. قانون السلامة الوطنية العراقي رقم (١) لسنة (٢٠٠٤).