

جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة النهرين
كلية الحقوق

اثر عيب الشكل والاجراءات على سلامة القرار الاداري

رسالة تقدمت بها

آلاء سعد أحمد

الى مجلس كلية الحقوق بجامعة النهرين وهي جزء
من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون العام

((دراسة مقارنة))

بإشراف
استاذ القانون المساعد
الدكتور حيدر طالب الامارة

REPUBLIC OF IRAQ
MINISTRY OF Higher education
and scientific research

Effect of defect shape and measures for the safety of the
administrative decision

*Introduction to the council of the faculty of law at the
university of AL-Nahrain which is part of the
requirements of masters degree in public law*

By

Alaa Saad Ahmed

Super vision

Assistant Professor of law

Dr. Hayder taleb AL-Amara

1433

2012

Introduction

The administrative authority has practice of it actives in different aspects of physical acts and other legal.

Physical acts are just facts issued by the administration without (accompanied) intended to produce legal effects.

And the intent of the legal acts is towards the will of the administration to mad certain legal effects considered inessential effective in the legal live of individuals.

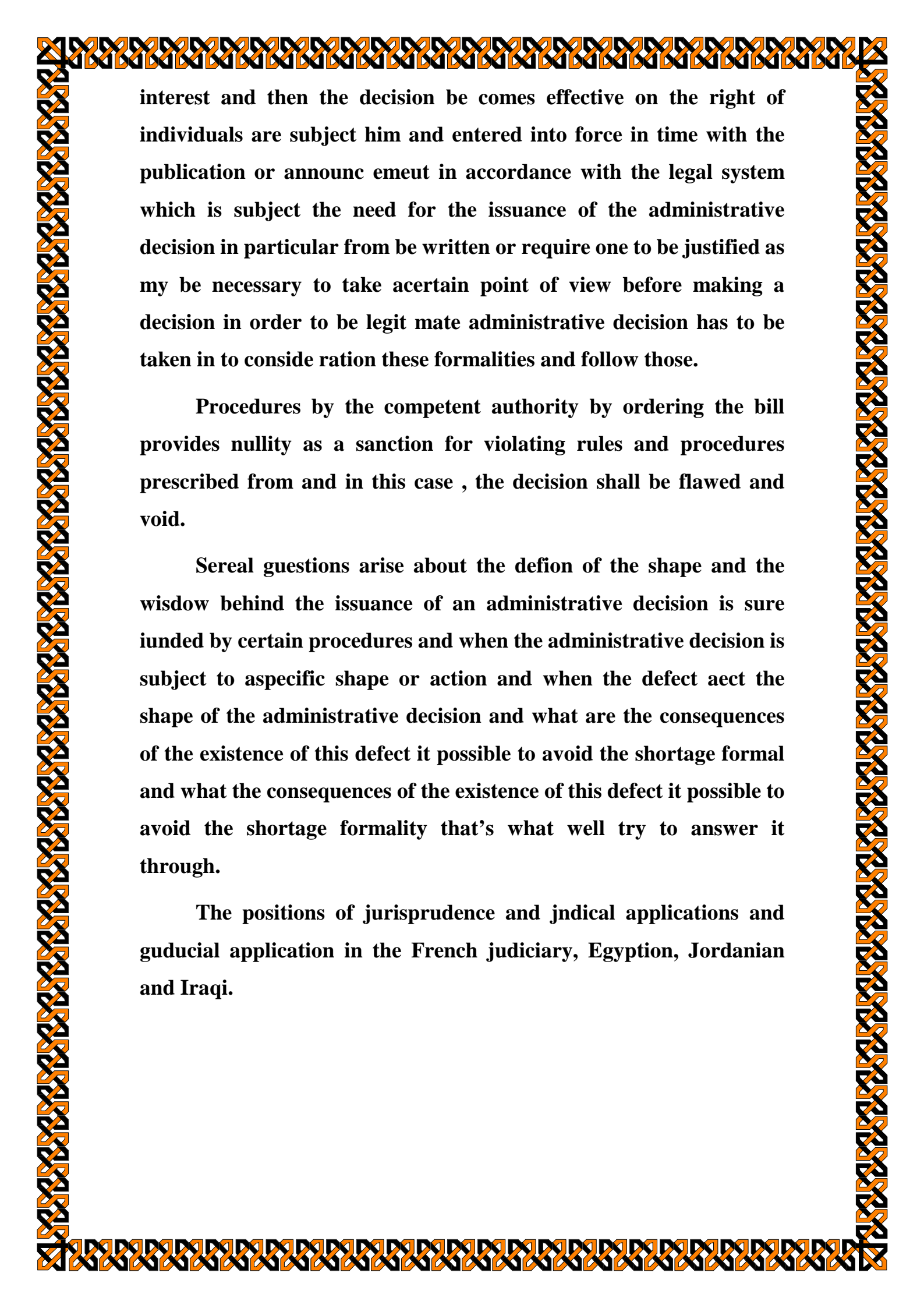
Which means that the administration resorting to function normally to one of two main methods

Either have to resort to work at her individual will.

-determianed by the law in order to be able to exercise their serious responsibilities to words the public interest without work depends on pleasing individuals . and this is the style of the administrtives decision and either to resort to joint work by the will with wills other cooperate together in joint action in order to achivev public interest also .

This is the style of contract administrative and the administrative decision is in it self the represent most important managements privileges.

Thought which exereised all its activies and in a manner resulting rights and impose obligation solely available ingredients and administrative decision its issuance for the individual will to the national outhority with a view to producing certain legal effects and integrated healty conditions legitimacy of reason upou which the place to which it relates and its issuance by a competent an thority in the shape and leagally established procedures and within very public



interest and then the decision becomes effective on the right of individuals are subject to him and entered into force in time with the publication or announcement in accordance with the legal system which is subject to the need for the issuance of the administrative decision in particular from being written or require one to be justified as may be necessary to take a certain point of view before making a decision in order to be legitimate administrative decision has to be taken in to consider ration these formalities and follow those.

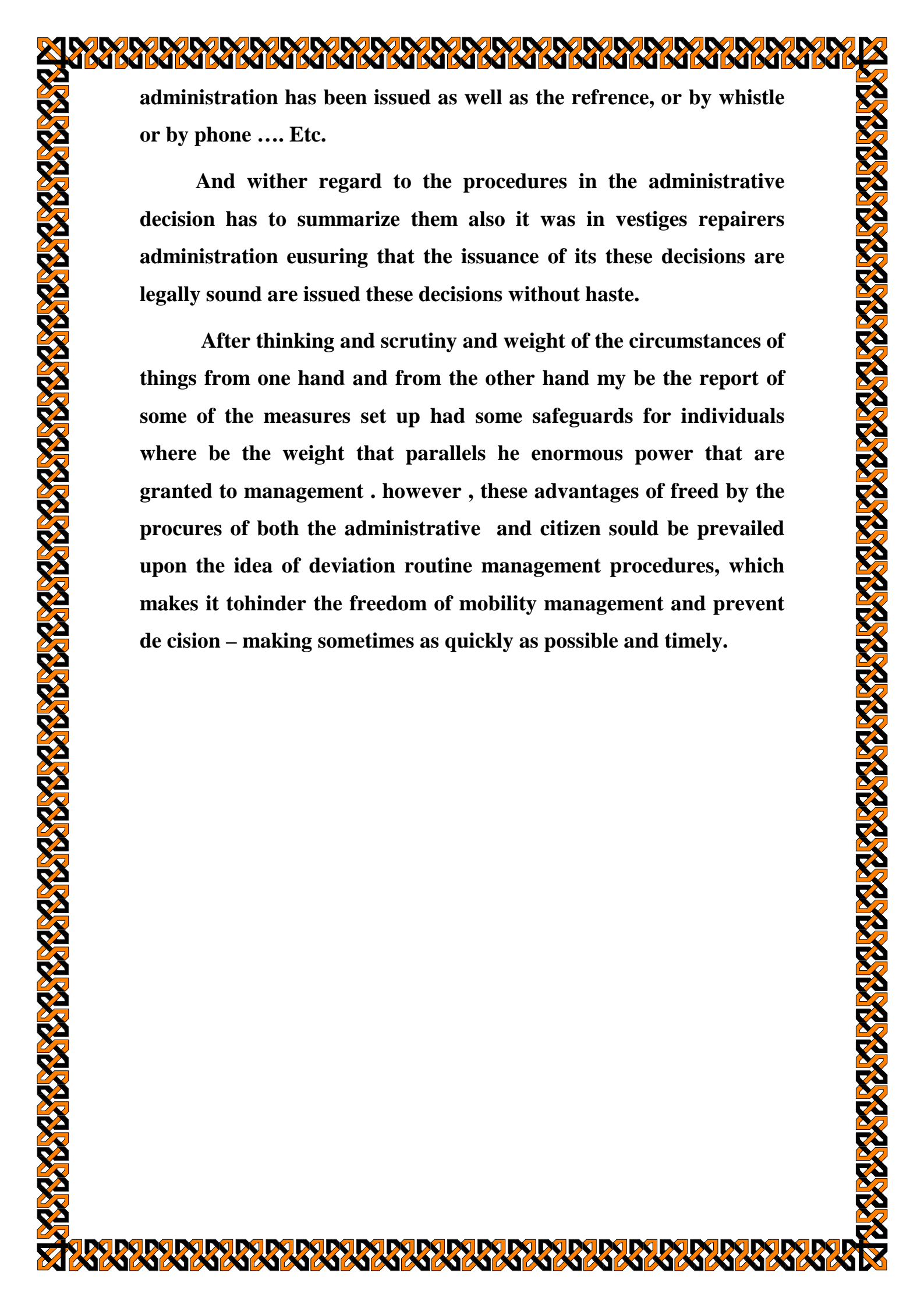
Procedures by the competent authority by ordering the bill provides nullity as a sanction for violating rules and procedures prescribed from and in this case , the decision shall be flawed and void.

Several questions arise about the definition of the shape and the wisdom behind the issuance of an administrative decision is surrounded by certain procedures and when the administrative decision is subject to a specific shape or action and when the defect affects the shape of the administrative decision and what are the consequences of the existence of this defect it possible to avoid the shortage formal and what the consequences of the existence of this defect it possible to avoid the shortage formality that's what we will try to answer it through.

The positions of jurisprudence and judicial applications and judicial application in the French judiciary, Egyptian, Jordanian and Iraqi.

Through our study of the subject , we can say that the power of the states of an ditch hardness is not the exteut of the success of its arsenal, but in the power of their will and good again st third parties without their conset, but all this must be done without leaving the system prescribed by law , and the non – use of these (privileges of public power) inorder to acheve the goals of an illrgl, and even be a cures for insividuals decision of individual and arbitrary tool in the hands of the administration to confrount others have shown us the importance of shpe rulers and procesures in the administrative decision is in the interests of individual and the interests of the administrative both were required to achieve the interest of the administration and ensuraing that the issuance of its decision are legally sound are issued these decision without haste and after the weight of the circumstances and consitions of thr ead in our study of the different conductions of the from in the administrative decision shows us that from in the administrative decision only what is or formula that it to say its will with the in tent to cause legal effect but the regions administrative decision and that was an expression of the will with the intent to cause certain legal effect built does not reauire that to be certain this form of expression of particular from but the decision her produce whenever disclosed the administration or its will – binding in tent cause legal effect given and this also mens that It is not the decision of the administrative particular from. Which must be that it is made as long as has been issued pursuant to the law and an expression .

And an expression of the sill of the competent administrative user based the administrative decision my be issued in writing of oral, or my be implied where in ferred presence of the conduct of the



administration has been issued as well as the reference, or by whistle or by phone Etc.

And wither regard to the procedures in the administrative decision has to summarize them also it was in vestiges repairers administration eusuring that the issuance of its these decisions are legally sound are issued these decisions without haste.

After thinking and scrutiny and weight of the circumstances of things from one hand and from the other hand my be the report of some of the measures set up had some safeguards for individuals where be the weight that parallels he enormous power that are granted to management . however , these advantages of freed by the procures of both the administrative and citizen sould be prevailed upon the idea of deviation routine management procedures, which makes it tohinder the freedom of mobility management and prevent de cision – making sometimes as quickly as possible and timely.

الاهداء

الى من كلل العرق جبينه ... وشققت الايام يديه ...
الى كل من علمني ان الاعمال الكبيرة لا تتم الا بالصبر والعزيمة والاصرار الى والدي...
أطال الله بقاءه وألبسه ثوب الصحة والعافية ..
ومتعني ببره ورد جميله اهدي ثمرة من ثمار غرسه.

إلى من نذرت عمرها في اداء رسالة
صنعتها من اوراق الصبر
وطرقتها في ظلام الدهر
على سراج الامل
بلا فتور او كلل
رسالة تعلم معنى العطاء والوفاء
جزاك الله خيراً .. وأمد في عمرك بالصالحات
فأنت زهرة الحياة ونورها ((أمي))

الى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة
الى رياحين حياتي ((أخوتي))

الى من سار معي نحو العلم خطوة بخطوة
بذرناه معاً ... وحصدناه معاً...
وسنبقى معاً... بكل الحب ... بأذن الله
إلى رفيق دربي ((زوجي))

الى من اضاء بعلمه عقل غيره ...
أو هدى بالجواب الصحيح حيره سائليه ..
فأظهر بسماحته تواضع العلماء ...

وبرحابته سماحة العارفين استاذي الفاضل ((أ.م.د حيدر طالب الامارة))

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قُلْ كُلُّ يَعْمَلُ عَلَى شَاكِلَتِهِ فَرُبُّكُمْ
أَعْلَمُ بِمَنْ هُوَ أَهْدَى سَبِيلًا

"صدق الله العظيم"

(الاسراء ٨٤)

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع (اثر عيب الشكل والاجراءات على سلامة القرار الاداري) نستطيع ان نقول ان قوة الدولة وصلابتها لا تكمن في مدى قوة ونجاعه ترسانتها الحربية فحسب بل في قوة ادارتها العامة وحسن مواجهة الغير وهذا دون الحصول على موافقتهم لكن كل هذا يجب ان يتم دون الخروج عن نظم يحددها القانون وعدم استعمال هذه الامتيازات (امتيازات السلطة العامة) من اجل تحقيق اهداف غير مشروعة وحتى لا يكون القرار نقمة على الافراد واداة تعسفية في يد الادارة لمواجهة الغير بها. وقد تبين لنا اهمية قواعد الشكل والاجراء في القرار الاداري فهي تحقق مصلحة الافراد ومصلحة الادارة على حد سواء فقد يتطلبها لتحقيق مصلحة الادارة وذلك بضمان صدور قراراتها بصورة سليمة من الناحية القانونية فتصدر هذه القرارات بدون تسرع وبعد وزن ملاسبات الموضوع وظروفه، وفي دراستنا للاوضاع المختلفة للشكل في القرار الاداري تبين لنا بان الشكل في القرار الاداري ما هو الا الصورة او الصيغة التي يتم بها افصاح الادارة عن ارادتها بقصد احداث اثر قانوني.

غير ان القرار الاداري وان كان تعبيراً عن الارادة بقصد احداث اثر قانوني معين الا انه لا يشترط ان يكون هذا التعبير في صيغة معينة او في شكل معين بل ان القرار يوجد وينتج اثره كلما افصحت الادارة عن ارادتها الملزمة بقصد احداث اثر قانوني معين وهذا ما يعني ايضاً بانه ليس للقرار الاداري شكل معين يجب ان يصدر فيه ما دام قد صدر تنفيذاً للقانون وتعبيراً عن ارادة العضو الاداري المختص واستناداً لذلك فالقرار الاداري قد يصدر كتابة او شفاهاً او قد يكون ضمناً حيث يستدل على وجوده من مسلك الادارة وقد يصدر كذلك بالاشارة او بالصفارة او بالتلفون ... الخ.

وبخصوص الاجراءات في القرار الاداري فقد خلصنا بشأنها ايضاً إلى انها تحقق مصلحة الادارة وذلك بضمان صدور قراراتها بصورة سليمة من الناحية القانونية فتصدر هذه القرارات بدون تسرع وبعد تروي وتمحيص ووزن ملاسبات الامور وظروفها هذا من ناحية ومن ناحية أخرى قد يكون في تقرير بعض الاجراءات اقامة بعض الضمانات للافراد حيث تكون بمثابة الثقل الذي يوازي السلطات الضخمة الممنوحة للادارة غير ان هذه المزايا التي توفرها الاجراءات لكل من الادارة والمواطن يجب ان لا تطغي عليها فكرة انحراف الادارة بالاجراءات الروتينية حيث يؤدي

ذلك الى اعاقه حرية الادارة في الحركة ومنعها احياناً من اتخاذ القرار بالسرعة الممكنة وبالوقت الملائم .

وبخصوص هذه الاجراءات الادارية اوضحنا بانها يمكن ان تقسم بصورة عامة الى قسمين رئيسيين هما الاجراءات التي تسبق اصدار القرار الاداري والاجراءات التي تلي صور هذا القرار وبخصوص التقسيم الاول وهو الذي يهمننا في هذه الدراسة فقد اوضحنا اشكال او اوضاع هذه الاجراءات وبينا بانها تتركز حول نشر القرار الاداري واعلانه او تبليغه او الاستشارة التي تظهر في ثلاث صور وهي اختيارية واستشارات الزامية واستشارات تقيد الادارة، وايضاً الاجراءات التمهيديّة والمدد وقواعد الشكل والاجراءات بالنسبة للجان واخيراً ضمانات التأديب الاجرائية.

وقد انتقدنا موقف المشرع العراقي من مسائل ابداء الرأي والاستشارة حيث ان بعض النصوص القانونية لا توضح بصورة دقيقة فيما اذا كان الرأي المطلوب اخذه ملزماً للادارة او انه مجرد رأي استشاري لا تلزم الادارة للاخذ به بل يكون لها حق طلبه للاستئناس به والاستفادة منه. وبخصوص التمييز بين الشكليات والاجراءات الجوهرية او الاساسية والشكليات والاجراءات غير الجوهرية او القانونية اوضحنا بان القضاء الاداري قد عمل على عدم الحكم بالغاء القرار الاداري لمجرد احتوائه على اي عيب شكلي او اجرائي مهما كانت اهميته حيث ان ذلك قد يدفع الادارة الى الاعتداد بالشكل او الاجراءات الى درجة كبيرة كي تتفادى الغاء قراراتها الادارية وهو ما يؤدي الى عرقلة العمل الاداري وتعقيده واستناداً لذلك فقد رسم القضاء الاداري لنفسه طريقاً وسطاً حيث اوجب التفرقة بين ما اذا كانت المخالفة تنصب على الشكليات والاجراءات الجوهرية او الاساسية التي تمس مصالح الافراد وبين مخالفة الشكليات والاجراءات غير الجوهرية او الثانوية والتي لا يترتب على مخالفتها او اهمالها تأثير على مصالح الافراد حيث دعا الى بطلان القرار الاداري في الحالة الاولى دون الحالة الثانية.

وبخصوص تغطية عيوب الشكل والاجراءات في القرار الاداري فقد خلصنا بشأنها الى انه لا يجوز للادارة تصحيح او تغطية هذه العيوب باثر رجعي ذلك ان القرار الذي خولفت او اهملت شكلياته او اجراءاته هو قرار معيب ولا بد لتصحيحه او لتغطية عيبه من اصدار قرار جديد محله مستوف لكافة شكلياته واجراءاته وذلك لان اجازة التصحيح او التغطية تتضمن رجعية القرارات الادارية وهو غير جائز اصلاً في القانون الاداري فالفقه الاداري مثلاً يذهب الى ان القاعدة العامة في هذا او تغطية عيب الشكل او الاجراء في القرار الاداري باثر رجعي لانه كان من المفروض

بالادارة اولاً أن تلتزم بالشكليات والاجراءات التي تتطلبها ذلك ان السماح للادارة بالخروج على قواعد الشكل والاجراءات عن طريق تصحيحها او تغطيتها فيما بعد يتنافى مع الحكمة التي من اجلها قررت هذه الشكليات والاجراءات.

الا انه وان كان القضاء الاداري لا يجيز وكقاعدة عامة تغطية العيوب الشكلية والاجرائية التي تصيب القرار الاداري بعد صدوره الا انه اجاز ذلك استثناءً من القواعد العامة كما اجاز اجراء مثل هذا التصحيح او التغطية اذا قبل صاحب الشأن التجاوز عنه واستثناءً ايضاً من القواعد العامة بهذا الخصوص .

وخلصنا بشأن هذه التغطية الى دعم الرأي الذي يذهب الى القول بان الاتمام اللاحق للشكليات والاجراءات الجوهرية لا يعد سبباً يغطي عيب الشكل والاجراءات لان المفروض ان هذه الشكليات والاجراءات وهي تمثل ضمانات هامة للأفراد والمصلحة العامة تتم قبل اصدار الادارة لقرارها ليتحقق بذلك الغرض من تقريرها وكونها ضمانات ضد اتخاذ القرارات بتسرع وبغير وزن الملايسات والامور .

وفيما يلي اهم النتائج والمقترحات التي تم التوصل اليها .

النتائج

أولاً:- ان القضاء العراقي يعتبر مخالفة القرار الاداري للحكم القضائي الحائز على حجية الشيء المقضي به بمثابة مخالفة للقانون وهذا موقف سليم من جانب محكمة القضاء الاداري.

ثانياً:- يعد الانحراف في استعمال الاجراء في العراق اكثر صور الانحراف بالسلطة شيوعاً في قرارات القضاء الاداري وهذه الصورة من صور الانحراف تمتاز بسهولة تحديدها اذا ما قورنت بصور الانحراف بالسلطة الاخرى رغم ان قرارات القضاء العراقي المتعلقة بالانحراف تشير الى عيب مخالفة القانون في تكييف هذه الصورة كما تمتاز هذه الصورة ايضاً بانها اسهل اثباتاً من صور عيب الانحراف بالسلطة الاخرى.

ثالثاً:- يتضح من احكام مجلس الانضباط العام ان القاضي الاداري في العراق لم يأخذ بنظرية الغلط البين في تقدير الادارة الا في مجال ملائمة القرارات التأديبية والتي بمقتضاها استوجب تناسب الذنب المرتكب من قبل الموظف مع الجزاء الاداري الذي تفرضه الادارة وخلوه من الغلو في تقدير اهمية الوقائع من ناحية وفي تحديد الجزاء الذي تفرضه الادارة من ناحية اخرى.

رابعاً:- في العراق لم ينص قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ صراحة على عيب السبب وانما جرى تفسير النص الوارد في الفقرة (هـ/ ثانياً) من المادة (٧) (الخطأ في تطبيق القوانين والانظمة او في تفسيرها) على انها عيب السبب.

خامساً:- لقد نصت المادة (١/هـ/٢/٧) من قانون مجلس شوري الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل على انه (يعتبر من اسباب الطعن بوجه خاص ما يأتي ١) ان يتضمن الامر او القرار خرقاً او مخالفة للقانون او الانظمة او التعليمات) ان

القضاء العراقي فيما يخص الزام الادارة بالافصاح عن سبب قراراتها الادارية
وتقديم الوثائق والمستندات الخاصة بالدعوى

مما يلاحظ على النص انه تضمن عبارتي الخرق والمخالفة مع العلم ان لهما
نفس المعنى فكلاهما يؤدي الى الخروج على القانون ويبدو ان المشرع اراد من تكرار
العبارات تأكيد العيوب وبيان اهميتها .

كما يلاحظ على هذا النص انه بدأ بتعداد حصاد المشروعات والتي تكون مخالفة
القرار الاداري لها مخالفة للقانون فأشار النص الى ((... القانون او الانظمة او
التعليمات ولكن مصادر المشروعات غير محصورة بذلك بل هناك الدستور وغيرها من
المصادر.

سادساً:- ان مجلس الانضباط العام الظاهر من قراراته ان لا يفرق بين الشكل
والاجراءات ويعد النقص في اي منهما عيباً في شكلية القرار.

سابعاً:- في العراق اجازت الشروط العامة للمقاولات الهندسة المدنية استعمال القرارات
الادارية الشفوية حيث منعت هذه الشروط العامة المقاول القيام بأية تغييرات
بدون أمر تحريري من المقاول غير انه اذا وجد هذا المهندس لاي سبب كان
بان من المرغوب فيه اصدار مثل هذه القرارات بصورة شفوية فعلى المقاول
الامتثال لذلك الامر الشفوي سواء قبل الامر او بعده يعتبر بمثابة امر تحريري
وكذلك اذا ايد المقاول تحريراً اي امر شفوي صادر عن المهندس ولم يعترض
هذا الاخير تحريراً على ذلك التأييد خلال ١٤ يوماً فيجب في هذه الحالة ان
يعتبر ذلك الامر بمثابة امر تحريري صادر عن المهندس .

ثامناً:- اما ما يتعلق برضا صاحب الشأن فانه لا يؤثر في مشروعية القرار الاداري
الذي يترتب على تحقيقه الغاء القرار الاداري اذ انه ليس بالشرط الجوهري
الذي يترتب على تخلفه عدم مشروعية القرار الاداري كما توهم البعض.

تاسعاً:- سلطة القاضي في الغاء القرار الاداري لاصابته بعيب من عيوبه الموضوعية تكون اوسع من سلطته في الغاء القرار الاداري المعيب بعيب من العيوب الشكلية لان سلطته هنا هي سلطة تقديرية تتعلق بالعيوب التي تصيب جوهر القرار الاداري ومضمونه والسلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي الاداري اتجاه عيوب القرار الاداري الموضوعية تكون خاضعة في مجملها لرقابة المحاكم العليا.

الحادي عشر:- يشترط في التحقيق ان يكون تحريرياً فالكتابة شرط جوهري لا يمكن اغفاله في تحقيق هذه اللجان بموجب نص المادة (١٠) من قانون انضباط موظفي الدولة المرقم (١٤ لسنة ١٩٩١) ويحمد المشرع العراقي لتداركه هذا النقص الذي اعترى القانون الملغى المرقم (٦٩ لسنة ١٩٣٦) المادة (١٩) منه كما ان للكتابة فوائدة منها انها تحفظ الاجراءات التحقيقية وما تتوصل اليه اللجنة من الضياع والنسيان كما انها تمثل سنداً مهماً لاثبات شرعية عمل اللجنة اذا ما طعنت بهذه الشرعية.

الثاني عشر:- ان سلطة القاضي الاداري لم تعد تقليدية في مجال الغاء القرارات الادارية بسبب عيوبها الشكلية او الموضوعية وانما اتسعت تلك السلطة لتشمل تغطية وتجاوز تلك العيوب الشكلية منها والموضوعية وذلك بعد ان كانت القاعدة العامة تقضي بان القرار المشوب بعيب من العيوب الشكلية او الموضوعية يعتبر قراراً حقيقياً بالالغاء لا يمكن تصحيحه او تغطية عيوبه باصدار قرار جديد محله من قبل الادارة مستوفي لكافة شروطه واركانه.

المقترحات

أولاً:- تطبيق الاجراءات العقابية المتمثلة اساساً في محاسبة رجل الادارة لردعه بصورة دامغة كما يجب اعتبار الانحراف في استعمال السلطة خطأ تأديبياً يعاقب الموظف على ارتكابه حتى ولو وقع في صورة مخالفة قاعدة تخصيص الاهداف.

ثانياً:- نوصي المشرع ان يمكن الموظف في حق الاطلاع على ملف الدعوى التأديبية من خلال النص على هذه الضمانة في القانون لان هذا الاجراء لا يضر بالادارة في شيء ولا يخشى منه تعطيل الاجراءات التأديبية الصادرة بحق الموظف.

ثالثاً: الاقتراح على القضاء العراقي التميز بين الاشكال الجوهرية والاشكال الثانوية وترتيب البطلان على مخالفة الاولى دون الثانية.

رابعاً : جعل عيب الشكل من النظام العام اسوة بعيب الاختصاص طالما ان الشكل جوهرى ويهدف الى تحقيق الصالح العام او حماية حقوق وحرريات المواطنين .

خامساً: نقترح على المشرع الاخذ بقاعدة الاستماع الى ذوي الشأن قبل اصدار قرار اداري يمس حقوقهم وذلك من اجل ضمان اصدار قرارات موافقة للقانون .


سادساً: عدم الاعتداد بالتصحيح اللاحق لعيب الشكل لانه يشكل خرقاً لقاعدة عدم رجعية القرارات الادارية اضافة الى انه يحفز الادارة على الاستعجال وعدم التروي في اصدارها .

الخاتمة




الفصل الاول

مفهوم القرار الاداري



الفصل الثاني

التعريف بركن الشكل والاجراءات في القرار الاداري



الفصل الثالث

انواع الشكليات



الفصل الرابع

موقف الفقه والقضاء من ركن الشكل والاجراءات

المصادر

الشكر والتقدير

الحمد لله الذي خلق فأحسن الخلق ... المعطي الذي لا منة في عطائه والمنعم الذي لا حد لنعمة ... الحمد لله الذي يرزق النملة العمياء بين صخور صماء ... الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة والسلام على من خصه الله بالنبوة ... النبي محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين ...

وبعد...

وانا اضع اللمسات الاخيرة على رسالتي المتواضعة هذه فان واجب العرفان يشدني الى ان اتقدم بجزيل الشكر وكبير الامتنان الى كل من تكرم بمساعدتي في اعدادها وبالاخص استاذي الفاضل الدكتور ((حيدر طالب الامارة)) .

كما اتقدم بالشكر الجزيل الى من كلله الله بالهيبة والوقار ... الى من علمني العطاء بدون انتظار ... الى رمز الابوة ... ستبقى كلماتك نجوماً اهتدي بها اليوم وفي الغد والى الابد ... استاذي الفاضل ((عماد عبد مري))

كما اتقدم بخالص الشكر والعرفان بالجميل والاحترام الى من علمني ان للنجاح قيمة ومعنى ، لمن غمرني بالفضل واختصني بالنصح الاستاذ الفاضل والاب الحنون ((علي هاشم كاطع))

كما اتقدم بالشكر الجزيل الى كل من زرعوا التفاؤل في دربي وقدموا لي المساعدات والتسهيلات والافكار والمعلومات ربما دون ان يشعروا بدورهم بذلك فلهم مني كل الشكر والتقدير واخص منهم رمز الحنان (باسمة راشد عبد علي) والاستاذ الفاضل ((وسام سالم داود)) والاستاذ القدير ((علي ناصر علوان)).

كما اتقدم بالشكر الجزيل الى العاملين في مكتبة جامعة النهريين كلية الحقوق واخص بالذكر الاستاذ (عباس عبدالستار أمين) أمين المكتبة وذلك للجهود التي بذلوها من اجل توفير المصادر القانونية الماسة بالموضوع .

وفي الختام لا يفوتني ان اشكر الاخوة والاصدقاء والاحبة الذين ساندوني في مسيرتي ...

الباحثة

الاء سعد احمد علي

الفصل الاول

مفهوم القرار الاداري

يلعب القرار الاداري دوراً هاماً الى جانب العقد الاداري في تسيير نشاط الادارة في سعيها لتحقيق المصلحة العامة وحتى يؤدي هذا القرار دوره فمن المتعين ان يكون مستوفياً لاركانه التي بتوافرها يضمن له الاستمرار والحصانة ضد الالغاء القضائي او السحب والالغاء الاداري فينبغي ان يصدره مختص في الشكل الذي قد يتطلبه القانون وان يرد على محل قائم من الناحية الواقعية وجائز من الناحية القانونية كما يتعين ان يستند الى سبب واقعي او قانوني يبرره اضافة الى ضرورة ابتغائه تحقيق المصلحة العامة او الهدف الذي حدده المشرع لاصداره.

ونظراً لما تتمتع به القرارات الادارية من اهمية خاصة باعتبارها انجح وسائل الادارة في اداء مهامها فقد منحت الادارة الحق في تنفيذها تنفيذاً مباشراً دون حاجة للجوء للقضاء في حالة ما اذا امتنع الافراد عن تنفيذه والخضوع له طواعية وذلك خروجاً على الاصل العام الثابت في تعاملات الافراد من عدم جواز اقتضاء الخصم لحقه المتنازع عليه بنفسه.

وسنقسم هذا الفصل الى مبحثين نخصص المبحث الاول حول تعريف القرار الاداري وبيان خصائصه ونتناول في المبحث الثاني اركان القرار الاداري.

المبحث الاول

التعريف بالقرار الاداري

يعد القرار الاداري من اكثر الوسائل القانونية التي تستعين بها الادارة لتحقيق اغراضها وتكمن اهميته لاتصاله المباشر بالافراد وتعلقه باموالهم ومصالحهم بل وحيثياتهم في بعض الاحيان فضلاً عن كونه يعد الاسلوب الوحيد لمباشرة الادارة لبعض نشاطها وهو الامر الذي جعل موضوع القرارات الادارية من اهم موضوعات القانون الاداري على الاطلاق بل ان الرقابة على القرارات الادارية انما تعد المحور الاساس لاختصاص القضاء الاداري.

ويكتسب تعريف القرار الاداري او بيان ماهيته في النظم التي تأخذ بقضاء الالغاء سواء اخذت به في ظل نظام القضاء المزدوج او الموحد كما في فرنسا ومصر حيث لا يجوز القانون ان تقام دعوى الالغاء الا في مواجهة القرارات الادارية دون غيرها من التصرفات والاعمال القانونية وعليه تبدو المهمة الاساسية امام القاضي قبل ان يقضي باختصاصه بنظر الدعوى ان يتأكد من انها تتضمن طلب الغاء قرار اداري فعلاً^(١).

ويكتسب تعريف القرار الاداري اهمية اخرى حيث يمكن عن طريقه اجراء التفرقة بين القرارات الادارية من جهة وبين الاعمال الحكومية والاعمال التشريعية والاعمال القضائية من جهة اخرى وهي تفرقة ضرورية جداً من اجل تحديد نطاق الرقابة القضائية على الاعمال العامة حيث يقتصر نطاق هذه الرقابة على الاعمال الادارية فقط ولا تمتد الى غيرها من الاعمال العامة الاخرى ومن المعلوم ان ولاية المحاكم الادارية تشتمل في دولة القضاء المزدوج كفرنسا ومصر على ولاية الغاء القرارات الادارية المخالفة للقانون تماماً ونافذاً بالنسبة للكافة^(٢).

(١) انظر الدكتور عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الاداري الكويتي، دار النهضة العربية - لسنة ١٩٦٩ ص (٣٥٧).

(٢) ليث حسن علي ، بالتعريف بالقرار الاداري وبيان اركانه، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء السنة الثمانية والاربعون العدد الرابع لسنة ١٩٨٧ ، ص(١١٤).

المطلب الاول

تعريف القرار الاداري

ان المشرع العربي لم يتعرض لتعريف القرار الاداري شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي الذي اخذ عنه وهو ما دعا رجال الفقه والقضاء للتصدي لهذه المسألة وذلك بمحاولة وضع تعريف للقرار الاداري الا انهم لم يتفقوا على تعريف جامع مانع للقرار الاداري حيث تعددت التعاريف واختلفت وتنوعت وافرغت في محتويات مختلفة وانتقد بعضها وسلم البعض الاخر من الانتقاد وما علينا الا ان نتطرق الى بعض هذه التعاريف التي جاء بها الفقه والقضاء الفرنسي والمصري العراقي.

فالفقيه (هوريو) يعرف القرار الاداري بأنه (اعلان للارادة بقصد احداث اثر قانوني ازاء الافراد يصدر عن سلطة ادارية في صورة تنفيذية اي في صورة تؤدي الى التنفيذ المباشر^(١)).

وقد انتقد تعريف الفقيه هوريو هذا من قبل بعض الفقهاء وعلى اساس انه لا يشترط في القرار الاداري ان يتعدى اثره الى الافراد فقط بل ان القرار الاداري قد يتعدى ذلك يتصل بمجال الادارة وقيل ايضاً ان هوريو يدخل في تكوين القرار الاداري عنصراً غير اساسي لا يلزم توافره في كل القرارات الادارية وهو ان يصدر القرار في صورة تنفيذية حيث لا يشترط دائماً ان يكون القرار مما يجب تنفيذه جبراً على الافراد.

اما الاستاذ (فيدل) فيعرفه بأنه (تصرف قانوني صادر عن الارادة المنفردة للادارة بقصد تغيير الوضع القانوني القائم عن طريق فرض الالتزامات او منح الحقوق)^(٢).

اما الاستاذ (ستاسنيو بولص) فإنه يعرف القرار الاداري بأنه (اعلان عن الارادة يصدره عضو اداري يحدد فيه بالارادة المنفردة الحكم القانوني بشأن حالة فردية معينة)^(١).

(١) انظر الدكتور شاب توما منصور، القانون الاداري، الكتاب الثاني، الطبعة الاولى مطبعة جريدة العراق ١٩٨٠ ص (٣٩٥).

(٢) انظر خضر عكوبي يوسف، موقف القضاء العراقي من الرقابة على القرار الاداري رسالة ماجستير في القانون، بغداد، سنة ١٩٧٦.

غير اننا نستطيع ان نقول بشأن هذا التعريف بان القرار الاداري لا يقتصر على الاعلان عن الارادة بشأن حالة فردية معينة فقط بل انه يشمل ايضاً الاعلان عن الارادة بشأن انشاء حالة تنظيمية عامة متمثلة بالقرارات الادارية التنظيمية المتعددة التي تصدرها الادارة باراداتها المنفردة ايضاً كما في حالة القرارات التنظيمية التي تنظم قواعد المرور.

ومن الفقه العربي يعرف الدكتور (سليمان محمد الطماوي) (القرار الاداري بأنه (افصاح عن ارادة ملزمة بقصد احداث اثر قانوني وذلك اما باصدار قاعدة تنشئ او تعدل او تلغي حالة قانونية عامة او موضوعية حيث يكون العمل لائحة واما بانشاء حالة فردية او تعديلها او الغائها لمصلحة فرد او افراد معينين او ضدهم في حالة القرار الاداري الفردي كالتعيين او العزل او منح رخصة او الغائها))^(١).

اما الدكتور (محمد فؤاد مهنا) فإنه يعرف القرار الاداري بانه (عمل قانوني من جانب واحد يصدر بارادة احدى السلطات الادارية في الدولة ويحدث اثراً قانونية بانشاء وضع قانوني جديد او تعديل او الغاء وضع قانوني قائم)

اما الدكتور (ابراهيم عبد العزيز شيجا) فيعرف القرار الاداري بانه (عمل قانوني من جانب واحد يصدر بارادة احدى السلطات الادارية في الدولة ويحدث اثراً قانونية بانشاء وضع قانوني او تعديل او الغاء وضع قانوني قائم)^(٢).

وهناك من عرفة هو (تعبير عن ارادة منفردة ملزمة لسلطة ادارية وطنية تؤدي الى احداث اثر قانوني)^(٣).

ومن الفقه العراقي يعرف الدكتور (شباب توما منصور) القرار الاداري بأنه (افصاح الادارة عن ارادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والانظمة وذلك بقصد احداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث ابتغاء مصلحة عامة)^(٤).

(١) انظر الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية لسنة ١٩٧١ ص (٢١١).

(٢) انظر الدكتور سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة الطبعة الثالثة، مطبعة عين شمس، لسنة ١٩٧٨ ص(٢٨).

(٣) انظر الدكتور ابراهيم عبد العزيز شيجا، اصول القانون الاداري اللبناني الدار الجامعية للطباعة والنشر سنة ١٩٨١ ص(٢١٢).

(٤) الدكتور سمير يوسف البهي، قضاء الالغاء، الطبعة الاولى لسنة ٢٠٠٠، ص(٨٣).

اما الدكتور (عبد الله اسماعيل البستاني) فإنه يعرف القرار الاداري بأنه (القرار الذي يصدر عن الادارة للافصاح عن ارادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين والانظمة ويكون من شأنه انشاء او تعديل او انتهاء مركز قانوني معين)^(٢).

وقد عرفه الدكتور علي محمد بدير وعصام البرزنجي والدكتور مهدي السلامي بأنه (عمل قانوني صادر بالارادة المنفردة والملزمة لاحدى الجهات الادارية في الدولة لاحداث تغيير في الاوضاع القائمة بانشاء مركز قانوني جديد (عام او فردي) او تعديل لمركز قانوني قائم او الغاء له)^(٣).

وعرفه الدكتور (ماجد راغب الحلو) بأنه (أفصاح عن ارادة منفردة يصدر من سلطة ادارية ويرتب اثاراً قانونية)^(٤).

وعرفه السيد (حمدي ياسين عكاشه) بأنه (عمل قانوني يصدر عن الادارة بما لها من سلطة عامة فيحدث مركزاً قانونياً جديداً او يؤثر في مركز قانوني سابق)^(٥).

وقد استقر الفقه والقضاء في مصر على تعريف القرار الاداري بانه (أعلان الادارة عن ارادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد انشاء او تعديل احد المراكز القانونية يكون ممكناً وجانزاً قانوناً وكان الهدف منه تحقيق المصلحة العامة)^(٦).

مجمل القول اذن القرار الاداري ما هو الا تعبير عن الارادة المنفردة لسلطة ادارية بقصد احداث اثر قانوني معين ويستوي بعد ذلك ان يكون هذا القرار فردياً او تنظيمياً مكتوباً او شفهيّاً صريحاً او ضمناً ايجابياً او سلبياً.

فالقرارات الفردية هي التي يقتصر اثرها القانوني على فرد او افراد معينين بالذات كقرارات تعيين الموظفين او منح الاوسمة او منح رخص البناء.

(١) انظر خضر عكوبي يوسف موقف القضاء العراقي من الرقابة على القرار الاداري رسالة ماجستير الطبعة الاولى ، بغداد - ١٩٧٦ ، ص ٧٠.

(٢) انظر مجلة القضاء العدد الرابع سنة ١٩٨٧ (مصدر سابق).

(٣) الدكتور علي محمد بدير واخرون، مبادئ واحكام القانون الاداري، ط ب ، ص (٤١٤).

(٤) الدكتور ماجد راغب الحلو، القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٨٧ ص (٤٩٨).

(٥) الدكتور حمدي ياسين عكاشه، القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف بالاسكندرية سنة ١٩٨٧ ، ص (١٧).

(٦) انس جعفر، القرارات الادارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٥ ، ص (٤١).

اما القرارات التنظيمية او (اللوائح) هي قرارات تتضمن احكاماً عامة موضوعية وملزمة للجميع ومن امثلتها لوائح الضرورة تلك التي نص عليها الدستور المصري في المادة (١٤٧) منه بقوله (اذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الاسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية ان يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها اذا كان المجلس قائماً وتعرض في او اجتماع له في حالة الحل او وقف جلساته فاذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة الى اصدار قرار بذلك واذا اعترضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون الا اذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة او تسوية ما ترتب على اثارها بوجه آخر هذا وقد انتهى المجلس الى اعتبار مثل هذه اللوائح من قبيل القرارات الادارية.

اما المقصود بعبارة مكتوباً او شفهيّاً فنرى ان الاصل في القرار الاداري ان يكون مكتوباً ولكن يحدث في بعض الاحيان ان تصدر الادارة قرارها شفاهاً وحتى في هذه الحالة فإن مجلس الدولة يقبل الطعن بالالغاء ضد مثل هذا القرار وقد استقرت احكام القضاء الاداري على ذلك منذ وقت مبكر فلقد حدث في فرنسا ان استدعى العمدة (وهو رئيس المجلس البلدي) احد موظفي المجلس البلدي وابلغه انه قد فصل ولما وصل الامر الى مجلس الدولة الفرنسي سلم المجلس بأن ثمة قرار اداري صادر بالفصل على الرغم من عدم وجود الشكل الكتابي^(١).

اما المقصود بعبارة صريحاً او ضمناً فنرى ان الاصل ان يكون قرار الادارة صريحاً وعلى الرغم من ذلك قد تعتمد الادارة الى عدم اصدار قرار صريح حيث يستفاد من مسلكها وجود قرار ضمني مثل هذا القرار يعتبر قراراً ادارياً ويخضع بغير شك للرقابة القضائية لمجلس الدولة.

اما العبارة الاخيرة فنقول ان القرار الايجابي الذي يسميه الكثيرون بالقرار الصريح هو قرار صريح تصدره الادارة بالمنح او المنع بالاستجابة الى طلب المواطن او رفض طلبه فالادارة قد اتخذت حيال المواطن موقفاً ايجابياً ابدت فيها رأيها صراحةً.

اما القرار الاداري السلبي فخير مثال هو ما نصت عليه المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة المصري حيث اعتبرت في حكم القرارات الادارية رفض السلطات الادارية او امتناعها

(١) راجع في ذلك الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي، القضاء الاداري ومجلس الدولة، قضاء الالغاء، دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٩٩ ص (٧١٦).

عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح كما قضت المحكمة الادارية العليا بان القرار الاداري السلبي يتحقق عندما ترفض الجهة الادارية او تمتنع عن اتخاذ اجراء كان من الواجب عليها اتخاذه بحكم القانون ويتعين لقيام القرار السلبي ان يكون ثمة الزام على الجهة الادارية باتخاذ قرار معين فاذا لم يكن اصدار مثل هذا القرار واجباً عليها فإن امتناعها عن اصداره لا يشكل قراراً سلبياً مما يقبل الطعن عليه بالالغاء وتكون الدعوى جديرة بعدم القبول لانقضاء القرار الاداري^(١).

(١) هامش كتاب الدكتور رفعت رشوان، (رقابة القاضي الجنائي لمشروعية القرار الاداري) الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، لسنة ٢٠٠٥ ص(٢٥).

المطلب الثاني

خصائص القرار الاداري

لكي يعتبر العمل القانوني قراراً ادارياً يجب ان يتميز بصفات معينة والا فقد ذلك التصرف وصف القرار الاداري ويكون بمنجاة من الرقابة القضائية الموجهة على القرارات الادارية.

يظهر من التعريفات السابقة للقرار الاداري بأن لهذا القرار خصائص معينة يمكن ايجازها كما يلي :-

أولاً: ان يكون التصرف عملاً يعبر عن ارادة الإدارة المنفردة^(١)

يتميز القرار الاداري بانه تصرف ينطوي على تعبير عن ارادة الإدارة المنفردة بقصد ترتيب اثر قانوني فيما يميزه عن العقد الاداري كونه يصدر بالارادة المنفردة للإدارة ويعني العمل الانفرادي ان يصدر العمل الاداري بارادة السلطة الادارية وحدها صراحة او ضمناً ووفق الشكل والاجراءات التي تراها مناسبة مالم يلزمها المشرع بشكل او اجراء معين.

ولا يشترط في الارادة المنفردة ان يصدر العمل عن مسؤول فرد فقد تشترك اكثر من وزارة او سلطة ادارية في اصداره وقد يصدر عن لجنة او مجلس بموافقة الاغلبية المكونة لهما كمجلس الوزراء والمجلس البلدي ومجلس التنظيم الاعلى واللجنة المحلية للتنظيم والبناء وغيرها.

كما لا تتأثر ارادة الإدارة المنفردة في حالة ما اذا كان تنفيذ القرار الاداري معلقاً على موافقة المخاطبين بأحكامه كقرار تعيين موظف او منع رخصة بناء او مزاولة حرفة او مهنة وكذلك في الحالة التي يتطلب قبل صدوره تقديم طلب من صاحب الشأن كطلب الاستقالة او النقل او الندب او الاعارة للموظف العام لان ما يؤخذ بعين الاعتبار هي مساهمة المخاطب بالقرار في احداث الاثر القانوني.

(١) الدكتور عدنان عمرو، القضاء الاداري، قضاء الالغاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف الاسكندرية سنة

٢٠٠٤ ص (٣٥).

ولا تتأثر كذلك في حالة ما اذا كان القرار المطعون فيه يتعلق بعقد اداري ومن طائفة القرارات التي يمكن فصلها عن العملية التعاقدية وتستند للقانون كتلك التي تسبق العملية التعاقدية وتنفصل عنها

ثانياً :- ان يكون القرار صادراً عن سلطة ادارية وطنية:

ويعني صدور القرار الاداري من احدى سلطات الادارة المركزية والمتمثلة في مجلس الوزراء وفروع الادارة المركزية في العاصمة والمحافظات وسلطات الادارة اللامركزية والاقليمية منها والمصلحية^(١).

ان العمل القانوني لكي يكون قراراً ادارياً يجب ان يصدر من شخص من الاشخاص الادارية العامة ويقوم بالعمل ممثل الشخص المعنوي العام المختص في القيام بهذا العمل وعندما يتصرف ممثل الشخص المعنوي فإنه يقوم بالعمل بأسم الشخص المعنوي الذي يمثله ولحسابه ولا يغير من وصف العمل ان يكون ممثل الادارة فرداً واحداً او مجموعة افراد فالمهم انهم يتصرفون ويقومون بالعمل باسم شخص اداري عام وتحديد الجهة الادارية التي تكون احد عناصر القرار الاداري يتطلب تحديد المقصود بالادارة العامة فالادارة العامة جزء مهم من السلطة التنفيذية في الدولة ولها معينان.

الاول عضوي والادارة بهذا المعنى الاجهزة والمنظمات والدوائر المملوكة الدولة ويشمل ذلك الادارات المركزية واللامركزية والاشخاص الادارية والاقليمية والمرفقية.

والثاني مادي والادارة بهذا المعنى تعبير عن نشاط تقوم به الدوائر المنظمات والمنشآت العامة لاشباع حاجات عامة لجمهور المواطنين وحماية النظام العام وتنفيذ سياسة الدولة في مجال الخدمات والانتاج في الجانب الاقتصادي الا ان تحديد المشرع العراقي في القانون رقم (١٠٦ لسنة ١٩٨٩) قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة والجهات الادارية التي يكون الطعن في قراراتها داخلاً في اختصاص محكمة القضاء الاداري قد يثير اللبس فقد حدد المشرع القرارات الخاضعة للطعن امام المحكمة المذكورة والاوامر والقرارات الادارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام).

(١) الدكتور محمد أنس قاسم، الوسيط في القانون العام، القضاء الاداري، دار النهضة العربية لسنة ١٩٨٧ ص (٣٢٥).

ورغم ان هذا النص لا يشكل معياراً جامعاً مانعاً للقرار الاداري اذ انه لا يشمل سوى القرارات التي يكون اختصاص النظر في الطعون فيها لمحكمة القضاء الاداري في الوقت الذي توجد فيه قرارات ادارية اخرى لا يكون اختصاص النظر في الطعون فيها للمحكمة المذكورة وقرارات اخرى لا يجوز الطعن فيها اصلاً الا ان النصوص التي حددت اختصاص القضاء الاداري في فرنسا ومصر كان لها دور اساسي في تحديد القرار الاداري فقد حدد المشرع الفرنسي في المرسوم المرقم ١٧٠٨-٤٥ الصادر في ٣١ تموز ١٩٥٤ اختصاص مجلس الدولة الفرنسي بالحكم المطعون في اعمال السلطات الادارية المختلفة^(١).

وبهذا فإن المعيار المعول عليه في تحديد اعمال الهيئات العامة المختلفة وتمييزها من بعضها في القانون الوضعي في كل من فرنسا ومصر هو المعيار الشكلي^(٢).

وهذا المعيار الشكلي هو ذاته المعول عليه للتمييز بين اعمال الهيئات العامة المختلفة في العراق الا ان العبارات التي استخدمها المشرع (الوامر والقرارات الادارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام).

لا بد لنا من الاشارة الى ان المشرع العراقي دأب على استخدام عبارة دوائر الدولة والقطاع العام في كثير من التشريعات ولم يقصر هذا الاستخدام للدلالة على الادارة العامة فقط بأي معنى من معانيها.

ولا نرى ان المشرع قد اراد بعبارة القرارات الادارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر للدولة والقطاع العام الاخذ بمعيار موضوعي وعد جميع القرارات التي تصدر من دوائر الدولة التي تمارس الوظيفة التشريعية او الوظيفة القضائية والمتعلقة بعمل اداري قرارات ادارية.

وبناءً على ما تقدم فإن القرار الاداري هو العمل القانوني الصادر من جهة ادارية ولا يمكن عد اعمال السلطات العامة الاخرى (التشريعية والقضائية) قرارات ادارية طالما تعلقت بممارسة وظيفتها الاساسية ووفق الشكل والاجراءات المطلوبة لذلك.

(١) الدكتور ماهر صلاح علاوي، القرار الاداري، بدون سنة طبع، ص ٢٢.

(٢) انظر الدكتور محمود محمد حافظ، القرار الاداري، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٥ ص (٢٥) وما

بعدها.

ثالثاً:- ترتيب القرار لاثار قانونية معينة

يشترط القضاء الاداري الفرنسي في القرار المطعون فيه بالالغاء ان ينتج عنه بالضرورة ضرر لرفع دعوى الالغاء.

وحاول فقه القانون العام هناك ان يجلي ما يحيط بهذه العبارة من غموض وعدم وضوح فقال جانب منه ان هذه العبارة تعني ان القرار المطعون فيه يجب ان يكون عملاً ادارياً تم اتخاذه فعلاً بالارادة المنفردة والا يكون قد تم سحبه او الغاؤه اي ان يكون عملاً له قيمة قانونية حقيقية حالية.

ورأى جانب اخر من هذا الفقه ان تحقق هذا الشرط مرهون بتوافر عنصرين اساسيين يتمثل العنصر الاول منهما في وجوب تولد اثار قانونية من القرار والعنصر الثاني يوجب ان يكون من شأن القرار احداث ضرر بذاته.

وفي مصر يشترط في القرار الاداري الذي يقبل الطعن فيه بالالغاء ان يحدث بذاته اثاراً قانونية تؤثر في المركز القانوني للطاعن وذلك بانشاء مركز قانوني جديد او بتعديل او الغاء مركز قانوني قائم بالفعل ما دام ان هذا الاثر ممكناً وجائزاً قانوناً. وبذلك يخرج من نطاق دعوى الالغاء القرار الذي لا يولد اثاراً قانونية لعدم الحاقه اية اضرار او تضمنه اي مساس بالمركز القانوني للطاعن من ناحية او القرار الذي يولد اثاراً قانونية معينة ولكنها غير ممكنة وجائزة قانوناً من ناحية اخرى^(١).

وبناء على ما تقدم فإن الاعمال التي لا تمس الوضع القانوني بالتغيير ولا تترك اي اثر على المراكز القانونية لا تعد قرارات ادارية فمثل هذه الاعمال لا تتضمن اية اثار قانونية ومثالها الاعمال التحضيرية لقرار اداري (من مقترحات او دراسات او اراء) او التذكير به او التعليق عليه او الاعمال التي تتضمن ايضاحات من قبل الموظف دون ان يكون لها اثر قانوني معين ومن امثلة الاعمال التحضيرية تحويل طلب او اضبارة من موظف الى اخر او من دائرة الى دائرة اخرى فهذا لا يعد قراراً ادارياً ولكن رفض احالة الطلب يعد قراراً يتضمن اثاراً في نتيجة الطلب بالرفض وكذلك رفض عقد اجتماع للجنة مختصة في النظر في طلب ما^(٢).

(١) الدكتور عبد الغني بسيوني عبدالله، القانون الاداري دراسة تطبيقية لاسس ومبادئ القانون الاداري وتطبيقها في مصر، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة طبع ص(٤٧٠) وما بعدها.

(٢) الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، القانون الاداري، سنة ١٩٨٩م-١٤١٠هـ ص(١٤٧).

وبذلك يفترق القرار الاداري عن العمل المادي الذي لا تتجه فيه الادارة بارادتها الذاتية الى احداث اثار قانونية وان رتب القانون عليها اثاراً معينة لان مثل هذه الاثار وليدة الارادة المباشرة للمشرع وليست وليدة ارادة الادارة الذاتية.

ويفترق القرار الاداري عن المنشورات والتعليمات الداخلية التي يوجهها الرؤساء من الموظفين الى مرؤسيهم فيما يتعلق بأعمالهم والتي تودع في ملفات خدمتهم لانها ليست الا تنظيماً للعمل داخل المرفق العام دون ان يكون القصد منها احداث اثر قانوني.

المبحث الثاني

اركان القرار الاداري

الركن هو ما لا يقوم الشيء الا به الامر الذي يعني ان تخلف هذا الركن في شيء او في امر ما يجعل هذا الشيء او ذلك الامر في حكم العدم اي لا وجود له في الحقيقة او الواقع، فالبناء يقوم عادة على اربعة اركان اذا تخلف واحد منها لا يقوم هذا البناء ولا يصبح له من ثم وجوداً في الحقيقة والواقع.

للقرار الاداري اركان لا يقوم بدونها بحيث لو تخلف احدها وسم بعدم المشروعية الامر الذي يجعل منه قراراً باطلاً يتحتم على القضاء الغاؤه بناء على طلب صاحب الشأن متى استوفت دعوى الالغاء شروط قبولها^(١).

وقد اختلف كتاب وفقهاء القانون الاداري حول اركان القرار الاداري فبعض الكتاب حاول تحديد اركان القرار الاداري على ضوء تحديد اركان التصرفات القانونية في القانون الخاص فحصر هذه الاركان في (الارادة والمحل والسبب) ويضيف البعض الاخر الغاية الى الاركان وكذلك الاختصاص وان يكون الافصاح عن الارادة بالشكل الذي يتطلبه القانون^(٢).

ويذهب الدكتور محمود حلمي الى القول بان الركن هو ما يختل به البنيان اذا انهار او تخلف والقرار الاداري هو افصاح جهة الادارة عن ارادتها الملزمة بقصد احداث اثر قانوني^(٣) لذلك يرى ان اركان القرار اداري التي لا يقوم الا بها جهة ادارية يصدر منها القرار وافصاح عن ارادة ملزمة لهذه الجهة والاثر القانوني الذي يترتب على هذا الافصاح.

ويذهب قسم من الكتاب^(٤) الى تقسيم اركان القرار الاداري الى اركان شكلية واركنا مادية فالاركان الشكلية تقتضي صدور القرار من سلطة ادارية مختصة وان يصدر بالطريقة والكيفية التي قد يتطلبها القانون من جهة ثانية.

(١) الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، الطبعة الاولى، المركز القومي للاصدارات القانونية، سنة ٢٠٠٨ ص(٤٧).

(٢) الدكتور سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية - دراسة مقارنة ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة، سنة ١٩٧٦ ص (١٩٣) وما بعدها.

(٣) الدكتور محمود حلمي، القرار الاداري، دار الاتحاد العربي للطباعة، الطبعة الاولى، سنة ١٩٧٠.

(٤) الدكتور شاب توما منصور - المرجع السابق - ص ٢٩٦.

بالإضافة الى هذه الاركان الشكلية التي يجب توافرها في القرار الاداري هناك اركان مادية (موضوعية) يجب قيامها لوجود القرار الاداري وهذه الاركان تنحصر في السبب اي الباعث والمحل اي محتوى القرار والهدف او الغاية.

وعلى وفق الرأي في الفقه والقضاء فإن اركان القرار الاداري هي الاختصاص، السبب، الشكل، المحل، الغاية ويتطلب توفرها صحيحة في كل قرار اداري ويظهر من النصوص القانونية التي تناولت موضوع الرقابة على القرار الاداري ان رقابة القضاء تنصب على فحص تلك الاركان والتأكد من سلامتها للقول بمشروعية القرار من عدمه^(١) وبهذا المعنى جاء نص الفقرة (٧، ثانياً، هـ) من القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ الذي جاء فيه يعد من اسباب الطعن بوجه خاص ما يأتي :

- (١) أن يتضمن الامر او القرار خرقاً او مخالفة للقانون او الانظمة او التعليمات.
- (٢) ان يكون الامر او القرار قد صد خلافاً لقواعد الاختصاص او معيماً في شكله.
- (٣) ان يتضمن الامر او القرار خطأ في تطبيق القوانين او الانظمة او التعليمات او في تفسيرها او فيه اساءة او تعسف في استعمال السلطة.

اما المشرع المصري فإنه كان قد ذكر اسباب الطعن التي تنصب على شروط صحة القرار الاداري (اي اركانه) في قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة (١٩٧٢) على النحو الاتي (ويشترط في طلبات الغاء القرارات الادارية النهائية ان يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص او عيباً في الشكل او مخالفة القوانين او اللوائح او الخطأ في تطبيقها او تأويلها او اساءة استعمال السلطة، ومما يجدر الاشارة اليه ان محكمة التمييز في العراق اخذت بهذا التقسيم ايضاً^(٢)).

(١) ينظر د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، مصدر سابق ص (١٨١).

(٢) د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الاداري، سنة ٢٠٠٩ دار ابن الاثير للطباعة والنشر ص (٣١٤).

المطلب الاول

(ركن الاختصاص)

عرف الفقه الاختصاص تعريفات مختلفة فالفقيه فالين عرفه بانه (مجموعة صلاحيات الموظف وهو يتحدد بالقانون والمبادئ العامة).

وعرفه الفقيه لافيرر بانه (القدرة القانونية التي تعطي الموظف او السلطة العامة حق القيام بعمل قانوني معين).

أما بشأن عيب عدم الاختصاص فقد عرفه بونار بانه (عدم القدرة قانوناً على اتخاذ قرار معين وذلك لضرورة صدوره من عضو او هيئة أخرى).

أما الدكتور سليمان الطماوي فقد عرفه بانه (عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين لان المشرع جعله من اختصاص سلطة هيئة او فرد آخر).

يعرف الاختصاص ايضاً بانه ((القدرة على اتخاذ القرار وبعبارة اكثر دقة فأن الاختصاص الصلاحية القانونية المخولة للسلطة الادارية او للشخص المحدد في القانون لاصدار قرار معين للهيئة^(١)

أما عن علاقة عيب الاختصاص بالنظام العام

ان من المتفق عليه فقهاً وقضاء ان عيب عدم الاختصاص هو الوجه الوحيد من من اوجه الالغاء الذي يتعلق بالنظام العام^(٢) ويترتب على هذه العلاقة نتائج عديدة في غاية الاهمية واهمها ما يلي :-

١. للقاضي اذا تبين له صدور القرار من غير ذي اختصاص ان يتصدى للعيب من تلقاء نفسه ولو لم يثره رافع الدعوى.

(١) الدكتور عصام البرزنجي، القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، سنة ١٩٩٣ ص (١١٠) وما بعدها.

(٢) ماجد راغب الحلوي، القانون الاداري ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة ١٩٨٧ ، ص (٣٦٤).

٢. عدم استطاعة الجهة المختصة التنازل عن اختصاصها لجهة اخرى او تفويضها فيه ما لم يسمح القانون بذلك.
٣. لا يشفع لادارة الاستعجال في مخالفة قواعد الاختصاص عدا حالتها الضرورية والظروف الاستثنائية.
٤. لا يمكن لادارة ان تتفق مع الافراد في تعديل قواعد الاختصاص.
٥. ان القرار المتخذ من هيئة غير مختصة لا يمكن ان يصح لمجرد تصديق لاحق من الجهة المختصة.

صور عيب عدم الاختصاص في القرار الاداري

يتميز الفقه والقضاء الاداري بين صورتين من صور عيب الاختصاص احياناً العيب جسيم فيسمى باغتصاب السلطة وفي احيان اخرى لا يبلغ العيب في هذا المبلغ ويطلق عليه عادة الاختصاص او عيب الاختصاص البسيط

وقواعد الاختصاص تحتم صدور القرار الاداري من موظف مختص باصداره قانوناً وفق الحدود الموضوعية والمكانية والزمانية والشخصية التي يبينها القانون^(١) وتختلف النتائج القانونية المترتبة على كل نوع من النوعين المذكورين وكما يلي :

اغتصاب السلطة

يطلق على عيب الاختصاص اصطلاح (اغتصاب السلطة) اذا كان هذا العيب جسيماً فيترتب على ذلك اعتبار القرار معدوماً لا باطلاً وذلك لفقدانه صفته الادارية فلا يتحصن بفوات ميعاد الطعن وتدخل اجراءات تنفيذه ضمن اعمال التعدي التي اخرجها القضاء الاداري من اختصاصه^(٢) واغتصاب السلطة قد يقع تحت طائلة قانون العقوبات والقرارات تعتبر منعقدة قانوناً^(٣).

(١) الاستاذ ضياء شيت خطاب، رقابة القضايا العراقية على القرار الاداري ، بحث منشور في مجلة القضاء

العدد (٤) السنة ١٣ تشرين الاول ١٩٥٥ ص (٢٨).

(٢) د. ماجد راغب الحلوي، المصدر السابق، ص (٣٦٧).

(٣) د. عبد الرحمن نورجان الايوبي، المصدر السابق، ص (١٤١).

ومن اهم حالات اغتصاب السلطة المتفق عليها فقهاً وقضاء ما يلي :

(١) صدور القرار ممن لا يتصف بصفة الموظف العام :-

وفي هذه الحالة يقوم احد الافراد ممن لا يتمتعون بصفة الموظف العام باقحام نفسه في مباشرة الاختصاصات الادارية فتعد القرارات التي يصدرها معدومة الاثر^(١) هذا مع ملاحظة حالة الموظف الفعلي او الواقعي حيث يجوز استثناء من قواعد الاختصاص (أضفاء المشروعية على بعض الاعمال الصادرة من فرد له في الظاهر مظهر الموظف الفعلي دون ان تكون له صفة الموظف من الناحية القانونية^(٢) وذلك على اساس فكرة الظاهر وما ترمي اليه من حماية الغير حسن النية بالاضافة الى احترام مبدأ دوام سير المرافق العامة وبانتظام واضطراب سواء في الظروف العادية او الاستثنائية^(٣).

(٢) صدور القرار من موظف لا صلة له باصدار القرارات :-

وهنا يقوم موظف دون ان تربطه صلة باصدار القرارات كأحد السعاة او احد الكتبة باصدار قرار من القرارات المتصلة بالادارة التي يعملون بها فمثل هذا القرار يعتبر معدوماً لا وجود له ولا اثر من الناحية القانونية^(٤) ويعتبر كذلك من قبيل الغصب صدور قرار من شخص لم تخلع عليه الوظيفة التي تضمن سلطة اصدار القرار او انها خلعت عليه بطريقة غير صحيحة^(٥).

(٣) دخول القرار في اختصاص السلطة التشريعية او القضائية

فاذا قامت السلطة الادارية بعمل يدخل ضمن اختصاص السلطة التشريعية دون تفويض من الاخيرة، او قامت بحل نزاع يدخل ضمن نطاق اختصاص السلطة القضائية فان هذا العمل يعتبر معدوماً ولا اثر له قانوناً^(٦) لكون اختصاص السلطة التشريعية والقضائية محدداً ضمن الدستور فلا يجوز لادارة الاعتداء على هذا الاختصاص.

(١) د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص (٣٦٩).

(٢) د. محسن خليل، قضاء الالغاء، المصدر السابق، ص (٩٠) هامش رقم (٢).

(٣) د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص (٣٦٩-٣٧٠).

(٤) د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص (٣٧٠).

(٥) د. عبد الرحمن نورجان الايوبي، المصدر السابق، ص (١٤١).

(٦) د. محسن خليل، قضاء الالغاء، المصدر السابق، ص (٩١).

فقد نصت م (٦١) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ (يختص مجلس النواب بما يأتي أولاً: تشريع لقوانين الاتحادية) وبموجب النص فان مجلس النواب هو الجهة المختصة بتشريع القوانين فان مارست السلطة التنفيذية تشريع القوانين فان تصرفها هذا يكون مشوباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم.

اما في مصر فقد استقرت احكام القضاء الاداري على اعتبار مثل هذه القرارات معدومة وان كانت بعض الاحكام قد اعتبرتها قابلة للابطال.

اما فيما يخص موقف المشرع العراقي ومحكمة القضاء الاداري من ركن الاختصاص

لقد تناول المشرع العراقي اسباب او اوجه الالغاء مسمى اياها اسباب الطعن في القرارات الادارية كما فعل المشرع المصري^(١) لذلك فقد نصت المادة (٧/ثانياً/هـ) من قانون مجلس شورى ما يأتي :

١- ان يتضمن الامر او القرار خرقاً او مخالفة للقانون او الانظمة او التعليمات.

٢- ان يكون الامر او القرار قد صدر خلافاً لقواعد الاختصاص او معيباً في شكله.

٣- ان يتضمن الامر او القرار خطأ في تطبيق القوانين او الانظمة او التعليمات او في تفسيرها او فيه اساءة او تعسف في استعمال السلطة ويعتبر في حكم القرارات والوامر التي يجوز الطعن فيها رفض او امتناع الموظف او الهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام عن اتخاذ قرار او امر كان من الواجب عليها اتخاذه قانوناً.

وقد احاط المشرع العراقي بعيوب القرار الاداري وان كان قد استعمل بعض الالفاظ المتشابهة التي تؤدي الى معنى واحد مثل (الامر والقرار، والخرق والمخالفة، والاساءة والتعسف)^(٢).

وقد اورد بعض الفقه العراقي تحديداً لاسباب الطعن امام محكمة القضاء الاداري بالقول (انه يقصد باسباب الطعن او بأوجه الطعن او حالات الطعن مختلف العيوب التي تصيب القرار الاداري فتجعله غير مشروع ومن ثم يمكن الاستناد الى اي منها في الغائه كلياً او جزئياً او تعديله او طلب التعويض عنه ان كان له مقتضى بعد التوصل الى عدم مشروعيته

(١) د. ابراهيم طه الفياض، المحاضرات السابقة.

(٢) د. غازي فيصل مهدي، محاضرات القيت على طلبة الدراسات الاولى، المصدر السابق.

استناداً إلى سبب او اكثر من هذه الاسباب^(١).

اما عيب عدم الاختصاص فقد نصت المادة (٧/ثانياً/هـ) على ما يلي : (يعتبر من اسباب الطعن بوجه خاص ما يأتي : ٢. ان يكون الامر او القرار قد صدر خلافاً لقواعد الاختصاص).

واشار المشرع العراقي في الفقرة (هـ) إلى (٣) .. ويعتبر في حكم القرارات والوامر التي يجوز الطعن فيها رفض او امتناع الموظف او الهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي عن اتخاذ قرار او امر كان من الواجب عليها اتخاذه قانوناً ان هذا النص بهذا المعنى يمكن ان يشمل حالة عدم الاختصاص السلبي^(٢).

ومن التطبيقات القضائية على عيب الاختصاص من افضية محكمة القضاء الاداري نورد التطبيق الاتي :

قررت محكمة القضاء الاداري في حكم لها، إلغاء قرار اداري لوقوعه بعيب عدم الاختصاص وقد اقترن هذا القرار بمصادقة الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة حيث تشير الاخيرة في قرارها الى (وحيث ان قيام المدعي بتسديد التأمينات بصكين لا يقابلها رصيد لوفاء بهما لا يبيح للمدعي عليه (المميز) اصدار قرار بغلق مكتبه لما في ذلك من تجاوز على اختصاصه لان ذلك يدخل ضمن اختصاص القضاء) لذلك فقد انتهت الهيئة العامة الى تأييد قرار محكمة القضاء الاداري وقررت الغاء القرار الاداري وذلك لتجاوز المدعي عليه (أمين بغداد) لاختصاصه المقرر قانوناً، وقد رتبت الهيئة العامة على هذا الالغاء تعويض المدعي لما اصابه من ضرر نتيجة غلق مكتبه^(٣).

ونحن نرى ان المدعي عليه وقد تجاوز على اختصاص القضاء فان قراره يكون مستحقاً للإلغاء (الابطال) فحسب بل كان جزاؤه الانعدام لان فيه اعتداء على اختصاص السلطة القضائية فكان حرياً بمحکمتنا الموقرة وبالهيئة العامة ترتيب النتائج المتعارف عليها في الفقه والقضاء الاداري عموماً والتي تنشأ عن انعدام القرار الاداري.

(١) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مجلس شوري الدولة وميلاد القضاء الاداري العراقي، مجلة العلوم

القانونية المجلد ٩، العدد ١-٢ بغداد ١٩٩٠.

(٢) د. ابراهيم طه الفياض، المحاضرات السابقة.

(٣) حكم محكمة القضاء الاداري المرقم ١٩٩٧/١٦٩ في ١٩٩٨/٧/٢ والمصادق عليه من الهيئة العامة

بقرارها رقم ٦٣٢/اداري - تمييز ١٩٩٨/ في ١٩٩٨/٩/١٤ (غير منشور).

المطلب الثاني

ركن الشكل

ان القرار الاداري ككل عمل قانوني تعبير وافصح عن الارادة بقصد تحديد اثر قانوني وعلى ذلك فيجب ان يتخذ هذا الافصاح شكلاً خارجياً حتى يترتب عليه اثر قانوني وطالما أنه لم نزاع فيه هذه الشكلية فلا اثر له^(١).

ويقصد بالشكل القواعد الاجرائية والشكلية التي اوجب القانون على رجل الادارة مراعاتها قبل اصدار القرار الاداري كما يقصد به المظهر الخارجي للقرار الاداري نفسه^(٢).

ويتعين على السلطة الادارية المختصة ان تصدر اعمالها القانونية وفقاً للاجراءات والشروط المقررة^(٣).

والقاعدة انه اذا لم تقم الادارة بالتعبير عن ارادتها بأن التزمت الصمت فإنه لا يمكن ترتيب اي اثر على ارادتها الصامته لانه لا بد من ان يكون الافصاح عن الارادة وفق شكل معين حتى يكون له اثر قانوني معين تجاه الافراد لان القرارات الادارية باعتبارها من أهم وسائل الادارة لمباشرتها لوظيفتها الادارية يجب ان تتخذ شكلاً معيناً حتى يعلم بها الافراد ويرتبوا تصرفاتهم وفقاً لاحكامها.

الا ان المشرع استثناء من هذه القاعدة وحفاظاً على حقوق الافراد وحياتهم من تعسف الادارة يعتبر صمت الادارة في بعض الاحيان بأنه افصاح عن ارادتها وذلك في حالة ما اذا كان عليها واجب اتخاذ قرار معين قبولاً او رفضاً فكثيراً ما يتقدم الافراد بطلبات للادارة فتجاهل طلباتهم تعنتاً او تعسفاً ولا ترد عليها فلا تقبلهم ولا ترفضها ولا يكون لهؤلاء الافراد من سبيل الا الطعن في تصرف الادارة امام القضاء لعدم اتخاذه شكلاً معيناً.

والاصل ان القرار الاداري لا يتقيد في اصداره بشكل معين وليس له صيغ يتعين صدوره بها فكل افصاح او تعبير عن ارادة جهة الادارة في نطاق سلطتها الملزمة تتجه الى احداث اثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وحائزاً قانوناً فإنه يعتبر قراراً ادارياً^(٤) مالم ينص القانون على اتباع شكل معين فإن اتجهت ارادة المشرع الى اصدار القرار الاداري وفق اجراءات وشكل معين

(١) الدكتور سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة ص (٣٢).

(٢) الدكتور حنا نده، القضاء الاداري في الاردن، سنة ١٩٧٢، ص (٣٧٣).

(٣) الدكتور محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني، سنة ١٩٨٢ ص (٢٢٠).

(٤) الدكتور محمود محمد حافظ، القضاء الاداري، ص (٢٣٩).

فلا بد من صدور القرار في الشكل المرسوم له وعلى ذلك قضت محكمة العدل العليا في القضية رقم ٨٢/١٥٢ (توجب القاعدة ان يصدر القرار الاداري وفقاً للاجراءات التي حددها المشرع وفي الشكل المرسوم له^(١)).

وكقاعدة عامة هذا التعبير والافصاح عن الارادة من جانب الادارة لا يخضع لاي قيد شكلي فقد يصدر القرار الاداري مكتوباً او قد يصدر القرار الاداري شفويّاً وعلى ذلك قضى مجلس شورى الدولة اللبناني بقوله (أن القرار الادارة الشفوي النافذ قابل للطعن امام مجلس شورى الدولة^(٢)).

وركن الشكل في القرار الاداري يقصد به التزام جهة الادارة بالاجراءات والشروط الشكلية الواجب اتباعها ومراعاتها عند اصدار القرارات الادارية ولهذه الشروط الشكلية والاجراءات اهمية خاصة في القانون العام ذلك ان اتباع هذه القواعد يحقق المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد على حد سواء^(٣).

فبالنسبة للأفراد فإن اصدار القرارات الادارية وفقاً للشكل الذي يتطلبه القانون في اغلب الاحيان يعمل على حسن اصدار هذه القرارات بحيث يكون ضماناً لهم في مواجهة سلطات الادارة الواسعة وامتيازاتها الخطيرة ويؤدي ذلك الى تفادي اتخاذ قرارات سريعة ارتجالية وغير مدروسة وغير ملائمة وغير عادلة وفيها تعسف للأفراد ومساس بحقوقهم وحياتهم فقواعد الشكل تمنح الادارة فرصة معقولة للتروي والتدبر وبذلك تقل القرارات الطائشة^(٤).

اما النسبة لتحقيق المصلحة العامة فإن القرارات تبدو في نفس الوقت في صورة هادفة لحماية الصالح العام عند اتباع الادارة لقواعد الشكل وذلك بتجنب الادارة موطن الزلل والتسرع حيث تسلك بدقة السبيل الذي ترسمه القوانين والانظمة لاصدار تلك القرارات بقصد حسن سير المرافق العامة وانتظامها في اداء مهامها للجمهور على احسن وجه^(٥).

وسنكتفي بهذا القدر من الحديث عن ركن الشكل وترك التفاصيل في الفصل الثاني من

البحث لبيانها.

(١) حكم محكمة العدل العليا في القضية رقم ٨٢/١٥٢ مجلة نقابة المحامين الاردنيين العدد ٧ لسنة ١٩٨٣ ص (٩٣٦) نقلاً عن الدكتور خالد سمارة الزغبى، القرار الاداري سنة ١٩٩٣ ص (٤٥).

(٢) حكم محكمة العدل العليا في القضية رقم ٤ / ٦٦ مجلة نقابة المحامين الاردنيين العدد ٤ لسنة ١٩٦٦ ص (٤٥٧) نقلاً عن الدكتور، خالد سمارة الزغبى، مصدر سابق ص (٥٥).

(٣) الدكتور محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني، ١٩٨٢، ص (٤٩٣).

(٤) الدكتور سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية سنة ١٩٧٦ ص (٢٤٩).

(٥) الدكتور محمد كامل ليلة، الرقابة على اعمال الادارة، الرقابة القضائية، الكتاب الثاني ص (١١٦٦).

المطلب الثالث (ركن المحل)

ويقصد به موضوع القرار الاداري وهو الاثر القانوني الذي يترتب عليه مباشرة ويتمثل الاثر القانوني بانشاء مركز قانوني جديد او تعديل مركز قانوني قائم او الغائه فيؤدي الى تقرير حقوق او الزام بواجبات للمخاطبين به بشكل عام ومجرد بالنسبة للقرارات التنظيمية وبشكل فردي بالنسبة للقرارات الفرديه وهذه الاثار تستفاد من منطوق القرار الاداري فالأثر القانوني لقرارات تنظيم المرور هو تنظيم حالة او اكثر من حالات المرور بشكل عام ومجرد (تنظيم رخص المركبات وتنظيم اسقاط الارقام وتنظيم السير على الطرق السريعة).

والاثر القانوني المترتب على قرار اداري بتعيين شخص ما في وظيفه هو اسناد المركز القانوني المحدد لهذه الوظيفة الى ذلك الشخص بتعيينه فيه واذا كان موضوع القرار الاداري هو الاثر القانوني المترتب عليه فيجب ان يكون ترتيب هذا الاثر موافقاً للقانون ومن ثم فيجب ان يكون محل القرار موجوداً وجوداً حقيقياً ومعيناً تعييناً نافياً للجها له او قابلاً للتعيين في المستقبل اما استحالة تعيين المحل فيؤدي حتماً الى انعدام القرار اذ ان القرار الذي لامحل له لا وجود له كما يجب ان يكون المحل مشروعاً في ذاته غير مخالف للقانون اذ ان ترتيب الاثر على نحو مخالف للقانون كأن يكون تعيين الموظف قد جرى دون ان يكون لهذه الوظيفة وجود في سلم الدرجات الوظيفية ويطلق على العيب الذي يشوب محل القرار الاداري عيب مخالفة القانون ويقصد بمخالفة القانون معنى ضيق مقارنة بمعنى واسع لمخالفة القانون الذي يمكن ان يشمل كل العيوب التي تشوب الاركان الاخرى للقرار الاداري فعيب الانحراف بالسلطة يطلق عادة على القرار الذي ينحرف فيه مصدره عن الغايه والهدف المحدد له لممارسة سلطته واختصاصاته لكن الانحراف بالسلطة يعتبر صوراً من صور مخالفة القانون اذا قصدنا المعنى الواسع لهذا الاصطلاح ونظراً لكون اركان القرار الاداري محكومه جميعاً بوجوب خضوعها للقانون^(١).

(١) الدكتور ابراهيم طه الفياض، القانون الاداري نشاط واعمال السلطة الادارية بين القانون الكويتي والقانون المقارن، الطبعة الاولى، سنة ١٩٨٨ ص (٣٢٦) وما بعدها.

وهناك صور للعيوب المتعلقة بمحل القرار الاداري هي:

١ - المخالفة المباشرة للقاعده القانونية :-

وذلك بان تتجاهل الاداره وجود القاعده القانونية وتتصرف على خلافها كما لو اصدرت قراراً بفصل موظف في غير الحالات التي تحددها قواعد القانون لاجراء ذلك الفصل^(١).

وهذه الحالة من المخالفات تعد من ابسط الحالات اذ ما على طالب الالغاء الا ان يثبت قيام القاعده القانونية التي يستند اليها وان الادارة قد تجاهلت هذه القاعده كلياً او جزئياً^(٢)، ومثال ذلك ان ترفض الادارة منح ترخيص لشخص استوفى الشروط القانونية، أو أن ترفض الادارة تعيين الاول في مسابقة اجرتها مع نص القانون بضرورة التعيين حسب مرتبة النجاح وفي هذه الحالات غالباً ما يدور النزاع بين الادارة والافراد حول وجود القاعده القانونية كأن تتنازع الادارة في وجود قضاء مستقر على مبدأ معين او في وجود قاعده قانونية بعد صدور تشريع معدل او ملغى الغاءً جزئياً لتشريع سابق ونظراً لكثرة التشريعات وتعددتها وتشعبها فإن مثل هذه المنازعات كثيرة الحدوث في الواقع العملي^(٣).

الخطأ في تفسير القاعده القانونية أو تأويل حكمها :-

ويعتبر هذا الخطأ مخالفه للقانون اذا كان التفسير الذي يجب ان تلتزم به الاداره خارج نطاق الحدود التي يقصدها المشرع وتعتبر مسألة التفسير من مسائل المشروعيه التي يستطيع القاضي ان يبسط رقابته عليها فاذا اخطأت الاداره في تفسير قاعده ما وقامت بتأويلها على نحو يخرج على قصد المشرع كان للقضاء ان يعتبر القرار الصادر بناءً على ذلك مخالفاً للقانون وجاز له الغاؤه لوجود عيب في تطبيق القانون أو تأويله^(٤).

ومن اشهر القضايا التي اثرت في هذا الموضوع ما عرض على مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Moussy) والتي تتلخص وقائعها في انه صدر في فرنسا تشريع يسمح لاطباء الاسنان غير الحاصلين على دبلوم من المعاهد الفرنسية والمقيمين في منطقتي الالزاس واللورين قبل سنة ١٩١٨ ان يباشروا المهنة في اي مكان في فرنسا شريطة ان يكونوا متجنسين بالجنسية الفرنسية رغب احد اطباء الاسنان في مدينة (منز) وهو فرنسي الاصل ان يستفيد من هذا التشريع لتوافر الشروط التي تضمنها بالنسبة له، فتقدم بطلب بذلك الى الادارة

(١) الدكتور سليمان الطماوي، القرارات الادارية، ص ٣١٩.

(٢) د. غازي فيصل مهدي، المحاضرات أقيمت على طلبة الدراسات الاولى- مصدر سابق.

(٣) د. سعاد الشراوي، المصدر السابق، ص ٩٤.

(٤) الطماوي، القرارات الادارية، مرجع سابق ص (٣١٣)

فلم توافق عليه، واسست رفضها على اساس ان صاحب الطلب فرنسي اصيل، والقانون هنا لا يتكلم الا على المتجنسين بالجنسية الفرنسية فطعن صاحب الشأن في هذا القرار بالالغاء لمخالفته القانون فقضى مجلس الدولة له بما طلب وحكم بالغاء القرار واسس حكمه على ان الادارة فسرت القانون تفسيراً خاطئاً لانه لا يقبل ان يفضل المشرع الفرنسي الاجنبي المتجنس بالجنسية الفرنسية على صاحب الجنسية الاصلي فما دام قد سمح للاول بمزاولة المهنة فمن باب اولى يسمح للأخر^(١).

اما من الامثلة في قضاء مجلس الدولة المصري والتي رفض المجلس فيها التفسير الذي اتخذته الادارة لاحد نصوص القوانين، ما قضت به محكمة القضاء الاداري من انه (حيث أن... المباحث العامة لم تستطع ان تزيد على ان المدعي كان عضواً مشتركاً في جماعة الاخوان المسلمين بشبراخيت وهو قول لا ترى المحكمة فيه ما يكفي لاعتبار المدعي فاقداً لشرط من شروط الصلاحية لتولي الوظائف العامة وهو شرط حسن السمعة فإن ذلك لا يكفي لسحب قرار تعيينه وبناءً على ما تقدم يكون القرار المطعون فيه قد صدر مخالفاً للقانون مما يتعين معه القضاء بالغاءه، ليعود قرار تعيين المدعي لسيرته الاولى منتجاً لكافة اثاره)^(٢).

٣- الخطأ في تطبيق القانون :-

والذي لاشك فيه ان المقصود بالخطأ هنا هو تطبيق القانون على وقائع لا يشملها حكم القانون، اما اذا كانت الوقائع حسب وزن الادارة لها وتحت رقابة القاضي متحققه على النحو الذي تنطبق عليه القاعده فلا وجود لمخالفة الاداره لقواعد القانون وهنا يقوم نوع من العلاقة المباشرة بين كل من محل القرار الاداري وسببه، تستدعي هذه العلاقة التمييز بينهما ويتم ذلك من ناحيتين:-

الاولى :- ان عيب مخالفة القانون الذي هو عيب يتعلق بالمحل يعني ان الاداره رتبت الاثر القانوني لحاله معينه خلافاً لما يقتضيه القانون اما العيب الذي يشوب السبب فيتعلق بوجود او عدم وجود الحاله القانونية او الواقعيه ومدى مشروعية ذلك الوجود بحيث

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٩ حزيران ١٩٣٤ في قضية Moussy اشار للحكم د. محمد انس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام، القضاء الاداري ط- بلا دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٧ ص(٣٨٣) ود. محمود محمد حافظ القضاء الاداري، المصدر السابق ص (٥٥٦).

(٢) حكم محكمة القضاء الاداري في القضية رقم ١٤٢٨ لسنة ٢١ القضائية، اشار للحكم د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق ص (٤٠٣-٤٠٤).

يمكن للاداره ان تتدخل بقرارها بناء على وجود مشروعية تلك الحالات وذلك بمعرفة مدى صحتها من الوجهه الواقعيه ومن جهة مطابقتها للقانون نصاً وروحاً^(١).

الثانية :- التمييز بين الاختصاص المقيد والسلطة التقديرية للاداره عند اصدارها قراراتها الادارية ان العيب الذي يشوب القرار الاداري عندما يكون اختصاصها مقيداً هو عيب يتعلق بمخالفة القانون لان الاداره هنا لاتملك اذا ما قامت حاله قانونية او واقعيه الا ان تصدر قرارها وترتب الاثر اللازم. اما في مجال سلطتها التقديرية فانها تملك قدراً من الحريه لاختيار سبب التدخل وعندئذ يبرر ركن السبب كما سنرى بعد قليل.

اما عن موقف المشرع العراقي من ركن المحل او عيب مخالفة القانون

نصت المادة (٧/ثانياً/هـ/١) من قانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل على ان (يعتبر من اسباب الطعن بوجه خاص بما يأتي ١) ان يتضمن الامر او القرار خرقاً او مخالفة للقانون او الانظمة او التعليمات).

ومما يلاحظ على النص انه تضمن عبارتي الخرق والمخالفة مع العلم ان لهما نفس المعنى فكلاهما يؤدي الى الخروج على القانون^(٢) ويبدو ان المشرع اراد من تكرار العبارات تأكيد العيوب وبيان اهميتها.

كما يلاحظ على هذا النص انه بدأ بتعداد حصاد المشروعية والتي تكون مخالفة القرار

(١) انظر حكم المحكمة الادارية العليا المصريه في ٦ يناير ١٩٦٨ مجموعه السنه ١٣ ص (٣٨٣) ويتعلق الحكم بواقعة نقل احد موظفي السلك السياسي بحجة انه زائد عن الحاجه سترأ للسبب الحقيقي وهو عدم صلاحيته للعمل في السلك السياسي وكانت محكمة القضاء الاداري قد الغت القرار لان السبب الذي استندت اليه الاداره غير موجود لكن المحكمة الادارية العليا الغت الحكم وقد جاء في حكمها ((لاجنح على الاداره ان هي اعلنت سبباً وهمياً للقرار الاداري الصادر بنقل المطعون ضده من السلك الدبلوماسي الى هيئة البريد وهو كونه زائداً عن حاجة العمل بالوزارة اخفاءً للسبب الحقيقي وهو عدم صلاحيته لتولي المنقول تتمثل في حرصها على سمعته الوظيفيه وعلى المحكمة ان تسلط رقابتها على السبب الحقيقي للقرار دون السبب الظاهري ولايعد ذلك احلالاً لسبب دون آخر وفي هذا الحكم يبدد الفارق جلياً بين مسألة ترتيب الاثر وهي مسأله تتعلق بمحل القرار الاداري ومسألة وجود حاله القانونية او الواقعيه التي تؤدي الى تدخل الاداره وكما نرى فان المحكمة تحرت وجود سبب لنقل الموظف وان كانت الاداره قد حاولت اظهار سبب آخر مكانه لكن هذا لم يمنع القاضي من تلمس السبب الحقيقي. نقلاً عن الدكتور ابراهيم طه الفياض، القانون الاداري، مرجع سابق ص (٣٢٩-٣٣٠).

(٢) د. غازي فيصل مهدي، المحاضرات القيت على طلبة الدراسات الاولى المصدر السابق.

الاداري لها مخالفة للقانون فأشار النص الى (... للقانون او الانظمة او التعليمات) ولكن مصادر المشروعية غير محصورة بذلك بل هناك الدستور وغيرها من المصادر^(١).

اما عن التطبيقات على عيب مخالفة القانون فنورد الامثلة التالية :

قررت محكمة القضاء الاداري في حكم لها الغاء قرار المدعي عليه اضافة لوظيفته (امين بغداد) المتضمن الغاء اجازة وهدم واعادة بناء الملك المذكور في القضية وقد ميز المدعي عليه (أمين بغداد) القرار لدى الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة ومما جاء في قرارها ما يلي (... وجد بان المميز (أمين بغداد) قد اصدر قراراً ادارياً بالغاء اجازة البناء المرقمة ٢٤٦ في ١٤/١٢/١٩٩٥ المجددة اصولياً بتاريخ ١٥/١/١٩٩٧ التي اقيمت بموجبها دعوى تخلية لعقاري المميز عليها وشركائها انتهت باصدار حكم تخليتها واكتسب الدرجة النهائية ليكون القرار الاداري وفق اجراءات التخلية مخالفاً للقانون ومعطلاً لحكم قضائي بات واجب التنفيذ وعليه فأن القرار المميز بالغاء القرار الاداري المذكور يكون صحيحاً وموافقاً للقانون قرر تصديقه...)^(٢) ويبدو لنا في هذا الحكم ان القضاء العراقي يعتبر مخالفة القرار الاداري للحكم القضائي الحائز على حجية الشيء المقضي به بمثابة مخالفة لقانون وهذا موقف سليم من جانب محكمة القضاء الاداري.

وفي قرار آخر قررت المحكمة رد الدعوى استناداً الى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (١٩٩) لسنة ١٩٨٤ وعند تمييز القرار لدى الهيئة الهامة ولدى عطفها النظر في القرار المميز (... وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان المميز عليه (محافظ نينوى) اضافة لوظيفته عندما امر بغلق المعمل فكان عليه مراعاة الجانب القانوني واتباع الطريق الذي رسمه القانون عند توفر الاسباب المقتضية لغلق المعمل وان ما ذهبت اليه محكمة القضاء الاداري في القرار موضوع الطعن من ان المدعي عليه قرر غلق المعمل استناداً للصلاحية المخولة له بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٩٩) لسنة ١٩٨٤ غير صحيح لان قرار الغلق لم يكن استناداً لهذه الصلاحية ذلك ان الاجراءات التي رسمها القرار رقم (١٩٩) لسنة ١٩٨٤ المعدل للقرار (١٣٧٥) لسنة ١٩٨٣ لا تجيز الغلق بصورة دائمية اضافة الى كل ما تقدم فأن المعمل حاصل على موافقة مديرية البلدية والجهات الصحية في المحافظة والعقار المستغل لاغراض المعمل مصصح جنسه بموجب السند العقاري وحاصل على اجازة ممارسة المهنة من بلدية تكليف وحيث ان القرار المميز لم يلتزم بوجهة النظر القانونية المتقدمة قرر نقضه واعادة الدعوى الى

(١) د. غازي فيصل، المحاضرات السابقة.

(٢) حكم المحكمة القضاء الاداري رقم ١٩٩٧/٥٤ في ١٩٩٧/٨/٢٥ المصادق عليه بقرار الهيئة العامة رقم ٧٤/اداري - تمييز ١٩٩٧ في ١١/٩/١٩٩٧ (غير منشور).

محكمتها لسير فيها وفقاً لما تقدم^(١) وفي هذا الحكم يمكن تلمس صورة من صور مخالفة القانون الا وهي الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع.

اما مجلس الانضباط العام فقد قرر في حكم له رد الدعوى لان المسألة فيها تقديرية تعود للمرجع المختص في ضوء المصلحة العامة ولما ميز القرار لدى الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة ولدى عطفها النظر على القرار المميز (... وجد انه غير صحيح ذلك ان المدعي سبق وان احيل على التقاعد بموجب الامر الاداري المرقم ١٠٦٦ في ١٢/٤/١٩٩٣ واعيد تعيينه بالوظيفة بالامر الاداري المرقم ٢٢٧٠١/٩/٧ في ٢٩/١٢/١٩٩٣ والان يروم فيه اعادة احالته على التقاعد ويطلب الزام المدعى عليه اضافة لوظيفته بذلك وحيث ان المادة (١/٢٦) من قانون التقاعد المدني رقم (٣٣) لسنة ١٩٦٦ قد نصت على ان (وله ان كان تقاعده غير عائلي ان يطلب اعادته الى التقاعد في اي وقت يشاء بصرف النظر عن عمره ومدة خدمته) ولما كان مجلس الانضباط العام قد قضى برد دعوى المدعي بحجة ان اعادة احالته الى التقاعد تعود الى السلطة التقديرية للمدعي عليه اضافة لوظيفته وحيث ان المادة (١/٢٦) المذكورة من قانون التقاعد المدني تجيز للمتقاعد سابقاً الحق في طلب اعادته الى التقاعد في اي وقت يشاء بصرف النظر عن عمره ومدة خدمته ومن ثم فإن المدعي عليه ملزم باعادة احالته الى التقاعد لما تقدم فقد قرر نقض القرار المميز...^(٢) وهنا حسب رأينا المتواضع - أن نتلمس صورة اخرى من صور مخالفة القاعدة القانونية الا وهي الخطأ في تفسير القاعدة القانونية مما يثبت لنا ان محكمة القضاء الاداري عندنا قد قررت اكثر المبادئ العامة المتعلقة بعيب مخالفة القانون.

(١) حكم محكمة القضاء الاداري رقم ١٩٩٨/٣٧ في ١١/٦/١٩٩٨ وقرار الهيئة العامة رقم ١٥٧/اداري -

تميز / ١٩٩٨ في ١٧/٨/١٩٩٨ (القرارات غير منشورة).

(٢) قرار مجلس الانضباط العام المرقم ١٩٩٧/٣٢٠ في ١٧/١٢/١٩٩٧ وقرار الهيئة العامة رقم

١٩٩٨/٢٥ في ١٣/٤/١٩٩٨ (غير منشور).

المطلب الرابع

((ركن السبب))

سبب القرار الاداري هو حاله الواقعيه او القانونية التي تسبق القرار وتدفع الاداره لاصداره فالسبب عنصر خارجي موضوعي يبرر للاداره التدخل باصدار القرار وليس عنصراً نفسياً داخلياً لدى من اصدر القرار^(١).

وسبب القرار الاداري حسبما عرفته المحكمة الادارية العليا هو ((العنصر القانوني او الواقعي الذي يحدو بالاداره الى اصداره فهو حاله قانونية او واقعيه تحمل الاداره على التدخل بقصد احداث اثر قانوني معين يتمثل في محل القرار ابتغاء تحقيق الصالح العام هو غايه القرار^(٢).

من هذا التعريف يتضح امران :-

اولهما :- ربط المحكمة ما بين سبب القرار الاداري ومحلله وغايته فاذا كان سبب القرار هو سنده القانوني فان هذا السبب هو ذريعه الاداره لاحداث اثر قانوني ماقد يكون انشاء لمركز قانوني جديد او الغاء او تعديل في مركز قانوني قائم وهو ما يطلق عليه محل القرار توصلاً لتحقيق هدف عام يمثل غايه لكافة القرارات الادارية هو تحقيق المصلحه العامة.

ثانيهما :- ان سبب القرار الاداري مستقل عن ارادة رجل الاداره لارتباطه بحاله قانونية او واقعيه يرى معها رجل الاداره انه من المتعين عليه ان يتدخل لمواجهةها بأصدار قرار ما ولو كان اصدار ذلك القرار ضد رغبته الشخصية وتوافر حاله القانونية او الواقعيه وان كانت مبرراً للاداره لاصدار قرارها الا انها غير ملزمة باصدار هذا القرار مادامت سلطتها في اصداره تقديرية وتكون ملزمة باصدار القرار اذا الزمها المشرع بذلك حيث يكون سكوتها عن اصدار القرار بمثابة قرار سلبي يأخذ نفس لحكم القرار الايجابي من حيث امكانية الطعن عليه بالالغاء والحالة القانونية

(١) الدكتور مازن ليلو راضي، القانون الاداري، بدون سنة طبع، ص (٢٤١)

(٢) المحكمة الادارية العليا طعن رقم ٢٥٧ لسنة ٢٦ ق جلسته ١٩٨٢/٢/٢٧ نقلاً عن الدكتور عبد العزيز عبد

المنعم خليفه، القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، مصدر سابق - ص (١٢١)

والواقعيه المبرره لاصدار القرار صور تخرج عن نطاق الحصر ومن امثلة الحاله القانونيه تقدم الموظف بطلب لاداره لالحالته للمعاش حيث يعد هذا الطلب بمثابة سبب قانوني او حاله قانونيه تستند اليها الاداره حال اصدارها لقرار انتهاء الخدمه للاحاله للمعاش كما ان اخلال الموظف بواجباته الوظيفيه باتيانته عملاً من الاعمال المحرمه عليه يعد حاله واقعيه تشكل سبباً للقرار التأديبي الصادر حياله جزاء لهذا التقصير.

ومن الجدير بالذكر ان الفرد اذا قدم طلباً باستصدار قرار ما فأن بوسعه العدول عنه طالما لم تصدر الاداره قرارها في شأنه بحيث لاتستطيع اصدار القرار بعد هذا العدول كما هو الشأن بخصوص سحب الموظف لاستقالته قبل البت فيها كما ان القبول اللاحق للقرارات التي يتعين لاصدارها تقديم طلب من صاحب المصلحه يساوي الطلب السابق فاذا عينت الاداره احد المواطنين في منصب ما دون طلب منه فأن قبوله للقرار يجعله سليماً^(١).

وكأصل عام فأن الاداره غير ملزمه بالافصاح عن سبب اصدارها للقرار الاداري بمعنى انها غير ملزمه بالكشف عن حاله الواقعيه او القانونيه التي حدثت بها للتدخل باصداره ، الا انه استثناء من ذلك تكون الاداره ملزمه بالكشف عن سبب قرارها اذا الزمها المشرع بذلك فاذا خالفت الاداره ارادة المشرع واصدرت قرارها خلواً من ذكر اسبابه عد قرارها باطلاً لالكونه معيباً في سببه ولكن باعتباره قراراً معيباً في شكله حيث افتقد للتسبيب الذي استوجبه القانون.

فاذا لم يلزم المشرع الاداره بالكشف عن اسباب قرارها فان بوسعها اصدار القرار خلواً من اسبابه ويكون مثل هذا القرار صحيحاً محمولاً على قرينة الصحه المفترض توافرها في القرارات الادارية والتي بموجبها يفترض ان تلك القرارات تستند الى اسباب تبررها وعلى من يدعي عكس ذلك اثبات صحة مايدعيه.

كما يكون لاداره في هذه الحاله ذكر سبب وهمي لقرارها اذا مارأت ان ذكر السبب الحقيقي يتعارض مع صالح الصادر بشأنه القرار كما في حالة تذرعهها بنقل أحد اعضاء السلك الدبلوماسي الى مصلحة البريد بانه يزيد عن حاجة العمل بوزارة الخارجيه مخفيه بذلك السبب

(١) الدكتور سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، ص (٣١٧) ومابعدها.

الحقيقي وراء النقل وهو عدم صلاحيته لتولي وظائف السلك الدبلوماسي وذلك حرصاً على سمعته الوظيفية في الجهة المنقول إليها ليبدأ فيها صفحة جديدة بعيداً عن ماضيه الوظيفي^(١).

شروط صحة السبب في القرار الاداري

لا يكفي لصحة القرار الاداري ان يستند الى سبب اوجدته حاله قانونية او واقعية دفعت الاداره الى التدخل بأصدارها هذا القرار بل يجب ان يتوافر في هذا السبب شروط ثلاثه تتمثل في ضرورة قيامه حتى تاريخ اصدار القرار اضافته الى ضرورة ان يكون مشروعاً ومحددًا.

الشرط الاول :- قيام السبب حتى تاريخ اصدار القرار

مادام سبب القرار هو مبرر مشروعيته فلا يكفي وجود هذا السبب لتبرير القرار فاذا زال قبل هذا التاريخ عد القرار الاداري مفتقدًا لسبب اصداره الامر الذي يستوجب الغاؤه.

ويجد هذا الشرط مبرره في ان تاريخ صدور القرار هو الوقت الذي يجب الرجوع اليه لتقدير مشروعيته وتطبيقاً لذلك فان تقدم الموظف باستقالته لا يعد سبباً لاصدار قرار انهاء خدمته مادام قد عدل عنها قبل صدور القرار. وقد ذهبت المحكمة الادارية العليا تأكيداً لهذا الشرط الى ان رقابة القضاء الاداري على القرارات الادارية النهائية تقتصر على مراقبة السبب الذي استندت اليه جهة الاداره عند اصدارها للقرار والبحث عن مشروعية القرار يدور حول الملابس التي احاطت به وقت صدوره فان كانت تبرر القرار وتؤدي مادياً وقانونياً الى النتيجة التي انتهت اليها كان القرار سليماً وقائماً على سبب صحيح^(٢).

الشرط الثاني :- مشروعية السبب

لا يكفي لصحة القرار الاداري ان يصدر استناداً الى سبب قائم في تاريخ صدوره بل يجب ان يكون هذا السبب مشروعاً اي مطابقاً للقانون. وهذا الشرط يشكل استثناء على الاصل العام الذي بموجبه يكون بوسع الاداره اختيار اسباب قراراتها حيث يورد على تلك القاعده قيلاً هاماً مفاده ان المشرع اذا حدد للاداره سبباً لاصدار بعض القرارات فان عليها الالتزام به حال اصدارها لتلك القرارات فان خالفتها واصدرت القرار استناداً الى سبب اجنبي عنها كان قرارها في هذا الشأن باطلاً لقيامه على سبب غير مشروع. فاذا لم يحدد المشرع للاداره سبباً لاصدار

(١) المحكمة الادارية العليا طعن رقم ٢٧٤ لسنة ١١ ق جلسة ١٦ / ١ / ١٩٦٨ نقلاً عن الدكتور عبد العزيز عبد

المنعم خليفه، القرار الاداري قضاء مجلس الدولة مصدر سابق - ص (١٢٤)

(٢) المحكمة الادارية العليا طعن رقم ٦١٦ لسنة ٣٧ ق، جلسة ٤ / ٤ / ١٩٩٩ دائره اولى غير منشور نقلاً عن

الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفه القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة مصدر سابق ، ص (١٢٦).

قرار ما فان السبب الذي اختارته الاداره لاصدار هذا القرار يتعين ان يكون متفقاً مع احكام الدستور والقانون بمعناه الواسع وتأسيساً على ماتقدم فقد الغت المحكمة الادارية العليا قرار الاداره برفض تعيين احد المرشحين في وظيفة مساعد نيابه اداريه حيث جعلت القرار من المركز الاجتماعي المتواضع لوالد المرشح سبباً لرفض التعيين حيث انتهت المحكمة الى ان هذا القرار يشكل اخلاً بالحكم الدستوري الذي قضى بالمساواة في الحقوق العامة ومن بينها حق تولي الوظائف العامة^(١).

وقد قضى مجلس الانضباط العام في قرار له (أن الذي يهم المجلس في مجال هذا الطعن البحث عن مدى مشروعية الامر الاداري المطعون فيه واصولية اسبابه وانسجامه مع متطلبات الصالح العام... مما يكون الامر الاداري الطعون فيه وقد صدر خلافاً للمشروعية ولقواعد الاختصاص وحالياً من اسبابه القانونية...)^(٢).

والعبره في تقدير مدى مشروعية السبب الذي بنى عليه القرار الاداري تكون بالنظر للسبب الحقيقي الذي صدر هذا القرار مستنداً اليه^(٣).

الشرط الثالث :- تحديد السبب

اذا استندت الاداره في اصدار قرارها الى سبب عام او مجهول عد قرارها معيباً في سببه ولاشك في ان اعمال هذا الشرط لا يكون الا بالنسبه للقرارات التي يشترط المشرع على الاداره ذكر اسباب اصدارها بالاضافه الى القرارات التي تصدرها مسببه دون ان يلزمها المشرع بذلك. وتاكيداً لذلك فقد قضت المحكمة الادارية العليا بأنه كلما لزم المشرع صراحة جهه الاداره بتسبب قراراتها وجب ذكر الاسباب التي بنى عليها القرار واضحه جليه^(٤) ولعل ابطال القرارات الادارية عامة الاسباب او مجهلتها علتها ان في ذلك ما يحول دون اعمال الرقابه القضائية عليها ارساء لمبدأ المشروعية اضافة لعدم تمكن المخاطبين بها معرفة مدى مساسها بمركزهم القانوني حتى يقبلوها او يطعنوا عليها امام القضاء طلباً لالغائها. ليس هناك ما يمنع الاداره من ان تستند في اصدارها لقرار اداري على اكثر من سبب وهنا يثور التساؤل حول

(١) المحكمة الادارية العليا طعن رقم ٥٨٣ لسنة ١٨ ق جلسته ١٣/٦/١٩٧٦

٢ قرار مجلس الانضباط العام في ٢٥/١٢/٢٠٠٣ (غير منشور).

(٣) المحكمة الادارية العليا طعن رقم ٣٤٧١ لسنة ٣٢ ق جلسته ٢٩/١٢/١٩٩٠ نقلاً عن الدكتور عبد العزيز

عبد المنعم خليفه مرجع سابق ص (١٢٧)

(٤) المحكمة الادارية العليا طعن رقم ٥١٣ لسنة ٣٤ ق جلسته ٢٤/٦/١٩٩٣ نقلاً عن الدكتور عبد العزيز

عبد المنعم خليفه مرجع سابق (١٢٨).

مدى مشروعية القرار الاداري المستند لكثر من سبب اذا ما فقد احد اسبابه الشروط الواجب توافرها لصحة السبب في القرارات الادارية.

لمواجهة هذا الواقع العملي فقد اخذ مجلس الدولة المصري بفكرة السبب الدافع لاصدار القرار على غرار الشكل الجوهري بالنسبة لعيب الشكل حيث فرق بين هذا السبب وبين السبب الثانوي فاذا كان السبب غير الصحيح هو سبب دافع لاصدار القرار بمعنى ان القرار ماكان ليصدر بنفس مضمونه مع غياب هذا السبب عد هذا القرار باطلاً لكونه مشوباً بعيب السبب.

اما اذا كان السبب غير الصحيح ثانوياً او زائداً بمعنى ان غيابه ماكان ليمنع من اصدار القرار حيث ان القرار كان سيصدر بنفس المضمون سواء وجد هذا السبب او غاب فهنا لا يكون ثمة تأثير لعدم صحة هذا السبب على مشروعية القرار حيث يبقى القرار صحيحاً في سببه محمولاً على السبب الدافع لاصداره وقد ذهبت المحكمة الادارية العليا في هذا الشأن الى ان تخلف بعض الاسباب يكفي لحمل القرار على وجهه الصحيح^(١).

اما ما يخص الرقابة القضائية على سبب القرار الاداري

اذا كان من المسلم به ان رقابة القضاء الاداري على اعمال الادارة العامة تنحصر في الرقابة على مشروعية هذه الاعمال بحيث لا تمتد الى الملاءمة كقاعده عامة ، كما يمتنع على القضاء الاداري ان يصدر اوامر الى الاداره او يحل محلها في اصدار عمل من اعمالها فان الامر يختلف بالنسبة لرقابة القضاء الاداري على سبب القرار الاداري. اذ ان الرقابة تعتبر من اهم الضمانات الاساسيه لاحترام الاداره لمبدأ المشروعيه في قراراتها الادارية فلا يجب ان تصدر هذه القرارات عن الهوى والتحكم وانما يجب ان تستند الى اسباب صحيحة وواقعيه تبرر اتخاذها^(٢).

وبالرغم مما تحظى به الرقابة القضائية على سبب القرار الاداري من اهمية كبيرة في الوقت الحاضر فأنها نشأت في وقت متأخر ولاحق لنشأة جميع اوجه الالغاء الاخرى حيث برز عيب السبب في قضاء مجلس الدولة الفرنسي كأحد اسباب الطعن بالالغاء في اوائل القرن الماضي ولقد اتسع نطاق رقابة المجلس الفرنسي لعيب السبب بعد ذلك وامتدت من الرقابة

(١) المحكمة الادارية العليا طعن رقم ١١١٥ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٩.

(٢) نقلاً عن الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الاداري، دراسته تطبيقيه لاسس ومبادئ القانون الاداري وتطبيقها في مصر مرجع سابق ص (٤٩١).

على الوجود المادي للوقائع التي تسببت في صدور القرار الاداري الى رقابة التكليف القانوني لهذه الوقائع ثم وصلت في النهاية الى الرقابة على ملاءمة القرار الاداري للوقائع التي استند اليها.

وهكذا وصلت رقابة القضاء الاداري الى ابعد حد لها في نطاق الرقابة على سبب القرار الاداري حيث تخطت حدود الرقابة التقليدية لمشروعية القرار الاداري الى مجال الملاءمة الذي كان متروكاً لسلطة الاداره التقليدية.

ويختلف الوضع في مصر عنه في فرنسا اذ فرض مجلس الدولة المصري رقابته على سبب القرار الاداري منذ انشاء محكمة القضاء الاداري سنة ١٩٤٦ انطلاقاً من نص المادة الثالثة من قانون مجلس الدولة الاول رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ التي تكررت صيغتها في قوانين مجلس الدولة المتعاقبة حتى المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الصادر سنة ١٩٧٢ التي تنص على ((ويشترط في طلبات الغاء القرارات الادارية النهائية ان يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص او عيباً في الشكل او مخالفة القوانين واللوائح او الخطأ في تطبيقها او تأويلها او اساءة استعمال السلطة)) واذا كان المشرع لم يذكر صراحة عيب السبب فإن غالبية الفقه والقضاء تذهب الى ان عبارة (... او الخطأ في تطبيقها او تأويلها) يقصد بها عيب السبب^(١).

وكذلك الامر في العراق فقد جاء في قرار لمحكمة القضاء الاداري في العراق بقرار لها عام ١٩٩٦ (قرر الغاء الامر المتضمن حجز ومصادره السيارة لعدم ارتكازه على سند من القانون وان تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة كان في غير محله ..)^(٢).

وقد توسع القضاء في بسط رقابته على العناصر الواقعية لركن السبب حتى بلغت اقصى درجاتها لتشمل الملاءمة ولا شك ان رقابة التناسب وعلى وجه الخصوص في القرارات التأديبية هي المجال الحقيقي لمجلس الانضباط في العراق فمع اعترافه بحرية الادارة في توقيع

(١) يرى الدكتور سليمان الطماوي انه اذا كان السبب ركناً قائماً بذاته في كل قرار اداري فإن العيب الذي يشوب القرار الاداري استناداً الى هذا الركن هو اما مخالفه القانون لعيب في محل القرار او الانحراف لعيب في اهداف القرار ولا يعترف باستقلال عيب السبب ويرى ان المشرع المصري لم يذكر سوى اربعة اسباب للطعن بالالغاء في قانون مجلس الدولة انظر بالنظريه العامة للقرارات الادارية ص (٢٠٣) والوجيز في القانون الاداري ص (٥٩٠ - ١٥٩٩) ومابعدنا نقلاً عن الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله مرجع سابق ص (٤٩٢).

(٢) قرار مجلس الانضباط العام في ١٨ / ١١ / ١٩٩٦ منشور في مجلة العدالة العدد (٢) لسنة ١٩٩٩ ص (١٠٩).

الجزاء او عدم توقيعه على الموظف فان مشروعية قرارها تبقى رهناً لا يشوبه غلو او عدم ملاءمة بين الذنب والعقوبة التأديبية وفي ذلك قضى مجلس الانضباط العام في حكمه المرقم ١٢٢/١٩٧٩ في ١٩٧٩/٥/٩ (من شروط العقوبة المفروضة على الموظف ان تكون ملائمة مع الغايات المستهدفة منها)^(١).

واستمر المجلس على نهجه هذا بعد صدور قانون تعديل مجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ واصدر قرارات عديدة تشير اشارة واضحة الى بسط المجلس رقابته على التناسب ومنها قراره الذي جاء فيه (وحيث لم يسبق للمعتضة ان عوقبت خلال السنة ولخدمتها الطويلة فتكون عقوبة العزل شديدة ولا تتناسب مع الفعل قررنا تخفيف العقوبة من العزل الى التوبيخ)^(٢).

وايضاً في قرار لمجلس شورى الدولة بخصوص رقابة الملاءمة جاء فيه (لدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون ذلك ان مجلس الانضباط العام خفض عقوبة تنزيل الدرجة المفروضة على المعارض الى التوبيخ لتتناسب مع الفعل المرتكب من المعارض لسبب كون الافعال المرتكبة لا تمثل انتهاكات خطيرة لواجبات الموظف تستوجب تنزيل الدرجة وان التعارض بين فعل الموظف وروئائه لم يصل الى حد التعدي على الادارة لكي تفرض عقوبة تنزيل الدرجة الامر الي جعل المجلس يخفض العقوبة لتكون متناسبة وفعل المعارض)^(٣).

وقد نهج مجلس الدولة المصري على منوال مجلس الدولة الفرنسي في رقابته على سبب القرار الاداري حيث بدأ في رقابة الوقائع المادية التي تستند اليها القرارات الادارية بوصفها سبباً لها ثم تطور قضاؤه بعد ذلك فمد نطاق هذه الرقابة الى التكييف القانوني للوقائع ثم بسطها على ملاءمة القرار الاداري للوقائع.

ويلعب السبب في القرار الاداري دوراً هاماً في الرقابة القضائية على القرارات الادارية فيراقب القضاء الاداري سبب القرار الاداري في الوجود المادي للوقائع والتكييف القانوني لها كما تمتد هذه الرقابة في احوال استثنائية الى التناسب بين السبب وبين الاثر الذي رتبته القرار

(١) قرار مجلس الانضباط العام الرقم ١٢٢ / ١٩٧٩ في ١٩٧٩/٥/٩ منشور في مجلة العدالة العدد (٣) السنة (٥) ١٩٧٩ ص (٣٣).

(٢) قرار مجلس الانضباط العام المرقم ٢٠٠٤/٢٠٧ في ٢٠٠٤/٧/١ (غير منشور).

(٣) قرار رقم (١٨٠) / انضباط / تمييز ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٦/٢٤ ، مجلة التريع والقضاء العدد الرابع / ٢٠٠٩ ص (٢٨٤).

اذا كان عدم التناسب على درجه كبيره من الوضوح فاذا ما قام القرار على واقعه لوجود لها او غير صحيحه كان سبب القرار غير مشروع وجاز الطعن فيه بالالغاء امام القضاء الاداري وذلك كأن يصدر قرار بفصل موظف بسبب الغاء الوظيفة دون ان يكون ثمة الغاء حقيقي للوظيفة واذا ما كان التكييف القانوني للوقائع الموجوده امام الاداره لا تحقق الحاله التي يتطلبها القانون لاصدار القرار فان سبب القرار يكون غير مشروع ويجوز الطعن فيه بالالغاء امام القضاء الاداري وذلك كأن يصدر قرار تأديبي بنى على وقائع او افعال صدرت من الموظف لا ترقى الى كونها اخطاء تأديبية^(١).

اما عن موقف المشرع العراقي من ركن السبب فقد نص قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل على ما يلي (٣- ان يتضمن الامر او القرار خطأ في تطبيق القوانين او الانظمة او التعليمات او في تفسيرها...)^(٢) لا نستطيع البت نهائياً في القصد الذي اراده المشرع من هذه العبارة الا اننا نرجح كونها اشارة لعدم وجود اسباب القرار الاداري اي انتفاء اساس القرار الاداري ولكننا نرى ايضاً أنه لا مناص من تدخل المشرع لكي يدرج هذا العيب صراحة ضمن النص الذي يتناول تحديد العيوب التي تشوب القرار الاداري والانتفاء بالنسبة لعيب المحل بالاشارة فقط الى مخالفة القوانين والانظمة والتعليمات ونضيف الى ذلك ان فصل المشرع بين عيب مخالفة القانون المادة (٧/ثانياً/هـ/١) وبين النص الذي اوردناه لدليل آخر على انه اشارة لعيب السبب في القرار الاداري فما دام ان هناك ركناً للقرار الاداري يعرف بالسبب فيجب ان يقابله عيب او وجه لعدم المشروعية وهو ما يتمثل بعيب السبب او انعدام الاسباب الواقعية والقانونية التي تبرر اصدار القرار الاداري.

اما عن التطبيقات القضائية لمحكمة القضاء الاداري فنشير الى قسم منها فيما يلي :

قررت محكمة القضاء الاداري في حكم لها الغاء القرار المطعون فيه لأنه تضمن السبب المنصوص عليه في المادة (٧ ثانياً/هـ/٣) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل وقد ايدت الهيئة العامة هذا القرار وصادقت عليه بعد ان وجدته صحيحاً وموافقاً للقانون^(٣) وفي حكم اخر قضت محكمة القضاء الاداري بالغاء القرار الاداري الصادر باعتبار

(١) انظر الدكتور عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الاداري لسنة ١٩٩٨ - ١٩٩٩ دار النهضة العربية ص (٣٦).

(٢) المادة (٧/ثانياً/هـ/٣) من القانون المذكور.

(٣) قرار محكمة القضاء الاداري عدد ٦٦/قضاء اداري / ١٩٩٥ في ١٢/٩/١٩٩٥ والمصادق عليه بقرار الهيئة العامة رقم ٦٥/اداري تمييز / ١٩٩٥ في ٢٦/١/١٩٩٥، (غير منشور).

الطالب راسباً لان الطالب لم يكن له يد في تغيير الدرجة وقد صادقت على هذا القرار الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة وكانت اكثر وضوحاً في الاشارة الى عيب السبب فبعد ان وجدت القرار صحيحاً وموافقاً للقانون ومتفقاً مع وقائع الدعوى لعدم وجود تلاعب او تواطؤ بين الطالب وادارة المدرسة بشأن الزيادة في مادة التربية الفنية من (٧٠) إلى (٩٠) درجة قضت بأن : (... القرار الصادر من المميز (المدعى عليه) وزير التربية اضافة لوظيفته لم يستند الى سبب وهو ركن من اركان القرار الاداري مما يجعل القرار المطعون فيه معيباً بعيب السبب مما يستوجب الغاءه...)^(١).

وفي حكم اخر حكمت محكمة القضاء الاداري بالزام المميز اضافة لوظيفته بالغاء القرار الصادر منه باعتبار الطالب راسباً وحيثيات هذا الحكم تتشابه الى حد كبير وحيثيات الحكم السابق وقد صادقت عليه الهيئة العامة لان القرار المطعون فيه (... لم يستند الى سبب وهو ركن من اركان القرار الاداري مما يجعل القرار الاداري معيباً بعيب السبب مما يستوجب الغاءه...)^(٢).

وفي حكم اخر حكمت محكمة القضاء الاداري بالزام المميز اضافة لوظيفته بالغاء القرار الصادر منه باعتبار الطالب راسباً وحيثيات هذا الحكم تتشابه الى حد كبير وحيثيات الحكم السابق وقد صادقت عليه الهيئة العامة لان القرار المطعون فيه (... لم يستند الى سبب وهو الركن من اركان القرار الاداري مما يجعل القرار الاداري معيباً بعيب السبب مما يستوجب الغاؤه...)^(٣).

(١) قرار محكمة القضاء الاداري المرقم ١٩٩٨/٣٩ في ١٩٩٨/٤/٢٣ والمصادق عليه بقرار الهيئة العامة

رقم ٣٤ / ٢٩٩٨ في ١٩٩٨/٦/٨ (غير منشور)

٢ قرار محكمة القضاء الاداري المرقم ١٩٩٨/٣٩ في ١٩٩٨/٤/٢٣ والمصادق عليه بقرار الهيئة العامة رقم

٣٤ / ١٩٩٨ في ١٩٩٨/٦/٨ (غير منشور).

(٣) المادة (٧ /ثانياً/ هـ /٣) من القانون المذكور .

المطلب الخامس

((ركن الغاية))

هو الهدف النهائي الذي يرمى اليه القرار الاداري ومن ذلك ان الغاية من قرارات الضبط الاداري هي حماية النظام العام بمدلولاته الثلاثة^(١) هذا ويحكم الغاية من القرار الاداري امرين^(٢).

١- ان تكون الغاية هي تحقيق المصلحة العامة ، فإن كانت تحقق مصلحة خاصة اعتبر التصرف اعتداء مادياً.

٢- لما كانت المصلحة العامة هي فكره شديدة الاتساع غير محدده وخوف من عسف الاداره فإنه كثيراً ماتحدد الانظمة الاهداف المطلوب تحقيقها بحيث لاتعمل جهة الاداره على سواها.

وبصفه عامة فإن هناك قرينه مقتضاها صحة غايات القرارات الادارية حتى يثبت عكسها.

وليس المقصود بالغرض من القرار او هدف القرار النتيجة المباشره التي تترتب على القرار وانما المقصود الغرض او الهدف الذي اراد مصدر القرار تحقيقه^(٣).

فهو كما يرى العميد دوكي أمر نفساني بحت فهو ذلك التصور المتولد في ذهن رجل الاداره فإنه لو حقق محل ارادته فإنه يهيئ فرصة تحقيق او تساعد على تحقيق رغبه لديه او لدى فرد آخر^(٤).

ويتم تحديد الغاية من القرار وفقاً لقاعدتين :

١- اذا وجب القانون ان تستهدف الادارة غاية معينة لعمل اداري معين وجب على الادارة ان تستهدف الغاية التي عينها القانون اعمالاً لقاعدة تخصيص الاهداف فأذا ماجاوزت الاداره

(١) الدكتور فؤاد العطار، مبادئ القانون الاداري، ص (٥٨٦).

(٢) الدكتور سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية الطبعة الرابعة، السنة ١٩٧٦ ص(٣٥٧).

(٣) الدكتور محمود حلمي، مصدر سابق، ص (٧٧).

(٤) الدكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص (٣٥٥).

هذه الغاية المخصصة الى غاية اخرى كان قرارها معيباً بعبء الانحراف بالسلطة وجاز طلب ابطاله وقد عرفت محكمة القضاء الاداري الانحراف بالسلطة كعيب يلحق بالقرار الاداري ويتميز بطبيعته عن غيره من العيوب التي تلحق القرارات الادارية بانه (لا يكون فقط حيث يصدر القرار لغايات شخصية ترمي الى الانتقام او الى تحقيق نفع شخصي او اغراض سياسية او حزبية او نحو ذلك بل يتحقق هذا العيب ايضاً اذا صدر القرار مخالفاً لروح القانون.

فالقانون في كثير من اعمال الاداره لا يكتفي بتحقيق المصلحة العامة في نطاقها الواسع بل يخصص هدفاً معيناً يجعله نطاقاً لعمل اداري معين وفي هذه الحالة لا يجب الا يستهدف القرار الاداري المصلحة العامة فحسب بل ايضاً الهدف الخاص الذي عينه القانون له عملاً بقاعدة تخصيص الاهداف التي تفيد القرار بالغاية المخصصة التي رمت له فاذا خرج القرار على هذه الغاية ولو كان هدفه تحقيق المصلحة العامة ذاتها كان القرار مشوباً بعيب الانحراف ووقع باطلاً^(١).

وقد عرفت المحكمة الادارية العليا ان اساءة استعمال السلطة او الانحراف بها هي من العيوب القصدية في السلوك الاداري قوامها ان يكون لدى الاداره قصد اساءة استعمال السلطة او الانحراف بها^(٢).

٢. اذا صدر القانون خلواً من النص على غاية معينة فليس مودى ذلك ان يكون المشرع قد ترك الاداره دون ضابط في مباشرة العمل الاداري في صورة قرارات اداريه بل قيدها بوجوب خضوع نشاطها لفكرة تحقيق الصالح العام فاذا استهدف صدور القرار مصلحة شخصية وقع قراره باطلاً.

كذلك فان الاصل ان الاداره ان تتخير الاجراء الذي ترى انه يحقق الغاية الخاصة او العامة التي بغاها الشارع في مزاوله نشاط معين بيد انه اذا كان القانون حدد اجراء معيناً لتحقيق هذه الغاية وجب على الاداره ان تلتزم هذا الاجراء فلا تجاوزه الى غيره.

(١) محكمة القضاء الاداري - في ١٩٥٦/٤/٢٢ ش(١)، ص (٢٩٩) نقلاً عن الدكتور محمد بكر حسين الوسيط في القانون الاداري لسنة ٢٠٠٧ ص / (٢٢٦).

(٢) المحكمة الادارية العليا في ١٩٦٩/٥/٣ طعن ٥٩٨ ش ٥ ق نقلاً عن الدكتور محمد بكر حسين الوسيط في القانون الاداري مرجع سابق ص (٢٢٧).

ويجب عدم الخلط بين ركني السبب والغايه : فان السبب هو حاله واقعيه او قانونية تنشأ وتتم بعيداً عن ارادة رجل الاداره.

واما الغاية فعنصر نفسي يمثل الجانب الشخصي في القرار وهو المرحله النهائيه ونقطة الوصول للنتيجه التي يسعى رجل الاداره الى تحقيقها^(١).

وقد عد المشرع العراقي القانون (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ من اسباب الطعن بالقرار يتضمن (أساءة او تعسف في استخدام السلطة) ولكي يقوم هذا العيب في القرار يجب ان يكون رجل الادارة قد تعمد استخدام اختصاصه لتحقيق اغراض اخرى غير الاغراض التي حددها القانون اي ان الموظف قد قام بالعمل بارداته وبقصد مخالفة الهدف الذي منح الاختصاص لتحقيقه اما اذا وقعت الاساءة خطأ من غير قصد ودون ان يعتمد رجل الادارة اتخاذ قرار لتحقيق غرض غير المصلحة العامة فان هذا الخطأ لا يلحق بالقرار عيب اساءة استخدام الاختصاص او السلطة وقد أكد القضاء الاداري في مصر صفة العمد في عيب الاساءة في استعمال السلطة فقد جاء في قرار للمحكمة الادارية العليا بتاريخ (١٩٦٩/٥/٣) ما يأتي : (أن اساءة استعمال السلطة او الانحراف بها من العيوب القصدية في السلوك الاداري.. قوامها ان يكون لدى الادارة قصد اساءة استعمال السلطة او الانحراف بها.. وفي قرار سابق كانت هذه المحكمة قد ذكرت هذا المعنى في عيب اساءة استعمال السلطة فقالت في قرارها الصادر في ١٩٦٦/٦/٢٦ (أن عيب اساءة استعمال السلطة او الانحراف بها من العيوب القصدية في السلوك الاداري قوامه ان يكون لدى الادارة قصد اساءة استعمال السلطة او الانحراف بها فاذا كانت في مسلكها توفق انها تحقق صالح العمل فلا يكون مسلكها معيباً بهذا العيب الخاص)^(٢).

والغاية من القرار يرجع في تحديدها الى نية مصدر القرار والى ما اتجه اليه تفكيره قبل اتخاذ القرار من غايات واهداف فالقرار الذي يصدر بفصل موظف يعتبر باطلاً اذا ثبت ان مصدر القرار قد اتخذ بقصد اشباع شهوه شخصيه ضد الموظف المفصول.

وبناء على ماتقدم لا يعتبر القرار الاداري سليماً الا اذا توافرت فيه العناصر او الاركان الخمسه ومن المسلم به ان القرار الذي يلحقه عيب في اي عنصر من عناصره المذكوره يعتبر باطلاً ومستحقاً للإبطال.

(١) الدكتور محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الاداري لسنة ٢٠٠٧/ص(٢٧٧).

(٢) ذكرها حمدي ياسين عكاشه ص (٥٥٩) نقلاً عن د. ماهر صالح الجبوري الوسيط في القانون الاداري، مصدر سابق، ص (٣٦٢، ٣٦٣).

بمعنى ان البطلان هو الجزاء المترتب على عدم مراعاة واستكمال هذه العناصر^(١).

ولكل ركن من هذه الاركان السابقه عيب يتصل به فركن الاختصاص يقابله وجه الطعن بعدم الاختصاص وركن الشكل يقابله وجه الطعن بعيب الشكل وركن الموضوع يقابله وجه الطعن بمخالفة القانون وركن السبب يقابله وجه انعدام او عدم صحة السبب وركن الغايه يقابله وجه الطعن بالانحراف في استعمال السلطة.

اما من موقفه المشرع العراقي من ركن الغاية فقد نص قانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل في المادة (٧/ثانياً/٣/٥) وفي تعديده لأوجه الالغاء على انه (٣)... أو فيه اساءة او تعسف في استعمال السلطة) ويلاحظ ان المشرع اورد عبارتي الاساءة والتعسف في حين ان كلاهما يعني تجاوز الادارة لحدود السلطة الممنوحة لها^(٢).

اما تطبيقات محكمة القضاء الاداري قرار الغاء اجازة البناء لان فيه اساءة وتعسف في استعمال السلطة ومن ثم ألغت قراراً بعدم تجديد اجازة البناء لان ذلك لا يرتكز الى سبب قانوني ويشكل

تعسفاً في استعمال السلطة^(٤).

وفي قرار لمجلس الانضباط العام ألغى فيه الامر الوزاري وسمح للمدعية بالاستمرار في اجازتها الدراسية والغاء القرار القاضي بالغاء الاجازة الدراسية الممنوحة لها لانه لا سند له من القانون وينطوي على التعسف مما يستوجب الغاءه واستمرار الاجازة الدراسية^(٥).

وفي قرار لمجلس شوري الدولة ألغى فيه قراراً لوزارة التربية وذلك لحملة صفة

(١) ان العيوب التي يمكن ان تصيب القرار الاداري هي عيب السبب وعيب مخالفة الشكل والاجراءات، عيب عدم الاختصاص، عيب مخالفة القانون، عيب اساءة استعمال السلطة نقلاً عن المحامي الدكتور محي الدين القيسي استاذ في كليتي الحقوق في الجامعة اللبنانية وجامعة بيروت العربية ومعهد الدروس القضائية، مبادئ القانون الاداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية لسنة ٢٠٠٣ بيروت ص(٩٢)

(٢) د. غازي فيصل مهدي، المحاضرات السابقة.

(٣) قرار محكمة القضاء الاداري المرقم ١١١/١٩٩٧ في ٢٩/١٢/١٩٩٧ والمصادق عليه بقرار الهيئة العامة المرقم ١٧/اداري - تمييز / ١٩٩٨ في ١٣/٤/١٩٩٨ (غير منشور).

(٤) قرار محكمة القضاء الاداري المرقم ١٤٨/١٩٩٧ في ٢٩/١٢/١٩٩٧ والمصادق عليه بقرار الهيئة العامة رقم ١٩/اداري - تمييز ١٩٩٨ في ١٣/٤/١٩٩٨ (غير منشور).

(٥) قرار مجلس الانضباط العام المرقم ٤٠٠/١٩٩٧ في ٧/٢/١٩٩٨ والمصادق عليه بقرار الهيئة العامة رقم ٣٥/اداري - تمييز / ١٩٩٨ في ١٣/٤/١٩٩٨ (غير منشور).

التعسف في استعمال السلطة فقد الغت الهيئة العامة قراراً لوزارة التربية يتضمن نقل خدمات موظف في وزارة التربية من وظيفة مشرف تربوي الى معلم اذ قدم الموظف شكوى الى الهيئة العامة تتضمن عدم فناعته بالقرار الصادر من وزارة التربية والخاص بنقله من مشرف تربوي الى معلم حيث طعن بالقرار تمييزاً لدى الهيئة العامة، ولدى تدقيق القرار من قبل المجلس لوحظ بأن الطعن التمييزي لهذا الموظف مقبول شكلاً لأنه مقدم ضمن المدة القانونية ولوحظ أن المشتكي قد اعترض على قرار الوزارة والمتضمن توجيه عقوبة (التوبيخ) وقرار آخر يتضمن نقل خدماته من مشرف تربوي الى معلم وفي بادئ الامر قرر المجلس رد الدعوى باعتبار ان هذا النقل عائد الى سلطة الوزير التقديرية الا انه وبعد الاطلاع على اضبارة الموظف الشخصية وجد أنه منسب للاشراف التربوي منذ عام ١٩٧٩ وقد نقل فعلاً الى درجة مشرف تربوي عام ١٩٨٧ بموجب قرار وزارة التربية كما ان التقارير السرية السنوية الصادرة بحقه اكدت على شعوره بالمسؤولية (جيد جداً) وتعاونه واهتمامه بالتوعية القومية (جيد جداً) كما وجدت عدداً من كتب الشكر التقديرية التي زادت على العشرة كتب اضافة الى عدم صدور اية عقوبة انضباطية بحقه وبعد اتضاح ان عملية نقله من مشرف تربوي الى معلم سيلحق به ضرراً مادياً معنوياً ولذلك فإن قرار وزارة التربية مبني على التعسف في استعمال السلطة لان عيب التعسف من عيوب القرار الاداري لذلك قرر المجلس الغاء قرار وزارة التربية واعادة الموظف الى وظيفته السابقة^(١) وفي هذا المثال نرى كيفية اتخاذ النقل الى وظيفة اخرى كأساس لالغاء القرار الاداري لوجود عيب الانحراف فيه.

ومن الامثلة القضائية كذلك ما جاء في قرار محكمة القضاء الاداري (حيث ان قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ١٣٣٣ في ١٢/٤/١٩٨٤ حول السادة الوزراء والمحافظين سلطة حجز اي موظف عند ثبوت تقصيره في اداء واجباته وحيث ان العلاقة الوظيفية بين المدعي والمدعي عليه قد انقطعت بصدور امر باعتبار المدعي مستقياً من الوظيفة وحيث ان قرار مجلس قيادة الثورة اعلاه يسري على الموظف المستمر في الخدمة ويحتفظ بصفته موظفاً وبالتالي يكون قرار المدعي عليه بحجز المدعي يفتقد الى السند القانوني ويشوبه التعسف مما يستوجب الغاءه^(٢).

(١) اشار لتفاصيل هذا القرار : د. قيس عبد الستار عثمان، رئيس مجلس شورى الدولة في جريدة الزوراء الاسبوعية العدد ١٠٢ في ١٩٩٩/٥/٢٠، الصفحة الاولى.

(٢) حكم المحكمة رقم ١٩٩٨/٣٦ في ١٩٩٨/٥/٨ اشار له المستشار المساعد في مجلس شورى الدولة غسان حسن داود في بحثه الغاء القرار الاداري لعدم المشروعية، مجلة العدالة، العدد الاول، بغداد ١٩٩٩ ص (١٤٨).

هذا ويعد الانحراف في استعمال الاجراء في العراق اكثر صور الانحراف بالسلطة شيوعاً في قرارات القضاء الاداري وهذه الصورة من صور الانحراف تمتاز بسهولة تحديدها اذا ما قورنت بصور الانحراف بالسلطة الاخرى رغم ان قرارات القضاء العراقي المتعلقة بالانحراف تشير الى عيب مخالفة القانون في تكييف هذه الصورة كما تمتاز هذه الصورة ايضاً بأنها اسهل اثباتاً من صور عيب الانحراف في السلطة الاخرى ونشير هنا الى قرارات مجلس شورى الدولة وقضاء محكمة القضاء الاداري حول الانحراف بالاجراءات^(١) وكما يلي:-

في قرار لمحكمة القضاء الاداري قررت ان لدائرة الضريبة اللجوء الى تطبيق قانون تحصيل الديون الحكومية رقم ٥٦ لسنة ١٩٧٧ بتحصيل الديون التي في ذمة المدين لان تقوم بوضع اشارة الحجز على العقار لان عملها هذا ينطوي على انحراف في استعمال السلطة^(٢).

وفي قرار لمجلس شورى الدولة قرر فيه ان امانة بغداد كانت منحرفة بسلطتها عندما لجأت الى حجز المدعي بالاستناد الى الفقرة (ب) من (١) من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٥٥) لسنة ١٩٩٣ وكان عليها اللجوء الى دائرة التنفيذ المختصة التي تتولى بأسلوب التنفيذ الجبري عملية اخلاء العقار المشغول من قبل المدعي^(٣).

اما في مجال السلطة نزع الملكية للمنفعة العامة فإنه يلاحظ ان الادارة في العراق كثيراً ما تلجأ الى اسلوب اخر في سبيل تحقيق نزع الملكية وهو الامتناع عن منح اجازات البناء او الغائها لاشخاص المعنيين بحجة انها تروم استملاك الارض او البناء بعد ذلك ويعد ذلك انحرافاً منها بسلطتها باتباع وسيلة غير قانونية وصولاً الى تحقيق غرضها المحدد قانوناً وقد قررت محكمة التمييز الغاء قرار الادارة لامتناعها عن منح الاجازة لمدعي رغم دفعه لضريبة العقار بحجة انها تروم استملاك القطعتين محل الدعوى ولم يقيم المدعي عليه باجراءات الاستملاك^(٤).

(١) خالد رشيد الدليمي، الانحراف في استعمال السلطة، دراسة مقارنة رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٨، ص (٩٦).

(٢) قرار محكمة القضاء الاداري رقم ١٠٠/قضاء اداري / ١٩٩٧ في ١٩٩٧/١٢/٢٩ اشار له خالد رشيد الدليمي، المصدر السابق، ص (٩٧).

(٣) قرار مجلس شورى الدولة رقم ٠٦٦ / اداري - تمييز / ١٩٩٥ في ١٩٩٥/١١/٢٦ اشار له خالد رشيد الدليمي، المصدر السابق، ص (٩٧).

(٤) قرار محكمة التمييز في ١٩٦٩/٧/٢٢. منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الاول، السنة التاسعة ١٩٧٠ ص (١١٤).

الفصل الثاني

((التعريف بركن الشكل والاجراءات في القرار الاداري))

يعد الشكل احد اركان القرار الاداري ومن ثم يعد القرار معيباً اذا صدر خلافاً للشكل او الاجراءات وقد استقر قضاء المحكمة الاداري العليا على ان الاصل ان القرار الاداري لا يخضع في اصداره لشكليات معينة مالم يستلزم القانون اتباع شكل محدد او اجراءات خاصة لاصدار القرار الاداري ولذلك فإن جهة الادارة مقيدة بشكل معين تفصح فيه عن ارادتها الملزمة مالم يحتم القانون اتباع شكل خاص بالنسبة لقرار معين.

اذ انه لا يكفي لمشروعية القرار الاداري ان يلتزم رجل الادارة حدود اختصاصه وانما يجب ان يصدر وفقاً للأجراءات التي حددها المشرع والشروط الشكلية المقررة ذلك ان القوانين حينما تخول الادارة ببعض السلطات فانها غالباً ما تجعل ممارسة هذه السلطات خاضعة لبعض الاجراءات او المعاملات الشكلية.

والاجراءات هي العمليات المختلفة التي يمر بها القرار الاداري منذ التحضير له الى ما قبل صياغته في الاطار الذي يظهر فيه القرار على انه كثيراً ما يؤخذ تعبير الشكل بمعنى واسع بحيث يشمل الاجراءات ايضاً وهو ما سوف نتبعه هنا من قبيل اختصار التعبير خاصة وان هذا العيب يتصل بالعناصر (الشكلية) في القرار الاداري (شكلاً واجراءات) بالمقابلة بالعناصر الموضوعية (المحل والسبب والغاية).

ويعتبر عيب الشكل والاجراءات سبباً من اسباب الغاء القرار الاداري وذلك عند تجاوز السلطة الادارية الشروط والاجراءات التي يوجب القانون او المبادئ العامة اتباعها في اصدار قراراتها.

ويؤلف عيب الشكل وعيب الاجراءات السبب الثاني من اسباب الابطال لتجاوز حد السلطة ويقوم هذا العيب في تجاوز السلطة الادارية في اتخاذ قرارها الشروط الشكلية والاجراءات التي يوجب القانون او المبادئ العامة اتباعها في اصداره وهو يؤدي كعيب عدم الاختصاص الى افساد المشروعية الخارجية للقرار وينتج عن ذلك بوجه خاص ان عيب الاختصاص وعيب الشكل او الاجراءات يعتبران مجرد صور لسبب واحد.

المبحث الاول مفهوم الشكل والاجراءات

سنتناول في هذا المبحث مفهوم الشكل والاجراءات في ثلاثة مطالب حيث سيكون الاول تعريف الشكل والاجراءات من الناحية اللغوية والاصطلاحية اما المطلب الثاني فسيتناول المفهوم القانوني للشكل والاجراءات هذا وسيكون الاخير هو للتمييز بين عيب الشكل وعيب الاجراءات.

المطلب الاول تعريف الشكل والاجراءات لغة واصطلاحاً

الشكل بالفتح المثل والجمع (اشكال) و (شكول) يقال هذا اشكل بكذا اي اشبه وقوله تعالى (قل كل يعمل على شاكلته) (الاسراء ٨٤) اي على جدليته وطريقته وجهته والاشكال العقل والجمع شكل وفي الحديث ان النبي (صلى الله عليه وسلم) (كره الاشكال في الخيل) وهو ان تكون ثلاث قوائم محجلة وواحدة مطلقة وثلاث قوائم مطلقة واحدة محجلة ولا يكون الشكال الا في الرجل والفرس مشكول وهو مكروه واشكل الامر التبس . وشكل الطائر والفرس من باب نصر وكذا شكّل الكتاب اذا قيده بالاعراب ويقال ايضا اشكل الكتاب كأنه ازال به اشكاله والتباسه والمشاكلة الموافقة والتشاكل مثله^(١).

والشكل بالكسر الدلّ يقال امرأة ذات شكل . والاشكال من الشاة الابيض الشاكلة والانثى شكلاً بينة الشكل^(٢) وقد يراد بالشكل هيئة الشيء وصورته ويقال مسائل شكلية يهتم فيها بالشكل دون الجوهر.

لقد استقر الفقه الاداري والاجتهاد القضائي على انه لا يكفي ان يصدر التعبير عن ارادة الادارة من جهة مختصة موضوعياً ومكانياً وزمانياً بل يجب ان يصدر القرار صحيحاً من

(١) ينظر محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ط٣ ، دار العلوم دمشق ، ١٩٨٩م - ١٤٠٩ هـ ص (٢٢٣-٢٢٤).

(٢) ينظر العلامة جمال الدين محمد الانصاري المعروف بان منظور ، لسان العرب المؤسسة المصرية العامة للتأليف والانتباء والنشر، الدار المصرية للتأليف والترجمة حرف الشين ، مادة شكل.

حيث الشكل والاجراءات التي فرضها القانون^(١) وعلى ذلك فقد عرف الدكتور سليمان محمد الطماوي شكل القرار بأنه (شكلية يؤدي عدم مراعاتها الى عدم ترتيب اي اثر قانوني للقرار الاداري)^(٢).

وهذا التعريف منتقد من حيث انه لم يعرف الشكل وانه فقط حكم على تخلف الشكل بعدم ترتيب اي اثر قانوني وهذا مخالف لما هو متفق عليه فقهاً وقضاءً بان مخالفة الشكل او الاجراء هي اسقاط لركن من اركان القرار الاداري لا تؤدي بأي حال من الاحوال الى انعدامه. وعرفه الدكتور احمد الديداموني بأنه (مجموعة القواعد الاجرائية والشكلية التي اوجب القانون على رجل الادارة مراعاتها قبل اصدار القرار الاداري)^(٣).

وعرف الدكتور حنا نده الشكل بأنه (الاطار الخارجي الذي يصدر به القرار او القالب الذي تعبر به الادارة عن ارادتها)^(٤).

وايضاً المقصود بركن الشكل والاجراءات هو مجموعة الشكليات التي تكون الاطار الخارجي ويبرز ارادة السلطة الادارية في اتخاذ واصدار قرار اداري معين حيث ينتج اثاره القانونية ويحتج به اراء المخاطبين به^(٥) ويقصد بالشكل في القرار الاداري المظهر الخارجي الذي يبدو فيه القرار والاجراءات التي تتبع في اصداره وتهدف الشكليات الى ضمان حسن سير المرافق العامة من ناحية وضمان حقوق الافراد من ناحية اخرى كما انها تشكل ضمانات للادارة نفسها تمنعها من الارتجالية والتسرع وتهديد حقوق الافراد وحررياتهم باتخاذ قرارات غير مدروسة اي انها ليست مجرد روتين او عقبات او اجراءات ادارية لا قيمة لها^(٦).

اما الدكتور ماجد راغب الحلو فقد عرفه (بأنه مخالفة الادارة للقواعد الاجرائية واجبة الاتباع في اصدار القرارات الادارية)^(٧) وهناك من يذهب الى ان عيب الشكل والاجراءات ما هو

(١) د. عدنان عمرو، القضاء الاداري، قضاء الالغاء، مصدر سابق، ص (١٠٩).

(٢) سليمان الطماوي - النظرية العامة للقرارات الادارية، الطبعة الثالثة ١٩٦٦، ص (٢٤٤).

(٣) د. أحمد مصطفى الديداموني - الاجراءات والاشكال في القرار الاداري - الطبعة الاولى الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة - ١٩٩٣ ص (٢٨).

(٤) د. حنا نده - المصدر السابق - ص (٣٧٣).

(٥) د. عمار عوابدي - القانون الاداري - دار المطبوعات الجامعي - الطبعة الثالثة، بلا ص (١٢٢).

(٦) د. محمد الصغير بعلي - القرارات الاداري - دار العلوم للنشر - الجزائر سنة ٢٠٠٥ ص (٧٧ - ٧٩).

(٧) ينظر د. ماجد راغب الحلو - مرجع سابق - ص (٣٢٨).

الا اهمال او نسيان هذه الشكليات والاجراءات التي يجب ان يخضع لها القرار الاداري قانوناً لاكماله واتمامه^(١).

وعندما يشترط القانون اتباع شكل او اجراء معين انما يسعى من جهة لتحقيق مصلحة الافراد وعدم فسح المجال للادارة لاصدار قرارات مجحفة بحقوقهم بطريقة ارتجالية ومن جهة اخرى يعمل على تحقيق المصلحة العامة في الزام الادارة باتباع الاصول والتروي وعدم التسرع في اتخاذ قرارات خاطئة .

واذا كان ظهور اوجه الالغاء في فرنسا بفضل القضاء فان ظهورها في مصر والعراق كانت دفعة واحدة بنص المشرع فقد نص المشرع العراقي في المادة ٧/ثانياً من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ (قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل) (يعتبر من اسباب الطعن بوجه خاص بما يلي :

١. ان يتضمن الامر او القرار خرقاً او مخالفة للقانون او الانظمة والتعليمات .
٢. ان يكون الامر او القرار قد صدر خلافاً لقواعد الاختصاص او معيباً في شكله (...).

وقد رتب القضاء الاداري في العراق بطلان القرار الاداري جزاء لمخالفة الادارة للشكليات والاجراءات التي يتطلبها القانون فقد قضى مجلس الانضباط العام في حكمه الصادر في ٢٧/١٠/٢٠٠٣ .. فضلاً عن ذلك فان المعترض عليها اضافة لوظيفتهما كانا قد فرضا هذه العقوبة خلافاً لنص المادة (١٠) منه القانون المشار اليه التي اوجبت اجراء التحقيق الاداري مع الموظف المخالف من لجنة تحقيق اصولية متكونة من رئيس وعضوين احدهما حاصل على شهادة جامعية اولية في القانون وعليه ولكل ما تقدم ذكره قرر المجلس وبالاتفاق الحكم بالغاء عقوبة الفصل المطعون بها الصادرة بموجب الامر الاداري المذكور في صدر هذا الحكم..^(٢).

ويؤلف عيب الشكل وعيب الاجراءات السبب الثاني من اسباب الابطال لتجاوز حد السلطة ويقوم هذا العيب في تجاوز السلطة الادارية في اتخاذ قرارها الشروط الشكلية والاجراءات التي يوجب القانون او المبادئ العامة اتباعها في اصداره وهو يؤدي كعيب عدم الاختصاص الى افساد المشروعية الخارجية للقرار الاداري .

(١) د. محسن خليل - قضاء الالغاء - مرجع سابق ، ص (٣٧٠ - ٣٧١).

(٢) قرار مجلس الانضباط العام رقم ١٧/٢٠٠٣/١٧ الصادر في ٢٠٠٣/٧/١ (غير منشور).

وقد عرفت المحكمة الادارية العليا عيب الشكل (بأنه عدم احترام القواعد الاجرائية او الشكلية المحددة لاصدار القرارات الادارية في القوانين واللوائح سواء كان ذلك باهمال تلك القواعد كلية او بمخالفتها جزئياً^(١)).

وقد عرفه الدكتور محسن خليل بانه (عدم التزام جهة الادارة بالاجراءات والشروط الشكلية الواجب اتباعها في اصدار القرارات الادارية)^(٢).

والشروط الشكلية والاجرائية لا تتم الا بصدر القرار الاداري فلو شرعت قواعد جديدة للشكل او الاجراءات ولم يكن القرار الاداري قد صدر بعد فلا بد من استكمال الشكليات والاجراءات لتكون مطابقة للقواعد الجديدة مع ملاحظة ان ما تم من الاجراءات لا يعاد وانما يكمل فقط^(٣) والشكل لا يتعلق بالنظام العام ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ورغم ذلك فان اخضاع السلطات الادارية لبعض الاجراءات الشكلية يشكل ضماناً قوية للأفراد^(٤).

اذ انه لا توجد قاعدة تبين الشكل الذي يجب ان تتخذه القرارات الادارية ولكن على السلطة الادارية ان تلتزم بالشكل المحدد لاتخاذ قرار ما^(٥).

ومن الجدير بالذكر ان التزام الادارة باوضاع شكلية او اجرائية معينة لاصدار قرارها الاداري لا يجد مصدره في قواعد القانون بالمعنى الضيق فقط وانما يجده في مصادر متعددة هي مصادر المشروعية بوجه عام .

وتأسيساً على ذلك فان مراعاة الاوضاع الشكلية للقرار الاداري لا تقل اهمية عن مراعاة النصوص الموضوعية للقانون لانه القرار الاداري يتمتع بقوة الشيء المقرر بقربية السلامة لذلك يعتبر انه صدر صحيحاً ومتفقاً مع القانون في حدود الصالح العام ما لم يثبت عكس ذلك^(٦) وعلى هذا الاساس اوجب رجل الادارة مراعاة بعض الاجراءات الشكلية في

(١) د. خالد خليل الظاهر ، القانون الاداري – المرجع السابق ص (٢٦٠)..

(٢) د. محسن خليل، قضاء الالغاء – المصدر السابق – ص (٩٥).

(٣) د. محمد علي آل ياسين ، مصدر سابق ، ص (٣٠٦).

(٤) د. محمد عبد الله الديلمي نظرية القرار الاداري ، دار الثقافة للنشر ، الاردن سنة ٢٠٠١ ص (٨٩).

(٥) د. شاب توما منصور ، القانون الاداري – دراسة مقارنة – الجزء الاول – الكتاب الثاني ، الطبعة الثانية

– ١٩٧٥ – ١٩٧٦ مطبعة سليمان الاعظمي – بغداد – ص (٣٩٤).

(٦) قرار رقم ٨٦/٢١ ص ٤٠ مجلة نقابة المحامين العدد (١) السنة ٣٥ نقلًا عن د. عمر محمد الشوبكي –

المرجع السابق – ص (٢٩٠).

بعض الاحيان كأخذ رأي بعض اللجان او اجراء تحقيق او ابداء الاسباب الموجبة لاتخاذ القرار حتى يأمن مواطن الزلل ولا تصدر قرارات ارتجالية .

اما الاجراءات في القرار الاداري فيقصد بها (الخطوات التي يجب ان يمر بها القرار قبل صدوره او بعده وهي اجراءات يتطلبها القانون عند اتخاذ القرار الاداري دون ان تدخل في صياغته^(١)) والاجراءات التي يضعها المشرع بالنسبة لبعض القرارات الادارية شأنها بذلك شان القواعد الشكلية قد يتطلبها تحقق مصلحة الادارة وذلك بضمان صدور قراراتها بصورة سليمة من الناحية القانونية فتصدر هذه القرارات بدون تسرع وبعد تروٍ وتمحيص ووزن ملاسبات الامور وظروفها ومن ناحية اخرى قد يكون في تقدير بعض الاجراءات الشكلية اقامة بعض الضمانات لافراد حيث تكون بمثابة الثقل الذي يوازي السلطات الضخمة الممنوحة للادارة وكما هو الحال بشأن الاجراءات التي تسبق قرار فرض الجزاء على مواطن ما حيث تمكن هذه الاجراءات من بيان وجهة نظر هذا المواطن والدفاع عنها قبل اصدار القرار الجزاء بحقه كما قد يترتب على هذه المزايا التي توفرها الاجراءات في القرار الاداري لكل من الادارة والمواطن يجب ان لا تغطي عليها فكرة اغراق الادارة بالاجراءات الروتينية حيث يؤدي ذلك الى اعاقه حرية الادارة في الحركة ومنعها احياناً من اتخاذ القرار بالسرعة الممكنة وبالوقت الملائم غير ان على المشرع ان يحاول التوفيق بين صالحى الادارة والافراد في هذا الشأن بحيث يتم تفادي الاجراءات غير الضرورية او الروتينية والتي تعيق حرية الادارة ونشاطها وعملها^(٢).

والاجراءات الادارية يمكن ان تقسم بصورة عامة الى قسمين رئيسيين هما الاجراءات التي تكون قبل صدور القرار والاجراءات التي تلي صدور هذا القرار فبالنسبة للتقسيم الاول فان القانون قد يلزم الادارة احياناً باتخاذ اجراءات معينة قبل اصدار القرار وذلك كاجراء التحقيق وسماع اقوال صاحب الشأن او اطلاقه على الاوراق أو اتمام بعض اجراءات العلانية ففي مثل هذه الحالات يتعين اتمام هذه الاجراءات قبل اصدار القرار حيث استقرت احكام القضاء الاداري في كل من فرنسا ومصر مثلاً على بطلان الجزاء الذي يوقع على الموظف قبل مواجهته بالتهمة المنسوبة اليه وسماع اقواله عنها وتحقيق دفاعه فيها^(٣).

(١) د. محمود حلمي ، المصدر السابق ، ص (٨٨).

(٢) انظر د. مصطفى ابو زيد فهمي - المصدر السابق - ص (٤١٥ - ٤١٦) والدكتور عبد الفتاح حسن

القانون الاداري - الكويتي - مصدر سابق - ص (٣٧٢).

(٣) انظر محمود حلمي - المصدر السابق - ص (٨٨).

غير انه من الجدير بالاشارة الى اهمية التمييز بين الاجراءات التي تسبق صدور القرار الاداري والتي يؤدي اهدارها الى اعتبار القرار الاداري معيباً في اجراءاته وهي بالتالي تؤثر في مشروعيته وبين الخطوات التي يمر بها مشروع القرار قبل ان يصدر فعلاً فهذه الاخيرة لا علاقة لها بصحة القرار بل مجرد تنظيم داخلي وهي عبارة عن اجراءات تمهد فقط لاصدار القرار حيث ان تجاوزها لا يؤثر في مشروعيته^(١) ومهما كان نوع الاجراءات الادارية فان عدم اتباعها او مخالفتها او الانحراف بها من قبل الادارة وكما ينص عليها القانون تجعل القرار الاداري مشوباً بعيب الاجراء او بعيب الانحراف في الاجراء وبالتالي معرضاً للابطال ويقصد بالانحراف في الاجراءات الحالة التي تستعمل فيها الادارة سلطتها لاصدار قرارها بدل الاجراءات التي يفرض عليها القانون اتباعها .

ويكون من شأن انحراف الاجراءات ان يصبح القرار الاداري معيباً في مشروعيته الخارجية اولاً اذ يكون هذا القرار قد صدر بنتيجة اجراءات لا تؤمن عادة لاصحاب الشأن الضمانات المقررة لهم في القانون كما انه يعيب القرار في مشروعيته الداخلية لان الادارة قد طبقت في اصداره نصاً لا يدخل هذا القرار في نطاق تطبيقه حيث اكد الفقه والقضاء الفرنسي والمصري على ان الانحراف في استعمال الاجراءات يؤدي الى الحكم بالبطان ويؤثر في مشروعيته وصحة التصرف الاداري ومن الفقهاء العرب من يذهب الى (أن الانحراف في الاجراءات او اساءة استعمال الاجراءات ليست سوى صورة من صور مخالفة قاعدة تخصيص الاهداف حيث ان القانون في بعض الاحيان يضع اجراءات معينة يوجب اتخاذها اذا ارادت الادارة الوصول الى هدف معين وهذه الاجراءات قد تحوى بعض الضمانات الفردية وقد تتسم بشيء من الدقة والطول والسبب او لآخر قد تحاول الادارة الا تتبعها مفضلة استعمال اجراءات اخرى ليس فيها مثل تلك الضمانات وتلك الدقة ويكون القانون قد وضعها لهدف آخر^(٢) .

(١) د. عبد الفتاح حسن - ص (٣٧٢).

(٢) انظر د. مصطفى كمال وصفي - أصول اجراءات القضاء الاداري ، الطبعة الثانية - ١٩٧٨ مطبعة الامانة بمصر ص (٣٦١) وما بعدها.

المطلب الثاني

المفهوم القانوني للشكل

يختلف مفهوم الشكلية في القوانين القديمة عن مفهومها في القوانين الحديثة ، كانت الشكلية في القانون الروماني عبارة عن مجموعة من الاجراءات والطقوس التي يقرها القانون والتي يرتب على مباشرتها اثرأ قانونياً معيناً من قيام عقد او انهائه وقد انطبع هذا القانون بطابع خاص من الشكلية التي سادت كل انظمة القانون فلم يكن مبدأ الرضائية اصلاً من اصول هذا القانون لان الادارة كانت عاجزة عن انشاء التصرف القانوني او تحديد اثره وشروطه الا اذا تم التعبير عنها طبقاً للاوضاع والطقوس التي حددها القانون وان اي مساس بمراسيم الشكلية يجعل العقد باطلاً منعدم الاثر .

اما عن مفهوم الشكل في القوانين الحديثة فانه بالرغم من ان الكثير من القوانين تضمنت في طياتها نصوصاً تستلزم اتخاذ التعبير عن الارادة شكلاً معيناً لاجل انعقاد التصرف القانوني او لاجل ترتيب اثره الا ان ايأ منها لم يعرف الشكل ففيل ان المقصود بالشكل هو الرسمية في عرف الفقه والقضاء لكن ما ورد اعلاه لم يكن على قدر كبير من الدقة لان الشكلية تختلف عن الرسمية من حيث ان الشكلية تكون اوسع نطاقاً من الرسمية فليس كل تصرف شكلي تصرفاً رسمياً وهذا الخلط بين الشكلية والرسمية مرده الى ان اغلب التصرفات الشكلية كانت تصرفات رسمية وبالرغم من ان فقهاء القانون تصدوا لتحديد معنى الشكل الوارد في نصوص القانون الا انهم لم يتفقوا على رأي واحد بهذا الصدد بل اختلفوا حتى في تحديد طبيعته وما اذا كان مجرد تعبير عن الارادة او هو صورة خاصة من صور هذا التعبير كما امتد هذا الاختلاف الى مدى حرية الارادة في نطاق التصرف الشكلي.

فالشكل هو تعبير عن الارادة يقع في صورة اجراء يفرضه المشرع وهذه هي السمة الاولى اما السمة الثانية فهي ان الارادة لا يكون لها اي حرية في التعبير بغير هذا الاجراء اي ان الشكل المفروض من قبل المشرع لا يمكن استبداله بأخر ولا خلاف ان الارادة الكامنة في النفس لا يعبأ القانون بها الا اذا ظهرت الى العالم الخارجي في شكل مادي ملموس يجعل من الممكن فهمها وتقدير مدى جديتها في الانصراف الى احداث الاثر القانوني ومن هنا كان التعبير عن الارادة امرأ اساسياً لا بد من توافره لوجود الارادة وفعاليتها والقاعدة العامة في القوانين الحديثة ان للارادة حرية اختيار الشكل الذي تظهر فيه الى العالم الخارجي فهي قد تبدو في صورة لفظ او كتابة او اشارة متداولة عرفاً او تتخذ مسلكاً لا يثير لبساً في دلالاته

عليها^(١) طالما ان القانون لم يفرض شكلاً معيناً للتعبير عنها لانه عندئذ يجب اتباع هذا الشكل ولكن الشكل الذي تختاره الارادة بحرية التعبير وعليه فان الشكل بمعناه القانوني الدقيق (هو صورة خاصة من صور التعبير عن الارادة يفرضها المشرع) وبناء على ما تقدم فان الشكل بمعناه الدقيق يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتعبير عن الارادة اذ هو يعد شرطاً لوجود هذا التعبير وليس شرطاً لفاعليته فعندما ينص قانون المناقصات على ضرورة الاعلان عن المناقصة لمدة اسبوعين ثم تصدر الادارة قراراً باقفال باب قبول الاسعار قبل مدة الاسبوعين المحددين فان قرارها يكون باطلاً لمخالفته عنصر الشكل الاجرائي^(٢).

(١) ينظر في ذلك د. سعد حسين الحلبوسي - كلية القانون - جامعة الانبار - مجلة جامعة الانبار للعلوم

القانونية والسياسية العدد ٢ سنة ٢٠١٠ ص ٤ وما بعدها .

(٢) د. حسن محمد عواضه ، المبادئ الاساسية للقانون الاداري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر

والتوزيع ، بدون سنة طبع ، ص (١٣٨).

المطلب الثالث

التمييز بين عيب الشكل وعيب الاجراءات

يؤلف عيب الشكل وعيب الاجراءات السبب الثاني من اسباب الابطال لتجاوز حد السلطة ويقوم هذا العيب في تجاوز السلطة الادارية في اتخاذ قرارها الشروط الشكلية والاجراءات التي يوجب القانون او المبادئ العامة اتباعها في اصداره وهو يؤدي كعيب عدم الاختصاص الى افساد المشروعية الخارجية للقرار الاداري

ويفرق الفقه عادة بين عيب الشكل وعيب الاجراءات معتبراً ان عيب الشكل هو الذي يشوب القرار الاداري بحد ذاته في شكله الخارجي اما عيب الاجراءات فهو الذي يشوب القرار تبعاً للاخلال الواقع في المعاملات او الاجراءات الواجب اتباعها لاجل اصداره والذي يؤثر بالتالي في مشروعيته^(١).

وقد يكون هذا التفريق مفيداً في الواقع اذ ينظر القضاء عادة الى عيب الاجراءات كعيب يفوق عيب الشكل جسامة ويرتب عليه وبالتالي ابطال القرار الاداري الذي لا يقرر الابطال في الغالب على اساس العيب في شكل القرار الذي لا يكون دوماً عيباً جسيماً يؤثر في شرعيته واذا كان المشرع ومن ثم القضاء قد رتب الابطال مبدئياً على قيام عيب الشكل او عيب الاجراءات فذلك بالنظر للاهمية التي تعود بوجه عام لمراعاة وقواعد الشكل والاجراءات الممهدة لاتخاذ القرار الاداري في تحقيق المصلحة العامة ومصحة الافراد على حد سواء ذلك ان تقيد الادارة بقواعد الشكل والاجراءات يمنعها من التسرع والارتجال ويمنحها فرصة معقولة للتروي ودرس وجهات النظر المختلفة عند اتخاذ قرارها مما يؤدي الى اصدار هذا القرار على افضل وجه ويحقق بالتالي الصالح العام كما يحقق هذا الامر بنفس الوقت مصلحة الافراد الذين يهمهم صدور القرارات الادارية محاطة بضمانات كافية من الدرس والاطلاع على مختلف الاسباب والحجج المقدمة من ذوي الشأن فتأتي في محلها اللزم من حيث الملازمة والمشروعية .

ومن الجدير بالذكر الى ان الفقه الاداري انقسم الى اتجاهين فذهب جانب من الفقه الى التفرقة بين الشكل والاجراء في القرار الاداري وعدم اعتبارهما عنصراً واحداً يشكل سبباً من اسباب الالغاء ويستند هؤلاء الى تعريفهم للاجراءات بانها (مجموعة العمليات او القواعد القانونية التي يجب على الادارة مراعاتها منذ بدء التفكير في اصدار القرار لحين وضع القرار

(١) انظر اوبي ودراغو ٢ فقرة ١٠٧٩ نقلاً عن د. ادوار عيد - القضاء الاداري ، الجزء الثاني - مطبعة

البيان - بيروت - ١٩٧٥ ص (١٢٢).

في قالب او الصورة التي يصدر فيها وتعريفهم للشكل بانه (الاطار او الصورة التي تظهر فيها ارادة الادارة المنفردة بشكلها النهائي)^(١).

في حين ذهب جانب اخر من الفقه الاداري الى اعتبار الاجراء من عناصر الشكل على اساس ان المقصود بالشكل الخارجي المظهر الخارجي الذي يتخذه القرار للافصاح عن ارادة الادارة المنفردة وذلك لا مجال للفصل بين الادارة المتبع لاصدار القرار وشكله^(٢).

وبالرغم من الحجج التي استند اليها كل من الرأيين السابقين فأننا نرى ان الرأي الذي يذهب الى اعتبار الشكل او الاجراء عنصراً واحداً هو الاقرب للصواب ذلك لان الفصل بين الشكل والاجراء في القرار لا يتفق مع ما قرره المشرع الاردني في قانون محكمة العدل العليا الحالي حيث نص في المادة (١٠ / ح) على ان من اسباب الغاء القرار الاداري (اقتران القرار او اجراءات اصداره بعيب الشكل) كما لا يتفق هذا الرأي مع ما استقر عليه قضاء محكمة العدل العليا في تفسيرها لهذا النص على انه يشمل الاجراءات كما يشمل الشكل في القرار الاداري .

١. عبد الفتاح حسن- التفويض في القانون الاداري والادارة العامة - ١٩٧١ - ص (١٢٧) .

٢. طعيمة الجرف - القانون الاداري - دراسة مقارنة ، ١٩٧٣ ص (٤٩٠).

المبحث الثاني

الايضاح المختلف للشكل والاجراءات

تتعدد وتختلف الاشكال والاجراءات الواجب اتباعها من جانب الادارة عند اصدار قرارها اذ ان الشرع لم يشترط شكلاً معيناً للتعبير عن ارادة الادارة وان كان الغالب ان يكون هذا التعبير بالكتابة ذلك بان معظم القرارات الادارية تكون مكتوبة الا انه ليس ثمة ما يمنع من ان يكون التعبير عن ارادة الادارة غير مكتوب فيكون شفهيّاً او يكون بسكوت الادارة حيث ان سكوت الادارة وصمتها يعتبر في بعض الاحيان قراراً ادارياً.

هذا وان كانت القاعدة العامة بخصوص شكل القرار الاداري تقضي بان ليس للقرار الاداري شكل معين يصدر فيه وان التعبير عن الارادة اي ارادة العضو الاداري لا يشترط منه ان يصدر بشكل معين الا ان القانون قد يفرض على الادارة التعبير عن ارادتها في شكل معين واذا ما وجد نص صريح يقضي بذلك حيث يعتبر الشكل في هذه الحالة ركناً من اركان القرار الاداري باطلاً لعدم استيفاء الشكل المقرر قانوناً فاذا نص القانون مثلاً على ان فصل الموظف بغير الطريق التأديبي يجب ان يكون بقرار من رئيس الحكومة او رئيس الجمهورية فان الفصل في هذه الحالة لا يكون صحيحاً الا اذا صدر في الشكل الذي تصدر به قرارات رئيس الحكومة او رئيس الجمهورية او ان يفرض القانون على الادارة ان تصدر قرارها بشكل كتابي حيث يتعين عليها في هذه الحالة ان تعلن عن ارادتها على هذا النحو فان خالفت ذلك واصدرت قرارها مثلاً بشكل شفهي كان ذلك القرار معيباً في شكله وقابلاً للابطال وهذا ما نصت عليه المادة (٢٧) من القانون الاساسي العراقي الملغى لسنة (١٩٢٥) والتي تنص على انه (يستعمل الملك سلطته بارادات ملكية تصدر بناء على اقتراح الوزير او الوزراء المسؤولين وبموافقة رئيس الوزراء ويوقع عليها من قبلهم^(١)) اما اذا لم يجعل القانون المظهر الخارجي ركناً من اركان القرار الاداري فان عدم افراغ القرار بالشكل المحدد في القانون لا يترتب عليه بطلان القرار الاداري .

حاصل القول اذن ان الاوامر الادارية ليس لها اشكال ولا انواع تحصرها بل هي مجرد تعبير من الموظف المختص عن ارادته في التصرف على وجه معين في امر معين ولغرض

(١) انظر مجموعة البيانات والقوانين لسنة ١٩٢٥ ، الحكومة العراقية - المطبعة العصرية - بغداد - ١٩٢٦ ص (٨٠).

معين من اغراض وظيفته في حدود اختصاصه . ويكون للامر الاداري قوام بمجرد صدوره بطريقة قاطعة وتنفيذية ومن ثم فقد يستنتج الامر الاداري من مجرد اعمال التنفيذ المادي^(١) .

وكما قلنا ان الادارة غير ملزمة باصدار قراراتها الا في شكل معين فلها ان تعبر عن ارادتها الملزمة بشكل مكتوب كما هو مألوف او بشكل غير مكتوب الا في الحالات التي يتدخل فيها ويلزم الادارة باصدار قرارها بشكل معين وسنتناول في هذا المبحث في المطلب الاول الاشكال المكتوبة للقرار الاداري وفي المطلب الثاني الاشكال غير المكتوبة للقرار الاداري وعلى التفصيل الاتي :-

(١) المحكمة الادارية العليا - الطعن رقم ٥١٣ لسنة ٤٢ ق بتاريخ ١٢/٢٦/١٩٩٩ نقلاً عن د. رمضان محمد بطيخ - القضاء الاداري (القرارات الادارية ومبدأ المشروعية - مرجع سابق - ص (١٤٨).

المطلب الاول

الاشكال المكتوبة للقرار

(شكليات مظهر القرار الخارجي)

من المتفق عليه انه ليس للقرار شكل معين يجب ان يصدر فيه فقد يأتي القرار او يصدر شفويًا او ضمناً الا ان القانون قد يشترط ان يكون القرار مكتوباً وفي هذه الحالة يتوجب على الادارة اتباع الشكل الذي تطلبه المشرع والا عد قرارها مخالفاً لشكل جوهرى مما يؤدي الى ابطاله وسنبحث في هذا المطلب شكليات لمظهر القرار الخارجي وكما يلي :-

الفرع الاول - الشكل الكتابي (القرار المكتوب) (١)

القرار الاداري يصدر وكما هو مألوف دائماً مكتوباً وربما يرجع ذلك الى طبيعة عملية اصدار القرار الاداري اذ ان هذه العملية تمر في العادة بعدة مراحل ومن خلال مجموعة من الاشخاص فلا يتصور ان يكون مرسوم ما او قرار تنظيمي ما غير مكتوب مثلاً ومن الجدير بالذكر في الكويت مثلاً ان تكون القرارات الادارية على شكل مواد او فقرات تتدرج بارقام ويمكن ان يتخذ القرار المكتوب صيغة اخرى كما يمكن ان يسمى مرسوماً او امراً اميرياً او ارادة ملكية او قراراً جمهورياً او قراراً وزارياً او جامعياً.. الخ (٢).

واذا كان الاصل او القاعدة العامة بشأن الشكل في القرار الاداري انه لا يشترط فيه ان يصدر في هيئة معينة او في شكل خاص وانما يستكمل هذا القرار لشروطه واركانه واحكامه كما اعلنت الادارة اثناء قيامها بواجباتها الوظيفية عن ارادتها الملزمة وبقصد احداث اثر قانوني معين فان المشرع قد يشترط احياناً ان يصدر القرار كتابة ويكون هذا الشكل مفروضاً ضمناً كما تطلب القانون نشر القرار الاداري في الجريدة الرسمية او في نشرات معينة او ان يكون مسبباً او موقعاً عليه او مصادقاً من قبل جهة معينة (٣) ومن امثلة ذلك ما تنص عليه الفقرة ثانياً من المادة (٦) من قانون رعاية القاصرين رقم ٨٧ لسنة ١٩٨٠ بقولها (لا تنفذ

(١) د. ابراهيم طه الفياض - المصدر السابق - ص (٣١٩).

(٢) المصدر نفسه - ص (٣١٩).

(٣) انظر د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - ص (٢٤٦).

قرارات المجلس الصادرة بغياب وزير العدل الا بعد مصادقته وتعتبر المصادقة تامة ما لم يعترض عليها خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيلها في مركز الوزارة^(١).

ويعد استيفاء الشكل الكتابي للتحقيق ضماناً هامة للموظف عند التحقيق معه فيما هو منسوب اليه من اتهام حيث تضمنت الفقرة (ثانياً) من المادة (١٠) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ بان تتولى اللجنة التحقيقية التحقيق تحريراً مع الموظف المخالف المحال عليها ولها في سبيل اداء مهمتها سماع وتدوين اقوال الموظف الشهود والاطلاع على جميع المستندات التي ترى ضرورة الاطلاع عليها وتحرر محضراً تثبت فيه ما اذا اتخذته من اجراءات وما سمعته من اقوال مع توصياتها المسببة^(٢).

يتضح لنا مما تقدم ان الشكل الكتابي للقرار الاداري الذي قد يكون مفروضاً ضمناً ومستفاداً من خلال طبيعة القرار الذي تصدره الادارة حيث انه عندما يتطلب القانون من الادارة ان يتم التصديق على القرار من قبل جهة معينة او هيئة معينة او لجنة معينة او مسؤول اداري معين ان ينشر القرار في جريدة رسمية معينة او ان يعلن بطريقة وضعه في مكان معين كأن يعلق مثلاً او ان يسبب هذا القرار حيث يعتبر التسبب هنا بمثابة القرار المكتوب حيث ان اشتراط التسبب من قبل المشرع مثلاً يعتبر بمثابة الاشارة الى ضرورة صدور القرار بصورة مكتوبة او ان يبلغ لذوي الشأن او ان يتم الاعلان عنه فأننا نستخلص نستخلص من كل هذا بان القرار يجب ان يكون مكتوباً والشكل الكتابي قد يكون واجباً ايضاً اذا كان منصوباً عليه في النص الذي تستمد منه سلطة اصدار القرار وقد يكون الشكل الكتابي واجباً ايضاً استناداً إلى القواعد العامة فمن يعين بوظيفة بشكل مرسوم جمهوري مثلاً يجب ان يصدر مرسوم مثله عند نقله الى وظيفة اخرى او عند احالته على التقاعد^(٣).

ان الكتابة في القرار الاداري تحقق وبلا ادنى شك الوضوح والاستقرار في المراكز القانونية ونظراً لأهمية الاثار التي تترتب على القرارات الادارية فان الجهات الادارية تعني باصدارها مكتوبة في صيغة معينة تتضمن بيانات واضحة عن الجهة الصادر منها القرار

(١) انظر قانون رعاية القاصرين ، وزارة العدل - سلسلة اصلاح النظام القانوني رقم (٨) لسنة ١٩٨٠ - ص (٨).

(٢) المستشار المساعد - احمد عبد الكريم المعيني - التحقيق الاداري والضمانات التي كفلها القانون عند فرض العقوبة - مجلة التشريع والقضاء السنة (٣) العدد الثالث - ٢٠١١ ص (٢٩).

(٣) انظر حامد مصطفى - مبادئ القانون الاداري العراقي - المصدر السابق - ص (٢٥٨).

وموضوعه وتاريخ العمل به وغالباً ما يشار في ديباجة القرار الى السند القانوني الذي يستند اليه القرار^(١).

ولهذا فإن من المتفق عليه ان تكون اوامر العمل الصادرة الى المقاول من قبل الادارة مكتوبة فالمقاول لا يتلزم بتنفيذ ما يصدر اليه من اوامر شفوية كما انه لا يمكنه الاستناد الى اوامر شفوية للحصول على التعويضات المطلوبة وعلى هذا فان صدور اوامر العمل بشكل مكتوب له اهمية عملية لا تنكر من حيث انها تحدد مدى سلطة المشرف لاختصاصه وفيه فائدة للادارة لالقاء المسؤولية على عاتق المشرف في حالة تجاوزه اضافة الى فائدة الكل المكتوب في قواعد الاثبات كما ان الشكل التحريري لاوامر العمل قد تكون شرطاً لازماً وضرورياً من اجل حصول المقاول على التعويضات المطلوبة وهذا ما يحدث كثيراً بالنسبة للاعمال الاضافية حيث لا يجوز اعادة او دفع التعويضات التي تنتج بسبب الاعمال الاضافية ما لم تكن هناك موافقة او بيعة تحريرية وهذا ما ذهب اليه القضاء الانكليزي حيث قرر بأنه لا يمكن للمقاول ان يحصل على كلفة الاضافات ما لم تكن هناك بيعة تحريرية وتؤيد ذلك^(٢).

كما ان القاعدة المطبقة في فرنسا ومصر من حيث النص صراحة على الشكل الكتابي لاوامر العمل في دفاتر الشروط هي نفسها مطبقة في العراق حيث نجد نصوصاً عديدة في الشروط العامة العراقية تتطلب ان يكون امر العمل امراً تحريرياً^(٣).

وعلى الرغم من ان الكتابة ليست ركناً في القرار الاداري حيث يصح بدونها الا انه اذا لزم المشرع الادارة بان تصدر قرارها في شأن ما مكتوباً وخالفت الادارة ذلك بطل هذا القرار حيث خالفت في اصداره الشكل الذي حدده لها المشرع واذا كان المشرع يشترط صراحة لصحة القرار الاداري ان يصدر مكتوباً فان اشتراط الشكل المكتوب يكون ضمناً كلما تطلب المشرع نشر القرار وفي هذه الحالة يتعين ان يتضمن القرار تاريخ صدوره^(٤).

(١) انظر د. محمود حلمي - المصدر السابق - ص (٨٥).

(٢) نقلاً عن رياض عبد عيسى الزهيري - مظاهر سلطة الادارة في تنفيذ مقاولات الاشغال العامة - رسالة ماجستير في القانون - الطبعة الاولى - ١٩٧٦ مطبعة الغزي الحديثة - النجف - ص (١٣٢ - ١٣٣).

(٣) المصدر اعلاه - ص (١٣٤).

(٤) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة - القرارات الادارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة - مصدر سابق ص (٩٦).

الفرع الثاني – ذكر الاسانيد القانونية التي يقوم عليها القرار :-

يقصد بهذه الشكلية ان تذكر الادارة في متن القرار الاداري النصوص القانونية التي استندت اليها في اصدار القرار الاداري كأن تذكر في مطلع القرار الاداري عبارة (عملاً باحكام المادة رقم ... من قانون او نظام ... قررت ...) او عبارة (أستناداً لاحكام المادة رقم ... من قانون او نظام ... قررت ...) وقد استقر القضاء الاداري على ان الاشارة لاسانيد القرار ليس شرطاً لصحته من حيث الشكل شريطه ان يكون هذا السند القانوني قائماً وصحيحاً من الناحية القانونية وهذا ما اكدته محكمة العدل العليا في بعض احكامها بقولها (ان الخطأ في ذكر المادة القانونية لا يوجب الغاء القرار الاداري ما دام ان للمجلس الذي اصدر القرار صلاحية اصدار ذات القرار بالاستناد الى مادة اخرى ويمكن حمله على الوقائع الثابتة في ملف الدعوى ...) (١).

اي ان يحدد مصدر القرار ويوضح في صلب القرار الاداري القواعد والمبادئ القانونية التي يستند اليها والحقيقة ان ذكر السند ليس بالامر الواجب ولكنه بالتأكد دليل الوضوح من جانب الادارة ومطمئن للمخاطب بالقرار وان كان القضاء ليعتبر ان الاشارة للسند القانوني شرط لصحة القرار لانه يفترض ان اي قرار اداري يجب ان يكون له سند من القانون والا كان مصيره البطلان وحتى في حالة ذكر سند غير صحيح فان ذلك لا يلغي القرار طالما ان الجهة الادارية هي ذات اختصاص وبهذا قضت محكمة العدل الاردنية (أن الخطأ في ذكر المادة القانونية لا يوجب الغاء القرار الاداري ما دام ان للمجلس الذي اصدر القرار صلاحية اصدار ذات القرار) (٢).

ومن الجدير بالذكر ان الاشارة الى اسانيد القرار الاداري ليست شرطاً لصحة القرار الاداري من حيث الشكل وانما اعتبر مثل هذه الاشارة شكلاً ثانوياً في القرار المكتوب (٣).

الفرع الثالث / التوقيع

رغم ان التوقيع لا يعد شكلية جوهرية في كثير من القرارات الادارية الا انه له اهمية خاصة تكاد تجعله شكلية جوهرية من الناحية العملية دون اشتراط ذلك من المشرع لان التوقيع ينطوي على معنى الجزم بان القرار الاداري صادر عن الشخص المنسوب اليه توقيعه حتى

(١) محكمة العدل العليا رقم (٢/٢٠) مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٩ ص (٥٦) نقلاً عن د. حمدي القبيلات - مصدر سابق - ص (٣٥٥).

(٢) محكمة العدل الاردنية قرارها ٨/٢٠ مجلة نقابة المحامين لسنة ٧٩ وقرارها ٤/١٠ مجلة نقابة المحامين ١٩٨٨ ص (١١٨) نقلاً عن د. خالد حليل الظاهر - مرجع سابق - ص (١٨٠).

(٣) د. نواف كنعان - القضاء الاداري - مرجع سابق - ص (٢٧٧).

يثبت العكس وتكمن اهمية التوقيع في القرار الاداري من الناحية العملية في انه وسيلة رئيسية لاثبات اختصاص مصدره ويؤكد صدور هذا القرار عن المختص باصداره واطلاع اصحاب الاختصاص على القرارات الصادرة عنهم ويؤكد تأييدهم لمضمونها علاوة على انه يسهل مهمة الادارة في الاثبات عند حصول المنازعات القضائية كما انه يسهل مهمة الرقابة الادارية الداخلية والخارجية عند فحص مشروعية القرار الاداري من ناحية الاختصاص^(١) واذا صدر القرار الاداري كتابة فانه يجب ان يكون موقعاً من مصدره او مصدره اذا تعددوا او مهوراً بخاتمه او خاتمهم قد يكون الامضاء كتابة او بألة كاتبة في بعض الحالات حيث ان مجلس الدولة اليوناني قد اقر بشرعية المصادقة على مرسوم بطريق التلغراف اذا كان الملك خارج اليونان والقرار الاداري قد يكون موقعاً من شخص مفوض قانوناً بالتوقيع غير انه اذا لم يحتوي القرار الاداري على التوقيع فلا يكون هناك قرار اداري^(٢).

تراع الادارة بشكل عام الشكليات العادية في اصدار قراراتها على ان القضاء لا يعتبر هذه الشكليات الزامية يؤدي عدم التقيد بها الى ابطال القرار فاذا اشترط النص مثلاً اتخاذ تدبير ما بمقتضى قرار وزاري فيجوز ان يصدر هذا التدبير اما بصفة القرار العادي او بشكل رسالة بريدية او بشكل مذكرة خدمة او اخيراً بموجب مرسوم^(٣).

علماً بان العمل الاداري يبقى غير مقيد بصيغة معينة فقد يكون خطياً (بموجب نص) او شفهيّاً خصوصاً وان الاجتهاد الاداري اقر بصوابية الطعن في القرارات الشفهية لعله تجاوز حد السلطة وعليه فعندما يفرض احد النصوص ان يكون العمل الاداري المنفرد الطرف مكتوباً يحرص القاضي على ان يتم التوقيع على هذا العمل المكتوب من قبل السلطة المختصة وقد اعتبر الاجتهاد في غياب التوقيع يشكل سبباً من اسباب ابطاله^(٤) فالعمل الاداري غير الموقع لا يعتبر عملاً رسمياً وعلى القياس نفسه يعتبر العمل الذي يفتقر الى توقيع مجاور الذي يوجبه النص عملاً غير صحيح من الناحية القانونية وبالمقابل لا تؤثر على صحة العمل القانونية كثرة التواقيع المجاورة.

ويجوز تفويض التوقيع في القرارات الاداري وهو قيام الرئيس الاداري بتفويض رؤوسيه صلاحية توقيع المخاطبات الرسمية والتوجيهات الادارية ابتداء ويخول احد

(١) د. حمدي القبيلات - الوجيز في القضاء الاداري - مصدر سابق - ص (٣٥٤).

(٢) د. حنا ابراهيم نده ، المصدر السابق - ص (٣٨١).

(٣) د. فوزت فرحات- القانون الاداري العام - الكتاب الاول - سنة ٢٠٠٤ ص (٤١٢) .

(٤) المصدر اعلاه.

مرووسيه في توقيع هذه القرارات بدلاً عنه وذلك للتخفيف عن الاعباء المترتبة على كثرة التوقيع .

ويعد التفويض بالتوقيع من الشؤون التي لم ينظمها القانون وانما مرده الى العرف الاداري الذي اجاز تفويض اختصاص التوقيع حيث يلجأ الوزراء عادة الى تفويض التوقيع الى وكلائهم او مستشاريهم للتخفيف من اعباء توقيع المخاطبات الرسمية وقد جرت في سياقات العمل في اغلب الوزارات بان يعهد الوزير الى وكيل الوزارة او المديرين العمامين في مركز الوزارة بتوقيع المخاطبات الرسمية الصادرة عن دوائرها المتخصصة الفرعية التابعة لها^(١) .

وفي رأينا بما ان التحقيق الاداري الذي يتم مع الموظف بصفة تحريرية وفقاً لنص المادة (١٠) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ فعند الانتهاء من التحقيق الاداري مع الموظف يتم توقيعه على كافة محاضر التحقيق الخاصة به والتي دونت اقواله فيها اضافة الى اقتراح هذه المحاضر بتوقيع رئيس اللجنة التحقيقية وهذا ما معمول به في سياقات العمل في اغلب دوائر الدولة والوزارات .

وفي حالة توقيع القرار من قبل المفوض عن الاصيل او من قبل من يملك اختصاصه مثل الوكيل او النائب او المرووس الذي يخوله النظام سلطة توقيع القرار فان الامر يحتاج الى بعض التفصيل فاذا كان التوقيع هو توقيع من يملك سلطة اصدار القرار نفسه كالوزير ووكيل الوزارة ورئيس الدائرة فان القرار يعتبر صادر من ذي السلطة نفسه ومنسوباً اليه وحده اما اذا كان توقيع الموظف المخول اختصاص التوقيع من رئيس الكوكيل يوقع نيابة عن الوزير والمدير يوقع نيابة عن الوزير او عن رئيس الدائرة فيجب ان يفصح عن هذه النيابة فيقال عن الوزير او عن رئيس الدائرة وفي كلتا الحالتين يكون القرار صادراً من ذي الاختصاص الاصل . اما اذا وقع القرار من الموظف المفوض بالتوقيع دون الاشارة الى انه يوقعه بالنيابة فانه عندئذ يكون القرار معيباً لا يقبل التنفيذ الا اذا صحح التوقيع اما اذا لم يصحح يكون التوقيع وامضى القرار فنفذ دون اعتراض من احد فان نفاذه هذا يكون صحيحاً حتى يطعن فيه^(٢) .

والقرار الاداري يجب ان يكون موقعاً توقيعاً جانبياً من قبل الشخص المختص المكلف بتحضير القرار غير ان هذا التوقيع الجانبي ليس شرطاً من شروط صحة القرار الا اذا اشترط

(١) مجلة القانون والقضاء - العدد الثالث - ٢٠١٠ ص (٢٨ - ٢٩) تفويض التوقيع .

(٢) انظر حامد مصطفى - المصدر السابق - (٢٥٨ - ٢٥٩) .

القانون ذلك كما هو الحال بالنسبة للمراسيم الملكية التي تصدر في الدول ذات النظام البرلماني حيث يشترط توقيع هذه الدساتير من قبل الوزير المختص بجوار توقيع الملك^(١).

والقرار الاداري المكتوب او التحريري لا يشترط فيه ان يكون التوقيع مكتوباً بل قد يكتفي في بعض الاحيان بتصديق مصدر القرار او الشخص المختص باصداره عليه شفويّاً مع توقيع الشخص المسؤول عن تلقي التصديق الشفوي كما في حالة اخذ موافقة رئيس الجمهورية مثلاً للتليفون على بعض القرارات الهامة والمستعجلة وتبلغ هذه القرارات بواسطة المسؤولين في الحكومة^(٢).

ويرى بعض الفقه انه اذا كان القرار الاداري مكتوباً وهو الغالب وجب ان يكون واضح العبارة صريح الدلالة في التعبير عن ارادة مصدره سواء كانت الكتابة اجبارية^(٣) ام اختيارية كما يجب ان يكون القرار موقعاً توقيعاً صحيحاً من مصدره او مصدره اذا تعدوا اذ لا جدوى من قرار غير موقع باعتباره والعدم سواء ومن ثم لا عبرة به^(٤) ونرى ان التوقيع كشكلية في القرار الاداري لا يوجد الا في القرارات الادارية المكتوبة اما في الاشكال غير المكتوبة للقرار الاداري فلا حاجة للتوقيع كالقرارات الشفوية او الصادرة بالاشارات او بالسكوت .

الفرع الرابع - التسبيب

يقصد بالتسبيب ذكر سبب القرار الاداري في متنه والاصل ان الادارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها الادارية الا اذا تدخل المشرع والزمها بذكر السبب الذي من اجله اصدرت القرار الاداري^(٥) وعليه فان عدم تسبيب القرار الاداري كقاعدة عامة لا يؤثر على مشروعية هذا القرار وفي هذا تقول محكمة العدل العليا (استقر الاجتهاد على ان الادارة غير ملزمة

(١) انظر د. محمود حلمي - المصدر السابق - ص (٨٥) .

(٢) وينتقد بعض الفقهاء هذه الطريقة في اصدار القرارات الادارية ومن هذا الرأي د. محمود حلمي حيث يذهب الى اعتبار ان هذه الحالة ما هي الا حالة استثنائية لا يحسن ان تتم الا في الظروف الاستثنائية فقط انظر مؤلفه في القرار الاداري المصدر السابق - (٨٥) .

(٣) تكون الكتابة اجبارية للقرار الاداري كما في نص المادة (١٥٩/أ) من نظام الخدمة المدنية رقم (٥٥) لسنة (٢٠٠٢) اذ جاء فيه (تكون الاستقالة التي يقدمها الموظف خطية كما تكون الموافقة عليها او رفضا خطية...).

(٤) د. عزيزة الشريف - القانون الاداري (٢) اساليب الادارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون - الجزء الاول-مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر - الكويت - الطبعة الخامسة - ٢٠٠٣ - ٢٠٠٤ ص (٢١٣).

(٥) د. سليمان الطماوي - مرجع سابق - ص (٢٦٠) .

بتسبب قرارها اذا لم يلزمها القانون بذلك وان القرار الاداري يصدر مصحوباً بقرنية السلامة والصحة وعلى صاحب الشأن اثبات عكس ذلك^(١).

وقضت ايضاً بانه (لا تلزم الادارة بتسبب قراراتها الا اذا نص القانون صراحة على وجوب التسبب ومع ذلك فيقضي ان يقوم القرار على سبب يبرره من الواقع والقانون)^(٢).
وحول اهمية التسبب بالنسبة للقرارات الادارية فقد ذهبت محكمة القضاء الاداري على انه من الضمانات الاساسية المقررة للخصوم اذ يمكنهم من مراقبة مشروعية القرار وتدارك الخطأ الذي شابته^(٣).

ومن المقرر فقهاً وقضاً انه لا الزام على الادارة تسبب قراراتها مالم يلزمها القانون بذلك وقد ذهبت المحكمة الادارية العليا في هذا الشأن الى انه ما لم يلزم القانون جهة الادارة بذكر اسباب قرارها فانها غير ملزمة بذكر تلك الاسباب وفي هذه الحالة تحمل قراراتها على القرنية العامة التي تقضي بافتراض وجود الاسباب الصحيحة لهذه القرارات وعلى من يدعي العكس اثبات ذلك^(٤).

ولا يشترط لقيام التسبب ان يصيغه الموظف المختص باصدار القرار بنفسه بل يكفي اعتماده لمذكرة معينة قدمت اليه بشأن القرار حيث يكون في هذه الحالة قد تبني الاسباب الواردة بالمذكرة مما يجعلها بمثابة اسباب لقراره^(٥) واذا كانت الادارة غير ملزمة كاصل عام بذكر اسباب قراراتها اذا لم يلزمها المشرع بذلك الا ان افصاحها طواعية عن اسباب هذا القرار يخضع تلك الاسباب لرقابة القضاء للتأكد من مدى مشروعيتها طالما انها طرحت على المحكمة واصبحت بذلك عنصراً من عناصر الدعوى الثابتة بالاوراق^(٦) ان التسبب لا يكون الا بالقدر الذي تحتمله طبيعة القرار او تتسع له وعلى هذا الاساس فان التسبب الذي قد يلزم لقرار

(١) قرار رقم ٤٥٣ / ٢٠٠٣ / ٤ فصل بتاريخ ٢٠٠٣ / ١٢ / ٤ (هيئة عادية) منشور على الصفحة (٦٠) من العدد (١) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٤).

(٢) قرار رقم ١٩٨٠ / ٧٥ فصل بتاريخ ١٩٨٠ / ١ / ١ (هيئة عادية) منشور على الصفحة (١٢٤٠) من العدد (٧) مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٨١) نقلاً عن د. حمدي القبيلات - مرجع سابق ص (٣٥٥).

(٣) محكمة القضاء الاداري قضية رقم ١٧٠ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٦٥ / ٥ / ١١ نقلاً عن د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة - مرجع سابق - ص (٩٧).

(٤) المحكمة الادارية العليا طعن رقم ٧٩٠ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٦٥ / ٣ / ٣١ نقلاً عن د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة - المصدر السابق - ص (٩٨).

(٥) المحكمة الادارية العليا طعن رقم ٥٨٦ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٥ / ٥ / ٢٢ المصدر نفسه .

(٦) المحكمة الادارية العليا طعن رقم ٣٩٤٥ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٩٤ / ٤ / ٢٩ المصدر اعلاه .

تخطى الضابط في الترقية حينما تكون واجبة قانوناً بحكم اقدميته عند حلول دوره هو غير التسبب الذي يلزم للقرار بعدم اختيار الضابط في الترقية الى المناصب العليا من رتبة لواء فما فوقها ذلك ان القانون قد قيد سلطة الادارة في هذه الحالة الاولى بقيود وضوابط يجب مراعاتها عند التخطي وبعد سماع اقوال الضابط فيلزم عندئذ بيان الاسباب التي قام عليها هذا التخطي وعدم الاعتداد بدفاع الضابط اما اذا اطلق القانون للادارة الاختيار في الترقية فان قرارها والحالة هذه لا يحتمل التسبب ان كان التسبب في مثل هذه الحالة لازماً الا ان الاشارة بانه لم يقع عليه الاختيار لشغل تلك المناصب الرئيسية^(١).

ان هذا الحكم محل نظر ويأخذ عليه الاستاذ الدكتور سليمان الطماوي^(٢) انه قد جاء غامضاً في فقرته الاخيرة ذلك انه اذا كان المشرع يوجب التسبب فان مثل الاشارة التي اوردها المحكمة الادارية العليا لا تكفي اطلاقاً في معنى التسبب لان احداً لا يقول بان التسبب هو مجرد تكرار معنى القرار ذلك ان اسباب القرار الاداري هي غير محلة واهدافه وكل منها يكون ركناً مستقلاً وقائماً بذاته وانه لا علاقة بين التسبب والسلطة التقديرية للادارة فالتسبب يرد على مزاوله الاختصاص المقيد كما يرد على استعمال الاختصاص التقديري وجوهره وحدوده واحدة في الحالتين .

وتسبب القرارات الادارية كاجراء شكلي يمثل ضماناً في غاية الاهمية للأفراد لانها تسمح لهم ولل قضاء في نفس الوقت بمراقبة مشروعية القرار من حيث السبب وفي ذلك تقول محكمة القضاء الاداري في مصر (أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على انه وان كانت الادارة غير ملزمة ببيان اسباب قرارها الا حيث يوجب القانون ذلك عليها الا انها اذا ما ذكرت اسباباً فان هذه الاسباب ولو في غير الحالات التي يوجب القانون ذكر الاسباب فيها تكون خاضعة لرقابة القضاء الاداري^(٣) . وعليه فإذا كان قانون الاسلحة والذخائر يوجب (ان يكون القرار الصادر برفض الترخيص او بسحب الرخصة مسبباً فمن ثم يكون القرار المطعون فيه معيباً لسبب شكلي هو خلوه من الاسباب وهذا السبب ولا شك مبطل له^(٤)).

(١) محكمة القضاء الاداري جلسة ١٩٥٥/٢/٦ المجموعة س٩ ص (٢٨٠) نقلاً عن د. حمدي ياسين عكاشه - المصدر السابق - ص (٣٥٧).

(٢) د. سليمان الطماوي - النظرية العامة للقرارات الادارية - مرجع سابق - ص (٢٦٢).

(٣) حكمها في ١٩٤٨/٥/١٥ مجموعة عاصم - الجزء الثاني - ص (١٨٦) نقلاً عن د. سامي جمال الدين . المصدر السابق - ص (٤٦٩).

(٤) محكمة القضاء الاداري في ١٩٥٣/٦/٢٥ قضية ٩٥٩ لسنة ٦ ق (لسنة ٧ ص (٧٩٩) نقلاً عن المصدر اعلاه .

وفي تقديرنا انه يجوز للقضاء الاداري ان يفرض تسبب بعض القرارات الادارية دون اشتراط وجود نص يلزم بذلك مثل قرارات الضبط الاداري التي يستلزم مجلس الدولة الفرنسي تسببها وكذلك جميع قرارات التأديب حيث نرى ان مثل هذه القرارات لا بد من ان تكون مسببة بطبيعتها استناداً إلى المبادئ القانونية العامة ومما ينبغي الاشارة الى ان هناك فرقاً بين تسبب القرار الاداري كاجراء شكلي وبين سبب القرار الاداري وان كانا يشتركان في الاثر المترتب على تخلف ايا منهما وهو بطلان القرار الاداري ويختلف السبب عن التسبب من نواحي عديدة ينبغي الوقوف عليها وسنتناولها كالاتي :-

أولاً :- السبب ركن في القرار الاداري يجب ان يكون موجوداً دائماً سواء ذكرت الادارة سبب قرارها طواعية او الزاماً ام لم تذكره لانه سبب القرار يتعلق بركن موضوعي في القرار الاداري مستقل وقائم بذاته له عناصره المكونة له وهي مجموعة حالات واقعية واسس قانونية.

اما التسبب فانه يدخل ضمن ركن الشكل والاجراء في القرار الاداري وهو مع توافر الشروط الشكلية والاجرائية الاخرى يشكل الصورة الخارجية التي يظهر فيها القرار الاداري وبالتالي يشكل العيب الذي يصيبه عيباً في الشكل وليس عيباً في السبب او مخالفة القانون وهذا ما اكدته المحكمة الادارية العليا في مصر بقولها (يجب التفرقة بين وجوب تسبب القرار الاداري كاجراء شكلي قد يتطلبه القانون وبين وجوب قيامه على سبب يبرره صدقاً وحقاً كركن من اركان انعقاده ولان القرار تصرفاً ولا يقوم اي تصرف قانوني بغير سببه)^(١).

وهو حالة واقعية وقانونية تحمل الادارة على التدخل بقصد احداث اثر قانوني الذي هو محل القرار ابتغاء وجه الصالح العام الذي هو غاية القرار^(٢) وكشفت المحكمة الادارية العليا في مصر عن سبب القرار التأديبي بقولها (أن سبب القرار التأديبي بوجه عام هو اخلال الموظف بواجبات وظيفته او اتيانه عملاً من الاعمال المحرمة عليه فكل موظف يخالف الواجبات التي تنص عليها القوانين والقواعد التنظيمية العامة او اوامر الرؤساء في حدود القانون او يخرج على مقتضى الواجب في اعمال وظيفته التي يجب ان يقوم بها بنفسه اذا كان

(١) ويفرق د. سليمان محمد الطماوي بين الغاء القرار لانعدام السبب وبين تخلف التسبب الذي يجعل القرار معاب بعيب الشكل - النظرية العامة للقرارات الادارية - مصدر سبق ص (٤٢٠) .

(٢) د.عدنان رضوان محمود جراح- فصل الموظف العام - دراسة مقارنة (فرنسا - مصر - الاردن) دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٤ ص (١٨٢ - ١٨٣) .

ذلك منوطاً به وان يؤديها بدقة وامانة انما يرتكب ذنباً ادارياً يسوغ تأديبه فنتجه اردة الادارة لتوقيع الجزاء عليه بحسب الاشكال والايوضاع المقررة قانوناً وفي حدود النصاب المقرر.

ثانياً:- اذا كان تسبب القرار يعني قيام الادارة ببيان مبررات اصداره فان سببه يتمثل في الحالة الواقعية او القانونية التي دفعت الادارة لاصدار قرارها .

ثالثاً:- ان تسبب القرار يأتي دائماً معاصراً على اصداره القرار في حين ان سببه موجود قبل اصداره حيث يدفع الادارة الى اصدارها له^(١).

رابعاً:- ان الادارة كما بينا سابقاً ليست ملزمة بتسبب قراراتها الا اذا الزمها المشرع بذلك اعمالاً لقرنية الصحة المفترض توافرها في كافة القرارات الادارية الى ان يثبت المدعي ما ينفىها وعلى العكس من ذلك فان جميع قرارات الادارة وبغير حاجة الى نص ينبغي ان تستند الى سبب قائم ومشروع ومحدد بوقائع ظاهرة يقوم عليها^(٢).

خامساً:- تسبب القرار لا يخرج عن كونه اجراء شكلياً تتطلبه القاعدة القانونية او القضاء حيث بواسطته تكشف الادارة عن الاسباب التي استندت اليها في اصدارها القرار وبذلك يدخل التسبب في الصورة الخارجية للقرار الاداري ويبقى السبب عنصراً موضوعياً في القرار الاداري^(٣) وعندما توجب القواعد القانونية او القضاء تسبب قراراتها فان القصد من ذلك هو حمل الادارة على التأنى والتروي وعدم الاستعجال في اصدارها القرار الاداري حتى يتجه القرار نحو تحقيق غرضه المطلوب وذلك للعلاقة الوثيقة التي تربط بين مشروعية سبب القرار ومشروعية غرضه^(٤).

سادساً:- نظراً لأن التسبب شكلي فتسري بشأن بطلانه القواعد العامة التي تحكم بطلان الشكل في القرارات الادارية بصفة عامة والتي تقضي بالبطلان اذا كان ما تم اغفاله شكلاً جوهرياً ولما كان التسبب ضمانة مقررة للموظف المعاقب فانه يكون شكلاً جوهرياً يترتب على تخلفه بطلان الحكم او القرار التأديبي الذي خلا منه ويمتد هذا البطلان ليشمل ايضاً كل حكم او قرار تأديبي شابه قصور في التسبب بناء على ما

(١) بيداء ابراهيم – رسالة ماجستير- التنظيم القانوني لتسبب العقوبات الانضباطية(دراسة مقارنة)- ٢٠٠٨- ص(٢٠).

(٢) المحكمة الادارية العليا – جلسة ١٩٩٩/٤/٤ طعن رقم ٦١٦ لسنة ٣٧ ق غير منشور ذكره عبد العزيز عبد المنعم خليفة – المصدر السابق – ص (٢٣٢).

(٣) د. عبد الفتاح حسن – التأديب في الوظيفة العامة – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٦٤ ص (٣٧٠).

(٤) د. عبد الفتاح حسن – المصدر نفسه ٠ ص ١٧٥ .

تقدم ألغت المحكمة الادارية العليا في مصر قرار مجلس تأديب حسبما استبان لها خلوه من التسبب حيث اعتبرته عارياً من السند القانوني^(١) اما عن السبب فيترتب على اغفاله عدم مشروعية القرار فيكون مستحق للغاء .

وفي العراق لم ينص قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ صراحة على عيب السبب وانما جرى تفسير النص الوارد في الفقرة (هـ/ ثانياً) من المادة (٧) (الخطأ في تطبيق القوانين والانظمة او في تفسيرها) على أنها عيب السبب .

سابعاً:- ان عيب السبب هو الخطأ في الوقائع المادية والقانونية التي اعتمدها الادارة عند اصدارها القرار الاداري بينما التسبب هو عيب شكلي يراد به اغفال الادارة ذكر السبب في قرارها الاداري^(٢).

ثامناً:- ان السبب وسيلة توجيه القرار الاداري نحو تحقيق الصالح العام على حيث يقوم التسبب بتسهيل مهمة القاضي في الكشف عن اغراض القرار الاداري .

تاسعاً:- ان سبب القرار هو ما حمل مصدره على اصداره اما تسببه فهو الكشف عن سببه ولا يجوز للادارة ان تصدر قراراً لا سبب له ولكنها لا تلتزم بالكشف عن هذا السبب الا بنص يلزمها بذلك وفي هذا المعنى بدأ الفقة الاداري منذ زمن حديث نسبياً يطالب بان يكون الاصل تسبب القرارات الادارية في الدول التي فيها القاعدة العامة ان الادارة غير ملزمة بتسبب قراراتها^(٣).

تعقيباً على ذلك نرى انه اذا كانت القاعدة العامة في بعض الدول ان الادارة غير ملزمة بتسبب قراراتها الا اذا الزمها المشرع بذلك فنجد ان هذا الامر لا غبار عليه طالما ان القضاء يمارس وظيفته في مراقبة مدى صحة ومشروعية القرار الانضباطي فالتسبب هو الكفيل بالكشف عن حقيقة نيات الادارة نحو الموظف سواء اصدقت في اسبابها ام لم تصدق اذ في ضوء اسباب القرار يمارس القاضي سلطته في رقابة الادارة الا اننا من وجه اخر غالباً ما نرى ان الادارة تهاب او تخشى التسبب فتحاول تجنب النص عليه في صلب قراراتها ولا تلتزم به الا اعمالاً لنص القانون ومن الامثلة على القرارات التي اشترط المشرع على الادارة عند اصدارها ان تكون مسببة ما يلي : القرارات التأديبية حيث نصت المادة (١٤٠ / ٥) من نظام

(١) المحكمة الادارية العليا- جلسة ١٧/٦/١٩٨٩ وكذلك حكمها بجلسة ٢٧/٦/١٩٩٣ بالطعن رقم ٥١٣ لسنة

٣٤ ق غير منشور ذكره عبد العزيز عبد المنعم خليفة - المصدر السابق - ص (٢٣٧).

(٢) د. محمد علي جواد - القضاء الاداري - المكتبة القانونية - بغداد - الطبعة بلا - ص (٨٢).

(٣) د. عبد الفتاح حسن - التسبب كشرط شكلي في القرار الاداري - ص (١٩٠ - ١٩٦) .

الخدمة المدنية الاردني رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٧ على انه (تسبب القرار التأديبي الذي تم اتخاذه من المرجع المختص باتخاذ الاجراءات والعقوبات التأديبية).

وكذلك قرارات حل المجالس البلدية حيث نصت المادة (٨/أ) من قانون البلديات رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٧ على انه (مدة دورة المجلس اربع سنوات اعتباراً من تاريخ تسلمه مهامه بمقتضى المادة (٣١) من هذا القانون ويجوز حل المجلس قبل انتهاء مدة دورته وتعيين لجنة تقوم مقام المجلس المنحل لمدة لا تزيد على سنة يجري خلالها انتخاب المجلس الجديد وذلك بقرار يصدره مجلس الوزراء بناء على تنسيب الوزير مع بيان الاسباب الموجبة كما استقر الفقه والقضاء على وجوب تسبب القرارات الادارية الصادرة بالغاء القرارات الادارية السلمية^(١)).

(١) قرار رقم ٤١١ / ١٩٩٤ فصل بتاريخ ١٨/٣/١٩٩٥ (هيئة عادية) منشور في مجلة نقابة المحامين – العدد (٤) سنة ١٩٩٥ – ص (٣٣١٨).

المطلب الثاني

الاشكال غير المكتوبة للقرار الاداري

كما يصدر القرار الاداري بشكل مكتوب فإنه ايضاً قد يصدر بشكل غير مكتوب وقد عرفنا سابقاً أن القرار الاداري لا يخضع لصورة معينة واحدة فهو قد يصدر كتابة وقد يصدر غير كتابة فقد يصدر شفاهاً او بالاشارة او حتى بالسكوت .

الفرع الاول : الشكل الشفهي للقرار الاداري

الاصل في القرار الاداري وكما تقدم بنا القول هو ان يكون مكتوباً ولكن يحدث في بعض الاحيان ان تصدر قرارها شفاهاً وقد احترم مجلس الدولة الفرنسي القرارات الادارية الشفوية في حالة اعتراف الادارة بها او اذا جرى العرف الاداري على تقليدها او اذا ثبت ان تنفيذ الامر الشفهي قد اصبح ضرورياً^(١).

ويعترف الفقه والقضاء المصريان بوجود القرار الاداري الشفوي بشرط اثبات وجوده والا يكون المشرع قد اشترط ان يكون القرار مكتوباً صراحة او ضمناً^(٢).

ويقبل مجلس الدولة المصري الطعن بالالغاء ضد مثل هذه القرارات الشفوية ولعل الذي دعا مجلس الدولة المصري الى قبول الطعن بالالغاء ضد هذه القرارات الشفوية هو رغبة هذا المجلس في تدعيم مبدأ المشروعية فقد تعمد الادارة الى عديد من القرارات المخالفة للقانون وتصدرها شفاهاً فلو أننا اشترطنا الكتابة لنبحث مل هذه القرارات غير المشرعة من الالغاء^(٣).

بما ان القاعدة العامة ان الادارة غير ملزمة بشكل معين لاصدار قراراتها الادارية فمن الجائز ان تصدر الادارة العامة قراراتها الادارية شفاهاً من خلال توجيه خطاب شفوي للمعنيين ويمكن تصور ذلك في نطاق الوظيفة العامة حيث يلجأ الرؤساء الاداريون الى مخاطبة مرؤوسيههم شفاهة او من خلال الاتصال عبر الهاتف او اي وسيلة تكنولوجية اخرى الا انه لا يجوز اصدار القرار الاداري شفاهاً اذا تطلب المشرع ان يكون القرار مكتوباً كما هو الحال بالنسبة لقبول الاستقالة اذا اشترطت المادة (١٦٧) من نظام الخدمة المدنية رقم (٣٠) لسنة

(١) انظر رياض عبد عيسى الزهيري - مصدر سابق - ص (١٣٤).

(٢) د. محمود حلمي - المصدر السابق - ص (٨٦) .

(٣) انظر مصطفى ابو زيد فهمي - المصدر السابق - ص (٤٤٧) .

(٢٠٠٧) ان يكون قرار الاستقالة خطياً فجاء فيها (أ- تكون الاستقالة التي يقدمها الموظف خطية وغير مشروطة وتقدم الى المرجع المختص باتخاذ قرار تعيين المماثل له في الدرجة والراتب واذا لم يصدر القرار بقبولها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمها تعتبر مرفوضة. ب- على الموظف ان يستمر في القيام بمهام وظيفته لحين استلامه القرار بقبول استقالته او رفضها والا اعتبر فاقداً لوظيفته وفقاً لاحكام هذا النظام^(١).

وقد استقرت احكام القضاء الاداري في كل من فرنسا ومصر منذ وقت طويل على ذلك ففي فرنسا مثلاً سلم مجلس الدولة الفرنسي بوجود قرار اداري صادر بالفصل وعلى الرغم من عدم وجود الشكل الكتابي فيما يخص بقرار شفوي اتخذه العمدة ورئيس المجلس البلدي وبحق احد موظفي المجلس البلدي الذي ابلغ بانه قد فصل وطلب منه عدم القيام باعباء وظيفته^(٢). ولقد اجازت محكمة العدل الاردنية الطعن في القرارات الادارية الشفهية حيث يجوز للأفراد اثبات صدور القرار الاداري الشفهي بكافة طرق الاثبات ومنها التنفيذ المادي للقرار فاذا قامت الادارة مثلاً بتوقيف شخص فالفعل المادي لهذه العملية او التوقيف يقوم بينة على صدور قرار بالتوقيف^(٣).

وفي العراق فقد اجازت الشروط العامة للمقاولات الهندسة المدنية استعمال القرارات الادارية الشفوية حيث منعت هذه الشروط العامة المقاول من القيام باية تغييرات بدون امر تحريري من المقاول غير انه اذا وجد هذا المهندس لاي سبب كان بان من المرغوب فيه اصدار مثل هذه القرارات بصورة شفوية فعلى المقاول الامتثال لذلك الامر وكذلك فقد اكدت هذه الشروط العامة على ان تأييد تحريري لهذا الامر الشفوي سواء قبل الامر او بعده يعتبر بمثابة امر تحريري وكذلك اذا ايد المقاول تحريراً اي امر شفوي صادر عن المهندس ولم يعترض هذا الاخير تحريراً على ذلك التأييد خلال (١٤) يوماً فيجب في هذه الحالة ان يعتبر ذلك الامر امراً تحريراً صادراً عن المهندس^(٤).

واذا كان الشكل الشفوي لا يلعب دوراً كبيراً في مجال القرارات الادارية الا انه رغم ذلك يظهر في تصرفاتها ويغلب ان يكون ذلك بالنسبة للقرارات الفردية الخاصة بالأفراد او

(١) د. حمدي القبيلات - الوجيز في القضاء الاداري - مرجع سابق - ص (٣٦١).

(٢) د. مصطفى ابو زيد فهمي - المرجع السابق - ص (٣٨٢).

(٣) انظر د. حنا ابراهيم نده - المرجع السابق - ص (٣٨٢).

(٤) انظر رياض عبد عيسى الزهيري - المصدر السابق - ص (١٣٣ - ١٣٤).

الموظفين او بالنسبة للقرارات التنظيمية المتعلقة بشؤون الموظفين كما هو الحال بالنسبة للتعليمات الشفوية التي يوجهها الرئيس لمروسيه^(١).

وقد اقر مجلس الدولة الفرنسي الشكل الشفوي في احكام عديدة له منها الامر الشفوي الصادر بعزل سكرتير العمدة والامر الشفوي الصادر من المحافظ (العمدة) بايداع جثمان غريق بالكنيسة التفويض الشفوي بالتلفون^(٢) وقرار الادارة العامة لوزارة العدل الذي يطلب من القاضي التوقف عن اعماله الادارية . ويجب ان يلاحظ ان الشكل الشفوي لا يجوز ان تلجأ اليه الادارة اذا كان هناك نص يستبعده صراحة او ضمناً ومثال ذلك ان هناك نصوصاً تستلزم في تصرف الادارة الي يزيد عن مبلغ معين ان يكون مكتوباً وقد يكون استبعاد الشكل الشفوي مستفاداً بصورة ضمنية وذلك كأن يتطلب النص تسبب القرار او نشره^(٣).

الفرع الثاني :- السكوت (سكوت الادارة) أو صمت الادارة :-

اذ كنا قد اشرنا سلفاً الى ان الشكل غير المكتوب للقرار الاداري يظهر بصورة صريحة في شكل شفوي فانه يمكن ان يظهر في صورة ضمنية تتمثل في سكوت الادارة وصمت الادارة اذا كان يشكل احد الوسائل غير المكتوبة للتعبير عن ارادتها التي يضعها القانون الاداري في الاعتبار وانه وفقاً للقول المأثور : انه اذا كان السكوت علامة الرضاء فان هذا القول لا يسري على اطلاقه بالنسبة لصمت الادارة والا كانت هناك مخاطرة بتفضيل الصالح الخاص على الصالح العام واجبار الادارة على التصرف بتسرع وتهور ولذلك فان الاصل في مجال القانون الاداري ان صمت الادارة يعد بمثابة رفض وانه استثناء يعد قبولاً^(٤).

ومن الملاحظ عملاً ان رفض الادارة لاي طلب يقدم اليها لا يتم بشكل صريح فرجل الادارة يهمل الرد على الطلب الذي لا يستطيع او لا يريد ان يلبيه ويفسر ذلك بأن الموظفين يهتمون اساساً بالتفرغ للاعمال الايجابية كما يبرر ذلك بالخوف من التقيد بالكتابة والذي هو

(١) د. محمد فؤاد مهنا - القانون الاداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني - المجلد الثاني (١٩٦٧ - ١٠٢٧) وما بعدها ود. توفيق شحاته - مبادئ القانون الاداري- الجزء الاول - الطبعة الاولى ١٩٥٥ ص (٦٦٥٥).

(٢) د. عبد الفتاح حسن - التفويض في القانون وعلم الادارة العامة ١٩٧١/٧٠ ص (١٢٧).

(٣) حكم مجلس الدولة المصري في ١٩٤٨/١٢/٧ السنة الثالثة - ص (١٣٨) نقلاً عن د. محمد ماهر ابو العينين - ضوابط مشروعية القرارات الادارية وفقاً للمنهج القضائي الكتاب الثاني - سنة ٢٠٠٧ - ص(٩٦).

(٤) د. محمد ماهر ابو العينين - المصدر السابق - ص (٩٧-٩٨) .

من عادة كل موظف فهو يخشى اتخاذ اي موقف محدد يجبر بمقتضاه على المراجعة او التدخل في رئاسته فهو يريد ان يترك لقراره صفة المرونة حتى يستطيع تعديله دون ان يعطي انطباعاً بأنه قد تراجع في تصرفه او اجبر على التراجع عنه كما ان هذا المسلك يؤدي في الغالب الى طعون اقل منها في القرار المكتوب لانه قد يكون هناك امل لان يضغط المدعي او يمضي في تعشمه.

اذ القاعدة في القانون الفرنسي انه يتعين لاختصاص الادارة امام القضاء الاداري ان يكون هناك قرار سابق وحتى لا تحاول الادارة تعنتها بعدم الرد ولحماية مصلحة الافراد فقد ابتكر المشرع مبدأ عاماً يقضي بان الطلب المقدم للادارة يعتبر مرفوضاً اذا لم تجب عليه في خلال ميعاد اربعة اشهر وعلى ذلك فان صمت الادارة يعد قراراً ضمناً يمكن الطعن فيه اما القضاء وقد ادخلت نظرية الرفض الصامت في مجال القانون الوضعي الفرنسي بالمادة السابعة من المرسوم الصادر في (٢ تشرين الثاني ١٨٦٤) بشأن الطعن الحكومي او الرئاسي اما الوزراء ضد مرووسيهيم وبعد ذلك امتدت هذه النظرية بالمادة الثالثة من تشريع (١٧ تموز ١٩٠٠) واعيد الاخذ بها في المادة (٥١) من النظام الصادر في ٣١ تموز ١٩٦٤ فتقرر (ان كل الحالات التي تلتزم فيها احدى السلطات الادارية الصمت لمدة اربعة اشهر تجاه الطلب المقدم لها ...) وقد طبق مرسوم ٣ ايلول ١٩٥٣ نفس النظرية على الطعون التي من اختصاص المحاكم الادارية بان (التزام الصمت اكثر من اربعة اشهر على الطلب من جانب السلطة المختصة يعد قرارا بالرفض) ومنذ تشريع (٧ حزيران ١٩٥٦) وبصدور مرسوم (١٥ كانون الثاني ١٩٦٥) وحتى الان فقد امتد هذا المبدأ الى كل المسائل الادارية واذا كان قد وجه بعض النقد للنظرية الصمت الراض فانها على حال تسمح بإمكانية الطعن في هذا الصمت والصمت الراض افضل بلا شك من الصمت الذي لا يستدل منه على شيء وبذلك يتقرر للافراد نوع من الحماية ضد تعنت الادارة^(١).

وفي مصر نهج المشرع نفس مسلك المشرع الفرنسي بصدد القرار السلبي الامتناع فقرر في قوانين مجلس الدولة المتعاقبة ان سكوت الادارة مدة معينة يعد بمثابة قرار بالرفض وعلى عكس القانون رقم (٩ لسنة ١٩٤٩) الذي كان يعتبر فوات مدة اربعة اشهر على التقدم بالطلب قرارا ضمناً بالرفض قرر القانون رقم (٥٥ لسنة ١٩٥٩) ومن بعده القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في المادة (٢٤) منه على ان (...) واذا صدر القرار بالرفض وجب ان يكون مسبباً

(١) د. محمد ابو العينين - مصدر سابق - ص (٩٩).

ويعتبر مضي ستين يوماً على تقديم التظلم دون ان تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة رفضه^(١).

اذ ان الاصل ان الادارة عادة تعبر عن ارادتها بشكل صريح وبصورة ايجابية الا انها قد تلتزم الصمت في بعض الحالات ازاء الطلبات المقدمة لها وفي مثل هذه الحالات يعتبر المشرع من سكوت الادارة فترة من الوقت رفضاً او قبولاً للطلب مثال ذلك اعتبار مضي مدة ثلاثين يوماً على تقديم طلب الاستقالة دون رد من الادارة رفضاً للاستقالة وكذلك اعتبار مضي مدة ثلاثين يوماً على تقديم طلب ترخيص المطبوعة قبولاً للطلب كما نصت المادة (١٧) من قانون المطبوعات والنشر الاردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٨ (يصدر مجلس الوزراء بناء على تنسيب الوزير قراره بشأن طلب ترخيص المطبوعة الصحفية الذي يقدم مستكماً الشروط المنصوص عليها في الفقرات من (أ-و) من المادة (١٢) من هذا القانون المطلوبة وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه والا يعتبر الطلب مقبولاً^(٢)).

وقضت محكمة العدل العليا (سكوت الادارة مدة ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب اليها لتصدير قراراً ملزماً باصداره بمقتضى التشريعات المعمول بها ودون ان تصدر قراراً بالطلب هو في حكم القرار السلبي المتضمن رفض الطلب شريطه ان تهمل الادارة الطلب ولا تبحث فيه وان تسكت حياله سكوتاً ينم عن نيتها في رفضه^(٣)).

ان صمت الادارة لا يعتبر قراراً ادارياً تطبيقاً للقاعدة الكلية التي مؤادها (لا ينسب الى ساكت قول) الا اذا وجد نص يعتر بموجبه صمت الادارة قراراً ادارياً او اذا كان الافصاح امراً واجباً على الادارة باي حال من الاحوال ويرتبط وجود القرار الاداري بناء على صمت الادارة بوجود اجل يجب خلاله ان تتخذ الادارة موقفاً بالقبول او الرفض فاذا صمتت كان صمتها بمثابة قرار اداري والمثال التقليدي الشائع على ذلك هو صمت الادارة حيال طلب الاستقالة الذي يتقدم به احد الموظفين العاملين لديها حيث ان صمت الادارة حيال تظلم احد الافراد من قرار الادارة خلال مدة الستين يوماً يعتبر قراراً برفض التظلم^(٤).

والافصاح الضمني عن الارادة يعتد به ان كان لا يدع مجالاً للشك في حقيقة ما اتجهت اليه الادارة الاثر القانوني المستخلص منه ممكن ترتيبه قانوناً وعلى ذلك قضى مجلس الدولة

(١) د. توفيق شحاته ٠ مبادئ القانون الاداري - الجزء الاول - الطبعة الاولى - ١٩٥٥-٥٤ ص (٦٥٥).

(٢) د. حمدي القبيلات ٠ الوجيز في القضاء الاداري - المصدر السابق - ص (٣٦١).

(٣) قرار رقم ٣٨٤/٢٠٠٠ فصل بتاريخ ١٨/١٠/٢٠٠٠ (هيئة عادية) منشور .

(٤) د. ابراهيم طه الفياض - المرجع السابق - ص (٣٢١).

الفرنسي وعلى سبيل المثال بانه اذا كانت النصوص المنظمة لمنح تراخيص البناء تقضي بعدم جواز تمديد الترخيص الا لمرة واحدة وكان الترخيص قد امتد لمرة واحدة بقرار اداري ضمني بسكوت الادارة المختصة عن الرد على طلب التمديد خلال المدة المقررة قانوناً فان سكوت الادارة عن الرد خلال هذه المدة على طلب ثانٍ للتمديد بعد انتهاء التمديد الاول لا يستخلص منه قرار ضمني بالتجديد لامتناع التجديد اصلاً اكثر من مرة^(١).

اذن يعتبر صمت الادارة قبولاً كما هو الحال في طلب الاستقالة او طلب الترخيص وقد يعتبر رفضاً والامر في ذلك متوقف على ارادة المشرع او عندما يتعلق الامر بوجود حق مؤكد لصاحب الطلب.

وفي قوانين تنظيم مجلس الدولة المصري وفي القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨٨ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ بشأن انشاء الدائرة الادارية في الكويت يقرر المشرع ان سكوت الادارة مدة معينة يعتبر بمثابة قرار بالرفض فتتص الفقرة الاخيرة من المادة (٧) على ان ((ويعتبر فوات ستين يوماً على تقديم التظلم دون ان تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة رفضه ويحسب ميعاد رفع الدعوى من تاريخ الرفض الصريح او الضمني حسب الاحوال)) ويتعزز هذا المبدأ بنص آخر هو نص المادة (٤) الذي جاء في فقرته الاخيرة (ويعتبر في حكم القرارات الادارية رفض السلطات الادارية او امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح)^(٢).

ومن الجدير بالذكر الى انه من اجل حماية حقوق الافراد من تعنت الادارة وتعسفها فان المشرع يفترض احياناً ان الادارة قد اعلنت عن ارادتها حتى ولو التزمت جانب الصمت حيث كثيراً ما يتقدم الافراد الى الادارة بطلبات فتتعمد عدم الرد عليها بالقبول او الرفض ويكون سكوتها هذا تعنتاً وتعسفاً منها ومع ذلك يمتنع على الافراد الطعن في قراراتها لعدم وجود هذه القرارات او صدورها عن الادارة ويخضع القرار الاداري الضمني للرقابة القضائية سواء كان ذلك في فرنسا او مصر وهذه القاعدة المستقرة ايضاً في كل من الفقهاء الفرنسي والمصري وقد طبقها مجلس الدولة المصري تطبيقاً سليماً في اكثر من حكم حيث اوضحت محكمة القضاء الاداري المصرية في حكم لها هذه القاعدة بقولها (أن الاوامر الادارية ليس لها اشكال ولا انواع تحصرها بل هي مجرد تعبير عن الموظف المختص عن ارادته في التصرف على وجه معين في امر معين ولغرض من اغراض وظيفته وفي حدود اختصاصه ولا يتعين ان يكون

(١) د. محمد فؤاد عبد الباسط - القرار الاداري - دار الجامعة الجديدة للنشر - ٢٠٠٥ - ص (١٤٨).

(٢) انظر د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص (٢٠٤).

الامر الاداري صحيحاً او مطابقاً للقانون بل يكون الامر الاداري قوام بمجرد صدوره بطريقة قاطعة وتنفيذية ويصح الطعن فيه من كل ذي مصلحة^(١).

الفرع الثالث - الاشارة

لقد اصبحت الاشارة هي الاخرى من اشكال المتعارف عليها للتعبير عن صور عديدة من القرارات الادارية ويترتب عليها اثارها القانونية فمن امثلة ذلك اشارات شرطي المرور المكلف بتنظيم السير والاشارات الضوائية في الشوارع العامة وكافة الاشارات المرورية الاخرى واشارة رجال الضبط الادارية في نقاط التفتيش موافقة صاحب الاختصاص بالاشارة بالموافقة على امر او رخصة^(٢).

اي انه قد يتم اصدار القرار الاداري من جانب اعضاء السلطة الادارية في شكل (اشارة) مثاله الاوامر او القرارات التي يصدرها افراد شرطة المرور مستخدمين لاجل ذلك الصفارة او العصا^(٣) او عن طريق رفع يدهم والحال نفسه عندما يرفع يده احد افراد الدوريات المسلحة الكمركية في الطرق العامة والاماكن المخصصة للقيام بواجب الدورية والتجوال بقصد ايقاف المركبات لتفتيشها وكذلك عندما يستعمل سائق السيارة الكمركية القائمة بواجب مكافحة التهريب منبه سيارته وكانت ارادة الادارة من استعمال هذا المنبه تنصرف الى افصاح عن ارادتها الملزمة بقصد احداث اثر قانوني فطالما ان الادارة غير ملزمة بشكل معين لاصدار قراراتها الادارية فلا مانع من استخدام الاشارات لاصدار القرارات الادارية فقد يعبر صاحب الاختصاص عن رفضه الطلب المقدم له بهز رأسه افقاً او برفع رأسه او بالايحاء بيده وقد يستأذن الموظف من رئيسه فيسمح له من خلال هز رأسه للأسفل وكثيراً ما نلاحظ قرارات ادارية بالاشارة من رجال المرور عند تنظيم حركة السير على الطرقات.

(١) نقلاً عن د. مصطفى ابو زيد فهمي - المصدر السابق - ص (٤٤٨).

(٢) د. خالد خليل الظاهر - القانون الاداري - المرجع السابق - ص (١٨٢).

(٣) محمد فؤاد مهنا - القانون الاداري المصري المقارن - مرجع سابق - ص (٦١٣).

المبحث الثالث

صور الاجراءات في القرار الاداري

يقصد بالاجراءات كركن في القرار الاداري الخطوات او المراحل التي يمر بها القرار الاداري منذ لحظة التفكير في اصدار القرار حتى اظهاره في الصورة النهائية وهذه الاجراءات ليست واحدة في كافة القرارات الادارية بل انها تختلف من قرار لآخر بحسب طبيعة هذا القرار فاجراءات القرار التأديبي تختلف عن اجراءات قرار نقل الموظف العام او قرار منح الرخصة ... الخ^(١).

ومن المستقر فقهاً وقضاً ان الحكمة من وراء هذه الاجراءات هي تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في ضمانات صحة القرارات الادارية واصدارها بتأني بعيداً عن التسرع والاستعجال كما انه تحقق مصلحة خاصة للمخاطبين بهذه القرارات تتمثل في ثقتهم بهذه القرارات واطلاعهم على مراحل اتخاذها اضافة لاتاحة الفرصة لهم احياناً في تلافي صدور هذه القرارات كما هو الحال في القرارات التأديبية وفي هذا تقول محكمة العدل العليا (يجب ان يصدر القرار الاداري وفقاً للاجراءات التي حددها المشرع وفي الشكل المرسوم له اذ من المقرر فقهاً وقضاً ان الاصل في الشكليات والاجراءات انها مقررة لمصلحة عامة قدرها المشرع تمس الصالح العام كما انها مقررة لمصلحة الافراد على السواء وبالتالي فان القرار المطعون فيه والصادر عن مجلس بلدية السلط الكبرى قد صدر بناء على تنسيب لجنة التحقيق وليس بناء على تنسيب مجلس التأديب فيكون قراره في هذه الحالة مشوباً بعيب الشكمل فيتعين الغاؤه^(٢)).

الا ان الاجراءات لا تفترض في القرارات الادارية كقاعدة عامة الا اذا تدخل المشرع ونص صراحة على وجوب اتباع اجراءات معينة لاصدار القرار الاداري وبخلاف ذلك فان الادارة حرة عند اصدار قراراتها الادارية في اتباع اجراءات معينة من عدمه اما اذا امر المشرع باتباع اجراء معين عند اصدار القرار الاداري فان الادارة عندها تكون ملزمة بهذا الاجراء تحت طائلة بطلان قرارها الاداري المتخذ دون التقيد بالاجراء فقد قضت محكمة العدل العليا في هذا الصدد بأنه (يجب على الادارة ان تصدر قراراتها وفقاً للاجراءات التي حددها

(١) د. حمدي القبيلات - المرجع السابق - ص (٣٦٢).

(٢) قرار رقم ٢٠٠٦/٥٥٨ فصل بتاريخ ٢٠٠٧/٣/٢١ (هيئة خماسية) مجلة نقابة المحامين العدد (١) لسنة ٢٠٠٨ صفحة (١١٥).

المشرع وفي الشكل المرسوم له وان مخالفة تلك القواعد والاجراءات يستتبع بطلان القرار الاداري لان هذه الشكليات والاجراءات تمثل ضمانات للأفراد وتكون مخالفتها اخلالاً بهذه الضمانة^(١).

واكثر الاجراءات الادارية خضوعاً لرقابة القضاء الاداري نتيجة عدم التزام الادارة باتباعها على نحو صحيح قانوناً الاجراءات الاستشارية و ضمانات التأديب الاجرائية واجراءات تشكيل المجالس واللجان وسير عملها^(٢).

واكثر الاجراءات تختلف من قرار اداري الى اخر بحسب طبيعة هذا القرار واهميته وموقف المشرع من ذلك:-

اولاً اجراءات نشر و اعلان القرار :

يكون عندما يتطلب المشرع الاعلان عن القرار ونشر ذلك قبل اتخاذ القرار الاداري وفي القانون العراقي نصت المادة (٣/ثانياً/أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨ على ان (يتم نشر الاعلان في ثلاث صحف يومية وطنية واسعة الانتشار في الاقل على ان تكون جريدة الاعلان الصادرة من وزارة المالية احداها وفي حالة توقف هذه الصحيفة عن الصدور لاي سبب فيتم النشر في صحيفة اخرى واسعة الانتشار...)^(٣).

ثانياً الاستشارة:- اذا فرض المشرع على الجهة مصدرة القرار استشارة فرد او هيئة معينة قبل اصداره عد هذا الامر شكلاً واجب الاتباع بحيث يكون القرار مشوباً بعيب الشكل متى صدر دون العرض على الجهة او الفرد الذي حدده المشرع ويكون مثل هذا القرار مآله البطلان حيث قضت المحكمة الادارية العليا ببطلان قرار ترقية عضو باحدى الادارات القانونية دون اخذ رأي لجنة شؤون مدير واعضاء الادارات القانونية وفق ما نص عليه القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٣ بشأن الادارات القانونية من ضرورة العرض على اللجنة في هذا الشأن مع جعل قرارها ملزماً في هذا الخصوص^(٤).

وتلتزم الادارة باحترام الشكل الاجرائي الذي حدده المشرع قبل اصدار القرار والمتمثل في الاستشارة السابقة حتى ولو لم يكن للرأي المنبثق عن تلك الاستشارة صفة الالتزام بالنسبة

(١) قرار رقم ١٧٥ / ٢٠٠٧ فصل بتاريخ ٢٠٠٧/٦/١٤ (هيئة خماسية) منشور في مجلة نقابة المحامين لسنة ٢٠٠٨ العدد (١) ص (١٩).

(٢) سامي جمال الدين - الوسيط في الغاء القرارات الادارية الطبعة الاولى - ٢٠٠٤ - ص (٤٤٠).

(٣) الوقائع العراقية ، العدد (٤٠٧٥) في ١٩/٥/٢٠٠٨ السنة ٤٩ ص (١٠).

(٤) المحكمة الادارية العليا - طعن رقم ٩٧٠ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٨٥/١١/١٠ نقلاً عن د. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة - المصدر السابق - ص (٩٢).

للادارة مصدره القرار كما هو الحال بالنسبة لاخذ رأي مجلس الكلية في شأن تعيين عضو هيئة تدريس بالجامعة حيث ان رأي مجلس الكلية لا يلزم رئيس الجامعة وهو السلطة المختصة باصدار قرار التعيين ومع ذلك فان اصداره دون استعراض رأي مجلس الكلية يجعل منه قراراً باطلاً حيث صدر مشوباً بعييب الشكل^(١) ولا يكفي لصحة القرار الاداري من الناحية الشكلية ان يصدر بعد اخذ رأي الجهة التي حددها القانون وانما يتعين صدور هذا القرار خلال مدة معقولة من تاريخ ابداء تلك الجهة لرأيها فاذا لم يصدر القرار ومضت مدة طويلة على ابداء الجهة المنوط بها ابداء الرأي لرأيها فلا يجوز اصدار القرار بناء على الرأي السابق انما صحة القرار من الناحية الشكلية تستوجب اعادة الامر الى ذات اللجنة مري اخرى لابداء رأي جديد في ضوء ما استجد من متغيرات من شأنها التأثير على مضمون الرأي وعلّة ذلك ان القانون اذا نص على هذا الاجراء فانما قصد به ان يضع المركز القانوني بجميع تفاصيله الحاضرة امام مصدر القرار فاذا حتم القانون مثلاً ان يكون فصل العامل بقرار يصدره وكيل الوزارة بعد اخذ رأي اللجنة الفنية المختصة بتأديب العمال واصدرت اللجنة الفنية رأيها بالفصل ثم انقضت ثلاثة اعوام مثلاً فان وكيل الوزارة لا يستطيع الاعتماد على رأي اللجنة السابق وانما يجب اعادة عرض الامر عليها فربما تبدي رأياً جديداً في ضوء ما استجد من امور يستتير به وكيل الوزارة قبل اصداره لقرار الفصل^(٢).

ولا شك في ان تقدير المدة التي يتعين ان يصدر فيها القرار المستند الى الاستشارة جهة ما امر متروك لتقديره لسلطة القاضي والذي يكون بوسعه اعتبار القرار باطلاً من الناحية الشكلية اذا قدر بان المدة ما بين ابداء الرأي وصدور القرار طويلة بحيث تغيرت معها الظروف التي تم ابداءه في ظلها عن تلك التي صدر فيها القرار .

اضافة الى ما تقدم فانه لا يكفي لصحة القرار من الناحية الشكلية ان يصدر في مدة معقولة من تاريخ ابداء الرأي من الجهة التي حددها القانون وانما يتعين ان تحترم الادارة التسلسل في الاستشارة في حالة ما اذا اوجب القانون عليها استشارة عدة جهات قبل اصدار القرار^(٣).

ومن المبادئ المستقرة في القضاء الاداري المصري هو انه لا يسوغ القول بان لمجلس الوزراء ان يقرر إحالة موظف البوليس على المعاش بغير حاجة الى اخذ رأي مجلس

(١) المصدر نفسه ص (٩٣).

(٢) مصطفى ابو زيد فهمي - المرجع السابق - ص (٧٠١).

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة - المرجع السابق - ص (٩٤).

البوليس الاعلى لانه رأي استشاري مردود بانه ما دام القانون قد نص على وجوب اخذ رأي مجلس البوليس الاعلى ولو انه رأي استشاري فان اخذ رأيه ضمانه للموظفين وقد يكون لرأيه الاستشاري شأن في قرار الجهة الادارية^(١).

والقانون قد يحدد احيانا الترتيب الذي يؤخذ به الرأي حيث يكون على الادارة ان تتقيد بهذا الترتيب المحدد في القانون وبخلافه فان القرار الاداري الذي يصدر عنها يكون معرضاً للابطال لعيب في الاجراءات المتخذة لاصداره اما اذا ما لم يحدد القانون للادارة ترتيباً معيناً لاصدار القرار فيكون لها طلب الرأي دون الالتزام بأي ترتيب بهذا الخصوص^(٢).

وقد تظهر الاستشارات في ثلاثة اشكال وهي استشارات اختيارية واستشارات الزامية واستشارات تقيد الادارة^(٣).

فالاستشارات الاختيارية : هي الاستشارات التي لا تكون مفروضة بنص وعليه فان السلطة الادارية غير ملزمة اصلاً بطلبها واذا طلبتها فهي غير ملزمة بالتقيد بها علماً بانه ليس هناك ما يمنعها من الاسترشاد برأي من طلبت منه ذلك والتقيد به شرط ان لا يفضي ذلك الى الحد من بعض صلاحياتها^(٤).

اما الاستشارات الزامية فهي التي يفرضها النص دون ان تكون الادارة ملزمة بالتقيد بها لدى اتخاذها قرارها وخير مثال على ذلك المادة (٥٧) من نظام مجلس شورى الدولة التي تنص على وجوب استشارة هذا المجلس في المراسيم الاشتراعية وفي مشاريع النصوص التنظيمية وكذلك في جميع المسائل التي نصت القوانين والانظمة على وجوب استشارته فيها لذا يعتبر المرسوم التنظيمي الصادر من دون استشارة هذا المجلس معيوباً بتجاوز حد السلطة ومستوجباً للابطال^(٥).

كما ان استطلاع رأي مجلس الخدمة المدنية بشأن صرف الموظفين معاملة الجوهرية يؤدي اغفالها الى ابطال القرار الاداري علماً بانه وان كانت الادارة غير ملزمة بالرأي

(١) انظر سمير صادق - المبادئ العامة في القضاء المصري مع احدث اراء الفقهاء وفتاوي قسم الرأي - دار الفكر الحديث للطبع والنشر بمصر - ط - بلا (١٢٤).

(٢) انظر د. ادوار عيد - المصدر السابق - ص (١٦٧).

(٣) د. فوزت فرحان - القانون الاداري العام - الكتاب الاول - سنة ٢٠٠٤ ص (٤٢١).

(٤) لان الاحتياط يحض الادارة على عدم تقيد نفسها بالرأي الذي تطلبه لان العكس يؤدي حتماً الى الحد من صلاحياتها بصورة غير قانونية نقلاً عن د. فوزت فرحان - المصدر السابق ص (٢٤١).

(٥) د. فوزت فرحان - المرجع اعلاه - ص (٤٢٢).

الاستشاري المعطى فإنه وبالمقابل لا يمكنها ان تعتمد نصاً يخالف في جوهره جوهر النص الذي عرض للاستشارة .

اما الاستشارات المقيدة للادارة هذه الاستشارة التي لا تلزم الادارة بطلبها وحسب بل وبالتقيد بها بمعنى ان قرارها يجب ان يكون مطواعاً للفتوى ومطابقاً لها والا اعتبر معيوباً وهكذا تفقد الادارة سلطتها التقديرية وتصبح في وضعية الاختصاص المقيد وبالتالي فإنه يستحيل عليها اتخاذ القرار التي حددها النص^(١) بشرط ان يكون الرأي قد اتخذ في اجتماع نظامي لا شائبة فيه .

وللسلطة الادارية التي تروم اصدار القرار مراجعة الهيئة الاستشارية سواء كان الرأي ملزماً اي اجبارياً او غير ملزم اي اختيارياً ولكن اذا كان الرأي ملزماً فعلى مصدر القرار ان يتقيد بامر رأي للجهة الاستشارية^(٢).

واذا كان المفروض ان يصدر الرأي قبل صدور القرار فإنه من الواجب ان تكون المدة بين اخذ الرأي واصدار القرار معقولة بحيث اذا ما استطلت المدة اعتبر القرار باطلاً^(٣). واخيراً فإن مجلس الدولة الفرنسي قد قضى استناداً الى قاعدة تقابل الاجراءات بان القرار الذي يصدر استناداً الى استشارية هيئة معينة لا يجوز الغاؤه الا بعد استشارة ذات الهيئة^(٤).

ثالثاً:- الاجراءات التمهيدية والمدد

قد يفرض المشرع على الادارة قبل اصدار قرار معين القيام باجراءات تمهيدية كاعلان ذي الشأن لتسمع اقواله او اجراء تحقيق او اتمام بعض اجراءات العلانية وما الى ذلك وفي كل هذه الحالات يتعين اتمام هذه الاجراءات قبل اصدار القرار الاداري والا كان القرار باطلاً ومعظم القرارات الادارية تخضع لقدر معين من تلك الاجراءات^(٥) وتأسيساً على ذلك فان القضاء الاداري يبسط رقابته على مدى تقيد لادارة بتلك الاجراءات لان اغفالها عند اصدار القرار الاداري الذي يخضع لها يؤدي الى بطلان ذلك القرار^(٦).

(١) المصدر نفسه - ص (٤٢٢).

(٢) انظر سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - ص (٢٦٤ - ٢٦٥).

(٣) انظر سليمان محمد الطماوي - المرجع اعلاه - ص (٧٧٩).

(٤) سليمان محمد الطماوي - المرجع اعلاه ص (٧٨٠).

(٥) سليمان محمد الطماوي - الوجيز في القضاء الاداري - ص (٤٢١) نقلاً عن د. عمر محمد الشوبكي -

القضاء الاداري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، سنة ٢٠٠٧ ص (٢٩٩) .

(٦) د. عمر محمد الشوبكي - المصدر اعلاه - ص (٣٠٠).

فقد يفرض النص في بعض الاحيان على الادارة وجوب اصدار قرارها في مهلة معينة علماً أن المبدأ الاجتهادي يبقى واضحاً في هذه الحالة لا قيمة لهذه المهلة التي تبقى غير ملزمة للادارة وفي هذا الاطار فان العمل او القرار الاداري الذي يصدر بعد انقضاء هذه المهلة المحددة يبقى صحيحاً من الناحية المبدئية ومن ناحية اخرى اذا كانت الادارة غير مقيدة بمهلة لاصدار قرارها فان اتخاذه يجب ان يتم في خلال مدة معقولة يقدرها القاضي بالنظر لظروف كل قضية على حده علماً بأن كل ضرر يلحق بالغير ويكون ناجماً عن هذا التأخير يترتب على الادارة اعباء المسؤولية ويتفاوت تحديد هذه المدة المعقولة بحسب الصعوبات الخاصة باعداد كل قرار ولهذا فقد اعتبر بان التأخير مدة سنة كاملة يعد مقبولاً ومعقولاً في حين ان التأخير لمدة اربع سنوات او اثني عشر عاماً لاتخاذ تدبير تنظيمي خاص فرضه القانون امر غير مقبول ومخالف للقانون لكن قد يلزم نص تشريعي او تنظيمي السلطة الادارية المختصة باتخاذ التدابير الضرورية التي بدونها لا يستقيم تطبيق احكام القانون هنا لا يعود مسموحاً لهذه السلطة تأخير صدور مثل هذه التدابير سواء بالامتناع^(١) او باتخاذ تدابير وضعية مخالفة لما هو مطلوب تحت طائلة المسؤولية وقد يأتي هذا الموجب عن طريق قرار قضائي كقرار المحكمة الادارية بعدم البت بطلب تخفيض ضريبة سنوية الى حين صدور قرار عن السلطة الادارية المختصة بكيفية تطبيقها او كنتيجة بوضع يؤدي فيه امتناع او عدم تحرك الادارة الى مثل واحدة او اكثر من مهامها الاساسية التي قد تكون ذات طابع قانوني صرف او ذات طابع مادي واقعي^(٢).

ففي فرنسا يلزم المشرع الادارة بتمكين الموظف من الاطلاع على ملفه قبل اتخاذ الاجراءات التأديبية ضده ولقد اظهر مجلس الدولة الكثير من التشدد في احترام هذا الالتزام فهو لا يكتفي بان تسمح الادارة للموظف بالاطلاع على ملفه فحسب بل يجب ان تمنحه ايضاً المدة الكافية لذلك ان يحتوى الملف على جميع الوثائق التي تهم الموظف وان يكون هذا الاخير في وضع يسمح به بالاطلاع عليه بان يتاح له ذلك في مكان عمله وذلك مثلاً لا يصح للادارة ان تطلب من ساعي البريد يقيم بالجزائر الحضور الى باريس للاطلاع على ملفه بل ان مجلس

(١) د. فوزت فرحان - المصدر السابق - ص (٤٢٠).

(٢) د. فوزت فرحان - المصدر السابق - ص (٤٢١).

الدولة الفرنسي يذهب الى ابعد من ذلك اذ انه لا يعتبر الاطلاع متحققاً حتى ولو اتيح للموظف في مكان عمله كما كانت حالته الجسمانية والذهنية لا تمكنه من ذلك على الوجه المناسب^(١). وفيما يخص الاجراءات التمهيدية هذه ما ينص عليه قانون الخدمة المدنية الليبي على (وجوب تبليغ الموظف المحال على المحاكمة التأديبية بالتهم المنسوبة اليه وبتاريخ المحاكمة فالتبليغ في هذه الحالة يعتبر اجراءً جوهرياً يتعين اتباعه)^(٢).

وقد يحدد المشرع مهلة للادارة لاتخاذ قرارها بحيث ان اصدارها هذا القرار بعد انقضاء تلك المهلة يعتبر حاصلاً من سلطة غير مختصة كما قد يحدد مهلاً لاتمام بعض الاجراءات كالمهل التي يقدم ذوو الشأن خلالها مطالبهم الى الادارة او وجهات نظرهم او دفاعهم في امور معينة بحيث ان الاجراءات الادارية تتوقف عن سيرها حتى انقضاء تلك المهل ويذهب القضاء الفرنسي الى ان عدم مراعاة المهل المذكورة من شأنه المساس بمشروعية القرار المتخذ من الادارة فيما اذا كانت مقررة تحت طائلة او اذا كانت تشكل ضماناً للأفراد فقد قضى مثلاً باعتبار الاجراءات الادارية غير صحيحة قانوناً فيما اذا لم تنقض سوى مدة قصيرة جداً بين الوقت الذي دعي فيه الموظف للاطلاع على ملفه والوقت الذي وقع فيه المرسوم الذي انهي خدمته او اذا لم يعط الموظف المحال امام لجنة تأديبية لاجل مناقشة الاتهامات الموجهة اليه سوى مهلة قصيرة جداً لا تمكنه من تقديم دفاعه بصوة مجدية اما اذا كانت عدم مراعاة المهل لا يؤثر على النتيجة التي تنتهي اليها الاجراءات التي تنظم خلالها فلا تعد الاجراءات عندئذ معينة ويكون الشأن كذلك فيما اذا كانت اعطاء المهلة لا يشكل ضماناً للأفراد ولا يوجد نص يرفض مراعاتها تحت طائلة البطلان^(٣) وقضاء مجلس الدولة المصري غني في هذا الخصوص فيما يتعلق بضرورة احترام الاجراءات التي رسمها المشرع في خصوص اعداد تقارير كفاية الموظفين ومن هذا القبيل على سبيل المثال حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١٦ كانون الثاني سنة ١٩٦٠ حيث تؤكد انه نظراً الى خطورة التقارير السنوية في حياة الموظف فانه من اللازم (.. ان تمر تلك التقارير على السنن وفي المراحل التي اسنتها ورسمها ونظمها (المشرع) فاذا اغفل منها اي اجراء جوهري لم تنتج تلك التقارير الاثار المترتبة عليها قانوناً) واعمالاً لهذا المبدأ قضت المحكمة القضاء الاداري في ١٣ اذار سنة ١٩٥٨ ببطلان

(١) د. حسين عثمان محمد عثمان - اصول القانون الاداري - منشورات الحلبي الحقوقية بدون سنة طبع ، ص (٥٨٥).

(٢) انظر د. صبيح بشير مسكوني ، القضاء الاداري في الجمهورية العربية الليبية منشورات جامعة بنغازي - كلية الحقوق ، (١٩٧٤) ، ص (٤٠١).

(٣) انظر ادوارد عيد ، المصدر السابق - ص (١٤٢).

التقرير الذي يعده الرئيس المباشر ويعرضه مباشرة على لجنة شؤون الموظفين دون عرضه على المدير المحلي وعلى رئيس المصلحة^(١).

ولهذا أيضاً قضت ببطلان التقرير الذي يعده المدير المحلي ثم يعرضه على الرئيس المباشر بل وببطلان التقرير الذي يعده الاثنان في وقت واحد لان الوضع الذي فرضه القانون هو مراعاة تسلسل معين يقوم على حكمه محددة (.. وغني عن البيان ان اغفال هذا التسلسل المقصود بهذه المحكمة التي تغياها المشرع من ايجاب ان يكون للرئيس المباشر المبادأة في تقدير كفاية الموظف توقيماً من وقوعه تحت تأثير رؤسائه في شأن يتوقف عليه مستقبل الموظف المذكور واذا تم وضع التقرير على غير هذا الاساس فانه يكون قد اغفل اجراء جوهرياً نظمه القانون ومن ثم يقع باطلاً ويتعين الغاؤه).

وكما ذكرنا ان المشرع المصري يحدد مدداً معينة للاجراءات الادارية التي تؤدي الى اصدار القرار الاداري كمنح الافراد مهلة محددة قبل صدور القرار ليعدوا فيها انفسهم لمواجهته وحينئذ يتعين احترام تلك المدد ، وقد اشار مجلس الدولة المصري الى هذه الاجراءات في بعض احكامه نذكر منها على سبيل المثال حكمه الصادر في (٥ نيسان سنة ١٩٥٢) والذي جاء فيه (أن المادة ٣٠ من قرار وزير الداخلية الصادر في ٢٦ تشرين الثاني سنة ١٩٤٧ الخاص بالعمد والمشايخ تنص على انه يعلن المدير بصفته رئيساً للجنة الشياخات ، العمد والشيخ لقرار احالته الى اللجنة المذكورة مع بيان الاسباب التي دعت الى ذلك ويدعوه الى الحضور في الزمان والمكان المعينين لانعقادها ويكون اعلان ذلك القرار الى العمدة والشيخ في قريته وقبل عقد الجلسة المعنية باسبوع على الاقل ومفاد هذا النص ان اعلام العمدة او الشيخ بالتهمة قبل الجلسة المعنية لنظر المحاكمة الادارية ، من الاجراءات الجوهرية في المحاكمة حتى يحاط علماً بالتهمة المنسوبة اليه ولتمكينه من الدفاع عن نفسه تحقيقاً للضمان المقرر في المحاكمات الادارية من الدفاع عن نفسه تحقيقاً للضمان المقرر في المحاكمات الادارية والتأديبية ألا يحكم على احد الا بعد اعلامه وهذا التمكين في مجموعة وفاء او نقصاً مما يخضع لرقابة المحكمة واشرافها فاذا تمت المحاكمة بغير هذا الاعلان كان ذلك اخلاً صريحاً بحق الدفاع يترتب عليه بطلان القرار ، هذا من جهة ومن جهة اخرى فإن المادة (٣٠) السابق الاشارة اليها اذ تنص في الفقرة الثانية على ان يكون الاعلان قبل عقد الجلسة باسبوع على الاقل وانما تهدف الى اعطاء المتهم فسحة من الوقت لمواجهة الاتهام بما يعده من وسائل الدفاع ولا يجوز ان ينقص هذا الاجل عن اسبوع وهو وان كان اجلاً تحكيمياً الا انه اذا قام من

(١) د. سليمان الطماوي ، القضاء الاداري ، المرجع السابق - ص (٧٧٢).

الدواعي والاسباب ما يحول دونه اتمام الاعلان قبله اصبح حتماً على اللجنة ان تصح الاجراءات بمنح المتهم اجلاً اخر ... حتى تعوضه ما فاته من استكمال الاصل الذي قرره القانون (...)^(١).

ونجد ايضا تطبيقاً سليماً لشرط المدد في مجال التأديب المنصوص عليه في قانون النيابة الادارية رقم (١١٧ لسنة ١٩٥٨) ذلك ان هذا القانون يخول النيابة الادارية بعد الانتهاء من التحقيق ان تزن الذنب الثابت في حق الموظف فاذا ما قدرت ان المخالفة لا تستوجب توقيع جزاء اشد من الخصم من المرتب مدة لا تجاوز ١٥ يوماً فلها ان تحيل اوراق التحقيق الى الوزير او من يندب من وكلاء الوزارة او الرئيس المختص وعلى الجهة الادارية التي يحال اليها اوراق التحقيق ان تصدر قرارها بالحفظ او بتوقيع الجزاء خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ ابلاغها نتيجة التحقيق ولكن الجهة الادارية المختصة ليست ملزمة برأي النيابة الادارية اذا ما قدرت ان التهمة المنسوبة الى الموظف خطيرة وتستدعي عقاباً اشد ففي هذه الحالة اجاز لها المشرع ان تعيد الاوراق الى النيابة الادارية لمباشرة الدعوى امام المحكمة التأديبية المختصة ويجب على الجهة الادارية المختصة في جميع الحالات ان تخطر النيابة الادارية نتيجة تصرفها في الاوراق خلال ١٥ يوماً على الاكثر من صدور قرارها في هذا الشأن وهذا كله اذا كانت المخالفة ادارية اما اذا كانت المخالفة مالية فانه يتعين اخطار رئيس الجهاز المركزي للمحاسبات بقرار الجهة الادارية في خصوص تلك المخالفة ولرئيس الجهاز خلال ١٥ يوماً من تاريخ اخطاره بالقرار ان يطلب تقديم الموظف الى المحاكمة التأديبية وعلى النيابة الادارية في هذه الحالة بمباشرة الدعوى التأديبية خلال ١٥ يوماً التالية^(٢).

رابعاً: قواعد الشكل والاجراءات بالنسبة للجان :-

قد يصدر القرار او الرأي الاستشاري من لجنة او مجلس وحينئذ تتوقف سلامة القرار من الناحية الشكلية على اتباع تلك اللجنة او المجلس للقواعد التي تحكم سيره فيجب ان يشكل من الاعضاء المنصوص عليهم قانوناً ولا يمكن ان يغير عضو بآخر الا اذا سمح القانون بذلك وهذا ما ابرزه مجلس الدولة المصري الصادر في ١٩/١/١٩٤٨ حيث يقول (... أن قرار وزير الدفاع الصادر في (١٧ كانون الاول سنة ١٩٤١) الذي ينص على تشكيل لجنة شؤون الضباط البحريين بمختلف المصالح الاميرية لم يسمح بان يحل اخر محل اي عضو من اعضائها فلا

(١) مجموعة احكام المجلس السنة السابعة ، ص (٨٢٧) نقلاً عن د. سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص (٧٧٤).

(٢) د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق ، ص (٧٧٥).

مناص من انعقادها بالتشكيل المذكور والا كان انعقادها غير صحيح وكذلك قراراتها ... ولا يغير من الامر شيئاً ان اللجنة سبق وان شكلت على الوجه المعيب وابتدت اقتراحات لم يطعن فيها المدعي ما دام تشكيلها المنصوص عليه هو اجراء شكلي جوهرى بقصد تحقيق ضمانات اساسية فكل اخلال به ينطوي على عيب في الشكل وسبق تشكيلها خطأ دون طعن لا يصح العيب الجوهرى^(١).

هذا ولما كانت اللجنة سوف تصدر قراراً بالاجماع او بالاغلبية فقد اثير تساؤل عن العدد الذي يتعين ان تشكل منه اللجنة اما محكمة القضاء الاداري قد ذهبت الى ضرورة تشكيل اللجنة من عدد فردي لا يقل عن ثلاثة اعضاء (لضمان حسن الاختيار عند الاختلاف في الرأي) وكان ذلك بمناسبة تشكيل اللجان العلمية لفحص الانتاج العلمي لاعضاء هيئات التدريس عند الترقية وذلك بطبيعة الحال اذا لم يحدد المشرع عدد اعضاء اللجنة ولكن المحكمة الادارية العليا الغت الحكم السابق ورفضت وجهة النظر التي قام عليها الحكم وحثتها في ذلك انه ما دام المشرع لم يشترط عدداً معيناً من الاعضاء فانه يصح تشكيل اللجنة من عضوين).

والواقع ان رأي المحكمة الادارية العليا السابق وان اتفق مع المنطق المجرد فانه يؤدي عملاً الى الوقوع في الحرج اذا لم يجمع العضوان على رأي معين وكان رأي اللجنة ملزماً فحينئذ وما لم يرجح المشرع رأي احدهما لن تستطيع الادارة اصدار القرار^(٢).

ولا يكون انعقاد المجلس صحيحاً الا بدعوة جميع الاعضاء للحضور على الوجه القانوني (... فاذا قصرت الدعوة على عدد من الاعضاء يكمل النصاب دون الباقيين كان انعقادها باطلاً)^(٣).

ويجب ان يتوافر النصاب القانوني للانعقاد كما حدده القانون وهو اكثر من النصف عادة فاذا سكت القانون عن ذلك فهل تكفي الاغلبية لصحة الانعقاد فلقد ذهبت محكمة القضاء الاداري في اول الامر الى انه من المتعين في هذه الحالة حضور جميع الاعضاء وكان ذلك في حكمها الصادر في ١٦ تشرين الثاني ١٩٥٠ حيث تقول (لا مكان النظر في صحة تشكيل لجنة من اللجان او هيئة من الهيئات انشئت كضمانة للموظفين او لافراد طائفة يتعين الرجوع الى النص التشريعي الذي اوجدها فاذا اختار اشخاصاً بذواتهم او بوظائفهم ثم سكت عن التصريح بصحة الانعقاد عند تكامل عدد من الاعضاء كما هو الحال في نص المادة ١١ من الامر الاداري

(١) حكم المجلس الصادر في ١٩/١/١٩٤٨ السنة الثانية ص ٦٨٩ نقلاً عن د. سليمان الطماوي ص (٧٨٠).

(٢) سليمان الطماوي - المرجع السابق ، (٧٨٢).

(٣) حكم المجلس في ٥/٤/١٩٤٨ السنة الثانية ص ٦٥٣ نقلاً عن د. سليمان الطماوي ، ص (٧٨٢).

الصادر في ٢ آيار سنة ١٩٤٦ باعادة التنظيم الادارية لبلدية الاسكندرية فلا مناص لحضور جميع الاعضاء بحيث لو غاب احدهم لما صح انعقاد ويجب عند المداولة اتباع الاجراءات القانونية بانعقاد المجلس في المقر الرسمي وان تكون الجلسة علنية او سرية بحسب ما يقرره القانون وان تحضر اغلبية الاعضاء المطلقة اذا لم يشترط المشرع حضور الاعضاء جميعاً وان تؤخذ الاصوات بالطريقة المرسومة فلا يغفل صوت من يجب اخذ صوته لسبب من الاسباب ويجب ان حصل القرار على الاغلبية المشروطة قانوناً فاذا انقسمت الاصوات لا يعتبر صوت الرئيس مرجحاً الا اذا نص على ذلك صراحة^(١).

على ان المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ٨ تشرين الثاني ١٩٧٠ فقد خفتت من غلواء الشكليات في هذا الصدد بمخصوص الاجراءات التي يتعين على لجنة فحص الانتاج العلمي في الجامعات ان تسير عليها في حالة عدم النص فقررت أنه (... ليس ثمة قيد يلزم اللجنة او اعضاءها باتباع اجراءات بذاتها سواء بالاجتماع او تبادل الرأي وكل ما تطلبه القانون هو تقرير مفصل عن الانتاج يفصح عن المكانة العلمية لكل مرشح ويوضح عناصر الكفاية فيمن يراه صالحاً دون غيره للتعين في الوظيفة المتقدم لشغلها ويستوي الامر بعد ذلك ان يقدم كل عضو من اعضاء اللجنة بتقريره على حدة او ان يتقدموا مجتمعين بتقرير واحد لان المهم ان يتحقق الفحص الجاد للانتاج العلمي للمرشحين بان يعمل كل استاذ متخصص معايره العلمية لوزن الانتاج العلمي المعروف عليه وتقديم تقرير عنه اذا كان كل منهم قد قيم انتاج كل مرشح بما يراه وكانت تقاريرهم جميعاً بوصفهم اعضاء اللجنة العلمية وقد وضعت تحت نظر الهيئات المختصة بما يمكنها بدورها من وزن الكفاية العلمية للمرشحين فان الحكمة من تشكيل اللجنة هذه تكون قد تحققت ويجب ان يحرر محضر بالمناقشات التي تدور في المجالس التي تملك اصدار قرارات ادارية لاهمية ذلك فيما يتعلق بالحكم على شرعية القرارات التي تصدرها ونرى انه اذا تطلب القانون ذلك فان انعدامه يعتبر عيباً في الاجراءات يؤدي الى بطلان القرارات الادارية كاشتراط تسبب القرار وقد ذهب بعض الفقهاء ان انعدام المحضر لا يؤدي بالضرورة الى بطلان القرار كما ان العيب في المحضر لا يسري الى القرار في ذاته ونحن لا نؤيد هذا الرأي الا في حالة اغفال المشرع النص على ضرورة تحرير محضر^(٢).

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٥/حزيران/١٩٥١ في قضية (Des champs) المجموعة ص

٢٤٨ نقلاً عن د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص (٧٨٤).

(٢) من هذا الرأي ميشيل ستاسينو بولس ص ١٢٩ نقلاً عن د. سليمان الطماوي المرجع السابق - ص

(٧٨٧).

وإذا كانت ثمة لجان قد شكلت في زل قانون معين وصدر قانون بتعجيل تشكيل هذه اللجان وكانت اللجان الاولى قد قامت بخطوات محددة فان هذه الخطوات تظل سليمة ومنتجة لاثارها القانونية على ان تستكمل وفقاً لاحكام القانون الجديد^(١).

خامساً: ضمانات التأديب الاجرائية :

من اهم الاجراءات التي يحرص القضاء الاداري على ضمان اتباعها لما تمثله من ضمانات اولية للأفراد والعاملين تلك المتصلة بمجال التأديب سواء بالنسبة للعاملين والموظفين بالادارة او غيرهم كالطلاب في المعاهد والجامعات مثلاً ففي هذا المجال يتعين على الادارة ان تحترم كافة الاجراءات التي ينص عليها القانون وفي هذا الصدد فليس هناك في تقديرنا اساس لاية تفرقة بين اجراء جوهريه واخر غير جوهري لانها كلها ضمانات للأفراد كفلها القانون ولا يصح التخلي عنها بحجة انها غير جوهريه ومن اهم امثلة هذه الاجراءات والتي تعرض لها القضاء الاداري بالرقابة ان قرار انهاء خدمة العامل يقع باطلاً اذا لم يسبقه انذار العامل كتابياً لفقدان الشكل الجوهري للقرار (وذلك بالنظر الى ما ينطوي عليه هذا الاجراء من ضمانة اساسية تتمثل في احاطة العامل بما يراد اتخاذه حياله من اجراء تنتهي به خدمته وتمكيناً له من ابداء عذره قبل اتخاذه)^(٢).

اما في القانون العراقي فقد نص في الفقرة (أولاً) من المادة (١٠) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ والتي نصت (على الوزير او رئيس الدائرة تأليف لجنة تحقيقية من رئيس وعضوين من ذوي الخبرة على ان يكون احدهم حاصلأ على شهادة جامعية اولية في القانون)^(٣).

كما نصت المادة (٢) من قانون التضمين رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ على ان (يشكل الوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة لجنة تحقيقية من ثلاثة اعضاء على الاقل من ذوي الخبرة والاختصاص ويكون احد اعضائها موظفاً قانونياً لتحديد مبلغ التضمين والمسؤول عن احداث الضرر المنصوص عليه في المادة (١) من هذا القانون وجسامة الخطأ

(١) د. سليمان الطماوي ، المرجع السابق – ص (٧٨٩).

(٢) المحكمة الادارية العليا في ١٢/٢٧/١٩٧٤ قضية ٢٧٣ لسنة ١٨ ق المجموعة السنة ٢٠ ص ٤٢ نقلاً عن د. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى الغاء القرارات الادارية ، سنة ٢٠٠٤ ، ص (٤٤٦).

(٣) قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ .

المرتكب وما اذا كان عمدياً او غير عمدي وعلى اللجنة الاستعانة بجهة رسمية ذات اختصاص^(١).

كما تضمنت المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بان تشكل لجنة مركزية للنظر في الاعتراضات والشكاوى التعاقدية وترتبط بالوزير المختص او المحافظ او من يخوله وتتألف من مجموعة من الخبراء والاختصاصيين^(٢).

وتطبيقاً على ذلك قضت الهيئة التمييزية في مجلس شورى الدولة (ببطلان العقوبات الانضباطية اذا صدرت ممن لا يملك صلاحية فرضتها، وان صلاحية مجلس الانضباط العام بتصديق او تخفيض العقوبة الانضباطية لا ترد على العقوبات الانضباطية الباطلة^(٣)).

ومن ابرز الضمانات للموظف في نطاق التأديب هو ان يتم اجراء التحقيق مع الموظف والاستماع لاقواله ومنحه فرصة للدفاع عما اسند اليه من اتهام على اعتبار ان التحقيق الاداري هو الخطوة الاولى في الاجراءات التأديبية، والتحقيق الاداري بصفة عامة يعني البحث والتقصي الموضوعي والمحايد والنزيه لكشف الحقيقة واسناد الوقائع الى اشخاص محددين بغية محاسبتهم ومعاقبتهم وفقاً للقانون حيث ان التحقيق الاداري لا يستهدف سوى الكشف عن الحقيقة وبيان حقيقة العلاقة بين الموظف والمخالفة المسندة اليه^(٤).

وهو اجراء شكلي يتخذ بعد وقوع المخالفة بقصد الكشف عن فاعلها او التثبت من صحة اسنادها الى فاعل معين الهدف منه الوصول الى الحقيقة واماطة اللثام عنها^(٥) وعلى الرغم من ان اجراء التحقيق الاداري ومع الموظف المحال الى اللجنة التحقيقية هو ضمانه له نصت عليها المادة (١٠) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ فقد اوصت غالبية التشريعات الى تشكيل لجنة تحقيقية تتولى التحقيق مع الموظف المخالف قبل مساءلته او فرض العقوبة الانضباطية عليه كما استقرت قرارات الهيئة التمييزية في مجلس شورى الدولة ومجلس الانضباط العام الى بطلان العقوبات الانضباطية التي تفرض على الموظف وما يترتب عليها من اجراءات اذا لم يسبق فرض العقوبة تشكيل لجنة تحقيقية تتولى التحقيق في المخالفة التي ارتكبها الموظف وسماع اقواله ودفاعه عما اسند اليه تتولى اللجنة مهامها بصدر الامر الوزاري او الاداري الصادر بتشكيل اللجنة التحقيقية من السلطة

(١) قانون التضمين رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ .

(٢) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ .

(٣) قرارات وفتاوي مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٩ - ص (٣٥٦).

(٤) د. ماجد راغب الحلو - القضاء الاداري - منشأة المعارف - طبعة ٢٠٠٠ ص (٥٢٤).

(٥) د. عبد الفتاح عبد البر - الضمانات التأديبية - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة - ١٩٧٨ ص (١٠).

المختصة قانوناً استناداً الى احكام الفقرة (أولاً) من المادة (١٠) من قانون انضباط موظفي الدوزلة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ والتي نصت (على الوزير او رئيس الدائرة تأليف لجنة تحقيقية من رئيس وعضوين من ذوي الخبرة على ان يكون احدهم حاصل على شهادة جامعية اولية في القانون).

كما نصت المادة (٢) من قانون التضمين رقم (١٢) لسنة (٢٠٠٦) على ان (يشكل الوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة لجنة تحقيقية من ثلاثة اعضاء في الاقل من ذوي الخبرة والاختصاص ويكون احد اعضائها موظفاً قانونياً لتحديد مبلغ التضمين والمسؤول عن احداث الضرر المنصوص عليه في المادة (١) من هذا القانون وجسامة الخطأ المرتكب وما اذا كان عمدياً او غير عمدي وعلى اللجنة الاستعانة بجهة رسمية ذات اختصاص).

كما تضمنت المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بان تشكل لجنة مركزية للنظر في الاعتراضات والشكاوى التعاقدية وترتبط بالوزير المختص او المحافظ او من يخوله وتتألف من مجموعة من الخبراء والاختصاصيين.

ومن الجدير بالاشارة اليه عند تشكيل اللجنة التحقيقية الى السند القانوني في تشكيلها سيما وان كل لجنة تحقيقية من هذه اللجان التي سبق الاشارة اليها لها جهة اختصاص في الطعن بتوصياتها المقترنة بمصادقة الوزير فمثلاً اللجنة التحقيقية المشكلة بموجب قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام اعلاه يكون مجلس الانضباط العام هو الجهة المختصة في النظر بالاعتراضات عليها اما اللجنة المشكلة بموجب قانون التضمين فيكون الطعن بقرار التضمين لدى محكمة البداية المختصة ويكون الحكم الذي تصدره المحكمة قابلاً للطعن به امام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية وكذلك الحال بالنسبة الى اللجنة التحقيقية المشكلة بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية امام الجهة التي نصت عليها التعليمات المذكورة انفاً وبالتالي فان صدور توصيات اللجنة التحقيقية المشكلة من جهة غير اختصاص يترتب على هذه التوصيات او القرارات الصادرة بناء على هذه التوصيات بطلان التحقيق والاثار المترتبة عليه واهما القرارات الصادرة بفرض عقوبات انضباطية والتي لها مرجع قانوني للطعن^(١).

وتطبيقاً على ذلك فقد قضت الهيئة التمييزية في مجلس شورى الدولة بقرارها المرقم (٦٠/انضباط / تمييز / ٢٠٠٩) ببطلان العقوبات الانضباطية اذا صدرت ممن لا يملك صلاحية فرضها^(٢).

اما فيما يتعلق بصلاحيات اللجنة التحقيقية في ضوء احكام المادة (١٠) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ فقد نصت الفقرة (ثانياً) من المادة المذكورة

(١) د. محمد ماهر ابو العينين - مصدر سابق - ص (٣٨٢).

(٢) قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٩ - ص (٣٥٦).

على ان (تتولى اللجنة التحقيق تحريراً مع الموظف المخالف المحال عليها ولها في سبيل اداء مهماتها سماع وتدوين اقوال الموظف والشهود والاطلاع على جميع المستندات والبيانات التي ترى ضرورة الاطلاع عليها وتحرر محضراً تثبت فيه ما اتخذته من اجراءات وما سمعته من اقوال مع توصياتها المسببة اما بعدم مساءلة الموظف وغلق التحقيق او بفرض احدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون وترفع كل ذلك الى الجهة التي احالت الموظف عليها).

ان التحقيق يعد من الضمانات الجوهرية في مجال التأديب فلا تملك السلطة الرئاسية توقيع العقوبات التأديبية بحق الموظف الا بعد اصدار اللجنة التحقيقية توصيتها لذلك لزم قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل الوزير او رئيس الدائرة تشكيل لجنة تحقيقية من رئيس وعضوين من ذوي الخبرة على ان يكون احدهم حاصلاً على شهادة جامعية اولية في القانون ويعد هذا النص من النظام العام فلا مجال للدائرة الاعراض عنه وعلى هذا قضى مجلس الانضباط العام بان (تشكيل اللجنة التحقيقية من اربعة اعضاء او من عضوين لاحكام المادة (١٠) من قانون انضباط موظفي الدولة يؤدي الى بطلان الاجراءات المتخذة من اللجنة لان ما يبني على باطل باطل كما تصرح بذلك القاعدة العامة)^(١).

والملاحظ ان مجلس الانضباط العام يتجه نحو الزام الوزير او رئيس الدائرة بتوجيه اللجنة التحقيقية فقد قضى في بعض قراراته ان التوصية ملزمة للدائرة وليس لها مخالفتها في قراره المرقم ١٧ / ١٩٩٤ في ١٤ / ٤ / ١٩٩٤ والذي جاء فيه (ان فرض عقوبة تزيد على ما اوصت به اللجنة التحقيقية يعتبر خرقاً للقانون)^(٢).

ويجب اطلاع الموظف على الملف ويعتبر هذا الاطلاع ضماناً تأديبية جوهرية يتمتع بها الموظف المتهم وذلك بابلاغه بملفه قبل اتخاذ اي اجراء تأديبي بمناسبة اقترافه خطأ تأديبياً ومن الجدير بالذكر ان قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام لم يثبت للموظف حقاً في الاطلاع على اضمارته الشخصية قبل فرض العقوبة بحقه ولكن عدم النص في هذا القانون لا يعني تحلل السلطات التأديبية من هذا الاجراء وانما توجب عليها التقيد به بوصفه ضماناً مهمة طبقاً للمبادئ العامة للقانون.

ومن الامثلة التي يمكن ان تذكر في هذا المجال في القانون العراقي فرض عقوبة دون تشكيل لجنة تحقيقية حيث وجد (أن المعارض يطعن في الامر الاداري المرقم (٥٢) في

(١) د. غازي فيصل مهدي - شرح قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام بغداد- ٢٠٠١ ص (٦٦).

(٢) د. ماهر صالح علاوي الجبوري - بعض اجتهادات مجلس الانضباط العام في ظل قانون انضباط موظفي

الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ - مجلة العدالة - العدد الاول - السنة الثانية - بغداد -

٢٠٠٠، ص (٥٠).

٢٠٠٩/١/٢٢ والمتضمن فرض عقوبة الانذار من المعترض عليه اضافة لوظيفته ولاحظ المجلس ان المعترض تبلغ بالامر الصادر بفرض العقوبة عندما تظلم منه في ٢٠٠٩/١/٢٦ ورفض التظلم في ٢٠٠٩/٢/٢ وقدم اعتراضه اما المجلس في ٢٠٠٩/٢/١٩ وبذلك يكون اعتراضه مقدم ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً وعند عطف النظر على العناصر الشكلية الاخرى لاحظ المجلس ان العقوبة المفروضة بموجب الامر قد فرضت دون تشكيل لجنة تحقيقية ودون استجواب المعترض بالحد الأدنى (...)^(١).

وايضاً التحقيق الاداري يجب ان يكون له كل مقومات التحقيق القانوني الصحيح وكفالاته وضماناته (من حيث وجوب استدعاء الموظف وسؤاله ومواجهته بما هو مأخوذ عليه وتمكينه من الدفاع عن نفسه واتاحة الفرصة له لمناقشة شهود الاثبات وسماع من يريد استشهادهم من شهود النفي وغير ذلك من مقتضيات الدفاع فاذا خلا التحقيق الاداري من هذه المقومات فلا يمكن وصفه بانه تحقيق بالمعنى المقصود من هذه الكلمة^(٢)).

وحتى يكون قرار الجزاء التأديبي الصادر عن السلطة الرئاسية مبرراً من عيب الشكل فانه يتعين ان يتصدر بعد سلوك الاجراءات التأديبية التي حددها المشرع والتي تعد ضمانات مقررّة للعامل لعدالة وحيدة قرار مجازاته ومن ثم فلا يجوز توقيع جزاء اداري على العامل ما لم يسبقه تحقيق كتابي معه كاصل عام او شفوي اذا لم تجاوز العقوبة الانذار او الخصم من المرتب فيما لا يجاوز ثلاثة ايام حيث يتم استدعاء العامل ومواجهته بما هو منسوب اليه من مخالفات ويمكن من الدفاع عن نفسه بكافة السبل لدرجة انه لا يعاقب على كذبة في اقواله ما دام ذلك قد وقع منه في معرض دفاعه عن نفسه مع اتاحة الفرصة له لمناقشة شهود الاثبات وسماع من يريد الاستشهاد بهم من شهود النفي^(٣).

(١) القرار ٢/٢٠ العدد ٦/ج/٢٠٠٩ مجلس شوري الدولة / مجلس الانضباط العام مجلة القانون والقضاء العدد الثالث لسنة ٢٠١٠ ص (٢٤٨).

(٢) المحكمة الادارية العليا ١٦/١٢/١٩٦٧ قضية ١٠٤٢ لسنة ٩٠٤٢ نقلاً عن د. سامي جمال الدين المرجع اعلاه ص (٤٤٦).

(٣) المحكمة الادارية العليا طعن رقم ٤٠٤ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١ نقلاً عن د. عبد العزيز عبد المنعم خليفه ، القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة المرجع السابق ، ص ٩٥.

الفصل الثالث

صور الشكل والاجراءات في القرار الاداري

الاصل ان اي اخلال بشكل القرار او بما يجب اتباعه من الاجراءات المقررة بقانون او بلائحة يؤدي الى قابلية القرار للالغاء بغير حاجة الى النص صراحة على ان يكون جزاء الاخلال البطلان ذلك وان كانت القاعدة ان لا بطلان الا بنص صريح فان الغاء القرارات الادارية غير المشروعة من النظام العام ويجب الحكم في جميع الحالات:

ذلك لان اتباع قواعد الشكل والاجراءات يحقق المصلحة العامة والمصلحة الخاصة على حد سواء لكن على الرغم من ذلك لا يجوز الاكثار منها او التمسك الشديد بها لانها تؤدي الى عرقلة العمل الاداري وتعقيده والبطئ فيه وهذا ما يضر بالمصلحة العامة ومصالح الافراد على حد سواء.

بحيث اذا كانت السلطات العامة تلتزم دائماً باحترام الاجراءات والاشكال بشكل متشدد فان ذلك سيؤدي الى عرقلة عملها والبطء في انجازها لذلك وقف القضاء الاداري موقفاً متوسطاً او معتدلاً انتهى به الى التمييز بين نوعين من الشكليات والاجراءات وهي الشكليات والاجراءات الجوهرية والتي يترتب على مخالفتها بطلان القرار الاداري وبين الشكليات والاجراءات الثانوية التي لا يترتب على مخالفتها بطلان القرار الاداري (1) فقد ذهب القضاء الاداري الى القول انه لا يصح القول بان كل مخالفة شكلية او اجرائية تستتبع حتماً بطلان القرار الاداري حيث يجب التفرقة بين ما اذا كانت المخالفة تنصب على الشكليات الجوهرية التي تمس مصالح الافراد مثلاً وبين مخالفة الشكليات غير الجوهرية التي لا يترتب على مخالفتها تأثير على مصالح الافراد فقد دعا الى بطلان القرار الاداري في الحالة الاولى وذلك لكون هذه المخالفة تتصل بمصالح الافراد كما ان من شأنها ان تؤثر في مضمون وجوهر القرار ذاته اما في حالة اهمال او مخالفة الطائفة الثانية من الشكليات والاجراءات غير الجوهرية فإنه كان قد تساهل فيها ولم يرتب البطلان كجزء على مخالفتها او اهمالها وذلك لانها لا تتعلق بمصالح الافراد ولا تؤثر في جوهر وذات القرار.

أما في حالة سكوت القانون فيعد الشكل او الاجراء جوهرياً اذا كان من شأنه لو اتبع

(1) د. ادوار عيد - القضاء الاداري - مصدر سابق - ص ١٢٧.

تغيير القرار الاداري اي ان يكون له اثر حاسم على القرار فاذا لم يكن للشكل او الاجراء هذا التأثير عد ثانوياً فالاول وكما نعلم يجر الى الالغاء اما الثاني فلا ، كما ان عيب الشكل في حالات الاختصاص المقيد لا يؤدي الى الغاء القرار الاداري^(١).

على ذلك فإن مخالفة الشكل المقرر او اسقاطه يعتبر عيباً جوهرياً اذا كان من شأنه التأثير على جوهر القرار بحيث يصبح هذا الاخير مغايراً لما كان يمكن ان يكون عليه فيما لو اتبعت في شأنه الاجراءات الشكلية الصحيحة ، اما اذا لم ينل عيب الشكل من جوهر القرار بحيث لم يؤثر عليه او يغير من موضوع القرار في ذاته كان العيب ثانوياً^(٢).

نحن نؤيد هذا الرأي الاخير فعلى الرغم من اهمية اتباع الاجراءات الشكلية في القرار الاداري الا اننا لا نرى فائدة عملية لالغاء القرار اذا كان سيصدر وبنفس المضمون والجوهر فيما لو روعيت في شأنه الاجراءات الصحيحة فهذا الرأي ينسجم مع الواقع العملي الذي يحتم عدم تقييد الادارة بشكليات عديدة تجعل منها متكاسلة ومتهاونة من القيام بالنشاط الاداري.

(١) د. محمد علي آلي ياسين - المصدر السابق - ص (٣٠٦).

(٢) د. محسن خليل - قضاء الالغاء - المصدر السابق - ص (١٠٧).

المبحث الأول

الشكليات والاجراءات الجوهرية والشكليات والاجراءات الثانوية

درج القضاء الاداري على التميز بين ما اذا كانت المخالفة في الشكل والاجراءات قد تعلقت بالشروط الجوهرية التي تمس مصالح الافراد وبين ما اذا كانت المخالفة متعلقة بشروط غير جوهرية لا يترتب على اهدارها مساً بمصالحهم ويترتب البطلان بالنسبة للنوع الاول دون الثاني والتميز بين الاشكال الجوهرية والاشكال غير الجوهرية مسألة تقديرية تنفرد في ضوء النصوص القانونية ورأي المحكمة وسنتناول هذين النوعين من الشكليات والاجراءات الجوهرية والشكليات والاجراءات الثانوية وكالاتي :-

المطلب الاول

الشكليات والاجراءات الجوهرية التي تؤثر على مشروعية القرار الاداري

وهي تكون كذلك اما بنص القانون عندما يقرر ذلك واما بطبيعة الاجراء او الشكل ذاته فالاجراء الشكلي يعتبر جوهرياً بطبيعته حتى ولو لم ينص عليه القانون خصوصاً اذا تعلق بالافراد وحقوقهم او كان من شأنه التأثير على فحوى او مضمون القرار الاداري^(١).

كما يكون الشكل جوهرياً ايضاً في حالة ما اذا كان في استطاعة الشكل او الاجراءات ان يغير القرار الاداري الذي اتخذ فيما لو كان قد اتبع اما اذا لم يكن للشكل او الاجراء اثر حاسم على مسالك الادارة وهي تحدد مضمون القرار فإنه يعد شكلاً او اجراء ثانوياً لا يعد تجاهله مؤثراً في مشروعية القرار. فعدم استيفاء القرار الاداري للشكليات المقررة في القوانين واللوائح او مخالفته لها الاصل ان يكون نتيجته البطلان ولو لم ينص على ذلك كما انه وان كان الاصل ان مخالفة الشكل المرسوم في القوانين واللوائح يستتبع البطلان بغير نص وان القاعدة في هذا البطلان انه مطلق لاعتبارات اهمها ان الشكل انما شرع للصالح العام الا ان هذا الاصل وتلك القاعدة تخضع لعدة استثناءات تحد من شدتها واذا كان القانون الاداري يتميز عن القانون المدني في ان القاعدة في الاول ان عيب الشكل يستتبع البطلان وان الثاني يفرق بين البطلان النسبي والبطلان المطلق وكلاهما لا يتقرر الا بنص الا ان النظريتين قد اقتربت الواحدة من الاخرى حتى اصبح من المسلم به في القانون الاداري وجود حالات بطلان نسبي كالطعن في القرار الاداري بالالغاء لانه مشوب بعيب من عيوب الارادة وكما كانت اهمية قضاء مجلس الدولة في المسائل المتعلقة بعيب الشكل تبرز من ناحية قيامه بدور المنظم للشكليات الادارية وأنه اذا غُض النظر باطراد عن عيوب الشكل لكان ذلك حافزاً لجهة الادارة الى اهمال نصوص القانون التي تفرض شكلاً معيناً لبعض القرارات الادارية مع ما في ذلك من ضرر محقق لمن شرع هذا الشكل لحماية مصالحهم الا انه يجب ان يلاحظ من ناحية اخرى ان اللجوء بصفة مطلقة ودائمة الى الغاء كل التصرفات الادارية المعيبة لمخالفة الشكل يؤدي الى عرقلة اجراءات جهة الادارة خصوصاً متى كانت معقدة تعقيداً لا مسوغ له^(٢).

(١) ليث حسن علي - المصدر السابق - ص (١٧١) .

(٢) د. زكريا المصري - اسس الادارة العامة (التنظيم الاداري - النشاط الاداري) دراسة مقارنة دار الكتب القانوني - مصر سنة ٢٠٠٧ - ص (٤٣٠).

إذا كانت القواعد الاجرائية او الشكلية قد تقررتم لمصلحة الافراد هنا يعتبر الاجراء او الشكل جوهرياً ومن الامثلة على ذلك اذا استلزم القانون اخذ رأي فرد او هيئة قبل اصدار القرار فيجب على جهة الادارة ان تقوم بهذا الاجراء والا كان القرار باطلاً^(١).

وقد قضت محكمة العدل العليا (من المسلم به انه اذا فرض المشرع على الادارة قبل ان تصدر قراراً معيناً اخذ رأي جهة معينة او تكليفها بالتنسيق تقدمه فانه يتعين عليها القيام بهذه الشكلية قبل اصدار القرار بالرغم من انها غير ملزمة لمصدر القرار وان اغفال التنسيق المطلوب يشكل اهداراً للضمانات التي كفلها القانون ومخالفة للاوضاع القانونية مما يشوب القرار بعيب الشكل)^(٢).

ويمكن القول ان الشكليات الجوهرية تشتمل على كل اجراء من شأنه ان يؤثر في صحة القرار الاداري ويستفاد من احكام القضاء الاداري ان الشكل او الاجراء الجوهري هو الذي اذا اهمل كان من شأنه ان يقلل من الضمانات التي تحمي حقوق الافراد او الذي اذا كانت الادارة قد راعته كان سيؤدي الى تعديل القرار الاداري فلا يصدر على النحو الذي صدر به^(٣).

والذي تؤكد الاحكام المستقرة انه كل ما تقررره القوانين واللوائح من اشكال واجراءات ان تستهدف من حماية الموظفين العموميين او الافراد العاديين في مواجهة خطأ الادارة وتسرعها يعتبر اشكالياً جوهرياً يؤدي اغفالها او مخالفتها كلياً او جزئياً الى وسم القرار الاداري بعدم المشروعية ويجعله بالتالي حقيقياً بالالغاء^(٤).

وبصورة عامة يجب على الادارة ان تضع نفسها في افضل الظروف التي اوجبتها القانون لاصدار القرار الاداري فاذا لزم القانون الادارة بفحص كل طلب من طلبات الافراد على حدة والاجابة عليه على حده وجب عليها ان تفعل ذلك والا كان قرارها حقيقياً بالالغاء^(٥).

وقد ذهب المحكمة الادارية العليا في تحديدها للشكل الجوهري بانه الشكل الذي يترتب

(١) انس جعفر - القرارات الادارية - مصدر سابق ص (١٢).

(٢) قرارها رقم ٣٤٩ لعام ١٩٩٦ - مجلة نقابة المحامين تشرين الثاني ١٩٩٧ - ص (٣٥١)، قرارها رقم ٩٥/١٤٣ مجلة نقابة المحامين آذار ١٩٩٧ - ص ٩٧٩ نقلاً عن د. عدنان عمرو - مبادئ القانون الاداري

- مرجع سابق - ص (٨٠).

(٣) محمود حافظ - القضاء الاداري - امالي لطلاب حقوق القاهرة - بدون سنة طبع ص (٥٦٣).

(٤) د. طعيمة الجرف - رقابة القضاء لعمال الادارة العامة - قضاء الالغاء - مصدر سابق ص (٢٨١).

(٥) د. حنا نده - القضاء الاداري في الاردن - مصدر سابق ص (٣٩١).

على اغفاله تفويت المصلحة التي عنى القانون بتأمينها^(١).

وتطبيقاً لذلك ذهبت المحكمة الادارية العليا الى بطلان القرار الاداري لتخلف شكل جوهرى كان يتعين احترامه حال اصدار القرار مثلاً حل جمعية دون ان يسبق قرار الحل انذارها بازالة المخالفات وانقضاء ١٥ يوماً من تاريخ هذا الانذار دون ازالة المخالفات حيث يعد الانذار هنا شكلاً جوهرياً^(٢).

وايضاً عدم توقيع اعضاء اللجنة المنصوص عليها بالمادة ١٦ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن اعمال البناء على القرار الخاص بالازالة يجعل القرار صادراً دون اعمال شكل جوهرى مما يؤدي الى بطلانه^(٣).

اما محكمة القضاء الاداري المصرية فقد ذهبت في حكم لها الى ان المادة ٧٥ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ الخاص بالري والصرف والمعدل بالقانون رقم ٣٨٥ لسنة ١٩٥٦ قد نصت على انه ((يختص بالفصل في هذه الجرائم (اي الجرائم التي ترتكب بالمخالفة لاحكام ذلك القانون) لجنة ادارية تشكل في المديرية من مديري المديرية او سكرتيرها العام رئيساً ومن وكيل تفتيش الري او من ينيبه وعضو شياخات تعينه لجنة الشياخات وفي المحافظات من المحافظ او من ينوب عنه رئيساً ومن عضو من مصلحة الري يندبه وزير الاشغال العمومية وعضو يختاره المحافظ من الملاك الزراعيين في المحافظة...)) ونصت المادة الخامسة من قرار وزير الداخلية رقم ٢٠ لسنة ١٩٥٧ في شأن الاجراءات التي تتبع امام لجنة الري والصرف على انه ((يعين كل من المحافظ ولجنة الشياخات عضواً احتياطياً يحضر للجنة الادارية المنصوص عليها في المادة ٧٥ مكرراً من القانون سالف الذكر اذا تخلف العضو الاصلي المعين بمعرفتها عن الحضور...)).

ونصت المادة (١٢) (من هذا القرار على ان تصدر اللجنة قرارها بأغلبية الاراء ويكون مسبباً ونهائياً..).

وحاصل هذه النصوص انها جعلت اختصاص الفصل في جرائم الري والصرف لجنة

(١) المحكمة الادارية العليا - طعن رقم ٥٧١ لسنة ١٨٨ ق جلسة ١٩٧٩/٥/١٢ نقلاً عن د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة - القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة - مصدر سابق -- ص (١٠٢).

(٢) المحكمة الادارية العليا - طعن رقم ٥١٢ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٩٢/٧/١٢ نقلاً عن د. عبد العزيز عبد المنعم - المصدر اعلاه - ص (١٠٢).

(٣) المحكمة الادارية العليا - طعن رقم ٧٩٨٣ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٩٤/١١/٢٤ نقلاً عن المصدر اعلاه ص (١٠٣).

ادارية مشكلة تشكياً ثلاثياً من رئيس وعضويين وان المشرع بالغ في الاحتياط لضمان صحة هذا التشكيل فأوجب اختيار عضوين احتياطيين يحلان محل من يتغيب من العضوين الاصليين حتى يكتمل التشكيل الثلاثي ثم استلزم بعد ذلك بطبيعة الحال ان تصدر قرارات اللجنة باغلبية الاراء وهذه اللجنة وان كان تشكيلها ادارياً الا أنها ذات اختصاص قضائي في جرائم الري والصرف ولا ينازعها في ذلك جهة اخرى وغني عن البيان انها لا تكتسب هذه الصفة ولا تتمتع بذات الاختصاص الا وهي مشكلة تشكيلها الثلاثي الصحيح قانوناً ومظهر هذا التشكيل الصحيح هو محضر جلستها الذي يجب ان يثبت فيه بوضوح دقة اسم رئيس الجلسة وعضويتها والصفة الملازمة لكل عضو وبغير ذلك لا تستكمل اللجنة تشكيلها بشهادة الشهود او بشهادة بعض اعضائها لان محضر الجمعية هو الوثيقة الوحيدة المعول عليها في اثبات صحة تشكيل هذه اللجنة وينبغي على ذلك انه اذا اخلت هذا التشكيل لاي سبب من الاسباب زالت عن اللجنة صفتها وفقدت بزوالها سلطتها في الفصل في الجرائم المعروضة عليها وبالتالي فكل قرار يصدر من اللجنة في تشكيلها المشوه ويكون منعماً ولا يترتب عليه اي اثر ولا تلحقه حصانة ولا يتحدد الطعن فيه بميعاد معين^(١) نجد في هذا القرار ان حل الجمعيات الخاصة دون توجيه اذار بالحل يترتب عليه مخالفة القرار لاجراء جوهري ويعتبر ايضاً من الاجراءات او الاشكال الجوهرية تسبب الادارة لقراراتها اذا كان القانون يستلزم ذلك لان القاعدة العامة ان الادارة لا تلزم بذكر اسباب القرارات التي تصدر منها الا اذا الزمها القانون بذلك فهنا يصبح التسبب ضرورياً يترتب في عدم اتباعه بطلان القرار^(٢) ومن الامثلة على ذلك ما تنص عليه المادة (٧٩) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ الخاص بالعاملين المدنيين بالدولة من انه لا يجوز توقيع جزاء على العامل الا بعد التحقيق معه كتابة وسماع اقواله ويجب ان يكون القرار الصادر بتوقيع الجزاء مسبباً ومن ثم فان القرار الصادر بتوقيع عقوبة على موظف دون ان يكون مسبباً فإنه يكون باطلاً لغيب الشكل^(٣).

اما في فرنسا فقد نصت المادة ١٩ من الدستور الفرنسي على ضرورة التوقيع على معظم اعمال رئيس الجمهورية من جانب الوزير الاول والوزراء المسؤولين عند الاقتضاء كما نصت المادة ٢٢ على ان اعمال الوزير الاول يوقعها الوزراء المكلفون بتنفيذها عند الاقتضاء

(١) الطعن رقم ٦٠١٧ لسنة ٤٧ق - جلسة ٢٠٠٥/٥/١٢ نقلاً عن د. محمد ماهر ابو العينين - ضوابط

مشروعية القرارات الادارية وفقاً للمنهج القضائي - الكتاب الاول ص (٣٢٦).

(٢) د. عبد الفتاح حسن - مصدر سابق - ص (٥٦٢).

(٣) د. انس جعفر - القرارات الادارية - مصدر سابق - ص (١١٣-١١٤).

وينظر مجلس الدولة الى التوقيع المجاور باعتباره اجراء جوهرياً ذلك لان عدم مسؤولية رئيس الدولة يقتضي ان يفترن توقيعه من يتحمل المسؤولية والقاضي ينظر الى التوقيع المجاور باعتباره اجراء جوهرياً بالنظر الى هذا الهدف الذي يتغياه المشرع الدستوري من استلزامه بصرف النظر عن اثر تخلف هذا الاجراء على مضمون القرار^(١).

خلاصة القول ان من الامثلة التي اعتبرها مجلس الدولة الفرنسي جوهرياً او اساسية هي:

أ- ضمانات الدفاع عن المتهم اثناء المحاكم التأديبية .

ب- تسبب القرار الاداري في الحالات التي يتطلب فيها القانون ذلك.

ج- اخذ رأي الهيئة الاستشارية اذا كان القانون يفرض ذلك^(٢).

وتطبيقاً لذلك فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي العديد من طعون الالغاء ضد القرارات الادارية المعيبة بعيب الشكل ومن ذلك حكم المجلس في قضية مارتان (Martin) والذي الغى فيه المجلس القرار الصادر من المجلس البلدي بابرام عقد لعدم مراعاة ما اوجبه القانون من وجوب تقديم تقرير من الجهة المختصة بذلك (مدير الاقليم) عن الموضوع والذي يجب ان يوزع على الاعضاء قبل الجلسة لفترة معينة^(٣).

ومن امثلة الاجراءات الجوهريه في قضاء مجلس الدولة المصري ما يأتي :

أ- عدم عرض القرار الاداري قبل اصداره على مجلس الدولة ليضعه في الصيغة القانونية حيث ينص القانون على ذلك ما لم يقتض ضرورة اغفال هذا الاجراء القانون^(٤).

ب- رئاسة العميد او الوكيل لمجلس الكلية اجراء جوهري فقد قررت محكمة القضاء الاداري في ٦ فبراير (شباط) ١٩٥١ (ان انعقاد المجلس برئاسة اقدم اعضائه يبطل قراره دون ان يصححه انعقاده بعد ذلك برئاسة وكيل الكلية واصداره قراراً باعتماد محضر الجلسة

(١) د. محمود حافظ البنا - الوسيط في القضاء الاداري - مصدر سابق - ص (١٥٤).

(٢) د. سليمان محمد الطماوي - القضاء الاداري - قضاء الالغاء - مصدر سابق - ص (٧٧٤).

(٣) حكم المجلس الدولة الفرنسي سنة ١٩٥٥ مشار اليه في مؤلف د. سعد الشراقوي - القضاء الاداري دار النهضة العربية - ١٩٨٤ ص (٢٧٦) .

(٤) حكم محكمة القضاء الاداري الصادر في ٢٦ فبراير (شباط) ١٩٥٢ مجموعة السنة السادسة حكم رقم ١٨٥ القضاء رقم ٥٨٩ لسنة ٤ القضائية ص ٥١١ نقلاً عن مرور رياض عبد الهادي - الابعاد القانونية لدولة القاضي الاداري - ٢٠١٠ - ص (٣٣).

السابقة ذلك لان الموضوع ذاته لم يعرض برمته على المجلس للنظر فيه من جديد^(١).

ج- اذا نص القانون على بطلان القرار الاداري لاغفال عيب شكلي فيه او كون الاجراء جوهرياً في ذاته بحيث يترتب على اغفاله بطلان القرار بحسب مقصود الشارع^(٢).

وتطبيقاً لذلك فقد الغى مجلس الدولة المصري القرار الصادر باستبعاد بعض العطاءات من المناقصة لصدوره بشكل مخالف لقانون المنظم لمناقصات والمزايدات^(٣).

كما عمد مجلس الدولة المصري الى الغاء القرار الاداري الصادر بالغاء المناقصة كونه قد صدر مخالفاً لما اوجبه القانون من ضرورة اخذ رأي لجنة البت في العطاءات قبل اصدار القرار وهو ما يجعل القرار معيباً بعبب الشكل^(٤).

اما القضاء الاداري العراقي فقد سار على نهج قرينيه القضاء الاداري الفرنسي والمصري فذهب الى الغاء العديد من القرارات الادارية كونها معيبة بعبب الشكل وتطبيقاً لذلك ذهبت محكمة القضاء الاداري في العراق الى ان عدم مراعاة القواعد القانونية الخاصة بعملية المزايدة والتي ورد عليها النص من قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ يؤدي الى مخالفة الادارة للاجراءات القانونية الواجبة الاتباع من قبلها ومن ثم فقد كان القرار الاداري الصادر بارساء المزايدة مشوباً بعبب الشكل عند اصداره من الجهة المختصة والذي يوجب الغاء ذلك القرار^(٥).

(١) حكم المحكمة في ٦ فبراير (شباط) ١٩٥١ مجموعة السنة الخامسة رقم ١٢٨ ص ٥٦٥ وما بعدها .

(٢) د. عبد الرحمن نورجان الايوبي - المصدر السابق - ص ٢٠٨ .

(٣) حكم المحكمة القضاء الاداري سنة ١٩٥٦ نقلاً عن د. عبد الحميد كمال حشيش ، نظرية القرارات المنفصلة وعقود الادارة - مجلة مصر المعاصرة السنة ٦٧ العدد ٣٦٣ يناير (كانون الثاني) ١٩٧٦ - ص ٢٢ .

(٤) حكم محكمة القضاء الاداري في القضية رقم ١٦٣٢ في ١٩٥٧/٤/٢٨ مجموعة احكام القضاء الاداري ص ٣٨٩ وينظر محمود عاطف البنا - الوسيط في القضاء الاداري مرجع سابق - ص ١٤٣ .

(٥) حكم محكمة القضاء الاداري في القضية رقم ١٢١ / القضاء الاداري في ١١/٢٨/١٩٩٠ اشار اليه حبيب ابراهيم جمال الدليمي، الطعن بالالغاء ضد القرارات الادارية القابلة للانفصال في مجال العقد الاداري، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ١٩٩٤، ص ٦٤

المطلب الثاني

الشكليات والاجراءات الثانوية التي لا تؤثر في مشروعية القرار الاداري

ذكرنا ان قواعد الشكل والاجراء انما هي اساليب اجرائية ومظاهر شكلية تسلكها الادارة عند اصدارها القرار الاداري والهدف منها رعاية وتحقيق اعتبارات المصلحة العامة وعلى اساس تلك الاعتبارات بالاضافة الى اعتبارات ضمان مبدأ المشروعية كان من المفروض بالقضاء الاداري ان يقرر الغاء القرار الاداري الذي يتضمن مخالفة الادارة لتلك القواعد والاحكام عند اصدارها له الا ان القضاء الاداري نزولاً منه لتلك الاعتبارات المتعلقة بالمصلحة العامة ومبدأ المشروعية ذهب الى تقرير عدم الغاء بعض القرارات الادارية رغم ثبوت مخالفة الادارة عند اصدارها لقرار الاداري لتلك القواعد والاحكام المنظمة لركن الشكل والاجراء في القرار الاداري حتى استقر الرأي في القضاء الاداري على التفرقة بين الشكليات والاجراءات الجوهرية التي رتب عليها جزاء الالغاء عند مخالفة القرار الاداري لها والشكليات والاجراءات الثانوية غير الجوهرية التي رفض القضاء الاداري ترتيب جزاء الالغاء عند مخالفة الادارة لها في اصدارها لقرار الاداري^(١).

وإذا كان القضاء الاداري قد تجاهل في رقابته لركن الشكل والاجراء في القرار الاداري بعض الشكليات والاجراءات القانونية رغم ثبوت عدم التزام الادارة بها عند اصدارها لقرار الاداري على اساس من انه وجد في تخلفها عدم تأثيرها على مضمون او موضوع القرار الاداري وبالتالي لم يشكل عائقاً امام توجيه القرار الاداري الى تحقيق الغرض المطلوب منه^(٢).

ومن الشكليات والاجراءات التي اعتبرها القضاء الاداري شكليات واجراءات ثانوية بحيث لا يؤثر تخلفها على مشروعية القرار الاداري هي :

اولاً:- ما يسمى بالشكليات والاجراءات المقررة لصالح الادارة

لاحظ القضاء الاداري في بعض الحالات ان قسماً من الشكليات والاجراءات ليس للافراد مصلحة من التمسك بالطعن فيها عن طريق دعوى الالغاء (المشروعية) وذلك لان تلك الشكليات والاجراءات التي تجاهلتها الادارة مقررة لصالح الادارة ومن ثم قرر القضاء الاداري

١ انظر سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات - مصدر سابق - ص (٢٧٧).

٢ المصدر نفسه - ص (٢٧٦).

مشروعية هذه القرارات الا ان هذا الموقف من القضاء الاداري لا يتفق مع ما هو مقرر في الفقه والقضاء الاداريين من ان قواعد الشكل والاجراء ما شرعت اصلاً لحماية الصالح العام والذي يتضمن في نفس الوقت رعاية حقوق ومصالح الافراد بالإضافة الى ان دعوى الالغاء (المشروعية) تتضمن اساساً تحقيق المصلحة العامة الذي يهدف اليه مبدأ المشروعية تتضمن اساساً تحقيق المصلحة العامة الذي يهدف اليه مبدأ المشروعية ذلك الذي تحميه وتصونه دعوى الالغاء، أضف الى ذلك ان فكرة البطلان النسبي الموجودة في القانون المدني والتي يمكن ان يحتج بها في هذا المجال ليس لها وجود في القانون الاداري وبناء على هذه الاعتبارات تناول الفقه الاداري هذا الموقف من القضاء الاداري رغم قلة الاحكام القضائية فيه بالنقد^(١).

ومن الامثلة على ذلك في قضاء مجلس الدولة الفرنسي حكمه الصادر في ٢١ فبراير (شباط) سنة ١٩١٩ فقد تطوع احد الافراد في القوات المسلحة ثم عن ان يتخلص من هذا التطوع عن طريق التمسك ببطلانه استناداً الى ان هذا التطوع قد قبل دون اجراء الكشف الطبي عليه فلم يقبل مجلس الدولة الفرنسي وجهة النظر هذه استناداً إلى أن هذه الشكلية انما قررت لمصلحة الجيش وبالتالي يكون لوزير الحربية وحده التمسك بها^(٢).

الواضح من هذا الحكم ان الاجراء الذي اعتبره قضاء مجلس الدولة الفرنسي انه مقرر لصالح الادارة (الجيش) انه مقرر اساساً لتحقيق اغراض المصلحة العامة التي تتضمن مصلحة الادارة في شقها الايجابي ومصلحة الفرد في شقها السلبي وذلك لان القواعد القانونية عندما تتطلب اجراء الفحص الطبي عن الراغب في التطوع بالقوات المسلحة لم تكن تهدف من وراء ذلك الا حماية المصلحة العامة التي تقتضي ان تتوافر الشروط الصحية المطلوبة قانوناً في الفرد الراغب في الانتماء الى القوات المسلحة ، عليه يعتبر اجراء الكشف الطبي على الراغب بالانتماء الى القوات المسلحة اجراء جوهرياً يخل تخلفه بمشروعية القرار الاداري وذلك لان اجراء الكشف الطبي يؤثر حتماً على موضوع القرار الاداري وبالتالي على الغرض منه^(٣).

ومن امثلة الشروط الشكلية المقررة لصالح الادارة ايضاً اشتراط ضمان مالي او شخصي قبل منح رخصة معينة فاذا تجاوزت الادارة عن طلب هذا الضمان فلا محل لطعن

١ دكتور سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - ص ٢٧٦-٢٧٨ .

٢ نقلاً عن د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - ص ٢٧٦ .

٣ خضر عكوبي يوسف - المصدر السابق - ص ١٨٠ .

بالالغاء في القرار الاداري^(١).

ان الصعوبة تكمن هنا في تحديد الحالات التي يعترف فيها بان الاجراءات والشكليات قد قررت لمصلحة الادارة وحدها لانه في غالبية الاحوال توجد المصلحة العامة مقررة الى جانب مصلحة الادارة^(٢).

ثانياً:- الشكليات والاجراءات التي لا تؤثر موضوعياً على سلامة القرار الاداري

ان هذا النوع يمكن القول عنه - بحق انه من الاجراءات الشكلية الثانوية او غير الجوهرية اذ ان تخلفه لا يؤثر على مضمون او جوهر القرار الاداري^(٣).

وقيل عنه ايضاً أنه يتضمن كل الحالات التي يمكن القول عنها انها اجراءات ثانوية حق تلك التي يقال عنها خطأ انها مقررة لصالح الادارة او لصالح الفرد طالما كان الاجراء لا يؤثر تخلفه في موضوع القرار الاداري ومن الامثلة على ذلك حكم القضاء الاداري الصادر في (٤ يناير كانون الثاني) سنة ١٩٥٦ الذي جاء فيه (أن المقصود مما نصت عليه المادة (٥٠) من اللائحة التنفيذية لقانون نظام موظفي الدولة.. من تكليف المحقق بان يتلو على الموظف الذي نسبت اليه المخالفة او الخروج على مقتضى الواجب ملخص ما اسفر عنه التحقيق من ادلة وقرائن اخذاً من الاوراق او من اقوال الشهود المقصود من كل ذلك هو توفير ضمانات للموظف الذي يجري معه التحقيق بقصد احاطته علماً بما انتهى اليه ... وعلى ذلك لا يترتب البطلان قانوناً لمجرد عدم التلاوة الا اذا استبان من ظروف الموضوع ان ذلك الاجراء كان جوهرياً للوصول الى الحقيقة فأذا كان الثابت من الاوراق ان المحقق قد اطلع المدعي على ما انتهى اليه التحقيق واثبت حصول هذا الاطلاع في محضر التحقيق فان العلم بما وصل اليه التحقيق وهو الهدف الرئيسي من نص المادة (٥٠) من اللائحة التنفيذية المذكورة يكون قد تحقق وبذلك لا يكون هناك اي اخلال بقاعدة من قواعد التحقيق الجوهرية او الضمانات التي حرص القانون واللائحة التنفيذية على توفيرها للموظف الذي يجري معه التحقيق^(٤).

وحكمها الصادر في (٣ يونيو حزيران) عام ١٩٥٩ الذي جاء فيه (أن نص الفقرة الثالثة من المادة السابعة من القانون رقم (١٤٠) لسنة (١٩٤٤) بنظام هيئات البوليس على ضرورة عرض استقالة موظفي البوليس غير المعيّنين بمرسوم على المجلس الاعلى للبوليس لا يؤدي الى

(١) ليث حسن علي - المصدر السابق - ص (١٦٥).

(٢) ليث حسن علي - المصدر اعلاه - ص (١٩٢).

(٣) ليث حسن علي - المصدر السابق - ص (١٩٢).

(٤) نقلاً عن د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - ص (٢٨١).

بطلان الاستقالة في حالة عدم احترام هذه الشكلية وعرض الاستقالة على مجلس الوزراء رأساً لان الاستقالة حق للموظف لا تملك الادارة حيالها الا قبولها ... ومن ثم فغير مؤثر على صحة القرار الصادر من مجلس الوزراء بقبول استقالة المدعي من الخدمة عدم عرضها على المجلس الاعلى للبوليس^(١).

واضح من هذين الحكمين ان القضاء الاداري (محكمة القضاء الاداري في مصر اعتبر الاجراء الشكلي الذي اهملته الادارة عند اصدارها للقرار الاداري ثانوياً لانه لم يكن له تأثير على موضوع ومادة القرار الاداري ، بعبارة اخرى ان القرار الاداري كان سيصدر متضمناً نفس المضمون والاثر سواء كانت الادارة قد التزمت به او لم تلتزم به كما حدث فعلاً لقرارين السابقين اعلاه ففي القرار الثاني كانت ستصدر قرارها بالموافقة على قبول الاستقالة سواء كانت قد عرضت طلب الاستقالة على المجلس الاعلى للبوليس او لم تكن قد عرضته .

وفي قضاء مجلس الدولة الفرنسي حكمها تضمن تقرير مشروعية القرار الاداري الذي ظهر فيه خطأ في بعض التواقيع طالما كان القرار الاداري سليماً من الناحية الموضوعية وكذلك تقريره صحة الاجراءات التحقيقية التي تمت خلال يومين بدلاً من ثلاثة ايام طالما كان ذلك لم يخل بحقوق الدفاع المقررة لمن يعينهم الامر^(٢).

ومن خلال احكام القضاء الاداري يظهر ان كلاً من مجلس الدولة الفرنسي والمصري يتغاضى عن مخالفة او اهمال الشكليات والاجراءات في القرار الاداري متى ما كانت هذه المخالفة جزئية وثبت بانها لم تؤثر في موضوع القرار الاداري او انها لم تنتقص من ضمانات الافراد مثل اضافة اوراق الى ملف الموظف بعد اطلاعه عليه اذا ثبت انها لم تضيف جديداً الى الملف والكلمة الفصل في هذا الموضوع لقضاء الاداري الذي يقع عليه عبء تقرير كون المخالفة مؤثرة او غير مؤثرة في فحوى او مضمون او جوهر القرار الاداري^(٣).

ثالثاً:- الشكليات والاجراءات التي يستحيل اتمامها:

وهنا اما ان تكون الاستحالة مادية اي ناشئة بفعل القوة القاهرة او كانت بسبب فعل صاحب الشأن او بسبب الغير^(٤) وسنقوم بابرار هذه المسألة في بحثنا لمسألة (تغطية عيب الشكل) ولذا نحيل الى ذلك .

(١) نقلاً عن د. سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة - المصدر السابق - ص (٨٢) .

(٢) نقلاً عن د. سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة - المصدر السابق - ص (٢٧٩).

(٣) ليث حسين علي - المصدر السابق - ص (١٩٢-١٩٤)

(٤) المصدر السابق - ص (١٨٧) .

المبحث الثاني

معيار التمييز وسلطة القاضي الاداري في تقدير جسامه عيب الشكل وعيب الاجراءات

ان القاضي الاداري قد يلغي القرار لمجرد مخالفة الادارة اي شكلية او اجراء مهما كانت اهميته وتأثيره في القرار الاداري فقد يدفع بالادارة الى الاعتداد بالشكل والاجراءات الى درجة كبيرة كي تتفادى الغاء قراراتها الادارية وهو ما يؤدي الى عرقلة العمل الاداري وتعقيده وبالتالي يقلل من كفاءتها ويعطل مصالح الافراد وقبل البدء في البحث في سلطة القاضي في تقدير جسامه عيب الشكل وعيب الاجراءات سنتطرق الى معيار التمييز بين الاشكال والاجراءات الجوهرية والاشكال والاجراءات الثانوية.

المطلب الأول

معيار التمييز بين الاشكال والاجراءات الجوهرية والاشكال والاجراءات الثانوية

بينما ان القضاء الاداري يفرق في الشكليات بين ما هو جوهري ويرتب على اغفالها وعدم احترامها البطلان وما هو ثانوي او غير جوهري فلم يجعل من اسقاطه جزاء بيد ان القضاء الاداري بعد ان وضع هذه القاعدة المستقرة لم يضع معياراً لتمييز بين الشكليات الجوهرية وغيرها من الشكليات غير الجوهرية وقد حاول بعض الفقه البحث عن معيار جامع مانع يمكن من خلاله التمييز بين نوعي هذه الشكليات وقد اختلف الفقه الاداري في تحديد هذا المعيار الى اتجاهات مختلفة نذكر منها^(١):

اولاً:- معيار الشكليات المقررة لمصلحة الادارة:-

تذهب هذه النظرية الى ان الشكليات المقررة لصالح الافراد هي شكليات جوهرية ويترتب على مخالفتها بطلان القرار الاداري ، بينما نرى ان الشكليات المقررة لصالح الادارة هي شكليات ثانوية او غير جوهرية ولا تؤدي مخالفتها الى بطلان القرار الاداري ومن انصار

(١) جاسم كاظم كباشي العبودي - سلطة القاضي الاداري في تقدير عيوب الالغاء في القرار الاداري اطروحة تقدم بها الى كلية القانون / جامعة النيل شهادة دكتوراه - سنة ٢٠٠٥ ص (١٦) .

هذه العميد بونار والعميد ريفيرو^(١) وقد تبنت بعض احكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري هذا الاتجاه فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي ان يرتب البطلان كجزء على اغفال احد الشكليات التي رأى انها مقررة لمصلحة الادارة وليس للأفراد التمسك بها لطلب البطلان^(٢).

كما ان محكمة القضاء الاداري المصرية قد اكدت في احد احكامها بان (يؤخذ من النص ان القانون حول العميد اتخاذ هذه الاجراءات الاحتياطية ضد الطالب الذي يضبط في حالة تلبس بجريمة الغش في الامتحان فاذا اغفلت وترك الطالب يؤدي الامتحان فلا يترتب على بطلان في الاجراء لانها لم تشرع كضمانة له من ضمانات التحقيق بل كاجراء تحفظي ضد الطالب^(٣)).

بيد ان هذا المعيار قد واجه انتقاداً من جانب اخر من الفقه على اساس ان الشكليات والاجراءات وان كانت مقررة لمصلحة الافراد الا انها في جميع الاحوال تهدف الى الصالح العام بجانب الصالح الخاص فقد ذهب الاستاذ (Berlia) الى انه من المتعين ان لا ينظر فقط الى صالح الافراد وحده لتقرير البطلان اذ يجب ان لا يغيب عن الأذهان اننا في ميدان القانون العام لا القانون الخاص حيث تتباين قواعد القانون الاول عن قواعد القانون الثاني كما ان النظر لحماية صالح الافراد دون اي اعتبار اخر وتقرير الالغاء لهم دائما انما يعمل على ترتيب حقوق ثابتة لهم في هذا الخصوص الذي يتنافى مع طبيعة دعوى الالغاء^(٤).

ومن تطبيقات محكمة العدل العليا في ذلك ما قضت به في حكم لها بقولها (مع عدم وجود نص في نظام الموظفين على وجوب تبليغ الموظف صورة عن قرار المجلس القضائي التأديبي فإن تبليغه امر ضروري عملاً بمبادئ اصول المحاكمات الحقوقية التي توجب هذا التبليغ مراعاة لحق الدفاع...)^(٥) ويلاحظ على هذا الحكم ان المحكمة اعتبرت ان تبليغ الموظف صورة عن قرار المجلس القضائي امر ضروري اي شكلية جوهرية وذلك مراعاة لحق الدفاع المقرر لصالح الموظف.

(١) د. ماجد راغب الحلو ، المصدر السابق - ص (٣٣٤) .

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٤ اكتوبر (تشرين الاول) ١٩٦٦ - المصدر السابق ص (٣٢) .

(٣) حكم المحكمة في ٣ ديسمبر () ١٩٥٢ نقلاً عن د. سليمان محمد الطماوي - الوجيز في القضاء الاداري - مصدر سابق - ص (٤٧٨) .

(٤) د. محسن خليل - المصدر السابق - ص (٤٠٧) .

(٥) عدل عليا اردنية - قرارها رقم ٥٣/٩ مجلة نقابة المحامين ١٩٥٣ نقلاً عن د. نواف كنعان - المصدر السابق ص (٢٨٦) .

ثانياً:- معيار اغفال الاجراءات الشكلية

رأى بعض الفقه ان اسقاط الاجراءات الشكلية بشكل كلي يعتبر مخالفة جوهرية تستوجب الغاء القرار الاداري سواء كانت هذه الاجراءات مقرررة لمصلحة الادارة ام لمصلحة الافراد اما في حالة اداء هذه الاجراءات بشكل مخالف لما هو مقررر فإنه يتعين البحث عن ما اذا كانت المخالفة قد غيرت من طبيعة الاجراءات الشكلية فاذا كانت هذه الاجراءات رغم ما شابها من مخالفة قد حققت الهدف الذي قصدته فانها تعتبر مخالفة ثانوية والا اعتبرت مخالفة جوهرية يتعين معها الغاء القرار الاداري ومن ابرز الذين تبنوا هذا المعيار الفقيه (Luferrer) والاستاذ (Alibert)^(١).

وقد كان هذا الاتجاه محل نقد من بعض الفقهاء لانه رتب البطلان على مجرد اغفال الادارة للشكل او الاجراء دون النظر فيما اذا كان هذا الشكل او الاجراء جوهرياً ثانوياً ذلك لان اغفال او اسقاط الشكل او الاجراء لا يقوم بذاته دليلاً على ان العيب جوهرى^(٢).

اي ان اسقاط الشكليات والاجراءات ايا كانت درجة اهميتها ليس دليلاً قاطعاً على وجود عيب جوهرى في الشكل او الاجراءات فقد يتعلق الامر باجراءات قانونية لا تؤثر في جوهر القرار المتخذ رغم سقوطها^(٣).

ثالثاً:- معيار ارادة المشرع المفترضة

ذهب رأي الى ان الهدف من الاعتبارات التي يسترشد بها القضاء الاداري في تحديد جوهرية الاجراءات هو التعرف على ارادة المشرع المفترضة ازاء عدم النص صراحة على البطلان فمعيار جوهرية الاجراء هو في حقيقته معيار تفسيري لارادة المشرع وانفاذ هذه الارادة تبعاً لظروف الحالة المعروضة مستنداً في ذلك الى ان القضاء الاداري قد رتب البطلان ليس على مخالفة الاجراءات التي نص عليها القانون فحسب وانما رتبته على مخالفة المبادئ القانونية التي استقر عليها القضاء استلهاماً لادارة المشرع المفترضة^(٤).

ونرى ان المعيار المتقدم محل نظر لانه كيفي وتحكمي حيث لم يبين كيفية معرفة

(١) د. محسن خليل - المصدر السابق - ص (٣٧٩).

(٢) راجع في هذا النقد - د. محمد الشافعي ابو راس ، القضاء الاداري - ١٩٨٠ ص (٧٦).

(٣) د. ماجد راغب الحلو - المصدر السابق - ص (٣٤٤).

(٤) ينظر د. محسن خليل - المصدر السابق - ص (٤٦٨ - ٤٦٩).

الارادة المفترضة للمشرع كما يمكن للقاضي الاداري الغاء القرارات الادارية لأية مخالفة بسيطة للسلطة لقواعد الشكل والاجراءات بحجة تطبيق ارادة المشرع المفترضة^(١).

رابعاً:- معيار جسامة عيب الشكل والاجراءات

ازاء الانتقادات التي وجهت الى المعايير السابقة انبرى الفقه المعاصر لوضع معيار عام يحدد مقتضاه فكرة الشكل الجوهرى وعلى وجه واضح لا لبس فيه وقد عبر عن هذا المعيار الفقيه الفرنسى (Berlia) بقوله (أذا كان عيب الشكل والاجراء جسيماً لدرجة ان تجنبه كان يمكن ان يؤثر في القرار ويغير في جوهره اعتبر الشكل والاجراء جوهرياً وإذا لم يصل الى هذه الدرجة من الجسامة عدّ شكلاً او اجراء ثانوياً)^(٢).

ويكون عيب الشكل جسيماً اذا كان يعمل على التأثير في جوهر القرار بحيث يصبح القرار مغايراً لما كان يجب ان يكون عليه اذا ما استوفى الشكل القانوني الصحيح وعلى هذا الاساس يكون النظر الى عيب الشكل اي النظر الى جسامة هذا العيب فان الشكل يعتبر جوهرياً وحريراً بالالغاء اذا كان العيب قد اثر في جوهر القرار بحيث يعمل على تغيير ما كان مفروضاً ان يكون عليه هذا الجوهر في حالة اتباع الاجراءات الشكلية الصحيحة ويكون هذا الاجراء ثانوياً اذا خلت المخالفة الشكلية دون أثر في مشروعية ذلك القرار وقد تبنى هذا المعيار الفقيه فالين ومعظم الفقه العربى^(٣).

ومن تطبيقات محكمة العدل العليا الحديثة في هذا المجال بقولها (... أن انعقاد لجنة الموظفين برئاسة (المدير العام) للتحقيق مع المستدعي على خلاف ما تقضي به المادة (١١) من نظام موظفي سوق عمان المالي رقم (١٢ لعام ١٩٧٨) من وجوب انعقادها برئاسة (نائب المدير العام) لاتخاذ الاجراءات التأديبية بحق الموظفين فانها تكون بذلك قد تشكلت بصورة مخالفة لمقتضى النص المذكور ولما كان ذلك (عيباً جوهرياً) في تشكيل لجنة الموظفين في ادائها للمهمة التأديبية المناطة بها فيكون القرار التأديبي قراراً معيباً مما يتعين الغاؤه...)^(٤).

(١) د. غازي فيصل مهدي - محاضرات الفيت على طلبية الدراسات - المرجع السابق .

(٢) نقلاً عن د. نواف كنعان - المصدر السابق - ص (٢٨٧).

(٣) ينظر د. محسن خليل - المصدر السابق - ص (٢٨٢) ود. ماجد راغب الحلو - المصدر السابق ص(٣٣٦).

(٤) عدل عليا اردنية - قرارها رقم ١٨ في القضية رقم ٩٣/٩٥ تاريخ ١٥/٥/١٩٩٣ مجلة نقابة المحامين ص (٦٣٩) نقلاً عن د. نواف كنعان المصدر السابق - ص (٢٨٨) .

والواقع انه بالرغم من منطقية معيار جسامه عيب الشكل وبساطته يمكن القول انه لا يمكن اعتماد معيار جامع مانع للاشكال والاجراءات الجوهرية الذي يترتب على مخالفتها بطلان القرار الاداري فقد وجدنا ان القاضي الاداري في كل من فرنسا ومصر وبما يملكه من سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن ينظر كل حالة على حدة ليحدد قيمة الشكل والاجراء الذي خالفته الادارة وينظر في تأثير هذا الشكل والاجراء على القرار الاداري الذي اتخذته فقد يكون نفس الشكل والاجراء جوهرياً في حالة ولا يكون كذلك في حالة اخرى فعلى سبيل المثال فقد يعد القضاء الاداري اشتراك اجنبي في مداوات اللجان التأديبية عيباً جوهرياً ولكن حضور رجل اجنبي في لجان اخرى لا يعد كذلك^(١).

(١) د. مصطفى ابو زيد - المصدر السابق - ص ٤٥٤ .

المطلب الثاني

سلطة القاضي الاداري في تقدير جسامه عيبه الشكل والاجراءات

رأينا سابقاً أن تقرير الشكل والاجراءات انما هو لمصلحة الادارة والافراد على حد سواء كما ان المنطق القانوني يقضي ان يكون البطلان هو جزاء كل مخالفة في الشكل او الاجراء في القرار الاداري ، أن القاضي قد يلغي القرار لمجرد مخالفة الادارة اي شكلية او اجراء مهما كانت اهميته وتأثيره في القرار الاداري فقد يدفع بالادارة الى الاعتداد بالشكل والاجراءات الى درجة كبيرة كي تتفادى الغاء قراراتها الادارية وهو ما يؤدي الى عرقلة العمل الاداري وتعقيده وبالتالي يقلل من كفاءتها ويعطل مصالح الافراد بشكل كبير^(١).

لذلك فقد اختط القضاء الاداري لنفسه طريقاً وسطاً فهو لم يتشدد في التمسك بقواعد الشكل الى الحد الذي يعوق من نشاط الادارة كما انه من جهة اخرى لم يسمح بعدم الاعتداد بهذه القواعد الى الحد الذي يصل الى اهدار المصلحة العامة ومصالح الافراد^(٢).

وتأكيداً لهذين الاعتبارين فقد قرر القضاء الاداري في فرنسا ومصر ان القرار الاداري المعيب بالشكل والاجراء لا يكون باطلاً الا في حالتين :-

اولهما:- اذا نص القانون على شكل او اجراء معين ورتب البطلان على مخالفة ذلك الشكل او الاجراء فإن الادارة في هذه الحالة تكون ملزمة بأن تصدر قراراتها بالشكل والاجراء المطلوب والا كانت هذه القرارات معرضة للبطلان ولا بد من الاشارة هنا الى ان مخالفة الادارة لقواعد الشكل والاجراءات في القرار الاداري قد يكون مصدراً لبطلان القرار لا انعدامه في اغلب الاحيان بالرغم من ان المحاكم القضائية في فرنسا ومصر قد خرجت عن هذه القاعدة فقد ذهبت محكمة القاهرة الابتدائية في قرارها الصادر في ٣٠ أكتوبر (تشرين الاول) سنة ١٩٥٨ الى ان (الأمر الاداري لا يكون منعدماً كوناً للغصب الا اذا كانت مخالفة الامر الاداري لقواعد الاختصاص او الشكل مخالفة ظاهرة صارخة كما اذا كانت مخالفة قواعد الاختصاص تمس مبدأ الفصل بين السلطات او كانت قواعد الشكل قد

(١) د. محمد شافعي ابو راس - المصدر السابق - ص (٢٧٤) .

(٢) د. محسن خليل - المصدر السابق - ص (٣٧١) .

اغفلت جميعاً...^(١) حيث لا يملك القاضي الاداري اية سلطات تقديرية حيال هذا الموضوع.

اما الحالة الثانية :- فهي اذا كان العيب في الشكل والاجراء جوهرياً بطبيعته اما اذا كان الشكل والاجراء ثانوياً أو بسيطاً فلا يحكم القاضي الاداري بابطاله^(٢) وهذا ما اكدته المحكمة الادارية العليا في مصر بقولها (أن القرار الاداري لا يبطل لعيب شكلي الا اذا نص القانون على البطلان عند اغفال هذا الاجراء او كان هذا الاجراء جوهرياً في ذاته بحيث يترتب على اغفاله بطلان القرار بحسب مقصود الشارع)^(٣).

ويلاحظ ان بحث القاضي الاداري يكون في جوهرية عيب الشكل والاجراءات التي تؤثر في ذات القرار لا في الخطوات اللاحقة لاصداره فاذا ما اصدرت الادارة قراراً صحيحاً مستكماً لشرائطه القانونية ولكن حدث خطأ في نشره فان ذلك ليس من شأنه ان يؤثر في مشروعية القرار الا اذا نص القانون على ذلك لان النشر في هذه الحالة يعد ركناً من اركان القرار الاداري وان اغفاله او حدوث خطأ فيه ينعكس على القرار فيجعله مشوباً بالبطلان واذا كان القاضي الاداري يملك ان لا يحكم بالالغاء بالرغم من مخالفة الادارة لاشكال واجراءات نص عليها القانون كونها غير جوهريه فان للقاضي الاداري ان يحكم بالغاء قرارات ادارية لمخالفتها اجراءات لم ينص عليها القانون فقد لا ينص القانون على اجراءات شكلية معينة يتعين اتيانها ومع ذلك يفرض القضاء على الادارة ضرورة اتيانها ويرتب على مخالفتها بطلان القرار برغم سكوت النصوص التشريعية المدونة عن ابراز هذه القواعد فقد عمل مجلس الدولة الفرنسي على الغاء قرارات ادارية لمخالفتها اجراءات شكلية لم ينص عليها القانون وقد ساير مجلس الدولة المصري زميله الفرنسي في هذا الاتجاه فقد قضت محكمة القضاء الاداري بأنه (وأن كانت نصوص القوانين الخاصة بالتأديب لا تشمل على احكام تفصيلية لسير الدعاوي التأديبية ونظام المحاكمات والشرائط التي تتوفر في الهيئات التي تولى الفصل الا انه ليس معنى ذلك ان الامر يجري فيها بغير اصول وضوابط بل يجب استلزام هذه الضوابط وتقريرها في كشف قاعدة اساسية كلية تصدر عنها^(٤)).

(١) د. سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الادارية - مرجع سابق - ص (٣٧٦).

(٢) د. سليمان محمد الطماوي - القضاء الاداري - قضاء الالغاء - مصدر سابق - ص (٧٧٤).

(٣) حكم المحكمة في ١٩٥٧/٢/٢٣ نقلاً عن د. سليمان الطماوي المصدر اعلاه ص (٤٧٦).

(٤) مصطفى ابو زيد فهمي - المصدر السابق - ص (٤١٨).

الفصل الرابع

موقف الفقه والقضاء من ركن الشكل والاجراءات

سبق ان بينا ان القرار الاداري قد يصدر مشوباً بعيب في الشكل او الاجراءات وان هذا العيب قد يكون عيباً جوهرياً او ثانوياً وقد تثار التساؤل في الفقه والقضاء الاداريين حول ما اذا كان من الممكن للادارة مصدرة القرار الاداري المشوب بعيب جوهري في الشكل والاجراءات تصحيح هذا العيب او تغطيته باجراء لاحق لتفادي الغاؤه، فقد عرض الفقه والقضاء الاداريين عدة وسائل يمكن من خلالها تصحيح عيب الشكل او الاجراء الجوهري الذي اغفلته جهة الادارة.

وقبل ان ننتقل الى بيان موقف القضاء العراقي من الرقابة على ركن الشكل والاجراء في القرار الاداري، لا بد من الاشارة الى مدى امكانية تغطية عيب الشكل والاجراء في القرار الاداري تثار ظاهرة امكانية تغطية عيب الشكل والاجراء في القرار الاداري بالنسبة للشكليات والاجراءات الجوهرية فيه دون الاجراءات والشكليات الثانوية اذ لا حاجة لعمالها في مجال الشكليات والاجراءات الثانوية التي ليس لها تأثير على مشروعية القرار الاداري . سنخصص دراسة هذا الفصل الى المبحث الاول تغطية عيب الشكل والاجراءات وفي المبحث الثاني موقف القضاء العراقي من الرقابة على ركن الشكل والاجراءات .

المبحث الأول

تغطية عيب الشكل والاجراءات

ان المبدأ العام المقرر في هذا الصدد هو ان القرار الاداري الذي خولفت او اهلنت شكلياته واجراءاته يعتبر قراراً معيباً ولا بد لتصحيحه او لتغطية عيوبه من اصدار قرار جديد محله مستوفي لكافة شكلياته واجراءاته^(١).

فعلى الادارة الالتزام بقواعد الشكل والاجراءات المنصوص عليها قانوناً عند اصدار قراراتها الادارية فأن تجاهلت الادارة او غفلت هذه الشكليات فتكون قراراتها معرضة للإلغاء عند الطعن بها امام القضاء الاداري^(٢).

ولا يمكنها تصحيح قراراتها فيما بعد وذلك لان الاجازة اللاحقة او التغطية تتضمن رجعية في القرارات الادارية وهي غير جائزة اصلاً في القانون الاداري لان القاعدة العامة هي لا رجعية في القرارات الادارية^(٣) كذلك يجب ملاحظة ان السماح للادارة المصدرة للقرار الاداري بالخروج على قواعد الشكل والاجراءات عن طريق تصحيحها او تغطيتها فيما بعد يتنافى مع الحكمة التي من اجلها قرر القانون هذه الشكليات والاجراءات^(٤).

لكن على الرغم من ذلك فقد اجاز القضاء الاداري تصحيح عيب الشكل والاجراءات في عدة حالات كاستثناء من القاعدة العامة المقررة بهذا الصدد^(٥).

ان الحالات التي تؤدي الى تغطية عيب الشكل والاجراءات عديدة ومتنوعة منها ما هو مسلم به فقهاً وقضاً ومنها ما كان محل خلاف في تقدير اثره الحاسم في تغطية عيب الشكل والاجراءات وهذه الحالات هي ما يأتي :-

(١) خضر عكوبي يوسف - المصدر السابق - ص (١٨٦).

(٢) د. سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الادارية - مصدر سابق - ص (٧٥).

(٣) د. محمد كامل ليلة - المصدر السابق - ص (١١٦٦).

(٤) د. حنا ابراهيم نده - المصدر السابق - ص (٤١٢).

(٥) د. محمود محمد حافظ - القضاء الاداري - ط٤ - دار النهضة العربية - ١٩٦٧ ص (٥٦٤).

المطلب الأول

استحالة اتمام الشكليات

يتجه قضاء مجلس الدولة في فرنسا ومصر الى امكانية التجاوز عن الاشكال والاجراءات التي استحال اتمامها من الناحية المادية وبذلك تتم تغطية عيب الشكل والاجراءات^(١).

ويفترض في الاستحالة التي تغطي عيب الشكل والاجراءات ان تكون استحالة حقيقية يستطيل امدها لدرجة يتعذر معها اتمام الشكليات المقررة قانوناً وهذا يعني ان عيب الشكل لا يمكن تجاوزه لمجرد وجود استحالة مؤقتة او عابرة كما ان هذه الاستحالة يجب ان لا تكون بفعل الادارة نفسها^(٢).

والاستحالة التي تغطي عيب الشكل والاجراءات يمكن ان تكون في عدة صور اهمها:-

اولاً: الاستحالة المادية

وهي الاستحالة الناجمة عن سبب اجنبي وهي خارجة عن ارادة جهة الادارة او اي جهة اخرى فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي طلب الغاء قرار صادر من مجلس التأديب استناداً إلى أن ذلك المجلس لم يشكل على النحو المقرر قانوناً لانه ثبت استحالة تكوينه على ذلك الشكل^(٣).

كما ذهب مجلس الدولة المصري الى انه (اذا اشترط قانوناً ان يكون طلب النقل من قائمة حصة شياخة الى قائمة حصة اخرى مصداقاً عليه من العمدة او الشيخ المراد الانتقال الى حصته ... فإنه يكفي بتصديق العمدة على الطلب اذا كانت الشياخة المراد الانتقال اليها شاغرة من شيخها)^(٤).

(١) عبد الغني بسيوني عبد الله - المصدر السابق - ص (٢٣٤).

(٢) د. مصطفى ابو زيد - المصدر السابق - ص (٤٥٤ - ٤٥٥).

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٣ يناير (كانون الثاني) ١٩٣٥ في قضية (Thaint) نقلاً عن د.

سليمان محمد الطماوي - المصدر السابق - ص (٧٨٦).

(٤) حكم محكمة القضاء الاداري في ١٠ نوفمبر (تشرين الثاني) ١٩٥٤ مجموعة احكام لسنة ٩ ص ١ نقلاً

عن جاسم كاظم كباشي العبودي - سلطة القاضي الاداري في تقدير عيوب الالغاء في القرار الاداري -

رسالة دكتوراه .

ومن تطبيقات مجلس الدولة المصري في هذا الميدان ايضاً ما قضت به المحكمة الادارية العليا اذا كان (الثابت من الاوراق ان اخذ رأي القسم المختص في تشكيل اللجنة العلمية كان من المستحيل اجراؤه قبل قرار تشكيلها بسبب الخلافات الشديدة التي كانت محترمة بين ما يقرب من نصف اعضاء القسم وبين رئيسه فلا محل لبطلان في هذه الحالة فلا جرم ان يستوفي قرار تشكيل اللجنة العلمية شكله القانوني في هذه الحالة بالاكتماء بأخذ رأي مجلس الكلية وموافقة مجلس الجامعة ...) (١).

وفي هذا النوع من الاستحالة يجمع الفقه والقضاء على ان هذا النوع من الاستحالة يغطي عيب الشكل والاجراء بل يرى جانب من الفقه ان هذا النوع من الاستحالة ما هو الا تطبيق عادي لفكرة القوة القاهرة وهي تعفي حتى من المسؤولية الجنائية (٢).

ثانياً: الاستحالة بفعل صاحب المصلحة

احياناً تكون استحالة اتمام الشكليات بفعل المصلحة نفسه ومن دون اي تقصير من جانب الادارة كأن يرفض الموظف المحال الى التحقيق ابداء اقواله دفاعاً عن نفسه او يغفل ذكر عنوانه فيتعذر على الادارة اعلانه ففي هذه الحالة من غير المنطقي ان يتمسك صاحب المصلحة بالبطلان لانه كان السبب في عدم مراعاة هذا النوع من الشكليات، فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي الى عدم الغاء قرار الفصل الصادر دون سماع دفاع الموظف كان قد غادر مقره دون ان يترك عنوانه وكان من المستحيل الاستدلال على ذلك العنوان (٣).

اما محكمة القضاء الاداري المصرية فقد قضت بأنه (اذا كان المدعون قد استدعوا لسؤالهم فيما ظنوا الشكوى المقدمة منهم من عبارات جارحة طلب اليهم المحقق الادلاء بأقوالهم وواجه دفاعهم لكنهم امتنعوا عن ذلك جميعاً وطالبوا بتأليف لجنة قضائية لبحث شكاوهم وواجه اعتراضهم على حركة الترقيات المشكو منها فأنهم يكونون قد فوتوا على انفسهم فرصة سماع اقوالهم وتحقيق دفاعهم فلا يجوز لهم بعد ذلك التحدي بحكم المادة ٨٥ من قانون موظفي الدولة رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١).

(١) حكم المحكمة الادارية العليا في مجلة ٥ ديسمبر (كانون الاول) سنة ١٩٧١ في القضية ١٤٢٤ لسنة ١٣

القضائية مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لسنة ١٧ ص (٧١) .

(٢) د. مصطفى ابو زيد - المصدر السابق - ص (٤٥٤) .

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٢ نوفمبر (تشرين الثاني) ١٩١٨ قضية smuel نقلاً عن د.

سليمان الطماوي - المصدر السابق - ص (٧٨٦) .

ثالثاً: الاستحالة بفعل الغير

قد تكون استحالة اتمام الشكليات يرجع الى اشخاص اخرين بعيدين عن الادارة مصدرة القرار وصاحب المصلحة كاشتراط استطلاع رأي مجلس معين ويرفض هذا المجلس في اقليته الحضور او يحضرون ولكنهم يمتنعون عن المداولة والتصويت وفي هذا النوع من الاستحالة هناك اختلاف في موقف مجلس الدولة الفرنسي عن موقف مجلس الدولة المصري فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في بادئ الامر الى مشروعية القرار لان الاغلبية قد دعت فامتنعت عمداً عن الحضور^(١).

الا ان المجلس قد عدل بعد ذلك عن هذا القضاء واكد ان حضور الاغلبية امر ضروري ما لم يقدر المشرع خلاف ذلك وبالتالي يكون القرار الصادر من مجلس لم يكتمل نصاب انعقاده باطلاً حتى لو تكررت الدعوات^(٢).

وقد لقي اتجاه مجلس الدولة الاخير انتقاداً من بعض الفقه على اساس ان دعوى الاعضاء المختصين الى المداولة مرتين متتاليتين تفصل كل مدة من معقولة من الزمن وعدم حضورهم بالرغم من ذلك من شأنه ان يغطي عيب الشكل وان يجعل الاجتماع صحيحاً ايا كان عدد الاعضاء الذين يبديون اراءهم^(٣).

اما مجلس الدولة المصري فقد اتجه الى الاعتراف بهذا النوع من الاستحالة من خلال حكم المحكمة الادارية العليا في ١٥ يناير (كانون الثاني) ١٩٧٢ عندما ذهبت الى ان (الشركة قد اتخذت الاجراءات الازمة قانوناً في شأن عرض الامر على اللجنة الثلاثية قبل اصدارها قرار الفصل المطعون فيه وان اللجنة قد حاولت ان تعقد اجتماعاً اكثر من مرة الا ان العضو الثالث ممثل العمال الذي ثبت انه اخطر شخصياً بمواعيد الانعقاد قد تعمد التخلف عن الحضور اكثر من مرة فانه بذلك لا يترتب على الشركة من وجهة النظر القانونية ان هي اصدرت قرارها بالفصل...)^(٤).

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٣/١٢/١٩٠٣ قضية Becnon نقلاً عن د. سليمان الطماوي النظرية العامة للقرارات الادارية - مصدر سابق - ص (٢٨٦).

(٢) حكم المجلس الصادر في ١٩ مايو (أيار) في قضية Becnen المصدر السابق - ص (٢٨٧).

(٣) د. سليمان محمد الطماوي - قضاء الالغاء - مصدر سابق - ص (٧٩٠).

(٤) حكم المحكمة في القضية ٣٤٣ لسنة ٦ قضائية مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا للسنة ١٧ القاعدة رقم (٢٥) ص (١٢٤) نقلاً عن د. جاسم كاظم كباشي - مرجع سابق ص (٨٣).

المطلب الثاني

الالتزام اللاحق للشكليات

قد اخذ القضاء الاداري يقر في احكامه الحديثة المبدأ القائل بإمكان وجواز تصحيح عيوب الشكل والاجراءات التي تصيب القرار الاداري وذلك باتمامها على نحو سليم بعد اصدار القرار^(١).

في الواقع ان احكام القضاء الاداري تباينت في هذا الامر حيث اتخذ مجلس الدولة الفرنسي مبدأ عاماً مفاده ان القرار الذي اهملت الشكليات في اصداره ولد معيباً ولتصححه لا بد من استيفاء الشكليات والاجراءات ابتداءً باصدار قرار جديد لان اجازة التصحيح يتضمن رجعية في القرارات الادارية وهي غير جائزة قانوناً، ولكن استثناء من هذا الاصل اجاز مجلس الدولة الفرنسي اتمام الشكليات اذا كان اهمالها يرجع الى خطأ مادي لا اثر له على صحة القرار اطلاقاً مثال ذلك ان يحضر احد اعضاء المجلس وهو عضو فيه ويسجل حضوره ومناقشاته في ذلك المجلس ولكنه يغفل التوقيع على محضر الجلسة عقب انتهائها فان توقيعه عليه فيما بعد لا يبطل القرار.

كذلك اجاز القضاء الاداري المصري تدارك الادارة للشكل والاجراءات لاحقاً اذا كان غير مؤثر على مضمون القرار فقضت المحكمة الادارية العليا بتاريخ ١٥/٦/١٩٩٣ بأنه (قامت الادارة بردم بئر قديم في احدى القرى حماية لمصلحة الاهالي ولكن الادارة فاتها قبل اصدار قرار الردم ان تقوم باجراء قانوني الا وهو اخذ عينة من ماء البئر وتحليلها ولكي تتدارك الادارة هذا العيب في الشكل قامت بعد اصدار قرار الردم باجراء تحليل للمياه وجاءت نتيجة التحليل مؤيدة لهذا القرار فلما طعن في القرار رفضت المحكمة الغاء القرار على اساس ان عيب مخالفة الشكل لا يحدث اثره اذا قامت الادارة بتدارك ما فاتها من استيفاء الشكل دون ان يكون من شأن ذلك التدارك التأثير في مضمون القرار الاداري او ملاءمة اصداره)^(٢).

اما بشأن موقف الفقه من الالتزام اللاحق للشكليات فقد انقسم في مذهبين فقد ذهب رأي الى تأييد الالتزام اللاحق وذلك منعاً لتقرير الغاء القرار الاداري على اعتبار ان هذه الشكليات يمكن ان تتم حتى بعد صدور القرار الاداري لان الادارة ما زال لها الحق في تعديل نفس الاثر

(١) د. محسن خليل - المصدر السابق - ص (٣٨٩).

(٢) د. عبد العزيز شيحا - قضاء الالغاء والتعويض - الجزء الثاني - الدار الجامعية سنة ١٩٩٤ - ص(١٩٢).

في القرار المتخذ^(١).

بينما اتجه غالبية الفقه الى ان الاتمام اللاحق للشكليات لا يغطي عيب الشكل والاجراء في القرار الاداري لان ذلك يشكل اهداراً للحكمة التي وضعت من اجلها هذه الشكليات التي تمثل ضماناً هامة للأفراد والمصلحة العامة على حد سواء كونها تمنع اتخاذ القرارات المتسرعة بغير تمحيص ووزن للملابسات اضافة الى ان الاصلاح اللاحق للشكل يعني في النتيجة تعديل القرار بأثر رجعي^(٢).

ونرى ان هذا التناقض في احكام القضاء الاداري له ما يبرره لانه من غير الممكن ان يتمسك القاضي الاداري بالمبدأ الذي يقضي بعدم جواز تغطية عيب الشكل والاجراءات بالاتمام اللاحق لهذه الشكليات في كل القضايا المعروضة امامه حتى لو كانت هذه الشكليات جوهرية فقد يجد القاضي الاداري انه لا جدوى من الغاء القرار الاداري لان الشكليات التي يتم اكمالها لاحقاً لم تغير في مضمون القرار فالقرار التأديبي الذي صدر بدون اجراء تحقيق مع الموظف قد لا يضطر القاضي لالغائه اذا ثبت من خلال التحقيق اللاحق على اصدار العقوبة باقضاء هذا الموظف وملاءمة العقوبة المقررة بحقه الا ان هذا الامر لا يمكن قبوله على علته لان في ذلك اهداراً للحكمة التي من اجلها وجدت هذه الشكليات والاجراءات كما انه قد يشجع الادارة على تجاهلها ابتداءً ما دام بإمكانها اتمام هذه الشكليات بعد صدور القرار الاداري متى شاءت وهذا يضع المواطن امام الامر الواقع واهم من هذا كله ان قد يكون من مصلحة الشخص المعني ان يحكم القاضي الاداري بالغاء القرار المعيب في شكله حتى لو تم اكمال شكلياته بعد اصدار القرار ولا يهم بعد ذلك وان قامت الادارة باصدار قرار بنفس مضمون القرار المغلّى بعد ان تراعي كافة الشكليات لانه قد يحصل خلال الفترة الزمنية المحصورة بين الغاء القرار الاداري بتقديم و اصدار القرار الجديد ظروف او ملابسات او حتى اصدار تشريع جديد يصب في مصلحة ذلك الشخص .

وقد لاحظنا ان مجلس الانضباط العام يميل الى عدم الغاء القرار التأديبي المشوب بعيب جوهري في الشكل والاجراءات وذلك اذا ما وجد من خلال التحقيق القضائي الذي يجريه ان الوقائع ثابتة في حقه ولكنه قد يعدل القرار بما يتناسب مع اهمية هذه الوقائع لمصلحة الموظف متجاهلة اهمية هذه الشكليات كاحدى الضمانات التأديبية للموظف العام وهذا ما رأيناه في قرار مجلس الانضباط العام سالف الذكر .

(١) من الفقهاء الذين ايدوا هذا الاتجاه بونار وبيرليا ومن الفقه العربي د. محسن خليل ، ينظر د. محسن خليل

– المصدر السابق – ص ٣٨٧ د. ماجد راغب الحلو – مصدر سابق – ص (٣٣٧).

(٢) د. سليمان محمد الطماوي ، قضاء الالغاء ، مرجع سابق – ص (٧٩٠ – ٧٩١).

المطلب الثالث

نظرية الظروف الاستثنائية

ويقصد بها ان بعض القرارات الادارية غير المشروعة في الظروف العادية يعتبرها القضاء مشروعة اذا ثبت انها ضرورية لحماية النظام العام او لتأمين سير المرافق العامة بسبب ظروف استثنائية تتحلل الادارة مؤقتاً من قيود المشروعية العادية ويتسع نطاق سلطة الادارة التقديرية دون الحاجة الى وجود نص تشريعي بذلك^(١).

واوضح مثال للظروف الاستثنائية هو حالة الحرب حيث وضع مجلس الدولة الفرنسي اسس النظرية ابان الحرب العالمية الاولى ولكن الظروف الاستثنائية لا تقتصر على الحرب وحدها فقد سحبت هذه النظرية على حالات اخرى وقت السلم كالاضراب والكوارث الطبيعية وغيرها^(٢).

وقد عملت هذه النظرية عملها في مجال الشكل والاجراءات كما عملت في مجال ركن الاختصاص ، فقد تضطر الادارة الى اغفال الكثير من الشكليات والاجراءات الجوهرية تحت ضغط هذه الظروف ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي قضى بصحة مثل هذه القرارات بما يملكه من سلطة تقديرية اعتماداً على فكرة المشروعية المتسعة التي اوجدتها تلك الظروف^(٣).

ولنظرية الظروف الاستثنائية تأثير كبير على مبدأ المشروعية فهي توسع من نطاقه لمواجهة هذه الظروف غير العادية وكذلك تلعب دوراً مهماً في توسيع نطاق سلطة الادارة التقديرية لتحررها من الكثير من القيود القانونية التي تحد من سلطتها في الظروف العادية ما دام ان هذه القرارات المتخذة في ظل هذه الظروف الاستثنائية كانت ضرورية وتهدف الى تحقيق المصلحة العامة^(٤).

فقد نتجت الظروف الاستثنائية اثارها في مجال الشكل والاجراءات فقد تضطر الادارة في ظل الظروف الاستثنائية كما ذكرنا الى اغفال جانب من الاشكال والاجراءات ومع ذلك فإن قراراتها لا تعتبر باطلّة بالنظر الى هذه الظروف الاضطرارية وهذا ما استقر عليه القضاء

(١) ينظر د. سليمان الطماوي - مبادئ القانون الاداري - الكتاب الثالث - ص (١١٥).

(٢) المصدر اعلاه ص (٦١).

(٣) ينظر د. مصطفى ابو زيد فهمي - المصدر السابق - ص (٤٥٥).

(٤) د. سليمان محمد الطماوي - مبادئ القانون الاداري - الكتب الثاني - دار الفكر العربي - ص (١١٥).

الاداري في فرنسا^(١).

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بمشروعية القرار الصادر باحالة ضابط كبير الى التقاعد بغير اخذ رأي مجلس الحرب الاعلى الذي يجب ان يبدي رأيه بطريق التصويت السري ، كما قضى بصحة ايقاف احد العمد بغير ان يدعي مقدماً لابداء دفاعه^(٢).

ولا بد من الاشارة الى ان هذه الحالة تختلف عن (استحالة تنفيذ الشكل والاجراءات) لان الامر هنا لا يصل الى حد استحالة اتباع الاجراءات وانما الامر يتعلق في جوهره بالصعوبة الشديدة التي تعانيها الادارة في اتمام الاجراءات التي يتطلبها القانون في مثل هذه الظروف التي تقتضي الحزم والسرعة .

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله - المصدر السابق - ص (٢٣٥).

(٢) د. سليمان محمد الطماوي - القضاء الاداري - المصدر السابق - ص (٧٩٠).

المطلب الرابع

قبول صاحب الشأن لتجاوز عيب الشكل والاجراءات

لا شك ان الاصل في الشكليات والاجراءات المتعلقة بالقرار الاداري انها مقررة في الكثير من الاحيان لمصلحة الافراد وكضمان لهم الا انها في نفس الوقت وضعت لحماية المصلحة العامة لذلك فأنها تتعلق الى حد كبير بالنظام العام واستناداً إلى ذلك يمكن القول ان رضا صاحب الشأن او المصلحة في تجاوز هذه الشكليات او عدم رضاه لا اثر له في مشروعية او عدم مشروعية القرار الاداري .

الا اننا ومن خلال استقراء احكام القضاء الاداري الفرنسي والعربي على حد سواء نجد انها غير مستقرة على رأي واضح حول هذا الموضوع فهي مرة تقول ان رضا صاحب الشأن لا يكفي لتجاوز هذا العيب ومرة اخرى تذهب الى ان هذا الرضا يكفي وبالتالي يغطي عيب الشكل والاجراءات ومن احكام مجلس الدولة الفرنسي الذي تبنت الاتجاه الاول حكمها الصادر في ١٩٠٩/٧/٢ والمتعلق باخلال الادارة بالقواعد الضابطة لاحدى المسابقات فبالرغم من قبول المتسابقين للتعديل الذي تم على خلاف القانون فان مجلس الدولة قضى بالغاء المسابقة^(١) بينما ذهب في حكم آخر الى ان قبول ذوي المصلحة يؤدي الى تغطية عيب الشكل والاجراءات في القرار الاداري .

اما مجلس الدولة المصري فيبدو ان احكامه مترددة ايضاً حيال هذا الموضوع فقد ذهبت محكمة القضاء الاداري في بادئ الامر الى الاخذ بمبدأ تجاوز عيب الشكل والاجراءات لقبول صاحب المصلحة وذلك من خلال حكمها المؤرخ في ٣١ مايو (ايار) ١٩٤٩ والذي تدور وقائعه حول اعلان احد العمد بالحضور امام لجنة الشياخات للنظر في اطالة امد وقفه فلما حضر نظرت اللجنة في امر فصله رأساً فلم يعترض العمدة ولكن طعن بعد ذلك ببطلان الاجراءات ووضح المجلس انه (ومن حيث ان المدعي هو صاحب الحق الوحيد في التمسك بوجوب اعلامه بالتهمة اعلاناً جديداً والتمسك بطلب التأجيل للاستعداد وغير ذلك مما يتسمك به الان قد ترك التمسك بكل ذلك مختاراً امام اللجنة ولهذا تكون اجراءات المحكمة قد تمت بعد ذلك صحيحة) ولقد لقي الحكم المتقدم انتقاداً من بعض الفقه^(٢).

(١) د. سليمان محمد الطماوي - القاء الاداري - قضاء الالغاء - مصدر سابق - ص (٧٩٣).

(٢) د. سليمان الطماوي - المصدر السابق - ص (٧٩٥).

ولكن المحكمة سرعان ما عدلت عنه عندما ذهبت الى انه (ومن المقرر فقهاً وقضاءً ان الاصل في الشكليات والاجراءات انها مقررة لمصلحة عامة قدرها المشرع فهي تمس الصالح العام لذلك لا يؤدي قبول ذوي الشأن للقرار المعيب الى تصحيح العيب وزوال البطلان)^(١).

الا ان المحكمة الادارية العليا قد حسمت الامر باجازة التغطية لهذا العيب بقبول صاحب المصلحة عندما قضي بأنه (ما دامت المدعية قد سمحت للنياحة الادارية بتفتيش سكن المدرسات في المدرسة التي كانت تعمل وتقيم بها وتضبط ما عساه ان يسفر عنه من اوراق ومكاتبات خاصة وما دام لم يثبت ان رضی المدعية كان مشوباً بعيب من العيوب المفسدة للرضا فإن المجادلة في صحة هذا التفتيش تصبح غير ذات موضوع)^(٢).

اما محكمة العدل الاردنية فقد اتخذت مذهباً وسطاً عندما قررت اذا كان الشكل والاجراء من الاشكال والاجراءات الجوهرية المتعلقة بالنظام العام او المصلحة العامة فعدم اعتراض صاحب الشأن على اجراء مخالف لتلك الاشكال والاجراءات لا يمنعه من اثاره مخالفتها امام محكمة العدل العليا اما اذا كان الشكل والاجراء مقرراً للأفراد دون سواهم فعدم اعتراض صاحب الشأن على مخالفة قواعد الشكل تفقده حقه في التمسك بها امام محكمة العدل العليا^(٣).

واخيراً يمكن القول من الناحية المبدئية ان تجاوز صاحب المصلحة عن التمسك بالعيب الشكلي وان كان لا يكفي - كقاعدة عامة لتصحيح هذا العيب فإنه في بعض الحالات يعتبر كافياً^(٤).

ونرى انه لا يمكن لاحكام القضاء الاداري حيال هذا الموضوع ان تخضع لمبدأ عام محدد سلفاً يطبق على كل القضايا المعروضة امامه في هذا الشأن وانما ينظر القاضي الاداري في كل قضية على حده ليطلع على ظروفها وملابساتها والقواعد القانونية التي تحكمها ليقرر بما يملكه سلطة تقديرية اذا ما كانت الشكليات والاجراءات المقررة لمصلحة صاحب الشأن بشكل واضح وجلي وان تجاوزها لا يضر بالمصلحة العامة وبالتالي فإن قبول بتجاوزها سلفاً يغطي هذا العيب ام ان هذه الشكليات ليست مقررة لمصلحة ذوي الشأن فحسب وانما تهدف الى تحقيق المصلحة العامة ايضاً وبالتالي فإن تجاوزها يعرض القرار الاداري للالغاء بغض النظر عن رفض او قبول صاحب الشأن وهذا يفسر تباين احكام القضاء الاداري في هذا الشأن .

(١) حكم المحكمة المؤرخ في ١٩٥٧/٧/١ - حمدي ياسين عكاشة - المصدر السابق ص (٣٧٧) .

(٢) حكم المحكمة في جلسة ٢١ يوليو (تموز) ١٩٥٨ القضية ٦٤٢ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتتها المحكمة السنة الثالثة قضائية ص (١٤٣١) .

(٣) د. حنا ابراهيم نده - القضاء الاداري في الاردن - مصدر سابق - ص (٤١٨) .

(٤) د. محمود حافظ - القضاء الاداري - مصدر سابق - ص (٥٦٤) .

المبحث الثاني

موقف القضاء العراقي من الرقابة على عيب الشكل والاجراءات

في القرار الاداري

بعد ان وقفنا على اهم المبادئ الاساسية والاحكام المستقرة في الفقه والقضاء الاداريين المنظمة لقواعد ركن الشكل والاجراء في القرار الاداري وبعد ان اتضحت لنا اهم العيوب التي تصيب ركن الشكل والاجراء سواء كان ذلك بالنسبة للعيوب الجوهرية التي تؤثر في مشروعيتها او بالنسبة للعيوب غير الجوهرية التي لا اثر لها على مشروعية القرار الاداري.

يبقى ان نعلم ما هو موقف القضاء العراقي من الرقابة على ركن الشكل والاجراء في القرار الاداري بغية اكمال البحث المتعلق بركن الشكل والاجراء ورقابة القضاء العراقي على مشروعيته ولتوضيح هذا الموقف نتناول موقف القضاء العراقي قبل انشاء محكمة القضاء الاداري ثم نوضح موقف المحكمة الاخيرة في ظل قانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل وكما يلي :

المطلب الأول

مرحلة ما قبل انشاء القضاء الاداري في العراق

صدرت احكام عديدة لمحكمة التمييز ولمجلس الانضباط العام بالاضافة الى فتاوي ديوان التدوين القانوني نستعرض ابرزها ما يلي :

ففيما يتعلق بالموقف من الشكليات والاجراءات الجوهرية وغير الجوهرية يمكن القول ان هناك الكثير من القواعد الشكلية والاجرائية التي تنص عليها القوانين العراقية المختلفة وترتب على اهمالها او مخالفتها بطلان القرار الاداري الصادر بخلافها، حيث يمكن اعتبار مثل هذه القواعد من الشكليات والاجراءات الجوهرية او الاساسية التي يجب توافرها من اجل مشروعية القرار الاداري ، كما ان هناك بعض القواعد الشكلية والاجرائية التي تنص عليها القوانين المختلفة ايضاً إلا أنها تسكت عن تقرير بطلان القرار الصادر على خلافها او انها تترك للادارة او الفرد الحرية في التمسك بها او تركها اذ تعتبر من الشكليات والاجراءات غير الجوهرية او الثانوية والتي لا يترتب على مخالفتها او اهمالها اي تأثير على القرار الاداري المتخذ بخلافها^(١).

ومن الاقضية في هذا المجال ما يلي :

من خلال ملاحظة الحكم التالي لمجلس الانضباط يمكن تبين كيفية مخالفة المدعية للشكليات والاجراءات الجوهرية المقتضية بخصوص التعهد الذي طلبته منها وزارة الصحة وذلك من اجل ان تتمكن الوزارة المذكورة من اصدار الامر الوزاري القاضي باعتبارها متغيبه بعذر مشروع وصرف رواتبها المستحقة لها بموجب ذلك حيث ثبت للوزارة ان التعهد الذي نظمته المدعية يختلف اختلافاً جوهرياً عن التعهد المطلوب من حيث الشكل وذلك لوجوب صبه في قالب شكلي معين وهيئة معينة ومحددة وفق القانون مما يكون من شأنه ان يؤثر على جوهر القرار الاداري . الذي يتخذ بناءً عليه فقد تبين للمجلس من الاضبارة الشخصية للمدعية ان المدعي عليه الاول (وزير الصحة اضافة لوظيفته) قد وافق على تمديد اجازة المدعية وفق الشروط الواردة في التعهد المرسل طي كتاب وزارة الصحة الى السفارة العراقية في براغ، ويعتبر توقيع وزير الصحة على التعهد المذكور ايجاباً منه يستلزم توقيع المدعية على نفس التعهد ايداناً بالقبول لكي يصبح العقد لازماً، وقد طلبت وزارة الصحة من السفارة المذكورة

(١) ليث حسن علي - المصدر السابق (٢٠٠-٢٠١).

تسليم التعهد المذكور للمدعية لتوقيعه فتصديقه واعادته الا ان المدعية لم توقع على التعهد المذكور وانما نظمت تعهداً آخر غيره ووقعت عليه وصدقته فارسلته السفارة المذكورة الى وزارة الصحة ولم يوقع وزير الصحة على التعهد المنظم من قبل المدعية كما لم يصدر امر بالموافقة عليه وانما ارسل كتاباً إلى السفارة المذكورة يتضمن ان التعهد المرفق بكتاب السفارة المذكور انفاً لم يكن النسخة الاصلية المرسله اليه وقد جرى تغيير جوهرى فيه وان صرف الرواتب المذكورة قبل صدور الامر الوزاري وموافقة الجهات المختصة على الصرف يعتبر غير اصولية ولدى رجوع المجلس الى التعهد المنظم من قبل وزارة الصحة والمرسل الى السفارة العراقية في براغ وجد أنه يختلف اختلافاً كبيراً عن التعهد المرسل من قبل السفارة والموقع بتوقيع المدعية لذا فإن تغيب المدعية بدون عذر غير مشروع ومن ثم فإنها لا تستحق روايتها عن هذه الفترة^(١).

وفيما يتعلق بالشكليات المتعلقة بقرارات اللجان والمجالس ، اصدر مجلس الانضباط العام قراراً جاء فيه (... وجد ان الاعتراض المقدم ضمن المدة القانونية ومستوف لشروطه فقرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر الى قراري التجريم والعقوبة الصادرين وجد انهما غير صحيحين وذلك حيث انفرد رئيس لجنة الانضباط بالتوقيع عليهما دون الاعضاء خلافاً للقانون حيث اوجب القانون توقيع كامل الهيئة على القرارات الصادرة وحيث ان النقص اخل بصحة القرارين ولما تقدم قرر نقص القرارين)^(٢).

وفي قرار آخر للمجلس قرر فيه: (وحيث تبين ان لجنة الانضباط قد شكلت من رئيس وثلاثة اعضاء خلافاً للفقرة (أ) من المادة (١٦) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم (٦٩) لسنة ١٩٣٦ الملغى التي تنص على ان يكون قوام اللجنة رئيساً وعضوين لذلك قرر نقض قرار لجنة الانضباط)^(٣).

اما عن الشكليات والاجراءات غير الجوهرية او الثانوية التي لا تؤثر على مشروعية القرار الاداري فعلى الرغم من ندرة الاحكام القضائية العراقية بخصوص الموضوع الا انه

(١) ينظر قرار مجلس الانضباط المرقم ٦٦/١٩١ في ١٠/٨/١٩٦٦ اشار اليه ليث حسن علي - المصدر السابق ص (١٧١ - ١٧٢).

(٢) قرار مجلس الانضباط العام المرقم ١٩٧٢/٥٨ في ١٩٧٢/٥/٣ المنشور في نشرة ديوان التدوين القانوني - العدد الاول - السنة الثالثة - ١٩٧٣ ص (١٠٨).

(٣) قرار مجلس الانضباط العام المرقم ١٩٧١/١٤٩ في ١٩٧١/١/١٠ المنشور في نشرة ديوان التدوين القانوني - العدد الاول - السنة الثانية ١٩٧٢ ص (٩٤-٩٥).

يمكن ان يستخلص من احد قرارات محكمة التمييز أن القضاء العراقي يقرر مشروعية القرار الاداري النهائي الذي تصدره الادارة رغم مخالفته لبعض الاجراءات الشكلية التي رسمتها القواعد القانونية نظراً لكون تلك الاجراءات غير مؤثرة في موضوع القرار او الغرض منه وهذا ما يستفاد من خلاصة هذه القضية التي تذهب فيها المحكمة الى ان عملية الاستملاك التي قامت بها الادارة والتي انتهت بقرار اعلان الاستملاك والتي تتطلب القواعد القانونية المنظمة لها من الادارة اتخاذ اجراءات قانونية منها ما هو جوهري او اساسي كاجراءات التقدير وتحقق النفع العام ... الخ ومنها ما هو غير جوهري او ثانوي كاجراءات التبليغ بقرار التقدير ومن ثم فإنه اذا ما ما خالفت الادارة الاجراءات غير الجوهرية فإن ذلك لا يعني عدم مشروعية قرار الاستملاك لان التبليغ بقرار التقدير يعتبر من الاجراءات غير الجوهرية والتي لا تؤثر في قرار الاستملاك^(١).

اما عن جواز تغطية عيب الشكل فإن ديوان التدوين القانوني سابقاً كان قد جوز تصحيح عيب الشكل والاجراءات في بعض استشاراته فقد سئل الديوان مره عن صحة تسجيل معاملة في دائرة الكاتب العدل لم يضع فيها توقيعها ثم اريد ان يوقعها بعد نقله الى وظيفة اخرى فأفتى الديوان بصحة ذلك^(٢).

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٣٥٢ / حقوقية في ١٧/١/١٩٧٠ اشار له ليث حسن علي - المصدر السابق -

ص (٢٠٠).

(٢) ليث حسن علي - المصدر السابق - ص (١٨١).

المطلب الثاني

مرحلة ما بعد اصدار قانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل

نص هذا القانون على ما يلي : (٢- ان يكون الامر او القرار ... او معيباً في شكله)^(١) فالمشرع العراقي هنا قد قرر عيب الشكل ضمن العيوب التي تعيب القرار الاداري فتجعله عرضة للالغاء. على الرغم من قلة قرارات محكمة القضاء الاداري لا يساورنا شك في ان محكمتنا الموقرة سوف تطبق جميع الاحكام العامة التي اشرفنا اليها سابقاً على ما يعرض عليها بصدد عيب الشكل لكون المحكمة اداة لارساء الاحكام والمبادئ القانونية العامة والتي تتبعها المحاكم الادارية في الدول ذات القضاء الاداري ولكون تلك الاحكام تحقق العدالة المنشودة وتضمن للقانون سيادته.

اما مجلس الانضباط العام فإنه يراقب هو الاخر شكليات القرارات التي يختص بالنظر في الطعون الموجهة اليها الا ان الظاهر من قراراته انه لا يفرق بين الشكل والاجراءات ويعد النقص في اي منها عيباً في شكلية القرار.

ومن قرارات مجلس الانضباط العام بهذا الشأن قراره المرقم ٩٧٨/٥٦٤ الصادر بتاريخ ١٩٧٨/١٢/٢٠ الذي جاء فيه ما يلي (... تبين ان المدعي يعترض على قرار لجنة الترفيعات والتعيينات في المديرية العامة لتوزيع الطاقة الكهربائية المؤرخ في ١٩٧٦/١٢/٢٣ طالباً احتساب مدة خدمته في سلك الشرطة للفترة من ١٩٦٠/١١/٢٠ لغاية ١٩٦٥/٢/٤ والتي رفضت اللجنة المذكورة احتسابها له وحيث ان قرار اللجنة المذكورة لم يستوف الشكلية المطلوبة لعدم عرضه على الدائرة او الوزارة المختصة وصدور امر اداري او وزاري بتنفيذه لذلك قرر المجلس الغاء قرار اللجنة المشار اليه اعلاه...)^(٢).

وفي قرار اخر قرر اعادة الموظف الى وظيفته بعد ان اعتبرته دائرته مستقيلاً وذلك لان اجراءات التبليغ (وهو اجراء شكلي جوهري في هذا المجال) لم تكن قد تمت وفقاً للقانون وقد صادقت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة على القرار المذكور لانه .. صحيح وموافق للقانون ذلك لان اجراءات التبليغ لم تكن قد تمت وفق ما رسمته المادة (١٧) مرافعات مما

(١) اشار للقرار الاستاذ د. ابراهيم طه الفياض محاولة في تحديد اساس ونطاق القانون الاداري مع الاشارة الى القانون العراقي بحث منشور في مجلة جامعة النهريين - الحقوق المجلد ٢ - العدد ٣ تشرين الثاني - ١٩٩٨ - ص ١٢٤ .

(٢) قرار منشور في مجلة العدالة - العدد الاول - السنة الخامسة ١٩٧٩ ص (٢١٣) .

يترتب عليه بطلان التبليغ وبالتالي يكون الامر باعتبار المميز عليه مستقبلاً من وظيفته غير صحيح لذا يتوجب ابطاله لذا تقرر تصديق القرار المطعون فيه (...)^(١).

وفي قرار آخر لمجلس الانضباط العام قرر بطلان القرار الاداري جزاء لمخالفة الادارة للشكليات والاجراءات التي يتطلبها القانون فقد قضى في حكمه الصادر في ٢٧/١٠/٢٠٠٣ (..) فضلاً عن ذلك فإن المعترض عليهما - اضافة لوظيفتهما كانا قد فرضا هذه العقوبة خلافاً لنص المادة (١٠) منه القانون المشار اليه التي اوجبت اجراء التحقيق الاداري مع الموظف المخالف من لجنة تحقيق اصولية متكونة من رئيس وعضوين احدهما حاصل على شهادة جامعية اولية في القانون وعليه ولكل ما تقدم ذكره قرر المجلس وبالاتفاق الحكم بالغاء عقوبة الفصل المطعون بها الصادرة بموجب الامر الاداري المذكور في صدر هذا الحكم (...)^(٢).

اما قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل فقد عدد مجموعة من الواجبات التي على الموظف الالتزام بها والمحظورات التي عليه ان يتجنبها فاذا لم يلتزم الموظف بهذه الواجبات حقت مساءلتهم وانزال العقاب بحقهم فاذا لم يلتزم الموظف بهذه الواجبات حقت مسألتهم وانزال العقاب . بحقهم ولما كان العقوبات الانضباطية التي تفرض على الموظف هي من الامور الخطيرة التي تمس الموظف في كيانه الوظيفي وتترتب عليها اثار متصلة بمستقبله ورزقه لذلك كان لا بد للمشرع ان يحيط اجراءات التحقيق وفرض العقوبات بسياج من الضمانات والضوابط التي تحقق الغاية منه وتسمو به الى الحكمة التي شرع من اجلها بتحقيق صالح الادارة وكفالة حسن سير العمل بانتظام على وجه يحقق الغاية منه فقد نص القانون اعلاه في وفي قرار اخر لمجلس الانضباط العام (أن المدعي موظف بعنوان مدير فني في مديرية الموارد المائية في بابل التابعة للمدعى عليه اضافة لوظيفته وانه يعترض على تسكينه في الدرجة الثانية / المرحلة الرابعة الذي تم وفقاً لقانون رواتب موظفي الدولة والقطاع العام رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٨ ومما لا يتناسب مع خدمته الوظيفية البالغة (٣٢) سنة وتحصيله العلمي كونه حاصل على شهادة البكالوريوس في القانون من الجامعة المستنصرية للعلم الدراسي (٢٠٠٣-٢٠٠٤) ويطلب تعديل تسكينه الى الدرجة الاولى / المرحلة الرابعة وقد بين المدعي في جلسة المرافعة المؤرخة في ٨/٣/٢٠١١ ان تاريخ تطبيق المدعى عليه لقانون الرواتب الذي تم تسكينه بموجبه في الدرجة الثانية كان في ١١/٦/٢٠٠٨

(١) قرار مجلس الانضباط العام رقم ٤٤٨/١٩٩٧ في ٣/١٢/١٩٩٧ والمصادق عليه بقرار الهيئة العامة

لمجلس شوري الدولة رقم ٢١- انضباط - تمييز /١٩٩٨ في ١/٣/١٩٩٨ (غير منشور).

(٢) قرار مجلس الانضباط العام رقم ١٧/٢٠٠٣ الصادر في ١/٧/٢٠٠٣ (غير منشور).

وحيث انه اقام دعواه امام المجلس بتاريخ ٢٠١١/١/١١ فيكون قد اقامها خارج المدة القانونية المنصوص عليها في الفقرة (٣) من المادة (٥٩) من قانون الخدمة المدنية المرقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ وواجبه الرد شكلاً لذا قرر المجلس ببرد دعوى المدعي من الناحية الشكلية وقيد الرسم المدفوع ايراداً لخزينة الدولة بعد اكتساب الحكم درجة البتات وتحمله اتعاب محاماة لوكيل المدعي عليه^(١) المادة (١٠) على ان السلطة المختصة باصدار الامر بالتحقيق منوط بالرئيس الاداري المختص المدير العام او اي موظف يخوله الوزير صلاحية اصدار الامر الاداري بالتحقيق فقد نصت هذه المادة على (١- على الوزير او رئيس الدائرة تأليف لجنة تحقيقية من رئيس وعضويين من ذوي الخبرة على ان يكون احدهم حاصلاً على شهادة اولية في القانون...).

فالقاعدة العامة انه لا يجوز فرض عقوبة بحق الموظف الا بعد تشكيل لجنة تحقيقية تتولى التحقيق مع الموظف المخالف وتوصي بفرض العقوبة الا ان المشرع اورد استثناء على هذه القاعدة حيث اجازت فرض عقوبة لفت النظر او الانذار او قطع الراتب مدة لا تتجاوز على عشرة ايام على الموظف المخالف بعد استجوابه دون الحاجة الى تشكيل لجنة تحقيقية اشارت الى ذلك الفقرة (رابعاً) من المادة (١٠) من القانون اعلاه .

وكذلك الحال بالنسبة لتعليمات انضباط الطلبة في وزارة التعليم العالي رقم (١٦٠) لسنة ٢٠٠٧ حيث استلزمت المادة (٨) من التعليمات اعلاه تشكيل لجنة انضباط في كل كلية برئاسة معاون العميد وعضوية اثنين من اعضاء الهيئة التدريسية وموظف يكلف باعمال مقررية اللجنة وممثل عن اتحاد الطلبة المنتخب على ان يكون احد اعضاء اللجنة حاصلاً على شهادة جامعية اولية في القانون ولا يجوز فرض عقوبة انضباطية ما لم توص بها لجنة انضباط الطلبة اي لا يجوز للعميد فرض عقوبة انضباطية على الطالب الا بعد احالته الى لجنة انضباط الطلبة وصدور توصية من لجنة الانضباط بمعاقبته.

(١) قرار مجلس الانضباط العام رقم ٢٠١١/٣٤٤ في ٢٠١١/٣/٢٢ دعوى رقم ٢٠١١/م/٢٢ (غير منشور).

المصادر

أ- الكتب العامة

- ١- ابراهيم عبد العزيز شيحا، اصول القانون الاداري اللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨١.
- ٢- ابراهيم طه الفياض، القانون الاداري، نشاط و اعمال السلطة الادارية بين القانون الكويتي القانون المقارن، ط١، ١٩٨٨.
- ٣- احمد حافظ نجم، القانون الاداري، دراسة قانونية لتنظيم نشاط الادارة الجزء الثاني، ط١، ١٩٨١.
- ٤- احمد مصطفى الديداموني، الاجراءات والاشكال في القرار الاداري، ط١، ١٩٩٣.
- ٥- ادوار عيد، القضاء الاداري، الجزء الثاني، مطبعة لبنان بيروت، ١٩٧٥.
- ٦- العلامة جمال الدين محمد الانصاري، لسان العرب، المؤسسة المصرية للتأليف والابناء والنشر.
- ٧- انس جعفر القرارات الاداري، ط٢، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
- ٨- بكر القباني، القانون الاداري الكويتي، ط بلا، مطبوعات جامعة الكويت، بدون سنة طبع.
- ٩- توفيق شحاته، مبادئ القانون الاداري، الجزء الاول، ط١، ١٩٥٥.
- ١٠- حمدي ياسين عكاشه، القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف الاسكندرية، ١٩٨٧.
- ١١- حامد مصطفى مبادئ الاداري العراقي، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد ١٩٦٨.
- ١٢- حسن محمد عواضه، المبادئ الاساسية للقانون الاداري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بدون سنة طبع.
- ١٣- حنانده، القضاء الاداري في الاردن، ١٩٧٢.
- ١٤- خالد خليل الظاهر، القانون الاداري، ط١، ١٩٩٧.
- ١٥- خالد سمارة الزغبى، القرار الاداري بين النظرية والتطبيق، ١٩٩٣.
- ١٦- رفعت رشوان، رقابة القاضي الجنائي لمشروعية القرار الاداري، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
- ١٧- رمضان محمد بطيخ، القضاء الداري القرارات الادارية ومبدأ المشروعية ٢٠٠٥.
- ١٨- زكريا المصري، اسس الادارة العامة، دار الكتب القانوني مصر، ٢٠٠٧.
- ١٩- سامي جمال الدين، الوسيط في الغاء القرارات الادارية، ط١، ٢٠٠٤.
- ٢٠- سعاد الشرقاوي، القضاء الاداري، دار النهضة العربية، ١٩٨٤.

- ٢١- سعد عبد الجبار العلوش، دراسات في العرف الدستوري، شركة الانعام للطباعة ١٩٩٩.
- ٢٢- سليمان الطماوي، قضاء الالغاء، الكتاب الاول، دار الفكر العربي ، ١٩٨٦.
- ٢٣- سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، ط٣، مطبعة عين شمس ، ١٩٧٨.
- ٢٤- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الاداري، ط٤، ١٩٧٦.
- ٢٥- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، دراسة مقارنة ط٤، ١٩٧٦.
- ٢٦- سمير يوسف البهي، قضاء الالغاء ، ط ١ ، ٢٠٠٠.
- ٢٧- سمير صادق، المبادئ العامة في القضاء الاداري المصري، دار الفكر الحديث مصر بدون سنة طبع.
- ٢٨- شاب توما منصور، القانون الاداري ، الكتاب الثاني ، ط ١ ، مطبعة جريدة العراقي، ١٩٧٠.
- ٢٩- شاب توما منصور، القانون الاداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧.
- ٣٠- طعيمة الجرف، القانون الاداري ، دراسة مقارنة ، ١٩٧٣.
- ٣١- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات التأديب في التحقيق الاداري والمحاکمات التأديبية ، ٢٠٠٣. عدنان رضوان محمود جراح، فصل الموظف العام (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٤
- ٣٢- علي محمود علي حمود، النظرية العامة في تسبیب الحكم الجنائي في مراحل مختلفة، ط٢، ٢٠٠٣.
- ٣٣- عبد الفتاح حسن ، مبادئ القانون الاداري الكويتي ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٩.
- ٣٤- عصام عبدالوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، ١٩٧١.
- ٣٥- علي محمد بدير ، عصام عبد الوهاب ، مهدي ياسين السلامي، مبادئ واحكام القانون الاداري، ط ب، بدون سنة طبع.
- ٣٦- عدنان عمرو، القضاء الاداري، قضاء الالغاء، ط٢، منشأة المعارف الاسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٣٧- عبدالغني بسيوني عبد الله، القانون الاداري، دراسة تطبيقية لاسس ومبادئ القانون الاداري وتطبيقها في مصر، منشأة المعارف الاسكندرية ، بدون سنة طبع.
- ٣٨- عبد الفتاح حسن، التفويض في القانون الاداري والادارة العامة، ١٩٧١.
- ٣٩- عبد العزيز شيجا، قضاء الالغاء والتعويض، الجزء الثاني، الدار الجامعية ١٩٩٤.
- ٤٠- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، ط١، المركز القومي للاصدارات القانوني ، ٢٠٠٨.

- ٤١- عصمت عبد الله الشيخ ، مبادئ ونظريات القانون الاداري، دار النهضة العربية، ١٩٨٨ - ١٩٩٩ .
- ٤٢- عصام البرزنجي، القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية بيروت، ١٩٩٣ .
- ٤٣- علي خطار شطناوي، دراسات في القرارات الادارية، ١٩٨٩ .
- ٤٤- عمار دوابدي، القانون الاداري ، دار المطبوعات الجامعية، ط٣، بدون سنة طبع.
- ٤٥- عمر محمد الشوبكي، القضاء الاداري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧ .
- ٤٦- غازي فيصل مهدي، شرح احكام قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي بدون سنة طبع.
- ٤٧- فوزت فرحان، القانون الاداري العام، الكتاب الاول ، ٢٠٠٤ .
- ٤٨- فهد عبد الكريم ابو العشم، القضاء الاداري بين النظرية والتطبيق دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥ .
- ٤٩- ماجد راغب الحلو، القانون الاداري ، دتار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٧ .
- ٥٠- مازن ليلو راضي، القانون الاداري، بدون سنة طبع.
- ٥١- ماهر ابو العينين، اختصاص مجلس الدولة وفقاً لاحكام القسم القضائي حتى عام ١٩٩٢ ، الطباعة الدولية ، ١٩٩٣ .
- ٥٢- ماهر صالح علاوي، القرار الاداري، بدون سنة طبع.
- ٥٣- ماهر صالح علاوي الجبوري، القانون الاداري، ١٩٨٩ .
- ٥٤- ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الاداري ط- ب ، دار ابن الاثير للطباعة والنشر، ٢٠٠٩ .
- ٥٥- محمد فؤاد مهنا، مبادئ واحكام القانون الاداري، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر ، ١٩٧٣ .
- ٥٦- مصطفى ابو زيد فهمي، القضاء الاداري ومجلس الدولة ، قضاء الالغاء، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٩ .
- ٥٧- محمد انس قاسم، الوسيط في القانون العام، القضاء الاداري، دار النهضة العربية، ١٩٨٧ .
- ٥٨- محمود محمد حافظ، القرار الاداري، دار النهضة العربية ، ١٩٨٥ .
- ٥٩- محمود حلمي، القرار الاداري، ط١، ١٩٧٠ .
- ٦٠- محمد جمال مطلق الذنبيات، الوجيز في القانون الاداري، ٢٠٠٣ .
- ٦١- محسن خليل، قضاء الالغاء، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٩ .
- ٦٢- محمود محمد حافظ، القضاء الاداري، بدون سنة طبع.

- ٦٣- محمد كامل ليلة، الرقابة على اعمال الادارة، الرقابة القضائية ، الكتاب الثاني بدون سنة طبع.
- ٦٤- ممدوح طنطاوي، الادلة التأديبية ، منشأة المعارف الاسكندرية، ط٢، ٢٠٠٣.
- ٦٥- محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الاداري، ٢٠٠٧ .
- ٦٦- محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الاداري (قضاء الالغاء والتعويض) ط٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٩.
- ٦٧- محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ط٣، دار العلوم دمشق، ١٩٨٩.
- ٦٨- محمد صغير بعلي، القرارات الاداري ، دار العلوم للنشر الجزائر، ٢٠٠٥.
- ٦٩- محمد علي آل ياسين، القانون الاداري، المبادئ العامة في نظرية المرافق العامة، الضبط الاداري ، القضاء الاداري، بدون سنة طبع.
- ٧٠- مصطفى كمال وصفي، اصول اجراءات القضاء الاداري، مطبعة امانة بمصر، ١٩٧٢.
- ٧١- محمد علي جواد، القضاء الاداري ، المكتبة القانونية ، بغداد، بدون سنة طبع.
- ٧٢- محمد فؤاد مهنا، القانون الاداري العربي في زل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني، المجلد الثاني، ١٩٦٧.
- ٧٣- محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الاداري، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠٥.
- ٧٤- محمد علي جواد، القضاء الاداري ، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠.

ب- الرسائل الجامعية :

١. بيداء ابراهيم قادر، التنظيم القانوني لتسبب العقوبات الانضباطية (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير، ٢٠٠٨.
٢. جاسم كاظم كباشي العبودي، سلطة القاضي الاداري في تقدير عيوب الالغاء في القرار الاداري، اطروحة دكتوراه، كلية القانون ، ٢٠٠٥.
٣. خالد رشيد الديلمي، الانحراف في استعمال السلطة الادارية، (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٩٨.
٤. خضر عكوبي يوسف، موقف القضاء العراقي من الرقابة على القرار الاداري، رسالة ماجستير، جامعة بغداد ، ١٩٧٦.
٥. رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الادارة في تنفيذ مقاولات الاشغال العامة ، رسالة ماجستير في القانون، ط١ ، مطبعة الغزي النجف، ١٩٧٦.

٦. سرمد رياض عبد الهادي، الابعاد القانونية لدور القاضي الاداري اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهريين، ٢٠١٠.
٧. عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة (دراسة مقارنة) اطروحة دكتوراه، دار النهضة العربية، ١٩٧٦.
٨. ليث حسن علي، النظام القانوني للشكل والاجراءات في القرار الاداري، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٨٣.
٩. محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الاداري ودعوى الالغاء جامعة القاهرة، اطروحة دكتوراه، ١٩٧١.

ج- البحوث والمقالات والمحاضرات الاكاديمية:-

١. ابراهيم طه الفياض، الرقابة على اعمال الادارة في القانون العراقي والمقارن محاضرات القيت على المرحلة الثالثة، جامعة النهريين، ١٩٩٢ - ١٩٩٣ .
٢. المستشار المساعد، احمد عبد الكريم المعيني، التحقيق الاجاري والضمانات التي كفلها القانون عند فرض العقوبة، مجلة التشريع والقضاء العدد ٣ ، ٢٠١١.
٣. المستشار المساعد في مجلس شورى الدولة غسان حسن داود، الغاء القرار الاداري لعدم المشروعية، مجلة العدالة، العدد (١)، ١٩٩٩.
٤. ضياء شيت، رقابة القضاء العراقي على القرار الاداري بحث منشور في مجلة القضاء العدد ٤ ، ١٩٥٥ .
٥. عبد الحميد كمال حشيش، نظرية القرارات المفضلة وعقود الادارة مجلة مصر المعاصرة العدد (٣٦٣) كانون الثاني ١٩٧٦.
٦. غازي فيصل مهدي، محاضرات القيت على طلبة ماجستير، جامعة النهريين كلية الحقوق، ٢٠١٠-٢٠١١ .
٧. غازي فيصل مهدي، محاضرات القيت على طلبة الدراسات الاولى المرحلة الثالثة جامعة النهريين، ١٩٩٦ - ١٩٩٧.
٨. قيس عبد الستار عثمان رئيس مجلس شورى الدولة، جريدة الزوراء ، العدد ١٠٢ ، ١٩٩٩.

د- الدوريات :

١. مجلة العلوم الادارية، العدد ٣ ، ١٩٦٩ .
٢. مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد ١ ، ١٩٧٠ .
٣. مجلة القضاء ، العدد الرابع ، ١٩٨٧ .
٤. مجلة العلوم القانونية ، العدد ١-٢ بغداد ، ١٩٩٠ .
٥. مجلة نقابة المحامين ، العدد ٤ ، ١٩٩١ .
٦. مجلة نقابة المحامين ، العدد ٤ ، ١٩٩٥ .
٧. مجلة العدالة، العدد (١) ، ٢٠٠٠ .
٨. مجلة نقابة المحامين ، العدد ١ ، ٢٠٠٤ .
٩. مجلة نقابة المحامين ، العدد ٤ ، ٢٠٠٨ .
١٠. الوقائع العراقية ، العدد ٤٠٧٥ ، السنة ٤٩ .
١١. مجلة القانون والقضاء العدد (٣) ، ٢٠١١ .
١٢. مجلة التشريع والقضاء العدد (٤) ، السنة الثالثة ٢٠١١ .

هـ-الدساتير

١. الدستور الاردني لسنة ١٩٥٢ .
٢. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

و-القوانين والانتظمة والتعليمات:-

١. قانون الخدمة المدنية العراقي رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ المعدل.
٢. قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٣. قانون رعاية القاصرين ووزارة العدل ، سلسلة اصلاح النظام القانوني رقم ٨ لسنة ١٩٨٠ .
٤. قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ .
٥. قانون التضمين رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ .
٦. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ .
٧. قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة ٢٠٠٩ .
٨. قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة ٢٠١٠ .

ز- المراجع :

- ١ . مجموعة البيانات والقوانين لسنة ١٩٢٥ ، الحكومة العراقية ، بغداد، ١٩٢٦ .
- ٢ . مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الادارية العليا في خمسة عشر عاماً ١٩٦٤-١٩٦١ .
- ٣ . مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة السنة ١٧ لسنة ١٩٧١ .

((المقدمة))

تقوم السلطة الادارية في ممارسة نشاطها باوجهه المختلفة باعمال مادية واخرى قانونية فالاعمال القانونية هي ان الادارة تلجأ في ممارسة نشاطها عادة الى احد الاسلوبين الرئيسيين: فهي اما ان تلجأ الى العمل بارادتها المنفردة مستخدمة في ذلك ما تتمتع به من سلطات وامتيازات استثنائية يقرها لها القانون لكي تتمكن من ممارسة مسؤولياتها الخطيرة نحو تحقيق المصلحة العامة دون ان يتوقف عملها هذا على رضاء الافراد وهذا هو اسلوب القرار الاداري. واما ان تلجأ الى العمل بارادة مشتركة مع ارادات اخرى تتعاون معاً في عمل مشترك من اجل تحقيق المصلحة العامة ايضاً وهذا هو اسلوب العقد الاداري.

والقرار الاداري يمثل في ذاته اهم امتيازات الادارة تمارس بوسيلته جل نشاطها وبطريقة ترتب الحقوق وتفرض الالتزامات بارادتها المنفردة وتتوافر مقومات وجود القرار الاداري بصدوره عن الارادة المنفردة لسلطة وطنية بقصد احداث اثار قانونية معينة وتتكامل شروط صحته بمشروعية السبب الذي يقوم عليه والمحل الذي يتعلق به وبصدوره عن سلطة مختصة في الشكل والاجراءات المقررة قانوناً وفي نطاق غاية المصلحة العامة ومتى اصبح القرار نافذاً في حق الافراد المخاطبين به وبدأ سريانه من حيث الزمان بنشره او اعلانه وفقاً للنظام القانوني الذي يخضع له وجب تنفيذه بالوسائل التي رسمها القانون لذلك.

اهمية البحث

سأسلط الضوء على ركن الشكل والاجراءات الذي يعتبر ركناً من الاركان الشكلية للقرار الاداري وهو موضوع دراستي اذ انه لا يكتفي لمشروعية القرار الاداري ان يلتزم حدود اختصاصه وانما يجب ان يصدر وفقاً للاجراءات التي حددها المشرع والشروط الشكلية المقررة ذلك ان القوانين حينما تخول الادارة ببعض السلطات فانها غالباً ما تجعل ممارسة هذه السلطات خاضعة لبعض الاجراءات او المعاملات الشكلية الاصل اذ لا يشترط في القرارات الادارية شكل خاص لصدورها مالم يقرر الدستور او القانون عكس ذلك على سبيل الاستثناء فقد يتطلب المشرع ضرورة صدور القرار الاداري في شكل معين كأن يكون مكتوباً او ان يشترط فيه ان يكون مسبباً

كما قد يستلزم اخذ رأي جهة معينة قبل اصدار القرار. ولكي يكون القرار الاداري مشروعاً لا بد من مراعاة هذه الشكليات واتباع تلك الاجراءات من الجهة المختصة باصداره فقد ينص المشرع على البطلان كجزء على مخالفة قواعد الشكل والاجراءات المقررة وفي هذه الحالة يصدر القرار معيباً وباطلاً.

هذا وتثور تساؤلات عدة حول تعريف الشكل والحكمة من وراء صدور قرار اداري محاط بشكلية او اجراء معين ومتى يخضع القرار الاداري لشكل معين او اجراء محدد ومتى يؤثر عيب الشكل في مشروعية القرار الاداري وما هي النتائج المترتبة على وجود هذا العيب وهل يمكن تلافي النواقص الشكلية هذا ما سوف نحاول الاجابة عليه من خلال مواقف الفقه والتطبيقات القضائية في القضاء الفرنسي والمصري والاردني والعراقي.

الهدف من البحث

والهدف من قواعد الشكل والاجراءات هو كفالة حسن سير المرافق العامة الى جانب حماية مصالح الافراد فهي من ناحية تستهدف المصلحة العامة بمنع التسرع والارتجال وحمل الادارة على التروي ودراسة وجهات النظر مما يؤدي الى حسن اصدار القرارات وبالتالي الى حسن سير المرافق العامة كما ان هذه القواعد تستهدف مصلحة الافراد بتوفير ضمانة لهم ضد تسرع الادارة وتحكمها .

والاصل ان قواعد الشكل والاجراءات تنص عليها القوانين واللوائح الا ان القضاء الاداري كثيرا ما يستلزم اجراءات واشكالاً لا تستوجبها النصوص اكتفاء بان تكون هذه الاجراءات مستمدة من روح القانون او من المبادئ العامة للقانون كمبدأ كفالة حق الدفاع وما يتطلبه من ضرورة توافر الضمانات الاساسية في الاجراءات القضائية والتأديبية.

والاجراءات هي العمليات المختلفة التي يمر بها القرار الاداري منذ التحضير له الى ما قبل صياغته في الاطار او القالب الذي يظهر فيه اما الشكل فهو هذا الاطار او القالب الذي يظهر فيه القرار على انه كثيراً ما يؤخذ تعبير الشكل بمعنى واسع بحيث يشمل الاجراءات ايضاً.

صعوبات البحث

ان من الصعوبات التي واجهتني في بحثي المتواضع هو قلة المصادر في القانون العراقي التي تنص على عيب الشكل والاجراءات وان اكثر المصادر في هذا القانون ما هي الا نقلاً عن القانون الفرنسي والمصري، وسأترك التفاصيل في متن الرسالة

خطة البحث

سوف نقسم من جانبنا موضوع هذه الدراسة الى (اربعة) فصول وعلى النحو الآتي الفصل الاول نتناول فيه مفهوم القرار الاداري فنتناول في المبحث الاول تعريف القرار الاداري وبيان خصائصه ونخصص المبحث الثاني لبيان اركان القرار الاداري وموقف المشرع العراقي من هذه الاركان. وندرس في الفصل الثاني التعريف بركن الشكل والاجراءات فنخصص المبحث الاول لتعريف ركن الشكل والاجراءات ونتناول في المبحث الثاني الاوضاع المختلفة للشكل والاجراءات ونخصص المبحث الثالث صور الاجراءات في القرار الاداري، اما الفصل الثالث فسنقوم فيه بدراسة صور الشكل والاجراءات في القرار الاداري في المبحث الاول وفي الثاني نتناول دور القاضي الاداري في تقدير جسامة عيب الشكل والاجراءات .

اما الفصل الرابع والاخير فنخصصه لدراسة او لبيان موقف الفقه والقضاء من ركن الشكل فنتناول في المبحث الاول تغطية عيب الشكل والاجراءات ونخصص المبحث الثاني لبيان موقف قضائنا العراقي من الرقابة على عيب الشكل والاجراءات .

((والله ولي التوفيق))

REPUBLIC OF IRAQ
MINISTRY OF Higher education
and scientific research

Effect of defect shape and measures for the safety of the
administrative decision

*Introduction to the council of the faculty of law at the
university of AL-Nahrain which is part of the
requirements of masters degree in public law*

By

Alaa Saad Ahmed

Super vision
Assistant Professor of law

Dr. Hayder taleb AL-Amara

1433

2012

summary

The administrative authority has practice of it actives in different aspects of physical acts and other legal.

Physical acts are just facts issued by the administration without (accompanied) intended to produce legal effects.

And the intent of the legal acts is towards the will of the administration to mad certain legal effects considered inessential effective in the legal live of individuals.

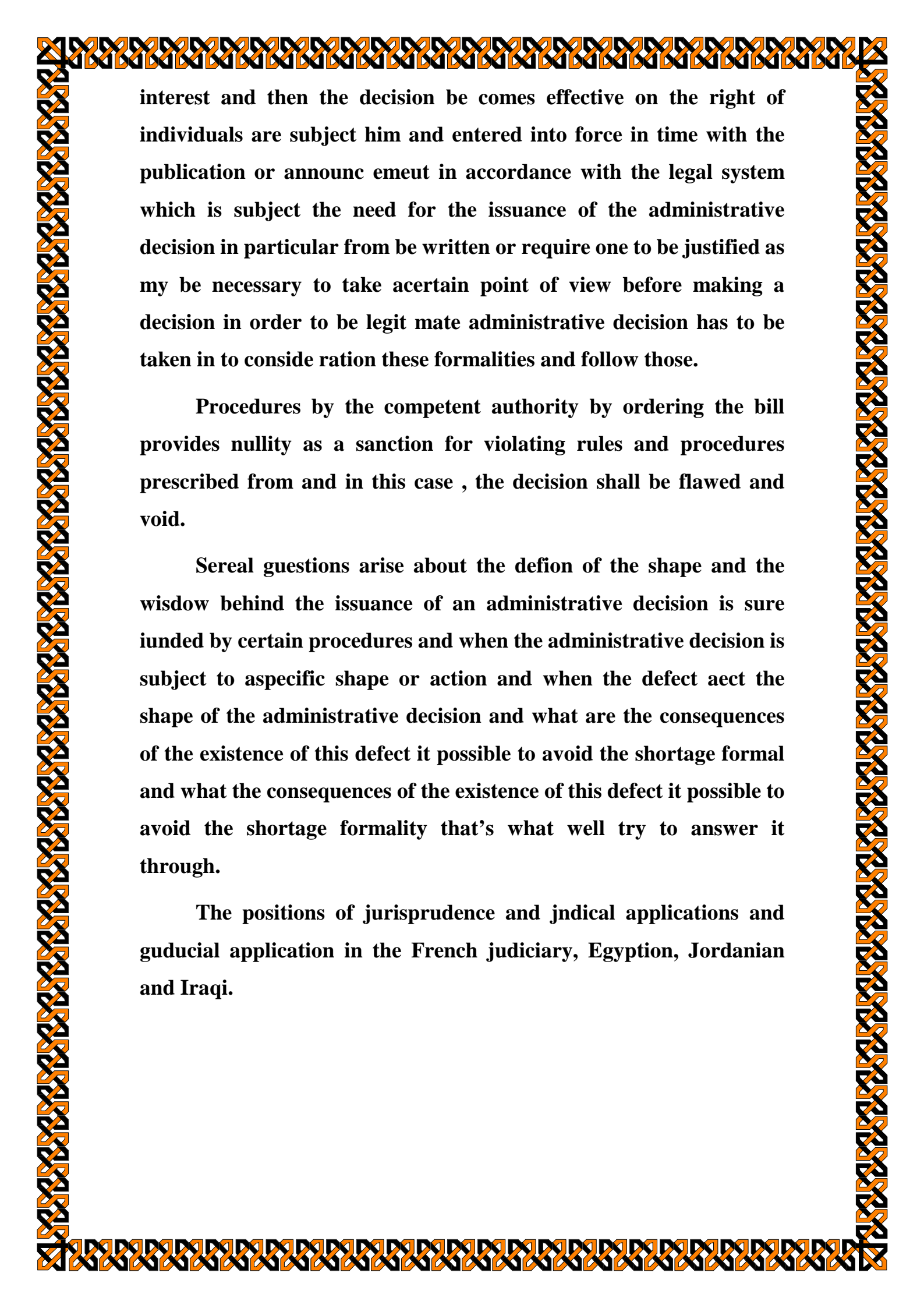
Which means that the administration resorting to function normally to one of two main methods

Either have to resort to work at her individual will.

-determianed by the law in order to be able to exercise their serious responsibilities to words the public interest without work depends on pleasing individuals . and this is the style of the administrtives decision and either to resort to joint work by the will with wills other cooperate together in joint action in order to achivev public interest also .

This is the style of contract administrative and the administrative decision is in it self the represent most important managements privileges.

Thought which exereised all its activies and in a manner resulting rights and impose obligation solely available ingredients and administrative decision its issuance for the individual will to the national outhority with a view to producing certain legal effects and integrated healty conditions legitimacy of reason upou which the place to which it relates and its issuance by a competent an thority in the shape and leagally established procedures and within very public



interest and then the decision becomes effective on the right of individuals are subject to him and entered into force in time with the publication or announcement in accordance with the legal system which is subject to the need for the issuance of the administrative decision in particular from being written or require one to be justified as may be necessary to take a certain point of view before making a decision in order to be legitimate administrative decision has to be taken in to consider these formalities and follow those.

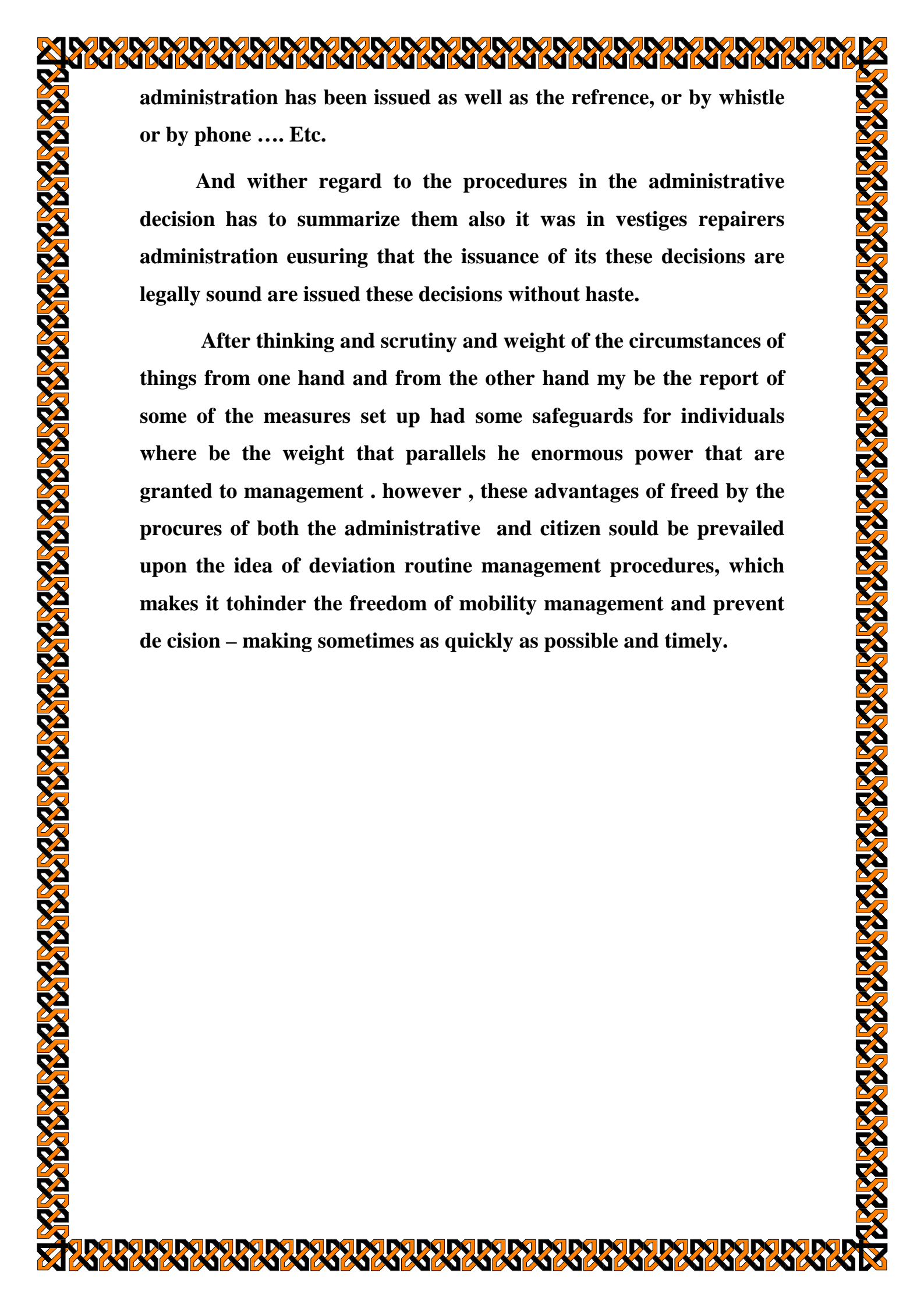
Procedures by the competent authority by ordering the bill provides nullity as a sanction for violating rules and procedures prescribed from and in this case, the decision shall be flawed and void.

Several questions arise about the definition of the shape and the wisdom behind the issuance of an administrative decision is surrounded by certain procedures and when the administrative decision is subject to a specific shape or action and when the defect affects the shape of the administrative decision and what are the consequences of the existence of this defect it possible to avoid the shortage formal and what the consequences of the existence of this defect it possible to avoid the shortage formality that's what we will try to answer it through.

The positions of jurisprudence and judicial applications and judicial application in the French judiciary, Egyptian, Jordanian and Iraqi.

Through our study of the subject , we can say that the power of the states of an ditch hardness is not the exteut of the success of its arsenal, but in the power of their will and good again st third parties without their conset, but all this must be done without leaving the system prescribed by law , and the non – use of these (privileges of public power) in order to acheve the goals of an illrgl, and even be a cures for insividuals decision of individual and arbitrary tool in the hands of the administration to confrount others have shown us the importance of shpe rulers and procesures in the administrative decision is in the interests of individual and the interests of the administrative both were required to achieve the interest of the administration and ensuraing that the issuance of its decision are legally sound are issued these decision without haste and after the weight of the circumstances and consitions of thr ead in our study of the different conductions of the from in the administrative decision shows us that from in the administrative decision only what is or formula that it to say its will with the in tent to cause legal effect but the regions administrative decision and that was an expression of the will with the intent to cause certain legal effect built does not reauire that to be certain this form of expression of particular from but the decision her produce whenever disclosed the administration or its will – binding in tent cause legal effect given and this also mens that It is not the decision of the administrative particular from. Which must be that it is made as long as has been issued pursuant to the law and an expression .

And an expression of the sill of the competent administrative user based the administrative decision my be issued in writing of oral, or my be implied where in ferred presence of the conduct of the



administration has been issued as well as the reference, or by whistle or by phone Etc.

And wither regard to the procedures in the administrative decision has to summarize them also it was in vestiges repairers administration eusuring that the issuance of its these decisions are legally sound are issued these decisions without haste.

After thinking and scrutiny and weight of the circumstances of things from one hand and from the other hand my be the report of some of the measures set up had some safeguards for individuals where be the weight that parallels he enormous power that are granted to management . however , these advantages of freed by the procures of both the administrative and citizen sould be prevailed upon the idea of deviation routine management procedures, which makes it tohinder the freedom of mobility management and prevent de cision – making sometimes as quickly as possible and timely.

الفهرست

٣-١	المقدمة
٤٥ - ٤	الفصل الاول / مفهوم القرار الاداري
٦-٥	المبحث الاول / التعريف بالقرار الاداري
١٠-٦	المطلب الاول / تعريف القرار الاداري
١٥-١١	المطلب الثاني / خصائص القرار الاداري
١٧-١٦	المبحث الثاني / اركان القرار الاداري
٢٢-١٨	المطلب الاول / ركن الاختصاص
٢٤-٢٣	المطلب الثاني / ركن الشكل
٣٠-٢٥	المطلب الثالث / ركن المحل
٣٩-٣١	المطلب الرابع / ركن السبب
٤٥-٤٠	المطلب الخامس / ركن الغاية
٩٤ - ٤٦	الفصل الثاني : التعريف بركن الشكل والاجراءات في القرار الاداري
	المبحث الاول / مفهوم الشكل والاجراءات
٥٢ - ٤٧	المطلب الاول / تعريف الشكل والاجراءات لغة واصطلاحاً
٥٤ - ٥٣	المطلب الثاني / المفهوم القانوني للشكل
٥٦ - ٥٥	المطلب الثالث / التمييز بين عيب الشكل وعيب الاجراءات
٥٨ - ٥٧	المبحث الثاني / الاوضاع المختلفة للشكل والاجراءات
	المطلب الاول / الاشكال المكتوبة للقرار
٦١ - ٥٩	الفرع الاول / الشكل الكتابي
٦٢	الفرع الثاني / ذكر الاسانيد القانونية التي يقوم عليها القرار
٦٥ - ٦٢	الفرع الثالث / التوقيع
٧١ - ٦٥	الفرع الرابع / التسبيب
	المطلب الثاني / الاشكال غير المكتوبة للقرار الاداري
٧٤ - ٧٢	الفرع الاول / الشكل الشفهي للقرار الاداري
٧٧ - ٧٤	الفرع الثاني / السكوت (سكوت الادارة)
٧٨	الفرع الثالث / الاشارة
٩٤ - ٧٩	المبحث الثالث / صور الاجراءات في القرار الاداري

١١٤ - ٩٥	الفصل الثالث / صور الشكل والاجراءات في القرار الاداري
٩٧	المبحث الاول / الشكليات والاجراءات الجوهرية والشكليات والاجراءات الثانوية
١٠٣- ٩٨	المطلب الاول / الشكليات والاجراءات الجوهرية التي تؤثر على مشروعية القرار الاداري
١٠٧- ١٠٤	المطلب الثاني / الشكليات والاجراءات الثانوية التي لا تؤثر في مشروعية القرار الاداري
	المبحث الثاني/معيار التميز وسلطة القاضي الاداري في تقدير جسامه عيب الشكل وعيب الاجراءات
١١٢ - ١٠٨	المطلب الاول / معيار التميز بين الاشكال والاجراءات الجوهرية والاشكال والاجراءات الثانوية
١١٤ - ١١٣	المطلب الثاني / سلطة القاضي الاداري في تقدير جسامه عيب الشكل والاجراءات
١٣٢ - ١١٥	الفصل الرابع / موقف الفقه والقضاء من ركن الشكل والاجراءات
١١٦	المبحث الاول / تغطية عيب الشكل والاجراءات
١١٩-١١٧	المطلب الاول / استحالة اتمام الشكليات
١٢١ - ١٢٠	المطلب الثاني / الاتمام اللاحق للشكليات
١٢٣-١٢٢	المطلب الثالث / نظرية الظروف الاستثنائية
١٢٥-١٢٤	المطلب الرابع / قبول صاحب الشأن لتجاوز عيب الشكل والاجراءات
١٢٦	المبحث الثاني / موقف القضاء العراقي من الرقابة على عيب الشكل والاجراءات في القرار الاداري
١٢٩-١٢٧	المطلب الاول / مرحلة ما قبل انشاء القضاء الاداري في العراق
١٣٢-١٣٠	المطلب الثاني / مرحلة ما بعد اصدار قانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل
١٣٩-١٣٣	الخاتمة
١٤٥-١٤٠	المصادر