Ministry of Higher Education and Scientific Research

Nahrain University

Faculty of Law

Authority over the administrative judge in directing public administration

Made by the message

Emad Mohammed Shatti Indi

To the Board of the Faculty of Law at the University of Mesopotamia, one of the requirements of the master's degree in public law

Supervision

Assistant Professor Dr.

Ammar Tarek Abdul Aziz

2014 1435

Abstract

For as long as the relationship between the administration and the elimination of administrative and governed according to the principle of separation of powers requires that does not interfere with any of the authorities in the work of other authorities depending on the prevailing interpretation of that principle.

Therefore, this study aimed to see whether we can reconcile the requirements of the principle of separation of powers, which prohibits the administrative judge to intervene in the work of the administration or replace it, and between the requirements of the principle of pain Which requires direct orders of the administration to be subject to the rule of law and respect for res judicata, as it aims to shed light on the recent developments that have taken place on that relationship, especially with regard to the authority of the administrative court under the guidance commands to manage and use financial threat against it, which is considered one of the means which aims to address the omission administration on the implementation of the provisions of the administrative judiciary.

This study has shed light on the concept of the principle of the prohibition of direct orders from the administration before the administrative judge, and according to the explanations of the scholars and the provisions of the administrative judiciary, as indicated to the exceptions that you respond to that principle.

As indicated this study to the important role of orders directed by an administrative judge and style financial threat for the implementation of judicial rulings issued from it, as well as take advantage of modern legislation and especially the French grant administrative judge authority to direct orders to the administration, which has led to increased confidence in the role of administrative courts in the protection of the rights and freedoms individuals, where some countries have given to the administrative judge

So it is a modest attempt to contribute in reference to what has reached comparative legislation in order to take advantage of them in the development of Iraqi legislation regarding the possibility of interference administrative judge in order to force the administration to implement the verdicts of it, where the study concluded that in spite of the absence of an explicit provision allows the administrative judge in directing orders to Iraq, but the administration of the administrative judiciary in Iraq Since its inception, directs orders to the administration to take action or to refrain from a particular action as a contribution to the implementation of its provisions obliging.

إذا كانت مهمة القاضي الاداري هي الفصل في المنازعات الادارية بإحكام قضائية ومهمة الادارة تنفيذ هذه الاحكام ، فان هذا نتيجة لمبدأ الفصل بين الادارة العامة والقضاء الاداري ، الذي بمقتضاه يحظر على القاضي الاداري توجيه أوامر للإدارة ، حيث تقتصر سلطة القاضي الاداري في الفصل في موضوع الدعوى ، على الحكم برفض الدعوى اذا تبين له ان القرار المطعون فيه لا يتوفر فيه اي وجه من أوجه عدم المشروعية ، او الحكم بإلغاء هذا القرار اذا كان مخالفاً للقانون في اي ركن من اركانه ، وبالتالي لا يجوز للقاضي ان يتجاوز سلطته ويوجه أمراً الى جهة الادارة باتخاذ اجراء محدد او اصدار قرار اداري ، مثل منح ترخيص للمحكوم لصالحه او اعادة موظف الى عمله ، كما لا يمكنه ان يفرض غرامة تهديدية على جهة الادارة من اجل اجبارها على تنفيذ احكامه ٠

وقد كان القاضي الاداري محروماً لوقت طويل من امكانية توجيه أوامر للإدارة وخصوصاً في فرنسا ، نتيجة اسباب تاريخية ، ومن ثم تبنته بعض الدول تبعاً لذلك ، ولكن هذا الامر لم يدم في فرنسا فقد تدخل المشرع واباح للقاضي الاداري امكانية توجيه أوامر للإدارة ضمن نطاق معين [1]٠

وفي حقيقة الامر فان هذا التغيير او التبدل في دور القاضي الاداري وسلطته في توجيه أوامر للإدارة له ما يبرره على رأي بعض الفقهاء ، حيث ربطوا بينه وبين تنفيذ احكام القضاء الاداري ، على اعتبار انه في حالات لا تستجيب الادارة للأحكام القضائية من القاضي الاداري ، الامر الذي يستوجب منه ان يوجه الاوامر اليها لوضع الحكم موضع التنفيذ ٠

بيد ان الاوامر التي يصدرها القاضي الاداري لا تتعلق بتنفيذ الاحكام فقط ، وانما تتعلق بأي طلب صادر من القاضي الاداري وموجه للإدارة لتتخذ اوضاع معينة بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل معين وفي مختلف مراحل الخصومة الادارية ، كذلك في حماية حقوق الافراد وحرياتهم ازاء سلطات الادارة ، الا ان فعاليتها واهميتها تظهر اكثر ما تظهر في نطاق تنفيذ احكام القضاء الاداري، كما نرى بان القاضي الاداري يتدخل في عمل الادارة من خلال رقابته على ملاءمة القرار الاداري لظروف إصداره ، فالقاضي الاداري كمبدأ عام يبحث في مشروعية القرار الاداري فقط للتأكد من مطابقته او مخالفته مجموعة القواعد التشريعية والقانونية دون التعرض لملاءمته ، وبعكسه يكون قد مارس احد اختصاصات الوظيفة الادارية

([1]) لقد اباح المشرع الفرنسي للقاضي الاداري سلطة توجيه أوامر للإدارة وفرض غرامة تهديدية عليها استنادا" لقوانين سنة ١٩٨٠ ، ١٩٩٥ ، ٢٠٠٠ والتي سوف نتناولها بالتفصيل في الفصل الثاني من هذه الرسالة٠

وبالتالي أصبح رئيساً أعلى للإدارة ، كما ان رقابة القاضي الاداري على القرار الصادر من الادارة وسلطته في تعديله يُعد صورة من صور تدخل القاضي الاداري في عمل الادارة وأمراً موجهاً اليها باعتباره يمثل حلولاً من القاضي الاداري محل الادارة وخروجاً عن المبدأ العام الذي يحكم سلطته ٠

ولبيان المقصود بالأوامر الموجهة من القاضي الاداري الى الادارة لا بد ان نبين مفهوم تلك الاوامر، وبيان خصائصها وصورها ، ثم لا بد ان نتطرق الى تمييزها عن سلطة القاضي الاداري في الرقابة على ملاءمة القرار الاداري ، الامر الذي يقودنا الى تقسيم هذا الفصل الى مبحثين نخصص الاول منه الى ماهية الأمر القضائي الاداري الموجه الى الادارة ثم نخصص المبحث الثاني الى تمييز الامر القضائي من سلطة القاضي الاداري في الرقابة على الملاءمة على القرار الاداري ٠

المبحث الاول

ماهية ألأمر القضائي الاداري الموجه للإدارة

للتعرف على الامر الموجه للإدارة من قبل القاضي الاداري لابد من بيان تعريف الأمر ثم بيان صور الامر القضائي ، وهذا ما يدعونا الى تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الاول منهما الى تعريف الامر القضائي ، اما المطلب الثاني فنخصصه الى صور الامر القضائي ٠

المطلب الاول

تعريف الامر القضائي

الامر لغةً بمعنى أمر فلاناً أشار عليه بأمر، ويقال أمره به وأمره إياه ، وأمّرته أمري، وما ينبغي لي ان آمره به ، وأمرته أمره ، اي بما ينبغي له من الخير ، ويأتي الامر بمعنى الحال او الشأن ، وفي التنزيل العزيز قوله تعالى (ليس لك من الامر شيء) [١]، وقد يأتي الأمر الطلب او المأمور به، كقوله تعالى (وقضيَ الأمر)[٢] ، وجمع الامر أوامر، وأولي الامر ، الرؤساء والعلماء ، وأمر الوفاء (أمر الاداء) أمر يصدره القاضي تعويلاً على مستند بوفاء دين من الديون ، وأمّر عليهم أمراً وامرةً اي صار عليهم أميراً ، وأمر فلاناً أمراً ،كلفه شيئاً [٣] ٠

أما في الاصطلاح فالأمر القضائي بوجه عام يعني ذلك الطلب الذي يصدر عن القاضي الاداري الى احد اطراف النزاع وتحديداً الجهة الادارية ، لاتخاذ سلوك معين يتمثل بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل ما ، او هو سلطة تمنح للقاضي الاداري لإلزام الادارة بالقيام بعمل او الامتناع عنه او تهديدها للقيام بعمل او الامتناع عنه [٤] ، ومعنى ذلك ان الامر القضائي الاداري يقتصر على الحالة التي يطلب فيها القاضي الاداري من الادارة ان تتخذ وضعاً محدداً ، ولا يتسع الى اكثر من ذلك الى الحد الذي يمكن معه للقاضي الاداري ان يحل محل الادارة وينفذ القرار بدلا عنها ، كما ان الامر القضائي يختلف عن مجرد تحديد الالتزامات التي يرتبها حكم الالغاء على عاتق الادارة ، كما تختلف الاوامر في مدلولها عن مجرد تقرير

---

(١) سورة آل عمران آية (١٢٨)
(٢) سورة هود آية (٤٤)
(٣) المعجم الوسيط ، الجزء الاول ،مطبعة مصر ، ١٩٦٠ ،ص٢٦
(٤) د. مهند مختار نوح ،الايجاب والقبول في العقد الاداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١ ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص ٨٧١

أحقية المحكوم له في مركز قانوني معين ، فهي لا تعتبر أوامر قضائية موجهة للإدارة ، لأنه لا يتضمن امراً يلزم الادارة بالقيام بعمل معين او الامتناع عنه ، وانما هو مجرد تطبيق لحكم القانون على النزاع المعروض ٠

من كل ما تقدم ، ولأجل اعطاء صورة واضحة عن تعريف الامر القضائي الاداري لابد من بيان تعريفه على المستوى الفقهي والقضائي ، والخصائص التي تميزه ، والذي سوف نعرضها في الفروع الثلاثة التالية ، حيث سوف نخصص الفرع الاول لبيان تعريف الامر القضائي على المستوى الفقهي ، في حين نتناول تعريفه على المستوى القضائي في الفرع الثاني ثم نبين خصائصه في الفرع الثالث٠

الفرع الاول

التعريف الفقهي للأمر القضائي الاداري

لقد ربط الفقه الفرنسي على الدوام بين الأمر الصادر من القاضي الاداري وبين مشكلة تنفيذ الاحكام القضائية الادارية ، على اعتبار انها الوسيلة لحمل الادارة على تنفيذ الاحكام القضائية الادارية من خلال عدة وسائل تمثل بمجموعها أوامر للضغط على الادارة ، الامر الذي أدى ايضا الى ربط الامر الصادر من القاضي الاداري بالجزاء الذي يجب ان يقترن معه في حالة عدم التنفيذ الحكم الصادر منه [1] ، وهذا الجزاء اطلق عليه بالغرامة التهديدية ، وهو ما سوف نوضحه عند الكلام عن دور الاوامر في تنفيذ الاحكام القضائية ٠

أما الفقه العربي فقد انقسم من حيث ربط الأمر الموجه من قبل القاضي الاداري الى الادارة وبين مشكلة تنفيذ الاحكام القضائية الادارية الى قسمين: فالأول يرى ان الأمر وتنفيذ الحكم القضائي هما أمران مختلفان من حيث الوجود القانوني ، وبالتالي فهما يظهران الى حيز الوجود في لحظتين متباعدتين ، فالأمر يتعلق بالقاضي في حين ان تنفيذ الحكم القضائي امر يتعلق بالإدارة التي صدر الحكم في مواجهتها ، ومن ثم فان الامر يكون سابقاً على الحكم ومدرجاً فيه من حيث المبدأ ، في حين ان مشاكل التنفيذ لا تثور الا بعد صدور الحكم القضائي

([1]) انسام فلاح حسن ، السلطات غير التقليدية للقاضي الاداري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ،جامعة النهرين ،٢٠٠٦ ،ص١١٩

بشكل كامل وتبليغه للإدارة [1] ، اما القسم الثاني فيرى ان الامر الصادر من القاضي الاداري ومشكلة تنفيذ الاحكام القضائية هما مسألتان متلازمتان ، بعبارة اخرى ان الامر هو شق او عنصر في الحكم القضائي ، وبالتالي فان المتأمل في الاحكام التي يصدرها القاضي الاداري يجد انها لا تتعدى الا ان تكون أوامر موجهه للإدارة للقيام بعمل او الامتناع عن القيام به ، الامر الذي دعا البعض الى تشبيهها بالشيء وظله ، حيث يرى اصحاب هذا الراي ان الحكم الصادر مثلا في دعوى التعويض بمثابة أمر يفرض عليها اداء مبلغ التعويض المحكوم به ، والحكم الصادر بإلغاء رفض الترخيص يعني أمراً اليها ولو بشكل غير مباشر بإصداره وان كان لم يصرح بذلك ، وبالتالي فان مهمة القاضي لا تقتصر على بيان حكم القانون ، وانما يتجاوزه الى الامر بما يجب تنفيذه [2] .

فقد ضلت مشكلة تنفيذ الادارة للأحكام الصادرة ضدها من جهات القضاء الاداري تمثل نقطة الضعف في القانون الاداري ، طالما ان الامر يتوقف في النهاية على حسن نية الادارة وهو ما دعا الاستاذ (فالين) الى التساؤل حول سبب وجود القانون الاداري نفسه وانتهى الى انه ليس في القانون الاداري كله مسالة اهم من مسالة ارغام الادارة على احترام احكام القضاء الاداري [3] .

ونحن نؤيد الرأي الثاني ، على اعتبار ان من اسباب إصدار أوامر للإدارة من قبل القاضي الاداري هو مشكلة تنفيذ الاحكام القضائية الادارية ، اذ ان صدور الحكم دون ان ينفذ يجعل منه حبراً على ورق او شجراً بلا ثمر ، فضلاً عن الدخول في حلقة مفرغة اذ يؤدي الى لجوء الشخص المحكوم له مرة اخرى الى القضاء لاستصدار حكم اخر ضد الادارة ، الامر الذي يضعف من هيبة القضاء ازاء الادارة ، فضلاً عن ان من مهام القضاء الحفاظ على الحقوق والحريات مع تطبيق مبدأ المشروعية .

---

(1) د. مهند مختار نوح ، مرجع سابق ، ص٨٧٠

(2) د. محمد باهي ابو يونس ، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الادارة على تنفيذ الاحكام الادارية ، دار الجامعة الجديدة ، الطبعة الثالثة ،الاسكندرية ،٢٠١٢ ،ص ٢٦

(٣) نقلا" عن د. حسني سعد عبد الواحد ، تنفيذ احكام القضاء الاداري ، بدون مكان و سنة طبع ، ص٧

الفرع الثاني

تعريف القضاء للأمر القضائي الاداري

لم يتطرق القضاء الاداري الى تعريف صريح للأمر القضائي الاداري في احكامه على اعتبار ان التعريفات هي ليست مهمة القضاء ، غير ان هذا لا يعني ان مصطلح الامر لم يكن مستخدماً في اروقة القضاء الاداري ، فقد طُرح تعبير الامر في القضاء الاداري الفرنسي مشيراً اليه مرة في الاحكام للتعبير عن عدم امكانية القاضي الاداري ان يوجه أوامر للإدارة ، ومرة اخرى للتعبير عن الاوامر التي يصدرها القاضي الاداري للإدارة للقيام بعمل او الامتناع عنه او ان تتخذ موقفاً محدداً ضمن منطوق حكمه[١] .

فمصطلح الامر وفقاً للطروحات القضائية يجب ان يفهم على انه يقتصر على الحالة التي يطلب فيها القاضي الاداري من الادارة ان تتخذ وضعاً معيناً ولا يمكن ان ينصرف الى امكانية الحلول محلها واتخاذ القرارات بدلا عنها ، كما ان الامر لا يمكن ان يكون قراراً ادارياً وانما هو إجراء إعدادي ، كما ان الامر بهذا المفهوم يتمتع بالضرورة الطبيعية الفردية ، كونه يصدر من القاضي ليقيد حالة ادارية معينة او صنفاً معيناً من الاداريين ضمن ظروف الواقع التي ثار النزاع على اساسها [٢].

فقد عبر القضاء الاداري في الكثير من احكامه عن مفهوم الامر دون ان يورد تعريفاً صريحاً له من خلال احكامه ، فقد الغى مجلس الدولة الفرنسي الكثير من احكام المحاكم الادارية التي منحت نفسها سلطة اصدار الأوامر الى الادارة ، كما قد بين في احكام اخرى بانه ليس رئيساً اعلى للإدارة الامر الذي لا يمكنه ان يأمرها بعمل معين [٣] .

كما استخدم القضاء الاداري المصري مفهوم الامر للدلالة على انه لا يملك اصدار أوامر للإدارة ، كما هو الحال في حكم محكمة القضاء الاداري الذي قضى بأن (المحكمة لا تملك أن تصدر أمراً الى وزارة المعارف العمومية بالاعتراف بالشهادة المقدمة من المدعي لخروج ذلك

(1) Gaudemet Y Reflexions sur Linjonction dans Le contentieux administratife mélanges offerts a George Burdeau Le pouvoir L.G.D.J. paris 1977 p 804

([٢]) د. مهند مختار نوح ، القاضي الاداري والامر القضائي ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد ٢٠ ، العدد الثاني ، ٢٠٠٤ ، ص١٨٧

([٣]) د. حسن السيد بسيوني ، دور القضاء في المنازعة الادارية ، عالم الكتب ، القاهرة ، ص٣٢٣

عن ولايتها القضائية التي لا تتعدى إلغاء القرارات الادارية المخالفة للقانون دون إصدار الأوامر للإدارة) [1] .

الفرع الثالث

خصائص الامر القضائي الاداري

من خلال عرضنا لتعريف الامر القضائي الاداري على المستوى الفقهي والقضائي وجدنا بانه يتميز بخصائص تميزه عن غيره والتي يمكن ان نبينها بالاتي :-

اولاً / يتميز الأمر القضائي الاداري المرسل الى الادارة ، بانه قرارٌ غير اداري بل هو اجراء إعدادي ، وذلك لأنه يرتبط بموضوع النزاع الذي صدر بشأنه الامر ؛ لان القاضي هو من يرسل الامر فمن المستحيل اعتباره قراراً ادارياً وهو ايضاً ما يميزه بالخاصية الفردية [2].

ثانياً / الامر هو التزام بالقيام بسلوك معين او الامتناع عنه ، فالأمر يتضمن بحد ذاته التزاماً بالتصرف وفق منحى معين بالنسبة لمن يوجه الامر اليه ، وهذه الخاصية التي يتمتع بها الامر هي التي جعلتنا نفرق بين الامر كالتزام بالقيام بسلوك معين والجزاء المقترن به الذي يفرض بعد ذلك ، جزاء الاخلال بهذا الالتزام والتي تتمثل في الغرامة التهديدية ، على عكس البعض الذي يرى ان الغرامة التهديدية هي أمر بحد ذاتها [3].

ثالثاً / الامر الموجه الى الادارة يكون مختلفا" عن التعويض الذي يحكم به على الادارة ، فالحكم على الادارة بدفع مبلغ من المال نتيجة ضرر تسببت به ، لا يشكل امراً مرسلاً الى الادارة بحد ذاته ، وبالتالي فهو وسيلة قضائية لحصول المدعي لحقوقه المحكوم له بها في مواجهة الادارة[4].

رابعاً / الأمر القضائي لا يتطابق مع الحل القانوني الذي اتخذه القاضي الاداري بشأن موضوع النزاع ، بل يتمايز عنه اذ ان الأمر يقوم بدور مختلف ، حيث انه يواكب هذا الحل القانوني المتعلق بموضوع النزاع ويساعد على سهولة تنفيذه ، لذلك فان صيغة الامر لا تتغير أياً كان نوع المهمة التي يقوم بها ويسعى القاضي تحقيقها ، فالأمر قد يكون خارجاً عن الحكم القضائي

---

(1) حكم محكمة القضاء الاداري ، الدعوى رقم ٣٧٥ لسنة ٢ ، مجموعة السنة الثانية ، ص١٨٨

(2) د. مهند مختار نوح ،القاضي الاداري والامر القضائي ، مرجع سابق ،ص١٨٩

(3) انسام فالح حسن ، مرجع سابق ، ص١٢٠

(4) د. محمد علي الخلايله ،اثر النظام الانكلوسكسوني في مجال توجيه الاوامر القضائية للإدارة كضمان لتنفيذ احكام القضاء الاداري ، بحث منشور بمجلة علوم الشريعة والقانون ، جامعة مؤتة ، الاردن ، مجلد ٣٩ ،العدد الاول ، ٢٠١٢ .

ولا يتعلق به ، مثل حالة الاوامر اثناء الاجراءات او المتعلقة بإبراز الادلة ،وقد يقترن الامر بالحكم دون التطرق لأساس الحق مثل قرارات وقف التنفيذ او ندب خبير ،كما انه في حالات اخرى يمكن ان يقترن بحكم يتضمن البت بأصل الحق [1] ٠ ٠

خامساً / يتميز الأمر القضائي الصادر من القاضي الاداري بانه طلب مقترن بالجزاء ، فهو ليس مجرد رجاء من القاضي الاداري الى اطراف النزاع ولا هو مجرد استشارة مقدمة لهم فهو التزام يضعه القاضي الاداري على عاتقهم ويقرنه بالجزاءات اللازمة ، ولكن هذا لا يعني ان القاضي الاداري يأخذ على عاتقه مسألة التنفيذ ؛ لان ذلك ليس مقبولاً لا في نطاق القانون المدني ولا في القانون الاداري ، فالقاضي عندما يمارس هذه السلطة انما يخلق التزاماً يتمثل بضرورة تنفيذ ما يطلبه من الادارة تحت تهديد الجزاء المترتب على مخالفة هذا الالتزام [2] ٠

سادساً / الأمر القضائي هو احد عناصر الشيء المقضي به المدرجة ضمن منطوق الحكم وهو بذلك يكتسب القوه التنفيذية ٠

سابعاً / يتميز الأمر القضائي الاداري بانه ذات طبيعة فردية ، فهو يصدر او يؤمر به بمناسبة النزاع المعروض ؛ لأنه موجه لفرد إداري محدد ضمن حالة وظروف واقعية محددة وهو بذلك يترك حرية العمل كاملة للإدارة خارج النطاق الذي سبّبه تدخل القاضي الاداري ٠

([1]) د. مهند مختار نوح ، القاضي الاداري والامر القضائي ، مرجع سابق ، ص١٨٩

([2]) د. محمد علي الخلايله ، مرجع سابق ،ص٢٠٩

المطلب الثاني

صور الامر القضائي الاداري

تتخذ الأوامر الصادرة من القاضي الاداري والموجهة للإدارة صورتين ، فهي اما ان تكون أوامر صريحة بان يقوم القاضي الاداري بتوجيه أوامر صريحة للإدارة بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل ، او أوامر ضمنية او غير مباشرة من خلال وسائل تحمل في طياتها أوامر للإدارة وهي تستهدف اما للضغط على الادارة لتنفيذ الاحكام القضائية الادارية او لحماية حقوق الافراد ، لذلك سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نخصص الاول للأوامر الصريحة الصادرة من القضاء الاداري ، فيما نخصص الفرع الثاني للأوامر الضمنية الصادرة منه ٠

الفرع الاول

الأوامر الصريحة

يقصد بالأوامر الصريحة هي الاوامر التي تتضمن الزام الادارة بالقيام بعمل او الامتناع عن القيام بعمل معين والصادرة من القاضي الاداري ، كالأمر الصادر من القاضي الاداري بإعادة الموظف المفصول الى وظيفته او الامر القاضي بمنح رخصة لشخص معين [١] وقد كان على الدوام سبب توجيه القاضي الاداري الاوامر للإدارة هو سوء نيتها ومماطلتها و تأخيرها في تنفيذ احكام القضاء الاداري ، الامر الذي يؤدي الى الرجوع بالمتقاضين الى القاضي الاداري لحمل الادارة على تنفيذ الاحكام التي اصدرها من خلال توجيه أوامر اليها ، وكذلك لحماية حقوق وحريات الافراد من سلطة الادارة ٠

وكما اشرنا سابقاً ان القاضي امتنع ولمدة طويلة عن اصدار أوامر للإدارة او التدخل في شؤونها لحملها على تنفيذ احكامه ، كما امتنع في مجال القرارات السلبية وكان حذراً في عدم التدخل في عمل الادارة ، فلم يعتبر الحكم الصادر بإلغاء قرار رفض الادارة لطلب رخصة سكن مثلا او سكوتها امراً بالترخيص [٢] ٠

---

(١) سرمد رياض عبد الهادي ،الابعاد القانونية لدور القاضي الاداري ،اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠١٠ ، ص١٥٣

(٢) د. حسن السيد بسيوني ، مرجع سابق ، ص٣٣٤

الا ان الامر لم يستمر على هذا الحال ولم يقف القاضي الاداري مكتوف اليدين ازاء الحظر المفروض حول وظيفته ، فعمد الى التخفيف من حدة هذا المبدأ تدريجياً وصولاً الى تحقيق الاعتراف له بإصدار أوامر صريحة للإدارة ، كما هو الحال في حكم (ville decharleville) الذي الزم بموجبه مجلس الدولة الفرنسي البلدية كي تمتنع عن تلويث مياه النهر بواسطة بالوعات البلدية ، وهذا يمثل أمراً صريحاً للإدارة بالامتناع عن تلويث مياه النهر[١] .

فعلى الرغم من استقرار مبدأ الحظر المفروض على القاضي الاداري من توجيه الادارة الا انه استثناء من هذه القاعدة تراه يوجه أوامر صريحة للإدارة في مجالات وقف التنفيذ للقرار الاداري ، وفي ما يخص القضاء المستعجل وكذلك أوامر الاجراءات القضائية حيث يقوم القاضي الاداري بتوجيه أوامر صريحة لأطراف الخصومة ومن بينهم الادارة ، للقيام بعمل يقتضيه طبيعة التحقيق ، كتقديم مستندات او ملفات ، كما له ان يكره اطراف الخصومة على تنفيذ الاوامر خلال مدة معينة ومن بينهم الادارة ، ومن الاوامر الصريحة التي يصدرها القاضي الاداري للإدارة ، أوامر الاجراءات القضائية المستعجلة بهدف الزام جهة الادارة بتنفيذ الاحكام المستعجلة الصادرة عن القضاء الاداري، كما هو الحال في حكم المحكمة الإدارية في مدينة (لين) بتاريخ ٦ مارس ١٩٩٦ في قضية (chebira) والذي قضت فيه بوقف تنفيذ قرار وزير الداخلية بإبعاد احد الاجانب واصدرت امراً الى المحافظ بمنحه اذناً مؤقتاً للإقامة في فرنسا ريثما يتم فحص الطلب المقدم منه لتجديد اذن الاقامة الخاص به [٢] ، ومن احكام مجلس الدولة الفرنسي التي تتضمن أمراً صريحاً للإدارة ، الحكم الصادر بتاريخ ٢٠ مايو ١٩٩٨ في قضية السيد (ساجلام) حيث قضى بإلغاء قرار وزارة الخارجية برفض منح تأشيرة دخول بقصد الاقامة في فرنسا للسيد ساجلام وهو تركي الجنسية ، واسس المجلس قضاءه على ان السيد ساجلام متزوج من سيدة فرنسية ورفض المجلس ادعاء جهة الادارة بان هذا الزواج هو مجرد زواج صوري ، لان الادارة عجزت عن اثبات ادعائها ، فوجه مجلس الدولة أمراً الى وزارة الخارجية بمنح المحكوم له خلال مدة شهر واحد تأشيرة دخول الى فرنسا بقصد الاقامة فيها[٣] .

اما في العراق فان القضاء الاداري ممثلاً بمحكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين قد اعتاد على توجيه أوامر للإدارة ، ومن تطبيقات الاوامر الصريحة الموجهة للإدارة

---

(١) اشار اليه د. حسن السيد بسيوني ، المرجع نفسه ، ص٣٣٥

(٢) اشار اليه د. يسري محمد العصار ، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الاداري للإدارة وحظر حلوله محلها وتطوراته الحديثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٢٧٩

(٣) مجلة AJDA، ١٩٩٩، ص ٧٢ ، اشار اليه د. يسري محمد العصار ، المرجع نفسه ، ص٢٨٨

، ما اصدرته محكمة القضاء الاداري في حكمها بتاريخ ١٨ /٢٠١٢/٦ الذي جاء فيه (٠٠ولما ورد من اسباب وحيث ثبت للمحكمة اصابته من جراء العمل الارهابي وتعرض داره وسيارته للإرهاب والظروف الصعبة التي سادت فترة غيبه وثبوت شموله بالتهجير القسري مع صدور الضوابط من الجهات التنفيذية العليا ووضع الضوابط الكفيلة بمعالجة الاثار التي ترتبت نتيجة التهجير ، لتلك الاسباب ومراعاة للأسباب الاخرى الانسانية والاجتماعية ، قرر بالاتفاق الغاء القرار الصادر من المدعى عليه اضافةً لوظيفته والزامه بإعادة المدعي الى وظيفته)[١] ، كذلك حكمها بتاريخ ٢٠١٢/١٠/٢٤ التي الزمت مدير بلدية عفك بتخصيص قطعة ارض للمدعي ، حيث قررت (٠٠ فأنه يكون والحالة هذه ملزماً بتخصيص قطعة ارض سكنية اسوة بأقرانه ممن خصصت لهم قطع اراضي سكنية ، لذا قرر بالاتفاق الزام المدعى علية اضافةً لوظيفته بتخصيص قطعة ارض للمدعي)[٢] .

كذلك ما قضى به مجلس الانضباط العام (محكمة قضاء الموظفين حالياً) بتاريخ ٢٠٠٨/٤/١٤ والذي جاء فيه ((٠٠ ولدى عطف النظر على الامر الاداري المذكور وجد ان المدعي استنفذه بعد ان تمتع بالإجازة الاعتيادية الممنوحة له قسراً لمدة ثلاثين يوماً ،وبالتالي يكون الامر الاداري المذكور قد استهلك ولم تبق له اهمية بعد تمتع المدعي بالإجازة التي منحت له بموجبه ، وتأسيساً على ما تقدم قرر الحكم بالاتفاق الغاء الامر واعادة المدعي الى وظيفته السابقة)) [٣] ،كذلك في قرار اخر لمجلس الانضباط بتاريخ ٢٠١٢/٦/٥ حيث وجه امراً الى وزير الدفاع الزمه بتحديد عنوان وظيفي للمدعي بعد ان الغى قراره حيث جاء فيه (٠٠ وحيث ان القرار المطعون به خالف هذا المقتضى ، لذا قرر المجلس بالاتفاق الحكم بإلغاء الامر الاداري والزام المدعى عليه بتحديد العنوان الوظيفي للمدعي)[٤] .

وقد انتقد بعض الفقه في العراق مسلك القضاء الاداري بتجاوز اختصاصه من خلال قيامه بتوجيه أوامر صريحة للإدارة للقيام بعمل او الامتناع عنه [٥].

---

(١) قرار محكمة القضاء الاداري رقم ١٦٢ / قضاء اداري /٢٠١٢ ، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة ٢٠١٢ ، مطبعة الوقف الحديثة ، بغداد ، ص٣٣٨

(٢) حكم محكمة القضاء الاداري العراقية رقم ٢٧٧ /قضاء اداري /٢٠١٢ ، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة ٢٠١٢ ، مطبعة الوقف الحديثة ، بغداد ، ص٣٥٠

(٣) قرار مجلس الانضباط العام رقم٧٢ /انضباط /٢٠٠٨ ، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة ٢٠٠٨، وزارة العدل ، ص ٥٠٢

(٤) قرار مجلس الانضباط العام رقم ٧٥٠/انضباط /٢٠١٢ في ٢٠١٢/٦/٥ ، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٢ ، مطبعة الوقف الحديثة ، ص٣١٦

(٥) د. غازي فيصل مهدي ،الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الاداري في العراق ،مجلة العدالة ،العدد الثاني ،٢٠٠١ ،ص٩٧

الفرع الثاني

الأوامر الضمنية الموجهة للإدارة

ازاء الحظر المفروض على القاضي الاداري في عدم توجيه أوامر للإدارة ، ولتفادي القاضي الاداري الاصطدام بقاعدة الحظر ، وبسبب تباطؤ الادارة وامتناعها احياناً من تنفيذ الاحكام الادارية الصادرة من القاضي الاداري ، فضلاً عن حماية حقوق الافراد وحرياتهم قد يلجأ القاضي الاداري الى عدة وسائل يتم من خلالها توجيه أوامر للإدارة بصوره غير مباشرة تحمل في مضمونها معنى الامر، لما تنطوي في جوهرها على التدخل في سلوكيات الادارة العامة وتصرفاتها، فقد يقوم القاضي الاداري بإحالة الملف الى الادارة مع وجوب اتخاذ الاجراءات اللازمة التي يجب على الادارة اتخاذها ، وقد يقوم القاضي الاداري بتضمين الحكم القضائي كيفية تنفيذه ، كما ان الغاء القرار السلبي او قرار الرفض من جانب الادارة يعتبر بمثابة أمر ضمني للإدارة ، وهو ما سوف نناقشها في ضوء الفقه والقضاء الاداري وعلى النحو التالي :

أولاً / احالة الملف الى الادارة مع وجوب اتخاذ الاجراءات اللازمة التي تستوجب تنفيذ الشيء المقضي به.

اتبع مجلس الدولة الفرنسي وسيلة استطاع من خلالها ان يمتص غضب الادارة ونفورها من تدخله في عملها وتتمثل هذه الوسيلة بالإحالة او الرد [1] ، وتتمثل بان يحيل القاضي الاداري المتقاضين من اجل عمل يتطلبه القانون الى الادارة ، كمنح رخصة مثلا وذلك لغرض رد المتقاضين الى مُصَدر القرار نفسه لإعادة النظر فيما اصدره من قرارات وتطبيق القانون ، فان لم تستجب الادارة لطلب المتقاضين يعود الى القاضي الاداري لانزال حكم القانون على قرار الادارة ، وهذه الوسيلة هي من الوسائل الفنية التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي والتي تمثل وجوده وتطوره دعماً لقضائه ويقوي بها احكامه ، وان كانت لا تمارس بشكل صريح الا انها تمثل أمراً ضمنياً او غير مباشر للإدارة ، وبالتالي فإنها تحقق ذات النتائج [2] .

([1]) والاحالة اما ان تكون بسيطة دون تحديد ما ينبغي على الادارة القيام به ، واما ان تكون الاحالة مع بيان الاجراءات وايضاح الحقوق ، والنوع الثاني هو الذي ينطوي على معنى الامر دون الاول .

([2]) د. حسن السيد بسيوني ، مرجع سابق ،ص٣٣٧

ودون شك فان القاضي الاداري يقوم من خلال هذه الوسيلة بتسمية السلطة الادارية المختصة ومن ثم توجيه طلب اليها بان تعيد فحص الموقف الذي يشكل اصل القرار المتخذ والذي كان محلاً للإلغاء وفي حالة تقاعس الادارة عن اداء هذا الالتزام فعندئذ يمكن اثارة مسؤوليتها على اساس الخطأ ؛ لان عدم تنفيذ الشيء المقضي به يشكل خطأً مرفقياً يستوجب المسؤولية [١] .

ومن صور الاحكام التي يمكن ان نوردها كمثال والتي استخدمت فيها احالة المحكوم لصالحه الى الادارة ليس لعمل اللازم قانونا ، ولكن الاحالة للبت وذلك للضغط على الادارة لتنفيذ الالتزام الذي فرضه حكم الالغاء على عاتقها ، ما قضت به المحكمة الادارية (بجرنوبل) بإحالة الطاعن امام وزير التربية الوطنية لإعادة فحص طلبه الذي يهدف الى تخصيص منحة له للتعليم العالي، فالمحكمة الادارية حثت الادارة على استخدام سلطة التقدير التي لم تمارسها في الوقت الذي قد ارتكبت فيه خطأً برفض الطلب المرفوع اليها ... وبناءً عليه أحالت المحكمة الادارية الطاعن امام الوزير لأجل اجراء فحص لمركزه من تاريخ طلبه المنحة [٢] .

ومن تطبيقات الاحالة في العراق ما قرره مجلس الانضباط العام في قراره المرقم (٢٠٠١/٢٠٠) في ٢٠٠١/٦/١٤ والذي قضى فيه (ان تأليف اللجنة التحقيقية من خمسة اعضاء يعد مخالفة لأحكام القانون وبالتالي فان عقوبة العزل الصادرة بناء" على توصية منها تعد غير اصولية ولهذا قرر المجلس الغاءها على ان ذلك لا يمنع من مساءلة المعترض عن المخالفة المنسوبة اليه ، وعلية تقرر اعادة اوراق القضية الى الادارة لإجراء تحقيق جديد من قبل لجنة اصولية تؤلف وفق احكام المادة(١٠ /ثالثا) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١[٣] .

وقد اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للإحالة ، وهل انها تمثل أمراً غير مباشر موجهاً من قبل القاضي الاداري ؟ .

ذهب جانب من الفقه الى ان الاحالة التي يقوم بها القاضي الاداري الى الادارة تحمل معنى الامر، وخصوصاً اذا كانت هذه الاحالة مصحوبة ببيان الاجراءات الواجب على الادارة اتخاذها ، الا ان هذه الاوامر ليست من صنع القاضي او وليدة ارادته وانما هي أوامر صادره

---

(١) د. مهند مختار نوح ،القاضي الاداري والامر القضائي ، مرجع سابق ، ص٢٠٥

(٢) اشار اليه د. حمدي علي عمر ، سلطة القاضي الاداري في توجيه أوامر للادارة ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ،ص٧١

(٣) نقلا" عن د.غازي فيصل ، تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام ، الطبعة الاولى ،٢٠٠٤ ،ص ٤٢

من القانون نفسه حين يفرض على الادارة ان تتصرف على نحو معين وتظهر هذه الاوامر بصورة واضحة عند احالة المحكوم له للإدارة في حالة الغاء القرارات التي تصدر بناء على سلطتها التقديرية [١] ، كما ان البعض من الفقه فرق بين نوعي الاحالة فيرى بان الاحالة البسيطة لا تتضمن اي مساس باستقلال الادارة او توجيهها نحو اتخاذ اجراء معين ، اما الاحالة المصحوبة ببيان كيفية التنفيذ فهي في حقيقتها وفقاً لهذا الراي أمراً مُقَنعاً يسوقه القضاء الاداري بصورة غير مباشرة يستهدف بها تحاشي ما يتركه الامر الصريح من اثر سيئ في نفسية رجل الادارة [٢] .

وقد انتقد البعض التفرقة بين الاحالة البسيطة والاحالة مع بيان الاجراءات على اعتبار عدم وجود معيار دقيق للتمييز بينهما حيث انه في الاحالة البسيطة قد تتضمن احياناً تحديد موعد التنفيذ او تحذير الادارة من عدم القيام به او الاشارة بطريقة ضمنية الى كيفية التنفيذ، في حين ان الاحالة مع بيان الاجراءات قد تكون من الايجاز الذي يمكن معه اعتبارها من ضمن الاحالة البسيطة ، كما انه يؤدي الى اعتبار كونها احالة بسيطة او احالة مع الاجراءات على مدى الاسهاب او الايجاز، وهو امر لا يستقيم ، حيث يُعرَف القضاء الاداري بانه لا يميل الى الاسهاب بالأحكام [٣] .

في حين ذهب جانب من الفقه الى ان الاحالة ليست سوى انذار واعذار موجه من القاضي الاداري للإدارة لإنجاز او اتمام عمل ايجابي ، فالإدارة تكون قد انذرت بعد هذا الاجراء فاذا هي لم تف بالتزاماتها التي قضى بها القاضي في حكمه فإنها ستعاقب على مغبة تصرفها، والجزاء يرتكز اما على الغاء قراراتها التي تجاهلت هذه الالتزامات ، واما تقرير مسؤوليتها ، فهي لا يمكن ان تصل الى درجة الامر الملزم [٤].

من خلال عرض آراء الفقه حول الطبيعة القانونية للإحالة فإننا مع ما ذهب اليه جانب من الفقه من ان الاحالة تنطوي على أوامر موجهة للإدارة وذلك لا سباب عديدة منها ، ان القاضي الاداري عندما يحيل المحكوم له الى الادارة من اجل المراجعة مع بيان بعض الاجراءات فهو أمر ضمني بان الادارة اذا هي تقاعست عن اداء هذا الالتزام فان القاضي يثير

---

(١) د. محمد سعيد الليثي ، امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام الادارية الصادرة ضدها ، ط١ ،٢٠٠٩، بدون مكان طبع ، ص٥٩٨

(٢) د. عبد المنعم عبد العظيم جيره ، آثار حكم الالغاء ، دراسة مقارنة ، بدون مكان طبع ، ١٩٧٧ ، ص٣١٨

(٣) د. حسني سعد عبد الواحد ، تنفيذ احكام القضاء الاداري ،الطبعة الاولى ، بدون سنة او مكان الطبع ص٤٧٤

(٤) د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص٦٩

عندئذ مسؤوليتها على اساس الخطأ ، فضلاً عن انها تعطي نفس النتيجة التي تعطيها الاوامر الصريحة في كونها تؤدي الى الضغط على الادارة من اجل تنفيذ الاحكام الادارية .

ثانياً / تضمن الحكم كيفية تنفيذه :

ومن صور الأوامر الضمنية التي يلجأ اليها القاضي الاداري لتوجيه الادارة هي تضمين الحكم كيفية تنفيذه وكيفية البت في المشكلة التي صدر بشأنها القرار الاول، ويجب ان يكون هذا الاجراء متفرعاً بالضرورة من مقتضى الحكم القضائي، كأن يحكم القاضي الاداري بإلغاء قرار فصل موظف ثم يأمر بإعادة هذا الموظف الى عمله ، فإعادة الموظف الى وظيفته تفرعت منطقياً من مقتضى الحكم بإلغاء قرار الفصل ، ويمكن للقاضي ان يحدد اطار زمني للتنفيذ مما يساعد على التوضيح للإدارة ، وبالتالي يقلل من امكانية عودة المتقاضين مجدداً الى القضاء نتيجة عدم التنفيذ او التنفيذ غير الكامل [1] .

فقد دأب مجلس الدولة الفرنسي في منطوق احكامه الى استخدام عبارات او صيغ لها دلالاتها الخاصة لتحديد او لتوضيح الاجراءات الواجب اتخاذها من قبل الادارة لإعادة الحال الى ما كان عليه ، ومن التطبيقات بهذا الشأن ما سلكته المحكمة الإدارية (بجرونبل) في قضائها بإلغاء قرار الابعاد ورفض طلبات الطاعن التي تهدف الى اعادة بطاقات الاقامة والعمل والتي كانت قد سحبتها من ملفه عند اخطاره بإجراءات إبعاده ، ونظراً لان الغاء قرار الابعاد يوجب على الادارة اعادة حقوق المحكوم له ، والتي تتمثل في اعادة الاوراق المذكورة للطاعن فان المحكمة اشارت في منطوق حكمها ما يتعين على الادارة اتخاذه لتنفيذ حكم الالغاء بانه يجب عليها اعادة البطاقات لصاحب الشأن [2] .

ومن تطبيقات الاوامر الضمنية في الحكم الصادر من القاضي الاداري في مصر من خلال تذكير الادارة بواجبها وتضمين الحكم الوسائل او الاجراءات التي على الادارة مراعاتها من اجل تنفيذ الحكم في مجال الوظيفة العامة ، ما قضت به المحكمة الادارية العليا بقولها (اذا كان القاضي الاداري لا يملك ان يحل محل الادارة في اجراء ما هو من اختصاصها ، الا انه يملك ان يعقب على تصرف الادارة من الناحية القانونية و أن يبين حكم القانون فيما هو متنازع عليه بين ذوي الشأن ، فيضع الامور في نصابها الصحيح ، وله في بهذه المثابة ان يبين من هو الأولى قانوناً بالترشيح للترقية ، واذا ما ابان ذلك فليس معنى ذلك انه حل محل الادارة في

([1]) د. محمد باهي ابو يونس ، مرجع سابق ، ص١٠٣

(٢) اشار اليه د. محمد سعيد اليثي ،مرجع سابق ،ص ٥٦٦

ترقيته بل مفاده تنبيه الادارة الى حكم القانون لتجري الترقية بقرار منها على هذا الاساس، والا كان قرارها على خلاف ذلك مخالفا للقانون) [1] .

اما في العراق ، فنجد تطبيقات ذلك في احكام محكمة القضاء الاداري والتي تحتوي على ضرورة اتخاذ اجراء معين، من خلال ما أصدرته بإلغاء قرار الادارة الصادر عن محافظ بغداد والمتضمن سحب شقه سكنية (عائدة للمدعين باعتبارهما والدي شهيد) خلافاً للضوابط الموضوعية لتنفيذ قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم ١٧٥ لسنة ١٩٨٠ واستناداً لقيامهما بتأجير الشقة سحب محافظ بغداد الشقة منهما دون مراعاة الاجراءات القانونية التي قضت بانه في حالة وقوع مخالفة يبلغ صاحب الشأن رسمياً بإزالتها وخلال اجل معلوم والا يتم سحب الشقة منه، فألغت المحكمة قرار السحب مما يؤدي منطقيا الى عودة الشقة الى المدعين [2].

وقد تركزت محاولات مجلس الدولة الفرنسي وكذلك في مصر في هذا الشأن في مجال الاحكام الصادرة بإلغاء القرارات المبعدة عن الوظيفة العامة ، حيث يتعين على الادارة تنفيذاً لحكم الالغاء اعادة الموظف الى وظيفته بعد الغاء قرار تنحيته عنها وهو ما قد يتضمنه قرار الحكم فضلاً عن بلورة كافة الاستحقاقات المترتبة على زوال الاثار القانونية للقرار الملغي[3] .

وفي بعض الحالات قد يختلط الامر بين الوسيلتين المذكورتين أعلاه في توجيه الامر الضمني للإدارة ، مما يؤدي الى صعوبة التمييز بين الحالة التي يلجأ فيها القاضي الاداري بالأمر بإجراء تنفيذي معين والحالة التي يحيل فيها الملف للإدارة لاتخاذ إجراء او قرار جديد ، حيث أشار الفقه الى وجود دليلين يمكن استخدامهما من اجل التمييز وهما : سبب إلغاء القرار الاداري وطبيعة اختصاص الادارة ، فاذا كان سبب إلغاء القرار أحد عيوب المشروعية الخارجية فان الامر يكون متعلقاً بإعادة فحص الملف ضمن فترة معينة لاتخاذ قرار جديد ، أما اذا كان الالغاء لسبب راجع لأحد عيوب المشروعية الداخلية مثل المحل فانه في هذه الحالة يتم الانتقال الى الدليل الثاني وهو طبيعة اختصاص الادارة ، فاذا كانت الادارة في موقف الاختصاص المقيد بعد إلغاء القرار، فان القاضي يأمرها باتخاذ إجراء تنفيذي محدد ، مثل قرار إلغاء قرار الادارة برفض تسليم وثيقة الاقامة لاحد الاجانب رغم استيفاءها للشروط ، فالقاضي

---

(١) حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في القضية رقم ٣ بتاريخ ١٧ /١/ ١٩٥٩ ، اشار اليه د. نواف سالم كنعان ،المبادئ التي تحكم تنفيذ احكام الالغاء في قضاء محكمة العدل العليا ،مجلة الحقوق ،العدد الرابع ،السنة الخامسة والعشرون ،الكويت ،٢٠٠١ ، ص٢٨١

(٢) قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم ٢٢/اداري تمييز /١٩٩٨ في ١٣ /١٩٩٨/٥ الذي قضت فيه بتصديق قرار المحكمة

(٢) د. احمد حسني درويش ، ضمانات تنفيذ احكام قضاء مجلس الدولة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ،٢٠٠٦ ، ص٥٨٥

في هذه الحالة يأمر بإجراء تنفيذي وهو تسليم وثيقة الاقامة ، أما اذا كان القانون يمنح للإدارة سلطة تقديرية في منح الوثيقة من عدمه دون تقييدها بشروط معينة ، ففي هذه الحالة ليس للقاضي إلا ان يصدر أمراً للإدارة بإعادة الملف لفحصه مجدداً واصدار قرار جديد [1] .

بالنظر الى تطبيقات القضاء الاداري في تضمين الحكم بعض التوجيهات للإدارة فإننا نرى بانها وسيلة مفادها تنبيه الادارة الى واجباتها عن الاثار على حكم الالغاء الواردة في منطوق الحكم فهي تقترب كثيراً من الأمر، بل هي أمراً ضمنياً ، فالقاضي حين يوضح او يبين للإدارة آثار حكمة فإنما يملي عليها سلوكها بالفعل لأجل تنفيذ الحكم القضائي.

ثالثاً / حالة الغاء القرار الاداري بالرفض

ويسمى ايضاً بالقرار السلبي ، حيث عرفه الفقه والقضاء تعريفات عدة ، فيعرفه الفقه بانه تعبير عن موقف سلبي للإدارة ، فهي لا تعلن عن ارادتها للسير في اتجاه او اخر بالنسبة الى موضوع الامر الواجب عليها اتخاذ موقف بشأنه [2] ، او هو امتناع الجهة الادارية عن الرد على طلبات الافراد او تظلماتهم .

قد أشار المشرع المصري للقرار السلبي او قرار الرفض من خلال النصوص دون ان يطلق عليها التسمية صراحةً، حيث نصت المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على (ويعتبر في حكم القرارات الادارية رفض السلطات الادارية او امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقا للقوانين او اللوائح)، في حين نصت المادة (٧ /سادساً) من التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ على (يُعد في حكم الأمر او القرار رفض او امتناع الموظف او الهيئة عن اتخاذ أمر او قرار كان من الواجب عليها اتخاذه قانوناً) ، كأن تقوم الادارة التي اصدرت القرار برفض التظلم الذي يقدمه الصادر بحقه القرار ، مما يؤدي الى اللجوء للقضاء للطعن بإلغاء قرار الرفض ، وهذا القرار يعتبر قراراً ادارياً يجوز الطعن به بدعوى الالغاء .

حيث قرر المشرع الفرنسي بان امتناع الادارة عن الرد على صاحب الشأن يعتبر قراراً إدارياً بالرفض يجوز الطعن به بدعوى الالغاء ، بغض النظر عن طبيعة الاختصاص الممنوح

---

(1) د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص١٣٠

(2) د. مصطفى ابو زيد فهمي ، القضاء الاداري ومجلس الدولة ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٨ ،ص٢٧٧

لجهة الادارة تقديرياً كان أو مقيداً ، وسواء كان قرار الرفض صريحاً او ضمنياً[١] ، وهنا القاضي الاداري عندما يلغي القرار الاداري بالرفض فهو يعني منح صاحب الشأن حقه ، فالسؤال الذي يطرح هنا هل ان الغاء قرار الرفض يعتبر بمثابة أمر موجه للإدارة ولو بشكل غير مباشر؟ .

لقد اختلف الفقه حول طبيعة الاحكام الصادرة من القضاء الاداري بإلغاء قرارات الرفض باعتبارها أمراً ضمنياً او غير مباشر موجه للإدارة ، فقد ذهب جانب من الفقه في فرنسا ومصر على أن الاحكام الصادرة بإلغاء قرارات الرفض لا تعتبر أوامر ، فقد أشار الفقيه (Hauriou) الى اعتبار ان الغاء قرار الرفض هو بمثابة تحذير للإدارة التي يجب عليها ان تبقى في حدود النظام القانوني ، وبالتالي فان الحكم يعتبر نوعاً من التحذير الاخلاقي وليس فيه أمر موجه للإدارة [٢]. .

والى ذلك ذهب بعض الفقهاء المصريين الى ان إلغاء القرار السلبي لا يؤدي الى الترخيص في قرار رفض إعطاء رخصة سكن ، فاذا أستصدر الطالب حكماً بإلغاء قرار الادارة بالرفض فانه لا يمكن اعتباره أمراً موجهاً الى الادارة لإعطاء الترخيص بل هو كشف عن المراكز القانونية دون إحداثها [٣] .

في حين ذهب بعضهم الآخر الى ان حكم الغاء قرار الإدارة برفض الترخيص مثلاً ، ما هو الا أمراً موجهاً اليها ولو بشكل غير مباشر بإصداره ، حيث يؤثر في إعادة الامور الى نصابها ويؤكد أحقية صاحب الشأن في الترخيص بإلزام الادارة بإصدار قرار جديد بمنح الترخيص ، وكأن تقدير القاضي هنا يقيد تقدير الادارة ، أي ان تقديره يعلو تقدير الادارة وهذا يكون إشارة على الأمر نفسه ، كما ان حكم الالغاء وان كان يختلف عن الامر من الناحية النظرية الا انه يؤدي الى نفس النتيجة من الناحية العملية ، كون ان إلغاء قرار الرفض يكون بمثابة تذكير للإدارة وتنبيه موجه اليها للوفاء بالتزاماتها في تنفيذ احكام القضاء [٤] .

ويضيف بعض الفقه ان الحكم الصادر بإلغاء قرار الرفض لا يتضمن بذاته تحقيق الأثر القانوني الذي امتنعت الادارة عن تنفيذه ، وجاء هذا الامتناع على خلاف القواعد القانونية ،

---

(١) نقلا" عن د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص٥٨

(2) Hauriou,note, sous , C.E30 nov 1907. 111 . p.17

(٣) د. حسن السيد بسيوني ، مرجع سابق ، ص٣٢٥

(٤) د. حمدي علي عمر، مرجع سابق ، ص٦٠

فإلغاء قرار منع الترخيص ليس معناه ترخيص ولكن الامر هنا يأتي بمعنى ان الادارة تكون ملزمة بان تصدر قرار بذلك وهنا يكون معنى الأمر [1] .

ونحن بدورنا نؤيد ما ذهب اليه أصحاب الرأي الثاني من ان الحكم الصادر بإلغاء قرار الرفض يعتبر أمراً ضمنياً للإدارة بان تنفذ احكام القضاء ؛ لان الحكم الصادر بالإلغاء يؤدي الى نفس آثار الأمر ، حيث ان على الادارة ان تتخذ أحد خيارين ، فهي أما ان تقوم بتنفيذ الحكم على خلاف رفضها وعندئذ تنتهي المشكلة ، وأما ان ترفض اتخاذه وعندها تعرض نفسها لمخالفة الشيء المقضي به ، وبالتالي فانه لا يعدو كونه أمراً ضمنياً وعنصراً من عناصر الحكم القضائي.

المبحث الثاني

(1) د. عبد المنعم جيرة ، مرجع سابق ، ص٣٣٥

سلطة القاضي الاداري في الرقابة على ملاءمة القرار الاداري

بعد ان كانت رقابة القضاء الاداري قاصرة على التأكد من الوجود المادي للوقائع المكونة لسبب القرار الاداري وصحة الوصف القانوني لها او ما يسمى بالتكييف القانوني للوقائع ، طرأ على هذه القاعدة استثناءً هاماً ، إذ أصبح بمقتضاه يجوز للقاضي الاداري ان يمد نطاق رقابته على مدى ملاءمة القرار الاداري ، أي تقدير التناسب بين خطورة القرار الاداري والاسباب الدافعة لإصداره ، وبين التكييف القانوني والملاءمة تتراوح سلطات الادارة وامتيازاتها ، التي تنعكس على حقوق الافراد وحرياتهم ومصالحهم المشروعة ، وبين المد والجزر وبين الاصل والاستثناء يجتهد القاضي الاداري في سعيه لحماية الحقوق والحريات ، فيوسع من سلطته ومن مجال تدخله ويضيق منها بحسب الحال ومقتضيات كل حالة إعمالا لمبدأ المشروعية دون ان يَمس مبدأ الفصل بين السلطات وموجباته ٠

فسلطة القاضي الاداري في الرقابة على ملاءمة القرار الاداري تعتبر قمة ما وصلت اليه الرقابة ، بحيث أصبح القاضي الاداري يمد رقابته على مضمون القرار الاداري الذي اتخذته الادارة ، الأمر الذي يعكس على رأي بعض الفقه تدخلاً في عمل الادارة وخصوصاً في مجال سلطتها التقديرية ٠

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي رقابته على تقدير الادارة لأهمية وخطورة الوقائع ومدى تناسبها مع القرار الاداري ، وأخذ يراقب الملاءمة بين الاسباب والقرارات المبنية على أساسها وخصوصاً تلك المتعلقة بالحريات العامة والقرارات التأديبية ، وقد سارت محكمة القضاء الاداري في مصر على نفس النهج الذي سار عليه مجلس الدولة الفرنسي حيث أخضعت لرقابتها ملاءمة القرارات الادارية وخاصةً ما يتعلق بحرية العبادة وحرية التجارة وما يتعلق بالمجال التأديبي ، وفي العراق فقد بسط القضاء الاداري رقابته على ملاءمة القرارات الادارية وخصوصاً في مجال القرارات التأديبية ٠

وفي مجال دعاوى القضاء الكامل فان القاضي الاداري يملك سلطات واسعة من خلال الحكم بالتعويض لجبر الضرر الذي أصاب المدعي ، وله ان يعدل القرار الاداري غير المشروع حيث يشمل النظر في كافة جوانب النزاع المطروح أمامه ، ومن أمثلة دعاوى القضاء الكامل ، دعوى التعويض ، والدعوى الخاصة بمنازعات الضرائب والرسوم والمنازعات الخاصة بالعقود الادارية ، لذلك ولبيان مفهوم سلطة القاضي في رقابته على ملاءمة القرار الاداري لابد من التعرف على مفهوم الملاءمة ، وأساسها القانوني ، وموقف الفقه من هذه

الرقابة ، ومجالات تطبيق هذه الرقابة ، وهو ما سوف نتناوله في ثلاث مطالب نخصص الاول لبيان تعريف الملاءمة ، أما المطلب الثاني لأساسها القانوني وموقف الفقه منها ، ثم نخصص المطلب الثالث لمجالات تطبيق رقابة الملاءمة ٠

المطلب الاول

تعريف الملاءمة

لم يكن مفهوم الملاءمة داخل في نطاق رقابة القضاء الاداري في بادئ الأمر ، ثم بدأ يأخذ حيزاً في نطاق رقابة القضاء الاداري بعد ان تدخلت الادارة في مجالات عديدة في حياة الافراد وبعد ان مُنحت سلطة تقديرية ، مما أعطى المسوغ للقضاء في مد سلطته على عنصر الملاءمة في القرار الاداري حفاضاً على حقوق وحريات الافراد من جهة ، وضمان لمبدأ المشروعية من جهة اخرى ٠

ولغرض تعريف الملاءمة لابد من الوقوف على المعنى اللغوي والاصطلاحي لها **فالملاءمة لغةً** من لاءَمَ ، وملاءمة الشيء بمعنى أصلحه وجمعه ، ولاءم الشيء اي وافقه ، ولاءم بين الخصوم أصلح بينهم ، ويقال لاءم بين الشيئين اي جمع بينهما ووفق ، ولاءمهُ الأمر ولاءم فلان اي وافقه ، وإلتأم الشيء اي أنظَمَ والتصق ، وتلاءم الشيآن اي أجتمعا واتصلا ، وتلاءم الكلام اي اتسق وانتظم [١] ٠

أما **الملاءمة في الاصطلاح** فهي (تقدير القاضي الاداري للتناسب بين خطورة القرار الاداري والاسباب الدافعة لإصداره وتناسبها من حيث الزمان والمكان الصادر فيه) [٢] ٠

كما عرفها الدكتور عصام البرزنجي بأنها (توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان والمكان والاعتبارات المحيطة بإصداره من كافة جوانبه) [٣] ، وعرفها الدكتور سامي جمال الدين بانها (صفة لعلاقة منطقية تربط بين عنصرين أو أكثر من عناصر القرار الاداري أو

---

(١) المعجم الوسيط ، الجزء الاول ، مطبعة مصر ، ١٩٦٠ ، ص٧٨

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفه ، القرارات الادارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، بدون مكان طبع ، ٢٠٠٧ ، ص١٣٥

(٣) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧١، ص١٦٤

العمل القانوني العام ، بحيث يتعين على مصدر القرار عدم اغفاله او الخروج عليه نزولاً على دواعي المشروعية) [1] .

وقد تطرق القضاء الاداري الى مفهوم الملاءمة في أحكامه ، وخاصةً تلك المتعلقة بقرارات الضبط الاداري وفي ما يتعلق بالعقوبات الانضباطية ، إلا أنه يُشير مرةً الى لفظ التناسب وفي مرةً أُخرى الى لفظ الملاءمة ، وهذا ما نجده في أحكامه التي منها ، قرار محكمة القضاء الاداري المصرية في حكمها بتاريخ ١٩٦٥ /١٢/١٨ التي جاء فيه (ما بدر من الطاعن من خروج على مقتضى واجبات وظيفته ، كان وليد عدم الرؤية والتبصر ولم يصل فعله الى حد العمد ومن ثم فان معاقبته بخفض درجته الى الدرجة السادسة وخفض مرتبه الى مربوط هذه الدرجة تعتبر غلواً مبناه عدم الملاءمة الظاهرة بين خطورة الذنب وبين نوع الجزاء ٠٠ لذلك يتعين إلغاء الحكم المطعون فيه ، والحكم بمجازاته بخصم شهرين من مرتبه ٠٠٠)[2]

كذلك ما أقرته المحكمة الادارية العليا في مصر في حكمها بتاريخ ٢٥ /٩ / ٢٠٠٥ الذي جاء فيه (٠٠٠ فان قضاء هذه المحكمة قد جرى على انه ، ولئن كان من السلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية تقدير خطورة الذنب الاداري وما يناسبه من جزاء بغير مُعقب عليها في ذلك ، إلا ان مناط مشروعية هذه السلطة ان لا يَشوب استعمالها غلو ظاهر ، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة وخطورة الذنب ونوع الجزاء ومقداره ، اذ في هذه الحالة يخرج التقدير من نطاق المشروعية الى نطاق عدم المشروعية وهو ما يخضع لرقابة هذه المحكمة) [3] .

أما في العراق فان القضاء الاداري المتمثل في محكمة القضاء الاداري و محكمة قضاء الموظفين ، أشار الى مفهوم الملاءمة بتعبير التناسب والذي نَجده في الكثير من قرارات مجلس الانضباط العام (سابقاً) ، كما نَجده في قرارات الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة والذي منها قراره الصادر في ٤/٧/ ٢٠١٠ ، الذي أكد على مفهوم الملاءمة من خلال تقريره للمبدأ الذي

([1]) د. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى الغاء القرارات الادارية ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ،٢٠٠٤ ص٦٣٠

([2]) قضية رقم ٧٦٢ ، لسنة ٦ ، المجموعة السنة ١١ ،ص١٧١ ٠ اشارت اليه مايا محمد ابو دان ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري ،المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠١٢،ص١٤٨

([3]) الطعن رقم ٦٤١٨ ، لسنة ٤٩ ، تاريخ الجلسة ٢٥ /٢٠٠٥/٩ ، موسوعة أحكام المحكمة الادارية العليا من عام ١٩٥٥ حتى عام ٢٠١٠ ، دار محمود ،القاهرة ، ص ٣١٩٧

يقضي بأن (العقوبة يقتضي أن تتناسب مع جسامة الفعل المرتكب ومسؤولية الموظف المباشرة عن المخالفة من خلال تنزيل العقوبة من العزل الى انقاص الراتب لكي تتناسب مع الفعل) [١]

من خلال عرض التعريفات التي ساقها الفقه وما عرَضَه القضاء الاداري حول مفهوم الملاءمة ، فإننا نؤيد ما ذهب اليه الدكتور عصام البرزنجي من تعريف للملاءمة ، وذلك لان بعض الفقهاء قد قصروا التعريف على ملاءمة بعض عناصر القرار الاداري وهو عنصر السبب ، في حين أن ملاءمة القرار الاداري كما ساقها بعض الفقهاء ومنهم الدكتور البرزنجي هي صفة تُطلق على توافق القرار مع الظروف الخاصة التي دعت لإصداره والاوضاع السائدة وقت أتخاذه والملابسات المصاحبة له حتى يخرج القرار ملائماً لظروف المكان والزمان والاعتبارات الاخرى المختلفة ، كإصداره في الوقت المناسب وبالكيفية المطلوبة ، وان يكون ملائماً لمواجهة الحالة التي أُتخذ من أجلها وغير ذلك من الامور ٠

وقد خَلط بعض الفقهاء بين الملاءمة والتناسب ، معتبرين ان التناسب هو مرادف للملاءمة ، في حين ميز البعض الآخر بينهما ، حيث ينصرف مفهوم التناسب الى كونه (تعبير عن صلة تتسم بالتوافق والتوازن بين شيء وآخر في إطار العلاقات المعتادة التي يفترض ان تكون عليها تلك الصلة) [٢] ، أو هو ذلك السلوك الذي تلتزم الادارة بموجبه أن لا تفرض على الافراد أعباء او أضرار أكثر مما تتطلبه مهمة المحافظة على المصلحة العامة المنوط بها تحقيقها ، أو هو عندما يبسط القضاء الاداري رقابته على السبب في القرار الاداري في ما يتعلق بالمرحلة الثالثة منه ، بعد ان يراقب الوجود المادي والرقابة على الوصف القانوني في القرار الاداري ،فهو يتحقق مما اذا كان هناك تناسب بين السبب والاجراء المتخذ ، اي اذا كانت هذه الوقائع كافية لتبرير القرار المتخذ [٣] ، فالتناسب في مجال القانون الاداري يعني اختيار الاجراء الذي يتوافق ويتكافأ مع أهمية الوقائع التي بعثت على اتخاذ القرار [٤] ، فهو صفه لعلاقة منطقية منسقة تربط بين عنصري السبب والمحل في العمل القانوني العام ٠

والتناسب بهذا المعنى يتحقق كلما جاء سبب القرار متوافقاً مع محله او موضوعه اي وجود توافق بين أهمية الوقائع التي أدت الى اصدار القرار وبين الاجراء المتخذ حيال هذه الوقائع وما يرتبه من آثار قانونية أو ما يستهدفه من غايه ٠

---

(١) قرار رقم ١٣٦ / انضباط/٢٠١٠ في ٤/٧ /٢٠١٠ ،قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٠ ، وزارة العدل

(٢) د. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى الغاء القرارات ، مرجع سابق ، ص٦٢٩

(٣) د. مصطفى فهمي ابو زيد ، مرجع سابق ، ص٧٦٤

(٤) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مرجع سابق ، ص٤١٨

من خلال التعريفات السابقة نَجد ان الفقهاء في تعريفاتهم للتناسب يركزون على ضرورة إيجاد توازن بين عنصر السبب (الواقعة) ، وعنصر المحل (النتيجة او الجزاء) في القرار الاداري وليس على كل جوانب القرار الاداري ٠

أما الملاءمة ، وكما رأينا عند تعريف الفقه لها ، بأنها تعتبر صفة للقرار الاداري يكتسبها نتيجة إتخاذه بطريقه يراعى فيها جوانب إصداره المختلفة ، وعدد من الامور والاوضاع تتعلق غالباً بأمور أو عناصر ثلاثة هي : تقدير وجوب التدخل والامتناع ، واختيار وقت هذا التدخل، واخيراً تقدير الاجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب [1] ، فالقرار الاداري يوصف بانه ملاءم لإتخاذه في الوقت المناسب ، والكيفية المناسبة التي صدر بها ، واتفاقه مع الظروف والاوضاع السائدة وكذلك تناسب الاجراء المتخذ مع سببه ٠

اما التناسب فهو واحد من أمور عدة ، اذا ما تم مراعاتها ، وِصف القرار بالملائم ، فاذا كان إصطلاح الملاءمة يعني توافق القرار مع كافة العوامل والظروف المحيطة به في كافة جوانبه ، فان اصطلاح التناسب لا يعني سوى توافق الاجراء المتخذ اي محل القرار مع السبب المصاحب له ، وبالتالي فهو ينصب على أحد جوانب الملاءمة في القرار الاداري في مجال السلطة التقديرية للإدارة ، بمعنى آخر ان التناسب يشكل جانباً معين من مجموع الجوانب العديدة التي تقوم عليها الملاءمة ٠

الذي يترشح من التعاريف السابقة ، ان مفهوم الملاءمة أوسع من مفهوم التناسب بل ان المفهوم الاول يستغرق الثاني ويستوعبه ، باعتباره يندرج في أحد اجزائه ومكوناته ، ومن ثم فانهما لا يتطابقان ولا يعد بالتالي أحدهما مرادف للآخر ، وبالتالي فان العلاقة بينهما هي علاقة الكل بالجزء ، مع الأخذ بنظر الاعتبار ان التناسب هو أهم جوانب الملاءمة في القرار الاداري٠

([1]) د. محمد حسنين عبد العال ، فكرة السبب في القرار الاداري ودعوى الالغاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص٧٢

المطلب الثاني

الاساس القانوني للملاءمة وموقف الفقه

إذا كانت رقابة القاضي الاداري على ملاءمة القرار الاداري وخصوصاً فيما يتعلق بالحريات العامة والعقوبات الانضباطية قد أصبحت واقعاً ملموساً ، بات من المنطق ان يُثار التساؤل الآتي ، ما هو الاساس القانوني الذي استند اليه القضاء في رقابته على ملاءمة القرارات الادارية ؟ ٠

لقد تصدى الفقهاء المؤيدين لرقابة القضاء الاداري لتبرير رقابة الملاءمة من خلال عدة أسس قانونية سوف نحاول عرضها ، مع الاخذ بنظر الاعتبار ما للفقه من دور مهم في إرساء قواعد القضاء الاداري ، حيث برر بعض الفقهاء رقابة القضاء الاداري على ملاءمة القرار الاداري الذي يعتبر كمبدأ عام محظور على القاضي الاداري النظر فيه ، على اعتبار انه إن فعل ذلك أصبح رئيساً أعلى للإدارة ، وخروجاً على المبدأ المألوف وهو عدم تدخل القاضي الاداري في عمل الادارة أو توجيهها ، وذهب قسم منهم الى ان الاساس هو التدرج في ذكر الجزاءات من قبل المشرع ، في حين ذهب الآخر الى ان الاساس هو مخالفة القانون في روحه ومعناه ، وذهب قسم ثالث الى اعتبار الاساس هو مبدأ المشروعية ، في حين أسس قسم رابع من الفقه الى الدور المنشئ للقاضي الاداري ، وهو ما سوف نتناوله بشيء من التفصيل ٠

الأساس الأول/ التدرج في ذكر الجزاءات :

استند بعض الفقهاء الى ان أساس رقابة القضاء الاداري على ملاءمة القرار الاداري هو نظرية التدرج في ذكر الجزاءات ، حيث بينوا بان المشرع حين تدرج في النص على الجزاءات التي يجوز توقيعها على الموظفين لم يهدف بذلك الى ان تنفرد السلطات التأديبية بتوقيع الجزاء بلا معقب عليها فيه ، وانما قصد التدرج اي ان يقاس الجزاء بما يثبت من خطأ ، بأن تكون هناك ملاءمة او تناسب بين التهمة والعقاب [1] ، سيما وأن مفهوم الملاءمة يفيد المطابقة لا الهوى والتحكم من قبل الادارة ، ويعزز أصحاب هذا الاساس رأيهم بالأحكام الصادرة عن القضاء الاداري ومنها المحكمة الادارية العليا في مصر والتي أشارت في احكامها بانه (٠٠٠

(1) د. فؤاد العطار ، القضاء الاداري ، دار النهضة العربية ، شارع عبد الخالق ثروت ،١٩٦٧، القاهرة ، ص٥٩٩

إن الجزاء يجب ان يكون مناسباً مع الجرم وإلا اتسم بعدم المشروعية ، والقانون اذ تدرج في قائمة الجزاءات الخاصة بالهيئة وجعلها تتراوح بين خفض المرتب والعزل من الوظيفة يكون قد هدف من هذا التدرج في إنزال العقاب الى وجوب الملاءمة بينه وبين الجرم الذي يثبت في حق الموظف)[١] ، كذلك ما أشارت اليه في حكمها بتاريخ ١٩٦٦/٣/١٢ حيث بينت (الاصل ان يقوم تقدير الجزاء على أساس التدرج تبعاً لدرجة جسامة الذنب الاداري ، وعلى انه اذا كان للسلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الاداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك ، فان مناط مشروعية هذه السلطة ان لا يشوب استعمالها غلو ومن صور الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب وبين نوع الجزاء ومقداره) [٢]

الا ان أصحاب هذا الاساس تعرضوا لانتقادات ورفض من قبل بعض الفقهاء ومنهم الدكتور الطماوي ، على اعتبار ان نظرية التدرج لا تصلح لان تكون أساس لرقابة الملاءمة من قبل القضاء الاداري ، حيث انها تقوم على فهم غير سليم لطبيعة الجريمة او المخالفة التأديبية وذلك لان المخالفة في مجال الوظيفة تشمل كل فعل يتعارض مع واجبات الوظيفة وآدابها وبالتالي لا يمكن ان تكون محلاً لحصر تشريعي ، مما يتعذر على المشرع تحديد عقوبة لكل فعل من هذه الافعال نتيجة تنوع الوظيفة العامة واختلاف واجباتها ،كما ان مسالة التدرج في ذكر الجزاءات لا تعبر بذاتها عن شيء يقصده المشرع وإنما جاءت وفقاً لقواعد المنطق [٣] .

الأساس الثاني / مخالفة القانون في روحه ومعناه:

ذهب قسم من الفقهاء [٤] الى اعتبار مخالفة القرار الاداري للقانون في روحه ومعناه أساس لرقابة القضاء الاداري على الملاءمة في القرار الاداري ؛ لان المشرع عندما نص على عدد من الجزاءات وليس على جزاء واحد قد قصد الى ان تختار الادارة من بينها ما يناسب المخالفة المرتكبة ، وبالتالي تكون العقوبة او القرار غير مشروع اذا جاوزت الحد المعقول وكان التناسب بين الفعل المرتكب والجزاء واضحاً تأباه روح القانون .

([١]) حكم المحكمة الادارية العليا في ٦/٨/ ١٩٦٣ ، قضية رقم ٢٥ لسنة ٩ ق ، مجموعة السنة ١٠ ص ٢٠٩٦

([٢]) حكم المحكمة الادارية العليا ، الطعن رقم ١٣١١ لسنة ١٠ ق ، في ١٩٦٦/٣/١٢ ، موسوعة احكام المحكمة الادارية العليا من عام ١٩٥٥ حتى عام ٢٠١٠ ، ص ٣١٧١

([٣]) د. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الادارية ،دار الفكر العربي ، الطبعة الثالثة ،١٩٦٦ ص٨٢ . كذلك د. محمد حسنين عبد العال ، فكرة السبب في القرار الاداري ودعوى الالغاء ، مرجع سابق ، ص ١٧٨

([٤]) د. عبد الفتاح حسن ، التأديب في الوظيفة العامة ، دار النهضة العربية ،١٩٦٤ ، ص ٢٨٣ . كذلك السيد محمد ابراهيم ، الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات التأديبية ، مجلة العلوم الادارية ،السنة الخامسة ، العدد الثاني ، ص٢٦٥

الا ان هذا الاساس كسابقه تعرض لانتقاد من البعض [١] وجوبه بالرفض ، على اعتبار ان مخالفة القانون في روحه ومعناه كأساس لرقابة القاضي الاداري على الملاءمة ماهي الا إحدى تسميات عيب إساءة استعمال السلطة أو عيب الانحراف ، كما أنتقد البعض هذا الاساس كون ان مسالة روح القانون فضفاضة وتتسم بعدم التحديد ، كما ان تقدير ما اذا كان الامر يخالف روح القانون ام لا ، يتطلب استجماع العديد من الملكات التي تختلف من شخص لآخر .[٢]

الأساس الثالث / المشروعية :

اذا كان الاصل العام يقضي بان القاضي الاداري هو قاضي مشروعية وان الادارة إستناداً للسلطة التقديرية [٣] الممنوحة لها يكون لها وحدها مراعاة ظروف وملابسات إصدار القرار الاداري ، لذلك يرى البعض من الفقه ان أساس رقابة القاضي الاداري على ملاءمة القرار الاداري هي رقابة مشروعية ، على اعتبار ان القاضي عندما يطابق بين اعمال الادارة والقانون بمعناه الواسع فان هذه الرقابة تبقى على الدوام هي رقابة مشروعية ، وان الملاءمة تعتبر عنصراً من عناصر المشروعية ، ومن ثم يتحقق القضاء الاداري من توافر هذا العنصر [٤] .

ويستند أصحاب هذا الرأي بما قرره القضاء الاداري المصري في هذا الشأن بانه (ولئن كانت الادارة تملك بالأصل حرية وزن مناسبة العمل وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها ، الا انه عندما تختلط مناسبة العمل الاداري بمشروعيته ومتى ما كانت هذه المشروعية تتوقف على حسن تقدير الامور وخصوصاً فيما يتعلق بالحريات العامة ، وجب

---

(١) د. سليمان الطماوي ، القضاء الاداري ، قضاء التأديب ،بدون مكان طبع ، ١٩٧٩، ص٧٢٩

(٢) مايا محمد ابو دان ،مرجع سابق ، ص٣٥

(٣) لقد ابتكر مجلس الدولة الفرنسي وسائل لرقابة ملاءمة القرار الاداري متمثلة بنظرية الخطأ الظاهر ونظرية الموازنة بين المنافع الاضرار ،كما ان القضاء الاداري المصري استند لرقابته على الملاءمة الى نظرية الغلو في الجزاء . للمزيد من التفصيل ينظر د. رمضان محمد بطيخ ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من السلطة التقديرية للادارة ، دار النهضة ، ١٩٩٦ ، ص ١٢١ وما بعدها ، كذلك رضا عبد الله حجازي ، الرقابة القضائية على ركن السبب في اجراءات الضبط الاداري ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق ،جامعة القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص١٨٦ .

(٤) د. محمد صلاح عبد البديع ، الاتجاهات الحديثة للقضاء الاداري في الرقابة على ملاءمة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦ ، ص٢٨ .كذلك د. محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ واحكام القانون الاداري ، منشورات الحلبي ، ٢٠٠٢، ص٢٥٥ . كذلك د. عبد الغني بسيوني ،القضاء الاداري ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ،ص٤٢ . كذلك د. سليمان الطماوي الوجيز في القانون الاداري ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٩ ص٥٣٠

ان يكون تدخل الادارة لأسباب جدية تبرره ، فاذا أتضح ان هذه الاسباب لم تكن جديه ولم تكن لها من الأهمية الحقيقية ما يسوغ التدخل لتقييد الحريات العامة ، كان القرار باطلا)[1] .

حيث ان الملاءمة والمشروعية تختلط خاصةً في مجال الضبط الاداري ذلك ان رجل الادارة يكون أمام واجبين ، واجب احترام الحريات الفردية من ناحية ، و واجب صيانة النظام العام من ناحية ثانية ، فاذا ما تطلب الحفاظ على النظام العام تقييد الحريات عن طريق الاجراء الضبطي فان هذا الاجراء لن يكون مشروعاً إلا اذا كان ضرورياً ولازماً ، مما يقتضي معه ان يراقب القاضي الملاءمة ، وبالتالي فان وظيفة القاضي تمتد الى الرقابة على الملاءمة دون ان يتجاوز وظيفته كقاضي للمشروعية [2] .

الأساس الرابع / الدور المنشئ للقاضي الاداري :

يستند بعض من الفقه [3] الى الدور المنشئ للقاضي الاداري ، كأساس لرقابة الملاءمة على القرار الاداري من خلال القاعدة القضائية التي وضعها القضاء نفسه في هذا الشأن ، على أعتبار ان من خصائص القانون الاداري انه مرن وغير مقنن ، كما تعتبر احكام القضاء مصدراً له والذي يمكن وصفه بأنه قانون قضائي ، حيث ان عجز المشرع من التدخل سلفاً في تقييد الادارة أدى الى ان يحل القاضي محل المشرع على التحديد بدلاً من التجريد والعمومية ، فهو يتمتع بسلطة واسعة في نظر جدية المشاكل الادارية وحداثتها التي قد لا تجد لها قواعد واضحة تحكمها في كثير من الاحيان ، مما يدفعه الى البحث عن حل لها وقد تصل هذه السلطة الى حد إنشاء قواعد قانونية جديدة وتقريرها .

ويدعم أصحاب هذا الرأي اساس الملاءمة بما اكدت علية المحكمة الادارية العليا في مصر بما للقضاء الاداري من دور إنشائي ، حيث ذهبت الى ان (..... فلا يلتزم القاضي الاداري بتطبيق القواعد المدنية وانما تكون له حريته واستقلاله في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام بين الادارة في قيامها على المرافق العامة وبين الافراد، فله أن يطبق القواعد المدنية ما يتلاءم معها ، وله ان يحورها بما يحقق هذا التلاؤم ، ومن هنا يفترق القانون الاداري عن القانون المدني في انه غير مقنن ، حتى يكون متطور

([1]) حكم محكمة القضاء الاداري الصادر في ٢٩ ابريل ١٩٥٣ ،المجموعة السنة السابعة ، ص١٠٢٧ ، اورده د. محمد صلاح عبد البديع ، المرجع السابق ، ص٢٩

([2]) رضا عبد الله مجازي ،مرجع سابق ،ص٢٨٤

([3]) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، السلطة التقديرية ، مرجع سابق ،ص٤٣٩ . كذلك رضا عبد الله مجازي ، المرجع السابق ، ص٢٨٤ . كذلك د. محمد حسنين عبد العال ، فكرة السبب في القرار الاداري ، مرجع سابق ،ص١٨٤

غير جامد ، ويتميز القضاء الاداري عن القانون المدني في انه ليس مجرد قضاء تطبيقي مهمته تطبيق نصوص مقننة مقدماً بل هو على الأغلب قضاء إنشائي لا مندوحة له من خلق الحل المناسب) [1] ، لذلك فان القضاء الاداري يمارس رقابته على الملاءمة من خلال سلطته الخلاقة في إنشاء القواعد القانونية [2].

من خلال عرض آراء الفقه حول الاساس القانوني لرقابة الملاءمة ، فأننا نؤيد ما ذهب اليه أصحاب الرأي الذي يجعل من الدور المنشأ للقاضي الاداري أساساً لرقابة القضاء الاداري للملاءمة ، على اعتبار ان القضاء الاداري أنشأ قاعدة قانونية مفادها انه يشترط في القرار الاداري ان يكون ضرورياً ومتناسباً مع أهمية الوقائع التي تدعو الادارة لاتخاذه وعلى أساس هذه القاعدة مارس القضاء الاداري رقابته على الملاءمة .

المطلب الثالث

مجالات تطبيق رقابة الملاءمة

بعد ان بينا مفهوم الملاءمة وأساسها القانوني وموقف الفقه منها لابد أن نبين المجالات التي حرص القضاء الاداري على تطبيقها فيه ، حيث أن وجود أمتياز السلطة التقديرية للإدارة يتطلب من القضاء أن يَحد من هذه السلطة منعاً للتعسف أو الغلو في تطبيقها ، لذلك نجد أن القضاء الاداري قد مارس هذه الرقابة على القرارات الخاصة بالضبط الاداري وفي مجال القرارات التأديبية ، لذلك سوف نتناول تطبيقات هذه الرقابة في كل من فرنسا ومصر والعراق في فرع خاص لكل منها.

الفرع الأول

تطبيقات رقابة الملاءمة في فرنسا

لقد بسط القضاء الاداري الفرنسي رقابة الملاءمة على القرارات الصادرة من جهة الادارة في مجال الضبط الاداري وفي مجال القرارات التأديبية ، كما راقب القرارات الخاصة بنزع الملكية للمنفعة العامة ، وهذه الرقابة تعتبر بحد ذاتها تقييد للسلطة التقديرية للإدارة ، كونها

([1]) حكم المحكمة الادارية العليا في ٦/٢ /١٩٧٣ قضية رقم ٢٦٥ لسنة ٢٦ ق، المجموعة السنة ٢٦ ص٦١٢

([2]) رضا عبد الله مجازي ، مرجع سابق ، ص٢٨٥

تتناول مشروعية الوسيلة التي لجأت اليها الادارة ومدى ملاءمتها لواقع الحال ، فاذا كان القضاء الاداري يجيز للإدارة ان تلجأ الى كل وسيلة مشروعة لتحقيق أغراض الضبط الاداري ، الا انه يجب ان لاتصل الى الحد الذي يعطل الحرية تعطيلاً عاماً، بمعنى ان يكون الاجراء متناسباً مع الحالة التي استوجبت استخدام الوسيلة [١] .

حيث يراقب مجلس الدولة الفرنسي الملاءمة في مجال الضبط الاداري في الظروف العادية والاستثنائية ، فقد ظهرت بوادر الرقابة على الملاءمة من خلال حكم (بنجامين) الصادر في ١٩٣٣/٥/١٩ الذي ألغى بموجبه مجلس الدولة الفرنسي قرار عمدة بلدة من منع المحاضر (بنيامين) من إلقاء محاضرة ، مدعياً بمخاطر الاخلال بالنظام العام التي يمكن ان يسببها هذا الاجتماع ، فقد أعلن المجلس ان الاضطرابات المحتملة التي تذرع بها العمدة ليس من الجسامة بالدرجة التي لا يستطيع معها حفظ النظام العام من خلال إصدار تدابير ضبط مناسبة بدون منع المحاضرة ، فقرر الغاءه[٢] ، ثم اخذ مجلس الدولة الفرنسي على هذا النهج في رقابته على ملاءمة قرارات الضبط الاداري ، حيث كان حريصاً على تقييد السلطة التقديرية للإدارة حفاضاً على حريات الافراد في مجال حرية العبادة وحرية الصناعة والتجارة وفي حرية الصحافة وفي مجال المحافظة على حريات الاجانب .

فمن تطبيقات رقابة القضاء الاداري الفرنسي على الملاءمة في القرارات الخاصة بالأجانب، ما ذهبت اليه المحكمة الادارية بباريس بإلغاء قرار منع أحد الاجانب من دخول الاراضي الفرنسية على أساس ان تقدير الادارة للوقائع في هذه الحالة كان مشوباً بخطأ بين [٣]، كما استخدمت المحكمة نظرية الغلط البين في مجال الرقابة على القرارات الخاصة بحرية الصحافة ، من خلال الغاءها لقرار وزير الداخلية بمنع دخول مجلة وتوزيعها وبيعها ، حيث تأيَد هذا الالغاء امام مجلس الدولة الفرنسي على أساس ان القرار كان مشوباً بخطأ بين في تقدير مخاطر نشر المجلة المذكورة على النظام العام [٤] .

وقد راقب مجلس الدولة ملاءمة القرارات الخاصة بحرية التجارة من خلال تأكيده على أن تقييد تلك الحرية لا يتقرر الا اذا كان ضرورياً لمواجهة الاخطار التي تهدد النظام العام ، فقد قضى بإلغاء قرار يُحرم على المصورين الجائلين ممارسة حرفتهم في الطريق العام ، قاصراً

---

(١) د. سليمان الطماوي ، الوجيز في القانون الاداري ، مرجع سابق ، ص٥٧٤

(٢) اورده خالد سيد محمد محمود ، حدود الرقابة القضائية على سلطة الادارة التقديرية ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ص٥٢٩

(٣) اورده رضا عبد الله حجازي ، مرجع سابق ، ص٢٧٢

(٤) اورده مايا محمد ابو دان ، مرجع سابق ،ص١٥٣

تلك الممارسة في مكان معين ، حيث رأى المجلس (ان الخشية من الاخلال بالنظام العام لا يبرر هذا التقييد الشديد ، كون الاخلال لم يكن من الجسامة التي تبرر الحجر على حرية التجارة والصناعة ؛ لأنه لم يكن ثمة تناسب بين هذا القيد الخطير وبين مظهر الاخلال البسيط)[١] .

وقد راقب مجلس الدولة الفرنسي ملاءمة القرارات المتصلة بحرية العبادة ، من خلال حكمه (بعدم مشروعية قرار الادارة بمنع تنظيم قداس في الهواء الطلق في ميدان عام ، حيث توصل المجلس من خلال رقابة الملاءمة الى ان هذا الاحتفال ليس من طبيعته تهديد السكينة والامن العام بالدرجة التي تعجز معها السلطات المحلية عن مواجهتها بواسطة تدابير ضبط مناسبة) [٢] .

واذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد بسط رقابته على الملاءمة في الظروف العادية فانه قد بسط رقابته ايضاً في ضل الظروف الاستثنائية من خلال حكمه في قضية الارملة (Goguet) الذي من خلاله قضى (بإلغاء القرار الصادر من عمدة مدينة (نانسي) بالاستيلاء على شقة الارملة ، وأسس المجلس حكمه على ان المصاعب او الظروف الاستثنائية التي واجهتها الادارة في المدينة في ايجاد مأوى للاجئين والمنكوبين بسبب الحرب لم تكن تقضي أن يتخذ عمدة هذه المدينة هذا الاجراء) [٣] .

اما في مجال القرارات التأديبية ، فان مجلس الدولة الفرنسي في رقابته على القرارات التأديبية قد وقف في بداية الأمر عند نطاق رقابته على شرعية القرارات التأديبية من الناحية الداخلية ، حيث أقتصرت رقابته في هذه الفترة على حقيقة ان الافعال التي تنسبها الإدارة للموظف تكون خطأ تأديبي ، وبالتالي تبرر توقيع العقوبة ، فهو لم يراقب في هذه الفترة مدى ملاءمة العقوبة مع الخطأ المرتكب معتبراً انها من اختصاص السلطة التأديبية مادامت هذه العقوبة وردت في لائحة العقوبات[٤] ، وقد كان اتجاه مجلس الدولة الفرنسي في قضائه هذا مدفوعاً بعدة عوامل ترجع الى طبيعة العمل الاداري ، باعتبار ان طبيعة العمل الاداري وما يرافقه من أخطاء يجب ان يترك تقديره للإدارة نفسها دون القاضي الذي يعتبر بعيداً عن

---

(١) اورده رضا عبد الله حجازي ، المرجع السابق ،ص٣٤٠

(٢) المرجع نفسه ، ص٣٤١

(٣) اورده علي حسين احمد الفهداوي ، الاتجاهات الحديثة في الرقابة على السلطة التقديرية للادارة ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص١٦٦

(٤) د. عادل الطبطبائي ، الرقابة القضائية على مبدا التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية ، مجلة الحقوق ، العدد الثالث ، السنة السادسة ، ١٩٨٢ ، ص٨٧

الظروف التي تحيط بالمرفق والتي دفعت الموظف الى ارتكاب الخطأ والتي يكون لها تأثير في تقدير السلطة التأديبية للعقوبة [١] .

الا ان هذه العوامل او الاسباب لم تكن مقنعة للكثير من الفقهاء الذين وجهوا سهام النقد لمسلك مجلس الدولة الفرنسي معتبراً ان تعسف الادارة دون عقاب يؤدي الى تخلف النظام التأديبي، كما انه من الغريب ان يستمر مجلس الدولة الفرنسي من موقفه الرافض للرقابة على ملاءمة القرارات التأديبية بحجة أنها العنصر المهم في السلطة التقديرية للإدارة في حين انه بسط رقابته على هذه السلطة مستخدماً نظرية الخطأ البين في التقدير لمد رقابته على السلطة التقديرية في مجالات اخرى [٢].

وأزاء النقد الذي ساقه الفقهاء لمسلك مجلس الدولة الفرنسي ، فانه عدل عن موقفه من خلال حكم (ليبون) الشهير عام ١٩٧٨ [٣] الذي يعتبر نقطة البداية في رقابة الملاءمة في القرارات التأديبية ، مستخدماً بذلك نظرية الخطأ البين ، ثم تلت بعد ذلك احكام كرست رقابة الملاءمة على تلك القرارات ومنها قراره في قضية (Mme Boury Nauron) الذي قرر الغاء عقوبة العزل من الخدمة لأنه وجد ان هذه العقوبة التي تشكل أقصى عقوبة في قائمة العقوبات التأديبية لا تتناسب مع الخطأ المرتكب والممثل في الاهمال والتأخير في ايصال الردود على المكتبات الرسمية [٤] ، وكذلك الغى المجلس قرارين صادرين من وزير الدولة للجامعات بنقل بعض اعضاء هيئة التدريس من جامعة باريس الى جامعة (نانتير) لقيامهما على غلط بين في تقدير احتياجات كل من الجامعتين المذكورتين [٥].

ولم تقتصر رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الملاءمة في قرارات الضبط الاداري او القرارات التأديبية ، وانما شملت كذلك القرارات الخاصة بنزع الملكية لأغراض المنفعة العامة مستخدماً نظرية الموازنة بين المنافع والاضرار كوسيلة للرقابة في احكام كثيرة ، منها حكمه (بالغاء انشاء مطار في بلدة محدودة السكان كونه لا يحقق أية فوائد اقتصادية ، كما أنه لا تتناسب

---

(١) حنان محمد القيسي ،الرقابة القضائية على الملاءمة بين المخالفة والعقوبة في القرارات التأديبية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ،جامعة بغداد، ١٩٩٤ ، ص٥١

(٢) د. عادل الطبطبائي ، مرجع سابق ، ص٩٢

(٣) وتتلخص وقائع حكم (ليبون) ان احد المدرسين في اكاديمية (تولوز) وجه اليه اتهام بقيامه بتوجيه اشارات وحركات غير مؤدبة الى فتيات صفه وقد خلص مجلس الدولة الى ان هذا الفعل يشكل خطا يبرر توقيع عقوبة العزل عليه وان هذه العقوبة لم تتصف باي خطا ظاهر في التقدير .

(٤) اشارت اليه مايا محمد ابو دان ، مرجع سابق ، ص١٣٨

(٥) اشار اليه رضا عبد الله حجازي ، مرجع سابق ، ص ١٨٩

تكلفته مع المصادر المالية للبلدة وبالتالي رجحان كفة العيوب على كفة المزايا) كما ألغى انشاء طريق كونه يشكل أضراراً لا تتناسب مع الأهمية التاريخية والفنية لموقع المشروع) [1] ٠

الفرع الثاني

مجالات تطبيق رقابة الملاءمة في مصر

لقد سار مجلس الدولة المصري على ما سار عليه مجلس الدولة الفرنسي في فرض رقابته على تقدير الادارة لقيمة وأهمية وخطورة الاسباب ومدى تناسبها مع الاجراء المتخذ ، على اعتبار ان قرارات الضبط الاداري من شأنها ان تؤدي الى تقييد الحريات او الانتقاص منها وكذلك بسط رقابته على القرارات الصادرة من السلطات التأديبية وملاءمتها بين المخالفة والعقوبة ٠

ففي مجال قرارات الضبط الاداري ، سعى القضاء الاداري الى اقامة نوع من التوازن بين ما ينبغي للحرية من حرمة وبين حماية وصيانة النظام العام ، واستطاع ان يحد من سلطة الادارة في مجال الضبط الاداري ، باشتراط لكي يكون اجراء الضبط مشروعاً ان يكون ضرورياً ولازماً وملائماً للظروف والوقائع التي أدت الى اتخاذه ،وذلك في الكثير من القرارات في اطار الضبط الاداري مثل القرارات المتعلقة بحرية العبادة وحرية التجارة والصناعة والمحافظة على الصحة العامة وحرية النشر والصحافة وكذلك في القرارات المتعلقة بحقوق الاجانب سواء في الظروف العادية او الاستثنائية ٠

ففي مجال حرية العبادة طبقت محكمة القضاء الاداري رقابتها على ملاءمة قرارات الادارة من خلال (الغاء قرار الادارة الصادر برفض ترخيص ببناء كنيسة والذي استندت فيه الادارة الى قرب الموقع المقترح من إحدى دور السينما ، مما يهدد قيام احتكاك بين جمهورها وجمهور المصلين كما قد يتضمن عرقلة المرور، حيث أكدت المحكمة الى ان المسافة بين السينما والموقع المقترح لبناء الكنيسة كافياً لمنع حدوث اي احتكاك)[2] ، وفي مجال القرارات

([1]) د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، مرجع سابق ،ص٩١

([2]) حكم محكمة القضاء الاداري ، قضية رقم ٢٥٠ لسنة ١ ق ، ١٩٤٨/٢/٢٤ ، مجموعة مبادئ س٢ ،ص٣٧٨

المتعلقة بحرية التجارة والصناعة (أقرت المحكمة قرار الادارة بإلغاء ترخيص بيع الخمور لاحد المحلات مما فيه من ضرر واضح على المتعاطين وأُسرهم) [١] .

وفي القرارات المتعلقة بحرية الصحافة فقد ذهبت المحكمة الى (الغاء القرار الصادر بمصادرة إحدى الصحف والذي استندت فيه الادارة الى خطورة المقالات التي تنشرها الجريدة وانها تمثل خطراً داهماً على الامن والنظام العام مما يحتم مصادرتها فوراً وبالطريق الاداري وتعرضت المحكمة لتقدير ملاءمة هذا الاجراء وقضت بإلغائه ؛ لأنه لم يكن هناك خطر مفاجئ يقتضي الغاء الجريدة فوراً) [٢] .

أما في مجال القرارات التأديبية فان القضاء الاداري المصري متمثلاً بمحكمة القضاء الاداري والمحكمة الادارية العليا لم يكن يراقب ملاءمة القرارات التأديبية منذ البداية وإنما ترك مسالة ملاءمة تقدير الجزاء المناسب مع المخالفة لمحض السلطة التقديرية للإدارة ، ثم تطور الأمر بعد ان بسط رقابته على بعض القرارات الخاصة بطوائف العمد والمشايخ والطلبة ، إذ أكدت على وجوب مراعاة التناسب بين الخطأ التأديبي والجزاء الموقع بشأنها [٣] ، فقد قضت محكمة القضاء الاداري في حكمها عام ١٩٥١ على (ضرورة قياس الجزاء بما يثبت من خطأ مما يعني عدم الالتجاء الى عقوبة الفصل وهي أشد الجزاءات إلا في حالة ارتكاب العمدة او الشيخ أعمالاً جسيمة تتناسب مع العقوبة)[٤] .

ويعتبر حكم المحكمة الادارية العليا في ١٩٦١/١١/١١ الحكم الذي وسع رقابة القضاء الاداري على الملاءمة ، من خلال إيراده قيداً على حرية الادارة في تقدير الجزاء الملائم للفعل المرتكب ، استنادا لنظرية الغلو التي تعتبر الوسيلة القضائية التي من خلالها يتم مراقبة ملاءمة القرارات التأديبية ، حيث كرس هذا الحكم مفهوم الملاءمة بقوله (ولئن كانت للسلطات التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الاداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك ، الا ان مناط مشروعية هذه السلطات شأنها في ذلك شأن أية سلطة تقديرية أخرى ، هو ان لا يشوب استعمالها غلو ، ومن صور الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الاداري ونوع الجزاء ومقداره)[٥] ، ومن ثم توالت الاحكام التي انتهجت المحكمة بها نفس النهج مثل

---

(١) حكم محكمة القضاء الاداري ، قضية رقم ٦٠٨ لسنة ٤٣ ق ١٩٩٠/١١/١٥ ، اورده رضا عبدالله ، مرجع سابق ،ص٣١٧

(٢) اشارت اليه مايا محمد ابو دان ، مرجع سابق ، ص١٥٣

(٣) عماد صبري عطوه احمد ، الضمانات القانونية امام المحكمة التأديبية ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ٢٠٠٨، ص ٣١٧

(٤) حكمها في ١٩٥١/٦/٢٦ قضيه رقم ٥٣٦ السنة ٤ ، المجموعة السنة ٥ ، ص١٠١٦

(٥) حكمها في ١٩٦١/١١/١١ ،قضية رقم ٥٦٣ ، لسنة ٧ ، المجموعة السنة ٧ ، ص٢٧

حكمها بتاريخ ١٩٦٥/١٢/١٨ التي قضت فيه (ما بدر من الطاعن من خروج على مقتضى واجبات وظيفته كان وليد عدم الرؤية والتبصر ولم يصل فعله الى حد العمد ، ومن ثم فان معاقبته بخفض درجته الى الدرجة السادسة وخفض مرتبه الى مربوط هذه الدرجة تعتبر غلواً مبناه عدم الملاءمة الظاهرة بين خطورة الذنب وبين نوع الجزاء ، ولذلك يتعين إلغاء الحكم المطعون فيه ، والحكم بمجازاته بخصم شهرين من مرتبه٠)[١] ٠

ومن احكام محكمة الادارية العليا الحديثة حكمها في الطعن رقم ٦٤١٨ لسنة ٤٩ بتاريخ ٢٠٠٥/٩/٢٥ والذي جاء فيه (٠٠٠فان هذه المخالفة لم تبلغ ذلك الحد من الجسامة والذي يبرر مجازاة الطاعن عنها بالفصل من الخدمة باعتبار ان جزاء الفصل من الخدمة هو أشد انواع الجزاءات في نوعه ومقداره ومن ثم فان مجازات الطاعن بالفصل من الخدمة عما ثبت في حقه هو جزاء مشوب بالغلو ، لعدم التناسب الظاهر بين هذا الجزاء وما ثبت في حق الطاعن من مخالفات وهو ما يستوجب القضاء بإلغائه والقضاء مجدداً بمجازات الطاعن بخصم شهر من أجره)[٢] ٠

الفرع الثالث

مجالات تطبيق رقابة الملاءمة في العراق

من الثابت ان رقابة الملاءمة تتصل بتناسب الاجراء المتخذ من قبل الادارة مع خطورة وأهمية جميع الظروف المحيطة لذلك الإجراء ، وتتناول رقابة الملاءمة في القرار الاداري على عنصري السبب والمحل ، وقد مارس القضاء العراقي رقابته على الملاءمة على القرارات الخاصة بالضبط الاداري والقرارات الخاصة بالمجال التأديبي من خلال محكمة القضاء الاداري ومجلس الانضباط العام (محكمة قضاء الموظفين حالياً) ٠

ففي مجال رقابة الملاءمة على قرارات الضبط الاداري فقد سارت أحكام القضاء العراقي على ما سارت عليه احكام القضاء المصري والفرنسي من اخضاع قرارات الضبط الاداري لرقابة الملاءمة ، بقصد خلق نوع من التوازن بين المحافظة على النظام العام من جهة ، وحماية حقوق الافراد وحرياتهم من جهة اخرى ٠

---

(١) تمت الاشارة اليه في صفحه ٢٨ من هذه الرسالة

(٢) موسوعة احكام المحكمة الادارية العليا من عام ١٩٥٥ حتى عام ٢٠١٠ ، ج٥ ، ص٣١٩٩

ومن تطبيقات القضاء الاداري العراقي لرقابة الملاءمة على قرارات الضبط الاداري المتعلقة بحجز الاشخاص والاموال قرار محكمة القضاء الاداري رقم ١٠٨ /٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/١/١٦ التي (الغت فيه قرار اداري صدر من احدى الادارات بحجز المدعي الاول وحجز واردات علوة خضراوات تعود الى المدعي الثاني ؛ لأنه جاء عارياً عن السند القانوني) [١].

ومن تطبيقات القضاء بخصوص حرية التجارة ، ما قضت به محكمة القضاء الاداري من ان (٠٠ ترحيل أصحاب محلات بيع اليابسات (البقوليات) بالجملة من منطقة الميدان في الموصل بسبب الازدحام الذي تسببه هذه المحلات من زخم مروري في وسط المدينة ٠٠٠٠٠٠ لذا فلا يعتبر مدير بلدية الموصل متعسفاً في منع المدعي من العمل في محله الواقع في منطقة الميدان وسط الموصل ، ومن حقه تخصيص علاوي خاصة لهذا الغرض في منطقة لا تسبب ازدحاماً أو زخماً مرورياً وليس من حق المدعي عدم الاستجابة لأمر الترحيل خاصة وان مجلس الشعب المحلي أوصى بذلك ٠٠٠ عليه قرر الحكم برد دعوى المدعي ٠٠٠) [٢] ، مما يدل على ان المحكمة راقبت مدى ملاءمة قرار البلدية مع ما يقتضيه الحفاظ على النظام العام ٠

ومن التطبيقات الحديثة في مجال حرية السفر، فقد ألغت محكمة القضاء الاداري القرار الصادر من الجهة الادارية المختصة والمتضمن (منع المدعي من السفر الى خارج العراق بادعاء وجود قضايا تحقيقية تتعلق بفقدان مركبة تعود للجهة الادارية كانت بعهدة المدعي والتي أنتزعت منه بالقوة تحت تأثير السلاح في منطقة داقوق ، وإقامته للشكوى بذلك ، وقيامه بتسديد مبلغ المركبة من قبله وذلك بسبب عدم تقصير المدعي بذلك) [٣] ٠

وفي مجال الرقابة على قرارات المتعلقة بحرية النشر نَجد ان الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بصفتها التمييزية ذهبت الى ((٠٠ المدعي "المميز عليه " كان قد قدم مسودة كتابه الموسوم (الاديان والمعتقدات وجزاء الثواب والعقاب في الحياة الدنيا) الى وزارة الثقافة والاعلام لغرض الموافقة على نشره ، الا ان هذه الوزارة لم توافق على ذلك بسبب الملاحظات التي أبداها الخبير الذي عرضت عليه مسودة الكتاب ٠٠٠٠ لذلك طلبت محكمة القضاء الاداري من وزارة الاوقاف والشؤون الدينية ترشيح ثلاث خبراء من الخبراء الثقاة المختصين بالعلوم

---

(١) مجلة العدالة ، العدد الثالث ، لسنة ٢٠٠١ ، نقلا عن د. غازي فيصل ، تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام ، ٢٠٠٤ ، ص٨٨

(٢) قرار محكمة القضاء الاداري رقم ٢٣/ قضاء اداري /٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/٨/١٢ غير منشور

(٣) قرار محكمة القضاء الاداري رقم ٨١ /قضاء اداري /٢٠٠٥ في ١٨ /٢٠٠٦/١ غير منشور

الاسلامية والشرعية ٠٠٠ الذين بينوا في تقريرهم بان الكتاب (مفيد للقُراء وانه يحذر المجتمع من غائلة ارتكاب الموبقات او مخالفة شرع الله وانه ليس فيه ما يتقاطع مع مبدأ السلامة الفكرية أو ما يُشم فيه رائحة الاخلال بنظام المجتمع أو إحداث الشقاق والتفرقة بين شرائحه، ويصلح للنشر) ٠٠ لذلك يكون الاستنباط الذي توصلت المحكمة سائغاً ويتفق مع الاصول المقررة قانوناً حيث ان القرار المميز القاضي بإلغاء أمر منع نشر الكتاب الصادر من وزارة الثقافة والاعلام صحيح وموافق للقانون))[١] ٠

أما في مجال رقابة القضاء الاداري على قرارات التأديب الوظيفي في العراق ، والتي تتمثل بمجلس الانضباط العام الذي تغيرت تسميته الى محكمة قضاء الموظفين كما أشرنا سابقاً والذي يختص بالنظر في الاعتراضات على فرض العقوبات المنصوص عليها في المادة (٨) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل ، وله ان يقرر المصادقة على القرار او تخفيض العقوبة او الغاءها [٢] ، وهو في هذه الحالة يراقب مدى ملائمة العقوبة المفروضة مع الفعل المرتكب من قبل الموظف فيقوم بالمصادقة على قرار الادارة اذا وجد ان العقوبة تتناسب مع المخالفة ، وله كذلك ان يخفض العقوبة اذا وجد انها لا تتناسب مع المخالفة المرتكبة ٠

فمن امثلة رقابته على الملاءمة من خلال تصديقه على قرار الادارة ، قراره المرقم ١٢٢ في ٥/٩/ ١٩٧٩ والذي صادق على قرار الادارة بعد توصية اللجنة التحقيقية التي فرضت بحق الموظف عقوبة الانذار لقيامه باحتساء الخمر أثناء الواجب الرسمي رغم مطالبة وزارة الصحة بتشديد العقوبة (حيث أكد في قراره على ان العقوبة المفروضة كانت ملاءمة عليه قرر المجلس تصديقه) [٣] ، كذلك قراره في ٣/٢٢ /٢٠١٢ الذي صادق فيه على القرار الصادر من وزير الزراعة بفرض عقوبة الانذار ، حيث جاء فيه (وعند عطف النظر على موضوع القرار محل الاعتراض وجد المجلس ان المعترض عليه إضافة لوظيفته قام بتوجيه عقوبة الانذار الى المعترضة نتيجة ثبوت قيامها بتحريف العنوان الوظيفي لموظف دون استحصال موافقة الوزير ودون علم المدير العام ، ٠٠٠ لذا قرر المجلس بالاتفاق الحكم برد أعتراض المعترضة والمصادقة على عقوبة الانذار المفروضة)[٤]٠

---

(١) قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم ٤/اداري / تمييزي /١٩٩٣

(٢) للمزيد مراجعة نص المادة (١٥) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١

(٣) مجلة العدالة ، العدد الثالث ،السنة الخامسة ،تموز / اب /ايلول/ ١٩٧٩

(٤) قرار مجلس الانضباط العام رقم ٤١١/ انضباط / ٢٠١٢ ، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٢ ، مطبعة الوقف الحديثة ، بغداد ، ص٣٠٨

اما فيما يتعلق بتطبيقات مجلس الانضباط العام من خلال رقابته على ملاءمة القرارات بتخفيض العقوبة لتتناسب مع المخالفة ، ما قضى به بتاريخ ٢٠١٢/٦/٢١ حيث خفض العقوبة المفروضة على المعترض من قطع الراتب لمدة عشرة أيام الى عقوبة الانذار حيث جاء فيه (٠٠٠ ومن خلال ما تقدم وجد المجلس ان العقوبة مبالغ فيها مع حجم المخالفة المنسوبة للمعترض ووجد ان توصيات اللجنة التحقيقية بعقوبة الانذار للمعترض أكثر مواءمة وانسجاماً مع المخالفة ، عليه قرر المجلس تخفيض العقوبة من عقوبة قطع الراتب لمدة عشرة ايام الى عقوبة الانذار)[١] ، وقد جاء بقرار آخر للمجلس الصادر في ١٩٩٤/٣/٢٤ (٠٠٠ وحيث ان العقوبة المفروضة على المدعي لا تتناسب مع الفعل وتعتبر شديدة بالنسبة للواقعة التي وجدها المجلس منطبقة على الفعل الموجب للمسؤولية وهي المحافظة على كرامة الوظيفة ، عليه فقد قرر تخفيض عقوبته الى عقوبة التوبيخ بدلاً من إنقاص الراتب ٠٠٠)[٢] ، وفي قرار آخر لمجلس الانضباط العام في ٢٠٠٨/١١/١١ وبعدد اضبارة ٢٤/ج/٢٠٠٨ ((قرر خفض العقوبة المفروضة على المدعي والصادرة من رئيس ديوان الوقف الشيعي والمتضمنة تنزيل درجته الوظيفية ونقل خدماته من مرقد الامام حمزة الغربي الى أحد المساجد في مدينة الحلة الى عقوبة لفت النظر)) [٣] ٠

اما رقابة مجلس شورى الدولة والمتمثل بالهيئة العامة[٤] باعتبارها جهة تمييزية لقرارات مجلس الانضباط على الملاءمة، يمكن ان نجدها في الكثير من قراراته التي منها قراره المرقم ١٣٦/ انضباط /تمييز /٢٠١٠ الذي الغى قرار مجلس الانضباط العام في ٢٠١٠/١/٢١ والقاضي بالمصادقة على القرار الصادر من المعترض عليه إضافة لوظيفته والمتضمن توجيه عقوبة العزل بحق المعترض حيث جاء فيه (٠٠٠ وحيث ان مهمة المميز (المدعي) باعتباره مدير فرع الشركة تنحصر بالتجهيز بناءً على طلب وتأييد دائرة الزراعة المختصة ، وحيث ان عقوبة (العزل) المفروضة بحقه لا تتناسب مع الفعل المرتكب ، كون التجهيز بالسماد كان بناءً على موافقة وتأييد الجهة المختصة (دائرة الزراعة)، عليه قرر نقض الحكم المميز فيما يتعلق بالعقوبة وتخفيضها الى عقوبة انقاص الراتب بنسبة (١٠ %) لمدة ستة

---

(١) قرار مجلس الانضباط العام رقم ٧٩٣ / انضباط /٢٠١٢ في ٢٠١٢/٦/٢١ ، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٢ ، ص٣٢٠

(٢) قرار مجلس الانضباط العام في ٣/٢٤ / ١٩٩٤ رقم الإضبارة ١٩٩٤/١١ ٠

(٣) قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٩ ، وزارة العدل ، ص ٣٨٤

(٤) الا انه تغير الامر بعد صدور التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة والذي جعل الطعن بقرارات محكمة قضاء الموظفين تمييزاً امام المحكمة الادارية العليا خلال (٣٠) يوم من تاريخ التبليغ والتي تم استحداثها في التعديل نفسه

اشهر ٠٠)[١] ، كما خفض عقوبة العزل الى التنزيل درجة وظيفية واحدة ، في قراره الصادر بتاريخ ٢٠١٢/٤/٢٦ حيث بين فيه (٠٠ وحيث تبين من خلال دراسة اضبارة الدعوى وتدقيق المخالفات المنسوبة الى المميز وجد ان العقوبة المفروضة شديدة ولا تتناسب مع الفعل المرتكب ٠٠٠ قرر نقضه وتخفيض العقوبة الى التنزيل درجة وظيفية واحدة والزام المميز عليه بإعادة المميز الى وظيفته)[٢] ٠

من خلال ما تقدم نجد ان القضاء الاداري في كل من مصر والعراق يختلف في رقابته على الملاءمة على القرارات التأديبية عن القضاء الاداري الفرنسي ، كونه لم يكتف بمراقبة مدى التناسب بين العقوبة والخطأ المرتكب ، وانما احل نفسه محل الادارة في تقدير العقوبة على عكس القضاء الاداري الفرنسي الذي يكتفي بإلغاء العقوبة التأديبية اذا ما شابها خطأٌ ظاهرٌ في التقدير ويترك للإدارة حرية اختيار العقوبة المناسبة التي تخضع أيضاً لرقابة القضاء ٠

وبعد عرضنا لرقابة القضاء الاداري على الملاءمة نجد ان سلطة القاضي الاداري في الرقابة على الملاءمة تلتقي مع الامر القضائي الموجه من القاضي الاداري الى الادارة في انها تعتبر تدخلاً في عمل الادارة ، وخرقاً لمبدا الفصل بين السلطات ، إضافةً الى ذلك فان رقابة الملاءمة على القرار الاداري تعتبر على رأي بعض الفقه أمراً ضمنياً موجهاً الى الادارة وخصوصاً عندما يقوم القاضي الاداري بتعديل العقوبة في المجال التأديبي لكي تتناسب مع الخطأ المرتكب ٠

لكنها تختلف من جانب آخر عن الامر الموجه الى الادارة بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل ، كونه يوجه أما مع الحكم او في وقت لاحق ، الأمر الذي يستوجب من الادارة ان تقوم باتخاذ قرار جديد بناءً على الأمر الموجه من قبل القاضي الاداري ، في حين ان رقابة القاضي الاداري على الملاءمة في القرار الاداري هو السعي لإيجاد نوع من التناسب بين الأجراء المتخذ من قبل الادارة والاسباب التي ادت الى اتخاذه في مجال الضبط الاداري من خلال القيام بإلغاء القرار الذي يتضمن غلو او عدم ملاءمة في الاجراء المتخذ ، وفي مجال القرارات التأديبية فان القاضي الاداري لا يقتصر على الالغاء وانما يقوم بتقدير الجزاء من قبله بعد ان يخفض او يشدد العقوبة تبعاً للخطأ المرتكب من قبل الموظف ، وهو في هذه الحالة في رقابته على الملاءمة يحل نفسه محل الادارة ، فهو ليس فقط يصدر أمراً الى الادارة (أمراً ضمنياً) بل

([١]) قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٠ ،وزارة العدل

([٢]) قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم ٨٢/ انضباط /تمييز / ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٤/٢٦ ،قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٢ ، ص٢٤٠

يذهب الى أبعد من ذلك من خلال حلوله محل الادارة في تقدير العقوبة التي تختص هي أصلٌ في تقديرها بناءً على سلطتها التقديرية ، وهو ما ذهب اليه البعض من انه تعديل للقرار الاداري والذي سوف نتطرق اليه في الفصل الثاني عند الكلام عن تطور مبدأ توجيه الاوامر الى الادارة ٠

لقد ادت الظروف التاريخية التي صاحبت نشأة وتطور القضاء الاداري في فرنسا الى ظهور مبدأ حظر توجيه الأوامر من القاضي الاداري للإدارة وحظر الحلول محلها ، فقد كان الاتجاه السائد في فرنسا ولسنوات طويلة ان القضاء الاداري لا يستطيع ان يوجه أوامر للإدارة أستناداً الى الفهم السائد آنذاك لمبدأ الفصل بين السلطات ، حيث ربط قسم من الفقه في فرنسا ومصر بين مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الاداري الى الادارة و حظر الحلول محلها ، وأرجعوه الى اساس قانوني شامل هو عدم جواز ممارسة القاضي الاداري للعمل الاداري ، وبعكسه سيكون الرئيس الاعلى للإدارة ٠

الا ان الناظر لإحكام القضاء الاداري في كل من فرنسا ومصر والعراق يجد ان القضاء الاداري لم يطبق مبدأ حظر توجيه أوامر الى الادارة وحظر الحلول محلها بشكل مطلق وانما توجد استثناءات تخفف من حدة هذا المبدأ ، فعلى الرغم من الحظر المفروض على القاضي الاداري في توجيه الأوامر الى الادارة او الحلول محلها ولفترة طويلة ،فاننا نجده يوجه على سبيل الاستثناء أوامر الى الادارة ، حيث نراه يخرج عن مبدأ حظر توجيه الأوامر من خلال الأمر الموجه الى الادارة بتزويد المحكمة بالأدلة اللازمة للفصل بالدعوى ، وكذلك الأمر الموجه الى الادارة بالقيام بإجراء تحقيق بدعوى معينة وتزويد المحكمة بنتائج ذلك التحقيق ، كذلك ما يتعلق بالإجراءات القضائية المستعجلة ومنها الحكم بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه ٠

كما ان هناك استثناءات ترد على حظر الحلول محل الادارة من قبل القاضي الاداري والذي يتمثل في الالغاء الجزئي للقرار الاداري ، والذي يعتبر تعديلاً للقرار من قبل القاضي الاداري ، كذلك حالة تحول القرار الاداري الباطل الى قرار آخر سليم اذا قدر القاضي ان اركان القرار الثاني توجد في القرار المطعون فيه ، وهو ما أعتبره الفقه حلولا محل الادارة ٠

وفي مجال دعاوى القضاء الكامل فان سلطات القاضي الاداري تتسع على نحو اكثر من دعوى الالغاء ، حيث يبدو وكأنه حل محل الادارة ، فالقاضي في هذه الدعاوى يقرر مقدار الحق كما له ان يلغي التقدير الذي حددته الادارة ويحدده على نحو مغاير لتقدير الادارة ، كما هو الحال في دعاوى العقود الادارية ودعاوى التعويض [1]٠

([1]) يذكر ان قانون مجلس شورى الدولة العراقي قد أخرج من اختصاصه المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية ، استنادا" للمادة (٧ / رابعا") قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، على الرغم من ان القضاء الاداري في كثير من الدول التي تتبنى نظام القضاء المزدوج يختص بالنظر في تلك المنازعات ، ومنها فرنسا ومصر ٠

وعلى الرغم من وجود بعض الاستثناءات التي تخفف من حدة مبدأ حظر توجيه أوامر الى الادارة و حظر الحلول محلها المفروض على القاضي الاداري ، الا انه جوبه بنقد من قبل جانب كبير من الفقه وخاصةً في فرنسا ، الذي أنتقد مجلس الدولة في تبنيه هذا المبدأ بعد ان تطلبت الحاجة الى توجيه أوامر الى الادارة من اجل تنفيذ الاحكام القضائية التي تصدر عن القضاء والتي قد تتأخر الادارة أو تمتنع عن تنفيذها ، الأمر الذي ادى الى ان يستجيب المشرع في بعض الدول ومنها فرنسا لدعوات الفقه بالقيام بتشريع بعض القوانين التي تبيح للقاضي الاداري بتوجيه أوامر للإدارة ٠

لذلك سوف تكون دراستنا لهذا الفصل على ثلاثة مباحث ، نتناول في الاول الاتجاه التقليدي والمتمثل في حظر توجيه أوامر من القاضي الاداري الى الادارة وحظر الحلول محلها ، أما المبحث الثاني سوف نتطرق فيه الى الاستثناءات التي ترد على هذا مبدأ ، اما المبحث الثالث فسوف نخصصها للاتجاهات الحديثة التي لحقت بالمبدأ ٠

المبحث الأول

الاتجاه التقليدي للقضاء الاداري في عدم توجيه أوامر الى الادارة وعدم الحلول محلها

لقد سار القضاء الاداري في كل من فرنسا ومصر وهو بصدد الفصل في المنازعات الادارية المعروضة أمامه على عدم توجيه أوامر الى الادارة او الحلول محلها في القيام بعمل من الاعمال الداخلة في اختصاصها ، وقد تواترت الاحكام الصادرة منه على تبني هذا النهج سواء في دعوى الالغاء أو دعاوى القضاء الكامل ، ففي دعوى الالغاء نجد ان احكام القضاء الاداري استقرت على انه لا يجوز للقاضي ان يتجاوز سلطته بتوجيه أمر الى جهة الادارة بإصدار قرار اداري معين ، مثل منح ترخيص للمحكوم لصالحه ، او أعادة موظف لعمله ، وكذلك الحال في دعاوى القضاء الكامل فانه ليس للقاضي ان يأمر الادارة بأداء الحق الذي حدده في حكمه الى صاحب الشأن ٠

وقد أستند القضاء الاداري في تبنيه لهذا المبدأ الى عدة أسانيد بَرَر بها الحظر المفروض عليه في توجيه الادارة او الحلول محلها ، حيث أرجع تبنيه لهذا المبدأ الى النصوص التشريعية تارةً ، والى طبيعة سلطات القاضي الاداري تارةً اخرى ، في حين أستند من جانب اخر الى مبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والهيئات الادارية ، الا ان هذه التبريرات وان كانت مقنعة لبعض الفقه ، الا انها لم تلاقي تأييداً من قبل البعض الذين أنكروا على القضاء الاداري الزام نفسه بهذا الحظر ٠

لما تقدم ولأجل بحث الموضوع بشيء من التفصيل يتطلب منا أن نقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب نتناول في الاول مضمون مبدأ حظر توجيه الأوامر من القاضي الاداري الى الادارة وحظر حلوله محلها ، في حين نخصص المطلب الثاني في البحث في الاساس القانوني للمبدأ ، ثم نخصص المطلب الثالث لبيان موقف الفقه من مبدأ حظر توجيه الأوامر الى الادارة وحظر الحلول محلها من قبل القاضي الاداري ٠

المطلب الأول

مضمون مبدأ حظر توجيه الأوامر للإدارة وحظر الحلول محلها

لبيان مضمون المبدأ لابد ان نقسم هذا المطلب الى فرعين نخصص الأول لبيان مضمون حظر توجيه الأوامر من القاضي الاداري الى الادارة ، في حين نخصص الثاني لبيان مضمون حظر حلول القاضي الاداري محل الادارة ٠

الفرع الأول

مضمون مبدأ حظر توجيه أوامر الى الادارة

ويقصد به انه لا يجوز للقاضي الاداري وهو بصدد الفصل في المنازعة المطروحة عليه توجيه أمر الى جهة الادارة بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين ، سواء كان ذلك بمناسبة دعوى الالغاء أو دعوى من دعاوى القضاء الكامل [١] ، فالقاضي الاداري لا يملك تكليف الادارة بالقيام بعمل معين او الامتناع عنه او ان يأمرها بإجراء معين هو من صميم اختصاصها ، كون ان دوره يقتصر على ممارسة وظيفته القضائية المتمثلة في انزال حكم القانون على المنازعة المطروحة عليه دون ان يتجاوز هذا الدور ، حيث لا يجوز له الخروج على نطاق اختصاصه والاعتداء على اختصاص الجهة الادارية[٢] ٠

فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي منذ أيامه الاولى توجيه أوامر الى الادارة ، وأكد ذلك في أحكامه التي منها ، حكمه بتاريخ ١٣ مارس ١٩٢٩ في قضية (روجيه) حيث قرر المجلس انه لا يختص بتوجيه أمر الى جهة الادارة بتعيين شخص معين في وظيفة عامة [٣] ، كما أكد تبنيه هذا المبدأ في أحد أحكامه اذ بين (اذا كان مُناط بالقاضي ان يبين الحقوق والالتزامات المتبادلة للمتداعين ، وأن يقضي بالتعويض المستحق عما يلحق بهم من أضرار، فانه لا يسوق له التدخل في ادارة المرافق العامة ، بان يوجه أوامر تنطوي على التهديد بجزاء مالي ، سواء الى الادارة أو الى أولئك الذين يقومون على ادارة مرفق عام)[٤] ، كما قضى المجلس بتاريخ

---

(١) د. يسري محمد العصار ، مرجع سابق ، ٢٠٠٠ ، ص٥
(٢) د. محمد سعيد الليثي ، مرجع سابق ، ص٤٤٩
(٣) د. يسري محمد العصار ، مرجع سابق ، ص٤٤
(٤) د. اورده محمد باهي ابو يونس ، مرجع سابق، ص١٦

١٢ مارس ١٩٩٣ بعدم أختصاصه بتوجيه أمر الى اللجنة المسؤولة عن الاشراف على الاذاعة والتلفزيون لإجبارها على تمكين أحد المرشحين في الانتخابات من شرح برنامجه الانتخابي [١] ، كما أكد مجلس الدولة الفرنسي على ان القاضي الاداري لا يستطيع ان يوجه في حالة العجز او الامتناع عقوبات مالية كونها تمثل أمراً مُقنّعاً وهو ما لا يملكه القاضي الاداري [٢].

وفي مصر فقد سار القضاء الاداري في قضاءه ومنذ نشوء مجلس الدولة المصري عام ١٩٤٦ على ما سار عليه القضاء الفرنسي فيما يتعلق بحظر توجيه أوامر من القاضي الاداري الى الادارة ، وقد أعلن ذلك صراحةً في أحكامه الصادرة سواء من محكمة القضاء الاداري او من المحكمة الادارية العليا .

فمن أحكام محكمة القضاء الاداري حكمها الصادر بتاريخ ١٥ ديسمبر ١٩٤٨ ، حيث أعلنت أنها (لا تختص بإصدار أمر الى وزارة المعارف العمومية بالاعتراف بالشهادة العلمية المقدمة من المدعي ، لخروج ذلك عن ولايتها القضائية التي لا تتعدى إلغاء القرارات الادارية المخالفة للقانون دون إصدار أوامر ادارية لجهات الادارة العاملة في شأن من الشؤون الداخلة في اختصاصها) [٣] ، كذلك ما قضت به بتاريخ ١/٥ /١٩٤٩ بعدم اختصاصها بتوجيه أمر الى وزارة الداخلية بإعادة موظف الى عمله بقولها (... المدعي اذا ضمن طلباته الزام وزارة الداخلية اعادته الى عمله يكون قد طلب أمر لا تختص محكمة القضاء الاداري به ، مادام اختصاصها بمقتضى قانون انشائها مقصور على الغاء القرارات الادارية التي تقع مخالفة للقانون ، فيمتنع عليها تبعاً لذلك ان تصدر أمراً الى جهات الادارة بإجراء شيء معين بذاته)[٤].

كما قضت المحكمة الادارية العليا بانه لا يجوز للقاضي الاداري توجيه أوامر الى جهة الادارة ؛ لان ذلك يخرج عن حدود اختصاصه ، وهذا ما قررته في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٢/٣/١٩(اذا كان وجه عبارة الطلبات وظاهر ألفاظها مفاده إصدار ألأمر الى جهة الادارة بالإفراج فوراً عن السيارات الواردة والتي ترد استناداً الى الموافقات الاستيرادية التي منحت للمدعي، فإن ذلك مما يتأبى واختصاص قاضي المشروعية ، إذ لا يملك ان يصدر أمراً الى جهة

(١) د. يسري محمد العصار ، مرجع السابق ، ص٤٧
(٢) د. حسن السيد بسيوني ، مرجع سابق ، ص ٣٢٦
(٣) د. يسري محمد العصار ، مرجع سابق ، ص٥٦
(٤) د. حسن السيد بسيوني ، مرجع سابق ، ص٣٢٤

الادارة ، وانما يقتصر اختصاصه على اجراء رقابة المشروعية على ما تصدره الجهة الادارية او تمتنع عن إصداره من قرارات)[1]٠

اما القضاء الاداري في العراق ومنذ نشأته والمتمثل في محكمة القضاء الاداري ومجلس الانضباط العام (محكمة قضاء الموظفين حالياً) ، فانه لم يسر على ما سار عليه القضاء الاداري في كل من فرنسا ومصر ، فيما يخص مبدأ حظر توجيه أوامر الى الادارة وحظر الحلول محلها ، فقد تجاوز حدود سلطاته الى أبعد من الحكم بإلغاء القرار المعيب بل تعداه الى إصدار أوامر صريحة الى الادارة لتنفيذ ما يصدر عنه من احكام [2] ٠

ونحن مع ما ذهب اليه القضاء الاداري العراقي في توجيه أوامر الى الادارة ، كون ان الادارة غالباً ما تتأخر او تمتنع في تنفيذ احكامه هذا من جهة ، ومن جهة اخرى ما يؤكد صحة هذا المسلك ان القضاء الاداري في كل من فرنسا ومصر أخذت احكامه تميل الى الخروج عن الحظر المفروض على القاضي الاداري وهو ما سوف نراه عند تناولنا للمبحث الثالث من هذا الفصل ٠

الفرع الثاني

مضمون مبدأ حظر حلول القاضي الاداري محل الادارة

ويراد به انه ليس للقاضي الاداري وهو بصدد الفصل في الدعوى ان يحل محل الادارة في اصدار القرارات، الإدارية أو ان يعدل فيها أو يغير في مضمونها ، فليس له ان يرتب بنفسه الآثار الحتمية لحكم الالغاء ، وذلك بان يقوم بإصدار قرار جديد محل القرار المعيب أو ان يعدل فيه ليزيل ما لحقه من عدم المشروعية [3] ، حيث لا يملك القاضي الاداري أستناداً لهذا المبدأ ان يحل صراحةً أو ضمناً محل الادارة أو يقوم بعمل يدخل في اختصاصها ، فلا يملك القيام بالعمل

([1]) حكم المحكمة الادارية العليا ، طعن رقم ٣٩٧ لسنة ٣٦ ق ، في ١٩٩٣/٣/١٩ ، الموسوعة الادارية الحديثة ، ص٧٤٢

([2]) وهذا ما بحثناه في الفصل الاول عند الحديث عن صور الاوامر الموجهة من القاضي الاداري ، للمزيد ينظر ص١٠ من هذه الرسالة ٠

([3]) د. عبد المنعم عبد العظيم جيره ،مرجع سابق ، ص٣٠٢

الذي أمتنعت الادارة عن القيام به ، فهو لا يملك مثلاً ان يُعين أو يعيد الموظف الى عمله ، أو يُعدل تاريخ التعيين أو يعلن عن الوظيفة الشاغرة [١] .

وقد ذهب ألبعض الى اعتبار ان الحظر المفروض على القاضي الاداري في الحلول محل الادارة يقتصر على دعوى الالغاء دون دعاوى القضاء الكامل ، كون ان القاضي الاداري في دعاوى القضاء الكامل يتمتع بسلطات أوسع تمتد الى الوقائع والقانون ، بعكس دعوى الالغاء التي تقتصر على الناحية القانونية [٢] .

وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي مبدأ حظر حلول القاضي محل الادارة في أحكامه ، حيث أشار اليه في حكمه الصادر بتاريخ ٢٥ مارس١٩٣١ في قضية(روشمون) حيث حكم بعدم اختصاصه بالحلول محل الادارة في أصدار لائحة ادارية من اللوائح التي أناط اليها المشرع سلطة اصدارها ، كذلك ما حكم به في قضية (كولادو) بتاريخ ٢٥ نوفمبر ١٩٥٣ الذي قرر انه لا يدخل في اختصاصه توجيه أمر أو حلول محل الادارة لقبول شخص معين في احدى المؤسسات التعليمية التابعة للحكومة [٣] .

أما القضاء الاداري المصري فقد سار أيضاً على خطى القضاء الفرنسي في تبنيه لمبدأ حظر حلول القاضي الاداري محل الادارة من خلال احكام محكمة القضاء الاداري والمحكمة الادارية العليا ، فمن أحكام محكمة القضاء الاداري التي أكدت على أن القاضي لا يملك ترتيب الآثار القانونية المترتبة على الغاء بعض الاحكام وذلك في حكمها بتاريخ ١٩٤٨/٦/١٥ الذي جاء فيه (انه لا يدخل في وظيفة المحكمة عند الفصل في دعاوى إلغاء القرارات الادارية لمجاوزة حدود السلطة ، الحكم بتعديل القرارات المطعون بها أو تصحيحها ، بل يترك ذلك للإدارة العامة وحدها تقوم به كنتيجة مباشرة للحكم الصادر بالإلغاء)[٤] ، كذلك حكمها بتاريخ ١٩٥٠/٥/١٧ حيث جاء فيه (٠٠٠وبهذه المثابة ليس للمحكمة ان تحل محل الادارة في إصدار اي قرار أو ان تأمرها بأداء أي أمر معين أو بالامتناع عنه ولا ان تكرهها على شيء من ذلك عن طريق الحكم بالتهديدات المالية ٠٠)[٥].

كما أن المحكمة الادارية العليا هي الاخرى قد تبنت مبدأ حظر حلول القاضي الاداري محل الادارة من خلال أحكامها التي منها ، حكمها الصادر بتاريخ ١٩٤٨/٦/١٥والذي جاء فيه

---

(١) د. حسن السيد بسيوني ، مرجع سابق ، ص٣٤٠

(٢) د. سليمان الطماوي ، القضاء الاداري ، قضاء الالغاء ، بدون مكان طبع ، ١٩٦٧، ص٣٥٩

(٣) د. يسري محمد العصار ، مرجع سابق ، ص٤٤

(٤) د. حسن السيد بسيوني ، مرجع سابق ، ص٣٤٠

(٥) د. عبد العظيم الجيره ، مرجع سابق ، ص٣٠٢ .

(القضاء الاداري مهمته مقصورة على الغاء القرارات الادارية دون تعديلها وهو لا يملك الحلول محل الادارة في اصدار القرار ٠٠) [١] ، فلا يستطيع القاضي الاداري أن يحل نفسه محل الادارة في اصدار القرار الاداري الصحيح بعد إلغاء القرار الغير مشروع ، وهو ما أكدته المحكمة الادارية العليا في حكمها في ٢٤ فبراير ١٩٧٤ بقولها (٠٠٠ لا تملك المحكمة ان تنصب من نفسها مكان الادارة ٠٠٠٠ اذ ليس للقاضي ان يحل محل الادارة في اصدار القرارات الادارية التي تعتبر نتيجة حتمية لحكم الالغاء [٢] .

أما فيما يتعلق بالقضاء الاداري في العراق ، فقد أتجه أتجاهاً مخالفاً لما هو عليه في فرنسا ومصر ، حيث نَجده يحل محل الادارة في الكثير من الاحكام ، سواء أحكام محكمة القضاء الاداري أو أحكام مجلس الانضباط العام ، من خلال سلطته في تعديل القرارات المطعون فيها أمامه ، والذي يجد مصدره المشرع عندما خول القاضي الاداري سلطة تعديل القرار الاداري المطعون فيه أمام محكمة القضاء الاداري [٣] .

---

(١) د. سليمان الطماوي ، قضاء الالغاء ، مرجع سابق ، ص١٠٢٧

(٢) حكم المحكمة الاداريةالعليا ، طعن رقم ٣٨٩ في ٢٤ فبرلير ١٩٧٤ ، لسنة١٦ القضائية ، مجموعة السنة التاسعة عشر ص١٨٠

(٣) حيث نصت المادة (٧ /ثامنا" /أ) من التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ على (تبت محكمة القضاء الاداري في الطعن المقدم اليها ، ولها ان تقرر رد الطعن او الغاء او تعديل الامر او القرار المطعون فيه مع الحكم بالتعويض ان كان له مقتضى بناء" على طلب المدعي)

المطلب الثاني

الأساس القانوني لمبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة أو الحلول محلها

من المتفق عليه فقهاً لا يوجد أساس قانوني أو نظري لمبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الاداري الى الادارة [١] ، وإنما يجد أساسه في السياسة القضائية العملية التي طبقها مجلس الدولة الفرنسي ، حيث قيد المجلس نفسه في مواجهة الادارة بهذا التقييد ، حيث ترجع هذه السياسة الى ظروف تاريخية صاحبت نشأة وتطور القضاء الاداري الفرنسي ، وقد نقل القضاء الاداري المصري هذا المبدأ على الرغم من اختلاف الظروف التاريخية التي صاحبة نشأة القضاء الاداري المصري [٢] ٠

وقد أتبع القضاء الاداري سياسة حذرة في تطبيقه لمبدأ حظر توجيه الأوامر الى الادارة ، فهو في الوقت الذي يعلن انه لا يختص بتوجيه أمر الى الادارة ، فانه لم يحدد الطبيعة القانونية لهذا المبدأ وقيمته القانونية ،الأمر الذي يمكن العدول عن هذا الاتجاه وفقاً لمقتضيات الامور[٣]٠

لذلك تباينت آراء الفقهاء حول الأساس الذي يستند اليه مبدأ حظر توجيه الأوامر من القاضي الاداري الى الادارة وحظر الحلول محلها ، حيث أسند جانب من الفقه المبدأ الى النصوص التشريعية التي صدرت في فرنسا بعد الثورة ، كما أسند البعض هذا المبدأ الى طبيعة سلطات القاضي الاداري ، في حين أرجع البعض هذا الحظر الى مبدأ الفصل بين السلطات ٠

وعليه سوف نقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع ، نتناول في الفرع الأول النصوص التشريعية ، وفي الفرع الثاني الفصل بين الهيئات القضائية والادارية ، وفي الفرع الثالث طبيعة سلطات القاضي ، كأسانيد لمبدأ حظر توجيه الأوامر من القاضي الاداري للإدارة وحظر الحلول محلها٠

---

(١) د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص ٢ ٠ كذلك د. يسري محمد العصار ، مرجع سابق ، ص٨ ٠ كذلك د. احمد حسني درويش ، مرجع سابق ،ص٥٥٨

(٢) د. محمد سعيد الليثي ، مرجع سابق ، ص٤٥٠

(٣) د. احمد حسني درويش ، مرجع السابق ، ص٥٥٩

الفرع الاول

النصوص التشريعية كمصدر لمبدأ حظر توجيه اوامر من القاضي الاداري الى الادارة وحظر الحلول محلها

لقد أقر مجلس الدولة الفرنسي مبدأ الحظر المفروض على القاضي الاداري ، على الرغم من خلو النظام القانوني من نصوص تشريعية تنظم الحظر المفروض على القاضي في عدم توجيه الأوامر الى الادارة [١] ، الا ان البعض من الفقه الفرنسي أرجع هذا المبدأ الى النصوص التشريعية الصادرة بعد قيام الثورة الفرنسية كأساس لهذا الحظر ، والمتمثلة بالمرسوم الصادر في ٢٢ ديسمبر ١٧٨٩ الذي حظر على المحاكم القيام باي عمل من شأنه ان يؤدي الى عرقلة وحدات الادارة العاملة في ممارستها لوظائفها الادارية ، كذلك قانون التنظيم الصادر في ١٦ اغسطس ١٧٩٠ الذي حظر على القاضي التعدي على الوظائف الادارية او محاكمة رجال الادارة عن اعمال تتصل بوظائفهم او النظر في أعمال الادارة ، كما نص الدستور الفرنسي على انه (لا يجوز للمحاكم التصدي للوظائف الادارية او استدعاء رجال الادارة أمامهم بسبب وظائفهم)[٢] .

اما في مصر فان المبدأ السائد قبل إنشاء مجلس الدولة عام ١٩٤٦ ان المحاكم القضائية هي صاحبة الاختصاص العام بالفصل في جميع المنازعات الادارية وغير الادارية ، وكان اختصاصها بالنسبة للمنازعات الادارية مقصورة على التعويض عن الاعمال الضارة ، دون التعرض لهذه الاعمال وقفاً أو إلغاءً ، الى أن صدر القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ بإنشاء مجلس الدولة المصري الذي منحه سلطة تأويل و وقف تنفيذ و إلغاء بعض القرارات الادارية ، حيث تأثر مجلس الدولة المصري بالموقف السائد في القضاء الفرنسي فيما يتعلق بحظر توجيه الأوامر الى الجهات الادارية ، والذي نراه من خلال احكام محكمة القضاء الاداري أو المحكمة الادارية العليا ، على الرغم من خلو النظام القانوني المصري من نصوص تشريعية تحظر على القاضي توجيه الأوامر الى الادارة . [٣]

---

(١) د. محمد سعيد الليثي ، مرجع سابق ، ص٤٥٣

(٢) د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ،ص١١

(٣) د. محمد سعيد الليثي ، مرجع سابق ، ص٤٥٦ . كذلك د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص١٥

وقد وجه جانب من الفقه [1] سهام النقد لهذا الاساس الذي يستند اليه مبدأ الحظر المفروض على القاضي الاداري في توجيه الأوامر الى الادارة ، ذلك لان الحجة المستمدة من النصوص التشريعية قد أضمحلت قيمتها ، كونها كانت لصيقة بوقائع تاريخية معينة وخاصةً في فرنسا ،إضافةً الى ذلك ان هذه النصوص كانت موجهة الى القضاء العادي ، الذي لم يتردد في توجيه الأوامر الى الادارة ، ولم تكن موجهة الى القضاء الاداري الذي لم يكن موجوداً في ذلك الوقت ، بل انها وضعت لعلاج تعسف القضاء العادي في مواجهة الادارة في تلك الفترة ٠

الفرع الثاني

مبدأ الفصل بين الهيئات القضائية و الادارة العاملة كمصدر لمبدأ حظر توجيه الأوامر للإدارة وحظر الحلول محلها

أرجع جانب كبير من الفقه مبدأ حظر توجيه الأوامر من القاضي الاداري وحظر الحلول محلها الى مبدأ الفصل بين القضاء الاداري والادارة العاملة [2] ، على اعتبار ان اختصاص القضاء بنظر المنازعات الادارية يكون في الحدود التي رسمها القانون ، وعليه لا يجوز له ان يوجه أوامر في منطوق حكمه للإدارة او يقضي عليها بغرامة تهديدية لإجبارها على تنفيذ الحكم الصادر ضدها ، حيث يلتزم القاضي الاداري بحدود وظيفته وهي الفصل في المنازعات والحكم على مدى مشروعية الاعمال الادارية في ضوء القواعد القانونية دون التدخل في عمل الادارة ، كما تلتزم الادارة بنطاق وظيفتها دون التعدي على اختصاص القضاء ، وذلك لاستقلال كل منهما عن الآخر استقلالاً وظيفياً وعضوياً[3] ٠

([1]) د. حسن السيد بسيوني ، مرجع سابق ، ص٣٢٩ ٠ كذلك د. محمد سعيد الليثي ، المرجع السابق ، ص٤٦٤

([2]) د. احمد حسني درويش ، مرجع سابق ، ص٥٦٧ ٠ كذلك د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص٢٤

([3]) ويقصد بالاستقلال الوظيفي ، ان لا تقضي الادارة العاملة في المنازعات الادارية ، وان لا يتدخل القضاء الاداري في شؤون السلطة الادارية ٠
اما الاستقلال العضوي فيعني ،ان الاشخاص الذين يقومون بمهمة القضاء ليسوا هم الذين يصدرون الاوامر الادارية ويقومون بمهام الادارة العاملة ٠

فاستقلال الوظيفة الادارية في مواجهة الوظيفة القضائية ، ما هي الا نتيجة منطقية لمبدأ الفصل بين السلطات ، فالإدارة لا ترغب ان تجعل من القاضي بصفه عامة والقاضي الاداري بصفه خاصة رئيساً لها أو يفرض إرادته عليها . [١]

فقد أسس القضاء الاداري في كل من فرنسا ومصر في العديد من أحكامه على أساس مبدأ الفصل بين القضاء الاداري والادارة ، في تبرير مبدأ الحظر المفروض على القاضي في توجيه الأوامر وحظر الحلول ، فمن أحكام مجلس الدولة الفرنسي الذي أستند فيه الى مبدأ الفصل بين القضاء الاداري والادارة واستقلال كل منهما عن الآخر في تبرير الحظر ، حكمه الذي قضى فيه بان (القاضي لا يملك ان يتدخل في ادارة المرافق العامة بأن يوجه لها في حالة العجز أو الامتناع ، عقوبات مالية ممثلة في صورة أوامر ، سواء اليها أو الى المتعاقدين معها ، وذلك بالنظر الى ما تتطلبه ضرورة تسيير تلك المرافق بانتظام وإطراد ، وحتى لا يهدر استقلالها) [٢].

وفي مصر فقد أسند القضاء الاداري في كثير من أحكامه الى مبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والادارة أساساً لمبدأ الحظر المفروض على القاضي الاداري في توجيه الادارة ، فقد قضت المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ٣/٢٩ ١٩٩٢ بانه (... فان ذلك مما يتأبى واختصاص قاضي المشروعية طبقاً لما ينص عليه الدستور وقانون مجلس الدولة ، اذ لا يملك أن يصدر أمراً الى جهة الادارة لاستقلال السلطة التنفيذية عن السلطة القضائية ...)[٣] .

الا أن هذا الاساس الذي أستند اليه القضاء الاداري في تبريره للحظر قد واجه انتقاد من قبل البعض ، على اعتبار انه يستند الى التفسير الجامد لمبدأ الفصل بين السلطات ،والذي جاء نتيجة ظروف تاريخية مرت بها فرنسا على وجه الخصوص[٤] .

كما يرى البعض أن التذرع بمبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والادارة ماهية الا حجة واهية واقحام للمبدأ في غير موضعه ، سيما وان القاضي في دعوى القضاء الكامل يملك سلطات واسعة في مواجهة الادارة تصل الى درجة تحديد ما يجب عليها عمله تنفيذاً لحكمه ، كما ان التذرع بالمبدأ ينطوي على مغالطة ظاهرة من خلال ما يمارسه القاضي على الادارة

---

(١) د. حسن السيد بسيوني ، مرجع سابق ، ص٣٤٢
(٢) اشار اليه د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص٢٣
(٣) حكم المحكمة الادارية العليا ، تمت الاشارة اليه سابقاً
(٤) د. مهند مختار نوح ، القاضي الاداري والامر القضائي ، مرجع سابق ، ص١٩٤

من سلطة أمر ، ولو بشكل غير مباشر ، من خلال رقابته على التناسب بين المخالفة والجزاء ، والرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير ، ورقابة الموازنة بين المنافع والاضرار [١] .

الفرع الثالث

طبيعة سلطات قاضي الالغاء كمصدر لمبدأ حظر توجيه الاوامر الى الادارة وحظر الحلول محلها

أرجع البعض الحظر المفروض على القاضي الاداري في توجيه الأوامر الى الادارة الى طبيعة سلطات قاضي الالغاء ، على اعتبار ان الطبيعة القانونية لسلطات القاضي الاداري في دعوى الالغاء تتنافى مع توجيه أوامر من القاضي للإدارة ، فقاضي الالغاء لا يملك ترتيب أثر حكم الالغاء بالكامل ، فسلطته تقف عند مجرد الحكم بإلغاء القرار الاداري ، فطبيعة سلطاته تُنشأ قيداً او حظراً عليه بعدم توجيه أوامر للإدارة [٢] ، فالقاضي الاداري يبسط رقابته على القرار المطعون فيه ، فاذا ما تحقق من عدم مشروعيته قضى بإلغائه ، دون ان يكون له الحق في تعديل القرار المعيب أو استبدال قرار آخر به ، أو توجيه أوامر للإدارة [٣] .

وقد أشار مجلس الدولة الفرنسي على ذلك من خلال حكمه الذي بين فيه بان (سلطة قاضي الالغاء تقتصر على إلغاء القرار او رفض طلب الالغاء ، وإذا ما انتهى الى الغاء القرار الاداري فليس له ان يرتب بنفسه الآثار الحتمية لهذا الحكم ، بأن يقوم بإصدار القرار الصحيح محل المعيب ، أو ان يعدل في القرار المعيب ليزيل ما لحقه من عدم المشروعية ، أو أن يصدر القرار الذي يتعين أتخاذه كأثر لإلغائه) [٤].

وفي مصر فان القضاء الاداري قد أسند كذلك أساس الحظر المفروض على القاضي الاداري الى طبيعة سلطات قاضي الالغاء من خلال الكثير من أحكامه التي بين فيها ان اصدار أوامر الى الادارة او الحلول محلها من قبل قاضي الالغاء يخرج عن حدود اختصاصه الذي حدده كل من الدستور وقانون مجلس الدولة [٥].

---

(١) د. محمد باهي ابو يونس ، مرجع سابق ، ص١٨
(٢) د. احمد حسني درويش ، مرجع سابق ، ص٥٧٤
(٣) د. سليمان الطماوي ، القضاء الاداري، قضاء الالغاء ، مرجع سابق ، ص١٠٠٩
(٤) د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص٣٠
(٥) د. محمد سعيد الليثي ، مرجع سابق ، ص٤٦٣

وقد تعرض إسناد الحظر المفروض على القاضي الاداري الى طبيعة سلطات قاضي الالغاء كسابقه للنقد ، حيث يرى البعض ان سلطة القاضي لم تعد تقتصر على مجرد البحث عن حكم القانون في المنازعة المطروحة أمامه ، بل اتسعت لتشمل تحقيق التوازن بين المصلحة العامة ومصالح الافراد الخاصة ، من خلال اعتماد عدة اعتبارات قانونية وغير قانونية تتصل بطبيعة الدعوى المعروضة وبالظروف المحيطة ، حيث أخذ القضاء الاداري ينظر في ملاءمة القرارات الادارية للظروف التي صدرت أستناداً اليها. [1] ، كما يرى بعض المنتقدين للحجة التي تبرر الحظر ، ان الاحكام القضائية في حقيقتها أوامر موجهة من القاضي الاداري الى الادارة حتى ولو كانت بشكل غير مباشر فهي تنطوي جميعاً على أمر بفعل أو أمر بالامتناع عن آخر. [2]

المطلب الثالث

موقف الفقه من مبدأ حظر توجيه الأوامر من القاضي الاداري الى الادارة وحظر الحلول محلها

لقد تباينت آراء الفقهاء حول مبدأ حظر توجيه الأوامر من القاضي الاداري وحظر الحلول محلها ، فقد انقسم الفقه بين مؤيد لهذا المبدأ ومدافعاً عنه ويدعو الى ضرورة التمسك به، بينما يرى البعض الآخر ضرورة الخروج عنه ويدعو القضاء الاداري الى مراجعة موقفه .

وعموماً فان الاتجاهات الفقهية قد انقسمت الى قسمين رئيسيين في هذا الموضوع : القسم الأول الذي يمثل الاتجاه التقليدي الذي يؤيد مبدأ الحظر ، والقسم الثاني الذي يمثل الاتجاه الحديث الذي يدعو الى ضرورة الخروج عنه ، لذلك سنقسم هذا المطلب الى فرعين : نناقش فيهما آراء الفقهاء بين مؤيد ومعارض.

(1) د. احمد حسني درويش ، مرجع سابق ، ص٥٧٦
(2) د. محمد باهي ابو يونس ، مرجع سابق ، ص٢٦

الفرع الاول

الرأي المؤيد لمبدأ حظر توجيه الأوامر للإدارة وحظر الحلول محلها

لقد أيد جانب من الفقه وخصوصاً في فرنسا النهج الذي سار عليه مجلس الدولة الفرنسي في عدم تمكين القاضي الاداري من توجيه الأوامر الى الادارة ،وعدم الحلول محلها ، حيث تأثر هؤلاء الفقهاء بالتفسير السائد لمبدأ الفصل بين السلطات الذي فسره رجال الثورة الفرنسية [١] ، ومن الفقهاء الفرنسيين الذين أيدوا هذا الاتجاه ، لافيير و هوريو و فالين، حيث أعتبروه من نتائج مبدأ الفصل بين السلطات ،وبالتالي يخرج القاضي الاداري عن حدود وظيفته القضائية ليمارس عملاً من أعمال الادارة ٠ [٢]

أما في مصر فإن جانب كبير من الفقهاء أيد مبدأ الحظر ، فقد أرجع البعض مبدأ الحظر المفروض على القاضي الاداري الى أساس نظري، يكمن في استقلال الوظيفة الادارية في مواجهة الوظيفة القضائية كنتيجة منطقية لمبدأ الفصل بين السلطات ، فالقاضي إن فعل ذلك يكون قد اعتدى على استقلالية الادارة ، كما يرجع الى أساس عملي والى الطبيعة العضوية للقاضي الاداري الذي هو اجنبي عن الادارة ، وغير مدعو للقيام أو التدخل في عمله [٣] ٠

ومن المؤيدين لهذا المبدأ ، الدكتور سليمان الطماوي الذي يرى بأن (٠٠ ومن ثم كان عمل قاضي الالغاء ينحصر في إلغاء القرار الاداري المعيب إذا ما ثبت له عدم مشروعيته فحسب ، فليس له ان يعدل القرار المعيب ، أو ان يستبدل به قرار جديد ، أو ان يصدر أوامر للإدارة ، لان كل هذا يتنافى مع مبدأ فصل السلطات كما فسره الفقه والقضاء في فرنسا) [٤] ٠

في حين لم يؤيد البعض من أصحاب هذا الاتجاه هذا المبدأ على اطلاقه ، حيث أكدوا على ضرورة التفرقة بين مبدأ حظر توجيه أوامر الى الادارة وبين حظر الحلول محلها ، داعيّن على الابقاء على مبدأ حظر حلول القاضي الاداري محل الادارة ، باعتباره نتيجة طبيعية لمبدأ فصل السلطات ، أما حظر توجيه الأوامر للإدارة فانهم لم يؤيدوا الاخذ به ، على اعتبار انه لا يستند على اساس من القانون ، وانما هو نتاج السياسة القضائية للقضاء الاداري الذي قيد نفسه بإرادته

---

(١) د. محمد علي الخلايلة ، مرجع سابق ، ص٢١٠
(٢) نقلا" عن د. يسري محمد العصار ، مرجع سابق ، ص٧٢
(٣) د. حسن السيد بسيوني ، مرجع سابق ،ص٣٤٣
(٤) د. سليمان الطماوي ، قضاء الاداري ، قضاء الالغاء ، مرجع سابق ، ص١٠١٠

على الاعمال الصادرة من جهة الادارة ، وهو ما أعتبره البعض يمثل أتجاهاً وسطاً بين الاتجاهين المؤيد والمعارض . [1]

أما في العراق فقد أيد جانب من الفقه مبدأ حظر توجيه الأوامر من القاضي للإدارة وحظر الحلول محلها ، ووجه سهام النقد للمشرع والقضاء الاداري بتبنيه توجيه أوامر للإدارة، فقد انتقد الدكتور غازي فيصل مهدي موقف القضاء الاداري بسبب تجاوزه الحدود بإصداره أوامر الى الادارة ، والحلول محلها عن طريق قيامه بتعديل القرار الاداري المطعون به ، حيث يعتبره تدخلاً من جانب القضاء الاداري في عمل الادارة والذي يعتبر من صميم اختصاصها [2].

كما يرى الدكتور عصمت عبد المجيد ، ان سلطة القاضي الاداري في دعوى الالغاء تقتصر على التحقيق من مدى مشروعية القرار الاداري المطعون فيه من حيث مطابقته للقانون ، فليس له ان يصدر أمراً الى الادارة ، وليس له تعديل القرار الاداري المعيب ، او تغيير في مضمونه ، كما ليس له أن يحل نفسه محل الادارة [3] .

ومن المؤيدين لهذا المبدأ الدكتور عصام البرزنجي ، الذي يرى بضرورة تقييد المحكمة بالسلطات التي منحها إياها القانون ، لان هناك فصلاً بين وظيفة الادارة والقضاء ، كما أن محكمة القضاء الاداري لا يمكن ان تجعل من نفسها وصياً على الادارة من خلال توجيه الأوامر . [4]

الفرع الثاني

الاتجاه المعارض لمبدأ حظر توجيه الاوامر للإدارة وحظر الحلول محلها

لقد عارض جانب من الفقه مبدأ الحظر المفروض على القاضي الاداري في توجيه الأوامر للإدارة وحظر الحلول محلها ، حيث يرى انصار هذا الاتجاه في فرنسا ان التذرع بمبدأ الفصل بين الهيئات ماهي الا حجة واهية ، واقحام للمبدأ في غير موضعه ، وبالتالي يحول دون تدخل القضاء من أجل تنفيذ احكامه ، وهو ما عبر عنه الفقيه (Jeze) بقوله بأن (مبدأ الفصل

(1) د. يسري محمد العصار ، مرجع سابق ، ص٨٥ . كذلك د. محمد علي الخلايلة ، مرجع سابق ، ص٢١٠
(2) د. غازي فيصل مهدي ، الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الاداري في العراق ، مرجع سابق ، ص١٠٠
(3) د. عصمت عبد المجيد ، مجلس الدولة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،٢٠١١ ، ص٣٦٤
(4) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، الرقابة القضائية على اعمال الادارة وآفاق تطورها ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، العدد (١ -٢) بغداد ،١٩٩٠ ،ص ١٥٠

بين الهيئات القضائية والادارة العاملة ، كأساس لمبدأ الحظر ما هو الا خرافة قديمة اصطنعتها أنظمة مستبدة ، لا يستقيم وجوده الآن بما يرتبه من آثار)[1] ، كما عبر الفقيه (Rivero) في معارضته للمبدأ بان (فالقاضي الاداري سوف يضل في نطاق وظيفته القضائية اذا ما أصدر أمراً للإدارة باتخاذ القرار الذي يتطلبه تنفيذ الحكم الصادر عنه ، فهو لن يمارس في هذه الحالة عملاً ادارياً ولا يكسب صفة اطراف النزاع ،فهو لا يتحول الى جهة ادارة وانما يضل هذا العمل ذا طبيعة قضائية)[2].

وفي مصر فقد تبنى العديد من الفقهاء هذا الرأي حيث ذهب البعض الى ان تطبيق مبدأ الحظر على القاضي الاداري لا أساس قانوني له ، وانما مصدره تفسير قضائي موسع لمجلس الدولة أفضى الى تقييد نفسه بهذا القيد ، ومن ناحية أخرى فان التذرع بمبدأ الفصل بين الهيئات لتبرير الحظر ينطوي على مغالطة ظاهرة ، اذ على الرغم من وجود هذا المبدأ ، فان القاضي الاداري يمارس سلطة الأمر ولو بشكل غير مباشر في شؤون الادارة ، كرقابته على التناسب بين المخالفة والجزاء ، والرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير ، ورقابة الموازنة بين المنافع والاضرار ، فضلاً عن رقابته على الملاءمة بين الاجراء الضبطي وسببه .[3]

ويُضيف أصحاب هذا الاتجاه الى ان تقييد سلطة القاضي وحصرها في مجرد الحكم بالإلغاء من شأنه إضعاف القضاء ، كون ان الادارة تتمتع بسلطة تحديد نتائج الغاء القرار وتحديد مضمونه ، الأمر الذي يدفع الادارة الى الاستهانة برقابة الالغاء طالما ان الأمر يرجع اليها في النهاية ، كما ان الاحكام الصادرة من القضاء الكامل كدعاوى المسؤولية التقصيرية ومنازعات العقود تتضمن غالباً الحكم بإلزام الادارة بدفع مبلغ من النقود ، دون ان يعترض أحد على انها تتضمن اعتداء على مبدأ استقلال الادارة [4] ، فضلاً من أن إعطاء حق القضاء في ترتيب آثار حكم الالغاء ، يؤدي الى الحماية الكاملة لمبدأ المشروعية ، حيث يؤدي الى ان يملك القاضي الحكم بإلغاء القرار المعيب وازالة كل آثاره المخالفة للقانون ، وليس مجرد الحكم بالتعويض في حالة عدم الامتثال لحكم الالغاء ،مع بقاء الوضع المخالف للقانون قائماً وبالتالي سوف تكون الادارة حريصة على اتباع القوانين لعلمها بنتيجة اعمالها المخالفة للقانون [5].

([1]) نقلا عن د. محمد باهي ابو يونس ، مرجع سابق ،ص٢٢
([2]) نقلا عن د. محمد سعيد الليثي ، مرجع سابق ، ص٤٨٣
([3]) د. محمد باهي ابو يونس ، مرجع سابق ، ص٢١
([4]) د. عبد المنعم عبد العظيم جيزه ، مرجع سابق ، ص٣٣٥
([5]) د. سعيد الحكيم ، الرقابة على اعمال الادارة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ،ط٢ ،١٩٨٧ ،ص٤١٣

أما في العراق ، فقد أيد البعض ما ذهب اليه القضاء الاداري في العراق ، والمتمثل بمحكمة القضاء الاداري ومجلس الانضباط العام (سابقاً) ، من تضمين بعض أحكامه أوامر الى الادارة ، فقد ذهب الدكتور مازن ليلو راضي، الى تأييد توجيه أوامر من القاضي الاداري الى الادارة ، كون أن إعمال مبدأ الحظر سوف يؤدي الى ضياع حقوق الافراد وحرياتهم ، وخصوصاً اذا ما تعلق الأمر بإصدار قرارات تشكل اعتداء خطير على الحريات الاساسية ، مما يستدعي وقوف القضاء الاداري لحماية تلك لحريات من خلال الأوامر التي يصدرها لمواجهة الادارة [١] ، كما يرى البعض ، الى ان قيام محكمة القضاء الاداري بإصدارها أوامر للإدارة يدخل في صميم اختصاصها ، ويضمن تنفيذ احكام القضاء وخصوصاً عند مماطلة الادارة او عدم تنفيذها لإحكام القضاء الاداري ٠ [٢]

وبعد ان تبين لنا موقف الفقه في كل من فرنسا ومصر والعراق ، من خلال استقراء آراء الفقهاء بمبدأ حظر توجيه الأوامر من القاضي الاداري للإدارة ، وحظر الحلول محلها ، والتي تأرجحت بشكل عام بين مؤيد ومعارض ، فإننا نؤيد ما ذهب اليه البعض من دعوتهم لتمكين القاضي الاداري من توجيه أوامر للإدارة ، وهو الشق الاول من المبدأ ، أما فيما يتعلق بالشق الثاني فإننا نرى بضرورة ابقاء الحظر على القاضي الاداري من الحلول محل الادارة ، وذلك إن منح سلطة توجيه الأوامر للإدارة يؤدي الى ايجاد حل لمشكلة تباطؤ او امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام التي تصدر منه ، كما يعتبر مسلكاً يتماشى مع التشريعات الحديثة التي منحت القاضي الاداري سلطة توجيه الأمر ، وسلطة فرض غرامة تهديدية ومنها فرنسا ، على العكس من سلطة الحلول ، وخاصةً فيما يتعلق بتمكين القاضي من تعديل القرار الاداري ، كما هو الحال في العراق ، حيث منح المشرع القاضي الاداري سلطة تعديل القرار الاداري ، الامر الذي يجعل منه وكأنه أصبح رئيساً أعلى للإدارة ٠

كما ان توجيه الاوامر من القاضي الاداري للإدارة لم يستند الى نصوص تشريعية صريحة تحرم عليه توجيه الادارة ، وانما قيد نفسه بهذا القيد ، الامر الذي يمكنه الخروج عليه تبعاً للظروف التي تتطلب تدخل القاضي في توجيه الأمر إليها ، في حين يستند حظر الحلول محل الادارة على رأي الكثير من الفقه الى مبدأ الفصل بين السلطات ، الذي يمنع القاضي من القيام بعمل يعتبر من صميم اختصاصات الادارة٠

([١]) د. مازن ليلو راضي ، اختصاص القضاء الاداري المستعجل في حماية الحريات الاساسية ، مجلة القانون والسياسة ،العدد الثامن ، السنة الثامنة ، العراق ، كانون الاول ،٢٠١٠ ،ص٥٥

([٢]) سرمد رياض عبد الهادي ، مرجع سابق ، ص١٦٧

المبحث الثاني

الاستثناءات التي ترد على مبدأ حظر توجيه الأوامر للإدارة وحظر الحلول محلها

لم يطبق القضاء الاداري مبدأ حظر توجيه الأوامر من القاضي الاداري للإدارة وحظر الحلول محلها بشكل مطلق رغم ان الاتجاه التقليدي له في كل من فرنسا ومصر على تقييد سلطاته بهذا الحظر ، حيث توجد حالات يقوم فيها القاضي الاداري بتوجيه أوامر الى جهة الادارة كاستثناء من المبدأ المذكور ، الأمر الذي ساهم في التخفيف من حدة هذا المبدأ ٠

وقد يرجع هذا التخفيف أما الى ارادة المشرع من خلال منح القاضي الاداري سلطة إصدار الأوامر الى الادارة من خلال منحه سلطة وقف تنفيذ القرار الاداري عند توفر شروطه ، كما قد ينص المشرع على منحه سلطة تعديل القرار الاداري ، كما هو الحال في العراق ، وقد يرجع هذا التخفيف الى القضاء الاداري نفسه ، حيث لم يقف القاضي الاداري مكتوف اليدين أزاء الحظر المفروض حول وظيفته وانما عمد على منح نفسه سلطة الأمر من خلال أوامر الاجراءات القضائية التي يصدرها للإدارة أثناء نظر الدعوى ، مثل الأمر بإلزامها بتقديم المستندات التي تقتضيها طبيعة التحقيق ، او الأمر بأجراء تحقيق اداري ٠

ولما كانت هذه الاستثناءات منها ما هو راجع الى حظر إصدار أوامر للإدارة ، ومنها ما هو راجع الى حظر الحلول محلها ، لذلك وجدنا من الاهمية بمكان ان نقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نبحث في الاول الاستثناءات التي ترد على حظر توجيه الأوامر للإدارة في المطلب الاول ، في حين نخصص المطلب الثاني للاستثناءات من حظر الحلول محل الادارة ٠

المطلب الاول

الاستثناءات التي ترد على مبدأ حظر توجيه الأوامر للإدارة

إذا كان الاصل العام ان القاضي الاداري لا يمكنه إلزام الادارة من خلال الأوامر التي يصدرها استناداً للحظر المفروض عليه ، الا انه يقوم استثناءً من القاعدة العامة بالقيام بتوجيه الادارة في مناسبات معينة والتي تعتبر بمثابة أوامر موجهة لها ، كقيام القاضي بإلزام الادارة بتقديم ما بحوزتها من مستندات او ملفات لازمة للأثبات في الدعوى ، أو قيامه بالطلب من الادارة بإجراء تحقيق اداري ، كذلك قد يصدر القاضي أمراً للإدارة بوقف تنفيذ القرار الاداري

، كما ان جانب من الفقه أعتبر ان إلغاء القاضي الاداري قرار الادارة بالرفض أو ما يسمى بالقرار السلبي ، يعد أمراً موجهاً للإدارة بشكل غير مباشر ٠

ولغرض بحث هذه الاستثناءات يقتضي تقسيم هذا المطلب الى فرعين نبحث في الاول الأمر بوقف تنفيذ القرار الاداري ، ثم نبحث في الثاني أوامر الاجراءات القضائية الصادرة من القاضي الاداري ، أما فيما يتعلق بحالة إلغاء القرار الاداري بالرفض فأننا قد تناولناه في الفصل الاول عند الكلام عن الأوامر الضمنية ٠

الفرع الاول

وقف تنفيذ القرار الاداري

تتمتع الادارة بامتياز هام ، وهو نفاذ القرارات التي تصدرها حال صدورها ، دون ان يكون للطعن عليها بالإلغاء من أثر في هذا الشأن ، تطبيقاً لمبدأ الاثر غير الموقف للطعن ، حيث يكون للإدارة الخيار بين التمهل حتى ينجلي الموقف أو تنفيذ القرار الصادر منها [١] ٠

وقد أرجع الفقه مبررات الاثر غير الواقف للطعن الى نظرية القرار الاداري التنفيذي التي طرحها العميد (هوريو) ، اي ان الادارة تملك سلطة تنفيذ القرار الذي اصدرته دون أخذ الاذن من القضاء ، أما التبرير الثاني فهو الفصل بين القضاء والادارة ، مما يعني تدخل القاضي بعمل الادارة اذا ادى وقف آثار القرار الاداري عند رفع الدعوى القضائية ، كما أسنده البعض الى المصلحة العامة ، كون ان القرار الاداري يفترض فيه الضرورة والاستعجال ، فالإدارة تتحمل عبأ اشباع الحاجات العامة [٢] ،٠

الا ان تطبيق مبدأ الأثر غير الموقف للطعن على اطلاقه يؤدي الى صعوبة تدارك النتائج المترتبة على تنفيذ القرار المطعون فيه ، نتيجة بطء الفصل في دعوى الالغاء ، فاذا كان حكم الالغاء يؤدي الى اعدام القرار الاداري وازالة جميع آثاره واعادة الحال الى ما كان عليه قبل إصداره ، فكيف ينتج حكم الالغاء هذه الآثار اذا كان القرار قد قامت الادارة بتنفيذه ؟ من هذا

---

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفه ، قضاء الامور الادارية المستعجلة ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ٢٠٠٨ ، ص١١

(٢) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، وقف تنفيذ القرار الاداري في احكام القضاء الاداري ، ط٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠١ ، ص١٧

السؤال تنطلق أهمية وقف تنفيذ القرار الاداري ، كونه استثناء من مبدأ نفاذ القرارات الادارية وانتاجها لأثارها القانونية منذ صدورها ٠

فوقف تنفيذ القرار الاداري هو سلطة أو صلاحية يستطيع بموجبها القاضي الاداري ان يحكم بوقف تنفيذ القرار الاداري عند الطعن فيه بالإلغاء اذا طلب الطاعن ذلك في صحيفة الدعوى وعند توافر الشروط اللازمة لوقف التنفيذ [١] ، غير ان القاضي لا يملك وقف تنفيذ القرار الاداري تلقائياً بمجرد الطعن الا اذا وجد نصاً يخوله صراحةً هذا الاختصاص ، كون وقف التنفيذ استثناء من الاصل ٠

ففي فرنسا كان وقف التنفيذ حتى عام ١٩٥٣ من اختصاص مجلس الدولة الفرنسي ولم يكن لمجالس الاقاليم اي اختصاص بوقف تنفيذ القرارات الادارية ، وعندما صدر مرسوم ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ الذي تضمن انشاء المحاكم الادارية بدلاً من مجالس الاقاليم ، منحها سلطة وقف تنفيذ القرارات الادارية المطعون فيها بالإلغاء أمامه ، الى ان سمح لمحاكم اول درجة بوقف تنفيذ القرارات الادارية المتصلة بالنظام العام ، وذلك في المرسوم رقم ٣٣٩- ٨٠ في ١٢ مايو سنة ١٩٨٠ [٢] ٠

أما في مصر فإن قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ نص في المادة (١/٤٩) على انه (لا يترتب على رفع الطلب "طلب الالغاء" الى المحكمة وقف تنفيذ القرار الطلوب الغاءه ، على انه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه إذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى ، ورأت المحكمة ان نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها) [٣]٠

فوقف تنفيذ القرار الاداري هو إجراء مستعجل يلجأ اليه الطاعن بطلب ضمن دعوى الالغاء ولا يجوز ان يكون مستقلاً، فهو قُرر من أجل مجابهة الادارة في تعمدها لمخالفة القوانين واللوائح معتمدة على بطء القضاء في الفصل في دعوى الالغاء ، وقد أشار القضاء الاداري المصري الى أركان طلب وقف التنفيذ في حكم المحكمة الادارية العليا بتاريخ ١٩٨٥/١٢/٧ حيث بينت (لا يقضى بوقف تنفيذ القرار الاداري الا اذا تحقق ركنان : الاول ركن الاستعجال بان يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها والثاني : ركن الجدية الذي يتصل بمبدأ المشروعية ، بان يكون ادعاء الطالب في هذا الشأن قائماً بحسب الظاهر من الاوراق على

---

(١) احمد خورشيد حميدي المفرجي ، وقف تنفيذ القرار الاداري عن طريق القضاء ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٥ ، ص٢٠

(٢) نقلا" عن د. عبد الغني بسيوني ، مرجع سابق ، ص٢٦

(٣) عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، قضاء الامور الادارية المستعجلة ، مرجع سابق ، ص١٧

أسباب جدية يُرجح معها الحكم بإلغاء القرار المطعون عليه) [1] ، كما اكدت المحكمة على الطابع الاستثنائي لوقف تنفيذ القرار الاداري ، فقد جاء بحكمها في ٢٠٠١/٨/٢٧ الذي بينت فيه (ولاية محاكم مجلس الدولة في وقف تنفيذ القرارات الادارية مشتقة من ولايتها من الالغاء وفرع منها ، ومردها الرقابة القانونية التي يسلطها القضاء الاداري على القرار على اساس وزنه بميزان القانون وزناً مناطه مبدأ المشروعية ٠٠ يتعين على القضاء الاداري ان لا يوقف قراراً ادارياً الا اذا تبين له بحسب الظاهر من الاوراق ودون المساس بأصل الحق وان طلب وقف التنفيذ قد توافر فيه ركنان : الاول ركن الجدية ويتمثل في قيام الطعن على أسباب جدية من حيث الواقع والقانون تحمل على ترجيح الحكم بإلغائه عند نظر الموضوع ، والثاني : ركن الاستعجال بان يكون من شأن استمرار تنفيذ القرار إحداث نتائج يتعذر تداركها فيما لو قضى بإلغائه) [2] ٠

ولما تقدم فإن لوقف تنفيذ القرار الاداري ثلاث شروط اثنان منها موضوعية وهما ، ان يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها ، و أن تستند دعوى الغاء القرار على أسباب جديه ، أما الشرط الثالث فهو شكلي يتعلق بتسجيل طلب وقف التنفيذ في عريضة دعوى الالغاء ٠

الشرط الأول/ أن يقدم طالب وقف التنفيذ طلبه في صحيفة دعواه ، أي أن يكون مقترناً بطلب الالغاء ، وبعكسه فان المحكمة لن تقبل طلبه[3]، وهو ما أكدته المحكمة الادارية العليا في مصر في حكمها الذي جاء فيه (ان وقف تنفيذ القرارات الادارية ووقف تنفيذ الاحكام القضائية يخضع لضوابط وشروط واحدة من حيث المشروعية وركن الاستعجال ، ومن ثم يلزم لقبول وقف التنفيذ القرار أوالحكم المطعون فيه ان يعترف بالطلب الموضوعي في الطعن ٠٠٠وأساس ذلك ان وقف التنفيذ هو فرع من الغائه فلا يجوز الاقتصار على الاول دون الثاني)[4]

الشرط الثاني/ أن يترتب على التنفيذ نتائج يتعذر تداركها ، وهو كما يطلق عليه الفقه والقضاء الاداري بشرط الاستعجال ، وبالتالي يرفض طلب وقف التنفيذ اذا انتفى شرط الاستعجال ،وهو ما أشارت اليه المحكمة الادارية العليا المصرية في حكمها بتاريخ ٢٠٠١/٣/٣١ والذي جاء فيه (لم يعد ثمة محل للتصدي للشق الخاص بوقف التنفيذ اذا زال ما

---

(1) حكم المحكمة الادارية العليا ،طعن ٨٥٠ لسنة ٣٠ ق في ١٩٨٥/١٢/٧ ، موسوعة احكام المحكمة الادارية العليا من عام ١٩٥٥ حتى عام ٢٠١٠ ، ج٥ ، ص٢٧٤٠

(2) حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن ٦٣٥٢ لسنة ٤٦ في ٢٠٠٢/٨/٢٧ ، موسوعة احكام المحكمة الادارية العليا من عام ١٩٥٥ حتى عام ٢٠١٠ ، ص ٢٧٤٦

(3) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، وقف تنفيذ القرار الاداري ، مرجع سابق ، ص١٢٥

(4) حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن ٦١٦٣ السنة ٤٧ق في ٢٠٠٧/٢/٢٤ ، موسوعة احكام المحكمة الادارية العليا من عام ١٩٥٥ حتى عام ٢٠١٠ ، ص٢٧٤٦

قد ترتب على القرار محل المنازعة من آثار يتعذر تداركها وجوداً وعدماً وهو مناط المنازعة في شقها العاجل وعلتها التي يدور معها وجوداً وعدماً)[١] .

الشرط الثالث/ أن يستند طلب الالغاء الذي يقترن به طلب وقف التنفيذ الى أسباب جدية ، حيث تسير احكام القضاء على اشتراط قيام طلب الالغاء على أسباب جدية حتى يستجاب لطلب الطاعن بوقف تنفيذ القرار[٢] ، وهو ما أكدته المحكمة الادارية العليا المصرية بان (... على ان قيام ركن الاستعجال وحده لا يكفي للحكم بوقف تنفيذ القرار الاداري وانما لابد من توافر ركن ثاني هو ان يكون إدعاء الطالب في هذا الشأن قائماً بحسب الظاهر على أسباب جدية تحمل على ترجيح إلغاء القرار)[٣].

ولم يفرق القضاء المصري بين القرارات الادارية الايجابية والسلبية فيما يتعلق بشروط وقف التنفيذ فهو يطبق القاعدة الواردة في المادة (٤٩) من قانون مجلس الدولة وقم ٤٧لسنة ١٩٧٢، على عكس مجلس الدولة الفرنسي ، الذي رفض في أحكام كثيرة وقف تنفيذ قرارات ادارية سلبية ، محتجاً بأن وقف التنفيذ لا يمكن الحكم به الا في مواجهة قرارات تنفيذية ، وبالتالي فأن مجلس الدولة الفرنسي قد ضيق من نطاق تطبيق وقف التنفيذ بإضافة شرط الى الشروط السابقة وهو ان يكون القرار الاداري ايجابياً [٤].

أما في العراق فلم ينص قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل على جواز وقف تنفيذ القرار الاداري المطعون امام محكمة القضاء الاداري او محكمة قضاء الموظفين ، حيث كان الاجدر بالمشرع ان يعالج هذا القصور في التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ ، الا ان البعض بَرَر هذا القصور الى اشتراط التظلم الوجوبي امام الجهة الادارية المختصة لجميع الأوامر والقرارات التي يراد الطعن فيها يبرر عدم النص على جواز وقف التنفيذ في القرار المطعون فيه أمام المحكمة [٥].

([١]) حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن ٢٤٧٨ لسنة ٤٣ق في ٢٠٠١/٣/٣١ ، موسوعة احكام المحكمة الادارية العليا من عام ١٩٥٥ حتى عام ٢٠١٠ ، ص٢٧٤٣

([٢]) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، ولاية القضاء الاداري على اعمال الادارة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص٣٢٢

([٣]) حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم ١٣٢٢ لسنة ٨ق في ١٩٦٢/١٢/١٥ ، موسوعة احكام المحكمة الادارية العليا من عام ١٩٥٥ حتى عام ٢٠١٠ ، ص٢٥٣٢

([٤]) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، وقف تنفيذ القرار الاداري ، مرجع سابق ، ص٥٣

([٥]) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مجاس شورى الدولة وميلاد القضاء العراقي ، مجلة العلوم القانونية ،جامعة بغداد ،العددان الاول والثاني ، المجلد التاسع ، ١٩٩٠ ،ص ١٧٥ .

وقد انتقد الفقه [١] موقف المشرع العراقي في تجاهله لحق المحكمة في وقف تنفيذ القرار الاداري ، الامر الذي يهدر الغاية من دعوى الالغاء ، فيما لو تبين فيما بعد ان قراراتها التي نفذت مخالفة للقانون ونتج عن القرار آثار لا يمكن تداركها، لذا كان الأجدر به ان يعالج هذا الموضوع من اجل حماية المتقاضين من تعسف الادارة وسطوتها ٠

الا اننا نرى انه يمكن لمحكمة القضاء الاداري ان تطبق احكام قانون المرافعات المدنية اذا كان الامر مستعجلاً ، وكان يترتب على تنفيذه آثار لا يمكن تداركها ،وتأمر بوقف تنفيذ القرار الاداري استناداً للمادة (٧ / حادي عشر) من قانون مجلس شورى الدولة [٢] ، التي تنص على (تسري أحكام قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ وقانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩، وقانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ وقانون الرسوم العدلية رقم (١١٤) لسنة ١٩٨١ في شأن الاجراءات التي تتبعها المحكمة الادارية العليا ومحكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين فيما لم يرد نص خاص في هذا القانون ٠

أما بخصوص الطبيعة القانونية لسلطة وقف التنفيذ ، فقد انقسم الفقه حول اعتبارها أمراً موجهاً من القاضي الاداري للإدارة الى قسمين ، حيث يرى جانب من الفقه ان وقف تنفيذ القرار الاداري يمثل أمراً موجهاً الى الادارة بالقيام بعمل معين ، وهو اصدار القرار الذي أمتنعت عن إصداره ، اذا كان من القرارات السلبية ، او بالامتناع عن تنفيذ القرار اذا كان من القرارات الايجابية ، ومن الفقهاء الذين اعتبروه أمراً موجهاً للإدارة (جودميه) بقوله (انه من المؤكد ان القاضي الاداري يوجه أمراً الى الادارة حينما يحكم بوقف تنفيذ القرار موضوع دعوى الالغاء ، وهذا الامر هو أمر بامتناع عن عمل معين وهو تنفيذ القرار) [٣] ، فالحكم الصادر بوقف التنفيذ ما هو الا أمر للإدارة بإيقاف تنفيذ عملها ، وهو يؤدي في حقيقته الى ذات نتائج الامر [٤]٠

الا ان البعض أنكر على الحكم الصادر بوقف التنفيذ وصف الأمر ، وانما شأنه شأن احكام القضاء الاداري الاخرى ، والتي تفرض التزام على الادارة باحترامها والعمل بمقتضاها ، إستناداً لقوة الامر المقضي فيه ، والتي تتمتع بها الاحكام القضائية [٥] ٠

---

(١) د. غازي فيصل مهدي و د .عدنان عاجل ،القضاء الاداري ، ط١ ،مؤسسة النبراس للطباعة ، العراق ، ٢٠١٢ ، ص٢٨٠ ٠ كذلك ، د. عصمت عبد المجيد بكر ، مرجع سابق ، ص٤٥٢ ، كذلك د. خالد الزبيدي ، القرار الاداري السلبي في الفقه والقضاء الاداري ، مجلة الحقوق ،العدد الثالث ، السنه الثلاثون ، الكويت ، ٢٠٠٦ ، ص٣٨٩

(٢) التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة العراقي رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ ٠

(٣) نقلا" عن د. يسري محمد العصار ، مرجع سابق ، ص١٤٩

(٤) د. حسن السيد بسيوني ، مرجع سابق ، ص٣٣٣ ٠

(٥) د. يسري محمد العصار ، مرجع سابق ، ص١٥٠

وبعد استعراض آراء الفقه فأننا نذهب مع الرأي الاول الذي يرى بان وقف تنفيذ القرار الاداري يعتبر أمراً موجهاً للإدارة ،وهذا الامر هو امتناع عن عمل في وقف تنفيذ القرارات الايجابية ، او القيام بعمل في وقف تنفيذ القرارات السلبية ٠

الفرع الثاني

حالة أوامر الاجراءات القضائية

تتميز الاجراءات القضائية بانها ذات طبيعة تحقيقية وهذه الخصيصة تخول القاضي الاداري أن يوجه الأمر الى أطراف الخصومة الادارية للقيام بعمل معين تقتضيه طبيعة التحقيق، ومنها إصدار أمر الى الادارة لغرض تقديم مستندات او ملفات ، كما له اكراه أطراف الخصومة ومنها الادارة على تنفيذ هذه الأوامر، أو قيامه بأمر جهة الادارة بأجراء تحقيق إداري وابلاغ المحكمة بنتيجة ذلك التحقيق [١]٠

واذا كانت القاعدة العامة أن عبء الاثبات يقع على عاتق المدعي ، فان هذا الأمر لا يستقيم في مجال المنازعات الادارية والتأديبية ، كون ان الادارة غالباً ما تحتفظ بالوثائق والملفات ذات الاثر الحاسم في المنازعة ، إضافة الى ان المنازعات التي تنشب بين الافراد والادارة تجعل من الاثنين في مركز غير متساوي ، بحكم امتيازات السلطة العامة للإدارة ، لذلك يقوم القاضي الاداري بدور إيجابي للوصول الى الحقيقة من خلال القيام بإصدار أوامر للإدارة بتقديم ما لديها من مستندات ، على الرغم من ان القاعدة العامة التي بمقتضاها لا يجوز إجبار الخصم على تقديم مستندات ضد نفسه [٢]٠

ففي فرنسا خول القانون القاضي الاداري في توجيه الأوامر الى الجهات الادارية بتقديم المستندات التي تكون في حيازتها في المادة (٣٧) من مرسوم ٣٠ يوليو ١٩٦٣[٣]٠

وفي مصر فان المشرع أجاز تكليف أحد طرفي الدعوى بتقديم ما قد يكون في حيازته من مستندات منتجة في الدعوى وهو ما نصت علية المادة (٢٠) من قانون الاثبات ، كما نصت المادة (٢٣) من القانون ذاته على انه (اذا أثبت الطالب وأقر الخصم بأن المحرر في حيازته او

([١]) د. حسن السيد بسيوني ، مرجع سابق ، ص٣٣٦
([٢]) د. مصطفى ابو زيد ، مرجع سابق ، ص٦٢٧ ٠
([٣]) نقلا" عن د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص٤٦

سكت أمرت المحكمة بتقديم المحرر في الحال أو في أقرب موعد تحدده) ،كما خول المشرع لهيئة مفوضي الدولة ، سلطة الأمر للإدارة بتقديم ما لديها من مستندات ، بمقتضى المادة (٢٧) من القانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، كما أجاز لها توجيه أمر مماثل الى الطرف الآخر في الدعوى ، كما أجاز لها توقيع غرامة لا تتجاوز عشرة جنيهات اذا تأخرت عن تقديم هذه المستندات ويجوز منحها للطرف الاخر [١].

كما أكد المشرع العراقي على توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة من خلال ما نص عليه في قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل من أنه (توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً الى الحكم العادل في القضية المنظورة)[٢] ، كذلك نص على ان (للقاضي ان يأمر أياً من الخصوم بتقديم دليل الاثبات الذي يكون بحوزته ، فإن امتنع عن تقديمه ، جاز اعتبار امتناعه حجةً عليه)[٣] .

ومن تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي على سلطة القاضي الاداري في توجيه أوامر للإدارة بتقديم ما لديها من مستندات ما قررته في قضية (Couespel du mesnil) حيث قام مجلس الدولة بتوجيه أمر الى الوزير المختص بتقديم المستندات التي أستند اليها في إصدار قراره بإحالة المدعي الى المعاش ، وازاء الرفض غير المبرر من الوزير لتقديم المستندات ، أصدر المجلس حكماً سابقاً على الفصل في موضوع الدعوى ، أمرَ فيه الوزير المختص بتقديم المستندات المطلوبة في موعد غايته ثمانية أيام من تاريخ اخطاره بالحكم [٤] .

ومن تطبيقات القضاء الاداري المصري التي أستند فيها الى المادة (٢٧) من قانون مجلس الدولة سالفة الذكر ، ما قضت به محكمة القضاء الاداري بقولها (من المبادئ المستقرة في المجال الاداري ، ان الجهة الادارية تلتزم بتقديم سائر الاوراق والمستندات المتعلقة

---

(١) نصت المادة (٢٧) من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على (تتولى هيئة مفوضي الدولة تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة ، ولمفوض الدولة في سبيل تهيئة الدعوى الاتصال بالجهات الحكومية ذات الشأن للحصول على ما يكون لازماً من بيانات وأوراق ، وأن يأمر باستدعاء ذوي الشأن لسؤالهم عن الوقائع التي يرى لزوم تحقيقها أو الدخول شخص ثالث في الدعوى أو بتكليف ذوي الشأن بتقديم مذكرات او مستندات تكميلية وغير ذلك من إجراءات التحقيق في الاجل الذي يحدد ذلك) د. يسري محمد العصار ، مرجع سابق ، ص١٥٩

(٢) المادة (١) من قانون الاثبات العراقي .

(٣) المادة (٩) من قانون الاثبات العراقي .

(٤) اشار اليه د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص٤٥

بموضوع النزاع والمنتجة في إثباته إيجاباً أو نفياً متى طلب منها ذلك ، وقد رددت قوانين مجلس الدولة المتعاقبة هذا المبدأ)[1] .

وقد أختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للأوامر الموجهة من القاضي الاداري للإدارة بتقديم ما لديها من مستندات ، حيث أنكر البعض طبيعة الأمر للطلبات التي يوجهها القاضي الاداري للإدارة ، على اعتبار ان هذه الطلبات تستند الى القاعدة الاجرائية التي تخول القاضي سلطة التحقيق في الدعوى ، ومنها سلطة توجيه أمر للإدارة بتقديم المستندات ، وهي من صميم الوظيفة القضائية المرتبطة بتحقيق الدعوى ، تمهيداً للفصل فيها دون التعدي على الادارة او المساس باستقلاليتها [2] ، في حين ان البعض أعترف بطبيعة الأمر والذي نؤيده ، نظراً لما يتمتع به القاضي الاداري من دور ايجابي في ان يأمر أحد طرفي الدعوى بتقديم ما بحوزته من مستندات لازمة للفصل إثباتاً أو نفياً.

أما في مجال سلطة القاضي الاداري في توجيه أوامر للإدارة بإجراء تحقيق اداري ، فان مجلس الدولة الفرنسي اقر لنفسه وللمحام الادارية سلطة تكليف الجهة الادارية بإجراء تحقيق بشأن وقائع الدعوى المنظورة أمامه ، وتقديم التقرير الى المحكمة بنتائج هذا التحقيق ، والذي يجد أساسه في المادة (٢/٨) من قانون ١٩٩٥ التي قضت فقرتها الثانية على (أما اذا كان تنفيذ الحكم يقتضي ان يتخذ الشخص العام أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام قراراً آخر بعد تحقيق جديد يجريه لهذا الغرض ، فان المحكمة التي اصدرت الحكم إذا طلب منها ذلك صراحةً ان تأمر في ذات حكمها باتخاذ هذا الاجراء خلال مدة محددة) .

ومن أمثلة الاوامر الموجهة الى الادارة بإجراء تحقيق اداري ما قضى به مجلس الدولة في ٢٤ يونيو ١٩٥٣ ، حيث وجه أمراً الى الادارة بإجراء تحقيق في واقعات الدعوى التي كانت تتعلق بطلب الغاء قرار اداري بتوزيع مصاريف النظافة في احدى المناطق الصناعية على المصانع القائمة فيها ، فقرر المجلس اثناء تحضير الدعوى ، ان يجري تحقيق اداري تحت اشراف وزير الزراعة قبل الفصل في الموضوع بمعرفة مهندس متخصص في الشؤون الريفية [3] .

([1]) حكم محكمة القضاء الاداري الصادر في ١٥ ابريل ١٩٧٠ ، المجموعة ، السنة ٢٤ ، ص٣٠١

([2]) السيد محمد ابراهيم ، مبدأ الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية ، مجلة الحقوق ،الاسكندرية ، العدد الاول ،السنة ١٥،ص ٨٨

([3]) اشار اليه د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص٥١ .

وفي العراق فان قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل ، الزم الوزير أو رئيس الدائرة في المادة (١٠) تأليف لجنة تحقيقية تتولى التحقيق تحريرياً ، ولها سماع الشهود وتدوين اقوال الموظف ، والاطلاع على جميع المستندات والبيانات الضرورية [١] .

فقد احال مجلس الانضباط العام في أحد أحكامه ملف المعترض الى الادارة مجدداً للتحقيق فيه بعد ان تم فرض العقوبة بناءً على توصية لجنة تحقيقية غير اصولية بتأليفها من خمسة أعضاء ، حيث جاء فيه (٠٠٠مما يكون التحقيق الذي أجرته مع المعترض قد تم بصورة غير أصولية وخلافاً للقانون وبالتالي فتكون عقوبة العزل النهائي من الوظيفة المفروضة بحق المعترض قد صدرت بصورة غير أصولية ، وعليه ولما تقدم ذكره قرر المجلس وبالاتفاق الحكم بإلغاء العقوبة المطعون بها ٠٠٠٠٠وإعادة التحقيق الاداري معه ن لجنة أصولية يمكن تشكيلها وفقاً للنص المشار اليه) [٢].

ويرى البعض ان الامر بإجراء تحقيق وان كانت تأمر به المحكمة ، الا انه قد لا تراعى فيه الضمانات الاساسية للخصوم ، مثل الحيادية و عدم التحيز ، كما ان الادارة هي التي تقوم بالتحقيق ، مما دفع القضاء الاداري الفرنسي الى عدم اللجوء الى هذا الاجراء الا بصفة استثنائية٠

الا اننا لا نتفق مع هذا الرأي كون ان هذه المخاوف لا مبرر لها ، على اعتبار ان القاضي الاداري يتمتع بدور ايجابي في مجال تقدير وفحص ادلة الاثبات في الدعوى الادارية ٠

المطلب الثاني

الاستثناءات التي ترد على حظر حلول القاضي الاداري محل الادارة

تتحدد سلطات القاضي الاداري وفقاً لطبيعة المنازعات المطروحة عليه ، فبشأن طعون القضاء الكامل ، يتمتع بسلطات واسعة ، فيقوم في بداية الامر بتقرير المركز القانوني الشخصي لرافع الدعوى وتحديد مداه ، ثم يحدد بعد ذلك حقوق المدعي ويلزم المدعى علية بالرد و التنفيذ

---

(١) حيث تنص المادة (١٠) على (اولا" : على الوزير او رئيس الدائرة تأليف لجنة تحقيقية من رئيس وعضوين من ذوي الخبرة ،على ان يكون احدهم حاصلا" على شهادة جامعية اولية في القانون)

(٢) قرار مجلس الانضباط العام ، تمت الاشارة اليه سابقاً٠

، فلا يقتصر على إلغاء القرار المطعون فيه بسبب عدم مشروعيته ، بل يتجاوز ذلك الى تعديل هذا القرار او اصلاحه او إحلال آخر محله او الحكم بتعويض مالي ، لذلك فان سلطات القاضي في هذه الدعاوى تتسع في هذا الجانب ، لذا سميت بدعاوى القضاء الكامل [١] ٠

وتذهب الغالبية من فقهاء القانون الاداري [٢] الى اعتبار مبدأ حظر حلول القاضي محل الادارة معيار للتفرقة بين دعوى الالغاء ودعاوى القضاء الكامل ، على اعتبار ان قاضي الالغاء تتحدد سلطاته بإلغاء القرار غير المشروع دون ان يملك ترتيب نتائج هذا الالغاء ، على عكس القاضي في دعاوى القضاء الكامل فبالإضافة الى الحكم بعدم مشروعية التصرف ، يستطيع ان يعدل في تصرف الادارة او يحكم عليها بالتعويض ، ومن أمثلة دعاوى القضاء الكامل في فرنسا الدعاوى المتعلقة بالعقود الادارية ، والدعاوى المتعلقة بالانتخابات ودعاوى المطالبة بالتعويض ، ففي اطار الدعاوى الناشئة عن العقود الادارية يحدد القاضي حق المتعاقد الذي نازعته الادارة فيه ، وفي منازعات الضرائب يملك القاضي الاداري في فرنسا تعديل قيمة الضريبة التي حددتها الادارة الضريبية ، وفي منازعات الانتخابات يملك القاضي الاداري تعديل نتائج الانتخابات واعلان اسم المرشح الفائز ،لذلك وبحسب اصحاب هذا الرأي فانه لا يسري حظر حلول القاضي الاداري محل الادارة على جميع الدعاوى الادارية ٠

واذا كان الامر مختلف بالنسبة لدعوى الالغاء ، والذي بمقتضى مبدأ حظر الحلول لا يستطيع القاضي الاداري ان يقوم بعمل يدخل ضمن اختصاص الادارة او ان يحل محلها ، فالسؤال الذي يطرح ، هل ان مبدأ حظر الحلول محل الادارة يجري على الاطلاق دون ان يرد علية استثناء ؟

يرى جانب من الفقه انه على الرغم من ان المبدأ العام يقضي بعدم الحلول محل الادارة من قبل القاضي الاداري في دعوى الالغاء ، فانه يقوم في بعض الحالات بأعمال تعتبر من قبل التدخل والحلول محل الادارة ، مثل قيامه بتعديل القرار الاداري المطعون فيه بالإلغاء من خلال الالغاء الجزئي ، كذلك تحول القرار الاداري الباطل الى قرار آخر مشروع اذا كان يتضمن عناصر قرار آخر مشروع ٠

([١]) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ،الاسس العامة للعقود الادارية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٥ ، ص٣٢٩

([٢]) د. سليمان الطماوي، قضاء الالغاء ، مرجع سابق ، ص٣٥٩ ، كذلك د. صلاح يوسف عبد العليم ، مرجع سابق ، ص٦٨ ، كذلك د. سعيد الحكيم ، مرجع سابق ، ص٤٦٦ ، كذلك د. حسن السيد بسيوني ، مرجع سابق ، ص٣٤٢ ، كذلك د. عصمت عبد المجيد بكر ، مرجع سابق ، ص ٣٦٤

ولبيان هذه الحالات بشيء من التفصيل سنقسم هذا المطلب الى فرعين نخصص الاول لحالة الالغاء الجزئي ، أما الفرع الثاني لحالة تحول القرار الاداري ٠

الفرع الاول

حالة الالغاء الجزئي للقرار الاداري[١]

على خلاف دعاوى القضاء الكامل التي يحدد فيها القاضي كأصل عام حق المدعي الذي نازعته فيه الادارة ، فأن دعوى الالغاء تقوم على الاقرار بمشروعية القرار الاداري او بعدم مشروعيته ، واذا كان الاصل العام ان القاضي الاداري اذا ما فصل في دعوى الالغاء فانه لا يملك تعديل القرار الاداري بل يقف بسلطته عند حد الغائه او تثبيته ، غير ان هذا لا يمنع من الالغاء الجزئي لبعض القرارات الادارية بناءً على طلب المدعي أو لكون ان عدم المشروعية لا تمس كل عناصر القرار الاداري ٠

فالحكم بإلغاء القرار الاداري اما ان يتناول القرار كله فيعدمه ويقع على جميع آثاره فيعتبر كأنه لم يكن منذ وقت صدوره ويسمى عندئذ بالإلغاء الكلي ، وقد ينصب على جزء منه او يتناول حكماً واحداً من احكامه وهو الجزء او الحكم المعيب ، ويسمى بالإلغاء الجزئي ، والذي يعد خروجاً عن القاعدة العامة التي تحكم سلطة قاضي الالغاء إزاء القرار المطعون فيه في دعوى الالغاء عندما يصدر حكماً يتضمن الغاءاً جزئياً للقرار الاداري ، في حين ان الاصل ان سلطته مقيدة في دعوى الغاء القرارات الادارية ، فلا يملك الا ان يلغيها جملة او ان يرفض الطعن الموجه اليها ، فلا يملك ان يلغي جزء دون آخر ، لان الالغاء الجزئي في هذه الحالة يعتبر بمثابة تعديلاً للقرار المطعون فيه ، وبالتالي حلول من جانب القاضي في عمل الادارة .[٢]

ويقصد بالإلغاء الجزئي للقرار الاداري، أن يتناول الحكم بالإلغاء جزءاً من القرار وما عداه فأنه يبقى سليماً وصحيحاً ، بحيث يقتصر على جزء منه مما يحول دون انتهائه أو إزالة آثاره ، وبخلاف ذلك سنكون أمام مجال آخر غير التعديل الجزئي [٣] ، ويحكم القضاء الاداري

---

(١) يذهب البعض الى تسميته بالأنهاء الجزئي او الالغاء النسبي الا اننا نؤيد تسميته بالإلغاء الجزئي ، كون ان الالغاء يرد على جزء من القرار دون انهاءه

(٢) د. حسن السيد بسيوني ، مرجع سابق ، ص٣٤٥

(٣) احمد حسن درويش ، مرجع سابق ، ص١٦١

بالإلغاء الجزئي اذا كان هذا ممكناً ، أما اذا استحال هذا فان الحكم يكون بالإلغاء الكلي ، ويتحدد الالغاء سواء كان كلياً أو جزئياً بطلبات الخصوم [١] .

كما يعرفه البعض بأنه حينما ينصب الالغاء على نصوص القرار أو آثاره غير المشروعة فقط ، أو على تلك التي تريد الادارة محوها لاعتبارات الملاءمة ، وتبقى بالتالي الاجزاء والآثار المشروعة للقرار [٢] .

ويفرق البعض [٣] بين ان ترد دعوى الغاء القرار الاداري على الجزء غير المشروع ، وبين أن ترد دعوى الالغاء على القرار الاداري المطعون فيه بأكمله ، ففي الحالة الاولى يتولى القاضي الاداري تعديل القرار تعديلاً ضمنياً بإلغائه جزئياً ، حيث ورد الالغاء على الجزء المعيب المطعون فيه ، وبالتالي لا يتجاوز القاضي الاداري حدود سلطته ، فهو يتم ضمن نطاق مبدأ المشروعية ، أما في الحالة الثانية يعد التعديل بمثابة سلطة استثنائية يمارسها القاضي الاداري من خلال قيامه بتعديل القرار المطعون فيه بالإلغاء بأكمله ، وبالتالي يحل محل الادارة [٤] .

ويشترط في الالغاء الجزئي للقرار الاداري أن تكون مخالفة القانون جزئياً ، اي ان تكون جزء من نصوصه أو جزء من آثاره مخالفة للقانون وليس جميعها ، كذلك يشترط ان يكون القرار قابلاً للتجزئة ، فاذا كانت نصوصه وآثاره غير قابلة للتجزئة لا يمكن الغاءه جزئياً ، كذلك يشترط عدم تأثير الالغاء الجزئي على هدف القرار ، حيث يهدف الالغاء الجزئي الى الحفاظ على القرار من الالغاء الكلي من خلال عدم التأثير على أساسه وجوهره [٥].

وقد طبق القضاء الاداري حالة الالغاء الجزئي للقرار الاداري كاستثناء من الاصل العام الذي يحكم سلطة قاضي الالغاء في عدم الحلول محل الادارة ، ففي فرنسا حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٢ مارس ١٩٩٣ في قضية (يلماز) عندما الغى القرار جزئياً والخاص بإبعاد أحد الاجانب الى بلد معين ، فيما تضمنه من تحديد البلد الذي أُبعد الاجنبي اليه [٦] .

---

(١) د. اسماعيل ابراهيم البدوي ، الحكم الفضائي في الدعوى الادارية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٣ ، ص٣٦٤

(٢) د. رأفت دسوقي محمود ، فكرة التحول في القرارات الادارية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٢ ، ص٤١٤

(٣) ضرغام مكي نوري ، مدى سلطة قاضي الالغاء في تعديل القرار الاداري ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ١٩٩٧ ، ص ٣٦ . كذلك د. عبد المنعم عبد العظيم جيره ، مرجع سابق ، ص٣١١ .

(٤) د. رأفت دسوقي محمود ، مرجع سابق ، ص٤١٥

(٥) المرجع نفسه ، ص٣٩٠ وما بعدها

(٦) اورده د. يسري محمد العصار ، مرجع سابق ، ص٢١١

ومن تطبيقات القضاء الاداري في مصر، ما جاء في أحد احكام محكمة القضاء الاداري بان (قرار الترقية وقد صدر سليماً في أساسه ، وغاية الأمر كان ينبغي قانوناً ان تكون ترقية المدعي اعتباراً من تاريخ استكمال المدة القانونية اللازمة للترقية ، فينبغي الغاء القرار جزئياً في هذا الخصوص واعتبار ترقية المدعي من التاريخ الذي اكتملت له فيه هذه المدة)[1] .

كما قضت المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ١٤ يونيو ١٩٨١ (الذي الغت فيه القرار رقم ٥٠٦ لسنة ١٩٦٤ ، الصادر من وزير الصحة إلغاءً جزئياً فيما تضمنه من تحديد جهات ادارية دون اخرى من اجل استحقاق العاملين لديها من فئات معينة بدل العدوى ، حيث قررت تطبيقه في ما يتعلق بتحديد الوظائف ووحدات الأمراض ، واسقاط او الغاء ما يتعلق بتحديد جهات دون اخرى لاستحقاق شاغلي الوظائف التي حددها البدل)[2].

أما في العراق فان المشرع منح القضاء الاداري سلطة تعديل القرار الاداري ، والتي تعتبر إلغاءً جزئياً للقرار الاداري و خروجاً عن سلطته في دعوى الالغاء ، ومن الامثلة على ذلك ما حكم به مجلس الانضباط العام (ان العقوبة التي تتناسب مع عدم احترام المرؤوسين لرؤسائهم يراعى فيها التدرج والردع واعطاء فرصة للموظف لتحسين سلوكه ... وعليه قرر تعديل العقوبة بتخفيضها الى عقوبة الانذار)[3] .

والسؤال الذي يطرح هنا ، اذا كان القاضي الاداري يستطيع تعديل القرار الاداري من خلال إلغاءه جزئياً ، استثناءً من القاعدة العامة التي تحظر عليه الحلول محل الادارة ، فما هو الاساس الذي استند اليه في اجراء ذلك الالغاء الجزئي او التعديل ؟

يمكن رد الاساس الذي يستند عليه القاضي الاداري بتعديل القرار الاداري من خلال الغائه جزئياً أما الى الاجتهاد القضائي أو الى نص القانون :

أولاً / الاجتهاد القضائي : يوصف القانون الاداري بانه قانون قضائي ، تأكيداً لدور القضاء في إرساء وتطوير نظريات وقواعد القانون الاداري ، فقد يقوم قاضي الالغاء بإلغاء الجزء المطعون فيه اذا ثبت عدم مشروعيته ، دون المساس بالأجزاء السليمة من القرار ، وهذا ما أشارت اليه المحكمة الادارية العليا في مصر بحكمها الصادر في ١٦ / ٣ /١٩٥٧ بقولها (

---

(1) حكم محكمة القضاء الاداري المصرية ، اشار اليه د. اسماعيل ابراهيم البدوي ، مرجع سابق ، ص ٤٠١
(2) اورده د. يسري محمد العصار ، مرجع سابق ، ص٢١٣
(3) حكم مجلس الانضباط العام رقم ٢١١ /٩٥ ، في ٢٠ / ٩ /١٩٩٥

ان الحكم الصادر بإلغاء الترقية قد يكون شاملاً جميع أجزاء القرار الصادر بهذه الترقية وبذلك ينعدم القرار كله ويعتبر كأنه لم يصدر بالنسبة لجميع المرقين ، وقد يكون جزئياً منصباً على نصوص معينة كما هو الحال في الحكم المتقدم ذكره) [١] .

كما ان القضاء الاداري خلق عدد من النظريات التي استخدمت كوسائل من اجل تحقيق التوازن بين الادارة والافراد ، فقد ابتكر مجلس الدولة الفرنسي نظرية الخطأ الظاهر في التقدير كوسيلة للرقابة على السلطة التقديرية للإدارة ، وكذلك ما ابتكره القضاء المصري من نظرية الغلو في التقدير ، وقد طبقت هذه النظريات في مجال التناسب بين العقوبة والجزاء ، وبالتالي فان تطبيق هذه النظريات استنادا لدور القضاء يتطلب تعديل القرار الاداري الذي تضمن خطأً ظاهراً أو غلواً في التقدير من خلال إلغاء الجزء الغير مشروع [٢] .

ثانياً / نص القانون : فقد يستند القاضي الاداري في الالغاء الجزئي للقرار الاداري الى ما منحه المشرع من سلطة تعديل القرار الاداري ، وذلك في نطاق رقابته على تلك القرارات ، ومن ثم يكون نص القانون أساساً للإلغاء الجزئي للقرار عند الطعن به امام القاضي الاداري وثبوت عدم مشروعية جزء من هذا القرار .

وقد استند القضاء الاداري العراقي على هذا الاساس بعد ان منح المشرع محكمة القضاء الاداري سلطة تعديل القرار الاداري حيث نص على (تبت محكمة القضاء الاداري في الطعن المقدم اليها ، ولها ان تقرر رد الطعن أو الغاء أو تعديل الأمر أو القرار المطعون فيه مع الحكم بالتعويض ان كان له مقتضى بناءً على طلب المدعي) [٣] ، وعلى هذا الاساس فان المشرع أجاز لمحكمة القضاء الاداري سلطة تعديل القرار جزئياً ، كما منح المشرع العراقي مجلس الانضباط العام (محكمة قضاء الموظفين حالياً) سلطة تعديل القرار من خلال ما نص عليه في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ بانه (يختص المجلس بما يأتي :- أولاً النظر في الاعتراضات على قرارات فرض العقوبات المنصوص عليها في المادة (٨) من القانون بعد التظلم منها وفق ما هو منصوص عليه في الفقرة (ثانياً) من هذه المادة ، وله ان يقرر المصادقة على القرار أو تخفيض العقوبة أو الغائها) [٤] .

---

(١) اورده ضرغام مكي نوري ، مرجع سابق ، ص٤٠

(٢) د. اسماعيل صعصاع البديري ، التعديل الجزئي للقرار الاداري ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، مجلد ١٤ ، العدد الاول ، أيار ٢٠٠٧ .

(٣) نص المادة (٧ / ثامنا"/أ) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي النافذ.

(٤) نص المادة (١٥) من القانون

أما عن موقف الفقه ، فقد انقسم بين من يرفض الالغاء الجزئي للقرار الاداري ، وبين من يبحث عن مبررات لهذا الالغاء ٠

فقد رفض بعض الفقهاء قيام قاضي الالغاء بتعديل القرار الاداري من خلال الغاءه جزئياً الامر الذي يجعله متجاوزاً حدود سلطاته ، حيث ان الالغاء الجزئي الذي يعدل القرار الاداري إنما يخلق في الواقع قراراً جديداً ، وبالتالي يؤدي الى تعديل القرار الاصلي ،وهو ما لا يتمتع به القاضي الاداري في قضاء الالغاء [١] ، كما يرى الفقيه (Lafferriere) ان مجلس الدولة لا يستطيع تعديل وتغيير القرار المطعون عليه ، حال تمتعه بحق الالغاء وليس بحق التعديل ، لان هذا مؤداه عمل قرار اداري جديد والاعتداء على اختصاصات الادارة العاملة [٢] ٠

في حين أيدَ البعض قيام قاضي الالغاء بإلغاء القرار الاداري جزئياً مبررين ذلك باعتبارات عملية ، لان الاخذ بهذه الفكرة يؤدي الى ان نستخرج من القرار الاداري الباطل قرار اداري صحيح ، وهي بذلك تنسجم مع مبدأ إعمال النص خير من إهماله ، بالإضافة الى انها تؤدي الى استقرار الاوضاع الادارية [٣]٠

اما نحن فنرى ان قيام القاضي الاداري بإلغاء القرار الاداري جزئياً يعد تدخلاً في عمل الادارة وحلولاً محلها من خلال تعديله للقرار الاداري ، والذي يعتبر خروجاً عن حدود سلطته في دعوى الالغاء ٠

([١]) د. غازي فيصل مهدي ، الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الاداري في العراق ، مرجع سابق ،ص٩٨ ص٩٨ ، كذلك د. حمدي علي عمر ،مرجع سابق ، ص٢٢ ، كذلك د. يسري محمد العصار ، مرجع سابق ، ص ٧١

([٢]) نقلا عن د. رأفت دسوقي محمود ، مرجع سابق ، ص٤٠٧

([٣]) د. مصطفى ابو زيد فهمي ، القضاء الاداري ومجلس الدولة ، مرجع سابق ، ص ٦٤٨

الفرع الثاني

حالة تحول القرار الاداري

من الحالات التي تعتبر استثناءً من قاعدة حظر حلول القاضي الاداري محل الادارة ، حالة تحول القرار الاداري من قرار باطل الى قرار صحيح عن طريق القاضي الاداري ، الذي يخرج عن نطاق سلطته في دعوى الالغاء والتي تتمثل في الغاء القرار الاداري اذا وجد أحد عناصره غير مشروعة ، فيقوم بتحويله الى قرار صحيح اذا توافرت شروطه.

وتتلخص فكرة تحول القرار الاداري بان يجد القاضي الاداري في القرار الاداري المعيب المطعون فيه عناصر قرار اداري آخر صحيح كان من الممكن ان تتجه اليه ارادة الادارة لو علمت ما شاب القرار الاداري الاصلي من بطلان ، فيتحول القرار الاداري الباطل الى قرار سليم[1] .

فتحول القرار الاداري هي إحدى الافكار التي استعارها القضاء الاداري من القانون المدني ، حيث تقضي هذه الفكرة في نطاق القانون الخاص في انه لو تضمن العقد الباطل أو القابل للإبطال عناصر عقد آخر ، انعقد هذا العقد الآخر متى أمكن القول بان المتعاقدين كانا يقبلان الأخذ به لو علما ببطلان ذلك العقد لحظة إبرامه ، وقد أخذ بها الفقه والقضاء الاداري لما تمثله من وسيلة ناجعة لمعالجة بعض حالات البطلان التي تصيب القرار الاداري وبالتالي استقرار الاوضاع القانونية [2] .

من خلال ما سبق ذكره انه لكي يقوم القاضي بتحويل القرار الاداري من قرار باطل الى قرار مشروع أو صحيح لابد ان تتوفر شروط معينة نحاول بيانها في الشروط الثلاث الاتية:

الشرط الاول / بطلان القرار الاداري الاصلي : حيث تدور فكرة التحول مع بطلان القرار الاداري باعتبارها وسيلة قانونية يستطيع بها القاضي الاداري أن يرتب على عناصر القرار الباطل آثار قرار آخر صحيح ، و بالتالي فان القرار الصحيح لا يمكن ان يكون مجال لإعمال التحول ولو كانت الادارة تفضله على القرار الاول ، ويكون القرار الاداري باطلاً اذا

([1]) د. رمزي طه الشاعر ، تدرج البطلان في القرارات الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص٣٩١ ، كذلك د. اسماعيل ابراهيم البدوي ، مرجع سابق ، ص ٣٩٣

([2]) د. رأفت دسوقي محمود ، مرجع سابق ، ص١٥٤

اختل ركن من أركانه المعروفة ، ويتفاوت العيب الذي يشوب القرار الاداري بين اليسير والجسيم ، وبالتالي يكون القرار أما باطلاً أو معدوماً [١].

الشرط الثاني / ان يشتمل القرار الباطل على عناصر قرار اداري صحيح : حيث تتطلب فكرة التحول توافق القرار الباطل وعناصر التصرف الذي يتحول اليه ، فالقاضي الاداري عندما ينظر في تحول قرار اداري باطل انما يتحقق من توافق هذا القرار وعناصر تصرف آخر صحيح يختلف من حيث النوع والمضمون والآثار ، فالتحول يقتضي ان يوجد قرار يختلف عن القرار الاصلي ، فاذا كان القراران متفقين تماماً لا يمكن قيام فكرة التحول [٢] .

الشرط الثالث / انصراف نية الادارة الى هذا التحول : يشترط لتحول القرار الاداري ان تتجه إرادة الادارة الى إصدار القرار الجديد بعد ان تعلم ببطلان القرار الاصلي ، فالتحول يتم اذا وجد له اساس من نية الاشخاص الطبيعيين الذين يمثلون الادارة ، ولا يترك هذا التقدير للمحكمة ، وانما من خلال الدليل من ظروف الحال الذي يثبت ان الادارة كانت تريد ان تحقق غاية معينة بقرارها الاول ، فاذا ثبت بطلان هذا القرار ووجد قرار آخر يوصل الى ذات الغاية ، وثبت للقاضي ان الادارة كانت ستصدر هذا القرار الجديد ، طبق فكرة تحول القرار الاداري ويستخرج من القرار الباطل قراراً صحيحاً ، فدور القاضي يتضمن البحث عن الارادة الافتراضية للإدارة من خلال الظروف والوقائع عن اتجاه نية الادارة منذ البداية الى إصدار القرار الجديد[٣].

ولم يعرف القضاء الاداري الفرنسي فكرة تحول القرار الاداري ، الا ان القضاء الاداري المصري قد قبل تطبيق هذه الفكرة من خلال أحكامه ، وبذلك ساير العديد من الدول التي أخذت بفكرة التحول مثل المانيا واليونان وايطاليا [٤] ، حيث طبقت محكمة القضاء الاداري فكرة التحول دون ان تشير اليها صراحة عندما قررت (ان المدعي شغل وظيفته بالهيئة العامة للتصنيع ، وهي من أشخاص القانون العام ، وذلك بقرار وصف بأنه إعارة ، الا ان التكييف الصحيح لهذا القرار انه قرار تعيين بمكافأة شاملة ٠٠٠كما لا يستحق بدل إعارة لأنها غير جائزة من القطاع الخاص الى الحكومة ، وان التكييف القانوني لقرار شغل الوظيفة العامة هو

---

(١) المرجع نفسه ، ص١٧٣

(٢) د. اسماعيل ابراهيم البدوي ، مرجع سابق ، ص٤٠٢

(٣) د. رياض محسن مجول ، تحول القرار الاداري وقضاء محكمة القضاء الاداري ، مجلة القانون والقضاء ، العدد الحادي عشر ، ٢٠١٢، ص٦٨

(٤) د. عبد المنعم عبد العظيم جيره ، مرجع سابق ، ص٣١٠

قرار تعيين بالمكافأة التي حددت له في القرار واصبحت علاقته من ذلك التاريخ بالهيئة العامة كموظف عمومي) [١] .

وقد طبقت المحكمة الادارية العليا فكرة تحول القرار الاداري أول مرة في قرار لها جاء فيه (ان استعراض ظروف التعيين تقطع بانه قد عين في وظيفة مساعد مبخر ، وانه على الرغم من نص القرار ، فانه ما كان في مقصود الادارة أو في سلطتها ولا من الممكن قانوناً تعيينه بوظيفة مبخر التي ورد ذكرها في قرار تعيينه من قبيل التجوز وعدم الدقة في التعبير ، وكان السبب في ذلك : عدم وجود وظيفة مبخر خالية في الميزانية في ذلك الحين ، وفي هذا حمل القرار على محمل الصحة ، فيتحول من قرار باطل ، لفقدانه شروط صحته ومخالفته للقانون في أحد الفرضين ، الى قرار صحيح مطابق للقانون في الفرض الآخر ، ما دام يحتمل الصحة في تأويله على وجه من الوجوه ، بما لا يعطل أثره كلياً) [٢] .

وفي قرار آخر للمحكمة في ١٢ مارس ١٩٥٩ قررت بتحويل القرار الباطل بتعيين المدعي في وظيفة براد سويتش الى قرار آخر صحيح بتعيينه بوظيفة عامل تليفون ، وتتلخص واقعات القضية ان بلدية القاهرة أصدرت قراراً بتعيين المدعي بوظيفة براد سويتش ، الا انه لما كانت لا توجد هذه الوظيفة بميزانية بلدية القاهرة وقت تعيين المدعي ، كما تبين للمحكمة ان قرار التعيين يعتبر معدوماً ؛ لأنه لا يصادف محلاً ولا يمكن حمل التعيين على هذه الوظيفة ، وانه للإبقاء على القرار ، فحمل التعيين على الوظيفة الموجودة في ذلك الوقت بالميزانية وهي وظيفة عامل تليفون ، فيتحول القرار بذلك من الانعدام الى ما يصححه على مقتضى العناصر التي تقيمه قانوناً [٣] .

أما في العراق فانه على الرغم من ان المشرع منح القاضي الاداري سلطة تعديل القرار الاداري في المادة (٧ / ثامناً /أ) من قانون مجلس شورى الدولة النافذ ، الا انه لم يوجد نص يتضمن نظرية تحول القرار الاداري ، الا ان القضاء الاداري العراقي قد طبق نظرية تحول القرار الاداري وان لم يصرح بذلك من خلال حكم محكمة القضاء الاداري في القضية رقم ٢١٨/قضاء اداري /٢٠١٠ بتاريخ ٢٠١١/٥/١٨ عندما حول قرار محافظ بغداد القاضي بعزل مدير ناحية بغداد الجديدة بسبب تزوير وثيقته الدراسية الى اقصاء من الوظيفة ، حيث جاء فيه (... وحيث ان العزل من الوظيفة يختلف من حيث الآثار القانونية عن الاقصاء ومنها عدم

---

(١) حكم محكمة القضاء الاداري رقم ٢٤٨ السنة ٢٠ ق في ١٩٦٩/١٢/١ ، اشار اليه د. رأفت دسوقي محمود ، مرجع سابق ، ص٢٧٣

(٢) اشار اليه د. اسماعيل ابراهيم البدوي ، مرجع سابق ، ص٤٠٢

(٣) اشار اليه د. رأفت دسوقي محمود ، مرجع سابق ، ص٢٧٨

جواز تعيين الموظف المعزول بعكس الموظف المقصى من الوظيفة ، وحيث ان هذه المحكمة تملك إلغاء أو تعديل الأمر المطعون فيه استناداً لأحكام الفقرة (ط) من البند (ثانياً) من المادة (٧) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩، عليه قرر بالاتفاق الحكم بتعديل الفقرة (١) من الأمر الديواني الصادر من محافظة بغداد /مكتب المحافظ ، وجعلها اقصاء المدعي من منصب مدير ناحية بغداد الجديدة استناداً لأحكام المادة (٦٢) من قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠)[١] .

ففي جميع الاحكام السابقة نرى بان القاضي الاداري قد تجاوز الحدود العادية لسلطته في إضفاء التكييف الصحيح على القرار موضوع الدعوى وعدم الاكتفاء بالوصف الذي أضفته الادارة ، من خلال تحويل قرار غير مشروع الى قرار آخر مشروع استناداً الى توافر عناصر القرار الثاني ، وفي هذا حلول واضح للقاضي الاداري محل الادارة في إصدار القرار المناسب.

من خلال ما تقدم يتضح انه على الرغم من ان كل من تحول القرار الاداري وتعديله يتشابهان بانهما يَحولان دون الحكم من قبل القاضي الاداري بالإلغاء ، الا انهما يختلفان من عدة جوانب ، ففكرة تحول القرار الاداري وان كانت تَحول دون الحكم بالإلغاء ، الا انها قد ترتب آثار جديدة تؤدي الى انهاء القرار الاصلي ، بعكس تعديل القرار الذي يُبقي على القرار الاداري والحيلولة دون إنهاءه ، كما ان فكرة تحول القرار تتطلب ان يكون القرار الاداري المطعون فيه باطلاً بالكامل ، على عكس التعديل حيث يستطيع القاضي تعديل القرار الاداري المطعون به ضمناً بالإلغاء الجزئي ، حيث يرد البطلان على جزء من القرار [٢] .

وقد انقسم الفقه حول فكرة تحول القرار الاداري بين مؤيد ومعارض ، فقد أسند معارضوا تحول القرار الاداري رأيهم الى عدة حجج منها : انه لا يوجد في القانون الاداري نصوصاً تجيز إعمال التحول في مجال القرارات الادارية ، كما يرون بان المشرع قد وضع القرار الاداري في مأمن من العيوب مع ملازمته دائماً لقرينة الصحة نظراً لما أحاطه من ضمانات ، حيث لا حاجة إذن للتحول مع هذه الضمانات ، كما يذهب معارضوا فكرة التحول الى ان تحول القرار

([١]) حكم محكمة القضاء الاداري ٦٤/ قضاء اداري / ٢٠١١ في ٥/١٨ /٢٠١١ ، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة ، ٢٠١١ ، مطبعة الوقف الحديثة ، بغداد ، ص٣١٦

([٢]) د. رمزي طه الشاعر ، مرجع سابق ، ص٤١٤

يتضمن تصريحاً للإدارة بالإهمال وعدم الاكتراث ، فإدراكها ان بطلان عملها يمكن تصحيحه عن طريق التحول يحمل في طياته أسوأ الآثار[١] .

أما المؤيدون لفكرة تحول القرار الاداري فانهم دافعوا عن نظرية التحول ، فهم يرون بان غياب النص الذي يجيز التحول في القرارات الادارية لا يمكن ان يكون سبباً يحول دون انتقال الفكرة اليها ، فقواعد القانون العام تختلف عن قواعد القانون الخاص ، فقواعد القانون الاداري أُنشأت غالبيتها عن طريق القضاء وليس بواسطة المشرع ، فالقاضي الاداري قاضي في أغلب الاحيان ، ومشرع أحياناً في حالة عدم وجود النص [٢] .

كما ذهب مؤيدو نظرية تحول القرار الاداري الى ان قرينة الصحة التي تلازم القرار الاداري هي تعبير عن رغبة المشرع في الابقاء على رغبة الجهة الادارية طالما ان هناك من الوسائل القانونية ما يمكن القاضي من تحقيق الغرض التي كانت تسعى اليه الادارة بتصرفها ، وما التحول الا إحدى هذه الوسائل [٣] ، كما ان التحول بما يستلزمه من اجراءات تتسم بالعلانية يجعل الادارة أكثر التزاماً وحرصاً على عدم مخالفة القانون .

(١) د. رأفت دسوقي محمود ، مرجع سابق ، ص١٦٢
(٢) المرجع السابق ، ص١٦٥
(٣) د. رمزي طه الشاعر ، مرجع سابق ، ص٤٣٤

المبحث الثالث

الاتجاه الحديث في توجيه الأوامر للإدارة او الحلول محلها في القضاء الاداري وتطبيقاته

تعرض القضاء الاداري لنقد من جانب الفقه الاداري وخصوصاً في فرنسا ، لتبنيه مبدأ حظر توجيه الأوامر للإدارة ، الذين اعتبروا تطبيقه جاء نتيجة عدم رغبة القضاء الاداري في الاصطدام المباشر بالإدارة ، الأمر الذي جعل القاضي الاداري محاصر بين أمرين : تحقيق العدالة وانزال حكم القانون على ما تعرض عليه من منازعات من جهة ، وحصول الافراد على حقوقهم من خلال تنفيذ الادارة للأحكام التي يصدرها من جهة اخرى ، فمحاولة التوفيق بينهما ليس بالأمر السهل ، خصوصاً في حالة التباطؤ أو عدم التنفيذ من قبل الادارة ، الذي إن حدث جعل الحكم القضائي مجرد شرح نظري ليس له قيمة قانونية ٠

لذلك كان لابد من خروج القاضي الاداري عن الحظر المفروض عليه ، لا سيما إذا ما عرفنا ما للقضاء الاداري من دور في خلق قواعد القانون الاداري التي تسري الادارة على هديها ، وخصوصاً ان الحظر المفروض على القاضي الاداري لم يكن نتيجة نصوص قانونية وانما نتيجة الزام القاضي الاداري نفسه بهذا المبدأ ، وبالتالي يستطيع الخروج عليه تبعاً لطبيعة الظروف ٠

ونتيجة لما تقدم تبنى المشرع الفرنسي خصوصاً ، دعوات الفقه للخروج عن مبدأ الحظر بتشريعه مجموعة من القوانين التي منحت القاضي الاداري سلطة توجيه الأوامر للإدارة ، كما خرجت بعض الدول العربية مؤخراً عن مبدأ الحظر متأثرةً بما جاء به المشرع الفرنسي ومنها الجزائر بتشريعها قانون الاجراءات المدنية والادارية عام ٢٠٠٨ ، والتي سوف نتناولها في هذا المبحث ، من خلال تقسيمه الى ثلاث مطالب نتناول في المطلب الاول ماهية التشريعات الحديثة ، ثم نبحث في المطلب الثاني شروط تقديم طلب توجيه الأوامر للإدارة ، أما المطلب الثالث سوف نخصصه لتطبيقات القضاء الاداري لتوجيه الأوامر للإدارة ٠

المطلب الاول

ماهية التشريعات الحديثة في اصدار أوامر للإدارة والحلول محلها

لقد كان للدعوات التي نادى بها البعض من إعطاء دور للقاضي تجاه الادارة وخصوصاً في ما يتعلق بالتأخير أو عدم تنفيذ احكامه الى استجابة المشرع في فرنسا لتلك الدعوات ، من خلال توسيع سلطة القاضي الاداري والسماح له من الخروج من مبدأ الحظر المفروض عليه باصدار بعض التشريعات ، التي أحدثت تغييراً عما كانت عليه العلاقة بين الادارة والقاضي الاداري ، فاصدر القانون رقم ٥٣٩ لسنة ١٩٨٠ ، الذي منح القضاء الاداري سلطة التهديد المالي ضد الادارة ، كما شرع القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٩٥ ، الذي منح القاضي سلطة الأمر وسلطة التهديد المالي ، وفي عام ٢٠٠٠ أصدر القانون رقم ٥٩٧ ، الذي أعطى القاضي الاداري المستعجل سلطة توجيه أوامر للإدارة ٠

وفي الجزائر فقد صدر قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري رقم ٨/٩ لسنة ٢٠٠٨ ، الذي واكب ذلك التحول الذي حصل في العلاقة بين الادارة والقضاء الاداري في فرنسا ٠

لذلك سوف نفرد لكل قانون من هذه القوانين فرعاً مستقلاً لبيان ما جاء بها من سلطات في مجال توجيه الأوامر للإدارة ٠

الفرع الاول

سلطة القاضي الاداري في توجيه أوامر للإدارة وفرض غرامة تهديدية وفقاً للقانون رقم ٥٣٩ لسنة ١٩٨٠

لقد خول المشرع الفرنسي بالقانون رقم ٥٣٩ لسنة ١٩٨٠ الصادر في ١٦ / ٧ /١٩٨٠ القاضي الاداري سلطة اصدار أوامر للإدارة من خلال منحه سلطة فرض غرامة تهديدية على اشخاص القانون العام في حالة عدم تنفيذ احكامه ، حيث نصت المادة الثانية منه على (في حالة

عدم تنفيذ حكم صادر من جهة قضاء اداري فان مجلس الدولة يستطيع ولو تلقائياً توقيع غرامة تهديدية ضد الاشخاص المعنوية للقانون العام لضمان تنفيذ هذا الحكم) [١] .

والغرامة التهديدية هي فكرة من ابتداع القانون الخاص ، حيث ان القاضي العادي يستخدمها حتى ضد الادارة لمجابهة تعنتها ، بعكس القاضي الاداري ، الذي لا يمكنه من استخدام التهديد المالي ضد الادارة استناداً لمبدأ الفصل بين الادارة العاملة والهيئات القضائية [٢] ، الا ان القانون رقم ٥٣٩ لسنة ١٩٨٠ قد احدث تغييراً جذرياً في سلطة القاضي الاداري ، حيث منح مجلس الدولة سلطة فرض الغرامة التهديدية على الادارة بعد ان كانت من المحرمات عليه ، من خلال نص المادة الثانية منه ، كجزاء لعدم تنفيذها لأحكام القضاء الاداري.

وعلى الرغم من ان هذا التشريع يعتبر تطوراً مهماً في سلطة القاضي الاداري تجاه الادارة الى انه لم يعطي صلاحية توجيه الأوامر وفرض الغرامة التهديدية للمحاكم الادارية ومحاكم الاستئنافية الادارية ، الامر الذي يكون مدعاة للتأخير في تنفيذ الاحكام من خلال تعطيل الحكم بالغرامة التهديدية نتيجة وجود هيئة واحدة وهي مجلس الدولة [٣] ، فضلاً عن ذلك ان المادة الثانية من القانون نصت على الغرامة التهديدية دون ان تنص على أوامر تنفيذية موجهة الى الادارة ، كما ان المشرع قد قصر سريان هذا القانون على اشخاص القانون العام دون غيرهم من اشخاص القانون الخاص المكلفين بإدارة مرفق عام ، مما يؤدي الى خروج هؤلاء الاشخاص من نطاق تطبيقه على الرغم من تماثلهم مع الاشخاص العامة من حيث طبيعة ما تقوم به وما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة [٤] .

---

(١) د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص١١١
(٢) د. حسني عبد الواحد، مرجع سابق ، ص٤٩٠
(٣) د. محمد باهي ابو يونس ، مرجع سابق ، ص٤٣
(٤) د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص١١٥

الفرع الثاني

سلطة القاضي الاداري في توجيه الأوامر للإدارة وفرض الغرامة التهديدية وفقاً للقانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٩٥

بالرغم من ان القانون رقم ٥٣٩ لسنة ١٩٨٠ قد نقل سلطة القاضي الاداري شوطاً متقدماً في مواجهة الادارة بسبب تأخيرها أو امتناعها عن تنفيذ احكامه ، وخروجاً من مبدأ الحظر المفروض عليه ، الا انه لم يكن بمستوى الطموح ، كونه لم يتضمن أوامر تنفيذيه موجهة للإدارة ،لذلك لم تتوقف السياسة التشريعية في تفعيل دور القاضي الاداري للمساهمة في تنفيذ احكامه ، وذلك من خلال تضمين احكامه أوامر صريحة للإدارة ، وهو ما جاء به المشرع الفرنسي لإصدار القانون رقم ١٢٥ في ١٩٩٥/٢/٨ ، الذي يمثل انقلاباً وتحولاً في المفاهيم المستقرة والمنظمة للعلاقة بين الادارة العاملة والقاضي الاداري ، بتلافيه النقص الذي جاء به قانون ١٩٨٠ .

فقد وسع سلطة الأمر الممنوحة للقاضي الاداري من حيث الاشخاص الذين يمكن تطبيقه في مواجهتهم ، اذ مَكّن القاضي ان يوجه أمر الى كل الاشخاص المعنوية العامة وكذلك الاشخاص المعنوية الخاصة المكلفة بتنفيذ مرفق عام ، كما وسع سلطة القاضي من حيث المحاكم التي تمارس سلطة الأمر ، بشموله جميع الحاكم الادارية والمحاكم الاستئنافية الادارية بالإضافة لمجلس الدولة ، كما نصت المواد (٢/٨ ، ٣/٨ ، ٤/٨) من القانون على منح القاضي الاداري سلطة توجيه أوامر تنفيذية و غرامة تهديدية ، على عكس قانون ١٩٨٠ الذي اقتصر على سلطة فرض الغرامة التهديدية ، فوفقاً للمادة (٢/٨) من القانون يستطيع القاضي الاداري ان يُضمن الحكم القضائي أمراً للإدارة باتخاذ اجراء تنفيذي معين بشرط ان يكون متفرعاً عن الحكم القضائي ، كما يستطيع ان يُضَمن الحكم أمراً موجهاً للإدارة بضرورة اتخاذ قرار آخر بعد اجراء تحقيق جديد ، كما منح القانون المحاكم الادارية و محاكم الاستئناف الادارية و مجلس الدولة سلطة ان يَقرن الأمر الموجه للإدارة بغرامة تهديدية ، سواء كان الأمر محدداً أو كان أمراً بإعادة فحص الطلب لاتخاذ القرار المناسب بذلك ، استناداً للمادة (١/٦) من قانون الغرامة التي أُضيفت بموجب المادة (٧٧) من قانون ١٩٩٥/٢/٨ التي تنص على (اذا اقتضى تنفيذ الحكم الصادر من مجلس الدولة في الموضوع اتخاذ اجراء محدد ، فانه يجب عليه اذا طلب صاحب الشأن ذلك تحديداً ، ان يأمر به ، كما يملك أن يقرن هذا الحكم بغرامة تهديدية تسري بداية من التاريخ الذي يحدده ، أما اذا اقتضى تنفيذ الحكم الموضوعي ان يتخذ الشخص

العام او الخاص المكلف بإدارة مرفق عام قراراً آخر بعد تحقيق جديد فانه يجب عليه بناءً على طلب صاحب الشأن ان يأمر بإصدار هذا القرار خلال مدة محددة كما يمكنه ان يحكم بغرامة تهديدية محدداً ميعاد سريانها) [١] .

الفرع الثالث

سلطة القاضي الاداري في توجيه أوامر للإدارة بموجب القانون رقم ٥٩٧ لسنة ٢٠٠٠

لم يتوقف المشرع الفرنسي في سعيه لمنح القاضي الاداري صلاحية توجيه الأوامر لجهة الادارة على قانون ١٩٩٥ ، فقد منحه سلطة توجيه الأوامر بتشريعه القانون رقم (٥٩٧) الصادر في ٣٠/ ٦/ ٢٠٠٠ ، الذي بمقتضاه تم توسيع سلطة القاضي الاداري لاتخاذ الاجراءات الادارية اللازمة في الامور المستعجلة لحماية الحريات الاساسية [٢]، حيث نصت المادة (٥٢١) من القانون على (يملك القاضي الاداري المستعجل ، بناءً على طلب مقدم له ، في حالات الاستعجال ، أن يأمر باتخاذ جميع الاجراءات الضرورية لحماية الحرية الاساسية ، في حالة حصول اعتداء جسيم وبيّن وغير مشروع الجسامة ، الناتج من الشخص المعنوي للقانون العام أو الشخص الخاص المكلف بإدارة مرفق عام ، وذلك اثناء ممارسته إحدى سلطاته ، ويأمر القاضي الاداري المستعجل بهذا الاجراء خلال ٤٨ ساعة)[٣] .

فلم يحصر القانون اختصاص قاضي الامور الادارية المستعجلة بنظر الطلبات الخاصة بالحريات الاساسية على التصرفات والاعمال الصادرة عن الجهة الادارية باعتبارها شخصاً معنوياً عاماً ، بل شمل اختصاصه الاعمال والتصرفات الصادرة عن اشخاص القانون الخاص الذين يتولون ادارة مرفق عام ، كما ان القانون الجديد منح القاضي الاداري المستعجل سلطات مقاربة لسلطات القاضي العادي ، من خلال ما أشار اليه في المادة (٢/٥٢١) من خلال منحه سلطة التدخل لإصدار أوامر في مواجهة الادارة في حالة الاعتداء على الحريات الاساسية اثناء

---

(١) د. محمد باهي ابو يونس ، ص١٢٢

(٢) د. مازن ليلو راضي ، اختصاص القضاء الاداري المستعجل في حماية الحريات الاساسية ، مرجع سابق ، ص١٣

(٣) د. حمدي علي عمر ،مرجع سابق ، ص١٦٦

ممارستها لسلطتها ، فالقانون الجديد وسع سلطات القاضي بشكل يفوق قانون ١٩٩٥ الذي جعل سلطة توجيه الأوامر قاصرة على حالة عدم تنفيذ الادارة للأحكام الادارية [١] .

الفرع الرابع

قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري رقم ٨/٩ لسنة ٢٠٠٨

على الرغم من ان قانون الاجراءات المدنية الجزائري القديم رقم ٦٦ /١٥٤ لسنة ١٩٦٦ قد نص على الغرامة التهديدية في المادة (٣٤٠) منه والتي جاء فيها (اذا رفض المدين تنفيذ التزام بعمل أو خالف التزاماً بالامتناع ، ثَبت القائم بالتنفيذ ذلك في محضر ويحيل صاحب المصلحة الى المحكمة للمطالبة بالتعويضات أو التهديدات المالية ، مالم يكن قد قضي بالتهديدات المالية) ، الا ان هذه المادة وردت بصورة مطلقة دون ان تحدد الغرامة التهديدية في كل جوانبها كما هو الحال في فرنسا ، لذلك تذبذبت المحاكم الادارية حول الأخذ بها .[٢]

لذلك فقد أزال جميع الشكوك حول امكانية توجيه أوامر من قبل القاضي الاداري للإدارة متأثراً بالمشرع الفرنسي ، من خلال تشريعه قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد رقم ٨/٩ لسنة ٢٠٠٨ والذي سمح للقاضي الاداري بتوجيه أوامر وفرض غرامة تهديدية ضد الادارة في حال امتناعها عن تنفيذ حكم قضائي ممهور بالصيغة التنفيذية ، فقد نصت المادة (٩٨٠) منه على (يجوز للجهة القضائية الادارية المطلوب منها اتخاذ أمر بالتنفيذ وفقاً للمادتين (٩٧٨ و٩٧٩) أعلاه أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها) ، كما أشارت المادة (٩٧٨) من نفس القانون الى (عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار الزام أحد الاشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الادارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة ، تأمر الجهة القضائية الادارية المطلوب منها ذلك في نفس الحكم

(1) MONTEILLET : la reforme des pouvoirs du juge administrative face alurgence GAZ . pal . 2000 . no . 252 . et. 253 .

(٢) عمار بوضياف ، تنفيذ قرارات الالغاء في القانون الجزائري ، بحث منشور على الموقع :
htt: //haiahem ahlamontada net/ t497-topic

القضائي بالتدبير المطلوب مع تحديد اجل التنفيذ عند الاقتضاء) ، كما نصت المادة (٩٨٢) من القانون المذكور على (تكون الغرامة التهديدية مستقلة عن تعويض الضرر)[١]

المطلب الثاني

شروط طلب توجيه الأوامر للإدارة و فرض غرامة تهديدية عليها

بالرجوع للقوانين الحديثة سابقة الذكر ، نجد انها تُحدد شروطاً لا بد من توافرها لكي يتم قبول طلب توجيه الأوامر للإدارة او طلب توقيع غرامة تهديدية ضدها من قبل القاضي الاداري ، وهذه الشروط منها ما يتعلق بضرورة الافصاح الصريح والمحدد للطالب ، ومنها ما يتعلق بالمصلحة من الطلب ، ومنها ما يتعلق بالمدة المحددة لرفع الطلب ، وهو ما سنتناوله فيما يأتي :

الشرط الاول / تقديم طلب صريح ومحدد بتوجيه أوامر للإدارة .

أشارت المادة (٢/٨) من تقنين المحاكم الادارية ومحاكم الاستئناف الادارية انه (اذا اقتضى تنفيذ الحكم الصادر من المحاكم الادارية او محاكم الاستئناف الادارية ، ان يتخذ الشخص الاعتباري العام او الخاص المكلف بإدارة مرفق عام قراراً أو اجراءً معيناً ، فانه يكون على المحكمة التي أصدرته ، وبناءً على طلب محدد باتخاذ هذا القرار او الاجراء ، ان تأمر في ذات حكمها باتخاذه) [٢]، وبالتالي يلزم لقبول طلب توجيه أوامر الى الادارة ان يتقدم صاحب الشأن بطلب صريح ومحدد للقاضي الاداري ، دون ان يكتفي بتقديم طلب عام ، وهو بذلك يستند الى القاعدة الاجرائية التي تحدد نطاق سلطة القاضي الاداري التي تقضي انه لا يجوز له الفصل الا في حدود الطلبات المعروضة عليه من قبلهم ، وبالتالي لا يملك الحكم بتوجيه الأوامر الى الادارة من تلقاء نفسه [٣] ، لذلك يجب ان يقوم المدعي بالطلب من المحكمة ان تدرج في منطوق حكمها أمراً الى الادارة بالتزامها بإجراء محدد ، او الطلب منها بفرض غرامة تهديدية على

---

(١) قانون الاجراءات المدنية والادارية رقم ٩/٨ في ٢٥ فبراير ٢٠٠٨ ، منشور على الموقع : - w.w.w joradp.dz /TRV /ApciviL .

(٢) د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص١٩٣

(3) CHABANOL (D) un printemps procedural pour la jurisdiction administrative .A .J 1995 . P . 388 .

الادارة ، ويجب ان يكون هذا الطلب واضحاً ومحدداً، اما اذا جاء الطلب بصيغة عامة دون ان يتضمن اجراءً محدداً فانه يكون جديراً بالرفض [1] .

فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي الطلب العام الذي لم يحدد فيه صاحب الشأن الاجراء الذي يريده تاركاً تلك المهمة للقاضي ، عندما أعتبر (ان الطاعن لم يستند في طلبه على ان مدير البوليس الذي بت في طلبه بمنحه مستند الإقامة بصفة أجير ، يقع عليه التزام بفحص عما اذا كان المعني بالأمر يستطيع المطالبة بمستند إقامة على اساس صفات اخرى ، كما انه لم يحدد في طلبه الاجراء الذي يريده ، وبناءً على ذلك يلتزم القاضي عند فحص طلب المعني بالأمر ، بالاطار المسموح به له هنا ، وهو ان يكون الطلب صريحاً ومحدداً ، وبالتالي فهو غير ملزم بفحص عما اذا كان الاجنبي يريد بطاقة الاقامة بناءً على صفات أخرى غير الواردة في الطلب المقدم منه ، اذا ما رفض طلبه على اساس الصفة التي حددها)[2] .

وقد أشترط قانون ٢٠٠٠/٦/٣٠ الخاص بالقضاء الاداري المستعجل لحماية الحريات الاساسية تقديم طلب بتوجيه أوامر للإدارة ، حتى يمكن لقاضي الاستعجال عندما يفصل في الطلب ان يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الاساسية ، وهو ما أشارت اليه المادة (٢/٥٢١) على انه يجوز للقاضي في غضون ثمان واربعون ساعة ، بناءً على طلب تبرره الضرورة الملحة ، باتخاذ تدابير ضرورية ، لحماية الحريات الاساسية ضد التعدي الواضح والخطير وغير القانوني الذي اتخذته الادارة اثناء ممارستها لسلطتها [3] .

الشرط الثاني / ان يكون تقديم طلب توجيه الأوامر للإدارة ضمن المدة التي حددها القانون .

يشترط في طلب توجيه الأمر للإدارة او الحكم بغرامة تهديدية ، ان يتم هذا الطلب في المدة التي حددها القانون ، فقد اجاز قانون ١٩٩٥ تقديم طلب توجيه أمر الى الادارة او توقيع غرامة تهديدية عليها ، بعد مرور ستة اشهر من تاريخ اعلان الحكم المطلوب تنفيذه ، اذا كان صادراً عن مجلس الدولة ، كما اكدت المادة (٢/٢٢٢) من قانون المحاكم الادارية ومحاكم الاستئناف الادارية في ١٩٩٥/٧/٣ ، على ضرورة مرور مدة ثلاثة اشهر من تاريخ اعلان الحكم الصادر من احدى المحاكم الادارية أو محاكم الاستئناف الادارية ، ويمكن رفع هذه

---

(1) د. مهند مختار نوح ، القاضي الاداري والامر القضائي ، مرجع سابق ، ص٢٢٥
(2) اورده د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص١٩٤
(3) د. مازن ليلو راضي ،اختصاص القضاء الاداري المستعجل في حماية الحريات الاساسية ، مرجع سابق ، ص٢٠

الطلبات دون انتظار اي مدة اذا كان الحكم المعني يأمر باتخاذ اجراء عاجل ، لا سيما وقف التنفيذ [١] .

الذي يترشح من النصوص السابقة ، انه اذا كان طلب توجيه أمر للإدارة او طلب توقيع غرامة تهديدية عليها مرفوع امام مجلس الدولة ، يشترط مرور ستة اشهر من تاريخ اعلان الحكم الصادر ، اما اذا كان الطلب مرفوع امام المحاكم الادارية او محاكم الاستئناف الادارية ، ينبغي مرور ثلاثة اشهر من تاريخ اعلان الحكم ، ويستثنى من ذلك ، اذا كان الحكم المعني يأمر باتخاذ اجراء عاجل ، فيمكن رفع الطلبات دون انتظار مثل وقف التنفيذ .

فقد رفض مجلس الدولة طلب السيدة (Nielson) التي تقدمت الى مجلس الدولة للحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم صادر من محكمة (مارسيليا) الادارية في ١٤ اكتوبر ١٩٨٢ ، وان الطلب قد اودع في أمانة القسم القضائي لمجلس الدولة في ٢٧ ديسمبر ١٩٨٢ ، لكون الطلب قد قدم سابقاً على ميعاده ، مما يقتضي الحكم برفضه [٢] ، أما فيما يتعلق بالقانون الصادر في ٣٠ / ٦/ ٢٠٠٠ والخاص بالقضاء المستعجل لحماية احدى الحريات الاساسية ، فان القانون لم يحدد ميعاداً محدداً لرفع الدعوى المستعجلة الرامية لوقف تنفيذ القرار الاداري ، الا اذ كان القرار قد تحصن من دعوى الالغاء بمضي المدة المحددة لرفع دعوى الالغاء [٣] .

الشرط الثالث / وجود مصلحة شخصية ومباشرة لطالب توجيه الأمر او غرامة تهديدية على الادارة.

يشترط لطلب توجيه أمر للإدارة او توقيع غرامة تهديدية عليها ، ان تكون للطالب مصلحة شخصية ومباشرة ، وبغير ذلك يؤدي الى توسيع من نطاق حق طلب توجيه أوامر أو توقيع غرامة تهديدية ، ويمتد الى اشخاص هم غرباء كلياً عن الدعوى ، وقد اكد مجلس الدولة الفرنسي في حكم اصدره في ١٣ نوفمبر ١٩٨٧ ، (ان رفع الدعوى الغرامة التهديدية يكون مقصوراً على أطراف الدعوى والاشخاص المعنيين مباشرةً من القرار الذي ادى الى وجود الدعوى) [٤] ، لذلك يتطلب لقبول طلب توجيه الأمر أحد الوصفين :-

---

(١) د. منصور محمد احمد ، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الاداري الصادر ضد الادارة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص١٠٣

(٢) د. محمد باهي ابو يونس ، مرجع سابق ، ص١٧٨

(٣) د. مازن ليلو راضي ، اختصاص القضاء الاداري المستعجل في حماية الحريات الاساسية ، مرجع سابق ، ص٢٠

(٤) د. منصور محمد احمد ، مرجع سابق ، ص ٧٦

أولاً / أما ان تكون للطالب صفة الطرف في الدعوى الاصلية ، حيث اوجب المشرع ان لا تقدم طلبات التنفيذ بوجه عام ، وطلبات الحكم بالغرامة التهديدية الا من كان طرفاً في الدعوى الاصلية ،سواء كان تقديمها امام المحاكم الادارية او محاكم الاستئناف ، فقد رفضت محكمة باريس الادارية بتاريخ ١٠ نوفمبر ١٩٩٥ طلباً بالأمر بتنفيذ حكم الغاء قرار مدير بوليس باريس برفض منح ترخيص للسيدة (Chen Vexing) وذلك لأنه قدم من زوجها وابنها ،وهما لم يكونا طرفاً في الدعوى ، حيث صرحت المحكمة بان هذا الطلب لا يمكن قبوله في هذه الحالة الا اذا تقدمت به السيدة ذاتها باعتبارها طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم [١] .

ثانياً / او ان يكون الطالب معنياً مباشرةً بالقرار الصادر بشأنه الحكم ، حيث يُقبل الطلب من شخص ليس طرفاً بالخصومة التي صدر الحكم بشأنها ، ولكن بشرط ان يكون من الاشخاص الذين مس القرار الذي الغاه الحكم بمركزه القانوني ، فقد استلزم مجلس الدولة ان يعني القرار هذا الشخص مباشرةً من خلال التأثير على مركزه القانوني تعديلاً أو الغاءً [٢] .

فقد اكد مجلس الدولة في حكمه الصادر في ٢٧ يناير ١٩٩٥ ، بان اي شخص ليس طرفاً في المنازعة ، ولكن له مصلحة في تنفيذ الحكم يستطيع ان يقدم طلباً بتوقيع الغرامة تهديدية ،من خلال حكمه في قضية السيد (Melot) الذي طلب من مجلس الدولة توقيع غرامة تهديدية قدرها(١٠٠٠) فرنك في اليوم بقصد تنفيذ الحكم الصادر بإلغاء القرارات التي رفضت طلبات مجموعة من الموظفين والمتعلقة بالوظيفة العامة ، واللازمة لتثبيت العمال غير المثبتين بوزارة الزراعة ، وقد اكد مجلس الدولة ان السيد Melot ، حتى ولو لم يكن طرفاً في المنازعة التي فصل فيها بهذا الحكم القضائي ، يكون معنياً بصورة مباشرة من القرارات التي الغيت عن طريق هذا الحكم ، وبالتالي يكون طلبه بتوقيع الغرامة التهديدية مقبولاً [٣] .

كما قد اشترط قانون ٢٠٠٠/٦/٣٠ لتقديم طلب الى قاضي الامور الادارية المستعجلة ، ان تكون هناك مصلحة شخصية ومباشرة لصاحب الطلب ، وهو ما طبقه مجلس الدولة في دعوى تتلخص في ان رئيس الجمهورية الفرنسي أصدر قرار في نوفمبر ٢٠٠٥ يقضي بإعلان حالة الطوارئ في اقليم محدد ، ثم صدر لاحقاً قانون ١٨ نوفمبر ٢٠٠٥ يقضي بإلغاء حالة الطوارئ ، وعلى هذا الاساس تقدم العديد من المواطنين بطلب الى قاضي الامور الادارية المستعجلة طالبوا بوقف حالة الطوارئ وتوجيه أمر لرئيس الجمهورية بوقف حالة الطوارئ

---

(١) اشار اليه د. محمد باهي ابو يونس ، مرجع سابق ، ص١٨٧

(٢) المرجع نفسه ، ص١٨٨

(٣) اشار اليه د. منصور محمد احمد ، مرجع سابق ، ص١٠١

خلال مدة ثلاثة شهور من تاريخ اعلانها ، لذلك قبل مجلس الدولة جميع الطلبات المقدمة ، حيث اكتفى المجلس بان يكون مقدم الطلب من مواطني الاقليم الذين صدر القرار بشأنهم ، على اعتبار توفر مصلحة شخصية ومباشرة ، استناداً للمادة (٢/٥٢١) من تقنين القضاء الاداري الفرنسي الخاص بحماية الحريات الاساسية [١].

المطلب الثالث

التطبيقات القضائية الحديثة لسلطة توجيه الأوامر في القضاء الاداري الفرنسي

لقد كان لصدور التشريعات التي اباحت للقاضي الاداري الفرنسي سلطة توجيه الأوامر للإدارة اثره في الاحكام التي صدرت عن مجلس الدولة او المحاكم الادارية ومحاكم الاستئناف ، وقد كان مسلك مجلس الدولة في توجيه الأوامر للإدارة سياسة مرنة وعلمية ، فهو يقتصر في بعض أحكامه على تحديد القرار الذي ينبغي على الادارة اتخاذه من اجل تنفيذ الحكم ، فيوجه لها الأمر بإصداره ، ويكتفي في البعض الاخر من احكامه على فرض غرامة تهديدية من اجل اجبارها على تنفيذ احكامه ، كما قد يجمع بين الامر باتخاذ اجراء معين واستخدام التهديد المالي في حكم واحد .

وقد طبق القضاء الاداري الفرنسي سلطة توجيه الأمر للإدارة في العديد من المجالات ، منها ما يتعلق بمنازعات الوظيفة العامة ، ومنح تراخيص البناء وفي ما يتعلق بالأجانب وفي منازعات العقود الادارية وكذلك ما يتعلق في تنفيذ الاجراءات الادارية المستعجلة ، وسنحاول اعطاء بعض الامثلة عن تلك الأوامر وعلى النحو الاتي :-

أولاً / توجيه الأوامر والتهديد المالي للإدارة في منازعات الوظيفة العامة .

لقد استخدم القضاء الاداري سلطته التي منحها له المشرع في توجيه الأمر للإدارة واستخدام التهديد المالي ، في نطاق منازعات الوظيفة العامة ، لإجبارها على تنفيذ أحكامه ، ومن تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي في فرض غرامة تهديدية على الادارة ، ما قضى به في حكمه بتاريخ ٢٨ مايو ١٩٩٣ في قضية السيدة (باستيان) حيث فرض غرامة تهديدية على الهيئة العامة للمساكن الاقتصادية ، مقدارها الف فرنك يومياً لإجبارها على تسجيل إحدى

(١) اشار اليه د. مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ، ص١٨

الموظفات في الصندوق الخاص بالمعاشات ، تنفيذاً لحكم صادر بإلغاء قرار رفض التسجيل [١] ، كما طبق مجلس الدولة سلطة الأمر التنفيذي ، في حكمه بتاريخ ١ اكتوبر ١٩٩٧ في قضية (دورون) ، حيث قضى بإلغاء قرار تأديبي أصدره أحد الوزراء بتوقيع عقوبة اللوم على احد موظفي الوزارة ، لعدم مشروعية هذا القرار ، ووجه المجلس أمراً الى الوزير بمحو هذه العقوبة من ملف الموظف في مهلة شهر واحد اعتباراً من تاريخ اعلان الحكم للوزارة [٢].

ثانياً / توجيه الأوامر واستخدام التهديد المالي في مواجهة الادارة بمنح تراخيص البناء .

لقد كان لصدور قانون ١٩٩٥ الأثر الكبير الذي اتاح للأفراد الطعن بقرار رفض الترخيص واللجوء الى سلطة الأمر والتهديد المالي التي منحها هذا القانون للقاضي الاداري ، فالقاضي الاداري في منازعات منح تراخيص البناء ، أما ان يوجه أمر الى الادارة بإعادة فحص طلب المحكوم له ، واما ان يأمر الادارة بمنح الترخيص اذا قدر ان المركز القانوني لطالب الترخيص لم يحدث فيه اي تغيير[٣] ، ومن امثلة الاحكام التي تضمنت أمراً الى الادارة بإعادة فحص طلب صاحب الشأن ، ما حكمت به محكمة (ليون) الادارية في ٢٩ /٣ /١٩٩٥ بإلغاء قرار العمدة المتعلق برفض منح رخصة بناء لإحدى شركات الاقتصاد المختلط ، وقد طلبت الشركة الغاء قرار الرفض ، بالإضافة الى توجيه أمراً الى الادارة بمنح الترخيص وفرض غرامة تهديدية قدرها ١٠٠٠ فرنك عن كل يوم تأخير ،فقررت المحكمة بإلغاء قرار العمدة على اساس انه مشوب بغلط بين في التقدير ، كما قرنت حكمها بأمر موجه للإدارة بوجوب إعادة فحص ملف طلب الترخيص مرة اخرى بعد اجراء تحقيق جديد وخلال مدة محددة [٤] ، ومن امثلة الاحكام التي قضت بالزام الادارة بمنح ترخيص دون القيام بإعادة فحص الطلب ما حكمت به محكمة الاستئناف الادارية لمدينة (نانت) في قضية (توماس) بتاريخ ١١ ديسمبر ١٩٩٦ ، عندما رفض العمدة اعطاء ترخيص للسيد توماس على الرغم من حصوله على حكم بإلغاء قرار الرفض ، فلجأ المحكوم له الى المحكمة الاستئنافية الادارية لكي تصدر أمراً الى العمدة من اجل منحه الترخيص مع فرض غرامة تهديدية في حالة التأخير ، التي قبلت الطلب و وجهت أمراً الى العمدة بمنح السيد توماس ترخيصاً بالبناء في مهلة شهر من تاريخ اعلان الحكم ، والزامه بدفع غرامة تهديدية مقدارها خمسمائة فرنك عن كل يوم تأخير [٥].

---

(١) اشار اليه د. يسري محمد العصار ، مرجع سابق ، ص٢٨٢

(٢) اشار اليه د. يسري محمد العصار ، المرجع السابق ، ص٢٣٨

(٣) المرجع نفسه ، ص٢٨٥

(٤) د. مهند مختار نوح ، القاضي الاداري والامر القضائي ، مرجع سابق ، ص٢٣٩

(٥) د. يسري محمد العصار ، مرجع سابق ، ص٢٨٦

ثالثاً / الأوامر الموجهة للإدارة بمنح تراخيص الاجانب ٠

يطبق القضاء الاداري الفرنسي سلطته في توجيه الأوامر الى الادارة بإلزامها بمنح تراخيص الاقامة بالنسبة للأجانب او الزامها بمنح الاقامة لهم ، ومن امثلة الاحكام التي وجه القاضي الاداري أمراً للإدارة بمنح التراخيص للأجانب ما قضى به مجلس الدولة في قضية (M Nwosu) بتاريخ ١٩٩٨/٥/٢٥ ، بإلغاء قرار رفض منح سمة دخول لأحد الاجانب ، كون ان الاسباب التي ساقتها الادارة لا تتعلق بالنظام العام ، اضافةً لمخالفته لحق المدعي في احترام حياته العائلية ، حيث وجه المجلس أمراً للإدارة بتسليم سمة الدخول خلال شهر من تبليغ الحكم [١] ، وفي حكم آخر لمجلس الدولة في قضية (بو رزاق) بتاريخ ٤ يوليو ١٩٩٧ ، حيث رفضت وزارة الخارجية الفرنسية طلب تقدم به السيد (بو رزاق) بمنحه سمة دخول الى فرنسا للإقامة مع زوجته التي تقيم في فرنسا ، مستندة في ذلك لاعتبارات تتعلق بالنظام العام ، فرفع المدعي طلبه الى مجلس الدولة ، الذي قضى بإلغاء القرار المطعون فيه ، ووجه أمراً الى وزارة الخارجية بمنحه تأشيرة دخول الى فرنسا ، وحدد المجلس مدة شهر لتنفيذ هذا الامر [٢] ٠

ومن تطبيقات القضاء بتوجيه الأوامر للإدارة بمنح الاقامة للأجانب ما حكمت به محكمة استئناف باريس الادارية بتاريخ ٢٨ اكتوبر ١٩٩٧ في قضية السيدة (لياتا) وهي من زائير ، بإلغاء قرار مدير الامن برفض منح المدعية إذناً بالإقامة في فرنسا ، ووجهت أمراً الى مدير الامن بمنح المحكوم لصالحها إذناً بالإقامة خلال مدة شهر من اعلان الحكم [٣]

رابعاً / الأوامر والتهديد المالي الموجهة للإدارة من اجل تنفيذ الاجراءات القضائية المستعجلة

يستطيع القاضي الاداري ان يوجه أمراً الى الادارة في الامور الادارية المستعجلة ، من اجل اجبار الادارة على تنفيذ احكامه ولا سيما الأمر بوقف تنفيذ القرار الاداري المطعون فيه ، وقد استخدم القضاء الاداري سلطته بشكل استثنائي في كل من فرنسا ومصر قبل صدور قانون ٦/٣٠ / ٢٠٠٠ ، كما رأينا ذلك عند البحث في الاستثناءات التي ترد على مبدأ حظر توجيه الأوامر من القاضي الاداري ، أما بعد صدوره فان المشرع أباح للقاضي الاداري سلطة توجيه

---

(١) د. مهند مختار نوح ، القاضي الاداري والامر القضائي ، مرجع سابق ، ص٢٣٥
(٢) اشار اليه د. يسري محمد العصار ، مرجع سابق ، ص٢٨٧
(٣) المصدر نفسه ، ص٢٨٩

الأوامر فيما يتعلق بوقف تنفيذ القرار الاداري ، والمتعلق بإحدى الحريات الاساسية ضمن الشروط التي حددها ٠

ومن بين الاحكام التي استخدم فيها القضاء الاداري سلطة توجيه الاوامر واستخدام التهديد المالي ، ما حكم به مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٨ فبراير ٢٠٠١ في قضية الطبيبان (فيليبارد و لوزاج) عندما رفعا دعوى امام القضاء الاداري بإلغاء قرار نقابة الاطباء برفض منح الطبيبان تصريحاً بممارسة مهنة طب الاسنان في مبنى يوجد فيه جراح اسنان آخر ، وطلبا على سبيل الاستعجال الحكم بوقف التنفيذ ، واستخدام سلطة الأمر والتهديد المالي في مواجهة النقابة ، فقد قَبل مجلس الدولة طلبهما وقضى في الشق المستعجل من الدعوى بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه ، ووجه أمراً الى النقابة بمنح المحكوم لهما خلال ثمانية ايام ، تصريحاً مؤقتاً لحين الفصل في الدعوى [١] ، كما قضى القاضي الاداري المستعجل بناءً على طلب المدعي ، بإصدار أمر بوقف تنفيذ قرار وزير الداخلية بطرد اجنبي باعتباره يتضمن اعتداء خطير وغير مشروع الجسامة على الحق في احترام الحيات العائلية للطاعن [٢]٠

(١) اشار اليه د. يسري محمد العصار ، المرجع السابق ، ص٢٧٨
(٢) د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص١٨٣

إذا كانت الاحكام القضائية الصادرة من القضاء الاداري واجبة التنفيذ باعتبارها حكماً كسائر الاحكام التي لا يكون لها قيمة الا في تنفيذها ، فان هذه الاحكام قد تصادف من الناحية العملية بعض الصعوبات او العقبات من خلال تقاعس الادارة عن تنفيذها ، والمتمثل أما بعدم الرغبة في التنفيذ ، او التباطؤ والتراخي في التنفيذ ، او إساءة التنفيذ ، وقد يصل الى حد الرفض الصريح بعدم التنفيذ ، وفي ذلك مخالفة لقوة الشيء المقضي به وتنفيذ مقتضاه[1] .

وتعتبر مشكلة امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام الادارية الصادرة ضدها عيباً خطيراً يمس هيبة القضاء الاداري ويفقد ثقة الافراد في الحصول على حقوقهم من خلاله ، وإزاء هذا الوضع لا بد من قيام القاضي الاداري بالضغط على الادارة من اجل تنفيذ احكامه من خلال الأوامر التي يوجهها للإدارة ، لبيان ما عليها القيام به لتنفيذ أحكامه ، و قد تكون هذه الأوامر مقترنة بالحكم أو لاحقة على صدوره ، وقد تكون هذه الأوامر مقترنة بتهديد مالي متمثلة بالغرامة التهديدية تفرض من اجل اجبار الادارة على تنفيذ الحكم.

وعلى الرغم من الأوامر التي يوجهها القاضي الاداري للإدارة لتنفيذ الاحكام الصادرة منه ، فان واقعات التنفيذ ومنازعاته يؤكدان حقيقة لا مفر منها ، مقتضاها ان الاوامر الموجهة من القاضي بالإضافة الى قوة الشيء المقضي به لا تكفي لإعمال التنفيذ وانما لا بد من قوة رادعة تساندها ، يخشاها من لم يمتثل لها طوعاً بإرادته ، فيذعن للحكم ويسلم له تسليماً، زاجرةً لغيره ، وتَحول دون امتناعه عن تنفيذ ما يصدر ضده من أحكام .

لذلك يترتب على عدم تنفيذ الادارة لحكم القضاء قيام المحكوم له اللجوء الى القاضي الاداري من جديد للطعن بقرار رفض الادارة او امتناعها عن التنفيذ ، كما يمكن إثارة المسؤولية المدنية ضدها بالمطالبة بالتعويض عن الاضرار المترتبة عن عدم التنفيذ ، كما يمكن إثارة المسؤولية الجزائية على الموظف الممتنع عن التنفيذ .

ولبيان ما للأوامر من دور مهم في تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة من القضاء الاداري ، والاثر المترتب على عدم تنفيذ تلك الاحكام ، سوف نقسم هذا الفصل الى مبحثين، نتناول في المبحث الاول دور الأوامر القضائية في تنفيذ احكام القضاء الاداري ، في حين نتناول في المبحث الثاني جزاء امتناع الادارة عن تنفيذ احكام القضاء الاداري.

([1]) الا انه توجد حالات تواجه الادارة تجعل من موقفها غير المشروع في عدم التنفيذ مشروعاً باعتبار انها معوقات خارجة عن ارادة الادارة مثل تعارض تنفيذ الحكم مع الصالح العام ، كذلك الاسباب المتعلقة بالأمن والنظام العام ، ومنها ما يتعلق بصعوبات التنفيذ سواء كانت صعوبات مادية ام قانونية ، كذلك منها ما يتعلق بغموض الحكم ، لمزيد عن الاسباب التي تحتج بها الادارة في عدم تنفيذها للحكم القضائي يراجع محمد سعيد الليثي ، مرجع سابق ، ص٢٩٧ وما بعدها ، كذلك حسني سعد عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ٤٢٩ وما بعدها.

المبحث الاول

دور الاوامر القضائية في تنفيذ الاحكام الصادرة من القضاء الاداري

كما عرفنا فيما سبق ذكره ان توجيه الأوامر قد تحول من الحظر الى الاباحة وخصوصاً في فرنسا ، حيث أصبح للأوامر التي يوجهها القاضي الاداري دور مهم في تنفيذ احكامه ، بل ان من بين اهم الاسباب التي ادت الى اتساع سلطة القاضي الاداري في توجيه الادارة ، ظاهرة امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام الصادرة منه ، حيث ربط البعض من الفقهاء بين الأمر الصادر من القاضي الاداري وبين تنفيذ الاحكام الصادرة منه كما سبق ذكره ٠

والأوامر التي يوجهها القاضي الاداري لتنفيذ احكامه منها ما تكون بشكل أوامر تنفيذية مقترنة بالحكم الصادر منه ، وقد تكون أوامر لاحقة على الحكم الاصلي ، وقد تكون الأوامر بصورة تهديد مالي يطلق عليه الغرامة التهديدية التي تستعمل للضغط على الادارة لتنفيذ الحكم ، وقد يجمع القاضي الاداري بين الأوامر التنفيذية مع التهديد المالي في بعض احكامه لضمان تنفيذها ، لذلك سوف نتطرق لدور الاوامر التنفيذية في تنفيذ الاحكام القضائية في المطلب الاول ، ثم نتناول دور الغرامة التهديدية في تنفيذ الاحكام الصادرة من القاضي الاداري المطلب الثاني٠

المطلب الاول

دور الأوامر التنفيذية الصادرة من القاضي الاداري في تنفيذ الاحكام

لم يكن القاضي الاداري قبل عام ١٩٩٥ يستطيع توجيه أوامر للإدارة الا بشكل استثنائي نتيجة الحظر المفروض عليه ، إضافةً الى تمسكه بالسلطات التقليدية الممنوحة له من جهة ، وعدم قيام المشرع على تشريع قانون يتيح للقاضي إصدار أوامر للإدارة من جهة اخرى ، حيث كان دور القاضي الاداري في تنفيذ احكامه يقتصر على بعض الوسائل غير المباشرة التي يمكن من خلالها تحفيز الادارة على التنفيذ ، مثل تذكير الادارة بواجبها في تنفيذ الاحكام ، وهو ما عبرت عنه المحكمة الادارية العليا في مصر بقولها (اذا كان القاضي الاداري لا يملك ان يحل محل الادارة في اجراء ما هو من صميم اختصاصها ، الا انه يملك ان يعقب على تصرف الادارة من الناحية القانونية ، وان يبين حكم القانون فيما هو متنازع عليه بين ذوي الشأن فيضع الامور في نصابها الصحيح ، وله بهذه المثابة ان يبين من هو الاولى قانوناً بالترشيح للترقية ، واذا ما أبان ذلك فليس معنى هذا انه حل محل الادارة في ترقيته ، بل مفاده

تنبيه الادارة الى حكم القانون لتجري الترقية بقرار منها على هذا الاساس ، والا كان قرارها بخلاف ذلك مخالف للقانون)[1] ، كذلك قد يشير القاضي الاداري تفاصيل الاجراءات التي يتطلبها تنفيذ الحكم ، او يُذّكر الادارة بالأثر المترتب على الحكم ، الا ان هذه الوسائل لم تكن بالقدر الذي يؤدي بالضغط على الادارة لتنفيذ الاحكام الصادرة ضدها ٠

الا انه بصدور القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٩٥ في فرنسا كان له الدور الكبير في الضغط على الادارة من اجل تنفيذ احكام القضاء الاداري من خلال منحه سلطة توجيه الأوامر للإدارة ، كما أعترف له بسلطة الحكم بالغرامة التهديدية لضمان تنفيذ احكامه ، وقد تضمن هذا القانون منح القاضي الاداري سلطة توجيه أوامر مقترنة بالحكم الصادر لتلافي سوء نية الادارة في تنفيذ أحكامه ، فضلاً عن سلطة توجيه أوامر لاحقة على الحكم بسبب عدم تنفيذ الادارة له٠

وقد اتبعت بعض الدول نفس السياسة التشريعية في توسيع سلطة القاضي الاداري في توجيه الأوامر للإدارة من اجل تنفيذ أحكامه مثل الجزائر ، في حين بقيت الكثير من الدول على الحظر المفروض على القاضي الاداري بعدم تشريعها قانون يتيح للقاضي سلطة توجيه أوامر للإدارة او فرض تهديد مالي عليها لإجبارها على التنفيذ كما هو الحال في مصر والعراق ٠

ولغرض بيان دور الاوامر التنفيذية التي يصدرها القاضي الاداري للإدارة ، لابد ان نبين اولاً دور الاوامر المقترنة بالحكم القضائي في تنفيذه ، ثم للأوامر اللاحقة على صدور الحكم ، وهو ما سوف نخصص له الفرعين التاليين ٠

الفرع الاول

الأوامر المقترنة بمنطوق الحكم ودورها في تنفيذه

أدى الاعتراف للقاضي الاداري من قبل المشرع وخاصةً في فرنسا بسلطة توجيه أوامر للإدارة قيامه بتضمين الحكم الصادر منه بتلك الأوامر من اجل الضغط على الادارة على تنفيذ احكامه او لتلافي عدم التنفيذ المحتمل ، والذي يعتبر بحق احد المكاسب التي منحها المشرع الفرنسي للقاضي الاداري بعد سيادة مبدأ الحظر المفروض عليه ولوقت طويل ٠

فقد نصت المادة (٢/٨ /الفقرة الاولى) من قانون ١٩٩٥ الفرنسي على انه (عندما يقتضي تنفيذ الحكم الصادر من المحاكم الادارية او محاكم الاستئناف الادارية اتخاذ الشخص المعنوي العام او الشخص الخاص المكلف بإدارة مرفق عام قراراً معيناً او اجراءً محدداً ، فانه

([1]) اشار اليه د٠عصمت عبد الله الشيخ ، الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الاحكام الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص٢٨

يكون للمحكمة التي اصدرته وبناءً على طلب محدد من صاحب الشأن باتخاذ هذا القرار او الاجراء ان تأمر في ذات حكمها باتخاذه) ، اما الفقرة الثانية من المادة ذاتها فقد نصت على (اذا كان تنفيذ الحكم يقتضي ان يتخذ الشخص العام او الخاص المكلف بإدارة مرفق عام قراراً آخر بعد تحقيق جديد يجريه لهذا الغرض ، فان للمحكمة التي أصدرت الحكم اذا طلب منها ذلك صراحةً ان تأمر في ذات حكمها باتخاذ هذا الاجراء خلال مدة محددة) [1].

فبعد صدور قانون ١٩٩٥ لم تعد وظيفة القاضي تقف عند حد اصدار الحكم باعتبار أن عدم تنفيذه أمر يرجع للإدارة فقط ، بل شمل ايضاً ضرورة تدخله بإصدار أوامر للإدارة لضمان تنفيذ احكامه ، لذلك فان المحاكم الادارية لم تتردد في ممارسة سلطة اصدار الاوامر التي منحت لها استناداً لهذا القانون ، فسارعت لممارسة هذه السلطة منذ الشهور الاولى ، حيث اعطى القانون الجديد للقاضي صلاحية ترتيب آثار الاحكام التي يصدرها ضد الادارة بان يقرن حكمه بأمر موجه للإدارة يلزمها بان تتخذ الاجراءات اللازمة لتنفيذه ، فهذه الاوامر تهدف الى تدارك سوء التنفيذ المحتمل للأحكام ، كما انها تحقق الفاعلية التي تكفل وتضمن احترام وتنفيذ الشيء المقضي به بما يدعم مبدأ المشروعية وسيادة حكم القانون.

كما نص قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد في الجزائر رقم ٨/٩ لسنة ٢٠٠٨ على الامر المقترن بالحكم في المادة (٩٧٨) التي نصت على (عندما يتطلب الامر او الحكم او القرار الزام احد الاشخاص المعنوية العامة او هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الادارية بإتخاذ تدابير تنفيذ معينة ، تأمر الجهة القضائية الادارية المطلوب منها ذلك في نفس الحكم القضائي بالتدبير المطلوب مع تحديد اجل التنفيذ عند الاقتضاء)

وطبقاً لما تقدم فان سلطة القاضي الاداري بتوجيه أوامر مقترنه بمنطوق حكمه تكون في حالتين :

الحالة الاولى / الامر باتخاذ اجراء محدد يقتضيه تنفيذ الحكم

أعطت المادة (٢/٨) من القانون للقاضي الاداري صلاحية إقران حكمه أمراً يتضمن الزام الادارة للقيام بإجراء معين من اجل تنفيذه ، بيد ان هذه السلطة ليست مطلقة وانما يشترط ان يكون الاجراء التنفيذي المأمور به متفرعاً بالضرورة من مقتضى الحكم القضائي ومن متطلباته [2] ، حيث يمكن للقاضي الاداري في هذه الحالة ان يحدد للإدارة الاطار الزمني لتنفيذ هذا الأمر ، مما يساهم في فعالية الامر، فضلاً عن ان الأمر بإجراء تنفيذي معين يساعد الادارة على توضيح اختصاصها في تنفيذه ويقلل من حالات عودة المتقاضين الى القضاء نتيجة عدم

---

(١) نقلا عن د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص١٢٦

(٢) د. مازن ليلو راضي ،وسائل تنفيذ حكم القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص١٨

التنفيذ[١]، فلم يتردد القضاء الاداري الفرنسي في تضمين أحكامه على أوامر بالقيام بإجراء معين موجهه للإدارة لضمان تنفيذ احكامه ، مثال ذلك حكم المحكمة الادارية في باريس بتاريخ ٩ فبراير ١٩٩٦ في قضية السيدة Canoa Figueredo حيث قضت بإلغاء قرار مدير الامن برفض منح المدعية اذناً بالإقامة في فرنسا ، وتضمن الحكم أمراً الى مدير الامن بتسليم المحكوم لها خلال مهلة شهر واحد اذناً بالإقامة في فرنسا [٢] ، كذلك ما حكمت به المحكمة الادارية لمدينة (ليون) بتاريخ ١٩٩٦/٢/٧ في قضية Sadi Houcini بإلغاء القرار الصادر من مدير منطقة (الرون) الذي رفض فيه منح المدعي إذناً بالإقامة الطويلة في فرنسا لمدة ١٠ سنوات ، ووجهت المحكمة أمراً للمدير بمنح المحكوم له في مهلة شهر واحد من تاريخ اعلان الحكم إذناً بالإقامة الطويلة في فرنسا[٣] ، وفي حكم اخر لمحكمة باريس الادارية بتاريخ ٤ مايو ١٩٩٦ قضت فيه بإلغاء قرار فصل طالب من مدرسته ، وتوجيه أمر الى ادارة المدرسة بإعادته الى مدرسته [٤] .

أما في العراق فان القضاء الاداري المتمثل بمحكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين قد دأب ومنذ نشأته على تضمين احكامه أوامر صريحة موجهة للإدارة للقيام بإجراء محدد يقتضيه تنفيذ الحكم الصادر منه ، وهو بذلك قد سبق كل من القانون الفرنسي وكذلك المصري الذي يمتنع عن توجيه مثل تلك الأوامر، فمن خلال الاطلاع على الاحكام الصادرة من محكمة القضاء الاداري ومجلس الانضباط العام نجد ان اغلب الاحكام تتضمن أوامر للإدارة باتخاذ اجراء معين يقتضيه تنفيذ الحكم .

ومن امثلة الاحكام الصادرة من محكمة القضاء الاداري حكمها الصادر في ٢٠١٠/٣/٩ ، الذي قررت فيه الغاء قرار محافظ بغداد بعزل المدعي من وظيفته ووجهت له أمراً يتضمن إجراءً محدداً وهو إعادة المدعي الى وظيفته في نفس الحكم ، حيث جاء فيه (... وتأسيساً على ما تقدم وجدت المحكمة ان قرار المدعى عليه إضافة لوظيفته بعزل المدعي من منصبه كمدير لناحية الفحامة يعد باطلاً لمخالفته للاختصاصات التي منحها القانون رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ وللأسباب اعلاه قرر وبالاتفاق الحكم بالزام المدعى عليه اضافةً لوظيفته بإلغاء الامر الديواني المرقم (٤٦) لسنة ٢٠٠٩ واعادة المدعي الى منصبه السابق كمدير لناحية الفحامة

---

(١) د. مهند مختار نوح ، القاضي الاداري والامر القضائي ، مرجع سابق ، ص٢١٧
(٢) اشار اليه د. يسري محمد العصار ، مرجع سابق ، ص٢٩٠
(٣) اشار اليه د. مازن ليلو راضي ، وسائل تنفيذ حكم القضاء الاداري ، مرجع سابق، ص١٨
(٤) اشار اليه د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص١٢٨

٠٠٠)[١] ، كذلك حكمها الصادر في ٢٠١٢/٥/٢٣ الذي الزم وزير الداخلية بترقية المدعي ومنحه الحقوق المترتبة على ذلك في منطوق حكمه الذي جاء فيه (٠٠٠ وعلى الرغم من ان الترقية هي سلطة تقديرية للإدارة غير ان هذه السلطة غير مطلقة ٠٠٠٠وحيث ان المدعى عليه قد استند الى اسباب لم يرتب القانون اثراً عليها في استحقاق المدعي للترقية ٠٠٠عليه قرر بالاتفاق الحكم بالزام المدعى عليه بترقية المدعي الى الرتبة (التالية لرتبته) ومنحه الحقوق المترتبة على ذلك ٠٠)[٢] .

ومن تطبيقات مجلس الانضباط العام بتوجيه أوامر تتضمن إجراء معين في منطوق قراراته ، قراره بتاريخ ٢٠٠٨/٨/٥ الذي قرر فيه الغاء قرار وزير البلديات والاشغال العامة برفض منح المدعي إجازة لمدة سنتين لقبوله بالمعهد القضائي ، وضمن قراره أمراً الى المدعى عليه بمنحه إجازة لمدة سنتين حيث جاء فيه (٠٠ وتأسيساً على ما تقدم قرر وبالاتفاق الحكم بإلزام المدعى عليه اضافةً لوظيفته بإلغاء الكتاب المرقم (٨٠٨) في ٢٠٠٨/٤/١٦ مع مرفقه الاعمام المرقم (٥٠٤) مع إلزامه بمنح المدعي إجازه دراسية لمدة سنتين وبراتب تام ٠٠)[٣] ،كذلك حكمه بتاريخ ٢٠١٢/٦/٥ الذي الغى بموجبه الامر الصادر من وزارة الدفاع بتعيين المدعي دون ان تقوم بإضافة خدمته العسكرية والمدنية المؤداة في هذه الوزارة وفي وزارة اخرى ، واصدر أمراً الى وزير الدفاع بإلزامه بتحديد عنوان وظيفي جديد ، حيث جاء فيه (لذا قرر المجلس بالاتفاق الحكم بإلغاء الامر الاداري المرقم (١٤٢٠) في ٢٠١٠/٦/٢٠ وإلزام المدعى عليه بتحديد العنوان الوظيفي للمدعي وفقاً لقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) ٠٠٠)[٤] .

الحالة الثانية / الأوامر الموجهة للإدارة باتخاذ قرار بعد فحص جديد للطلب

قد لا يكون الأمر الموجه من القاضي الاداري للإدارة بصورة أمر تنفيذي للقيام بعمل معين يقتضيه تنفيذ الحكم الصادر ، وانما يكون في صورة أمر بضرورة اتخاذ قرار اخر غير القرار الذي تمت مخاصمته ، بعد اجراء تحقيق جديد من قبل الادارة [٥] ، بمعنى ان القاضي الاداري لا يأمر الادارة بهذه الحالة القيام بعمل او الامتناع عن عمل ضمن مدة محددة ، بل يعيد

([١]) حكم محكمة القضاء الاداري رقم ٦٨/قضاء اداري /٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/٩ قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة ، مطبعة الوقف الحديثة ، وزارة العدل ، ٢٠١٠ ، ص٤٣٠

([٢]) حكم محكمة القضاء ١٣٧/قضاء اداري /٢٠١٢ في ٢٠١٢/٥/٢٣ ، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة ، مطبعة الوقف الحديثة ، ١٠١٢ ، ص٣٣٦

([٣]) قرار مجلس الانضباط العام رقم ٢٤٥/ انضباط / ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٨/٥ ، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ، وزارة العدل ، ٢٠٠٨ ، ص٥١٩

([٤]) قرار مجلس الانضباط العام رقم ٧٥٠/ انضباط / ٢٠١٠ في ٢٠١٢/٦/٥ ، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة ٢٠١٢ ص ٣١٦

([٥]) د. مهند مختار نوح ، القاضي الاداري والامر القضائي ، مرجع سابق ، ص٢١٧

اليها الملف لتقوم بفحصه مجدداً وذلك ضمن إطار زمني محدد ، بقصد إصدار قرار جديد تتدارك فيه وجه اللامشروعية التي لحقت بالقرار الاول الذي كان محلاً للنزاع [١] .

ففي فرنسا يجد القاضي الاداري اساس هذا النوع من الأوامر في المادة (٢/٨) من قانون ١٩٩٥ التي أباحت له ان يأمر بإعادة الملف الى الادارة من اجل اصدار قرار جديد ، حيث نصت على (اذا كان تنفيذ الحكم يقتضي ان يتخذ الشخص العام او الخاص المكلف بإدارة مرفق عام قراراً اخر بعد تحقيق جديد يجريه لهذا الغرض ، فان للمحكمة التي اصدرت الحكم اذا طلب منها ذلك صراحةً ، ان تأمر في ذات حكمها باتخاذ هذا الاجراء خلال مدة محددة)[٢] .

وتطبيقاً لذلك فقد ذهب القضاء الاداري الفرنسي الى تضمين احكامه الصادرة بعد ١٩٩٥ بأوامر موجهه للإدارة من اجل القيام بفحص جديد للملف واصدار قرار جديد يتلافى فيه عناصر اللامشروعية في القرار الاول المطعون فيه ، ومنها حكم محكمة الاستئناف الادارية (بليون) في قضية السيد Tahraoui التي الغت قرار الوالي الذي رفض تجديد مستند الاقامة لمدة عشر سنوات ، حيث اوضحت المحكمة ان هذا الالغاء يفرض على الادارة ان تعيد فحص طلب تجديد مستند الاقامة ، وانتهت الى ان (الغاء رفض منح مستند الاقامة لا يعني بالضرورة ان تمنحه الادارة مستند الاقامة المطلوب ، وانما يكون من مقتضاه ان تعيد الادارة فحص طلب المحكوم لصالحه لتقرر على ضوء الظروف المستجدة مدى احقيته في الحصول عليه)[٣] .

كما منح المشرع الجزائري القاضي الاداري سلطة أمر الادارة بإصدار قرار جديد في اجل محدد وهو ما أشارت اليه المادة (٩٧٩) من قانون الاجراءات المدنية والادارية رقم ٨/٩ لسنة ٢٠٠٨ التي نصت على (عندما يتطلب الأمر او الحكم او القرار الزام احد الاشخاص المعنوية العامة او هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الادارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة لم يسبق ان أمرت بها بسبب عدم طلبها في الخصومة السابقة ، تأمر الجهة القضائية الادارية المطلوب منها ذلك بإصدار قرار جديد في اجل محدد)

وفي العراق فلا يوجد نص تشريعي يخول القاضي الاداري بتوجيه أمر الى الادارة باتخاذ قرار بعد فحص جديد للطلب ، الا اننا نجد انه لا مانع من ان يقوم بتوجيه مثل هذه الأوامر ، سيما وانه قرر في مناسبات ولو بشكل نادر على تلك الأوامر مقارنةً بالنوع الاول الذي يأمر باتخاذ اجراء معين في منطوق حكمه ، ومن امثلتها ما قرره مجلس الانضباط العام في قراره المرقم ٢٠٠/ انضباط/ ٢٠٠١ في ٢٠٠١/٦/١٤ الذي الغى عقوبة العزل الصادرة

---

(١) د. مازن ليلو، راضي ، وسائل تنفيذ حكم القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص١٩

(٢) نقلا عن د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص١٣٤

(٣) اشار اليه د. حمدي علي عمر ، المرجع نفسه ، ص١٣٥

بناءً على توصية من لجنة غير أصولية ، وأصدر أمراً للإدارة بإعادة التحقيق الاداري من قبل لجنة اصولية يمكن تأليفها وفقاً للقانون ، حيث جاء فيه (٠٠٠٠ مما يكون التحقيق الذي أجرته مع المعترض قد تم بصورة غير أصولية وخلافاً للقانون وبالتالي تكون عقوبة العزل النهائي من الوظيفة المفروضة بحق المعترض قد صدرت بصورة غير أصولية ، وعليه واستناداً لما تقدم ذكره قرر المجلس وبالاتفاق الحكم بإلغاء العقوبة المطعون بها ٠٠٠٠ وإعادة التحقيق الاداري معه من لجنة أصولية يمكن تشكيلها ٠٠٠٠) [١].

وقد أعتبر جانب من الفقه العراقي هذا الاجراء عملاً محموداً من جانب مجلس الانضباط العام ، كونه ضماناً لمبدأ المشروعية وحمايةً لحقوق الموظفين من جهة ، ومراعاةً للصالح العام من جهة اخرى [٢] .

ويرى البعض ان التمييز بين قيام القاضي الاداري بتضمين حكمه أمراً باتخاذ اجراء محدد يقتضيه تنفيذ هذا الحكم ، او ان يأمر الادارة بإصدار قرار بعد فحص جديد للطلب يعتمد على سبب الغاء القرار الاداري والسلطة الممنوحة للإدارة في اصداره ، فاذا كان سبب الغاء القرار راجعاً لعدم المشروعية الخارجية فان الامر القضائي يكون بصيغة اتخاذ قرار من الجهة الادارية بعد فحص جديد للطلب واتباع الاجراءات الاصولية بقصد تطهيره من العيوب ، اما اذا كان سبب إلغاء القرار راجعاً الى عدم المشروعية الداخلية ، ففي هذه الحالة ينظر الى طبيعة السلطة الممنوحة للإدارة ، فاذا كانت سلطة تقديرية فان القاضي لا يمكنه ان يأمر الا باتخاذ قرار جديد ضمن مدة معينة وبعد فحص الملف ، اما اذا كانت الادارة في موقف السلطة المقيدة فان القاضي يمكن ان يأمر باتخاذ اجراء تنفيذي محدد بعد الغاء القرار [٣] .

الفرع الثاني

الأوامر اللاحقة لصدور الحكم القضائي

ومن الأوامر التي يوجهها القاضي الاداري لضمان تنفيذ احكامه ما تكون لاحقة لصدور الحكم ، وهذا ما نصت عليه المادة (٤/٨) من قانون ١٩٩٥ في فرنسا على انه (٠٠٠واذا كان الحكم المطلوب تنفيذه لم يحدد اجراءات التنفيذ فانه يكون للمحكمة المختصة تحديدها وتعيين المدة التي يتم التنفيذ خلالها ، فضلاً عن الحكم بغرامة تهديدية لضمان هذا التنفيذ ، وفي حالة

---

(١) مجلة العدالة ، وزارة العدل ، بغداد ، العدد الرابع، سنة ٢٠٠١، ص١١٣

(٢) د. غازي فيصل مهدي ، تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام ، مرجع سابق ، ص٤٤

(٣) علاء ابراهيم محمود ، تنفيذ حكم الالغاء الصادر عن القضاء الاداري ، مجلة رسالة الحقوق ،جامعة كربلاء، السنة الثانية ، العدد الثاني ، ٢٠١٠ ، ص٢٠١

عدم تنفيذ الحكم المطعون عليه بالاستئناف فان طلب التنفيذ يقدم الى محكمة الاستئناف ذاتها) [١] .

ومن النص يتبين ان للمحاكم كافة ولضمان تنفيذ الاحكام القطعية وبناءً على طلب صاحب الشأن ، ان تأمر باتخاذ ما يلزم للتنفيذ مع تحديد المدة التي يتم التنفيذ خلالها ، وهذا الاجراء يتم عندما يكون هناك إلغاء سابق ثم ترفض الادارة تنفيذه ، فيلجأ صاحب الشأن الى المحاكم الادارية لتحكم بضرورة التنفيذ خلال مدة محددة من خلال توجيه أمر اليها ، ولها فرض غرامة تهديدية لضمان التنفيذ ، وبالتالي يشترط لتوجيه أوامر لاحقة على صدور الحكم القضائي من اجل تنفيذه ان يطلب صاحب الشأن ذلك من القضاء صراحةً ، وان تكون طبيعة تنفيذ الحكم الذي صدر ضد الادارة تستدعي اتخاذ اجراء معين او اصدار قرار جديد ، كما يجب ان يكون توجيه الامر سببه عدم تنفيذ الادارة للحكم الصادر ضدها .

وتطبيقاً لذلك فقد حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٤ نوفمبر ١٩٩٦ في قضية الآنسة (كيرباشي) حيث أصدر أمراً للإدارة الزمها بتنفيذ حكم سابق صادر بإلغاء قرار إنهاء خدمة المدعية تنفيذاً كاملاً ، حيث الزمها بان تؤدي اليها تعويضاً مقابل حقوقها المالية التي تستحقها من تاريخ صدور قرار إنهاء الخدمة الى تاريخ تمكين الادارة لها من مباشرة العمل بعد صدور الحكم بإلغاء هذا القرار ، وقد قَرَن هذا الامر بغرامة تهديدية قدرها ٣٠٠ فرنك يومياً لإجبارها على التنفيذ [٢] .

اما في العراق فانه لا يوجد نص تشريعي يخول القاضي الاداري توجيه أوامر لاحقة على صدور الحكم من اجل تنفيذه كما هو الحال في فرنسا ، كما إننا لم نجد القضاء الاداري يوجه أوامر لاحقة على صدور الحكم .مقارنةً بالأوامر التي يوجهها مقترنةً بالحكم .

وعلى الرغم من ان القاضي الاداري في العراق قد منح نفسه سلطة توجيه الاوامر للإدارة ، الا ان تلك الأوامر لم تسهم بشكل كبير في تنفيذ الاحكام كما هو الحال في فرنسا ، والسبب هو ان توجيه الأوامر في فرنسا اساسه المشرع الذي حدد سلطة القاضي الاداري بتوجيه الاوامر ، من خلال بيان الشروط الواجب توفرها بالأمر ، والاجراءات المتبعة بتوجيه الامر، والتهديد المالي المقترن بالأمر لضمان التنفيذ ، اما في العراق فلم يستند القاضي الاداري الى نص ينظم سلطته في توجيه الاوامر ، وانما الى ما اقره لنفسه من سلطة توجيه تلك الأوامر ، لذلك نرى بضرورة اخذ المشرع العراقي بما جاء به المشرع الفرنسي ضمانةً لمبدأ المشروعية من جهة وضمان تنفيذ الاحكام من جهة اخرى .

---

(١) نقلاً عن د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص١٤٧

(٢) أشار اليه د. يسري محمد العصار ، مرجع سابق ، ص٢٩٢

من خلال ما تقدم نجد ان الاوامر التنفيذية الصادرة من القاضي الاداري سواء تلك المقترنة بالحكم او اللاحقة له ، لها اهمية كبيرة في تنفيذ الاحكام القضائية ، كونها تحمل نوعاً من الاكراه وتضفي قوة جديدة للالتزام بالحكم ، كما انها تسد كل ذريعة او حجة يمكن للإدارة ان تستند اليها في اصدار قرار مخالف للشيء المقضي به ٠

المطلب الثاني

الغرامة التهديدية ودورها في تنفيذ الاحكام القضائية

تعتبر الغرامة التهديدية إحدى الوسائل المهمة لضمان تنفيذ الاحكام الصادرة من القضاء الاداري ، فاذا كانت الأوامر التنفيذية تستهدف توضيح ما يقع على الادارة من التزامات ناجمة عن الحكم القضائي ، فان الغرامة التهديدية تستهدف بشكل مباشر اكراه الادارة على تنفيذ هذه الأوامر ، وبالتالي يكون لها الدور الكبير في مسألة تنفيذ احكام القضاء الاداري ، وتظهر أهمية الغرامة التهديدية بشكل واضح في جميع الحالات التي لا تكفي فيها الوسائل الاخرى على حمل الادارة على تنفيذ الحكم ، والقاضي يلجأ اليها في الحالات التي تظهر فيها الادارة عدم رغبتها في تنفيذ احكامه بسبب قصور وسائل التنفيذ التقليدية في إجبار الادارة على التنفيذ [١]٠

وفكرة الغرامة التهديدية اسلوب مقتبس من القانون المدني وذلك في حالة وجود التزام على المدين بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل وكان الوفاء به عيناً ممكناً ، وكان هذا الوفاء بالالتزام يقتضي تدخل المدين نفسه فتكون الغرامات التهديدية اهم الوسائل لحمله على الوفاء بالتزامه عيناً[٢]٠

وعلى الرغم من تبني القانون المدني المصري للغرامة التهديدية في المادة (٢١٣) [٣]، الا ان القضاء الاداري المصري لم يجز الحكم على الادارة بغرامات تهديدية كما هو الحال في فرنسا ، على اساس انها تمثل أوامر موجهة للإدارة وتنطوي على اعتداء على استقلالية الادارة

---

(١) تتنوع الوسائل التقليدية لإجبار الادارة على تنفيذ الاحكام القضائية ، ويمكن ردها الى نمطين : الاول قضائي يتمثل في الدعاوى الادارية (الالغاء والتعويض) والثاني غير قضائي كالدور المنوط بقسم التقرير والدراسات بمجلس الدولة الفرنسي وحامي الحقوق ، لضمان تنفيذ الاحكام الادارية ، لمزيد عن الاسباب التي ادت الى ظهور الغرامة التهديدية في القضاء الاداري ينظر د. محمد باهي ابو يونس ، مرجع سابق ، ص٧ وما بعدها

(٢) د. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، شركة التايمس للطبع والنشر ، بغداد ، ١٩٩١ ص٣٦٠

(٣) تنص المادة (٢١٣) من القانون المدني المصري على (اذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن ان يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ بدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك)

وتَدخل من قبل القاضي الاداري في عملها [١]، وهو ما كشفت عنه محكمة القضاء الاداري في احد احكامها بقولها (... انها لا تملك الحلول محل الادارة ولا إصدار أوامر اليها ولا ان تكرهها على شيء من ذلك عن طريق التهديدات المالية)[٢] .

ولم يعرف القضاء الاداري في العراق تطبيق للغرامة التهديدية في احكامه ، على الرغم من النص عليها في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في المادة (٢٥٣) منه [٣]. ولبيان دور الغرامة التهديدية في تنفيذ الاحكام الصادرة من القضاء الاداري لا بد من بيان مفهوم الغرامة التهديدية ومراحل الاعتراف بها ، ثم بيان دورها في تنفيذ الاحكام القضائية ، وهو ما سنعرض له في الفرعين التاليين .

الفرع الاول

مفهوم الغرامة التهديدية وتطور الاعتراف بها

لغرض التعرف على مفهوم الغرامة التهديدية والمراحل التي مرت بها ، لا بد من تعريفها اولاً ثم التطرق الى تطور الاعتراف بها ثانياً .

اولاً / تعريف الغرامة التهديدية

يُعرف البعض الغرامة التهديدية بانها عقوبة مالية تبعية تحدد بصفة عامة عن كل يوم تأخير ويصدرها القاضي بقصد ضمان حسن تنفيذ حكمه او حتى بقصد ضمان تنفيذ اي اجراء من اجراءات التحقيق ، وفي مجال القانون الاداري ، فإنها عقوبة مالية تبعية ومحتملة تحدد بصفة عامة بمبلغ معين من المال عن كل يوم تأخير بهدف تجنب عدم تنفيذ احكام القضاء الاداري او التأخير في تنفيذها ، الصادرة ضد اي شخص من اشخاص القانون العام او اي شخص من اشخاص القانون الخاص المكلفة بإدارة مرفق عام [٤] ، في حين انكر البعض صفة العقوبة على الغرامة التهديدية ، على اعتبار انها مبلغ من المال الذي يحكم به بصفة عامة عن كل يوم تأخير يصدرها القاضي بقصد ضمان حسن تنفيذ حكمه ، وبذلك لا تعتبر الغرامة

([١]) د. حسني سعد عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص٤٩١

([٢]) حكم محكمة القضاء الاداري ، القضية رقم ٣٣٥ لسنة ٢ جلسة ١٩٥٠/٥/١٧ ، السنة الرابعة ، مجموعة السنة الخامسة ، ص٦٨

([٣]) تنص المادة (٢٥٣) من القانون المدني العراقي على (اذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين بنفسه ، وامتنع المدين على التنفيذ اجاز للمحكمة بناءً على طلب الدائن ان تصدر قراراً بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية ان بقي ممتنعاً عن ذلك)

([٤]) د. منصور محمد احمد ، مرجع سابق ، ص١٦

التهديدية عقوبة مالية كونها لا تهدف في الواقع الى معاقبة سلوك الادارة بقدر ما تهدف الى حثها على التنفيذ، فهي وسيلة تهديدية على تنفيذ ما يصدر ضد الادارة من احكام [١] .

وفي ضوء ما تقدم فان الغرامة التهديدية تختلف عن التعويض كون ان الاولى تكون مؤقتة كما ان توقيعها يكون بمثابة اجراء يتسم بالقسر والاجبار لضمان تنفيذ الحكم استقلالاً عما وقع من ضرر ، في حين ان التعويض يهدف الى جبر الضرر الذي لحق بالشخص الذي صدر الحكم القضائي لصالحه بسبب التأخر في التنفيذ او عدم التنفيذ كلياً [٢] .

كما تختلف الغرامة التهديدية عن الفوائد التأخيرية ، كون الاخيرة تستحق في حالة الدفع المتأخر للدين ، اما الغرامة التهديدية فهي عقوبة مالية تبعية ومحتملة نتيجة عدم تنفيذ حكم قضائي او تنفيذه متأخراً [٣] .

ومن خلال تعريف الغرامة التهديدية وتمييزها عن الاساليب القريبة منها يمكن تسجيل أهم الخصائص التي تتميز بها وهي :

١- انها ذات طبيعة تحكمية ، حيث لا ينظر الى الضرر في تحديدها بقدر ما ينظر الى المدين وقدرته المالية ، كونها تهدف الى حث الادارة على التنفيذ وليس معاقبتها على امتناعها عن تنفيذ الحكم الصادر ضدها تنفيذاً كاملاً وصحيحاً [٤] .

٢- تتميز الغرامة التهديدية بانها ذات طبيعة قسرية ، كونها تفرض من اجل اجبار الادارة على تنفيذ الاحكام الصادرة ضدها [٥].

٣- كما تتميز بالصفة التهديدية ، لأن معدلها النهائي لا يتحدد الى ان يقوم المدين بالتنفيذ او حين يرخص القاضي للدائن بمصاريف على حساب مدينه ، فهي لا تهدف الى معاقبة سلوك الادارة وانما حثها على التنفيذ [٦] .

٤- انها ذات طبيعة وقتية ، وبالتالي فان معدلها قابل للتغيير بالتخفيف او الالغاء، ومقتضى ذلك ان الحكم بالغرامة التهديدية لا يحوز حجية الامر المقضي به لأنه حكم وقتي تهديدي .

٥- تتميز الغرامة التهديدية باتساع مجال تطبيقها ، حيث تفرض في حالة عدم تنفيذ اي حكم صادر من المحاكم التابعة للقضاء الاداري ، كما يمكن فرض الغرامة لتنفيذ الاحكام الصادرة

---

(١) د. عصمت عبد الله الشيخ ، مرجع سابق ، ص٩٠
(٢) د. احمد حسن درويش ، مرجع سابق ،ص٦١٧
(٣) د. منصور محمد احمد ،مرجع سابق ، ص٢٠
(٤) د. محمد سعيد الليثي ، مرجع سابق ، ص٦٢٥
(٥) د. منصور محمد احمد ، مرجع سابق ، ص١٨
(٦) د. احمد حسني درويش ، مرجع سابق ، ص٦١٨

في دعاوى تجاوز السلطة او دعاوى القضاء الكامل ، وسواء كان الحكم ضد اشخاص القانون العام او الاشخاص المعنوية الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عام [١] .

ثانياً / تطور الاعتراف بالغرامة التهديدية

لقد رفض مجلس الدولة الفرنسي في بداية الامر توقيع الغرامة التهديدية في المنازعات الادارية ، لكونها تعتبر بمثابة أوامر موجهة من القاضي الاداري للإدارة ، وبالتالي تدخل في تسيير المرافق العامة ، وخرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات الادارية والهيئات القضائية ، حيث لم يتدخل في فرض غرامات تهديدية وقتئذ حتى مع المتعاقد مع الادارة ، بدعوى ان الاخيرة تملك من الوسائل لحمل المتعاقد معها على تنفيذ الالتزام ، رغم ان القاضي العادي آنذاك لم يتردد في فرضها على الادارة ، وقد ساد هذا الموقف لوقت ليس بالقصير ، على الرغم من آثاره السلبية في عدم امكانية القاضي الاداري امتلاك وسائل جدية لإجبار الادارة على تنفيذ احكامه[٢].

بيد ان هذا الامر انتهى بتدخل المشرع الفرنسي بإصدار القانون رقم (٥٣٩) الصادر في ١٩٨٠/٧/١٥ والذي خول القاضي الاداري سلطة الحكم بالغرامة التهديدية لضمان تنفيذ احكامه ، حيث نصت المادة الثانية منه على (لمجلس الدولة في حالة عدم تنفيذ حكم صادر من القضاء الاداري ، الحكم ولو بصفة مباشرة بغرامة تهديدية على الاشخاص الاعتبارية العامة بقصد تنفيذه) [٣] .

وعلى الرغم من الاهمية التشريعية التي جاء بها هذا القانون لتبنيه وسيلة من وسائل الضغط على الادارة لتنفيذ احكام القضاء الاداري ، الا انه قصر الحكم بالغرامة التهديدية على الاشخاص المعنوية العامة دون غيرهم من اشخاص القانون الخاص المكلفة بإدارة مرفق عام ، وبالتالي ادى الى خروجها من نطاق الغرامة التهديدية و فقدانها ضمانة من ضمانات التنفيذ [٤] ، كما ان هذا القانون لم يعط سلطة فرض الغرامة التهديدية الا لمجلس الدولة فقط دون جهات القضاء الاداري الاخرى ، حيث لا تملك المحاكم الادارية ومحاكم الاستئناف الادارية فرض الغرامة التهديدية ، كما انه استناداً للمادة الثانية من القانون سالفة الذكر لا يمكن الحكم بها الا في حالة عدم تنفيذ الحكم الاداري ، بمعنى ان الحكم بها يكون بعد رفض او امتناع الادارة تنفيذ الحكم دون ان يصدر مقترناً بها[٥] .

---

(١) د. عصمت عبد الله الشيخ ، مرجع سابق ، ص٩١
(٢) د. منصور محمد احمد ، مرجع سابق ، ص٢٥
(٣) نقلاً عن د. محمد باهي ابو يونس ، مرجع سابق ، ص٤١
(٤) د. مازن ليلو راضي ، وسائل تنفيذ حكم القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص ٢٠
(٥) د. منصور محمد احمد ، مرجع سابق ، ص٦٤

وقد حاول المشرع تلافي بعض النقص في قانون ١٩٨٠ بصدور القانون رقم (٨٥٥) لسنة ١٩٨٧ الذي اخضع اشخاص القانون الخاص المكلفة بإدارة مرفق عام لأحكام الغرامة التهديدية ، الى ان اصدر المشرع الفرنسي القانون رقم (١٢٥) الصادر في ١٩٩٥/٢/٨ الذي كان له الاثر الحاسم في الضغط على الادارة من اجل تنفيذ الاحكام ، لتلافيه نقاط الضعف التي جاء بها قانون ١٩٨٠ ، حيث اعطى صلاحية الحكم بالغرامة التهديدية لجميع المحاكم الادارية ومحاكم الاستئناف الادارية ، كما اتاح الحكم بالغرامة التهديدية مقترنة بمنطوق الحكم بقصد تلافي سوء نية الادارة من احتمال عدم التنفيذ ، بعد ان كان قانون ١٩٨٠ يقتصر بالحكم بها عند عدم التنفيذ بحكم لاحق [١] .

ولم يقف المشرع الفرنسي عند هذا الحد بل اصدر القانون رقم (٣٨٧) الصادر في ٢٠٠٠/٥/٤ الذي اقر للقضاء الاداري الحق في توقيع الغرامة التهديدية ضد الادارة في حالة عدم تنفيذ الاحكام ، أياً كان مضمون هذه الاحكام [٢].

وقد ساير المشرع الجزائري نظيره الفرنسي في النص على الغرامة التهديدية وامكانية تطبيقها على المنازعات الادارية من خلال منح القاضي الاداري سلطة فرضها على الادارة عند عدم تنفيذ الاحكام الصادرة منه وذلك بتشريع قانون الاجراءات المدنية والادارية رقم ٨/٩ لسنة ٢٠٠٨ والذي نص صراحةً على ذلك في المادة (٩٨٠) منه على (يجوز للجهات القضائية الادارية المطلوب منها اتخاذ امر بالتنفيذ وفق المادتين (٩٧٨ و ٩٧٩) ان تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها) [٣]

وفي لبنان قرر نظام مجلس شورى الدولة اللبناني لعام ١٩٧٥ ضمانتين لكفالة تنفيذ أحكامه ، من خلال المادة (٩٣) من المرسوم المعدل بالقانون رقم (٢٥٩) بتاريخ ١٩٩٣/١٠/٦ ، حيث جاء في الفقرة الثانية منها على انه (على الشخص المعنوي من القانون العام ان ينفذ في مهلة معقولة الاحكام المبرمة الصادرة عن مجلس شورى الدولة تحت طائلة المسؤولية ، واذا تأخر عن التنفيذ من دون سبب ، يمكن بناءً على طلب المتضرر الحكم بإلزامه بدفع غرامة اكراهية يقدرها مجلس شورى الدولة وتبقى سارية لغاية تنفيذ الحكم) ، كما نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على انه (كل موظف يستعمل سلطته او نفوذه بصورة مباشرة او غير مباشرة

---

(١) د. مهند مختار نوح ، القاضي الاداري والامر القضائي، مرجع سابق ، ص ٢٢٩
(٢) د. عصمت عبد الله الشيخ ، مرجع سابق ، ص٨٤
(٣) عمار بوضياف ، تنفيذ قرارات الالغاء في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص٨٨

ليعيق او يؤخر تنفيذ القرار القضائي المذكور في الفقرة السابقة ، يغرم امام ديوان المحاسبة بما لا يقل عن راتب ثلاثة اشهر ولا يزيد عن راتب سنة) [1] .

الفرع الثاني

دور الغرامة التهديدية في تنفيذ الاحكام القضائية الادارية

تعتبر الغرامة التهديدية بالإضافة الى كونها وسيلة لغرض تنفيذ الحكم القضائي ، فهي اداة لإجبار الادارة على تنفيذ ما يحتويه الحكم من أوامر تنفيذية ، سواء كانت هذه الأوامر مرتبطة بمنطوق الحكم او لاحقة له ، ومن هنا تبرز اهميتها في تنفيذ الاحكام ، كونها تعتبر بمثابة امر من جهة ، ووسيلة للإجبار على التنفيذ من جهة اخرى .

ولغرض بيان دور الغرامة في تنفيذ الاحكام القضائية الادارية ، لابد من التطرق لدورها في تنفيذ الحكم عندما ترتبط بمنطوقه في مرحلة سابقة على التنفيذ ، ثم بيان دورها في تنفيذ الاحكام عندما تمتنع الادارة عن التنفيذ .

اولاً / دور الغرامة التهديدية المرتبطة بالحكم في تنفيذه

سبق وان ذكرنا بان الهدف الذي من اجله منح المشرع الفرنسي سلطة الحكم بالغرامة التهديدية للقاضي الاداري هي ضمان تنفيذ أحكامه ، نتيجة تباطؤ او عدم تنفيذ الادارة ، حيث منح المشرع الفرنسي للقاضي الاداري سلطة تضمين حكمه فضلاً عن أوامر تنفيذية بغرامة تهديدية تفرض على الادارة في حالة عدم التنفيذ ، وهو بذلك يربط بين الامر التنفيذي الذي يصدره وبين الغرامة التهديدية ، كون ان الاول يعتبر بمثابة الاساس للثاني ، في حين تعد الغرامة التهديدية وسيلة لضمان تنفيذ الامر القضائي[2] .

وهذا الاسلوب له أهمية كونه يُسرع من تنفيذ الاحكام الصادرة ضد الادارة ، ويساهم في تقليل حالات الرجوع الى القضاء مجدداً بسبب عدم التنفيذ ، كما يعتبر وسيلة وقائية يستعملها القاضي الاداري تجاه سوء نية الادارة المحتمل في عدم تنفيذها للحكم ، كونها سوف تتعرض لجزاءات مالية في حالة امتناعها [3] .

([1]) د. محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الاداري ، ك٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٥٠

([2]) د. عصمت عبد الله الشيخ ، مرجع سابق ، ص ٨٧

([3]) د. مازن ليلو راضي ، وسائل تنفيذ حكم القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص٢٢

واقتران الغرامة التهديدية بالأمر التنفيذي الصادر من القاضي الاداري هي من اهم الاجراءات الجديرة بالملاحظة التي جاء بها قانون ١٩٩٥/٢/٨ والتي نص عليها في المادة (٢/٨) ، بحيث جعل بالإمكان فرضها في مرحلة سابقة على تنفيذ الحكم كأجراء مرصود لممارسة الضغط على الادارة لأجل تنفيذ الحكم ، وليس مقصورة على حالة عدم التنفيذ.

ومن تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي بتضمين حكمه غرامة تهديدية لضمان تنفيذه ، ما جاء بحكم المحكمة الادارية لمدينة باريس في ٣٠ اكتوبر ١٩٩٥ في قضية السيدة (G K) الذي الغت بموجبه قرار مدير بوليس باريس باقتيادها الى الحدود وتوجيه أمر الى مدير البوليس بباريس بمنحها مستند الاقامة خلال ثلاثين يوم ، وقرنت المحكمة هذا الأمر بغرامة تهديدية قدرها ١٠٠٠ فرنك عن كل يوم تأخير في تنفيذ الحكم [١] .

ولم يقتصر القاضي الاداري فرض الغرامة التهديدية مقترنةً بالأمر على دعاوى تجاوز السلطة ، بل يملك كذلك سلطات واسعة في إصدار أوامر تنفيذية مقترنة بغرامة تهديدية في دعاوى القضاء الكامل لإجبار الادارة على اداء مبلغ التعويض ، وهو ما حكمت به المحكمة الادارية لمدينة (ستراسبورج) بتاريخ ١٩ ديسمبر ١٩٩٥ في قضية (ماري جوزيه) ، حيث قضت بالزام احدى الوحدات الادارية المحلية بدفع التعويض المقضي به للمحكوم لها في مهلة لا تتجاوز الشهرين ، وفرضت عليها غرامة تهديدية مقدارها ١٠٠٠ فرنك يومياً في حالة عدم التنفيذ) [٢] .

ثانياً / دور الغرامة التهديدية اللاحقة لصدور الحكم في تنفيذه

اذا كانت الغرامة التهديدية التي يحكم بها القاضي الاداري بمنطوق حكمه تهدف الى تلافي سوء نية الادرة في عدم تنفيذها للحكم ، ووسيلة لبيان ما سوف يلحق بها في حالة عدم تنفيذ الحكم ، فان الغرامة التي يحكم بها القاضي الاداري بعد صدور الحكم ضد الادارة والتي امتنعت عن تنفيذه هي وسيلة لإجبارها على التنفيذ ، حيث انها تتقرر بعد تسجيل امتناع الادارة تنفيذ الاحكام الصادرة ضدها ، وبالتالي يقتصر تطبيقها على الحالة التي يطلب فيها توقيع الغرامة بشكل لاحق على صدور الحكم بالموضوع ، بعد تقديم طلب بشأنها[٣].

فقد أجازت المادة الثانية من قانون ١٩٨٠ لمجلس الدولة الفرنسي فرض غرامة تهديدية من تلقاء نفسه ، حيث اشارت الى انه (في حالة عدم تنفيذ حكم صادر من القضاء الاداري يجوز

---

(١) د. حمدي علي عمر، مرجع سابق ، ص١٥٩

(٢) اشار اليه د. يسري محمد العصار ، المرجع السابق ، ص٢٩٣

(٣) د. مازن ليلو راضي ، وسائل تنفيذ احكام القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص٢٢

لمجلس الدولة ان يقضي ولو من تلقاء نفسه بغرامة تهديدية ضد اشخاص القانون العام لضمان تنفيذ هذا الحكم)[١] .

وتطبيقاً لذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بحكمه الصادر في ١٧ مايو ١٩٨٥ بغرامة تهديدية ضد عمدة احدى البلدات لكونه لم يتخذ الاجراءات اللازمة لتنفيذ حكم محكمة (ليموج) الادارية بإلغاء قراره الذي الزم العمدة بتسجيل اسم السيد(سيمون) على النصب التذكاري للإقليم بشأن أولئك الذين ماتوا من اجل فرنسا ، حيث تم الحكم عليه بغرامة تهديدية بناءً على طلب ابنته ، مقدارها ٢٠٠ فرنك يومياً اذا لم ينفذ حكم المحكمة خلال شهرين [٢] .

كما منح قانون ١٩٩٥ القاضي الاداري سلطة الحكم بالغرامة التهديدية مقترنة بالأمر اللاحق على صدور الحكم القضائي ، بهدف اجبار الادارة على تنفيذه ، فقد قضت المادة (٤/٨) في فقرتها الثالثة على انه (اذا طلب المحكوم لصالحه من المحكمة كفالة تنفيذ الحكم الذي اصدرته ، فانه يكون لها تحديد الاجراءات اللازمة لتنفيذه والمدة التي يتم التنفيذ خلالها ، كما يمكنها الحكم بغرامة تهديدية لكفالة هذا التنفيذ [٣] .

وتطبيقاً لذلك فقد حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٥ مارس ١٩٩٦ بفرض غرامة تهديدية قدرها ٣٠٠ فرنك عن كل يوم تأخير ضد أحد الاقاليم لإجبارها على تنفيذ حكمين صادرين من محكمة Basse Terre الادارية بإلغاء فصل موظفتين في أحد المدارس التابعة لإدارة الاقليم [٤] .

كما اشار المشرع الجزائري الى دور الغرامة اللاحقة لصدور الحكم القضائي من خلال قانون الاجراءات المدنية والادارية رقم ٨/٩ لسنة ٢٠٠٨ في المادة (٩٨١) التي نصت على (في حالة عدم تنفيذ امر او حكم او قرار قضائي ولم تحدد تدابير التنفيذ تقوم الجهة القضائية المطلوب منها ذلك بتحديدها ويجوز لها تحديد اجل للتنفيذ والامر بغرامة تهديدية)

اما عن موقف الفقه من الغرامة التهديدية ، فانه على الرغم من ان الغرامة التهديدية تمثل سلاحاً فعالاً ووسيلة من وسائل الضغط التي يمكن اللجوء اليه اذا ما اظهرت الادارة سوء نيتها في تنفيذ الاحكام القضائية ، فان سلطة القاضي الاداري في فرضها لم تسلم من بعض الانتقادات ، التي كانت تتركز حول السلطة التي يتمتع بها القاضي الاداري في تقدير الغرامة والحكم بها

---

(١) د. عصمت عبد الله الشيخ ، مرجع سابق ، ص٨٧

(٢) مارسو لونغ ، القرارات الادارية الكبرى في القضاء الاداري ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٩ ، ص٦٨١

(٣) نقلاً د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص١٥٩

(٤) محمد باهي ابو يونس ، مرجع سابق ، ص٧١

من عدمه ، واعتداده بمفهوم موسع للمصلحة العامة الذي ادى الى رفض الحكم بها في حالات تستوجب خضوع الادارة للتهديد المالي ، فضلاً عن طول المدة الازمة لتقديم طلب الغرامة الى القضاء الاداري ، وهذه الانتقادات تمثل بمجموعها الاتجاه المعارض للغرامة التهديدية [١] ٠

وقد أيد جانب كبير من الفقه [٢] في مصر القضاء الاداري الفرنسي بالأخذ بالغرامة التهديدية ، وعَدهُ وسيلة من وسائل إجبار الادارة على تنفيذ احكام القضاء الاداري ، ودعا القضاء الاداري المصري الى ان يعدل عن مسلكه المتحفظ عن استخدام التهديد المالي في مواجهة الادارة ، مبرراً ذلك بعدم وجود مانع قانوني يحول دون الالتجاء الى هذا الاسلوب ، كونها تمثل اسلوب اكثر فاعلية ، كما انها تتناسب مع طبيعة التزامات الادارة بتنفيذ احكام القضاء الاداري ، والتي لا تخرج عن كونها التزاماً بعمل او امتناعاً عن عمل يقتضي تنفيذه تدخلاً من جانب الادارة ٠

وبعد ان تبين لنا ما للغرامة التهديدية من دور مهم في تنفيذ الاحكام الصادرة من القضاء الاداري ، كونها وسيلة من الوسائل الناجعة التي تجبر الادارة على تنفيذ الاحكام الصادرة ضدها ، نعتقد بضرورة منح القاضي الاداري في العراق سلطة الحكم بها ، بعد ان استشرت ظاهرة أمتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام القضائية وبلغت مبلغاً لا يمكن التغاضي عنه ، لذلك ندعو المشرع العراقي بتشريع قانون يتيح للقاضي سلطة الحكم بالغرامة التهديدية على غرار ما موجود في فرنسا والجزائر، كون القاضي الاداري قد دخل في مواجهة غير عادلة مع جهة الادارة المتسلحة بآليات عدة تحقق اجبار خصمها على التنفيذ ، أصبحت الحاجة الى منح القاضي الاداري هذه السلطة من اجل ان يسد على الادارة كافة الذرائع التي تستغلها من اجل تقويض وعرقلة احكامه ، فمن باب المساواة بين المتقاضين الحكم على الادارة بغرامة تهديدية تجبرها على تنفيذ احكام القضاء الاداري ، التي لو كان الحكم لصالحها لاستعملت كل وسائل الاكراه لغرض تنفيذ الحكم٠

---

(١) لمزيد من التفصيل يراجع د. محمد باهي ابو يونس ، مرجع سابق ، ص٢٩٨ وما بعدها

(٢) د. عبد المنعم عبد العظيم جيره ، مرجع سابق ، ص٥٧٨ ٠ كذلك د. حسني سعد عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص٤٩١ ٠ كذلك د. حمدي ياسين عكاشة ، الاحكام الادارية في قضاء مجلس الدولة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٧ ، ص٣٠١

المطلب الثالث

شروط توجيه أوامر للإدارة وفرض غرامة تهديدية عليها من اجل تنفيذ الاحكام القضائية

بعد ان منح المشرع الفرنسي القاضي الاداري سلطة الحكم بالغرامة التهديدية بالقانون رقم (٥٣٩) لسنة ١٩٨٠، ثم جاء القانون رقم (١٢٥) لسنة ١٩٩٥ الذي وسع من سلطة القاضي الاداري بمنحه سلطة توجيه أوامر تنفيذية بالإضافة الى الغرامة التهديدية ، كما منحه سلطة توجيه الأوامر وفرض الغرامة حتى قبل رفض الادارة تنفيذ الحكم لضمان تنفيذه ، بناءً على طلب صاحب الشأن ، ولكي يقوم القاضي بالتدخل من اجل تنفيذ الاحكام الصادرة منه بتوجيه أوامر او بالحكم بغرامة تهديدية ، لابد من توفر شروط معينة ، لذلك وجدنا من الاهمية بمكان ان نشير الى الشروط التي لا بد من توافرها في توجيه أمر للإدارة او الحكم عليها بغرامة تهديدية لغرض تنفيذ احكام القضاء الاداري والتي يمكن عرضها بالاتي٠

اولاً / وجود حكم صادر عن احدى محاكم القضاء الاداري

يشترط لغرض توجيه أوامر او الحكم بغرامة تهديدية من قبل القاضي الاداري للإدارة ، ان يكون الأمر او التهديد المالي في مواجهتها صادراً عن احدى الجهات القضائية الادارية بهدف اجبار الجهة الادارية على تنفيذه ، وبالتالي لا تقبل الطلبات التي تقدم الى القضاء الاداري والتي تهدف الى اصدار أوامر الى الادارة او الحكم عليها بغرامة تهديدية بهدف اجبارها على تنفيذ احكام القضاء العادي ، كون ان المشرع قد منح هذه السلطة للقضاء العادي بمراحل سبقت هذا التطور في سلطة القاضي الاداري [١] ٠

فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ ١٦ اكتوبر ١٩٩٦ طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبار إدارة احد الاقاليم على تنفيذ حكم لمحكمة النقض "الدائرة المدنية" ألغت بمقتضاه لخطأ في تطبيق القانون أمر قاضي نزع الملكية بنزع ملكية عقار مملوك للسيد Bergerioux وقال في تبرير ذلك : لا ينعقد الاختصاص لمجلس الدولة بالحكم بالغرامة التهديدية لكفالة تنفيذ الاحكام الصادرة عن القضاء العادي[٢]٠

([١]) د. محمد علي خلايلة ، مرجع سابق ، ص٢١١

([٢]) اشار اليه د. محمد باهي ابو يونس ، مرجع سابق ، ص٧٧٢

ثانياً / ان يتطلب تنفيذ الحكم القضائي من الادارة القيام بإجراء محدد

ان استخدام سلطة اصدار الأوامر والتهديد المالي في مواجهة الادارة مرهون بان يتضمن الحكم المطلوب تنفيذه الزاماً للإدارة بالقيام بعمل يتمثل في اتخاذ اجراء او اصدار قرار محدد ، فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٦ يونيو ١٩٩٥ في قضية Minvieiie طلب الحكم بالغرامة التهديدية في مواجهة الادارة من اجل تنفيذ حكم بإلغاء انتخابات اجريت في وحدة ادارية ، حيث برر المجلس ذلك بان الحكم الصادر بإلغاء نتيجة الانتخابات لا يحتاج في تنفيذه الى صدور قرار معين من جانب جهة الادارة [١] ، كما لا يحكم بالغرامة التهديدية اذا تبين ان الادارة مُقدمة لا محالة على تنفيذ الحكم ، ولا يحكم بالغرامة التهديدية اذا تم الغاء الحكم الذي كان تنفيذه واجباً على الادارة من جانب محكمة اعلى ، كما يمكن ملاحظة ان القضاء الاداري الفرنسي لا يحكم بالغرامة التهديدية او الأوامر التنفيذية بشكل منهجي ، بل يضل موقوفاً على الارادة السيئة الواضحة للإدارة٠

وفي دعاوى المسؤولية الادارية فان مجلس الدولة الفرنسي لا يحكم بغرامة تهديدية في مواجهة الادارة ولا يوجه اليها أمراً بأداء التعويض الذي قضي به الا اذا قد حدد في حكمه مبلغ التعويض الذي يجب على الادارة أداءه [٢] ٠

ثالثاً / قابلية الحكم للتنفيذ

يشترط لقيام القاضي الاداري بتوجيه أوامر للإدارة او استخدام التهديد المالي ضدها ان يكون الحكم قابلاً للتنفيذ ، فمن غير المتصور القيام بتوجيه أمر للإدارة او فرض غرامة تهديدية ضدها من اجل اجبارها على تنفيذ حكم اذا استحال عليها تنفيذه ، اذ ان الالتجاء اليها عندئذ يصبح غير مجد كونه دفعاً الى ما لا يمكن فعله ، حيث لا يكفي لتوجيه امر قضائي او الحكم بغرامة تهديدية من قبل القاضي الاداري ان يكون الالتزام قائماً ، وانما يلزم ان يكون في الاستطاعة تأديته لتنفيذ الحكم [٣] ٠

وتطبيقاً لذلك فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٧ مارس ١٩٨٧ في قضية السيدة (لولانيه) الحكم بغرامة تهديدية لإجبار الادارة على اعادة موظف الى وظيفته تنفيذاً لحكم صادر بإلغاء قرار الادارة بإنهاء خدمته ، واسس المجلس رفضه على ان الموظف

---

(١) اشار اليه د. يسري محمد العصار ،المرجع السابق ، ص٢٤٦

(٢) د. مهند مختار نوح ، القاضي الاداري والامر القضائي ، مرجع سابق ، ص٢٣٠

(٣) د. محمد باهي ابو يونس ، مرجع سابق ، ص١٣٨

صاحب الشأن بلغ السن القانوني للإحالة الى التقاعد [١] ، فعدم قابلية الحكم للتنفيذ تدخل من باب الاستحالة الشخصية ، وقد تكون استحالة التنفيذ راجعة الى ظروف معينة ، كون التنفيذ يشكل تهديداً للنظام العام ، فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبار الادارة على تنفيذ الحكم الصادر بإلغاء قرار طرد احد الرعايا الجزائريين المقيمين على الاراضي الفرنسية بسبب استحالة تنفيذ هذا الحكم لما يمثله وجوده بفرنسا من تهديد للنظام العام [٢]

رابعاً / ان يكون الأمر او الغرامة التهديدية لازماً لتنفيذ الحكم القضائي

يشترط لتوجيه أمر او الحكم بغرامة تهديدية من اجل تنفيذ الحكم القضائي الصادر ضد الادارة ان يكون ذلك الأمر او الاجراء لازماً لتنفيذه ، حيث لا يكفي ان يطلب صاحب الشأن من القاضي الاداري توجيه أمر او الحكم بغرامة من اجل التنفيذ ، بل لابد ان يقدر القاضي الاداري ان توجيه الأمر او فرض الغرامة التهديدية مسألة ضرورية من اجل تنفيذ الحكم ، وبالتالي اتخاذه[٣] .

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الادارية في باريس (بان تنفيذ الحكم الصادر بإلغاء قرار وزير الداخلية برفض الغاء قرار الطرد خارج الحدود يقتضي توجيه أمر الى وزير الداخلية بإلغاء هذا القرار) [٤] .

خامساً / عدم تنفيذ الادارة للحكم القضائي او البدء بتنفيذه

ان الهدف الاساسي الذي من اجله منح المشرع الفرنسي القضاء الاداري سلطة توجيه الاوامر والتهديد المالي ضد الادارة هو لإجبارها على تنفيذ الحكم القضائي الصادر منه ، لذلك فان قامت الادارة بتنفيذ الحكم القضائي او بدأت بتنفيذه فعندئذ لا يوجد مبرر لاستعمال ما منحه المشرع من وسائل ضغط لإجبارها على التنفيذ [٥] .

فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٧ يوليو ١٩٩٠ الحكم بغرامة تهديدية على احدى الوحدات الادارية من اجل اجبارها على تنفيذ الحكم الذي يقضي بإلغاء بيع مساحة من الارض مملوكه للوحدة المحلية ، حيث رفض المجلس المحلي قرار المحكمة واستمر بإجراءات البيع الى المشتري ، فقدم اصحاب الشأن طلباً الى مجلس الدولة لغرض الحكم عليه بغرامة تهديدية من اجل اجباره على التنفيذ ، الا انه قبل الحكم عليه من قبل مجلس الدولة بدأ بإجراءات

---

(١) اشار اليه د. يسري محمد العصار مرجع سابق ، ص٢٤٧
(٢) اشار اليه د. محمد باهي ابو يونس ، مرجع سابق ، ص١٤٧
(٣) المرجع نفسه ، ص٩٢
(٤) اشار اليه د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص١٣٠
(٥) د. محمد علي خلايلة ، مرجع سابق ، ص٢١٢

الغاء البيع مع المشتري ، مما عده مجلس الدولة بدءً بتنفيذ الحكم القضائي ، وبالتالي لا مبرر للتهديد المالي ضده [١] .

وقد عبر المشرع الجزائري عن هذا الشرط في المادة (٩٨٧) من قانون الاجراءات المدنية والادارية لسنة ٢٠٠٨ ، حيث نصت على (لا يجوز تقديم طلب الى المحكمة الادارية من اجل الامر باتخاذ التدابير الضرورية لتنفيذ حكمها النهائي وطلب الغرامة التهديدية لتنفيذه عند الاقتضاء ، الا بعد رفض التنفيذ من طرف المحكوم عليه وانقضاء اجل ثلاثة اشهر يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم) .

سادساً / طلب صاحب الشأن

يمكن للقاضي الاداري في فرنسا ان يأمر الادارة او يحكم بغرامة تهديدية بناءً على طلب الخصوم الصريح او من تلقاء نفسه اذا رأى موجباً لذلك ، فبالنسبة للأوامر التي يوجهها القاضي الاداري الى الادارة ، يشترط فيها ان تتم بناءً على طلب من قبل صاحب الشأن وخصوصاً بعد ان ترفض الادارة تنفيذ الحكم .

وتطبيقاً لذلك فقد رفضت محكمة باريس اصدار أمر بتنفيذ حكمها الصادر بإلغاء قرار مدير بوليس باريس برفض منح مستند الاقامة لإحدى السيدات ، وذلك لأنه قُدم من زوجها وابنها، وهما لم يكونا طرفا في الدعوى التي اقامتها بإلغاء هذا القرار ، حيث بينت المحكمة بضرورة تقديم الطلب ممن كان طرفاً في النزاع الذي صدر فيه الحكم المراد تنفيذه[٢] .

اما الغرامة التهديدية فان القاضي الاداري يتمتع بسلطة فرضها بناءً على طلب المحكوم له او من تلقاء نفسه ، لذلك فان له سلطة واسعة في هذا المجال ، حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي ان حق طلب الغرامة التهديدية لا يقتصر على اطراف الخصومة فقط وانما يشمل كل الاشخاص المعنيين بالقرار الذي اثار الخصومة [٣] .

---

(١) د. محمد باهي ابو يونس ، مرجع سابق ، ص١٥٣

(٢) د. حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص ١٥١

(٣) د. مازن ليلو راضي ، وسائل تنفيذ حكم القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص٢٢

المبحث الثاني

جزاء امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام القضائية

القاعدة العامة في تنفيذ الاحكام الصادرة من القاضي الاداري لزوم احترام الادارة لتلك الاحكام ، وبالتالي فهي ملزمة بتنفيذها استناداً لحجية الشيء المقضي به ، فلا قيام للدولة القانونية الا بإعلاء مبدأ خضوع الدولة للقانون وسيادة مبدأ الشرعية ، ولا يُمد لهذا المبدأ مالم يقترن بمبدأ تقديس واحترام احكام القضاء ووجوب تنفيذها ، فلا قيمة للقانون بغير تنفيذ مقتضاه ، فلا يجوز لدولة قانونية ان تترك الهيئات الادارية تمتنع عن تنفيذ احكام القضاء ، لما ترتبه هذه المخالفة من اشاعة الفوضى وفقدان الثقة في سيادة القانون وغياب مهابته ، فضلاً عن تشجيع افراد المجتمع على الخروج عليه تأسياً بما تفعله الادارة من الامتناع عن تنفيذ الاحكام الصادرة ضدها ٠

ويتخذ امتناع الادارة اساليب عدة منها ما يكون بالرفض الصريح للحكم ومنها ما يكون بالتباطؤ والتراخي عن تنفيذ الحكم ، ومنها ما يكون في صورة التنفيذ الناقص او اساءة التنفيذ٠

الا انه هذا لا يعني ان يبقى المتقاضي ضد الادارة أعزلاً من كل إجراء او سلاح يكفل احترام الادارة لأحكام القضاء ، فقد بذل كل من الفقه والقضاء الاداري دوراً مهماً لضمان تنفيذ الاحكام القضائية والتي نتج عنها بعض الوسائل او الجزاءات التي تفرض على الادارة جزاء مخالفتها لحجية الشيء المقضي به من خلال امتناعها عن التنفيذ ، والتي تتمثل في امكانية الطعن بقرار الادارة السلبي في الامتناع عن تنفيذ الحكم الصادر ضدها ، كذلك تقرير مسؤوليتها المدنية من خلال تمكين المحكوم لصالحة بالمطالبة بالتعويض نتيجة عدم التنفيذ ، بالإضافة الى المسؤولية الجزائية التي تفرض الموظف نتيجة امتناعه او تعطيله تنفيذ الاحكام القضائية ٠

لذلك سوف نقسم هذا المبحث الى ثلاث مطالب ، نخصص المطلب الاول للطعن بقرار الادارة السلبي في الامتناع عن التنفيذ ، اما المطلب الثاني سوف نخصصه للمسؤولية المدنية المترتبة على الادارة عن عدم التنفيذ ، في حين نخصص المطلب الثالث للمسؤولية الجزائية المترتبة نتيجة عدم التنفيذ ٠

المطلب الاول

الطعن بإلغاء قرار الادارة بالامتناع عن التنفيذ

إذا امتنعت الادارة عن تنفيذ حكم اداري باي صورة من صور الامتناع فان ذلك يعطي للمحكوم له الحق في رفع دعوى جديدة بإلغاء قرار الادارة ، وهو ما يسمى بالقرار السلبي كونها لم تقم بتنفيذ مقتضى الحكم ٠

والقرار الاداري السلبي هو امتناع الادارة عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه قانوناً ، كون ان تنفيذ الحكم واجب يفرضه القانون فان الامتناع عنه يشكل قراراً سلبياً يجوز الطعن به بالإلغاء مجدداً [١] ، سواء كان امتناع الادارة صريحاً او ضمنياً ٠

وتستند هذه الوسيلة الى اساس قانوني يتمثل باعتبار القرار السلبي بامتناع الادارة عن تنفيذ الحكم القضائي محلاً للطعن امام القضاء الاداري شأنه شأن القرار الاداري الايجابي [٢] ، وهو ما تنص عليه اغلب التشريعات المقارنة ٠

ففي فرنسا يجوز الطعن بقرار امتناع الادارة عن تنفيذ احكام القضاء الاداري ، الا انه لا يحق للمحكوم لصالحه ان يلجأ لقاضي المشروعية الا بعد ان يطلب من الادارة اتخاذ اجراء التنفيذ ، وفي حالة الرفض الصريح او الضمني بسكوت الادارة الممتد الى أربعة أشهر ، يكون له الحق في رفع دعوى جديدة بإلغاء قرار الرفض الصريح او الضمني ، وهو ما انتقده البعض من الفقه الفرنسي ، حيث انه من الواجب على الادارة ان تقوم تلقائياً بالتنفيذ دون ان يتوقف ذلك على طلب المحكوم لصالحه منها [٣] ٠

وفي مصر فقد نصت المادة (١٠) في فقرتها الاخيرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على انه (ويعتبر في حكم القرارات الادارية رفض السلطات الادارية او امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح ٠٠)[٤] ، كما نصت المادة (١١) من قانون محكمة العدل العليا الاردنية على انه (يعتبر في حكم القرار الاداري رفض الجهة المختصة اتخاذ القرار او امتناعها عن اتخاذه اذا كان يترتب عليها اتخاذه بمقتضى التشريعات المعمول بها) [٥] ٠

---

(١) د. غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل عبيد ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ،ص٢١٩

(٢) د. محمد عبد الحميد سعود ، مرجع سابق ، ص٤٥٧

(3) G. VEDEL et p .DELVOLVE : Droit administrative , T . 2, Paris, U. F . P . 397.

(٤) د. حسني سعد عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص٥٤٤

(٥) د. نواف سالم كنعان ، المبادئ التي تحكم تنفيذ احكام الالغاء في قضاء محكمة العدل العليا ، مجلة الحقوق ، العدد الرابع، السنة الخامسة والعشرون ، الكويت ، ٢٠٠١ ، ص٢٨٦

وفي العراق نصت المادة (٧ /سادساً) من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل على انه (يعد في حكم الأمر او القرار رفض او أمتناع الموظف او الهيئة عن اتخاذ أمر او قرار كان من الواجب عليهما اتخاذه قانوناً) ، كما نصت المادة (١٣/سابعاً) من قانون مجلس شورى اقليم كردستان ــ العراق رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٨ على انه (تختص محكمة القضاء الاداري بما يأتي (الطعن في رفض او امتناع الموظف او الهيئات في الدوائر واجهزة الاقليم عن اتخاذ قرار او أمر كان من الواجب عليه اتخاذه قانوناً) [١] .

ويشترط لرفع دعوى الغاء قرار الادارة بالامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي ان يكون للمحكوم له شروط الدعوى الاصلية المقامة والتي صدر الحكم فيها وامتنعت الادارة عن تنفيذه ، من حيث الشكل من توافر شروط المصلحة الشخصية المباشرة لمن يطعن بقرار الادارة السلبي بالامتناع عن التنفيذ [٢].

ومن حيث ميعاد الطعن ، فالأصل ان انقضاء ميعاد دعوى الالغاء يؤدي الى رد دعوى الالغاء شكلاً لان القرار يكون قد تحصن من الطعن بالإلغاء بمضي المدة [٣] ، اما القرار السلبي المتمثل بأمتناع الادارة عن تنفيذ الحكم القضائي فيجوز الطعن به استثناءً في اي وقت ، نتيجة طبيعة هذه القرارات كونها تتجدد من وقت لآخر كما انها لا تُعلق ولا تنشر ومن ثم لا يسري الميعاد في حق الطاعن مالم يعلم بالقرار علماً يقيناً [٤] .

فقد قضت محكمة لقضاء الاداري في مصر بتاريخ ٢٠٠٧/١/٢٧ بجواز الطعن بالقرار السلبي في اي وقت دون التقيد بمدة معينة ، نظراً لاستمرار اثاره ، جاء فيه (لئن كان قضاء هذه المحكمة قد جرى على ان القرارات المستمرة كالقرارات المستمرة ان القرارات المستمرة

---

(١) د. نجيب خلف احمد و د. محمد علي جواد ، القضاء الاداري ،بدون مكان طبع ، ٢٠١٠ ، ص١١٩

(٢) قد تشترط بعض القوانين التظلم من القرار قبل الطعن امام القضاء كما هو الحال في العراق الذي جعل التظلم وجوبياً قبل الطعن امام محكمة القضاء الاداري وهو ما نص عليه قانون مجلس شورى الدولة النافد في المادة (٧/سابعاً/ أ) (يشترط قبل تقديم الطعن الى محكمة القضاء الاداري ان يتم التظلم منه لدى الجهة الادارية المختصة خلال ٣٠ يوم من تاريخ تبليغه بالامر او القرار الاداري المطعون فيه او اعتباره مبلغاً ، وعلى هذه الجهة ان تبت في التظلم خلال ٣٠ يوم من تاريخ تسجيل التظلم لديها)

(٣) ففي فرنسا فان ميعاد رفع دعوى الالغاء هو شهرين من تاريخ نشر القرار او اعلانه ، اما في مصر فقد نصت المادة (١/٢٤) من قانون مجلس الدولة المصري على (ميعاد رفع الدعوى امام المحكمة فيما يتعلق بطلبات الالغاء ستون يوماً من تاريخ نشر القرار الاداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية ٠٠٠) ، وهذا النص يقابله نص المادة (٧/سابعاً /ب) من قانون مجلس شورى الدولة في العراق التي تنص على (عند عدم البت في التظلم او رفضه من الجهة الادارية المختصة على المتظلم ان يقدم طعنه الى المحكمة خلال (٦٠) يوماً من تاريخ رفض التظلم حقيقة او حكماً ، وعلى المحكمة تسجيل الطعن لديها بعد استيفاء الرسم القانوني ٠٠٠٠)

(٤) د. مصطفى ابو زيد فهمي ، مرجع سابق ، ص٣٨٥

كالقرارات السلبية الصادرة بالامتناع عن إصدار قرار معين يجوز الطعن فيها في اي وقت دون التقيد بميعاد معين بحسبان أنها تتجدد من وقت الى آخر على الدوام ٠٠٠) [١] ٠

اما المشرع العراقي فقد خالف القانون المصري ، كونه خرج على قاعدة عدم تقييد الطعن بالقرار السلبي بميعاد محدد ، وذلك باشتراطه التظلم الوجوبي لدى الجهة الادارية المختصة والتي يجب ان تبت فيه خلال(٣٠) يوماً من تاريخ تسجيله لديها ، حيث لم يفرق بين القرارات الايجابية والسلبية من حيث مدة الطعن ولم يراعي طبيعة القرار السلبي بوصفه قراراً مستمراً ٠

اما اذا اصدرت الادارة قراراً صريحاً برفض التنفيذ فانه من البديهي ان الميعاد يبدأ من تاريخ اعلان هذا القرار او نشره او علم المحكوم له به علماً يقيناً ٠

اما عن سبب الطعن الذي يستند اليها الطاعن في دعوى الغاء قرار الادارة بالامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي فتتمثل في مخالفة الشيء المقضي به ، والتي تعد نوعاً من مخالفة القانون التي تشكل عيباً من عيوب القرار الاداري التي يجوز الطعن على اساسها ، وبذلك جاء حكم المحكمة الادارية العليا في مصر بتاريخ ٢٣ ابريل ٢٠٠٣ بقولها (امتناع الادارة عن تنفيذ الحكم يرتب مسؤوليتها لأنه يعتبر اجراءً خاطئً ينطوي على مخالفة اصل من الاصول القانونية ، وهو احترام حجية الشيء المقضي به الذي من شأنه اشاعة الطمأنينة واستقرار الاوضاع واحاطة القضاء بسياج من الحماية) [٢] ٠

فالامتناع عن التنفيذ يعتبر عيباً يستوجب الطعن به امام القضاء الاداري ، ولا تستطيع الادارة الاحتجاج بان الحكم مخالف للقانون وبالتالي رفض تنفيذه ، فالأمر خارج اختصاصها ، وهو ما حكمت به محكمة العدل العليا الاردنية حيث تقول (ولكن المستدعي ضده لم يتخذ قراراً بتنفيذ قرار المحكمة بالرغم من انه قرار قطعي وواجب التنفيذ حسب احكام القانون ، مما يعتبر معه هذا الامتناع في حكم القرار الضمني بالرفض وذلك تمشياً مع ما استقر عليه اجتهاد محكمتنا من ان كل حكم قطعي يعتبر واجب التنفيذ ولا تملك اي سلطة ادارية الامتناع عن تنفيذه ، سواء كان مطابق للقانون ام لم يكن مطابق)[٣]٠

اما في العراق فانه على الرغم من ان المشرع قد اعترف للقضاء الاداري بالرقابة على القرار السلبي المتمثل بامتناع الادارة عن تنفيذ احكامه الغاءً وتعويضاً في المادة (٧ / سادساً)

---

(١) حكم المحكمة الادارية العليا ، الطعن رقم ١٣١، لسنة ٤٨ق ، تاريخ الجلسة ، ٢٠٠٧/١/٢٧ موسوعة احكام المحكمة الادارية العليا من عام ١٩٥٥ حتى عام ٢٠١٠ ، ج٥ ، ص٥١٥٣

(٢) حكم المحكمة الادارية العليا ، الطعن رقم ٣٥٦٩ لسنة ٤٧ قضائية ، اشار اليه د. محمد باهي ابو يونس ، مرجع سابق ، ص١٢٨

(٣) د. نواف سالم كنعان ، مرجع سابق ،ص٢٨٨

من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، فان القضاء الاداري في العراق كان له موقف مخيب للآمال عندما قضى بعدم اختصاصه بنظر طعون الافراد ضد أمتناع الادارة عن تنفيذ احكامه ، وذلك عندما اصدرت محكمة بداءة الاعظمية حكما يقضي بتمليك المدعية داراً وتسجيلها باسمها على وفق احكام قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ ، وعندما لم تنفذ الهيئة العامة للضرائب الحكم ، أصدرت محكمة القضاء الاداري بناءً على دعوى مرفوعة امامها حكماً بالزام هيئة الضرائب بتنفيذ الحكم الصادر من محكمة بداءة الاعظمية ، الا ان الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة نقضت فيه قرار محكمة القضاء الاداري في قرارها المرقم ٢٥ / اداري / تمييز / ١٩٩٨ في ١٩٩٨/٦/٨ ، معللةً ذلك بان الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية جريمة وفقا لأحكام المادة (٣٢٩ /٢) من قانون العقوبات ، وبالتالي تخرج من اختصاص محكمة القضاء الاداري[١] ، كذلك ما جاء بقرار آخر للهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بين فيه بان (٠٠ ان محكمة القضاء الاداري ليست بذات اختصاص في اصدار حكم يلزم المميز عليه اضافة لوظيفته بتنفيذ حكم صادر من محكمة مختصة وقد اكتسب درجة البتات وواجب التنفيذ بقوة القانون ، ويخضع من يمتنع عن ذلك للمسائلة القانونية وفقاً للمادة (٣٢٩) من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ ، لذا تقرر تصديق القرار المطعون فيه ٠٠٠)[٢]

وموقف القضاء الاداري هذا تعرض لنقد من قبل الفقه العراقي الذي اعتبره موقفاً غير سليم من الناحية القانونية ، فمحكمة القضاء الاداري مختصة بالنظر في رفض او امتناع الموظف او الهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام عن اتخاذ قرار او أمر كان من الواجب عليها اتخاذه قانونا ، حسب المادة (٧/ سادسا) ، كما ان امتناع الادارة عن تنفيذ الحكم القضائي يمثل قراراً سلبياً تتوافر فيه كل شروط واركان القرار الاداري الصحيح ، وامتناع الادارة عن تنفيذ الحكم يعتبر عيباً شاب هذا القرار وهو مخالفة القانون الذي يوجب على الادارة احترام حجية الشيء المقضي به ، وبالتالي يكون خاضعاً لرقابة القضاء الاداري إلغاءً وتعويضاً [٣] ٠

واننا اذ نؤيد ما ذهب اليه الفقه من انكار موقف القضاء الاداري في العراق ، نرى بان معاقبة الموظف الممتنع عن تنفيذ الاحكام القضائية وخصوصاً احكام الالغاء ، جزائياً ، ليس هدفاً ولا مهماً بالنسبة للطاعن بقدر ما يهدف الى الغاء القرار السلبي الناشئ عن امتناع الادارة

---

(١) اشار اليه د. غازي فيصل مهدي ، تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام ، مرجع سابق ، ص٨١

(٢) قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم ٤١ / اداري / تمييز / ٩٨ في ١٩٩٨/٦/٢٩

(٣) د. غازي فيصل مهدي ، المرجع السابق ، ص٨٣ ، كذلك د. عدنان عاجل عبيد ، اثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون ، مرجع سابق ، ص٢٩٠ ، كذلك د. عمار طارق عبد العزيز ، ضمانات تنفيذ احكام الالغاء ، مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد ١٠ ،العدد ٢٠ ،٢٠٠٨ ، ص ١٣٤

عن حكم القضاء الاداري ، وذلك برجوعه الى القضاء مجدداً باعتباره الحصن الحصين لمبدأ المشروعية ، والمدافع عن حقوق الافراد وحرياتهم ، حيث يمكن للطاعن ان يثير مسؤولية الادارة بسبب امتناعها عن تنفيذ الحكم امام القضاء الاداري ، الذي يختص بالنظر بإلغائه والتعويض عن الاضرار التي تنشأ عنه ، كما يمكنه ان يثير المسؤولية الجزائية على الموظف الممتنع امام القضاء الجنائي دون ان يحجب احدهما الاخر ٠

لذلك ندعو القضاء الاداري في العراق الى التصدي لامتناع الادارة من خلال تفعيل دوره بإلغاء قرار الادارة السلبي ، لوجود السند القانوني وهو نص المادة (٧ / سادسا) من قانون مجلس شورى الدولة ، وتماشياً مع ما استقر عليه القانون والقضاء الاداري في كل من مصر والاردن وفرنسا بأختصاص القضاء الاداري بالنظر بالطعون الخاصة بامتناع الادارة عن التنفيذ٠

على الرغم الاهمية التي يراها البعض من امكانية اللجوء للقضاء الاداري مجدداً ، للطعن بتصرفات الادارة المخالفة لالتزاماتها المترتبة على احكام الالغاء ، لا سيما وان الغاء قرار الادارة بالامتناع عن التنفيذ يحمل نوعاً من الاكراه الادبي ويضيف قوة جديدة الى الالغاء السابق لاحتواء الاحكام القضائية في هذا الشأن على عبارات قاسية تدين موقف الادارة وتذكرها بالتزاماتها المترتبة على احكام القضاء الاداري ، والتي خرجت عنها بمقتضى قرارها بالامتناع عن التنفيذ ، كما ان حكم الغاء امتناع الادارة من شأنه ان يزيل كل حجة تدعيها الادارة او تستند اليها في قرارها المخالف لحجية الشيء المقضي به [1] ، فان البعض قَلَلَ من أهمية هذه الوسيلة ودورها في تنفيذ احكام القضاء الاداري وهو ما نؤيده ، وبالأخص في كل من مصر والعراق ، فعدم وجود وسيلة بيد القاضي الاداري يجبر بها الادارة او يقهرها على التنفيذ يفقد فاعلية دعوى الغاء قرار امتناعها فاعليته ، وان عاد الطاعن واقام اكثر من دعوى على اثر الامتناع من قبل الادارة ، الامر الذي تضل معه الاحكام الصادرة بإلغاء قرار الادارة كالحكم الاول ، فلا يكون امام المحكوم من وسيلة سوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي اصابه نتيجة عدم التنفيذ ٠

اما في فرنسا فان السلطة الممنوحة للقضاء الاداري بالحكم بالغرامة التهديدية من اجل اجبار الادارة على التنفيذ أعطى لحكم الغاء قرار الادارة بالامتناع أهمية كبيرة لاحترامه وتنفيذه من قبل الادارة ، كما رأينا ذلك عند الكلام عن دور الغرامة في تنفيذ الاحكام الادارية في المبحث الاول من هذا الفصل ، حيث انه يكون بإمكان الطاعن ان يطلب من القاضي الاداري ان

([1]) د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة ، مرجع سابق ، ص٥٦٠

يفرض على الادارة غرامة تهديدية من اجل الغاء قرار الادارة المخالف للشيء المقضي به [1] ، وهوما لا نجده في كل من مصر والعراق لعدم أخذ المشرع في كلا البلدين بالغرامة التهديدية ، لذلك ضلت احكام القضاء الاداري رهينة الادارة التي ان شاءت أحترمت حجية الشيء المقضي به وان شاءت خرقته دون ان يكون للقضاء الاداري وسيلة فاعلة لتنفيذ احكامه ٠

المطلب الثاني

المسؤولية المدنية المترتبة على امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام القضائية

لقد استقر القضاء الاداري على ان خروج الادارة على التزاماتها المتمثلة بامتناعها عن تنفيذ الاحكام الادارية او اعادة اصدار القرار الملغي او التنفيذ الناقص او اعاقة التنفيذ ، والذي يعتبر عملاً غير مشروع وبالتالي يشكل خطأ من جانبها يجوز لصاحب الشأن المطالبة بالتعويض٠

فالقضاء الاداري الى جانب اختصاصه بقضاء الالغاء والخاص بمنازعات الافراد والموظفين ضد القرارات الادارية غير المشروعة او المخالفة للقانون ، فانه ينظر في منازعات التعويض الناشئة عن عدم تنفيذ القرار الاداري ، فضلاً عن انواع اخرى من المنازعات التي تنتمي للقضاء الكامل مثل دعاوى العقود الادارية ودعاوى التعويض [2]٠

فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي مسؤولية الادارة عن مخالفتها لالتزاماتها بتنفيذ حكم الصادر من القضاء الاداري واعتبره عملاً غير مشروع يشكل خطأً مرفقياً جسيماً ، فامتناع الادارة عن تنفيذ احكام القضاء الاداري يبرر مسؤوليتها المدنية عن الاضرار التي اصابت المحكوم له[3]٠

كما اقر القضاء الاداري المصري مسؤولية الادارة في تعويض المتضرر نتيجة امتناعها عن تنفيذ احكام القضاء الاداري ، وفي ذلك تقول محكمة القضاء الاداري في مصر (وحيث ان ثمة قاعدة اولية قوامها ان امتناع الادارة عن تنفيذ الحكم الصادر من القضاء هو بمثابة قرار سلبي خاطئ ، لذوي الشأن الطعن فيه بالإلغاء امام المجلس وبالتالي المطالبة عنه

([1]) د. عصمت عبد الله الشيخ ، مرجع سابق ، ص١١٧

([2]) لقد اخرج المشرع العراقي المنازعات الناشئة عن العقود الادارية من اختصاص القضاء الاداري العراقي على خلاف المشرع المصري والمشرع الفرنسي ، اذ لم يذكرها عندما تم ذكر اختصاصات محكمة القضاء الاداري في المادة (٧ / رابعاً / خامساً / سادساً) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، والتي كان من المؤمل ان يختص بها عند تعديله بالقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ ٠

([3]) د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة ، مرجع سابق ، ص٥٦٣

بالتعويض) [1] ، وهو ما أكدته المحكمة الادارية العليا في حكم حديث لها ، جاء فيه (٠٠٠ وعلى الجهة الادارية ان تقوم بتنفيذ الاحكام ، فإن هي تقاعست أو أمتنعت عن التنفيذ أعتبر هذا الامتناع بمثابة قرار إداري سلبي مخالف للقانون يحق معه للمتضرر أن يطعن عليه أمام القضاء الاداري إلغاءاً وتعويضاً)[2] ٠

وتقوم مسؤولية الادارة عن تعويض المتضرر عن عدم تنفيذ احكام القضاء الاداري على ثلاثة اركان هي الخطأ ، والضرر ، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، وفي ذلك تقول المحكمة الادارية العليا في مصر (تقوم مسؤولية الادارة عن القرارات الادارية الصادرة عنها على ثبوت وجود خطأ من جانبها بان يكون القرار غير مشروع اي ان يشوبه عيب او اكثر من العيوب المنصوص عليها في مجلس الدولة ٠٠ وان يلحق بصاحب الشأن ضرر مباشر من هذا الخطأ ٠٠ ان تقوم علاقة سببية بين الخطأ والضرر وتخلف ركن او اكثر من هذه الاركان الثلاثة ٠٠ اثر ذلك انتفاء المسؤولية المدنية في جانب الادارة ٠٠٠)[3] .

ويتمثل ركن الخطأ بقيام الادارة بالامتناع عن تنفيذ احكام القضاء الاداري ، الذي ينطوي على مخالفة اصل من الاصول القانونية وهو احترام حجية الشيء المقضي به ، وهو ما قررته محكمة القضاء الاداري في مصر بقولها (امتناع الادارة عن تنفيذ الحكم هو مخالفة قانونية صارخة ٠٠٠ ذلك لأنه لا يليق بحكومة في بلد متحضر ان تمتنع عن تنفيذ الاحكام النهائية بغير وجه قانوني لما يترتب على هذه المخالفة الخطيرة من اشاعة الفوضى وفقدان الثقة في سيادة القانون) [4] ٠

ويتخذ خطأ الادارة في عدم تنفيذ احكام القضاء الادارية صوراً متعددة نوجز اهمها في :

الصورة الاولى : التباطؤ والتراخي عن التنفيذ ، فاذا كانت الادارة مطالبة بتنفيذ الاحكام طبقاً لحجية الشيء المقضي به ، الا انها لا بد ان تُعطى فترة مناسبة ومعقولة لتنفيذ الحكم ، بيد أن هذا لا يعني ان تتراخى في التنفيذ اكثر من المدة المحددة ، مما يؤدي بالنهاية الى تضييع الغاية

([1]) حكم محكمة القضاء الاداري ، القضية رقم ١٦٥٥ لسنة ١٧ القضائية ، جلسة ٣٠ حزيران ١٩٦٨ ، مجموعة السنة ٢٣ ، ص٣٦٨

([2]) حكم المحكمة الادارية العليا ، طعن رقم ٩٤٠٢ لسنة ٥٠ ق٠ع ، جلسة ٢٠/ ١٠ / ٢٠٠٧ ، اشار اليه محمود سعد عبد المجيد ، الحماية التنفيذية للاحكام الادارية بين التجريم والتأديب والالغاء والتعويض ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٢ ، ص١٦٤

([3]) الطعن رقم ٦٧٣٠ ، لسنة ٤٤ق ، تاريخ الجلسة ٢٠٠١/٤/١ ، موسوعة احكام المحكمة الادارية العليا من عام ١٩٥٥ حتى عام ٢٠١٠ ، ج١٠ ، ص٥٧٩٤

([4]) حكم محكمة القضاء الاداري ، القضية رقم ٦٨٦٤ لسنة ٥٠ ق ، جلسة ١٩٩٦/٧/٣٠ ، المستشار حمدي ياسين عكاشة ، الاحكام الادارية في قضاء مجلس الدولة ، مرجع سابق ، ص٣٠٤

من اصدار الحكم بصورة لا تمكن المحكوم لصالحه من الاستفادة من آثاره ، لذلك فان تراخي الادارة الغير مبرر وتأخيرها اكثر من المدة المعقولة والمحددة عن تنفيذ الحكم يعد بمثابة خطأ تلتزم بتعويض ما خلفه من ضرر ، بشرط ان تنقضي المهلة المعقولة التي تستطيع الادارة خلالها تدبير أمر التنفيذ ، وان لا يكون التأخير مستنداً لسبب قانوني يبرره [١] .

وقد بينت محكمة القضاء الاداري المصرية ذلك بقولها (على الادارة دائماً المبادرة بتنفيذ الاحكام في وقت مناسب من تاريخ صدورها واعلانها ، فان هي تقاعست او امتنعت دون وجه حق عن التنفيذ في وقت مناسب اعتبر هذا الامتناع بمثابة قرار اداري سلبي مخالف للقانون)[٢] ، وهو ما قررته المحكمة الادارية العليا المصرية عندما قضت بان (اذا تراخت الجهة الادارية في تنفيذ الحكم مدة طويلة دون مبرر من الواقع والقانون ، تكون قد تمادت في الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي نهائي)[٣]

الصورة الثانية : إساءة التنفيذ او التنفيذ الناقص ، وفي هذه الصورة من صور امتناع الادارة الذي يترتب عليه ثبوت الخطأ ، قيامها بتنفيذ الاحكام الادارية على غير وجهها الصحيح المبين في المنطوق والاسباب ، مما يشكل مخالفة قانونية تستوجب مسؤولية الادارة عن التعويض مقابل الضرر الذي اصاب المحكوم له جراء امتناعها عن التنفيذ . [٤]

كما تترتب مسؤولية الادارة في حالة تنفيذ الحكم تنفيذاً ناقصاً او مبتوراً ، كقيامها بإزالة القرار الملغي وامتناعها عن ازالة الاثار القانونية الناتجة عنه ، كأن تقوم الادارة بإعادة موظف بعد الغاء قرار فصله الى وظيفة اخرى ادنى في مرتبتها عن الوظيفة التي كان يشغلها قبل قرارها ، او ان تقرر إعادته الى وظيفته نفسها دون ان تمنحه ما كان يتقاضاه من ترقيات وعلاوات عن فترة إبعاده عن الوظيفة [٥].

وتلجأ الادارة الى التنفيذ الناقص بدلاً من الرفض الصريح او التأخير عن التنفيذ لكي تتفادى آثار الشيء المقضي به ضدها ، حيث تمتلك ما يساعدها على تحقيقه ، حتى يظهر التنفيذ وكأنه طبيعياً، الا ان التنفيذ الناقص للحكم يقوم مقام الرفض او عدم التنفيذ من حيث اثره في

---

(١) د. احمد حسني درويش ، مرجع سابق ، ص٧٩٥

(٢) حكم محكمة القضاء الاداري ، الدعوى رقم ٣٢٥٥ ، في ٣٠ يونيه ١٩٥٧ ، لسنة ٨ القضائية ، مجموعة السنة الحادية عشر ص٢٣

(٣) حكم المحكمة الادارية العليا في ٢٤ فبراير ١٩٧١ ، الطعن رقم ٢٠١٦ لسنة ٨١ القضائية ، مجموعة السنة الرابعة والعشرون ص٢١٤

(٤) د. حسني سعد عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص٤٠١

(٥) د. علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الاداري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٨ ، ص٩٩٦

الحكم ، فتنفيذ الحكم جزئياً من قبل الادارة يعني الامتناع الصريح عن تنفيذ الجزء الباقي من الحكم ، وبالتالي يستوجب مسؤوليتها [١] .

الصورة الثالثة : الرفض الصريح عن تنفيذ الحكم ، حيث يأخذ الخطأ الذي يرتب مسؤولية الادارة عن عدم تنفيذ الاحكام صورة الرفض الصريح الذي ينطوي على مخالفة الشيء المقضي به ، فطالما ان الحكم واجب التنفيذ فان رفض الادارة له يستوجب مسؤوليتها عن تعويض المحكوم له ٠

وقد يأخذ الرفض شكل الامتناع التام عن اتخاذ الاجراءات القانونية التي يتطلبها تنفيذ الحكم كعدم إصدار قرار بإعادة موظف للخدمة بعد الغاء قرار فصلة او اتخاذ قرار مخالف بقصد عرقلة تنفيذ الحكم ، ومن أمثلة الرفض الصريح الموجب للتعويض ما قضت به محكمة القضاء الاداري في مصر عندما امتنع وزير الحربية عن تنفيذ حكم لمحكمة القضاء الاداري بإلغاء قرار احالة احد كبار ضباط الجيش الى المعاش ، فأقام المحكوم له دعوى تعويض ضد الوزارة والوزير فصدر الحكم لصالحه [٢] ٠

ويعتبر الرفض الصريح أشد صور الامتناع كونه يمثل تحدياً من قبل الادارة لأصل من الاصول القانونية وهو حجية الشيء المقضي به مستهينةً بالقضاء وبأحكامه ٠

اما **ركن الضرر** : فهو الركن الثاني من اركان المسؤولية المدنية وشرط الحق في التعويض جراء امتناع الادارة عن تنفيذ الحكم القضائي ، فبدونه لا يكون للمضرور اية مصلحة في المطالبة باي تعويض ، فمناط المسؤولية الادارية هو عنصر الضرر الذي اصاب الطاعن ، فالخطأ وحده لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية ٠

ويشترط في الضرر ان يكون موجوداً ومحقق الوقوع فلا يدخل في حسابه الاضرار الاحتمالية ، مثل الدرجة التي كان يمكن ان يصل اليها الموظف لو بقي بالخدمة او الترقيات المحتملة ، كما يشترط ان يكون الضرر خاصاً اي ماساً بحق ثابت للمضرور شخصياً ويحميه القانون ،وبالتالي فان الضرر العام الذي يصيب عدد غير محدد من افراد المجتمع لا يكون محلاً للتعويض ، كونه يعد من الاعباء العامة التي يتعين على الفرد تحملها باعتباره عضواً في الجماعة تحقيقاً للصالح العام [٣] ٠

فقد جاء بحكم المحكمة الادارية العليا في مصر بانه (الضرر الذي يمكن التعويض عنه هو الضرر الذي يتوافر فيه الخصوصية ، بمعنى ان يكون الضرر قد أنصب على فرد معين او

---

(١) د. محمد سعيد الليثي ، مرجع سابق ، ص٢٠٠

(٢) اشار اليه د. عبد الغني بسيوني ، ولاية القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص٣٤٣

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، دعوى التعويض الاداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، الطبعة الاولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ٢٠١٠ ،ص١٤٣

على افراد معينين بذواتهم ٠٠٠ واذا كان الضرر الناتج عن القواعد التنظيمية يفقد عنصر الخصوصية فانه بالتالي لا يرتب ضرراً خاصاً يمكن ان يعوض عنه الطاعن طالب التعويض)[١] ، كما يشترط ان لا يكون الضرر قد سبق تعويضه ، كما لو قام محدث الضرر بالتعويض اختياراً فلا مجال للمطالبة بالتعويض ٠[٢]

والسؤال الذي يُطرح اذا كان المحكوم لصالحه يستحق التعويض عن الضرر المادي المترتب على عدم تنفيذ الادارة الحكم ، فهل يمكنه المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي جراء أمتناع الادارة عن التنفيذ ؟ ٠

للإجابة عن هذا السؤال نجد ان القضاء الاداري قد توسع في تقدير التعويض وشموليته لجميع انواع الضرر المادية والأدبية التي تصيب المحكوم له جراء امتناع الادارة عن تنفيذ الحكم ، وهو ما نجد تطبيقه في حكم المحكمة الاداري العليا في مصر التي اقرت بان (يجب على الجهات الادارية المبادرة الى تنفيذ ما يصدر ضدها من احكام حائزة لقوة الشيء المقضي به ، فان هي أمتنعت دون وجه حق عن تنفيذها في وقت مناسب او تعمدت تعطيل هذا التنفيذ اعتبرت ذلك بمثابة قرار اداري سلبي مخالف للقانون يوجب لصاحب الشأن حقاً في التعويض عما يلحقه بسببه من اضرار مادية وادبية ٠٠)[٣] ٠

وقد اخذ القضاء الاداري في العراق بالتعويض عن عما يصيب المتضرر من ضرر مادي و ادبي الناتج عن قرار الادارة من خلال ما نجده في قرار الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة والذي يؤكد على (٠٠٠يكون القرار الصادر من امين بغداد واجب الالغاء وحيث ان المدعي (المميز عليه) قد طالب بالتعويض عن الاضرار المادية والأدبية التي لحقت به من جراء الحجز ، وحيث ان الفقرة (ط) من البند (ثانياً) من المادة (٧٦) من قانون مجلس شورى الدولة اجازت الحكم بالتعويض ان كان له مقتضى بناءً على طاب المدعي ٠٠)[٤] ٠

---

(١) حكم المحكمة الادارية العليا طعن رقم ٧٠٦٣ لسنة ٤٦ق جلسة ٢٠٠٢/١/٢٦ موسوعة احكام المحكمة الادارية العليا من عام ١٩٥٥ حتى عام ٢٠١٠ ، ج ١٠ ، ص٥٧٩٧

(٢) د. صلاح يوسف عبد العليم ، مرجع سابق ، ص٢٩٥ ٠

(٣) حكم المحكمة الادارية العليا ، الطعن رقم ١٤٧٤ /١٢ ق في ١٩٦٨/٥/٢٥ ، موسوعة القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة ، ج١ ، المستشار حمدي ياسين عكاشة ، ٢٠١٠ ، ص٣٨٦

(٤) قرار للهيئة العامة في مجلس شورى الدولة ، اعلام ٦٦ ، رقم الاضبارة ، ٦٦/ اداري / تمييزي ، في ٢٦ / ١١ / ١٩٩٥ ، اشارت اليه اسراء محمد حسن ، حجية حكم الالغاء وعدم التزام الادارة بتنفيذه ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ١٩٩٦ ،ص١٤٦، وقد اخذ القضاء المدني في العراق بالتعويض عن الضرر الادبي ، فقد جاء بقرار محكمة التمييز (مسؤولية السيد وزير الزراعة اضافةً الى وظيفته عن تعويض المدعين والشخص الثالث عن الاضرار المادية والادبية عن فقد ولديها بسبب الغرق في المبزل عند ارتفاع مستوى الماء وعدم تشغيل المضخات المنصوبة على المبزل) ، قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٨٣٦/ م٣/ ١٩٩٣ في ١٩٩٣/١٢/٢٢ ، اشارت اليه د.حنان محمد القيسي ، النظام القانوني لتضمين الموظف العام في التشريع العراقي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٩ ، ص٢٤

اما مجلس الدولة الفرنسي فلم يلجأ الى تعويض المحكوم له عن الضرر الادبي جراء عدم التنفيذ في بداية الامر ، على اساس ان الألم لا يُقوم بالمال ، الا انه عدل عن موقفه هذا بشمول المحكوم له بالتعويض عن الضرر الادبي [١] .

اما **العلاقة السببية بين الخطأ والضرر** : التي تعتبر الركن الثالث من اركان المسؤولية المدنية ، فلا يكفي لقيام المسؤولية على اساس الخطأ ان يكون هناك خطأ من جانب الادارة والمتمثل في تأخير او عدم تنفيذ الحكم الصادر ، ولا يكفي وجود ضرر لحق المحكوم له ، فلا بد من وجود علاقة بين الخطأ والضرر الذي حصل ، بل يجب ان يثبت ان الخطأ كان سبباً في الضرر ، فان وجد خطأ ووجد ضرر دون وجود علاقة سببية بينهما فلا قيام للمسؤولية المدنية على اساس الخطأ [٢] ، فمسؤولية الادارة تنتفي اذا انعدمت رابطة السببية بين خطأ الادارة والضرر ، ويكون ذلك بوجود السبب الاجنبي كالقوة القاهرة او خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه [٣] ، فاذا ما توافرت اركان المسؤولية التقصيرية الثلاث ، الخطأ ، والضرر ، والعلاقة السببية بينهما ، وجب التعويض اذا كان له مقتضى .

إلا ان مجلس الدولة الفرنسي اقر نوعاً اخر من المسؤولية على الادارة جراء امتناعها عن تنفيذ الحكم لا تقوم على فكرة الخطأ ،حيث تقوم على ركنين فقط هما الضرر والعلاقة السببية بين الضرر وتصرف الادارة ، وهي ما تسمى (المسؤولية على اساس المخاطر) والتي تستند الى فكرة مساواة الافراد امام التكاليف العامة او فكرة (الغنم بالغرم) ، اذ يجب على الجماعة ان تتحمل نشاط الادارة اذا ما اصاب احد الافراد بأضرار ، حيث تتحقق مسؤولية الادارة حتى وان لم ترتكب خطأ ، اذ يكفي لثبوتها توفر الضرر والعلاقة السببية بينه وبين تصرف الادارة ، واول إقرار لهذه المسؤولية من قبل مجلس الدولة الفرنسي كانت في حكمه الشهير في قضية Couiteas عام ١٩٢٣ .[٤]

اما القضاء الاداري في مصر فان احكامه تعارضت بين مؤيد ومعارض ، حيث اقر مجلس الدولة في عدد من احكامه بمسؤولية الادارة بغير خطأ ، مثال على ذلك ما قررته المحكمة الادارية العليا بانه (ومن حيث انه ولئن كان لا يجوز للقرار الاداري في الاصل ان

---

(١) د. حسني سعد عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص٥٨٣

(٢) د. عصمت عبد الله الشيخ ، مرجع سابق ،ص١٢٣

(٣) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الاداري ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، ١٩٩٩ ص٥١٦

(٤) وتتلخص وقائع القضية في ان رجل يوناني مقيم في تونس قد اشترى ارضاً بمساحة ٣٨ الف هكتار واستصدر حكماً من المحكمة بملكية الارض وتسليمها له ، وعند تنفيذ الحكم وجد ان قبيلة عربية كبيرة مستقرة فيها منذ مدة بعيدة ، فطلب تنفيذ الحكم فرد طلبه بالرفض نظراً لما يسببه تنفيذ الحكم من اضطرابات ، فلما لجأ الى مجلس الدولة رفض المجلس ان يراقب الملائمة المتعلقة بإمكانية حدوث اضطرابات مما يبرر رفض الادارة ارسال القوات اللازمة لتنفيذ الحكم ، وقضى بحقه رغم ذلك بالتعويض ، د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق ، ص٤٦٠

يعطل تنفيذ حكم قضائي والا كان مخالفاً للقانون ، الا انه اذا كان يترتب على تنفيذه فوراً اخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه كحدوث فتنة او تعطيل سير مرفق عام فيرجح عندئذ الصالح العام على الصالح الفردي الخاص ، ولكن بمراعاة ان تقدر الضرورة بقدرها ، وان يعوض صاحب الشأن اذا كان لذلك وجه)[1] .

الا ان احكامه الحديثة استقرت على عدم الأخذ بفكرة مسؤولية الادارة بدون خطأ او المسؤولية على اساس المخاطر حيث بين ذلك في الكثير من احكامه صراحةً مثال ذلك ما ذهبت اليه المحكمة الادارية العليا في حكمها بتاريخ ٢٠٠١/٦/٦ بقولها (مسؤولية الادارة عن القرارات الادارية رهينة بان يكون القرار معيباً وان يترتب عليه ضرر وان تقوم علاقة سببية بين عدم مشروعية القرار وبين الضرر الذي أصاب الفرد ، فاذا كان القرار سليماً او مطابقاً للقانون فلا تسأل الادارة ... اذ لا تقوم مسؤولية الحكومة كأصل عام على اساس تبعية المخاطر التي بمقتضاها تقوم المسؤولية عن ركنين هما الضرر وعلاقة السببية بين نشاط الادارة وبين الضرر ، ذلك ان نصوص قانون مجلس الدولة قاطعة في الدلالة على انها عالجت المسؤولية على اساس قيام الخطأ في القرار الاداري ....)[2].

كما اقر المشرع العراقي بفكرة مسؤولية الادارة بدون خطأ ، كونه اكتفى بالخطأ المفترض كأساس للتعويض عن الاخطاء التي ترتكبها الادارة من خلال نص المادة (٢٣١) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة١٩٥١ المعدل (كل من كان تحت تصرفه آلات ميكانيكية او اشياء اخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسؤولاً عما تحدثه من ضرر مالم يثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر، هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من احكام خاصة) وهذا النص يدل على ان المشرع العراقي اقر بوجود مخاطر في حراسة الاشياء او على الاقل احتمال وجودها في المستقبل [3] .

كما ان محكمة التمييز قد بينت في أحد احكامها فكرة المخاطر اساساً لمسؤولية الادارة ، حيث جاء فيه (ابن المميز عليهما قد صعق بالتيار الكهربائي عند امساكه للسلك الذي يربط العمود الكهربائي بالأرض لتثبيته ....ولما كانت الاسلاك والاعمدة التي تحملها من الاشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها .....يكون المدعى عليه (وزارة الصناعة والمعادن)

([1]) حكم المحكمة الادارية العليا في القضية رقم ٧٢٤ لسنة ٣ القضائية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا ، السنة الرابعة ، ص٥٣٣

([2]) حكم المحكمة الادارية العليا ، طعن رقم ٥٧٩٩ لسنة ٤٣ق ، في ٢٠٠١/٦/٦ ، موسوعة احكام المحكمة الادارية العليا من عام ١٩٥٥ حتى عام ٢٠١٠ ، ص٥٧٩٧

([3]) د. نجيب خلف احمد و د. محمد علي جواد ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص٢٤٠

مسؤولاً عما يصيب الغير من ضرر بسبب التيار الكهربائي فيسأل عن تعويض المميز عليهما في ما اصابهما من ضرر ....)[1].

غير اننا لم نجد في احكام القضاء الاداري ما يشير الى انه اخذ بالمسؤولية على اساس المخاطر كونه يرفض النظر في طعون الافراد ضد القرار السلبي الناشئ عن عدم تنفيذ الادارة لحكم القضاء باعتبارها جريمة جنائية تخرج من اختصاصه ، وهو ما تم التطرق اليه عند الحديث عن الطعن بقرار امتناع الادارة عن عدم التنفيذ في المطلب الاول من هذا المبحث ٠

والطعن بالتعويض عن ما لحق المحكوم له من ضرر جراء قرار الادارة السلبي بالامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي قد يكون بدعوى مستقلة ، اي بعريضة مستقلة عن دعوى الالغاء ، وقد يَتبع دعوى الغاء قرار الادارة السلبي ، اي بعريضة واحدة ، على اعتبار ان دعوى التعويض عن الاضرار التي تسببها تصرفات الادارة هي من اختصاص القضاء الاداري٠

ففي فرنسا يختص القضاء الاداري بالدعوى المرفوعة ضد الادارة لمطالبتها بالتعويض عن الاضرار التي تحدث نتيجة اعمال الادارة ، كذلك في مصر تقررت ولاية مجلس الدولة بدعوى التعويض بموجب المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ التي نصت على (تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الاتية : عاشراً : طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في البنود السابقة سواء رفعت بصفة اصلية او تبعية) [2]٠

كما اجاز القضاء الاداري للمحكوم ان يرفع طلب التعويض تبعاً لطلب الغاء قرار الادارة بالامتناع عن التنفيذ ، كما اجاز له ان يطلب ذلك بشكل مستقل عن دعوى الالغاء ، وهو ما نجده في حكم المحكمة الادارية العليا حيث بينت (٠٠ ان طلب التعويض قد يكون تابعاً لطلب الغاء القرار الاداري الايجابي او السلبي ، كما قد يكون مستقلاً عنه ، وفي كلتا الحالتين لا يختلط احدهما بالأخر باعتبار ان ثبوت عدم مشروعية القرار هو الركن الاول في المسؤولية عن التعويض ٠٠)[3] ٠

اما في العراق فان المشرع اجاز الطعن بالتعويض عن الاضرار جراء تصرفات الادارة بصفة تبعية لدعوى الالغاء ، واخرج من اختصاصه النظر في دعوى التعويض عن الاضرار

([1]) قرار محكمة التمييز رقم ٦٦٤ / مدنية اولى / ١٩٧٩ ، في ١٩٧٩/١/٢٥ اشار اليه سالم فرهود عناد ، تنفيذ احكام التحكيم في العقود الادارية وامتناع الادارة ووسائل اجبارها ، رسالة ماجستير ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ٢٠١٣ ، ص١٤٢

([2]) د. نواف سالم كنعان ، مرجع سابق ، ص ٢٩١

([3]) حكم المحكمة الادارية العليا ، طعن رقم ١٤٣٦ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٩٠/١/٦ ، اشار اليه د. خالد الزبيدي ، مرجع سابق ، ص٣٩١

التي تتسبب بها الادارة نتيجة قرارها او عملها المادي بشكل مستقل عن دعوى الالغاء ، استناداً للمادة (٧ /ثامناً / أ) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل [١] ٠

وموقف المشرع العراقي في ما يخص ولايته على دعوى التعويض جاء مخالفاً لما استقرت علية القوانين المقارنة كونه لم يشر الى اختصاص محكمة قضاء الموظفين في النظر بدعاوى التعويض المرفوعة من قبل الموظفين بسبب القرارات الادارية غير المشروعة لا بصفة اصلية او تبعية ، كما ان المطالبة بالتعويض بصفة اصلية يدخل ضمن اختصاص القضاء العادي وبذلك خرج عن القاعدة العامة التي تقضي باختصاص القضاء الاداري بدعاوى التعويض عن الاضرار التي تسببها تصرفات الادارة غير المشروعة ، لذلك ندعو المشرع العراقي الى اعادة النظر بموقفه وادخال دعوى التعويض سواء جاءت بصفة اصلية او تبعية في ولاية القضاء الاداري بجناحيه ، محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين ، ضماناً لحقوق الافراد وحرياتهم ٠

وامتناع الادارة عن التنفيذ قد يكون سببه الموظف حينما يرفض تنفيذ الحكم وقد يكون سببه الادارة ، والسؤال الذي يُثار في هذه الحالة كيف يتم توزيع عبء التعويض بين الادارة وموظفيها ؟ ٠

لا خلاف ان امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام الصادرة من القضاء الاداري يشكل عملاً غير مشروع ، وهذا العمل خطأ تسأل عنه الادارة المختصة بالتنفيذ ، ويسمى (بالخطأ المرفقي) وقد يسأل عنه الموظف المختص بالتنفيذ ،ويسمى (بالخطأ الشخصي) وقد يكون خطأً مشتركاً بين الادارة والموظف [٢]٠

فالخطأ المرفقي هو الذي ينسب الى المرفق العام حتى ولو كان الذي قام به مادياً هو احد الموظفين ، على اساس ان المرفق ذاته هو من تسبب في الضرر [٣] ٠

اما الخطأ الشخصي فيكون في حالة ثبوت سوء نية الموظف حتى اذا ارتكب الخطأ داخل نطاق العمل الوظيفي ، اي ان العمل يعتبر شخصياً اذا كان الموظف لا يبتغي به المصلحة

([١]) حيث نصت على (تبت محكمة القضاء الاداري في الطعن المقدم اليها ، ولها ان تقرر رد الطعن او الغاء او تعديل الامر او القرار المطعون فيه مع الحكم بالتعويض ان كان له مقتضى بناءً على طلب المدعي)

([٢]) وقد وضع الفقه العديد من المعايير للتمييز بين الخطأ المرفقي و الخطأ الشخصي ، منها معيار النزوات الشخصية ، والبعض جعل التمييز على اساس جسامة الخطأ ، والبعض الاخر اخذ بمعيار الانفصال عن الوظيفة ، كما اخذ البعض بمعيار الغاية ، للمزيد عن معايير التمييز بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي ، يراجع د. حسني سعد عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص٦٠٣ وما بعدها ، كذلك د. نجيب خلف احمد و د. محمد علي جواد ، مرجع سابق ، ص٢٢٠

([٣]) د. عصمت عبد الله الشيخ ، مرجع سابق ، ص١٣٢

العامة ، وانما تحركه في ذلك مصلحة شخصية ، او تحقيق منفعة ذاتية ، او كان خطأ الموظف خطأً جسيماً [١] .

وقد اخذ مجلس الدولة الفرنسي بمبدأ التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ، وكذلك مجلس الدولة المصري ، حيث لم يعد الموظف يتحمل التعويض الا مقابل خطأه الشخصي [٢]، اما في العراق فانه لا توجد قواعد خاصة بالمسؤولية الادارية كما في فرنسا وانما تطبق القواعد الواردة في القانون المدني التي لم تميز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ، والتي تقوم على اساس مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه ضماناً لمصلحة المضرور [٣] .

فاذا كان الخطأ ينسب للموظف يعتبر خطأً شخصياً تقع عليه مسؤولية التعويض من ماله الخاص ويكون الاختصاص منعقد للقضاء العادي ، اما اذا كان الخطأ ينسب الى المرفق حتى وان قام به احد الموظفين فانه يعتبر خطأً مرفقياً وبالتالي تسأل الادارة عن تعويض الضرر الناشئ عنه ، وقد أُثير التساؤل حول مدى أثر أمر الرئيس في مسؤولية المرؤوس ؟

لا شك ان خطأ الموظف الذي يكون سببه أمر صادر من رئيسه الاداري ، في حالة تجاوز الموظف حدود الامر الصادر اليه من رئيسه الاداري اما بتغيير مضمونه او بتحريفه عند التنفيذ يكون الموظف مسؤولاً عن خطئه الشخصي ويتحمل نتائج الضرر الذي سببه للغير .

أما اذا حدث الخطأ بسبب التزام الموظف بالأمر الصادر من رئيسه الاداري فقد عده البعض خطأً مرفقياً لصدوره من رئيس تجب طاعته ، في حين عَده آخرون خطأً شخصياً ، نافيّن اي اثر لأمر الرئيس على خطأ الموظف .[٤]

لقد عالج المشرع المصري هذه الحالة من خلال نص المادة (١٦٧) من القانون المدني المصري على انه (لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي اضر بالغير اذا قام به تنفيذاً لأمر صادر اليه من رئيسه متى كانت طاعة هذا الامر واجبة ..) ، كما نصت المادة (٧٨)من قانون العاملين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ على (لا يعفى العامل من الجزاء استناداً الى أمر صادر من رئيسه ، الا اذا اثبت ان ارتكاب المخالفة كان تنفيذاً لأمر مكتوب صادر اليه من رئيسه بالرغم من تنبيهه كتابةً الى المخالفة ..) .[٥]

---

(١) د. حسينة شرون ، مرجع سابق ، ص١٧٨

(٢) د. ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ،ص٤٩٥

(٣) د. عبد الملك يونس محمد ، اساس مسؤولية الادارة وقواعدها ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٢ ، ص٢٠٢ . كذلك د. نجيب خلف احمد و د. محمد علي جواد ، مرجع سابق ،ص٢٣٠

(٤) د. ماجد راغب الحلو ، المرجع سابق ، ص٤٨٣

(٥) د. عبد الملك يونس محمد ،المرجع السابق ، ص١٩٥

أما المشرع العراقي فقد بين أثر أمر الرئيس على خطأ المرؤوس من خلال المادة (٢١٥) من القانون المدني التي نصت (لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير اذا قام به تنفيذاً لأمر صدر اليه من رئيسه متى كانت اطاعة هذا الامر واجبة عليه او يعتقد انها واجبة وعلى من احدث الضرر ان يثبت انه كان يعتقد مشروعية العمل الذي اتاه بان يقيم الدليل على انه راعى في ذلك جانب الحيطة والحذر، وان اعتقاده كان مبنياً على اسباب معقولة) ، كما نصت المادة (٢١٩) منه على ان (الحكومة والبلديات والمؤسسات الاخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل احد المؤسسات الصناعية او التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدميهم اذا كان الضرر ناشئاً عن تعد وقع منهم اثناء قيامهم بخدماتهم)٠

كما ان قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ نص في المادة (٤) منه على ان (يلتزم الموظف بالواجبات الاتية : ٠٠٠٠ ثالثاً : احترام رؤسائه والتزام الادب واللياقة في مخاطباتهم واطاعة أوامرهم المتعلقة بأداء واجباته في حدود ما تقضي به القوانين والانظمة والتعليمات ، فاذا كانت في هذه الأوامر مخالفة فعلى الموظف ان يُبين لرئيسه كتابةً وجه تلك المخالفة ولا يلتزم بتنفيذ تلك الأوامر الا اذا اكدها رئيسه كتابةً وعندئذ يكون الرئيس هو المسؤول عنها ٠٠٠٠) ، وفي هذه الحالة فان المسؤولية تقع على الرئيس المسؤول في الوزارة او المرفق العام في عدم التنفيذ وليس الموظف على اساس انه هو صاحب السلطة في الامر بتنفيذ الحكم ٠

فاذا ثبت ان الخطأ كان شخصياً بحتاً تحمل الموظف تعويض صاحب الشأن عن الضرر من امتناعه عن تنفيذ الحكم ، اما اذا ثبت ان الخطأ مرفقياً خالصاً فلا مسؤولية على الموظف من الناحية المدنية ، في حين يتحمل الموظف نصيبه من التعويض اذا ثبت انه شارك في احداث الضرر ، ويجوز للإدارة الرجوع على الموظف اذا ما نَفَذَ الحكم عليها باعتبارها المدين الاكثر ملائمة في حدود ما نسب اليه من خطأ [1] ٠

وعلى الرغم من أهمية دعوى المسؤولية المدنية ودورها في حمل الادارة على تنفيذ الاحكام الصادرة ضدها ، الا ان البعض يُقلل من اهميتها في تنفيذ الاحكام ، وذلك لعدم امكانية الحجز على اموال الادارة مما يدعو الحاجة الى وسائل أُخرى لضمان تنفيذ حكم التعويض ، كما ان طول اجراءات دعوى التعويض وتعقيدها يجعل منها اداة غير فعالة من اجل تنفيذ الحكم ٠

(1) د. حسني سعد عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص٦١٠

المطلب الثالث

المسؤولية الجزائية المترتبة على عدم تنفيذ الحكم القضائي

يعتبر امتناع الموظفين المختصين عن تنفيذ الاحكام القضائية جريمة يعاقب عليها القانون ، ويكون للمحكوم له في هذه الحالة الحق في رفع الدعوى الجنائية الى المحكمة المختصة ، حيث عرف البعض هذه الجريمة بانها الاحجام الكلي او الجزئي عن تنفيذ حكم قضائي واجب التنفيذ من جانب الموظف العام المكلف قانوناً بالتنفيذ بقصد عدم وصول الثابت بالحكم الى من تقرر له [١] .

وتُعد إثارة المسؤولية الجنائية للموظفين من أشد العقوبات وانجع وسيلة من الوسائل الاخرى لأنه يترتب عليها معاقبة الموظف المسؤول عن إعاقة او عدم تنفيذ الاحكام القضائية ، والذي من شأنه ان يجعل كل مسؤول اداري يتردد الف مرة قبل ان يَقدم على إهدار الاحكام والامتناع عن تنفيذها [٢] .

ويستخدم القضاء الاداري النصوص الجزائية العادية في بعض الاحيان لإجبار الادارة على تنفيذ التزاماتها المحددة في القانون ومنها التزامها بتنفيذ الشيء المقضي به ، حيث تضمنت التشريعات الجزائية المقارنة نصوص تجرم الامتناع العمدي او اعاقة تنفيذ الاحكام التي تصدر من القضاء الاداري ، حيث يعد هذا التجريم ضمانة جيدة للحفاظ على حجية الاحكام القضائية ووضع حد لخرقها باعتبارها اهم مبادئ القانون ، وتهدد استقرار المجتمع .

وللأهمية الكبيرة التي يوليها المشرع لتنفيذ الاحكام فقد نصت بعض الدساتير على تجريم امتناع الادارة او اعاقتها لتنفيذ الحكم القضائي ، ففي مصر نصت المادة (٧٢) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ (الملغى) على (تصدر الاحكام وتنفذ باسم الشعب ويكون الامتناع عن تنفيذها او تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين جريمة يعاقب عليها القانون ، وللمحكوم له في هذه الحالة رفع الدعوى الجنائية مباشرةً الى المحكمة المختصة)[٣] .

اما القوانين الجزائية فقد اوردت نصوصاً صريحة تجرم امتناع الموظف عن تنفيذ او تعطيل الحكم القضائي وهو ما نصت عليه المادة (١٢٣) من قانون العقوبات المصري لعام ١٩٥٢على انه (يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر لصادرة من الحكومة او احكام القوانين واللوائح او تأخير تحصيل الاموال

([١]) د. عبد الله حسين حميدة ، المسؤولية الجنائية للموظف العام للامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة،٢٠١٠ ، ص٣٤

([٢]) د. محمد رفعت عبد الوهاب ، مرجع سابق ، ص٣٤٩ ، كذلك د. محمد وليد العبادي ، القضاء الاداري ، ج٢، الوراق للنشر والتوزيع ، الطبعة الاولى ، الاردن ، ٢٠٠٨ ، ص٧٩٥

([٣]) د. نواف سالم كنعان ، مرجع سابق ، ص٢٩٣

والرسوم او وقف تنفيذ حكم او أمر صادر من المحكمة او من اية جهة مختصة ، كذلك يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي امتنع عمداً عن تنفيذ حكم او أمر مما ذكر بعد مضي ثمانية ايام من انذاره على يد محضر اذا كان تنفيذ الحكم او الأمر داخلاً في اختصاص الموظف)[١].

وفي الاردن فان قانون العقوبات الاردني رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٠ المعدل نص في المادتين (١٨٣/١٨٢) على ان (كل موظف يستعمل سلطة وظيفته مباشرةً او بطريق غير مباشر ليعوق او يؤخر تنفيذ احكام القوانين او الانظمة المعمول بها او جباية الرسوم والضراب المقررة قانوناً او تنفيذ قرار قضائي او اي أمر صادر عن سلطة ذات صلاحية يعاقب بالحبس من شهر الى سنتين ، وكل موظف تهاون بلا سبب مشروع في القيام بواجبات وظيفته وتنفيذ أوامر آمرة المستند فيها الى الاحكام القانونية يعاقب بالغرامة من عشرة دنانير الى خمسين دينار او بالحبس من اسبوع واحد الى ثلاث اشهر)[٢].

وفي الجزائر تنص المادة (١٣٨) من قانون العقوبات الجزائري على (كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي او امتنع او اعترض او عرقل عمداً تنفيذه يعاقب بالحبس من ستة اشهر الى ثلاث سنوات وبغرامة من ٥٠٠٠ دج الى ٥٠٠٠٠ دج) [٣].

وفي لبنان فقد نصت المادة (٩٣) من مرسوم نظام مجلس شورى الدولة اللبناني المعدل بالقانون (٢٥٩) في ١٩٩٣/١٠/٦ ، في فقرتها الاولى على (احكام مجلس شورى الدولة ملزمة للإدارة ، وعلى السلطات الادارية ان تتقيد بالحالات القانونية كما وصفتها هذه الاحكام) ، اما الفقرة الثالثة من نفس المادة فقد نصت على (كل موظف يستعمل سلطته او نفوذه بصورة مباشرة او غير مباشرة ليعيق او يؤخر تنفيذ القرار القضائي المذكور في الفقرة السابقة يغرم امام ديوان المحاسبة بما لا يقل عن راتب ثلاثة اشهر ولا يزيد عن راتب سنة)[٤].

اما في العراق فقد نص المشرع العراقي في قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل ، على تجريم امتناع الموظف تنفيذ الحكم او تعطيله من خلال المادة (٣٢٩) حيث نص على (١- يعاقب بالحبس او الغرامة او بإحدى هاتين العقوبتين كل موظف او مكلف بخدمة عامة استغل سلطة وظيفته في وقف او تعطيل تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة او احكام القوانين والانظمة او اي حكم او أمر صادر من احدى المحاكم او اي سلطة عامة مختصة او في

---

(١) د. صلاح يوسف عبد العليم ، مرجع سابق ، ص٤١٠

(٢) د. نواف سالم كنعان ، مرجع سابق ، ص٢٩٢

(٣) د. حسينة شرون ،امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة ضدها ، دار الجامعة الجديدة ،٢٠١٠ ، ص٢١٥

(٤) د. محمد رفعت عبد الوهاب ، مرجع سابق ص٣٥١

تأخير تحصيل الاموال او الرسوم ونحوها المقررة قانوناً ، ٢- يعاقب بالعقوبة ذاتها كل موظف او مكلف بخدمة عامة امتنع عن تنفيذ حكم او أمر صادر من احدى المحاكم او اية سلطة عامة مختصة بعد مضي ثمانية ايام من انذاره رسمياً بالتنفيذ متى كان الحكم او الأمر داخل اختصاصه) ٠

ومما تجدر الاشارة اليه ان المشرع الفرنسي لم يورد نصاً يجرم امتناع الموظفين العمومين عن تنفيذ الاحكام القضائية [١]٠

ومن خلال النصوص القانونية التي ذكرناها اعلاه نجد ان هناك نوعان من الجرائم التي يرتكبها الموظف في مجال الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية :

النوع الاول /جريمة استعمال الموظف العام سلطة الوظيفة لإعاقة او تأخير الحكم ٠

النوع الثاني / جريمة امتناع الموظف المختص عن تنفيذ الحكم ٠

وتتفق الجريمتان على توفر ركن مفترض وهو صفة الموظف العام فضلاً عن الركن المادي والمعنوي المكونان للجريمتين ، حيث يشترط لتحقق كلا الجريمتين ان يكون هناك موظف عام بالمفهوم الذي استقر عليه الفقه والقضاء الاداريين ، حيث لا يسمح المجال ان نورد كافة التعاريف والآراء الفقهية عن تعريف الموظف العام التي قيلت في تمييزه [٢]، ولكن يمكن ان نذكر ان الغالبية من الفقه المصري والعراقي يرون ان الموظف العام هو (كل من يعمل بصفة دائمة في خدمة الدولة او احد الاشخاص المعنوية العامة بناءً على قرار من السلطة المختصة بذلك قانوناً) ، وبذلك يشترط في الشخص حتى يعد موظفاً عاماً ان يكون شغله للوظيفة العامة بصفة دائمة ، كما يشترط ان يعمل في خدمة مرفق تابع للدولة او لاحد الاشخاص المعنوية العامة ، كما يشترط ان يكون التعيين بناءً على قرار من السلطة المختصة بذلك [٣]٠

اما الركن المادي للجريمتين فيتحقق بالنسبة لجريمة استعمال الموظف العام سلطته لإعاقة او تأخير تنفيذ الحكم ، يتمثل في قيام الموظف باستعمال صلاحياته الوظيفية من خلال سلوكه الايجابي او السلبي لتحقيق النتيجة الجرمية المتمثلة بتعطيل او تأخير تنفيذ الحكم ، وان تكون هناك علاقة سببية بين سلوك الموظف والنتيجة التي حصلت وهي اعاقة او تأخير التنفيذ ، اما فيما يتعلق بجريمة امتناع الموظف المختص عن تنفيذ الحكم القضائي فان الركن المادي يتكون

---

(١) د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة ، مرجع سابق ، ص٥٨٠

(٢) لقد عرف قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ الموظف في المادة (١/ ثالثاً) (كل شخص عهدت اليه وظيفة داخل ملاك الوزارة او الجهة غير المرتبطة بوزارة)

(٣) د. محمد سعيد الليثي مرجع سابق ، ص٣٨٢ ، كذلك د. علي محمد بدير و د. مهدي ياسين السلامي ، مبادئ واحكام القانون الاداري ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص٢٩٢

من السلوك سواء كان ايجابياً كقيامه بإصدار قرار مخالف لما يقضي به الحكم ، او سلبياً بامتناعه عن تنفيذ الحكم القضائي ، و النتيجة الجرمية التي تتمثل بعدم تنفيذ الحكم ، والعلاقة السببية بين السلوك والنتيجة [١] .

اما بخصوص الركن المعنوي فان الجريمتين يعتبران من الجرائم القصدية التي يعتبر القصد الجنائي ركناً اساسياً فيها ، ويشترط لتحقق الركن المعنوي توافر عنصرين ، هما العلم والارادة ، ففي جريمة استعمال الموظف سلطته من اجل اعاقة او تعطيل الحكم القضائي لا بد من ان يكون عالماً بان السلوك الايجابي او السلبي سوف يعطل او يعيق تنفيذ الحكم ، كما يجب ان تتجه ارادة الموظف الى اتيان النشاط والنتيجة ، وعليه لا قيام للركن المعنوي اذا لم تتجه ارادة الموظف الى اتيان النشاط والنتيجة الجرمية ، وكذا هو الحال في جريمة امتناع الموظف عن تنفيذ الحكم القضائي لا بد من توفر عنصري العلم والارادة ليتحقق الركن المعنوي للجريمة [٢] ، وبتوافر الاركان الثلاثة تتحقق المسؤولية الجزائية للموظف الممتنع عن التنفيذ [٣].

وقد استقر الفقه والقضاء الاداري على ان الخطأ الذي يمثل جريمة جنائية ، والتي يرتكبها الموظف لا تعتبر من قبيل الخطأ الشخصي ، الا اذا كانت منقطعة الصلة بالوظيفة ، او ارتكب عمداً ، او انطوت على درجة جسيمة من الخطأ [٤].

فقد نفى المشرع العراقي اية مسؤولية جزائية عن الموظف الذي ينفذ أمر رئيس تجب طاعته او أعتقد انها واجبة الطاعة ، فقد عد المشرع في المادة (٤٠) من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل من اسباب الاباحة : اداء الواجب الذي يكلف به الموظف بموجب القانون ، او بأمر رئيسه ، حيث نصت على (لا جريمة اذا وقع الفعل من موظف او من شخص مكلف بخدمة عامة في الحالات الاتية : أولاً : اذا قام بسلامة نية بفعل تنفيذاً لما أمرت به القوانين او اعتقد ان اجراءه من اختصاصه ٠

ثانياً : اذا وقع الفعل منه تنفيذاً لأمر صادر اليه من رئيس تجب طاعته ، او اعتقد ان طاعته واجبة عليه) ٠

---

(١) د. عبد الله حسين حميده ، مرجع سابق ، ص٣٣٢

(٢) د. علي خطار شطناوي ، مرجع سابق ، ص١٠١

(٣) فقد حكمة محكمة جنح اسيوط في حكمها رقم ٧٦٣٣ في ٢٠٠٥/١/١٥ بحبس رئيس جامعة اسيوط لمدة ستة اشهر وعزله عن وظيفته لامتناعه عن تنفيذ حكم محكمة القضاء الاداري ٠اشار اليه سالم فرهود عناد ، مرجع سابق ، ص١٥٩

(٤) د. نجيب خلف احمد و د. محمد علي جواد ، مرجع سابق ، ص٢٢٣

ويجب ان يثبُت في الحالتين ان اعتقاد الفاعل بمشروعية الفعل كان مبنياً على اسباب معقولة ، وانه لم يرتكبه الا بعد اتخاذ الحيطة المناسبة ، ومع ذلك فلا عقاب في الحالة الثانية اذا كان القانون لا يسمح للموظف بمناقشة الأمر الصادر اليه)

وعلى الرغم من أهمية الجزاء الجنائي الذي يفرض على الموظف الممتنع عن تنفيذ الحكم القضائي والذي يعتبر من اقوى الوسائل في مجال تنفيذ الاحكام القضائية لما يؤديه من تقييد لحرية الموظف وعزله من وظيفته ، فهو وسيلة رادعة في مجال تنفيذ الاحكام الادارية سواء بالنسبة للموظف الممتنع او لغيره من الموظفين ، الا ان البعض من الفقه قَلَلَ من اهميتها ، لما اقره القانون للقاضي الاداري من سلطة جواز الحكم بوقف تنفيذ الحكم الصادر على الموظف الممتنع والذي تقررت مسؤوليته الجزائية ، حيث توسعت به المحاكم عند النظر بالدعاوى التي تقام على الموظفين الممتنعين ، مما انعكس سلباً على فاعلية هذا الجزاء وتحول من وسيلة عقاب واكراه على الادارة الى وسيلة لحثها على التنفيذ ، فضلاً عن طول فترة الاجراءات التي تستغرقها المحاكم الجنائية في الفصل في القضية المعروضة امامها ادى الى ان تتقاعس الادارة في التنفيذ الى وقت قريب من الحكم ، الامر الذي يفوت الفرصة التي يبتغيها المحكوم له من التنفيذ ٠

وفي العراق فانه بالرغم من تقرير المسؤولية الجزائية للموظف الممتنع عن التنفيذ بنص المادة (٣٢٩) من قانون العقوبات فاننا ندعو المشرع العراقي الى تشديد عقوبة امتناع الموظف عن تنفيذ الاحكام الادارية لتنسجم مع خطورة الجرم ، لما تمثله من استهانه بأحكام القضاء وحجية الشيء المقضي به ، كما ندعوه الى الجمع بين العقوبتين كما فعل المشرع المصري بالحكم بالحبس والغرامة والغاء العقوبة التخييرية ٠

كما يمكن أن يمثل فعل الامتناع أساساً لقيام مخالفة تأديبية يستحق ان يعاقب عليها الموظف انضباطياً لقيام مسؤوليته التأديبية ، فالخطأ الذي يقترفه الموظف قد يكون اساساً للمسؤولية الجنائية والتأديبية معاً ٠

وقد رتب المشرع المصري المسؤولية التأديبية الى جانب المسؤولية الجنائية عن فعل الامتناع عن التنفيذ الاحكام الادارية بنص المادة (١٢٣) من قانون العقوبات المصري ، من خلال اعتبار امتناع الموظف عن تنفيذ الاحكام الادارية سبباً لعزله من الوظيفة [١] ٠

([١]) د. عصمت عبد الله الشيخ ، مرجع سابق ، ص١٥٣

كما ان المشرع العراقي رتب على المسؤولية الجنائية للموظف مسؤولية تأديبية من خلال نص المادة (٨) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل ، وذلك بمعاقبة الموظف بالعزل من الوظيفة اذا حكم عليه بجناية ناشئة عن وظيفته او ارتكبها بصفته الرسمية ،والتي تعتبر في العراق عقوبة تكميلية [١] .

ولم تضع القوانين في العادة تعريفاً محدداً للجريمة التأديبية ، في حين عرفها الفقه بانها إخلال الموظف بواجبات الوظيفة ايجاباً او سلباً او اتيانه عملاً من الاعمال المحرمة عليه ، او تقصيره في تأدية واجباته التي تتطلب الحيطة والدقة والامانة ، وسواء وقع هذا الاخلال عمداً او عن اهمال [٢] ، في حين عرفها البعض بانها الاخلال بواجبات الوظيفة ايجاباً او سلباً ، او هو التكيف القانوني لظاهرة اهمال الموظف او تقصيره في اداء واجباته اثناء الخدمة او بسببها [٣].

كما عرفت المحكمة الادارية العليا في مصر الجريمة التأديبية بانها (اخلال الموظف بواجبات وظيفته ايجاباً او سلباً ، او اتيانه عملاً من الاعمال المحرمة عليه ، فكل موظف يخالف الواجبات التي تنص عليها القوانين او يخرج على مقتضى الواجب في أعمال وظيفته التي يجب أن يقوم بها بنفسه .. ، أو يقصر في تأديتها بما تتطلبه من حيطة ودقة وأمانة ، انما يرتكب ذنباً ادارياً يستوجب تأديبه)[٤] .

غير ان التلازم بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية التأديبية غير متوفر في كل الاحوال ، حيث يمكن ان يكون الخطأ الحاصل من الموظف ذنباً ادارياً لكنه لا يوجب المسؤولية الجنائية للموظف ، كونه لم ينص عليه ولم تورد له عقوبة في قانون العقوبات ، والسبب هو اننا في مجال القانون الجنائي محكومون بمبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص [٥] ، فلكي يتم تقرير مسؤولية الموظف الجنائية عن الخطأ لا بد من ان يكون منصوص عليه في قانون العقوبات ، بعكس المخالفات التأديبية التي وان كانت العقوبات محددة بنص قانوني لا يمكن اضافة غيرها ، فهي غير محددة [٦] ، وبالتالي فان الادارة تتمتع بسلطة تقديرية في عد اي من الافعال مخالفة

---

(١) نصت المادة (٨/ثامناً) من القانون على (العزل : ويكون بتنحية الموظف من الوظيفة نهائياً ولا تجوز إعادة توظيفه في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي وذلك بقرار مسبب من الوزير في إحدى الحالات الاتية : ب : إذا حكم عليه عن جناية ناشئة عن وظيفته او ارتكبها بصفته الرسمية)

(٢) د. حسينة شرون ، مرجع سابق ، ص٢١٧

(٣) د.غازي فيصل مهدي ، شرح قنون انضباط موظفي الدولة ، ص١٠

(٤) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١٩٥٨/١/٢٥ في القضية رقم ١٧٢٣ ، اشار اليه د. ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ، ص ٥٤٥

(٥) نصت المادة (١) من قانون العقوبات العراقي على (لا عقاب على فعل او امتناع الا بناءً على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه ولا يجوز توقيع عقوبات او تدابير احترازية لم ينص عليها القانون)

(٦) تنص القوانين على العقوبات الانضباطية على سبيل الحصر ومنها قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل في العراق الذي اخذ بمبدأ شرعية العقوبة التأديبية ، حيث تم ذكر العقوبات على سبيل الحصر في المادة (٨) منه .

تأديبية لعدم امكانية حصر المخالفات والجرائم التأديبية لتنوع واجبات الوظيفة ، الا ان سلطة الادارة هذه تخضع لرقابة القضاء الذي يقوم بإلغاء العقوبة اذا ما شاب فرضها تعسفاً في استعمال هذه السلطة[1].

وفي العراق فان امتناع الموظف عن تنفيذ الاحكام القضائية يمثل خطأً يستوجب المسؤولية التأديبية كونه عملاً مخالفاً لما تأمر به القوانين من القيام بواجبات الوظيفة ، حيث نصت المادة (٤) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل على (يلتزم الموظف بالواجبات الآتية : ثاني عشر : القيام بواجبات الوظيفة حسبما تقرره القوانين والانظمة والتعليمات) ،كما نصت المادة (٥) منه على (يحظر على الموظف ما يأتي : عاشراً : التأخر في انجاز العمل الذي يتسبب عنه تعطيل عمل الاخرين)

(1) علاء ابراهيم محمود ، مرجع سابق ، ص٢٠٠

قائمة المراجع

أولاً / القرآن الكريم

ثانياً / المؤلفات :

١- د. اسماعيل ابراهيم البدوي ، الحكم القضائي في الدعوى الادارية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٣

٢- المعجم الوسيط ، الجزء الاول ،مطبعة مصر ، ١٩٦٠

٣- د. حسن السيد بسيوني ، دور القضاء في المنازعات الادارية ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٨١ .

٤- د. حسني سعد عبد الواحد ، تنفيذ احكام القضاء الاداري ، بدون مكان وسنة طبع.

٥- حسينة شرون ، امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة ضدها ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٠

٦- د. حمدي علي عمر ، سلطة القاضي الاداري في توجيه أوامر للادارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣

٧- د. حمدي ياسين عكاشة ، الاحكام الادارية في قضاء مجلس الدولة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٧

٨- د. رأفت دسوقي محمود ، فكرة التحول في القرارات الادارية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٢

٩- د. رمزي طه الشاعر ، تدرج البطلان في القرارات الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨

١٠- د. رمضان محمد بطيخ ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الادارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤

١١- د. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى الغاء القرارات الادارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤

١٢- د. سعيد الحكيم ، الرقابة على اعمال الادارة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٧

١٣- د. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الادارية ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثالثة ، ١٩٦٦

- د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الاداري ، قضاء الالغاء ، بدون مكان الطبع ، ١٩٦٧
- د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الاداري ، قضاء التأديب ، بدون مكان الطبع ، ١٩٧٩
- د. سليمان محمد الطماوي ، الوجيزفي القانون الاداري ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٩

١٤- د. صلاح يوسف عبد العليم ،اثر القضاء الاداري على النشاط الاداري للدولة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧
١٥- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، القرارات الادارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، بدون مكان طبع ، ٢٠٠٧
- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، قضاء الامور الادارية المستعجلة ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، ٢٠٠٨
- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الاسس العامة للعقود الادارية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٥
١٦- د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية
- د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، وقف تنفيذ القرار الاداري في احكام القضاء الاداري ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠١
- د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، ولاية القضاء الاداري على اعمال الادارة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع
١٧- د. عبد الفتاح حسن ، التأديب في الوظيفة العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤
١٨- د. عبد الله حسين حميده ، المسؤولية الجنائية للموظف العام للامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠
١٩- د. عبد المنعم عبد العظيم جيره ، آثار حكم الالغاء ، بدون مكان طبع ، ١٩٧٧
٢٠- د. عدنان عاجل عبيد ، اثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون ، الطبعة الاولى ، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر ، النجف الاشرف ، ٢٠٠٨
٢١- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧١
٢٢- د. عصمت عبد الله الشيخ ، الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الاحكام الادارية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩
٢٣- د. عصمت عبد المجيد بكر ، مجلس الدولة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠١١
٢٤- د. علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الاداري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٨
٢٥- د. علي محمد بدير و د. مهدي ياسين السلامي ، مبادئ واحكام القانون الاداري ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١١
٢٦- د. غازي فيصل مهدي ، تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام ، الطبعة الاولى ، بدون مكان طبع ، ٢٠٠٤
- د. غازي فيصل مهدي ، شرح احكام قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ ، دار الكتب الوطنية للنشر ، ٢٠٠١
٢٧- د. غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل عبيد ، القضاء الاداري ، الطبعة الاولى ، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر ، النجف الاشرف ، ٢٠١٢

٢٨- د. فؤاد العطار ، القضاء الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٧
٢٩- د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الاداري ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، ١٩٩٩
٣٠- مايا محمد ابو دان ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠١٢
٣١- د. محمد باهي ابو يونس ، الغرامة التهديدية كوسيلة لاجبار الادارة على تنفيذ الاحكام الادارية ، الطبعة الثالثة ، الاسكندرية ، ٢٠١٢
٣٢- د. محمد سعيد الليثي ، امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام الادارية الصادرة ضدها ، الطبعة الاولى ، بدون مكان طبع ، ٢٠٠٩
٣٣- د. محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ واحكام القانون الاداري ، منشورات الحلبي ، ٢٠٠٢
٣٤- د. محمد صلاح عبد البديع ، الاتجاهات الحديثة للقضاء الاداري في الرقابة على ملاءمة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦
٣٥- د. محمد حسنين عبد العال ، فكرة السبب في القرار الاداري ودعوى الالغاء ، دار النهضة العربية ، الفاهرة
٣٦- محمد وليد العبادي ، القضاء الاداري ، ج٢ ، الوراق للنشر والتوزيع ، الطبعة الاولى ، الاردن ، ٢٠٠٨
٣٧- محمود سعد عبد المجيد ، الحماية التنفيذية للاحكام الادارية بين التجريم والتأديب والالغاء والتعويض ،دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٢
٣٨- د. مصطفى ابو زيد فهمي ، القضاء الاداري ومجلس الدولة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٨
٣٩- د. منصور محمد احمد ، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ احكام القضاء الاداري الصادرة ضد الادارة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢
٤٠- د. مهند مختار نوح ، الايجاب والقبول في العقد الاداري (دراسة مقارنة) ،الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥
٤١- د. نجيب خلف احمد و د. محمد علي جواد ، القضاء الاداري ، بدون مكان طبع ، ٢٠١٠
٤٢- د. يسري محمد العصار ، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الاداري للادارة وحظر حلوله محلها وتطوراته الحديثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠

ثالثاً / الرسائل والاطاريح:

١- احمد حسني درويش ، ضمانات تنفيذ احكام قضاء مجلس الدولة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٦
٢- احمد خورشيد حميدي المفرجي ، وقف تنفيذ القرار الاداري عن طريق القضاء ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٥

٣- اسراء محمد حسن ، حجية حكم الالغاء وعدم التزام الادارة بتنفيذه ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٦
٤- حنان محمد القيسي ، الرقابة القضائية على الملاءمة بين المخالفة والعقوبة في القرارات التأديبية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٤
٥- خالد سيد محمد محمود ، حدود الرقابة القضائية علىسلطة الادارة التقديرية ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠١٢
٦- رضا عبد الله حجازي ، الرقابة القضائية على ركن السبب في اجراءات الضبط الاداري ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠١
٧- سالم فرهود عناد ، تنفيذ احكام التحكيم في العقود الادارية وامتناع الادارة ووسائل اجبارها ، رسالة ماجستير ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، ٢٠١٣
٨- سرمد رياض عبد الهادي ، الابعاد القانونية لدور القاضي الاداري ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠١٠
٩- ضرغام مكي نوري ، مدى سلطة قاضي الالغاء في تعديل القرار الاداري ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ١٩٩٧
١٠- علي حسين احمد الفهداوي ، الاتجاهات الحديثة في الرقابة على السلطة التقديرية للادارة، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٠
١١- عماد صبري عطوه احمد ، الضمانات القانونية امام المحكمة التأديبية ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٨

رابعاً / المقالات والبحوث :

١- د. اسماعيل صعصاع البديري ، التعديل الجزئي للقرار الاداري ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل
٢- السيد محمد ابراهيم ، مبدأ الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية ، مجلة الحقوق ، الاسكندرية ، العدد الاول ، السنة ١٥
٣- السيد محمد ابراهيم ، الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات التأديبية ، مجلة العلوم الادارية ، العدد الثاني ، السنة الخامسة
٤- د. خالد الزبيدي ، القرار الاداري السلبي في الفقه والقضاء الاداري ، مجلة الحقوق ، العدد الثالث ، السنة الثلاثون ، الكويت ، ٢٠٠٦
٥- د. رياض محسن مجول ، تحول القرار الاداري وقضاء محكمة القضاء الاداري ، مجلة القانون والقضاء ، العدد الحادي عشر ، ٢٠١٢
٦- د. عادل الطبطبائي ، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية ، مجلة الحقوق ، العدد الثالث ، السنة السادسة ، ١٩٨٢
٧- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، الرقابة القضائية على اعمال الادارة وآفاق تطورها ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، العدد الاول والثاني ، بغداد ، ١٩٩٠
٨- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء العراقي ، مجلة العلوم القانونية ، جامعة بغداد ، العددان الاول والثاني ، المجلد التاسع ، ١٩٩٠

٩- علاء ابراهيم محمود ، تنفيذ حكم الالغاء الصادر عن القضاء الاداري ، مجلة رسالة الحقوق ،جامعة كربلاء، السنة الثانية ، السنة الثانية ، العدد الثاني ، ٢٠١٠
١٠- د. عمار طارق عبد العزيز ، ضمانات تنفيذ احكام الالغاء ، مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد العاشر ، العدد عشرون ، ٢٠٠٨
١١- د. غازي فيصل مهدي ، الحدود القانونية لسطات محكمة القضاء الاداري في العراق ، مجلة العدالة ، العدد الثاني ، ٢٠٠١
١٢- د. مازن ليلو راضي ، اختصاص القضاء الاداري المستعجل في حماية الحريات الاساسية ، مجلة القانون والسياسة ، العدد الثامن ، السنة الثامنة ، العراق ، ٢٠١٠
١٣- د. محمد علي الخلايلة ، اثر النظام الانكلو سكسوني في مجال توجيه الاوامر القضائية للإدارة كضمان لتنفيذ احكام القضاء الاداري ، مجلة علوم الشريعة والقانون ، جامعة مؤتة ، الاردن ، مجلد ٣٩ ، العدد الاول ، ٢٠١٢
١٤- د. مهند مختار نوح ، القاضي الاداري والامر القضائي ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد ٢٠، العدد الثاني ، ٢٠٠٨
١٥- د. نواف سالم كنعان ، المبادئ التي تحكم تنفيذ احكام الالغاء في قضاء محكمة العدل العليا ، مجلة الحقوق ، العدد الرابع ، السنة الخامسة والعشرون ، الكويت ، ٢٠٠١

خامساً / الدساتير والقوانين :

١- الدستور العراقي لسنة ١٩٧٠
٢- الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥
٣- الدستور المصري لسنة ١٩٧١
٤- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل
٥- قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته
٦- قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢
٧- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل
٨- قانون اصول المحاكمات رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل
٩- قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته
١٠- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل
١١- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل
١٢- قانون العقوبات المصري لسنة ١٩٥٢

سادساً / مجاميع الاحكام :

١- قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة العراقي للسنوات (٢٠٠٨-٢٠٠٩-٢٠١٠-٢٠١١-٢٠١٢)

٢- مجموعة احكام المحكمة الادارية العليا المصرية للسنوات (٤-٥-٧-٩-٢٦)

٣- موسوعة احكام المحكمة الادارية العليا من عام ١٩٥٥ حتى عام ٢٠١٠

سابعاً / المصادر الاجنبية :

1-GAUDEME Y Reflexions sur linjonction dans le contentieux administratife mélanges offerts a George burdeau le pouvoir L.G.D.J. paris , 1977 , p 804

2-MONTEILLET: la reforme des pouvoirs du juge administrative face alurgence GAZ . pal . 2000 . no 252 . et . 253 .

3-CHABANOL (D) un printemps procedural pour la jurisdiction administrative , A . J .1995 ,P . 388 .

4-G . VEDEL etp . dlvolve: Droit administrative , T . 2 , paris , U.F , p , 397 .

5-HAURIOU , note , sous , C .E 30 nov 1907 . p. 17 .

٦- مارسو لونغ ، القرارات الادارية الكبرى في القضاء الاداري ، ط١ ،المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٩ .

ثامناً / المراجع الالكترونية:

1-http: // haiahem ahlamontada net /t 497 .

2- w.w.w. joradp .dz / TRV /APCiviL .

المحتويات

	الموضوع	الصفحة
	مقدمة	١-٣
الفصل الأول	**مفهوم توجيه الاوامر للإدارة وتمييزها من سلطة القاضي الاداري في الرقابة على ملاءمة القرار الاداري**	**٤-٤٣**
المبحث الأول	ماهية الامر القضائي الاداري الموجه للإدارة	٦
المطلب الأول	تعريف الامر القضائي	٦
الفرع الأول	التعريف الفقهي للأمر القضائي الاداري	٧
الفرع الثاني	تعريف القضاء للأمر القضائي الاداري	٩
الفرع الثالث	خصائص الامر القضائي الاداري	١٠
المطلب الثاني	صور الامر القضائي الاداري	١٢
الفرع الأول	الاوامر الصريحة	١٢
الفرع الثاني	الاوامر الضمنية الموجهة للإدارة	١٥
المبحث الثاني	سلطة القاضي الاداري في الرقابة على ملاءمة القرار الاداري	٢٣
المطلب الأول	تعريف الملاءمة	٢٤
المطلب الثاني	الاساس القانوني للملاءمة وموقف الفقه	٢٨
المطلب الثالث	مجالات تطبيق رقابة الملاءمة	٣٢
الفرع الأول	تطبيقات رقابة الملاءمة في فرنسا	٣٢
الفرع الثاني	مجالات تطبيق رقابة الملاءمة في مصر	٣٦
الفرع الثالث	مجالات تطبيق رقابة الملاءمة في العراق	٣٨
الفصل الثاني	**تطور مبدأ توجيه الاوامر من القاضي الاداري للإدارة**	**٤٤-٩٦**
المبحث الأول	الاتجاه التقليدي للقضاء الاداري في عدم توجيه أوامر للإدارة وعدم الحلول محلها	٤٦
المطلب الأول	مضمون مبدأ حظر توجيه الاوامر للإدارة وحظر الحلول محلها	٤٧
الفرع الأول	مضمون مبدأ حظر توجيه الاوامر للإدارة	٤٧

	الموضوع	الصفحة
الفرع الثاني	مضمون مبدأ حظر حلول القاضي الاداري محل الادارة	٤٩
المطلب الثاني	الاساس القانوني لمبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة او الحلول محلها	٥٢
الفرع الأول	النصوص التشريعية	٥٣
الفرع الثاني	مبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والادارة العاملة	٥٤
الفرع الثالث	طبيعة سلطات قاضي الالغاء	٥٦
المطلب الثالث	موقف الفقه من مبدأ حظر توجيه الاوامر من القاضي الاداري للإدارة وحظر الحلول محلها	٥٧
الفرع الأول	الرأي المؤيد لمبدأ حظر توجيه الاوامر للإدارة وحظر الحلول محلها	٥٨
الفرع الثاني	الاتجاه المعارض لمبدأ حظر توجيه الاوامر للإدارة وحظر الحلول محلها	٥٩
المبحث الثاني	الاستثناءات التي ترد على مبدأ حظر توجيه الاوامر للإدارة وحظر الحلول محلها	٦٢
المطلب الأول	الاستثناءات التي ترد على حظر توجيه الاوامر للإدارة	٦٢
الفرع الأول	وقف تنفيذ القرار الاداري	٦٣
الفرع الثاني	حالة اوامر الاجراءات القضائية	٦٨
المطلب الثاني	الاستثناءات التي ترد على حظر حلول القاضي الاداري محل الادارة	٧١
الفرع الأول	حالة الالغاء الجزئي للقرار الاداري	٧٣
الفرع الثاني	حالة تحول القرار الاداري	٧٧
المبحث الثالث	الاتجاه الحديث في توجيه الاوامر للإدارة او الحلول محلها في القضاء الاداري وتطبيقاته	٨٢
المطلب الأول	ماهية التشريعات الحديثة في اصدار اوامر للإدارة اوالحلول محلها	٨٣
الفرع الأول	سلطة القاضي الاداري في توجيه اوامر للإدارة وفرض غرامة تهديدية وفقاً للقانون رقم ٥٣٩ لسنة ١٩٨٠	٨٤
الفرع الثاني	سلطة القاضي الاداري في توجيه اوامر للإدارة وفرض غرامة تهديدية وفقاً للقانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٩٥	٨٦
الفرع الثالث	سلطة القاضي الاداري في توجيه اوامر للإدارة بموجب القانون رقم ٥٩٧ لسنة ٢٠٠٠	٨٧
الفرع الرابع	قانون الاجراءات الجزائري رقم ٨/٩ لسنة ٢٠٠٨	٨٨

	الموضوع	الصفحة
المطلب الثاني	شروط طلب توجيه الاوامر للإدارة وفرض غرامة تهديدية عليها	٨٩
المطلب الثالث	التطبيقات القضائية الحديثة لسلطة توجيه الاوامر في القضاء الاداري الفرنسي	٩٣
الفصل الثالث	**دور الاوامر القضائية الصادرة من القاضي الاداري في تنفيذ احكامه**	**٩٧ - ١٤٢**
المبحث الأول	دور الاوامر القضائية في تنفيذ الاحكام الصادرة من القضاء الاداري	٩٨
المطلب الأول	دور الاوامر التنفيذية الصادرة من القاضي الاداري في تنفيذ الاحكام	٩٨
الفرع الأول	الاوامر المقترنة بمنطوق الحكم ودورها في تنفيذه	٩٩
الفرع الثاني	الاوامر اللاحقة لصدور الحكم القضائي	١٠٤
المطلب الثاني	الغرامة التهديدية ودورها في تنفيذ الاحكام القضائية	١٠٦
الفرع الأول	مفهوم الغرامة التهديدية وتطور الاعتراف بها	١٠٧
الفرع الثاني	دور الغرامة التهديدية في تنفيذ الاحكام القضائية الادارية	١١١
المطلب الثالث	شروط توجيه أوامر للإدارة وفرض غرامة تهديدية عليها من اجل تنفيذ الاحكام القضائية	١١٥
المبحث الثاني	جزاء امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام القضائية	١١٩
المطلب الأول	الطعن بإلغاء قرار الادارة بالامتناع عن التنفيذ	١٢٠
المطلب الثاني	المسؤولية المدنية المترتبة على امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام القضائية	١٢٥
المطلب الثالث	المسؤولية الجزائية المترتبة على عدم تنفيذ الحكم القضائي	١٣٦
	الخاتمة	١٤٣
	المراجع	١٤٦

موضوع البحث :

إذا كانت السلطة التنفيذية تتولى مهمة الوظيفة الادارية التي من خلالها تعمل على المحافظة على النظام العام وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد من خلال سلطتها في اصدار القرارات الادارية التي قد تمس حقوق وحريات الافراد ، فلا بد من وجود جهة محايدة ومستقلة لضمان عدم التجاوز على هذه الحقوق والحريات ، وهذه الجهة هي القضاء الاداري الذي يتحدد اختصاصه بنظر المنازعات التي تكون الادارة طرفاً فيها بوصفها سلطة عامة ، والقاعدة العامة بهذا الشأن هو عدم تدخل القاضي الاداري في اعمال الادارة او توجيه الاوامر لها ٠

ولطالما ساد الاعتقاد ان مهمة القاضي الاداري تنتهي بمجرد التصريح بالحكم الفاصل في النزاع المعروض عليه سواء بإلغاء قرار اداري غير مشروع او بإقرار تعويض لطرف مضرور عن فعل ضار تسبب في احداثه احد الجهات الادارية ، كما ساد الاعتقاد ان تنفيذ الاحكام القضائية موكول للإدارة دون سواها ٠

غير ان انتشار مفهوم دولة القانون وتكريس مبدأ استقلال القضاء نتج عنه إعادة النظر في هذه القناعة السائدة ، بل وادى ذلك الى اقرار مسؤولية الادارة والزامها بتنفيذ احكام القضاء باعتبارها شخصاً من اشخاص القانون ومن واجبها الامتثال اليه في كل تصرفاتها ٠

واذا كانت قوة الدولة تكمن في قوة قضائها فان قوة القضاء كمؤسسة دستورية تكمن في تنفيذ احكامه وقراراته ، فلا فائدة من الاعتراف للأفراد بموجب نص دستوري من اللجوء للقضاء ورفع دعاوى ضد الادارات المختلفة ثم عندما يحسم القاضي الاداري النزاع وينصف رافع الدعوى بإلغاء القرار الاداري المطعون فيه تبادر جهة الادارة لعدم تنفيذ هذا الحكم ٠

ولاشك ان الارتباط بين مبدأ المشروعية وتنفيذ احكام القضاء وثيق وان العلاقة قائمة بينها ، فمبدأ المشروعية يَلقى احتراماً وتطبيقاً كلما بادرت جهة الادارة الى تنفيذ احكام القضاء والتزمت بمضمون هذه الاحكام ونفذتها بمختلف جزئياتها ، فالإدارة شخص من اشخاص القانون وليس لها ان تتطاول عليه او تحاول التقليل من شأن الاحكام القضائية ٠

ان من اهم المشاكل التي اثيرت دائماً على منابر فقه القانون العام تلك المتعلقة بإشكالية تنفيذ احكام القضاء الاداري ، فاحترام احكام القضاء في اي دولة من الدول يعبر عن مدى تقدم هذه الدولة ، فالقاضي في المجال الاداري يقف حكماً في نزاع طرفيه غير متساويين ، احدهما الادارة بما تملكه من سلطات وامتيازات التنفيذ المباشر ، حيث تستطيع ان تنفذ ما يصدر لصالحها من احكام وفقاً لما تقرره قاعدة النفاذ المباشر للقرارات الادارية ، والاخر الفرد العادي الذي لا يجد أمامه لاقتضاء حقه سوى اللجوء الى القضاء ٠

وإزاء ذلك الوضع ووفقاً للمبادئ الدستورية والقانونية وقواعد العدالة يتعين ان يزود القاضي وهو يفصل في نزاع معروض عليه بكافة الوسائل التي تكفل تنفيذ ما يصدره من احكام

لضمان تنفيذ احكام القضاء الاداري وهي الاوامر القضائية التي يوجهها القاضي الاداري الى الادارة لجبرها على التنفيذ ٠

أهمية الموضوع :

تتمثل اهمية موضوع البحث في الجوانب التالية :

١ - يشكل موضوع البحث اهمية كبيرة كونه يتعلق بمبدأ مهم من المبادئ القانونية التي عرفها القضاء الاداري والتي أثارت جدلاً فقهياً الا وهو مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الاداري للإدارة وحظر الحلول محلها ، كذلك لتعلقه بعلاقة الادارة بالسلطة القضائية وحدود وصلاحيات القاضي الاداري في مواجهة الادارة ، سيما وان حدود هذه العلاقة اعتبرت سبباً اساسياً في تأصيل الحظر المفروض على القاضي الاداري ٠

٢- الاستفادة من التطورات الحديثة التي طرأت على سلطة القاضي الاداري والتعرف على اهم ما وصلت اليه التشريعات المقارنة وعلى وجه الخصوص التشريع الفرنسي فيما يتعلق باستخدام اسلوب التهديد المالي في مواجهة الادارة في حال امتناعها عن تنفيذ احكامه ، والذي يساعد على تطور وفهم افضل للتشريع والقانون الداخلي من خلال الوقوف على نقاط الضعف والعمل على إصلاحه وتدارك النقص وصولاً الى صياغة قانونية صحيحة تضمن احترام وتطبيق مبدأ المشروعية ، الذي يلزم الادارة بالخضوع لأحكام القضاء التي هي تطبيق وتأكيد لحكم القانون ٠

٣- تكمن اهمية البحث في ايجاد حل لظاهرة تزايد حالات امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام الصادرة ضدها ، وتجاوزها على مبدأ المشروعية وعدم احترامها لحجية القرارات التي يصدرها القاضي الاداري ضدها بشكل واضح ، مما ادى الى التأثير على هيبة القضاء والتشكيك في قدرته على حماية حقوق الافراد وحرياتهم ، ومصداقية ما يصدر عنه من احكام ، الامر الذي يستلزم البحث عن وسائل لإجبار الادارة على احترام وتنفيذ احكامه ٠

٤- كما تبرز اهمية البحث في الوصول الى نتيجة صحيحة لبيان مدى سلطة القاضي الاداري في توجيه اوامر للإدارة او حلوله محلها وفقاً لما استقرت عليه احكام القضاء الاداري وما نصت عليه بعض التشريعات بما يضمن الموازنة بين حماية الحقوق والحريات وبين مبدأ الفصل بين السلطات ٠

مشكلة البحث :

تتمثل اشكالية البحث في التساؤل الاتي :

ما مدى امكانية توفيق القاضي الاداري بين متطلبات مبدأ الفصل بين السلطات الذي يحظر عليه التدخل في عمل الادارة او الحلول محلها في عمل من صميم اختصاصها من جهة ، وبين مقتضيات مبدأ المشروعية الذي يقتضي توجيه أوامر للإدارة لإخضاعها لحكم القانون والزامها بتنفيذ احكام القضاء واحترام حجية الشيء المقضي به من جهة اخرى ؟٠

منهج البحث :

للوصول الى إجابة واضحة لإشكالية البحث المطروحة اتبعنا **المنهج التحليلي المقارن** ، من خلال عرض النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث ، والعمل على تحليلها في ضوء القرارات القضائية وما يتوفر من مادة علمية والتي تتصل بموضوع سلطات القضاء الاداري وخصوصاً ما يتعلق بسلطته في توجيه الادارة ٠

كما يعتمد البحث على **المنهج المقارن** ، حيث استدعت طبيعة الدراسة ان يتم مقارنة النصوص التشريعية والاحكام القضائية العراقية بما نص عليه التشريع والقضاء المقارن ، للتوصل الى مدى صلاحية هذه النصوص في معالجة موضوع توجيه الادارة من قبل القاضي الاداري ومدى فعاليتها ٠

خطة البحث :

من اجل الاحاطة بجزئيات هذا البحث ومعالجة الاشكالية التي دعت للخوض به ارتأينا تقسيم البحث الى ثلاثة فصول وكما يأتي :

الفصل الاول / مفهوم توجيه الأوامر للإدارة وتمييزها من سلطة القاضي الاداري في الرقابة على ملاءمة القرار الاداري ٠

الفصل الثاني / تطور مبدأ توجيه الأوامر من القاضي الاداري للإدارة ٠

الفصل الثالث / دور الأوامر القضائية الصادرة من القاضي الاداري في تنفيذ احكامه ٠

الملخص

لطالما كانت العلاقة بين الادارة والقضاء الاداري محكومة وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يقتضي ان لا تتدخل اي من السلطات في عمل السلطات الاخرى اعتماداً على التفسير السائد لذلك المبدأ ٠

لذلك فأن هذه الدراسة تهدف الى مدى امكانية التوفيق بين متطلبات مبدأ الفصل بين السلطات الذي يحظر على القاضي الاداري التدخل في عمل الادارة او الحلول محلها وبين مقتضيات مبدأ المشروعية الذي يقتضي توجيه الاوامر للإدارة لإخضاعها لحكم القانون واحترام حجية الشيء المقضي به ، كما انها تهدف الى القاء الضوء على التطورات الحديثة التي طرأت على تلك العلاقة وخصوصاً فيما يتعلق بسلطة القضاء الاداري بتوجيه الاوامر الى الجهات الادارية واستخدام التهديد المالي في مواجهتها والتي تعتبر احدى الوسائل التي تهدف الى معالجة حالة امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام الصادرة من القضاء الاداري ٠

فقد سلطت هذه الدراسة الضوء على مفهوم مبدأ حظر توجيه الاوامر الى الادارة او الحلول محلها من قبل القاضي الاداري وفقاً لشروحات الفقهاء وما اشارت اليه احكام القضاء الاداري ، كما سلطت الضوء على الاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ والاساس القانوني الذي يستند اليه ٠

كما اشارت هذه الدراسة الى الدور المهم للأوامر التي يوجهها القاضي الاداري واسلوب التهديد المالي ضدها من اجل تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة منه ، والاستفادة من التشريعات الحديثة وخصوصاً الفرنسية في منح القاضي الاداري سلطة توجيه الاوامر للجهات الادارية واستخدام التهديد المالي ضدها ، والذي ادى بدوره الى زيادة الثقة في دور المحاكم الادارية في حماية حقوق وحريات الافراد ، فقد سمحت بعض الدول للقاضي الاداري بتوجيه الادارة من خلال التشريعات التي تبنتها ، في حين بقيت البعض على موقفها الرافض بمنح القاضي الاداري سلطة توجيه الادارة ٠

لذلك فهي محاولة متواضعة للمساهمة في الاشارة الى ما وصلت اليه التشريعات المقارنة من اجل الاستفادة منها في تطور التشريع العراقي وخصوصاً ما يتعلق بمدى امكانية تدخل القاضي الاداري من اجل اجبار الادارة على تنفيذ الاحكام الصادرة منه ٠

وقد خلصت الدراسة الى انه على الرغم من عدم وجود نص صريح يتيح للقاضي الاداري في العراق توجيه اوامر للإدارة او استخدام التهديد المالي ضدها ، الا ان القضاء الاداري في العراق ومنذ نشأته يوجه اوامر للإدارة بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل معين مساهمةً منه بإلزامها بتنفيذ احكامه ٠

جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة النهرين
كلية الحقوق

مدى سلطة القاضي الاداري في توجيه الادارة العامة

رسالة تقدم بها

عماد محمد شاطي هندي

الى مجلس كلية الحقوق في جامعة النهرين ، وهي جزء من متطلبات

نيل شهادة الماجستير في القانون العام

إشراف

الأستاذ المساعد الدكتور

عمار طارق عبد العزيز

١٤٣٥ هـ
٢٠١٤م

الخاتمة

جدير بنا بعد ان وصلنا الى نهاية المطاف في هذه الدراسة التي سلطنا فيها الضوء على مدى سلطة القاضي الاداري في توجيه الادارة ان نشير الى بعض النتائج التي خلصنا اليها ،مع بعض التوصيات التي وجدناها ضرورية ٠

النتائج :

١- لم تعد سلطة القاضي الاداري في الرقابة على اعمال الادارة تقتصر على رقابة مشروعية القرارات الصادرة منها ومدى موافقتها مع حكم القانون ، بل اتسعت لتشمل الرقابة على ملاءمة القرارات الادارية ومدى موافقتها مع ظروف اصدارها من خلال النظريات التي جاء بها القضاء الاداري مثل نظرية الخطأ البين في التقدير، ونظرية الغلو في التقدير ، ونظرية الموازنة بين المنافع والاضرار ٠

٢- ان مبدأ الحظر المفروض على القاضي الاداري في عدم توجيه أوامر للإدارة يعود لأسباب تاريخية خاصة بالقضاء الفرنسي تتعلق اساساً بالتفسير الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات الذي نادى به رجال الثورة الفرنسية من خلال الفصل المطلق بين الادارة والقضاء ، وقد تأثر القضاء الاداري في باقي الدول بهذا التفسير على الرغم من انها لم تمر بالظروف نفسها التي مرت بها فرنسا والتي ادت الى ايجاد هذا المبدأ ٠

٣- لم يستند الحظر الذي فرضه القاضي الاداري على نفسه الى نصوص قانونية ، مما جعل المشرع والقضاء الاداريين في الكثير من الدول ومنها فرنسا وبعض دول المغرب العربي الى الخروج عليه من خلال النص صراحةً على اعطاء الحق للقاضي الاداري توجيه أوامر للإدارة ، على عكس القضاء المصري الذي اسنده الى مبدأ الفصل بين السلطات واعطاه قيمة دستورية مما شكل عائقاً كبيراً في الخروج عليه وتطوير سلطاته ٠

٤- على الرغم من الحظر المفروض على القاضي الاداري الا انه لم يحل دون وجود بعض الاستثناءات التي من خلالها تمكن من توجيه الاوامر للإدارة ، إذ لم يطبق القضاء الاداري مبدأ الحظر بشكل مطلق وانما مارس في بعض المناسبات صلاحية توجيه الاوامر للإدارة وخاصةً اثناء نظر الدعوى من خلال الزام الادارة بتقديم ما بحوزتها من مستندات لازمة للإثبات ، كذلك الامر بإجراء تحقيق اداري ، كما ذهب

القاضي الى ابعد من ذلك حينما حل محل الادارة بشكل استثنائي عندما يأمر بوقف تنفيذ الحكم القضائي استثناءاً من الاثر غير الموقف للحكم ، كذلك اخذه بفكرة تحول القرار الاداري ٠

٥- لقد تحولت سلطة القاضي الاداري من الحظر الى الاباحة بناءً على نص المشرع الذي منح القاضي الاداري سلطة توجيه الاوامر للإدارة وخصوصاً في فرنسا ، حيث كان لصدور قانون ١٩٩٥/٢/٨ الاثر البالغ في المفاهيم المستقرة في فقه القانون العام والخاصة بالعلاقة بين الادارة والقضاء وذلك بمنح القاضي الاداري سلطة ترجيه الاوامر للإدارة من اجل اجبارها على الامتثال لمبدأ المشروعية بما في ذلك تنفيذ احكام القضاء ٠

٦- ان امتناع الادارة عن تنفيذ احكام القضاء الاداري يعتبر قراراً ادارياً سلبياً يمكن الطعن به بالإلغاء امام القضاء الاداري ، كما يمكن اثارة مسؤوليتها المدنية ، فضلاً عن المسؤولية الجزائية والتأديبية التي تترتب على الموظف الممتنع ، كونها تشكل جريمة يعاقب عليها القانون ٠

٧- لقد سمح القضاء الاداري في العراق ومنذ نشأته لنفسه بتوجيه أوامر للادارة ، وفي ذلك قد خطى خطوة مهمة نحو الامام باتجاه تحقيق مبدأ المشروعية وسيادة حكم القانون ، كما منحه المشرع سلطة تعديل القرار الاداري مما جعله يحل محل الادارة في بعض قراراتها ٠

٨- على الرغم من ان المشرع في العراق اعتبر رفض او امتناع الموظف او الهيئات العامة قراراً ادارياً قابلاً للطعن به بدعوى الالغاء في المادة (٧/ سادساً) من قانون مجلس شورى الدولة النافد ، الا ان القضاء الاداري حرم نفسه بدون مسوغ قانوني من سلطة النظر بالقرار السلبي الناتج عن امتناع الادارة عن تنفيذ الحكم الصادر عنه بالإلغاء وهذا ما لاحظناه في احكام وقرارات محكمة القضاء الاداري والهيئة العامة لمجلس شورى الدولة ٠

التوصيات :

١- ندعو المشرع العراقي الى الاعتراف للقاضي الاداري بسلطة الامر القضائي تعزيزاً لممارسة القضاء الاداري الذي دأب على توجيه الاوامر للإدارة ، كما ندعو المشرع ايضاً الى منح القاضي الاداري سلطة الحكم بالغرامة التهديدية من اجل اجبار الادارة على تنفيذ الحكم الصادر عنه ٠

٢- ندعو القضاء الاداري في العراق الى العدول عن موقفه الرافض من النظر في الطعن بإلغاء القرار السلبي المتمثل بامتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام الصادرة عنه تطبيقاً لنص المادة (٧/ سادساً) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل ٠

٣- تعديل قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل من خلال النص صراحةً في المادة (٧) منه على امكانية رفع دعوى التعويض من قبل صاحب المصلحة عن قرار الادارة السلبي المتمثل بالامتناع عن تنفيذ احكام القضاء الاداري سواء كان بشكل مستقل عن دعوى الالغاء او بصورة تبعية لها ٠

٤- ندعو المشرع العراقي الى ان يتنبه الى اختصاصات محكمة القضاء الاداري بان يجعلها تشمل وجهي أعمال الادارة القانونية (القرارات والعقود الادارية) ، من خلال تعديل قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، بالنص صراحةً في المادة (٧) منه على اختصاصها بالنظر بالطعون الخاصة بالعقود الادارية ، وهذا سيكون مدخلاً لتأسيس نظرية كاملة في مجال المنازعات الادارية وتماشياً لما سار عليه كل من القانون المصري والفرنسي ٠

٥- بالنظر لاختلاف طبيعة الدعوى الادارية عن الدعاوى المدنية والجزائية ، ندعو المشرع العراقي الى تشريع قانون اجراءات خاص بالدعوى الادارية يسمى قانون الاجراءات الادارية اسوةً بقانون المرافعات المدنية وقانون اصول المحاكمات الجزائية ، كون ان القانونين الاخيرين لا يرتقيان بولاية القاضي الاداري الى مستوى الطموح ، فالقاضي مقيد بنصوص قانونية وضعت لتحكم اجراءات دعاوى جنائية أو مدنية وهي لا تتفق في كل جزئياتها مع القضاء الاداري والقانون العام ٠

٦- بعد ان اتسعت ظاهرة امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام الصادرة ضدها ، ندعو المشرع العراقي الى النص في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ على اقسى العقوبات الانضباطية على الموظف الممتنع عن تنفيذ حكم القضاء ٠

٧- تشديد العقوبة المنصوص عليها في المادة (٣٢٩) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل بجعلها الحبس الشديد مع الغرامة لتتناسب مع امتناع الموظف عن تنفيذ الحكم الصادر كونه يمثل مساساً لهيبة القضاء ٠