Route Educational & Social Science Journal

Volume 6(5) ; May 2019

Artical History

Received/ Geliş	Accepted/ Kabul	Available Online/yayınlanma
19. 3 .2019	12.5.2019	15.5.2019

التأثير المتبادل بين القضائين في مجال حماية الحقوق والحريات العامة

The exchanged influence between the two judgeships related to the field of rights and general freedoms protection

د.محمد صباح علي

دكتور في القانون العام

Prepared by: Mohamad Subah Ali

Professor of General Law

الملخص

اختص البحث بدراسة تأثير القضاءين الدستوري والإداري في مجال حماية حقوق الأفراد وحرياتهم، واشتملت الدراسة على مبحثين في بيان العلاقة بين القاضي الدستوري ممثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا، والقاضي الإداري معززا بسلطاته في مواجهة الإدارة والوقوف أمام سلطتها لحماية حقوق الموظف، وحريات الأفراد في الظروف الاستثنائية والقرارات التي يصدرها القضاءين لضمان تطبيق نصوص الدستور.

Summary

The search focuses on study of the influence of both the constitutional and the administrational judgeships in the field of protection member rights and their freedoms.

The study included to two introductions in which they indicate the relationship between the constitutional judge that represents the Supreme Federal Court and the administrational judge enhanced to his powers to face the administration and its control to protect the rights of official and the member freedoms in the exceptional situations and the decisions that the judgeship issues to ensures the implementation of Constitution Provision.

المقدمة

إن مفهوم حقوق الإنسان من المفاهيم الشائعة الاستعمال في الأدبيات السياسية وفي الخطب السياسية، التي انتشرت في القرن الثامن عشر، للتعبير عن تصور فلسفي لما يجب أن يكون عليه الوضع القانوني والسياسي والاجتماعي للفرد في الدولة. وقد ورثت اللغة القانونية هذه الجملة، حتى أصبح يعبّر عنها بتسميات شتى مثل حقوق الإنسان (Droits de l'homme) والحقوق والحريات الأساسية (Droits et libertés) والحريات العامة (Libertés publiques) والحقوق والحريات الدستورية.

إن "الحريات العامة وحقوق الإنسان تعبيران مترابطان فالحقوق العامة الفردية أو الحقوق الأساسية أو الحريات الأساسية، أو الحريات العامة الفردية هي أكثر التعابير الشائعة في الاستعمال، وتجدر الإشارة إلى أن اجتهاد القضاء المدني وليس الإداري اختار غالباً تعبير الحريات الأساسية"(١). أي فتعريف الحريات يجب أن ينطلق من القانون الوضعي للدولة، آخذًا بالاعتبار المتغيرات الاجتماعية والتطورات الإنسانية، أو بمعنى آخر انطلاقًا من تعداد الحريات العامة التي عدّها القانون الوضعي حريات عامة. ونحن نعلم أن مفهوم الحريات العامة هو مفهوم متغير وفقًا لاعتبارات الزمان والمكان، يتطور بتطور المجتمعات من جميع وجوهها الاجتماعية، الإنسانية، الاقتصادية، السياسية، الفكرية والعلمية.

ففي فرنسا اتخذ المجلس الدستوري الفرنسي منذ عام ١٩٤٨ تصنيفًا خاصا للحقوق والحريات محددًا بتلك العناصر الأولى للنظرية العامة للحريات الأساسية من عدة قرارات صادرة عنه(٢).

([1]) Gilles Lebreton ،*Libertés publiques et droits de l'homme* ،Ed. Dalloz ،Paris ،7e éd. ،2005 ، p. 10.

([٢]) واليوم غدا الكلام عن الكتلة الدستورية Le bloc de constitutionnalité:

En droit français ،on appelle "bloc de constitutionnalité" l'ensemble des principes et dispositions que les lois doivent respecter et dont le Conseil constitutionnel est le garant. Il n'est pas limité à la seule Constitution.
En France ،le bloc de constitutionnalité comprend notamment:
les articles de la Constitution de 1958 ،
la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ،
le Préambule de la Constitution de 1946 ،
la Charte de l'environnement ،depuis 2005.
Il s'est constitué au fil de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ،qui a précisé "les principes politiques ،économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps" (droit à la santé ،égalité homme-femme ،droit d'asile ،liberté syndicale ،droit de grève ، droit à l'emploi ،...) ainsi que les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" (liberté d'association ،liberté d'enseignement et de conscience ،indépendance des professeurs d'universités ،respect des droits de la défense...).
Dictionnaire juridique La Toupie ،visite 10-1-2017.

ففي قراره الصادر في ١٠ آب ١٩٨٤ المتعلق بالمؤسسات الصحفية اعتمد لأول مرة مصطلح (تمييزاً) في داخل الحريات العامة، معتبرًا أن بعض الحريات هي أساسية أكثر من الحريات الأخرى، وعليه فهي تتمتع بحماية خاصة، لا تتمتع بها الحريات الأخرى، وترتكز هذه الحماية على ثلاثة مبادئ توضح موقف اجتهاد المجلس الدستوري في الفترة السابقة لعام ١٩٨٤.

وفي العراق تأثر بالمبادئ التي تضمنها إعلان حقوق الإنسان، ومن ضمنها دستور ١٩٢٥ فقد أفرد باباً تحت عنوان (حقوق الشعب) اشتمل على مواد تتحدث عن المساواة والحرية الشخصية والحرية الدينية وحرية التعبير عن الرأي وحق الملكية. و كذلك جاء في الدستور العراقي الدائم لعام ٢٠٠٥ الدستور العراقي في الباب الأول: "لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور"، لكن الدستور نفسه تناول في الباب الأول تحت مسمى المبادئ الأساسية أن " دين الدولة الإسلام". ولكن بالمقابل وفق الدستور بين الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي وحقوق غير المسلمين عبر ما أورده في الفقرة الثانية مضيفًا عبارة: كما ويضمن كامل الحقوق الدينية لجميع الأفراد وحرية العقيدة أو الممارسة الدينية كالمسيحيين الأيزيديين والصابئة والكرد الفيليين...

وشدد أن العراق بلد متعدد القوميات والأديان والمذاهب، وهو جزء من العالم الإسلامي، والحفاظ على تلك التعددية واجب، ثم أقرّ الدستور اللغة الكردية الرسمية، ومنحهم الحقّ العراقيين بتعليم أبنائهم اللغات الأم كالتركمانية والسريانية والأرمنية في المؤسسات التعليمة الحكومية.

أهمية البحث

تظهر أهمية البحث من خلال أهمية موضوع الحقوق والحريات العامة، واتصالها بحقوق الإنسان التي من اجلها أنشئ الدستور ليضمن الحفاظ على تلك الحقوق بعدم التعدي عليها أو المساس بها من خلال تشريع نص في صلب الوثيقة الدستورية، حرم من خلالها التجاوز على حقوق الأفراد وحرياتهم واعتبر كل مساس بتلك الحقوق، من خلال تفسير النصوص خلافاً لمعناها أو التعدي عليها جزاءه البطلان، من خلال حماية القضاء الدستوري المعزز بالمحكمة الاتحادية العليا، ويكمل ذلك وعلى اتصال مباشر ونسق ثابت القاضي الإداري، من خلال حماية الحقوق والحريات وتطبيق مبدأ المشروعية وإلزام الإدارة بعدم الانحراف بسلطتها.

مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث من خلال رسم دور القضاءين، والتأثير المتداخل بينهما في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم في حال ما إذا خالفت السلطة التشريعية نصوص الدستور، بتشريع قوانين تتعارض مع النص الدستوري، أو وضع قيود على حريات الأفراد، الأمر الذي يستلزم من المحكمة الاتحادية مواجهة ذلك من خلال حماية الدستور ونصوصه، والأمر مثله يسري على القاضي الإداري، فهو مطالب

بتطبيق مبدأ المشروعية وفقاً لنصوص الدستور والقانون، وأن سلطات الإدارة في تزايد مستمر، وخوفاً من تعدي هذه السلطات على حقوق الأفراد وحرياتهم، وخصوصاً إذا ما لجأت الإدارة إلى استعمال سلطات استثنائية تحت مسمى حماية المصلحة العامة والنظام العام، وهو ما يستلزم منا قراءة هذا الدور المتبادل للقضاءين في بيان مدى دورهما تجاه حماية الدستور والقانون وما يعترضه من تحديات.

أهداف البحث

يتوخى البحث بيان الأهداف الآتية:

١-بيان دور القضاءين في حماية الحقوق والحريات الأساسية.

٢-مدى التزام القاضي الدستوري في تطبيق نصوص الدستور الحامية لحقوق الإنسان وحرياته.

٣- بيان القرارات التي يصدرها القاضي الدستوري لحماية مبدأ دستورية القوانين.

٤-دور القاضي الإداري في مجال حماية مبدأ المشروعية، ومدى حماية حقوق الأفراد في ظل الظروف الاستثنائية.

منهجية البحث

اعتمد البحث المنهج المقارن في بيان تأثير القضاءين الدستور والإداري، في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم، وذلك من خلال بيان دور المجلس الدستوري في فرنسا في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم بالالتزام بنصوص الدستور وأهم ما توصل إليه في شان تعزيز تلك الحماية، مع بيان دور القاضي الدستوري في العراق ممثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا في الالتزام بنصوص الدستور، واستعراض لأحكام المحكمة في هذا الجانب، والتعرف على الدور القضائي لمجلس الدولة في العراق في التزام قضاء المجلس بتطبيق مبدأ المشروعية، مع بيان قرارات المجلس في ذلك.

تقسيم البحث

قسم البحث إلى مقدمة ومبحثين وخاتمة البحث، التي تضمنت أهم التوصيات التي انبثقت عن الدراسة وكالآتي:

المبحث الأول: دور القضائين في حماية الحقوق والحريات العامة.

المطلب الأول: نطاق رقابة القاضي الدستوري في مجال حماية الحقوق والحريات العامة.

المطلب الثاني: رقابة القاضي الإداري في مجال حماية الحقوق وتطبيق مبدأ المشروعية.

المبحث الثاني: وسائل حماية القضائين للحقوق والحريات العامة.

المطلب الأول: القرارات التي يصدرها القاضي الدستوري في مجال حماية حقوق الأفراد وحرياتهم.

المطلب الثاني: سلطة القاضي الإداري في حماية الحريات العامة إمام سلطات الضبط الإداري

المبحث الأول

دور القضائين في حماية الحقوق والحريات العامة

تتجلى صور حماية القضاء الدستوري للحقوق والحريات العامة من خلال الرقابة على دستورية القوانين، فتكتسب الرقابة على دستورية القوانين أهمية عظيمة في تشكيل ضمانة للحقوق والحريات العامة؛ لما لها من اختصاصات في الحكم بعدم دستورية أي تشريع قد يمس هذه الحقوق بالانتقاص أو التقييد.

وإذا كانت الحقوق والحريات العامة وضمانات الرقابة القضائية تكتسب السمو الشكلي والموضوعي نفسه الذي تتمتع به القواعد الدستورية، فإن مناط الرقابة على دستورية القوانين هو حماية هذه القواعد الدستورية، ومنها: الحقوق والحريات العامة وضماناتها ورعايتها من العبث، لتظل قواعد سامية واجبة النفاذ والاحترام، وتمتد حماية القاضي الدستوري من الحقوق والحريات إلى النصوص الدستورية والقواعد التي تمتاز بالقوة إلى مرتبة الدستور، وما يحققه أيضا القاضي الإداري من دور في الحفاظ على الحقوق والحريات وحمايتها من الانتهاك من قبل الإدارة صاحبة السلطة والنفوذ، ولما تقدم يستلزم منا بيان هذا الدور من خلال تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

نطاق رقابة القاضي الدستوري في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم

إيمانا بأهمية القواعد الدستورية التي سنت من أجل تنظيم حقوق الإنسان وحرياته، وفق قيود تحمي من خلالها حريات الآخرين، وتكفل عدم الإخلال بقواعد الدستور(٣)، يقودنا تساؤول إلى بيان موقف القاضي الدستوري من القواعد التي تحتل مرتبة النص الدستوري، وليست بنصوص دستورية مكتوبة؟ وللإجابة على سؤالنا، يبتغي ابتداء أن نميز بين العرف الدستوري، والدستور العرفي، فينص جانب من الفقه على أن الدساتير العرفية تعدّ وليدة تقاليد ومعاملات لم يسبقها أي نص مكتوب، أما العرف الدستوري فينشأ في داخل الدولة المنظمة بواسطة دستور مكتوب أو مقنن، فالعرف الدستوري هو غير الأعراف الدستورية، هو القاعدة القانونية غير المكتوبة تستقر في رأي الدولة القانوني، فيعدّها ضرورية بعد أن لوحظت ممارستها الدستورية(٤).وبالنسبة للرقابة على دستورية القوانين للدول التي يكون العرف الدستوري جزءا داخلاً في حقوقها وحريتها، سنبين آراء الفقه في هذا الصدد: ذهب فريق إلى

(١) فتحي عبد النبي الوحيدي: التطورات الدستورية في فلسطين ١٩١٧- ١٩٩٥، منشورات جامعة الأزهر، كلية الحقوق، الطبعة الثانية، ١٩٩٦، ص١١٢وما بعدها.

(٤) رقية المصدق، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الدار البيضاء: دار توبقال للنشر، الجزء الأول، ص٧٨- ٧٩.

اعتبار إرادة الهيئات الحاكمة هي الأساس الذي يكمن وراء القوة الملزمة للعرف، كما راح فريق آخر إلى اعتبار إرادة الأمة الضمنية هي أساس العرف الدستوري(٥). ويرى الفقيه الإنجليزي دايس (Dicey) أن القواعد الدستورية نوعان:

أحدهما: قواعد قانونية ذات صفة قانونية ملزمة وذلك عندما تطبقها المحاكم وتعمل بها، والآخر: عادات دستورية لا تعدو أن تكون قواعد آداب لها قوة سياسية ليس إلا، والمحاكم لا تقاضي عند مخالفتها(٦)، وانتقد الفقيه جينيك (Genninge) هذا التوجه، ورأى أن العادات الدستورية شأنها شأن القواعد الأساسية لأي دستور تستند إلى قبول الجماعة أو موافقة الرأي العام؛ لأن مجرد الصفة القانونية للدستور لا تعود إلى صفة واضحة، وإنما إلى قبول الجماعة(٧)، وهذا ما يجعل العرف الدستوري داخلا في نطاق الرقابة على دستورية القوانين.

ويمكن القول بهذا الصدد: إن امتداد نطاق الرقابة على دستورية القوانين بالنسبة للعرف الدستوري يشكل ضمانة للحقوق والحريات العامة؛لأن الممارسة الدستورية التي ترقى لمرتبة العرف الدستوري يجب أن تكون محل نظر من قبل الجهة التي تراقب على دستورية القوانين، حتى لا يتم التذرع من قبل البرلمان أو السلطة العامة بالعرف الدستوري لهدر الحقوق والحريات العامة ومن أية رقابة.

وهذا – أي الدستور العرفي– يكتسب القوة الإلزامية نفسها للدساتير المكتوبة، وبالنتيجة يمتد نطاق الرقابة على دستورية القوانين إلى مدى انسجام التشريعات العادية لها، وهذا ما يشكل ضمانة للحقوق والحريات العامة.

المطلب الثاني

رقابة القاضي الإداري في مجال حماية الحقوق وتطبيق مبدأ المشروعية

بعد أن بينا طبيعة الرقابة القضائية على دستورية القوانين ودوره في حماية الحقوق والحريات العامة، نعرّج على رقابة القضاء الإداري؛ لأنها تعدّ أهم صور الرقابة القضائية الحامية للحقوق والحريات العامة؛ لاتصالها المتين بالرقابة على تصرفات السلطة العامة ومدى مجاورتها لمبدأ المشروعية، بما قد ينتهك هذه الحقوق والحريات بصورة مؤثرة وعميقة، وتتسم رقابة القضاء الإداري بطبيعة خاصة تميزها من غيرها من أنواع الرقابة القضائية الأخرى، ذلك أن القضاء الإداري يختص بالرقابة على مشروعية تصرفات السلطة

(٥) عادل الحياري: القانون الدستوري والنظام الدستوري، منشاة المعارف، الإسكندرية، ص١٣٤.

(٦) حسان محمد شفيق العاني: الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، جامعة بغداد، ١٩٨٦، ص٢٠٠.

(٧) رقية مصدق، مرجع سابق، ص٩١.

العامة، ويقصد بمبدأ المشروعية خضوع الحكام والمحكومين للقانون، ولاسيما خضوع الإدارة العامة للقانون، فإذا خرجت هذه الإدارة عن حدود القانون في أعمالها، كان للقضاء الإداري حقُّ إيقاف هذه الإدارة عن مجاوزة حدود القانون وإعادتها إلى جادة الصواب(٨).

ولرقابة القضاء الإداري للتحقق عن مدى انطباق تصرفات الإدارة لمبدأ المشروعية دور رئيسي وهام في كفالة الحقوق والحريات العامة، وحمايتها من تعسف الإدارة العامة على الرغم من وجود بعض النظريات الداعية إلى تحصين بعض التصرفات من خضوعها للرقابة القضائية، فيري بعضهم أن إخضاع كافة سلطات الإدارة للرقابة القضائية قد يؤدي إلى حرمانها من السلطة التقديرية في بعض الأحوال، فينتج عن شل حركتها، وإعاقة تأديتها لوظائفها تأدية فاعلة ومؤثرة(٩).

ويعود الفضل في تطور طبيعة القضاء الإداري وعدم جمودها في مواجهة الإدارة إلى براعة القضاء الإداري الفرنسي الذي تدرج في فرض رقابته على أعمال الإدارة حتى باتت فكرة الرقابة على نشاط هذه الإدارة مستساغة ومستقرة؛لأن القاضي الإداري الفرنسي عمد إلى التدرج في بسط رقابته على أعمال الإدارة ونشاطها حتى لا يثير حفيظتها، وذلك تماشياً مع الظروف التي عاشتها فرنسا بعد سقوط نابليون وعودة الملكية ، فجعل مجلس الدولة الفرنسي حينها يقرر إخراج بعض الأعمال الحكومية من دائرة رقابة القضاء(١٠). أي: أن مجلس الدولة الفرنسي أول من ابتدع نظرية أعمال السيادة (١١).

ومثلها نظرية الظروف الاستثنائية وهي نظرية أطلق القضاء الإداري من خلال ما وصفه بالمشروعية على بعض القرارات الإدارية ، وهي غير مشروعة في الظروف العادية، باعتبار هذه القرارات ضرورية للمحافظة على الصالح العام وانتظام المرافق العامة، لذلك قيل وبحق: إن الاستثنائية تحل محل المشروعية

(٨) عمار بوضياف، محاضرات في القانون الإداري، مدخل لدراسة القانون الإداري (الدنمارك الأكاديمية العربية المفتوحة، ٢٠١٠، ص٥٧) ارتبط نشوء القضاء الإداري بنشأة القانون الإداري متأثراً بالظروف التاريخية التي مرت بها فرنسا، ذلك أن القانون الإداري يحكم السلطة التنفيذية في تنظيمها، وعملها وعلاقاتها ومنازعاتها حيث كانت سلطة الإدارة في الوضع السابق للثورة الفرنسية لا تخضع أعمالها للرقابة القضائية ولا يسأل أعوانها عما سببوه من ضرر للغير، ومع التطور الذي طرأ علي المجتمع الفرنسي لاسيما بعد الثورة أصبحت الإدارة تسأل عن أعمالها التي تسبب ضرر للغير وتخضع في نشاط الرقابة القضائية، وهو ما ثبت عمليا فيما عرف بقضية (بلانكو).

(٩) فادي نعيم علاوته، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، رسالة ماجستير جامعة النجاح، ٢٠١١، ص٥٠– ٥١.

(١٠) مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، من دون دار نشر ولا سنة طبع، ص٥.

(١١) علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، دار الثقافة، الجزء الأول، ٢٠١١، ص٨٤.

العادية في بعض الظروف الاستثنائية بحيث تتسع سلطات الإدارة لأمور غير منصوص عليها في القانون(١٢).

وعلى العموم فإن رقابة القضاء الإداري على نشاط الإدارة في الظروف الاستثنائية يمارس على أسباب قرارها الإداري، وهو ما ترجوه الإدارة في اتخاذه ولا يتجاوز في رقابته إلى العيوب الأخرى، مثل الاختصاص والشكل والمحل وهو ما استقر عليه القضاء الإداري في العديد من الدول منها العراق(١٣).

ولاشك أن القضاء الإداري يمارس دوراً مهماً في تحديد معالم نظرية الظروف الاستثنائية ويضع شروط للاستفادة منها ويراقب الإدارة في استعمال صلاحياتهم الاستثنائية حماية لحقوق الأفراد وحرياتهم. وفي اجتهاد نوعي غلب مجلس شورى الدولة العراقي الحق في الحياة على فرض عقوبة الإعدام، وهذا ما نبّه عليه القرار ذو الرقم١٧/٢٠٠٨ الصادر بتاريخ ٢٠٠٨/٢/٤، بمناسبة استيضاح وزارة حقوق الإنسان العراقية بكتابها ذي الرقم (ق/ ١٩١٠٩) في ٢٠٠٦/٧/٩ الرأي من مجلس شورى الدولة استناداً إلى حكم البند (خامساً) من المادة ٦ من قانون المجلس ذي الرقم ٦٥ لعام ١٩٧٩ بخصوص قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم٩٥ لعام ١٩٩٤ الذي يعاقب بالإعدام كل من هرب سيارة أو شاحنة أو أحدى المكائن أو الآلات المستعملة لأغراض الحفر أو السداد، أو أي غرض مشابه إلى خارج العراق، أو إلى جهة معادية في شأن إبقاء العمل بأحكام هذا القرار أو إلغائه أو تعديله في ضوء المرحلة الحالية وأحكام الدستور.

وقد أوضحت وزارة المالية/ مكتب المفتش العام بكتابها ذو الرقم(ح/ ١٥٥) في ٢٠٠٦/١١/٢٢ أنها تؤيد الإبقاء على القرار أعلاه واستمرار العمل بموجبه بهدف ردع المهربين للآليات المذكورة، كما بينت وزارة المالية بكتابها ذي الرقم٣٤٣٩٤ في ٢٠٠٧/١٠/٩ أنها لا ترى ما يمنع من إلغاء القرار المذكور وتفعيل القوانين الأخرى، وهي كافية لمعالجة حالة التهريب.

(١٢) علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص٩٩.

(١٣) عبد القادر باينه: القضاء الإداري الأسس العامة والتطور التاريخي، دار توبقال للنشر، المغرب، ١٩٨٥، ص٢٨.

وقد قضى مجلس شورى الدولة بإلغاء القرار القاضي بالإعدام؛ معللاً ذلك أن عقوبة الإعدام هي عقوبة جسيمة، وأن قانون الكمارك ذا الرقم ٢٣ لعام ١٩٨٤ هو قانون خاص في جرائم ضمن الأفعال المعاقب عليها في القرار آنفا ضمن نطاق هذا القانون، ولا يرقي العقاب عليها إلى الإعدام(١٤).

ويتبين من القرار أن ما ذهب إليه مجلس شورى الدولة العراقي في قراره كان مصيبا لضمان حق الأفراد بالحياة، ولا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفاً في قرار فريد من نوعه، وفي ضوء الاختصاص المنوط بمجلس شورى الدولة (سابقاً) مجلس الدولة العراقي حاليا عند صدور القرار.

ولبيان دور القضائين في مجال حماية حقوق الأفراد وحرياته بصورة أكثر دقه وتفصيل يستلزم ذلك التعرف على الوسائل التي يمنع بها إي اعتداء أو خرق لحقوق الأفراد وحرياتهم ، وهو ما سنبينه في المبحث القادم.

المبحث الثاني

وسائل حماية القضائين للحقوق والحريات العامة

يتطلب منا في هذا المبحث التعرف على الوسائل التي من خلالها يمكن للقضاءين حماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، والتي تتمثل من خلال ما يصدره القضاءين من الإحكام والقرارات التي يمنع بها إي اعتداء على نصوص الدستور والحكم بمخالفته وبطلانه، متمثلاً ذلك بالمحكمة الاتحادية العليا، وأيضا بيان وسائل مواجهة الاعتداء على حقوق الأفراد في مجال قضاء مجلس الدولة العراقي من خلال استعراض أنواع القرارات التي يصدرها، وسنبين ذلك من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

أنواع القرارات التي يصدرها القاضي الدستوري في مجال حماية الحقوق والحريات العامة

إن القاضي الدستوري يمكنه، في مجال الرقابة على دستورية القوانين وسائر النصوص التي لها قوة القانون أن يصدر ما يأتي:

- قرارا يعلن فيه مخالفة القانون كليًا أو جزئيًا للدستور.
- قرارا يعلن فيه مطابقة القانون للدستور.

(١٤) ينظر إلى قرارات مجلس شورى الدولة وموقع وزارة العدل العراقية على الموقع الالكتروني (تاريخ ووقت الدخول ٢٠١٨/٦/٢٧) http://www.maj.gov.iq/view.1232

ففي الحالة الأولى نجد أن المدى الذي تبلغه مخالفة القانون لأحكام الدستور يمكن أن يطال النص المطعون فيه بمجمله، كما يمكن أن يعتدى على بعض أحكامه فقط، وعلى هذا فإن قرارات المجلس الدستوري يمكنها أن تُعلن مخالفة القانون كليًا أو جزئيًا لهذا القانون الأعلى(١٥).

بمعنى أن إعلان مخالفة القانون كليا للدستور، يمكن للمجلس الدستوري أن يقرر أن النص موضوع المراجعة مخالف كليًا أو جزئيًا للدستور، فيعلنه قانونًا غير مطابق للدستور. وتحصل هذه الحالة عندما يتحقق المجلس الدستوري من أحكام القانون بكاملها، مخالفة للدستور، أو بعضها غير القابل للتجزئة أو للفصل عن مجمل القانون(١٦).

وفي حالة قضائه بعدم دستورية بعض نصوص القانون، مع عدم إمكانية فصلها عن مجمل القانون، أن يوضح التلازم وعدم إمكانية الفصل بشفافية(١٧).هذا وقد أتيح للمجلس الدستوري الفرنسي إعلان مخالفة القانون كليًا للدستور في البعض من قراراته. من ذلك مثلاً قانون الموازنة لعام ١٩٨٠ وقانون "Fillou" (١٨).

أما الحالة الثانية، أي إعلان مخالفة القانون جزئيًا للدستور، في هذه الحالة يعلن المجلس عدم دستورية بعض الأحكام مع مطابقة باقي نصوصه للدستور(١٩). وكي يعمل لهذه القاعدة، يتعين أن تكون النصوص المخالفة للدستور قابلة للانفصال عن باقي أحكام القانون، فحينما يحدد المجلس النصوص غير المطابقة للدستور، ويبين إمكانية انفصالها عن باقي أحكام القانون المطعون فيه، ليعلن في الأخير عدم المطابقة لجزء منها، من ناحية، ومطابقة الجزء الأخير للدستور من ناحية ثانية(٢٠).

---

(١٥) المحامي الياس أبو عيد، المجلس الدستوري بين النص والاجتهاد والفقه المقارن، ج ٢، دون ذكر دار النشر، ٢٠٠٧، ص ٢٣٧.

(16) Bertrand Mathieu Michel Verpeau ،*Contentieux constitutionnel de droits fondamentaux* ،*op. cit*. ،p. 233.

(17) CC.79-110 D.C. du 24 dec. 1979 ،La Favoreu ،L. Philippe ،GDCC ،Ed. Dalloz ،1990 cila declé: Article 1: La loi de finances pour 1980 est déclarée non conforme à la constitution. Ici la censure était pour des motifs de procédure.

(18) CC. 93 ،322 ،D.C. ،28/7/1993 ،Loi « Fillou » ،Recueil de jurisprudence constitutionnel ،1 ،533 ets.

(19) Bertrand mathien ،Michel verpeanx –contentieux constitutionnel des droits fondamentanx- op. cit-p.234.

(٢٠) المحامي الياس أبو عيد، المجلس الدستوري بين النص والاجتهاد والفقه المقارن، جزء ثاني، مرجع سابق، ص ٢٤٠.

وفي إطار المحكمة الاتحادية العليا في العراق نرى اتجاه المحكمة في الحكم بإلغاء القانون التشريعي المخالف للدستور إلغاء كلياً، فنلاحظ ذلك على الحكم الآتي الذي تقدم به المكون الأيزيدي بطعن في العام ٢٠١٤ حول حقهم بالتمثيل الانتخابي، ومرفقاً الطعن بقانون الانتخابات، وقد جاء في قرار المحكمة ذي الرقم١١/اتحادية/٢٠١٠ الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٦/١٤، بأن القانون المذكور جاء في المادة ١١ ثانيًا (ب) العليا خلافًا لأحكام المادة ٩٤ من الدستور فأقرت عدم دستورية القانون السابق، وضرورة منح المكون الأيزيدي مقاعد في مجلس النواب العام ٢٠١٤ تتناسب مع حجمه السكاني، علما أن قرارات المحكمة باتة ملزمة، ووجب على المجلس الالتزام بها خاصة أن تحديد نفوس الأيزيديين في العراق يتجاوز النصف مليون. بالرجوع إلى حيثيات القرارات نجد أن المحكمة الاتحادية سبق أن أصدرت بتاريخ ٢٠٠٧ وتاريخ ٢٠١٠ قرارًا مشابهًا له يقضي بعدم دستورية قانون الانتخابات الصادر من السلطة التشريعية؛ الذي يسلب أو يقلل من حق المكون الأيزيدي في التمثيل البرلماني. وعلى الرغم من أن المحكمة الاتحادية، سبق لها وفي مناسبتين قد أصدرت قرارها بعدم دستورية القانون المشرع من السلطة التشريعية، إلا أن السلطة التشريعية ومع كل دورة انتخابية تسن القانون السابق نفسه المطعون بعدم دستوريته، ويتبين لنا من الأمر أن سلطات الدولة وأقصد السلطتين التشريعية والتنفيذية، هي من تتعدى على حقوق الأفراد والأقليات بقصد أو بدون قصد وتخالف نصوص الدستور، وتحاول كذلك عدم الالتزام بقرارات المحكمة الاتحادية العليا السابقة.

غير أن الدور البارز للمحكمة الاتحادية العليا في التصدي لجميع تلك الخروقات الدستورية المتكررة، وإصرار المحكمة على رأيها وإلغاء القانون المذكور من قبل المحكمة لعدم دستوريته إلغاء كلياً، والوقوف بوجه سطوة السلطتين التشريعية والتنفيذية، يؤكد استقلالية المحكمة الاتحادية عن باقي السلطات.

وفي طعن مماثل تقدم به الكرد الفيليين، وهم من الأقليات ولكنهم موزعون على مناطق متفرقة من العراق دون تحديد منطقة تجمعهم مرتكزين في طعنهم إلى ديباجة الدستور.فادّعت وكيلة المدعيتين أمام المحكمة الاتحادية في الدعوى ذو الرقم ٢٠/اتحادية/٢٠١٤. للنظر في صدور قانون انتخابات مجلس النواب العراقي ذو الرقم ٤٥ لعام ٢٠١٣، طعنًا بعدم دستورية المادة ١١ من القانون أعلاه لانحراف المشرع عن المبادئ والحقوق الأساسية الواردة في الدستور لعام ٢٠٠٥، بحرمان الكرد الفيليين من حقهم في التمثيل النيابي بتخصيص (الكوتا) لهم أسوة ببقية المكونات في الدستور على الرغم من توافر المبررات نفسها والأسباب اللازمة لتخصيص الكوتا فضلاً عن ديباجة الدستور، التي أوضحت تضحياتهم، فالدستور العراقي أكد مبدأ المساواة للعراقيين وتكافؤ الفرص على أن تكفل الدولة اتخاذ الإجراءات الكفيلة استنادًا للمادة ١٤ و ١٦ من الدستور. كما أن الدستور أشار في المادة ٤٧/أ على ضرورة تمثيل

الشعب العراقي بأكمله في مجلس النواب، بنسبة نائب واحد لكل مائة ألف على أن يراعى سائر مكونات الشعب، وأن الحالة الواقعية إلى عدم وجود تمثيل للأكراد الفيليين، في مجلس النواب بسبب طبيعة الانتخاب. وبعد التدقيق والمداولة في المحكمة الاتحادية وجدت أن نص المادة ١١ من القانون ذي الرقم ٤٥ لعام ٢٠١٢ على تخصيص الكوتا للكرد الفيليين لا يجعل من المادة المذكورة من القانون أعلاه غير دستورية، وأنه خيار تشريعي يرجع إلى المشرع. وأن طلب تعديل المادة المذكورة بإضافة الكرد الفيليين إليها؛ ليكون للكرد الفيليين كوتا محددة في مجلس النواب، ليس من اختصاص المحكمة الاتحادية كما أنه ليس من اختصاصها الحكم بإلزام المدعي إضافة لوظيفته بتخصيص حصة معينة للمكون المذكور، في مجلس النواب وللأسباب المذكورة تكون الدعوى واجبة الرد لعدم الاختصاص(٢١).

كما أصدرت المحكمة الاتحادية العليا حكماً بعدم دستورية الاستفتاء الجاري يوم ٢٥ أيلول ٢٠١٧، في إقليم كردستان وبقية المناطق وفي خارجه، مقرّرة إلغاء الآثار والنتائج المرتبة عليه كافة.

وقال المتحدث الرسمي باسم المحكمة، إلياس الساموك، في بيان، أن «قرار المحكمة أفاد بأن المدعى عليه رئيس إقليم كردستان عند توليه رئاسة الإقليم قد أصدر إضافة لوظيفته الأمر الإقليمي ذا الرقم(١٠٦) في ٩ حزيران/ يونيو الماضي، الذي أعلنه إعلامياً رئيس ديوان رئاسة إقليم كردستان وأيده المدعى عليهما رئيس مجلس محافظة كركوك ومحافظ كركوك إضافة لوظيفتيهما». وأوضح المتحدث الرسمي أن الاستفتاء «جاء للمشمولين به بسؤال واحد ونصه (هل توافق على استقلال إقليم كردستان والمناطق الكردستانية خارج إدارة الإقليم وإنشاء دولة مستقلة)»، مؤكداً أن «المحكمة وجدت وبالهدف الذي سعى إليه والغرض الذي أجري من أجله الاستفتاء، هو استقلال إقليم كردستان والمناطق المشمولة بالاستفتاء في خارج الإقليم عن العراق وإنشاء دولة مستقلة خارج النظام الاتحادي لجمهورية العراق، الذي نصت عليه المادة (١١٦) من الدستور والمتكون من العاصمة والأقاليم والمحافظات اللامركزية والإدارات المحلية». وأشار إلى أن «الأمر الإقليمي المنوه عنه آنفاً وفقا لقرار المحكمة وإجراء الاستفتاء بناء عليه يتعارض ويخالف أحكام المادة (١) من الدستور وتنص على (جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة، نظام الحكم فيها جمهوري نيابي (برلماني) ديمقراطي وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق)». وذكر أن «دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ لا يجيز انفصال أي مكون من مكونات نظامه الاتحادي الوارد ذكره في المادة (١١٦) من الدستور والذي ألزمت المادة (١٠٩) منه السلطات الاتحادية الثلاث بالمحافظة على وحدة العراق وسلامته واستقلاله وسيادته ونظامه الديمقراطي

(٢١) قرار رقم ٢/اتحادية/ ٢٠١٤ الصادر في ٢٠١٤/٧/١٣، منشور على موقع المحكمة الاتحادية على الانترنت: www.iraqfsc.iq تاريخ الدخول ٢٠١٨/٦/٢٨

الاتحادي». وتابع: «بناء عليه فان حكم المحكمة أكد أن الاستفتاء لا سند له من الدستور ومخالف لأحكامه، وعليه قرر الحكم بعدم دستورية الاستفتاء في إقليم كردستان وفي المناطق الأخرى التي شمّلت به وإلغاء الآثار والنتائج كافة المترتبة عليه». وطبقاً للبيان، فإن «قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة استناداً إلى المادة ٩٤ من الدستور»(٢٢). وهي تعمل على إلغاء القانون المخالف للدستور أو ترد الدعوى لعدم الاختصاص طبقاً لما أوردناه من الأحكام السابقة، ولم يتبين لنا من أن المحكمة الاتحادية في العراق تعمل على إلغاء جزئي للقانون المخالف والمطعون بعدم دستورية كما في فرنسا، وهذا ما يكون مدعاة اطمئنان لعمل المحكمة ، فالقانون المخالف يكون بدرجة واحدة أمام نصوص الدستور يستلزم إلغاءه وعدم إلغاء جزء وإبقاء على جزء، يعني ذلك تلاعبا على حقوق الأفراد وحرياتهم، وينفي بذلك ضمانات القضاء تجاه الأفراد وتضعف دور الرقابة وحسناً فعل قضاء المحكمة في ذلك.

المطلب الثاني

أنواع القرارات التي يصدرها القاضي الإداري في مجال حماية الحقوق والحريات العامة

إن السلطة التقديرية ما هي إلا امتياز للإدارة يكمن في مقاصده الخير العام، والإدارة ملزمة دائماً بحكم وظيفتها بالبحث عن الحل الأكثر ملائمة، وهو أمر يجعل الإدارة في وضع قانوني في داخل إطار المشروعية، فعندما يترك لرجل الإدارة اختيار إجراء من إجراءات عدة؛لأنه الوحيد الذي يمكنه إيجاد مثل هذا الحل، فغاية السلطة التقديرية هي التحقيق الكامل لحالة قانونية، ومن أجل ذلك فإنه يرى عدم جدوى التفرقة بين السلطة التقديرية والمقيدة؛ لأن الإدارة يجب عليها أن تعمل دائماً في ضوء المصلحة العامة لتحقيقها؛ ولأن هناك قواعد القانون العامة التي تحكم باستمرار كل تصرفات الإدارة، ويرتبون على ذلك أن الحل الذي تتبعه الإدارة هو أحسن الحلول(٢٣).

فالقرارات التي يصدرها القاضي الإداري في مجال حماية الحقوق والحريات تتنوع:

منها ما يعود إلى حقوق الموظفين، ومنها ما يعود إلى ممارسة حرياتهم تجاه سلطات الإدارة في الظروف الاستثنائية التي تتطلب من القضاء رقابة صارمة على سلطات الإدارة، التي سنستعرضها في الفرعين الآتيين :

(٢٢) قرارها في ٢٠١٧/١١/٢٠ المنشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا www.iraqfsc.iq

(٢٣) سامي جمال الدين، لوائح الضرورة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢، ص٢١٠.

الفرع الأول

القرارات التي يصدرها القاضي الإداري لحماية حقوق الموظف

وتتمثل تلك القرارات من خلال رقابة القاضي الإداري على ما تصدره الإدارة في المجالات الآتية:

أولا: في مجال مبدأ الشرعية الذي يهدف القاضي الإداري من خلاله حماية حقوق الموظف.

في مجال الوظيفة من خلال عدم فرض عقوبة انضباطية خارجة عن الإجراءات المنصوص عليها في المادة (٨) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام وذلك من اجل حماية حقوق الموظف الوظيفية وعدم المساس بالمركز الوظيفي؛لأن العقوبات الواردة في قانون الانضباط ترتب عليها آثار تعسفية: تأخير ترفيع الموظف أو زيادة راتبه، فيترتب على العقوبة الإضرار بعائلة الموظف من خلال قطع راتبه ، وتنزيله درجة ولتأكيد مبدأ حماية الحقوق من خلال مبدأ المشروعية

وفي العراق سار مجلس الانضباط (محكمة قضاء الموظفين حاليا) على هذا النهج بعدم معاقبة الموظف بعقوبة غير واردة في صلب القانون؛لأن ذلك مخالف لمبدأ الشرعية، وفي قراره ذي الرقم٢١٧/١٩٩٩/في١٣/ ١٠ /١٩٩٩ يشير المجلس "يكون قرارها هذا مخالفاً لنص القانون، ولا يستند إلى أساس قانوني حيث إن اللجنة قد منحت نفسها صلاحيات لا تملكها....."(٢٤).

ومبدأ الشرعية يعني، التزام السلطة المختصة بفرض العقوبة المحددة من قبل المشرع، المنصوص عليها في قوائم العقوبات عند تقديرها وتطبيقها، ولا يمكن فرض عقوبة خارج اللوائح المحددة للعقوبات ولو كانت أخف من المقررة.

والعقوبات التأديبية التي توقعها السلطة المختصة لا تكون صحيحة ومشروعة إلا إذا كانت من بين العقوبات المحددة قانوناً، غير أن ذلك لا يعني أن يكون هناك تطابق بين مبدأ الشرعية في القانون التأديبي ومبدأ الشرعية في القانون الجنائي؛ لأن المشرع يقرر عقوبة معينة سواء كانت من حد أم حدين لكل جريمة جنائية معينة، ولا يترك في ذلك للقاضي الجنائي حرية كبيرة في هذا الشأن على عكس العقوبات التأديبية فإنه يكتفي عادة بتحديد قائمة العقوبات تاركاً للسلطة التأديبية بعد ذلك حرية

---

(٢٤) الإضبارة رقم ٢٤ / ١٩٩٩ قرار غير منشور، أشار إليه، خالد محمد المولى، السلطة المختصة بفرض العقوبة الانضباطية على الموظف العام، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، ٢٠١٢، ص ٦٣.

وأيضاً في قرار آخر يشير المجلس إلى أنه (وحيث لا يعاقب أحد على فعل الغير ولا يوجد في القضية ما يجلب القناعة لكون المعترض قد ارتكب أخلالا وظيفياً يوجب معاقبته...، وحيث وجد المجلس من الإجراءات التحقيقية تختفي تحتها عقوبات متعدُّدة ذات أقنعة ليس لها وجود، وبناءً على سلطة المجلس كقضاء إداري يحكمه نص المادة (٧) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ وفي ضوء اختصاصاته المنصوص عليها في قانون انضباط الموظفين قرر إلغاء هذه التهمة والإفراج عن المعترض عنها وإعادته إلى مركزه الوظيفي السابق..)، القرار رقم ٣٧١ / ١٩٩٧ في ٥/ ٨ /٩٧ الإضبارة ٢٢/ ٩٧ غير منشور، أشار إليه، خالد محمد المولى، مرجع سابق، ص ٦٥.

اختيار العقوبة المناسبة للذنب الإداري من بينها(٢٥)، والقاضي الإداري يعزّز مبدآ عدم المشروعية للعقوبة من خلال حماية الحقوق والتأكيد على تلك الحماية تعزز المبدأ بالأفكار التي تؤيد ما تقدم من قرارات صادرة عن مجلس الدولة في إلغاء القرار المخالف لمبدأ شرعية العقوبة.

فالسلطة التأديبية لا تمتلك أن تبتدع عقوبات جديدة ؛لأن العقوبات محددة بموجب القانون، ويجب على سلطة التأديب الالتزام بالقيود الشكلية والموضوعية التي حددها القانون على حدٍ سواء(٢٦)،

ومن استعراض قرارات مجلس الانضباط العام(محكمة قضاء الموظفين حاليا)، نرى أن المجلس سار على منهج الشرعية التي تستند إلى نصوص القانون وأحكام القضاء، ولا يمكن للسلطة المختصة فرض أي عقوبة تأديبية غير منصوص عليها من دون خطأ تأديبي من قبل السلطة المختصة(٢٧).

ثانيا:مبدأ عدم رجعية القرارات بالنسبة للعقوبة التأديبية، وأثره في حماية حقوق الموظف

يعدُّ مبدأ عدم رجعية الجزاءات من المبادئ المستقرة، والمسلم بها في التشريع المقارن، وميثاق حقوق الإنسان الصادر عن منظمة الأمم المتحدة عام ١٩٤٨ في المادة (١١) فقرة (٢) واطراد أحكام القضاء في ذلك الشأن، ويهدف القضاء الإداري في فرنسا، والعراق إلى عدم جواز رجعية الجزاءات كفالة لاحترام وصيانة المجال الزمني الخاص بتطبيق كل قانون على حدة، واحترام الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية الذاتية من جهة أخرى(٢٨).

ويقصد بمبدأ عدم الرجعية طبقاً لما تقضي به المبادئ القانونية العامة، سواء بالنسبة لعدم رجعية القوانين كقاعدة عامة، أو عدم رجعية القرارات الفردية بصورة خاصة(٢٩)؛ وذلك عملاً بما تفرضه الطبيعة التأديبية للقانون التأديبي(٣٠)، الذي يستلهم قواعده من الشريعة العامة للعقاب في القانون الجنائي،

---

(٢٥) صلاح الدين فوزي، المبادئ العامة غير المكتوبة في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢٤٣. وأيضاً د. صلاح الدين أحمد جودة، الرقابة القضائية، على التعيين في الوظائف العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص١٣٢، د. عبد الغني بسيوني، القضاء الإداري، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص٢٣٨.

(٢٦) حكم المحكمة الإدارية العليا بأن "الأصل أنه لا عقوبة ولا جريمة إلا بناءً على قانون وهذا الأصل نصت عليه المادة ٦٦ من الدستور يشمل المجال الجنائي وأيضاً المجال التأديبي"، حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣١٠١ لسنة ٣١، ق- ع، جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٢، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة ٣٤، الجزء الأول، رقم ٥، ص٣٢، أشار إليه سعد نواف العنزي، الضمانات الإجرائية في التأديب، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٢٦٤.

(٢٧) خالد محمد المولى، مرجع سابق، ص ٦٥.

(٢٨) حمدي الزهيري، انتهاء الوظيفة العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٨، ص ١٣٢.

(٢٩) د. صلاح العطيفي، نظام التأديب للعاملين بالقطاع العام فقهاً وقضاءً، مطبعة السلام الحديثة، ١٩٧٩، ص٤٧٠.

(٣٠) خليفة خالد موسى، التأديب في الوظيفة العامة وعلاقته بقانون العقوبات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، ١٩٩١، ص٩٧.

ويتضح من ذلك أن كل قرار تصدره الإدارة قاصدة أن ينسحب أثره إلى الماضي يكون قراراً باطلاً(٣١)، حتى ولو أشار منطوق القرار صراحة على سريان أثره على الماضي، فلا يجوز للسلطة التأديبية المختصة توقيع الجزاءات التأديبية بأثر رجعي على المخالف من تاريخ ارتكاب المخالفة مهما كانت درجة خطورتها أو جسامتها أو حداثة ارتكابها(٣٢).

" كما نصت عليه المادة (٩/١٩) من الدستور العراقي النافذ إذ جاء فيها (عدم رجعية العقوبة) باعتباره من الضمانات الكبرى التي تحكم نظرية العقاب بشكل عام.

كما حرص القضاء الإداري تأكيد هذا المبدأ كفالة لاحترام المدى الزمني الخاص بتطبيق كل عقوبة على حدة، وتطبيقاً لذلك، قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الوزير لا يملك في ظل غياب النص القانوني الصريح الذي يجيز أن يعطي قراره بفصل الموظف بأثر رجعي(٣٣).

ويعدُّ العقاب باطلاً إذا وقع بأثر رجعي، ويرتبط هذا المبدأ بمبدأ لا عقوبة إلا بنص حيث لا يمكن تطبيق الجزاء إلا بعد ارتكاب المخالفة؛ لأنه لم يكن قائماً وقت ارتكابها، وينص مجلس الدولة الفرنسي على أن القرارات الإدارية سواء أكانت تنظيمية أم فردية لا يجوز توقيعها بأثر رجعي، فمضمون عدم الرجعية أن الجزاء لا يرتب أثره إلا من تاريخ توقيعه(٣٤).

وعلى المنوال نفسه سار المشرع العراقي، فالسلطة التأديبية تلتزم بالقوانين النافذة وقت ممارسة اختصاصاتها التأديبية، ولا يمكن أن توقع إلا العقوبات النافذة وقت استعمالها اختصاصاتها بغض النظر عن العقوبات التي كانت قائمة وقت ارتكاب المخالفة.

ويستندون على أن الموظف يشغل مركزاً تنظيمياً يخضع للقوانين الجديدة، وأن الأحكام والقرارات يحكم على شرعيتها وفقاً للقوانين السارية وقت صدورها.

---

(٣١) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم (٨/٢٢ق) في ١٩٦٢/١/٤، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الخامس، المجلد الأول، رقم (١٤)، ص٨٩، أشار إليه صلاح العطيفي، مرجع سابق، ص٤٦٢.

(٣٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٧٥٥) لسنة ١١ ق.ع، جلسة ١٩٦٧/٧/٢٥ أشار إليه، صلاح العطيفي، مرجع سابق، ص٤٦٦.

(٣٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٢٩٢٤)، لسنة ٤٠ ق.ع، جلسة ٢٠٠١/٣/١١، المكتب الفني (٤٦) القاعدة رقم (١١٩)، ص٩٩، أشار إليه، د. عبد الفتاح محمد ابو زيد الشرقاوي، التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، من دون ذكر سنة نشر، ص٢١٠.

(٣٤) سليمان الطماوي، النظرية العامة في القرارات الإدارية، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، ١٩٧٦، ص ٥٠٩.

ثالثا: الملاءمة بين الخطأ المرتكب والعقوبة التأديبية كضمان لعدم تعسف الإدارة بسلطتها تجاه حقوق الموظف.

استناداً لما سبق من أن السلطة التأديبية تملك السلطة التقديرية في توقيع الجزاء التأديبي إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، بل مقيدة بمبدأ وجوب تناسب الجزاء التأديبي مع المخالفة التأديبية، وقصد المشرع من ذلك تحقيق الموازنة بين كل من الجزاء التأديبي والجريمة التأديبية بحيث لا يجازي الموظف إلا بجزاء يتناسب ويتوازن مع ما صدر عنه من جريمة تأديبية(٣٥).

واستناداً لذلك، يتحقق التناسب كلما جاء سبب القرار التأديبي متوافقاً مع محله وموضوعه، أي وجود توافق بين أهمية الوقائع التي أدت إلى صدور القرار(السبب)، وبين الإجراء المتخذ إزاء هذه الوقائع وما له من آثار قانونية، وعلى هذا فإن التناسب في المجال التأديبي يعني تقدير العقوبة التأديبية نوعاً ومقداراً مع ما يتوافق مع خطورة وجسامة الجريمة المرتكبة ، فيؤدي بالنتيجة إلى تحقيق ملائمة مقبولة أو ظاهرة(٣٦).

ويراد أيضاً التناسب بين المخالفة الإدارية (السبب)، وبين نوع العقوبة ومقدارها (المحل)، إذ تعدُّ أشبه بعملية حسابية يعتمد بسطها على المخالفة، ومقامها على الإجراء المتخذ، ونواتجها الملاءمة أو عدمه(٣٧).

أما القضاء الفرنسي(٣٨) لا يبسط رقابته على مدى ملائمة العقوبات التأديبية التي يتم توقيعها من قبل السلطة التأديبية، لأن تقدير العقوبات ليس من طبيعة أن يكون موضوعاً للطعن بالطريق

---

(٣٥) سلطان بن سالم العزيزي، النظام القانوني للتأديب الإداري وفقاً لقانون الخدمة المدنية رقم ٨/ ٨٠ في سلطنة عمان، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٥٦.

(٣٦) عادل الطبطبائي، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفة، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة السادسة، العدد الثالث ١٩٨٢، ص٨٨.

(٣٧) السيد محمد إبراهيم، الرقابة القضائية على الملائمة في القرارات التأديبية، مجلة العلوم الإدارية، العدد الثاني، ١٩٦٣، ص ٢٦٦.

(٣٨) يذكر أن موقف مجلس الدولة الفرنسي في شأن رقابته على مدى ملاءمة العقوبة التأديبية للمخالفات قد مر بمرحلتين رفض وقبول، وتبدأ مرحلة الرفض عندما أمتنع عن ممارسة أي رقابة على مدى تناسب العقوبة مع الخطأ واعترف بسلطة تقديرية واسعة للإدارة باختيار الجزاء الذي تراه مناسباً للخطأ الوظيفي من دون معقب من القضاء عليها، واعترف أيضاً للإدارة بحرية تحديد مقدار العقوبة التي حددها المشرع كتحديد أيام الخصم في عقوبة الخصم من المرتب.

وسار مجلس الدولة الفرنسي على أن تقدير العقوبة التأديبية ليس من شأنه أن يشكل موضوعاً للمناقشة أمام القضاء، وذهب في قضية (Berges) بأن السيد (Berges) لا يتمسك ضد القرار المطعون فيه لا بعيب الشكل ولا بتحوير السلطة وهو قد اقتصر على التمسك بأن التدبير

القضائي، فالملاءمة اختصاص تقديري للإدارة باستثناء حالة الانحراف بالسلطة، وأن القضاء الإداري لا يملك تحديد خطورة الجزاء التأديبي، وأحكام مجلس الدولة الفرنسي يبسط رقابته على الأسباب التي قام عليها الجزاء التأديبي، ويقضي ببطلان القرار التأديبي الصادر بالجزاء إذا لم يكن مسبباً، أو إذا كان القرار مشوبا بعيب من العيوب التي تصيب القرار الإداري، فرقابة المجلس ضيقه، وتستند على أساس المشروعية(٣٩).

غير أن الاتجاه الحديث لقضاء مجلس الدولة الفرنسي أخضع ملاءمة الجزاء التأديبي مع الذنب الإداري لرقابته وذلك عندما تبنى المجلس نظرية الخطأ الظاهر أو الخطأ البين في المجال التأديبي، فأصبح القضاء يراقب الخطأ البين في تقييم وتقدير الإدارة للوقائع التي تستند إليها في قراراتها التأديبية، ومدى تناسبها مع ما تتضمنه هذه القرارات من ملائمة للجزاءات(٤٠).

وطبقاً لنظرية الخطأ الظاهر يبسط مجلس الدولة الفرنسي رقابته في المجال التأديبي على مدى ملاءمة الجزاء التأديبي الصادر استناداً إلى أحكام المادة (١٧) من قانون الجزاءات المالية بتاريخ ١٩ / ٧/

التأديبي المتخذ بحقه صارماً جداً بالنظر لدرجة جسامة العقوبة المنزلة بحقه، ولكن تقدير العقوبات التأديبية ليس من شأنه أن يشكل موضوعاً للمناقشة.

وجاء في قرار آخر لمجلس الدولة في قضية (Gazade) بأن المدعي الذي ينازع بمادية الوقائع التي نسبت إليه والذي اقتصر على القول بأن هذه الوقائع لا تشكل أخطاء خدمة من شأنها أن تبرر القرارات المطعون فيها ولكن التقدير الذي أجرته الإدارة حول هذه النقاط ليس من شأنه أن يناقش أمام مجلس الدولة الناظر في النزاع والذي لا يعود له أن يقدر ملاءمة التدابير التأديبية المتخذة وفقاً للقانون من قبل السلطة المختصة وضمن مصلحة المرفق.

وحتى عام ١٩٧٨ كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض مد نطاق رقابته على القرارات التأديبية إلى عيب التناسب، أو بالأحرى الملاءمة في هذه القرارات، على أساس أن اختيار العقوبة التأديبية هو من إطلاقات السلطة التأديبية التي لا يجوز التعقيب عليها.
وسبق للقضاء الفرنسي أن مارس رقابته على السلطة التقديرية للإدارة في قضية (Denizet) عام ١٩٥٣ الذي ألغى قراراً تأديبياً بسبب الغلط الذي شاب القرار في التقدير إلا إن رقابته اقتصرت في هذه المرحلة على التحقق مما إذا كانت الأعمال أو التصرفات التي ارتكبها الموظف تشكل مخالفة مسلكية تستحق الجزاء التأديبي، وحتى إذا كانت العقوبات التأديبية واردة ضمن القانون من دون أن يتصدى ذلك إلى الرقابة على مدى التناسب بين خطورة الذنب الإداري ونوع ومقدار العقوبة التأديبية التي تقع على الموظف المخالف.
أما من ناحية قبول مجلس الدولة على بسط رقابته على السلطة التقديرية للإدارة فهو كان بعد صدور قانون العمل الجديد رقم (٦٨٠/٧٣) الذي تضمن نصاً جديداً فيما يخص العقوبات التأديبية، حيث ألزم لتوقيع عقوبة العزل أن يكون هناك سبب جدي وخطير يسوغ توقيع هذه العقوبة القاسية مما مهد الطريق لقبوله الرقابة على العقوبات التأديبية الموقعة على الموظفين.
يراجع في ذلك:

- حنان جمال، رقابة التناسب في اجتهاد القضاء الإداري، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، لبنان، ص٢٠، ص١٢٢.

(٣٩) سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، ١٩٥٤، ص ١٠٣.
(٤٠) سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٩٨.

١٩٧٧ التي تقرر ضرورة اختيار العقوبة التأديبية وفقاً لحماية مرتكب المخالفة من الغلو بتقدير الجزاء(٤١).

ويسير قضاء مجلس الدولة الفرنسي في رقابته للجزاءات سواء كان متسماً بالقسوة أو تلك المتسمة بالبساطة التي توقع من قبل الإدارة، وطبقاً لذلك ألغى المجلس أحد أحكامه الجزاء الموقع على سائق حافلة بإحدى القرى نظراً لعدم تناسب هذا الجزاء مع خطورة الذنب المقترف، فعدّ المجلس هذا السلوك خطأً تأديبياً على درجة من الخطورة مما يتنافى مع ما اتسم قرار السلطة التأديبية من تسامح أو تساهل مفرط (٤٢).

وفي العراق(٤٣)، ونظراً لغياب تقنين حصري للجرائم الانضباطية، منحت السلطة المختصة تقديراً في وصف المخالفات الانضباطية وتقدير العقوبة المناسبة لها من بين قوائم العقوبات المحددة علي سبيل الحصر.

---

(٤١) سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

(٤٢) إبراهيم معوض، الرقابة القضائية على ملائمة القرارات التأديبية، تعليق على حكم، مقالة بمجلة العلوم الإدارية، السنة الخامسة، العدد الثاني، كانون الأول، ١٩٩٣، ص١٨٠.

(٤٣) أما النظام في العراق فأنه مع صدور القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ خرج النظام القضائي من دائرة النظام الموحد إلى النظام المزدوج والذي أنشأ لأول مرة محكمة قضاء إداري إلى جانب القضاء العادي ينبثق عن مجلس شورى الدولة ويتمثل كخطوة أولى إلى جانب مجلس الانضباط العام ومحكمة القضاء الإداري والذي أصبح نافذاً في ١٩٩٠/١/١٠.

وقبل ذلك كان النظام القضائي في العراق يقع بين أنظمة القضاء الموحد، ممثلاً في القضاء العادي الذي يتولى الفصل في المنازعات كافة، سواء ما ينشأ منها بين الأفراد فيما بينهم أو بين الأفراد والإدارة، ولذلك فقد نصت المادة الثالثة من قانون التنظيم القضائي رقم (١٠٦) لسنة ١٩٧٩ المعدل على ذلك بأنه: "تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية العامة والخاصة إلا ما استثني منها نص خاص".

وعلى الرغم مما سبق فأن وضع الرقابة القضائية على أعمال الإدارة قبل إنشاء القضاء الإداري المستقل في وضعه الحالي، كانت هناك هيئة شبه قضائية مارست وطبقت القضاء الإداري في جانب من المنازعات الإدارية إلى جانب القضاء العادي، تلك هي مجلس الانضباط العام الذي أنشئ لأول مرة بقانون انضباط موظفي الدولة رقم (٤١) لسنة ١٩٢٩ ليختص بنظر الطعون الموجهة ضد القرارات التأديبية التي تتخذها اللجان الانضباطية ثم أضيف إلى اختصاصاته هذه اختصاص أخر بموجب قانون الخدمة المدنية رقم (١٠٣) لسنة ١٩٣١، يمثل بالفصل دون غيره في دعاوي حقوق الخدمة المدنية التي يرفعها الموظفون الناشئة عن تطبيق هذا القانون.

وكان لهذا المجلس قضاء متطور جعل منه ملاذا آمنا للإدارة والموظفين على حد سواء لتحقيق العدالة وحماية الحقوق، وذلك بأن مارس أنواع الرقابة القضائية على القرارات في المجال التأديبي، وحرص على تبني مسلك مجلس الدولة الفرنسي والمصري، بل أنه سبقهما في إطار رقابته على مبدأ التناسب في المجال التأديبي، إذ عمل المشرع العراقي منذ صدور القانون الأول لانضباط موظفي الدولة عام ١٩٢٩ ولحد الآن على منح مجلس الانضباط اختصاصات واسعة منها إصدار الأوامر وتقدير العقوبات التأديبية وإلغائها.

وأخذ مجلس الانضباط العام (محكمة قضاء الموظفين حاليا) في العراق بمبدأ التناسب عن طريق بسط رقابته على الملاءمة، فذهب المجلس إلى أن العقوبة ينبغي أن تكون متناسبة مع المخالفة؛لأن الغلو فيها يتعارض مع الهدف الذي تبغيه القانون من التأديب، ومن القرارات التي تأثر فيها بقضاء المحكمة العليا من حيث استعمال لفظ الغلو منها قرار مجلس الانضباط العام ذو الرقم ٣ / ٧١ والصادر في ٢٣/ ١/ ١٩٧٣المتعلق باعتراض موظف عاقبته لجنة الانضباط بانقاص راتبه بنسبه ٥% ولمدة سنتين بسبب كثرة غيابه وتأخره عن الحضور فقرر المجلس "... أن المعترض خالف التعليمات ولم يحافظ على الدوام ولدى عطف النظر على العقوبة وجد إنها شديدة وغير متناسبة مع مخالفته ولا يشوب تقدير العقوبة الغلو، حيث أن العقوبة غاية في ذاتها، وإن المعترض كان مريضاً مما يوجه الرأفة به، ولما تقدم قرر المجلس تخفيفها ومعاقبته بعقوبة التوبيخ."

وفي ظل قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام ذي الرقم ١٤لسنة١٩٩١ ظلَّ المجلس يراقب العقوبة مع الفعل المرتكب بما لا يتعارض مع طعن المعترض، وأن لا يضارَّ بطعنه، وصدرت قرارات عدة في هذا الخصوص بتخفيض العقوبة لشدتها بما يتناسب مع الفعل المرتكب، وقد جاء في قراره " وحيث إن التناسب بين الفعل والعقوبة أمر لازم يجد المجلس أن عقوبة العزل شديدة جداً، ولم يسبق للمعترض أن عوقب بأي عقوبة من عقوبات الفصل... ولما تقدم تقرر إلغاء الأمر الوزاري ذي الرقم ٦٠٨٤ في ١٥ / ١٢ / ١٩٩٥، وتخفيض عقوبة العزل إلى عقوبة التوبيخ وهي العقوبة المناسبة للفعل المرتكب..." (٤٤).

وفي التعديل الأخير أنشئ (المحكمة الإدارية العليا) إلى جانب محكمة القضاء الإداري ومجلس الانضباط العام وبذلك يكون القضاء في العراق قد عرف مبدأ التناسب قبل تشكيل محكمة القضاء الإداري، ومنح هذه الهيئة صلاحيات واسعة لغرض تعديل العقوبة أو إلغائها دون أن يتركها للسلطة التقديرية للإدارة، وتطور هذا الاختصاص مع تطور القضاء الإداري في العراق وإنشاء المحكمة الإدارية العليا والتي أصبحت صمام أمان للموظف لحماية حقوقه والوقوف بوجه سلطة الإدارة في حالة خروجها عن نطاق المشروعية.

لمزيد من التفاصيل يراجع في ذلك:

- فاروق أحمد خماس، محكمة القضاء الإداري في ضوء القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد التاسع، العدد الأول، والثاني، ١٩٩٠، ص٢٢٠.
- عصام عبد الوهاب البرزنجي، مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد التاسع، العدد الأول والثاني، ١٩٩٠، ص١١٤.

(٤٤) القرار ٣١ / ٩٦ / في ١/١٤ / ١٩٩٦ الإضبارة ٣٥ / ٩٥ / غير منشور، أشار إليه، خالد محمد المولى، السلطة المختصة بفرض العقوبة الانضباطية على الموظف العام، مرجع سابق، ص ٧٥.

وكما أشرنا فيما سبق أن مجلس الانضباط (محكمة قضاء الموظفين حاليا) في العراق أخذ بمبدأ التناسب ومّد رقابته على ذلك في قانون ذي الرقم ٦٩ لسنة ١٩٣٦ الملغى، وكذلك في القانون ذي الرقم ١٤ لسنة ١٩٩١ النافذ، ونلتمس من القضاء الاتجاه إلى الأمام في هذه المبادئ الهامة، والضامنة للحقوق والتوسع في هذه الفكرة بما يضمن حماية الموظف، وسلامة المرفق وتحقيق المصلحة العامة.

الفرع الثاني

سلطة القاضي الإداري في حماية الحريات العامة إمام سلطات الضبط الإداري

لا يخلو مجتمع من المجتمعات، مهما بلغت درجة حضارته، أو وعي مواطنيه أو ثقافاتهم، من الحاجة للضبط الإداري بوصفه أحد شقي النشاط الذي تقوم به الإدارة لحماية النظام العام فيه، فالمجتمع مجموعة من الأفراد تتعايش معاً معيشة مشتركة على أرض مشتركة تقودهم جماعة من الحكام المسؤولين عن تنظيم هذه المعيشة وإدارتها، ومن هنا فإن ممارسة الإدارة للضبط الإداري ضرورة حتمية، وتتبع الإدارة في ممارستها له وسائل متعددة:

منها القرارات التنظيمية والأوامر الفردية كما تستخدم القوة المادية في حالات وشروط معينة. ويتسع مبدأ المشروعية حتى يشمل الجانب الاستثنائي، فيمكن لهيئات الضبط الإداري التصرف بقدر من الحرية والمرونة العالية، فيتم منحها بعض السلطات الخاصة لغرض حماية مصالح الدولة والحفاظ على النظام العام.

وعلى الرغم من كون نظام الطوارئ نظامًا استثنائياً، إلا أنه ليس مطلقاً، هو نظام خاضع للقانون، وضع الدستور ركائزه وبين القانون أصوله وأحكامه، فوجب أن يكون إجراؤه على مقتضى هذه الأصول والأحكام، هو بذلك يخضع للرقابة القضائية(٤٥).فقرر القضاء الإداري أن قرارات وأعمال الضبط الإداري لا تكون مشروعة إلا إذا كانت ملائمة، ويختلف مدى الرقابة القضائية على سلطات الضبط الإداري خلال الأزمات الخاصة بحسب تنظيمها، فالرقابة القضائية خلال الأزمات الخاصة تأخذ اتجاها واحد بالدساتير، وهو ضرورة خضوعها لرقابة القضاء في ظل التوسع في تفسير النصوص القانونية، وإضافة اختصاصات جديدة للإدارة، والسماح لسلطات الضبط الإداري بالخروج على بعض أركان القرار الإداري.

(٤٥) ريناد كمال الدين حسن عبد الله، الضبط الإداري في حالة الطوارئ، معهد الدراسات والبحوث، جامعة الدول العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص١٩٣.

ويمثل الضبط الإداري نشاطاً إدارياً هادفاً لحماية النظام العام في المجتمع إلا أن هذه الفكرة قد يكتنفها الغموض والإبهام، فيقتضي بيان تعريفها ابتداءً وتحديد أغراضها.

فالفقه ذهب إلى تعريف الضبط الإداري على وفق الغاية منه إذ عرفه بعضهم بأنه: (مجموعة الإجراءات والقرارات التي تتخذها السلطة الإدارية لهدف حماية النظام العام والمحافظة عليه)(٤٦).

ومن الجدير بالذكر أن مفهوم النظام العام قد اتسع ليشمل المحافظة على الآداب العامة والأخلاق، فتجاوز بذلك الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة(٤٧).

كل ذلك يتم في حالة الظروف غير العادية، وقد أتيحت الفرصة للقضاء الإداري أن يقول كلمته خلال الأزمات الخاصة بعد تحقق حالتها (٤٨).وتقف بوجه هذه السلطات رقابة القضاء وتشمل:

- الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري:

فيما يتعلق بمجلس الدولة الفرنسي فقد مارس الرقابة على الإجراءات والتدابير التي تتخذ في أثناء الظروف الاستثنائية، فهذه الظروف تخوّل الإدارة سلطات موسعة استثنائية تستطيع بها وقف ممارسة الحقوق والحريات العامة، ويجب أن يكون ذلك بالقدر اللازم والضروري لمواجهة هذه الظروف، تأسيساً على قاعدة: الضرورة تقدر بقدرها، ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي بهذا الخصوص، ما قضي به بتاريخ ١٩٤٦/٥/٣ في قضية (VEUVE-GOGUET) من عدم مشروعية القرار الذي اتخذه عمدة مدينة (NANTES) بالاستيلاء على شقة مملوكة لأحدى السيدات لتقيم بها إحدى العائلات التي نزحت من المناطق التي كانت مسرحاً للعمليات الحربية في فرنسا خلال الحرب العالمية الثانية؛لأن المصاعب والظروف التي واجهتها الإدارة في تلك المدينة لا تبرر إصدار قرار الاستيلاء، وكذلك ما قضى به المجلس في حكمة الصادر بتاريخ ١٩٥٠/٢/٨ في قضية (CHAUVET) بإلغاء قرار كان الحاكم العام للهند الصينية قد أصدره في ١٩٤٦/٥/٢٨ بإلغاء القانون الصادر بتاريخ ١٩٤٣/٢/١٨ وأسس مجلس الدولة حكمه على أن الظروف الناتجة عن الحرب التي استند إليها الحاكم ليصدر الحكم المطعون فيه لم تكن كافية لتبرر ممارسة سلطة استثنائية لا تسمح بها القوانين السارية وهي إلغاء قانون بقرار إداري(٤٩).

---

(٤٦) ماهر صالح علاي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٩٦، ص٧٥.

(٤٧) ماهر محمد المومني، الحماية القانونية للبيئة في المملكة الاردنية الهاشمية، ط١، دار المطبوعات والنشر عمان، ٢٠٠٤، ص١٢٥.

(٤٨) على نجيب حمزة، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٧، ص١٦٨.

(٤٩) عادل السعيد محمد أبو الخير، البوليس الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٤٠١.

أما عن التطبيقات القضائية في العراق، فينبغي التطرق إلى الأحكام الصادرة قبل إنشاء محكمة القضاء الإداري بالقانون ذي الرقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩، إذا كان القضاء العادي يبسط رقابته على السبب في قرارات الضبط الإداري الصادرة في ظل الظروف الاستثنائية:

ومن هذه القرارات المتخذة تطبيقاً للأحكام العرفية أو حالة الطوارئ حكم محكمة التمييز بتاريخ ١٩٥٧/٣/١٨ الذي نقضت به حكم صادر عن محكمة البداءة برد الدعوى لعدم اختصاصها بنظرها، التي رفعها أحد المحامين وذلك لمنعه من قبل سلطة الطوارئ من السفر لحضور مؤتمر المحامين في القاهرة، فذكرت محكمة التمييز في قراراها بأنه: ((... لم تبحث المحكمة سبب منع السفر وحيث إن القضاء له الولاية على تطبيق القانون بما يحول دون مخالفته أو التعسف في استعمال الحقوق، حيث إن محكمة البداءة لم تتحقق في الأسباب التي أدت إلى منع السفر فيكون قرارها برد الدعوى مخالفاً للقانون لذا قرر نقضه))(٥٠).

بيد أن محكمة التمييز في قرارات أخرى عدت هذه القرارات من أعمال السيادة وبالتالي امتنعت عن النظر فيها، كما جاء في حكمها الصادر في ١٩٥٩/٦/٢٤ الذى قضت فيه: ((بعدم جواز المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي نجمت عن تطبيق القانون بصورة غير صحيحة في ظل الأحكام العرفية وليس للمحاكم ولاية النظر في أمثال هذه الطلبات)) (٥١).

أما بعد إنشاء محكمة القضاء الإداري بالقانون ذي الرقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة ذو الرقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩، فقد راقبت هذه المحكمة بصورة غير مباشرة ركن السبب في قرارات الضبط الإداري الصادرة في ظل الظروف الاستثنائية، ذلك أن المتتبع لقضاء مجلس شورى الدولة قبل التغير السياسي لعام ٢٠٠٣ يرى كثرة الاستناد في أحكامها إلى قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل، ويذهب هذا المجلس إلى عد هذه القرارات بأنها تحمل صفة القانون، فقد جاء في الحكم لمحكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢٠٠٠/١٢/٢٠ بأنه: ((... إذا نظرنا .. على أسباب وموجبات قرار مجلس قيادة الثورة ذي الرقم (١٥٧) لسنة ١٩٩٤ فإن الأهداف التي أرادها المشرع في إصدار هذا القرار والذي حصر فيه تسجيل التصرفات العقارية الناقلة للملكية ضمن حدود التصميم الأساسي لمدينة بغداد أو لمن تنتقل إليه الملكية أن يكون مسجلاً ضمن إحصاء ١٩٥٧ أو أي إحصاء

(٥٠) على نجيب حمزة، مصدر سابق، ص١٦١.

(٥١) ريناد كمال الدين حسن عبدالله، مرجع سابق، ص١٧٤.

سابق له في بغداد أو المناطق الأخرى المشمولة به وما أراده المشرع بهذا القرار من تحقيق أهداف تنظيمية وعمرانية واقتصادية وتخطيطية وغيرها من أهداف....))(٥٢).

ويذكر أن القضاء العراقي قد مر بمرحلتين:

مرحلة القضاء الموحد وفي هذه المرحلة تارة راقب القضاء العادي في قرارات الضبط الإداري الصادرة في ظل الظروف الاستثنائية، وتارة أخرى امتنع عن بسط رقابته، وذلك بوصف القرارات الصادرة عن الحكومة في ظل هذه الظروف الاستثنائية من قبيل أعمال السيادة.

أما في مرحلة القضاء المزدوج أي بعد إنشاء محكمة القضاء الإداري بقانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة فإنه بسط رقابته على ركن السبب في قرارات الضبط الإداري الصادرة في ظل هذه الظروف، ونظراً لطبيعة الظروف التي سادت العراق فإنه لم يمر بظروف مماثلة على ما هو الحال عليه في فرنسا.

وفي قرار لمحكمة القضاء الإداري فرضت فيه رقابتها على الوجود المادي للوقائع التي اتخذت سبباً لإصدار الإدارة للقرارات الضبطية إذ جاء فيه: ((... تبين للمحكمة بأنه سبق لوكيل المدعي أن أقام أمام هذه المحكمة الدعوى... والتي ادعي في عريضة الدعوى بأنه تم حجز موكله بتاريخ ٢٠٠٢/٢/٢٣ من قبل المدعي عليه وزير الداخلية – إضافة لوظيفته – وأودعه في شرطة التسفيرات معلقاً رفع الحجز عنه كوسيلة للضغط على تنازله عن مبلغ الدين الذي بذمة مدينته والبالغ (٥٤/٠٠٠/٠٠٠) أربعة وخمسون مليون دينار... بناءً على شكوي المدينة (س) وطلب إلغاء قرار الحجز الصادر بحق موكله وإطلاق سراحه والحكم بتعويض موكله... وقد تظلم المدعي من قرار الحجز المذكور بتاريخ ٢٠٠٢/٧/١٦ وتبلغت وزارة الداخلية بالتظلم بالتاريخ نفسه... إلا أن المدعى عليه لم يرد على التظلم خلال المدة القانونية المنصوص عليها في المادة (٧/ثانيًا/و) من قانون مجلس شوري الدولة.... وبناءً على طلب وكيل المدعى عليه قررت المحكمة إبطال عريضة الدعوى واكتسب هذا القرار درجة البتات...))(٥٣).

(٥٢) مجلة العدالة، العدد الثالث، (تموز – آب – أيلول)، ٢٠٠١، ص١١٣.

(٥٣) قرارها المرقم ٤٣/قضاء إداري/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٦/٢٨، وقد صدق هذا القرار من المحكمة الاتحادية العليا، رقم التصديق (٢٢/اتحادية/تمييز/٢٠٠٦) في ٢٠٠٦/١٢/١٠، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٦، ص٣٦٠ وما بعدها.

والملاحظ على الحكم أعلاه أن محكمة القضاء الإداري قد أبطلت عريضة الدعوى؛لأنه تبين للمحكمة المذكورة أن قرار وزير الداخلية القاضي بحجز المدعي مبيناً على أسباب قانونية؛لأن المدعي مدين ، فيجعل القرار صحيحاً ومبرراً لحجز المدعي لحين استيفاء الدين.

إن قرارات القضاء الإداري في العراق جاءت مسايرة لما هو مستقر قضاءً من إخضاع القرارات للرقابة القضائية، وهذا يمثل أساساً قوياً ترتكز عليه أحكام القضاء الإداري من أجل الحكم بمشروعية قرارات الضبط الإداري لما يوفر ذلك من ضمانة للطرفين الأفراد بحماية حرياتهم والمجتمع بحماية نظامه الداخلي لتحقيق إغراض الضبط الإداري في حماية النظام العام والمحافظة على استمرار المرافق العامة بتأمين أداؤها بتحقق النفع العام، وبذلك يلحظ أن القضاء العراقي ممثلاً بمجلس الدولة يحافظ على حماية الحريات العامة من خلال إخضاع قرارات الإدارة في مجال الضبط الإداري للرقابة وبيان السبب الذي يدفع الإدارة لإصداره ومدى التحقق من مشروعيته، فلحظنا أحكام امتنعت المحكمة بفرضها من قبل الإدارة وجاءت صحيحة في أسبابها وبعكسه يكون للمحكمة دحضها إذا جاءت في خارج نطاق المشروعية.

الخاتمة

بعد الانتهاء من بيان دور القضاءين في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم نسجل أهم التوصيات التي انبثقت عن الدراسة وكالآتي:

١-تعزيز دور القاضي الدستوري في مجال حماية حقوق الأفراد وحرياتهم، من خلال توفير البيئة الملاءمة للعمل القضائي في مجال تلك الرقابة الحساسة والمهمة، عن طريق إبعاده عن التجاذبات السياسية التي تمارسها السلطة التشريعية على قضاة المحكمة.

٢-تعزيز قضاء المحكمة الاتحادية العليا في مجال حماية حقوق الإفراد وحرياتهم وذلك عن طريق اختيار قضاة من القانون للعمل في مجال المحكمة المهم والحساس، وعدم زج اختصاصات أخرى ليس لها علاقة لا من قريب ولا من بعيد داخل اختصاص المحكمة(كخبراء الفقه الإسلامي)، إذ أن ذلك يتعارض مع النصوص الدستورية المؤسسة لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم، وبما يشهده العصر من تطور سريع تستجيب له الدساتير وفقا لحاجة المجتمعات لها، الأمر الذي يتعارض مع أسس لا تستجيب بحكم المنطق مع آراء خبراء الفقه الإسلامي، وهو ما يدعو إلى أن تكون المحكمة من رجال القانون والقضاء لتأدية الدور الرقابي والدستوري لها.

٣-منح اختصاص محكمة القضاء الإداري في العراق دورا أوسع يرتقي بمجلس الدولة، من خلال تعزيز دوره في التصدي لحماية الحريات العامة في الظروف الاستثنائية، عن طريق منحه صلاحيات أوسع في

الإلغاء والتعويض دون أعطاء دور في ذلك للمحاكم العادية كما هو في دول القضاء المزدوج كفرنسا ومصر.

٤-منح محكمة قضاء الموظفين التي تنظر في الدعاوي التي يقمها الأفراد على الإدارة نتيجة لخروجها عن مبدأ المشروعية والانحراف بسلطتها، حق التعويض عن المخالفة التي يتعرض لها الموظف بسبب فعل الإدارة، إي منح القضاء الإداري سلطة الإلغاء والتعويض أسوة بدول القضاء المزدوج كفرنسا ومصر، لاسيما وقضاء مجلس الدولة اليوم في العراق يعد صمام أمام للأفراد في حماية حقوقهم وحرياتهم وهو ما بيناه من خلال العلاقة بين القضاءين.

المراجع

اولاً: الكتب

١- الياس أبو عيد، المجلس الدستوري بين النص والاجتهاد والفقه المقارن، ج ٢، دون ذكر دار النشر، ٢٠٠٧.
٢- حسان محمد شفيق العاني: الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، جامعة بغداد، ١٩٨٦.
٣- خالد محمد المولى، السلطة المختصة بفرض العقوبة الانضباطية على الموظف العام، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، ٢٠١٢.
٤- رقية المصدق، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الدار البيضاء: دار توبقال للنشر، الجزء الأول
٥- ريناد كمال الدين حسن عبد الله، الضبط الإداري في حالة الطوارئ، معهد الدراسات والبحوث، جامعة الدول العربية، القاهرة، ٢٠١٤
٦- د. سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
٧- -د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢
٨- سعد نواف العنزي، الضمانات الإجرائية في التأديب، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧
٩- د. سليمان الطماوي، النظرية العامة في القرارات الإدارية، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، ١٩٧٦.
١٠ -د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، ١٩٥٤.
١١- د. صلاح الدين أحمد جودة، الرقابة القضائية، على التعيين في الوظائف العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
١٢- د. صلاح الدين فوزي، المبادئ العامة غير المكتوبة في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
١٣- د. صلاح العطيفي، نظام التأديب للعاملين بالقطاع العام فقهاً وقضاءً، مطبعة السلام الحديثة، ١٩٧٩.
١٤- د. عبد الغني بسيوني، القضاء الإداري، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
١٥- د. عبد القادر باينه: القضاء الإداري الأسس العامة والتطور التاريخي، دار توبقال للنشر، المغرب، ١٩٨٥

١٦- د. على نجيب حمزة، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٧

١٧- د. مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، من دون دار نشر ولا سنة طبع.

١٨- د. ماهر صالح علاي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٩٦

١٩- د.عادل السعيد محمد أبو الخير، البوليس الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة.

٢٠- عادل الحياري: القانون الدستوري والنظام الدستوري، منشاة المعارف، الإسكندرية.

٢١- علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، دار الثقافة، الجزء الأول، ٢٠١١.

٢٢- عمار بوضياف، محاضرات في القانون الإداري، مدخل لدراسة القانون الإداري (الدنمارك الأكاديمية العربية المفتوحة، ٢٠١٠

٢٣- فتحي عبد النبي الوحيدي: التطورات الدستورية في فلسطين ١٩١٧- ١٩٩٥، منشورات جامعة الأزهر، كلية الحقوق، الطبعة الثانية، ١٩٩٦.

٢٤- ماهر محمد المومني، الحماية القانونية للبيئة في المملكة الاردنية الهاشمية، ط١، دار المطبوعات والنشر عمان، ٢٠٠٤.

ثانياً: الاطاريح والرسائل

١-حمدي الزهيري، انتهاء الوظيفة العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٨.

٢- خليفة خالد موسى، التأديب في الوظيفة العامة وعلاقته بقانون العقوبات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، ١٩٩١.

٣- سلطان بن سالم العزيزي، النظام القانوني للتأديب الإداري وفقاً لقانون الخدمة المدنية رقم ٨/ ٨٠ في سلطنة عمان، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ٢٠٠٤

٤- عبد الفتاح محمد ابو زيد الشرقاوي، التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، من دون ذكر سنة نشر.

٥- فادي نعيم علاوته، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، رسالة ماجستير جامعة النجاح، ٢٠١١.

ثالثا: البحوث

١- د.إبراهيم معوض، الرقابة القضائية على ملائمة القرارات التأديبية، تعليق على حكم، مقالة بمجلة العلوم الإدارية، السنة الخامسة، العدد الثاني، كانون الأول، ١٩٩٣

٢- د. السيد محمد إبراهيم، الرقابة القضائية على الملائمة في القرارات التأديبية، مجلة العلوم الإدارية، العدد الثاني، ١٩٦٣.

٣- حنان جمال، رقابة التناسب في اجتهاد القضاء الإداري، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، لبنان

٤- د. عادل الطبطبائي، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفة، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة السادسة، العدد الثالث ١٩٨٢.

٥- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد التاسع، العدد الأول والثاني، ١٩٩٠

٦- د. فاروق أحمد خماس، محكمة القضاء الإداري في ضوء القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد التاسع، العدد الأول، والثاني، ١٩٩٠

٧- مجلة العدالة، العدد الثالث، (تموز – آب – أيلول)، ٢٠٠١

رابعاً: القوانين والقرارات

١- قانون انضباط موظفي الدولة رقم (٤١) لسنة ١٩٢٩

٢-قانون الخدمة المدنية رقم (١٠٣) لسنة ١٩٣١

٣- قانون التنظيم القضائي رقم (١٠٦) لسنة ١٩٧٩ المعدل

٤- قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٦

خامساً: الكتب الاجنبية

1- Bertrand Mathieu Michel Verpeau ،Contentieux constitutionnel de droits fondamentaux.
2- Gilles Lebreton ،Libertés publiques et droits de l'homme ،Ed. Dalloz ، Paris ،7e éd. ،2005.

سادساً: المواقع الالكترونية

1-www.maj.gov.iq/view.1232
2-www.iraqfsc.iq