



YAKIN DOĐU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĐİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

**FİZİKSEL SALDIRGANLIK TEORİSİ VE İRAK'TAKİ UYGULAMALARI
KARŞILAŞTIRMALI BİR ÇALIŞMA**

MUSHEER SULAIMAN MUSHEER

Yüksek Lisans Tezi

NICOSIA
2022



جامعة الشرق الأدنى
معهد الدراسات العليا
كلية الحقوق / قسم القانون العام

نظرية الإعتداء المادي و تطبيقاتها في العراق
دراسة مقارنة

مشير سليمان مشير

رسالة ماجستير

**FIZIKSEL SALDIRGANLIK TEORISI VE IRAK'TAKI UYGULAMALARI
KARŞILAŞTIRMALI BİR ÇALIŞMA**

MUSHEER SULAIMAN MUSHEER

YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

Yüksek Lisans Tezi

DANIŞMAN

PROF.DR. SANGAR DAWOOD MOHAMMED AMRI

NICOSIA
2022

نظرية الإعتداء المادي و تطبيقاتها في العراق
دراسة مقارنة

مشير سليمان مشير

جامعة الشرق الأدنى
معهد الدراسات العليا
كلية الحقوق / قسم القانون العام

رسالة ماجستير

بإشراف

الاستاذ الدكتور سه نكه ر داود محمد عمرى

KABUL VE ONAY

Musheer sulaiman musheer tarafından hazırlanan "Fiziksel saldirganlik teorisi ve irak'taki uygulamalari karşılaştırmali bir çalıřma" bařlıklı bu çalıřma, 18/02/2022 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda bařarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiřtir

JÜRİ ÜYELERİ



Prof. Dr. Sangar Dawood Mohammed Amri (Danıřman)
Yakın Doęu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü



Yrd. Doç. Dr. Ahmad Mustafa Ali (Bařkan)
Yakın Doęu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü



Yrd. Doç. Dr. Tavga Abbas Towfiq
Yakın Doęu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü

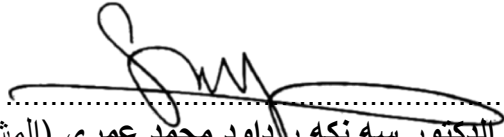


Prof. Dr. K. Hüsnü Can Bařer
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Müdürü

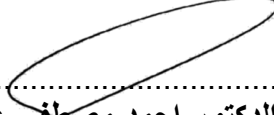
قرار لجنة المناقشة

نحن كأعضاء لجنة مناقشة طالب الماجستير مشير سليمان مشير في رسالته الموسومة بـ " نظرية الإعتداء المادي و تطبيقاتها في العراق دراسة مقارنة " نشهد بأننا اطلعنا على الرسالة وناقشنا الطالب في محتوياتها بتاريخ 2022/02/18، ونشهد بأنها جديرة لنيل درجة الماجستير

أعضاء لجنة المناقشة



الاستاذ الدكتور سه نكه رداود محمد عمرى (المشرف)
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق، قسم القانون العام



الاستاذ المساعد الدكتور احمد مصطفى علي (رئيس لجنة المناقشة)
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق، قسم القانون العام



الاستاذ المساعد الدكتورة تافكه عباس توفيق
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق، قسم القانون العام

الاستاذ الدكتور ك. حسنو جان باشير
معهد الدراسات العليا
المدير

BİLDİRİM

Ben **Musheer Sulaiman Musheer** olarak beyan ederim ki **Fiziksel saldirganlik teorisi ve irak'taki uygulamalari karšılařtirmali bir çalıřma**, bařlıklı tezi '**Prof.Dr.Sangar Dawood Mohammed Amri**' nin denetimi ve danıřmanlıęında hazırladıęımı,tezin tamamen kendi çalıřmam olduęunu ve her alıntıya Sosyal Bilimler Enstitüsünün tez yazım kurallarına baęlı kalarak yaptıęımı taahhüt ederim. Tezimin kaęıt ve elektronik kopyalarının Yakın Doęu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arřivlerinde saklanmasına izin verdięimi onaylarım.

Bu Tez benim kendi alıřmamdır. Bu tezde yer alan tüm iddia, fikir, yorum, öneri ve çevirilerin sorumluluęu yazar olarak bana aittir.

Baęlı olduęum Sosyal Bilimler Enstitüsü hiçbir kořul veya řart altında, tezin içerięini ve bilimsel sorumluluęunu tařımamaktadır. Yapılan ve yayınlanan çalıřmaların tüm sorumlulukları yazar olarak bana aittir.

- Tezimin tüm içerięine heryerden eriřilebilir.
- Tezimin içerięine Sadece Yakın Doęu Üniversitesinde eriřilebilir.
- Tezimin içerięine iki yıl boyunca hiçkimse tarafından eriřilemez, eęer bu sürenin sonunda sürenin uzatılmasını talep etmezsem, sürenin sonunda tezimin tüm içerięine heryerden eriřilebilir.

Tarih :

İmza:

Adı ve Soyadı: Musheer sulaiman musheer

الاعلان

أنا مشير سليمان مشير، أعلن بأن رسالتي الماجستير بعنوان **نظرية الإعتداء المادي و تطبيقاتها في العراق دراسة مقارنة**، كانت تحت إشراف وتوجيهات الاستاذ الدكتور سه نكه ر داود محمد عمرى، ولقد أعدتها بنفسى تماماً، وكل اقتباس كان مقيداً بموجب الالتزامات والقواعد المتبعة في كتابة الرسالة في معهد العلوم الاجتماعية. أؤكد بأننى أسمح بوجود النسخ الورقية والإلكترونية لرسالتي في محفوظات معهد العلوم الاجتماعية بجامعة الشرق الأدنى. هذه الرسالة هي من عملي الخاص، وأتحمل مسؤولية كل الادعاءات والأفكار والتعليقات والاقتراحات والنصوص المترجمة في هذه الرسالة هي مسؤولية المؤلف. معهد العلوم الاجتماعية الذي أنتمى إليه ليس له أي تبعية أو مسؤولية علمية تحت أي ظرف من الظروف، جميع مسؤوليات المصنفات المنشورة المنشورة تخصني كمؤلف.

- المحتوى الكامل لرسالتي يمكن الوصول اليها من أي مكان.
- رسالتي يمكن الوصول اليها فقط من جامعة الشرق الأدنى.
- لا يمكن أن تكون رسالتي قابلة للوصول اليها لمدة عامين (2). إذا لم أتقدم بطلب للحصول على الامتداد في نهاية هذه الفترة، فسيكون المحتوى الكامل لرسالتي مسموح الوصول اليها من أي مكان.

تاريخ:

التوقيع:

الاسم واللقب: مشير سليمان مشير

TEŞEKKÜR

Sabrın ve işi tamamlama yeteneğinin kutsanması için önce Yüce Allah'a şükredin ve övün, çünkü Tanrı bu nimetler için övgü olsun. Bu çalışmayı denetlemeyi tercih eden saygın **Prof.Dr.Sangar Dawood Mohammed Amri** teşekkürü ve takdirimi sunuyorum. Ayrıca, çalışmaya devam etmeyi desteklemiş ve buna yardımcı olsak bile, Yakındoğu Üniversitesi'ne yüksek lisans eğitimi alma fırsatı verdikleri için teşekkür ve minnettarlığımı, Sayın Kawar Mousa'ya teşekkür ederim.

شكر وتقدير

انطلاقاً من قوله تعالى: (لئن شكرتم لأزيدنكم)، أحمّد الله تعالى على فضله وكرمه أن منّ على ووفّقني لإنجاز هذه الدراسة فأشكره تعالى وأسأله أن يديم علي فضله ونعمه. ابتداء اشكر الاستاذ الدكتور (سمنگهر داود محمد) على اشرافها على الرسالة وملاحظاتها القيمة والسديدة في مختلف مراحل اعداد الرسالة. كما لا يسعني الا ان اتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان للاستاذة الذين تولوا تدريسي في مرحلة الكورسات وخصوصا الأستاذ الدكتور (أحمد مصطفى علي) فلم يبخل عليّ بالعلم والمساعدة حتى وصلت الى هذه المرحلة فجزاه الله عني خير جزاء.

ÖZ

Fiziksel saldirganlik teorisi ve irak'taki uygulamalari karřılařtirmali bir alıřma

Bu teori, birbirini takip eden içtihat ve yargı görüşlerinin tozlaşması ve bütünleşmesi sonucu bir Latin rahminden doğmuştur, ancak Fransız İhtilaf Mahkemesi'nin doğumundan vi ore vi Fransız yargısı tarafından onaylanıncaya kadar algılar, içtihatlar ve çeşitli sözlü çağrışımlar olarak kalmıştır. 1872'de.

Ancak bu teorinin konusu ne olursa olsun, içerdığı imalar nedeniyle özünü tanımlamak ve kavramını çerçevelemek gerekir. Özellikle uyuşmazlığı çözmeye yetkili yargı merciinin belirlenmesi, onu düzenleyen hukuk kuralları ve yargının bu konudaki yargı yetkisi.

Bu teori, gaiplik, gasp ve fiziksel istismar gibi hukukçular tarafından bilinen gelişmelere ve örtüşen terimlere sahiptir. Yargı yetkisi, XoreXn hukukçular grubu ise bu teorinin bağımsız olmadığını ve XoreXn teorilerle birleştirerek vazgeçilebileceğini görür. (iktidarın gasp edilmesi teorisi, idari karar eksikliği, kişisel hata, temellük gibi). Ancak bu teori – kendisine yöneltilen eleştirilere XoreXn – varlığını sürdürmüştür ve kendine has bir doğası vardır. Onu ilk savunan ve bağımsızlığını onaylayanın, Laumonier-Carriod davasında hükümet komiseri olduğu sırada hukukçu Lavrière olduğuna dikkat edin. Böylece Laverrier'in fiziksel istismar teorisini idari karar eksikliğine bağladığı belirtilmektedir. Ve bir grup hukukçu, "yönetim mülkiyet hakkına veya kamu özgürlüklerine ciddi bir saldırı içeren yasadışı bir maddi eylemde bulunursa, bir gasp fiilinin varlığı" sonucuna varır. Dolayısıyla, bu tanımın, fiziksel istismar teorisinin temel taşlarından biri olan yürütme yönü olan çok önemli bir yönü ihmal ettiği, hukukçuların bir bölümünün ise yürütme işinin doğrudan yönetimini varoluşun ana koşulu

olarak teyit ettiđi belirtilmektedir. Fiziksel istismar; Çünkü geçersiz karar, idari kararın fiziksel bir saldırı olarak nitelendirilmesiyle sonuçlanmaz.

Son olarak, Kahire Asliye Mahkemesi'nin 12/15/1959 tarihli kararının kapsamlı ve bütünüleşik bir tanım verdiđi, “maddi saldırı, yönetimin maddi bir eylemi gerçekleştirirken ciddi bir hata işlemesidir” şeklinde ifade ettiđi belirtilmektedir. Bireysel özgürlüğe veya bir kişinin sahip olduđu paraya saldırıyı içerir ve buna Xlore yönetim geçersiz bir karar uygulamaya çalışırsa, sözde fiziksel saldırıyı gerçekleştirir.”

Anahtar Kelimeler: fiziksel saldırı - hata - yargı yetkisi - kusur yetkisi - yargı mahkemeleri

ABSTRACT

The theory of physical assault and its applications in Iraq, a comparative study

This theory was born from a Latin womb as a result of the pollination and integration of successive jurisprudential and judicial opinions, but it remained perceptions, jurisprudence and various verbal connotations until it was approved by the French judiciary after the birth of the French Court of Dispute in 1872.

But whatever the matter of this theory, it is necessary to define its essence and frame its concept, because of the implications it has; In particular, the determination of the judicial authority competent to resolve the dispute, the legal rules governing it, and the jurisdiction of the judiciary in this regard.

This theory has known developments and overlapping terms by jurists such as the theory of absence, usurp, and physical abuse. Jurisdiction, while the other group of jurists sees that this theory is not independent and can be dispensed with, by merging it with other theories (such as the theory of usurpation of power, lack of administrative decision, personal error, appropriation). However, this theory – despite the criticisms leveled against it – has survived and has its own nature. Noting that the first who defended it, and confirmed its independence, was the jurist Lavrière when he was commissioner of the government in the case of Laumonier-Carriod. From every administrative capacity, and relegates him to the point of physical aggression.” Thus, it is noted that Liverier has linked the theory of physical abuse to the lack of administrative decision. And a group of jurists go to the conclusion that “the existence of an act of usurpation if the administration performs an illegal material act that includes a serious assault on the right of property, or on the freedom of

public liberties.” Thus, it is noted that this definition overlooks a very important aspect, which is the executive aspect, which is a cornerstone in the theory of physical abuse, while a section of jurists confirms the direct management of executive work as a prerequisite for the existence of physical abuse; Because the null decision does not, as a consequence, qualify the administrative decision as a physical assault *Voice de fate*.

Finally, it is noted that the ruling of the Cairo Court of First Instance issued on 12/15/1959 gave a comprehensive and integrated definition, as it affirmed that “the material assault is the management’s committing a grave mistake while carrying out a material act that includes an assault on individual freedom, or on money owned by an individual, and accordingly If the administration tries to implement a null decision, it commits what is called a physical assault.”

Keywords: physical assault - error - jurisdiction - defect jurisdiction - judicial courts.

الملخص

نظرية الإعتداء المادي و تطبيقاتها في العراق دراسة مقارنة

لقد ولدت هذه النظرية من رحم لاتيني نتيجة تلقيح الآراء الفقهية والقضائية المتعاقبة وتكاملها، لكنها بقيت تصورات واجتهادات ودلالات لفظية متنوعة حتى أن تم اعتمادها من قبل القضاء الفرنسي بعد ولادة محكمة التنازع الفرنسية عام 1872.

لكن ومهما يكن من أمر هذه النظرية فلا بد من تحديد ماهيتها وتأطير مفهومها، وذلك لما يترتب عليها من آثار؛ ولاسيما تحديد الجهة القضائية المختصة بفض النزاع، والقواعد القانونية التي تحكمها، واختصاصات القضاء بشأنها.

وقد عرفت هذه النظرية تطورات وألفاظاً متداخلة من قبل الفقهاء كنظرية الانعدام والغصب، والاعتداء المادي، لكن بالنتيجة انقسم الفقه إلى قسمين، منهم من يرى أن نظرية الاعتداء المادي هي نظرية مستقلة، وتشكل ركناً أساسياً في قواعد القانون الإداري، وينجم عنها آثار مهمة خاصة من حيث الاختصاص، في حين يرى الفريق الآخر من الفقهاء أن هذه النظرية غير مستقلة بذاتها، ويمكن الاستغناء عنها، وذلك من خلال دمجها مع النظريات الأخرى (كنظرية غصب السلطة، انعدام القرار الإداري، الخطأ الشخصي، الاستيلاء). بيد هذه النظرية – على الرغم من الانتقادات الموجهة إليها – بقيت موجودة لها طبيعتها الخاصة. علماً أن أول من دافع عنها، وأكد استقلاليتها هو الفقيه لافريير عندما كان مفوضاً للحكومة في قضية Laumonier- Carriod: حيث أوضح بتقريره المقدم أمام محكمة التنازع في 1887/5/5 «أن الخطأ الفاحش والاعتصاب الواضح، والاعتداء دون حق على الحقوق الفردية يجرّد القرار من كل صفة إدارية، ويهبط به إلى درجة الاعتداء المادي». وهكذا يلاحظ أن لافريير قد ربط نظرية الاعتداء المادي بانعدام القرار الإداري. ويذهب فريق من الفقهاء إلى أن «وجود عمل من أعمال الغصب إذا قامت الإدارة بعمل مادي غير مشروع يتضمن اعتداء جسيماً على حق الملكية، أو على حرية من الحريات العامة». وهكذا يُلاحظ أن هذا التعريف يُغفل ناحية مهمة جداً هي الجانب التنفيذي الذي يُعدّ ركناً أساسياً في نظرية الاعتداء المادي في حين يؤكد قسم من الفقهاء مباشرة الإدارة العمل التنفيذي بوصفه شرطاً رئيساً لوجود الاعتداء المادي؛ لأن القرار المعدوم لا يؤدي بالنتيجة إلى نعت القرار الإداري بأنه اعتداء مادي

Voie de fait.

وأخيراً يلاحظ أن حكم محكمة القاهرة الابتدائية الصادر في 1959/12/15 قد أعطى تعريفاً جامعاً متكاملأً إذ أكد أن (الاعتداء المادي هو ارتكاب جهة الإدارة لخطأ جسيم أثناء قيامها بعمل مادي يتضمن اعتداء على حرية فردية، أو على مال مملوك لأحد الأفراد، وعلى ذلك فإذا حاولت جهة الإدارة تنفيذ قرار معدوم فإنها ترتكب ما يسمى بالاعتداء المادي).

الكلمات المفتاحية: الاعتداء المادي - الخطأ - اختصاص - عيب الاختصاص - المحاكم القضائية

قائمة المحتويات

.....	قرار لجنة المناقشة
.....	BİLDİRİM
.....	الاعلان
VIII.....	TEŞEKKÜR
IX.....	شكر وتقدير
X.....	ÖZ
XI.....	ABSTRACT
XIII.....	الملخص
XV.....	قائمة المحتويات
1.....	المقدمة
6.....	فصل الاول
6.....	1. ماهية الإعتداء المادي في القانون الإداري
6.....	1.1 مفهوم نظرية الإعتداء المادي
6.....	2-1 : تعريف الإعتداء المادي
7.....	3-1 : عناصر الإعتداء المادي
8.....	4-1 : الإختصاص القضائي في إطار الإعتداء المادي:
9.....	5-1 : تمييز الإعتداء المادي عن بعض المفاهيم
9.....	1-5-1 : الإعتداء المادي والغضب

- 11.....2-5-1: الإعتداء المادي والخطأ الشخصي
- 12.....3-5-1 الإعتداء المادي و اعمال الإدارة الخاصة
- 14.....4-5-1 : الإعتداء المادي و اعمال السيادة
- 20.....الفصل الثاني
- 20.....2. آثار فعل الإعتداء المادي
- 20.....1-2 : أختصاص المحاكم القضائية في الإعتداء المادي
- 20.....1-1-2 : أساس أختصاص المحاكم القضائية
- 21.....2-1-2 : طبيعة أختصاص المحاكم القضائية
- 21.....1-2-1-2 : الجهة القضائية المختصة في دعوى الإعتداء المادي
- 24.....3-1-2 : المسؤولية الناشئة عن فعل الإعتداء
- 25.....1-3-1-2 : مسؤولية الموظف
- 29.....2-3-1-2 : مسؤولية الإدارة
- 34.....3-3-1-2 : الجمع بين مسؤولية الإدارة والفرد
- 37.....الفصل الثالث
- 37.....3 : تطبيقات نظرية الإعتداء المادي في العراق
- 37.....1-3 : التعريف بركن الإختصاص في القرار الإداري
- 37.....1-1-3 : التعريف بركن الإختصاص
- 40.....2-1-3 : طبيعة قواعد الإختصاص
- 41.....3-1-3 : عناصر الإختصاص
- 41.....4-1-3 : العنصر الشخصي للاختصاص

- 43.....العنصر الموضوعي للاختصاص 5-1-3
- 45.....العنصر الزمني للاختصاص 6-1-3
- 46.....العنصر المكاني للاختصاص 7-1-3
- 47.....عيب الإختصاص 2-3
- 48.....صور عيب الإختصاص 1-2-3
- 48.....عيب الإختصاص البسيط 1-1-2-3
- 50.....إغتصاب السلطة 2-2-3
- 53.....النتائج المترتبة على عيب الإختصاص 3-3
- 56.....موقف القضاء الإداري العراقي من عيب الإختصاص 1-3-3
- 59.....الخاتمة
- 62.....قائمة المصادر
- 71.....تقرير الاستيلاء

المقدمة

أولاً : مدخل تعريف بموضوع البحث :-

يترتب عن تنفيذ الإدارة للقرارات المنعدمة تجريد التصرف من الوصف الإداري ونزوله إلى مرتبة الفعل المادي، كما إن خطأ الإدارة في إجراءات التنفيذ ينتج عنه أيضاً إعتداء مادي وذلك إذا تعلق الأمر بمساس الإدارة بحق الملكية أو حرية أساسية للأفراد.

كثيراً ما تحتاج السلطة العامة في إشرافها على سير المرافق العمومية في تنفيذها لمخططاتها التموية لعقارات، وقد خص المشرع العراقي ينظم قانون خاص و السلطة في حصولها على ما تحتاجه في هذا الصدد، تلجأ عادة إلى اقتناء، وأحياناً قد يوصى لها أو يوهب لها ذلك، من أجل إحمال النقص الذي يواجهه بغية تحقيق الصالح العام، وتتصرف في هذه الحالة كشخص عادي.

يتميز النشاط الإداري بأنه يستهدف تحقيق المصلحة العامة، وحتى يمكن للإدارة تحقيق ذلك فإنه يكون منطقياً الإقرار لها بمجموعة من الإمتيازات، التي تتمتع بها في مواجهة الأفراد وترجح كفتها عليهم، وهي إمتيازات تتسم بطابع السلطة العامة، وبمقتضاها تستطيع الإدارة مثلاً أن تلزم الأفراد بإرادتها المنفردة، وأن تصدر من جانبها وحدها قرارات تكون نافذة من تلقاء نفسها، دون أن تتوقف على قبول الأفراد أو رضائهم بل أنها تستطيع أن تلجأ إلى التنفيذ الجبري بالقوة عند الإقتضاء، وهو ما يتضمن تقبيدا لحقوق الأفراد ومساساً أكيداً بحرياتهم ولما كان الهدف من هذه الإمتيازات، وتلك القيود هو تمكين الإدارة من مباشرة نشاطها، وأداء رسالتها والوفاء بواجباتها حتى تستطيع تحقيق الصالح العام للمجتمع، فإنه يخشى أن تتجاوز الإدارة حدودها في إستخدام إمتيازاتها لغير صالح الأفراد، وترفض الإلتزام بالقيود التي فرضها المشرع عليها، فيقلب نشاطها الذي يراد به الصالح العام إلى نشاط تعسفي يهدر حقوق الأفراد وحررياتهم، ولذلك بات ضرورياً فرض الرقابة على أعمال الإدارة، لضمان عدم خروجها على أحكام القوانين، تأسيساً على ذلك المبدأ الذي غداً من المبادئ الأساسية لقيام الدولة القانونية والركن الرئيسي في تمييزها عن الدولة البوليسية، أو الإستبدادية ألا وهو مبدأ المشروعية.

وإن الإعتداء المادي الذي تمارسه الإدارة هو إعتداء على القانون، في تصرف ينطوي على مخالفة صارخة لمبدأ المشروعية، سواء في ما يخص الغصب أو المساس بإحدى الحريات الفردية، المكفولة بموجب الدساتير والمواثيق الدولية.

والإعتداء المادي في الأصل لم يكن نظية إبتدعها القضاء العراقي، للإلتفاف على المنع القانوني القاضي بعدم جواز عرقلة عمل الإدارة، من طرف القضاء، ومفهوم تلك النظرية، إن الإدارة كلما أتت

عملا ماديا عديم الصلة بالقانون، الا ونزعت عن نفسها الصبغة الإدارية مما يجب معه معاملتها و الخواص سواء بسواء.

ويعد القرار الإداري أحد امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة وتستمدّها من القانون العام ، فبواسطته تستطيع الإدارة بأرادتها المنفردة – على خلاف قواعد القانون الخاص – إنشاء حقوق أو فرض التزامات، وذلك بهدف حماية المصالح العامة والتي يجب تغليبها على المصالح الفردية الخاصة. هذا ومن الأهمية بمكان تعريف القرار الإداري لتمييزه عن غيره من الأعمال القانونية الأخرى فهو (عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة إحدى السلطات الإدارية في الدولة ويحدث أثراً قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم). ويعتبر القرار الإداري نشاطاً مهماً من أنشطة السلطة الإدارية وله أركان خمسة وهي (الإختصاص، الشكل، المحل، السبب، الغاية) وتلك الأركان تعد جسداً للقرار الإداري وتمثل أيضاً حدوداً لا يجوز للإدارة مخالفتها وإلا فإن قراراتها تكون مشوبة بعيوب تفتح أبواب الطعن بها أمام القضاء الإداري.

ثانياً : أهمية الدراسة

تعتبر نظرية الإعتداء المادي من أهم نظريات القانون الإداري، وذلك لنمائها بموضوع الحريات والحقوق الأساسية للأفراد، وبالرغم من الجدل الذي ثار بشأن هذه النظرية، إلا أن هناك اتفاق لدى الفقه وعلى صعيد القضاء أيضاً بشأن عناصر الإعتداء، إذ لا يكفي لثبوت الإعتداء المادي وجود قرار إداري فقط، وإنما يجب تنفيذ هذا القرار أو تهديد المعني به. وإن قواعد الإختصاص هي التي تعين الهيئات العامة التي تملك سلطة البت في الشؤون العامة، وإن لقواعد الإختصاص أهمية بالغة في تحديد المسؤوليات، فإذا ما وقع خطأ اداري أستوجب المساءلة، ولولاها لشاعت المسؤولية وأستعصت على التحديد مما يؤدي إلى وقوع المزيد من الأخطاء التي تؤثر بالسلب في الأداء الوظيفي بصفة عامة، وتتجسد أهمية أخرى لهذه الدراسة في كون عيب الإختصاص الجسيم خصوصية تميزه عن بقية أوجه عدم المشروعية التي تصيب القرار الإداري، لأن الفقه و القضاء قد رتب على القرار الإداري المعيب عيب الإختصاص الجسيم أثار منها ما يتعلق بالإدارة ومنها ما يتعلق بالأفراد وما يتعلق بالقضاء.

وأيضاً يسلط الضوء على قواعد الإختصاص الشخصي في القرار الإداري والتي تعطي الصلاحية القانوني للسلطة الإدارية لإصدار قرار اداري دون غيرها من السلطات، وبهذا فهي تضمن مصلحة الإدارة وذلك لأن موظفيها يكونون علي بينة فيما يصدر عنهم من نشاط بموجب الصلاحيات القانوني المقررة لكل منهم دونان يكون هناك تداخل في الإختصاصات هذا من جهة، ومن جهة أخرى فأنها تضمن مصلحة

الأفراد إذ بإمكانهم معرفة النشاط الذي يصدر عن موظفي السلطة الإدارية الذين يمثلون الدولة ويكون في نفس الوقت ملزماً لهم.

ثالثاً : أشكالية الدراسة وتساؤلاتها

تكمن مشكلة الدراسة في أن نظرية الإعتداء المادي تكتنفها الغموض والصعوبة وعدم الدقة، كما أنها متشعبة من حيث إتصالها بمبادئ القانون الإداري، بالإضافة إلى ما تثيرها النظرية من مسائل وإشكالات بخصوص المسؤولية والتعويض ومدى حق الأفراد في مواجهتها.

في حالة تجاوز الإدارة حدود اختصاصها في إصدار القرارات الإدارية، فإن قراراتها تكون مشوبة بعيوب تفتح ابواب الطعن بها أمام القضاء الإداري، وعلى هذا الأساس فإن جوهر مشكلة هذه الدراسة، تكمن حول القيمة القانونية للقرارات الإدارية المعيبة في الإعتداء المادي، وعدم وجود معيار محدد للتمييز بين عيب عدم الإختصاص البسيط وعيب الإختصاص الجسيم، كما إن المشكلة تظهر في إختلاف مواقف القضاء الإداري في الدولة المقارنة بين التضييق و التوسع في حالات عيب الإختصاص الجسيم وعدم تدخل المشرع بنص يبين فيها هذه الحالات، وكذلك بيان أثر عيب الإختصاص الجسيم على إلغاء القرار ونفاذه وسحبها.

و تبرز اشكالية البحث في "ما هي نظرية الإعتداء المادي في القانون الإداري؟"، وتتفرع عن هذه الاشكالية عدة تساؤلات اهمها :

- ما هي طبيعة نظرية الإعتداء المادي في القانون الإداري؟
- ما هو الاثار المترتب على نظرية الإعتداء المادي واثره في القانون الإداري؟
- ما هو موقف القضاء العراقي من نظرية الإعتداء المادي في القانون الإداري؟

رابعاً : أهداف الدراسة

تتمثل أهداف البحث في تسليط الضوء على نظرية الإعتداء المادي في القانون الإداري الذي يعترض القرار الإداري ورقابة القضاء الإداري عليه، مع تبيان موقف القضاء الإداري العراقي من هذا النظرية وهو النظرية الإعتداء المادي وتطبيقها في العراق.

وتهدف ايضاً إلى بيان أثره في تنظيم العمل الوظيفي و التخصص في مباشرة العمل الإداري، وتحديد المسؤوليات وتحقق السرعة في إنجاز الأعمال الإدارية، وبيان درجات النظرية الإعتداء المادي وإمكانية الأخذ بها في النظام القانون العراقي الماقارن، وكذلك تهدف إلى تحديد الاثار القانونية المترتبة على نظرية الإعتداء المادي في انعدام القرارات الإدارية.

خامساً : فرضية الدراسة

إن هذه الدراسة تطرح أشكالية متعلقة بعدم جواز أي من السلطات احتراماً لتوزيع الإختصاص فيما بينها نظراً للآثار المترتبة على مخالفة ركن الإختصاص في إصدار القرار الإداري. وإن فرضية حدوث الإعتداء المادي تحدث في الحالات التي تتجاوز فيها السلطة على إختصاص سلطة أخرى بحيث لا إختصاص للسلطة الأولى على الإطلاق إي لا يتحقق عيب الإختصاص عندما تتجاوز السلطة الإدارية حدود إختصاص في القانون الإداري، وإنما تمارس إختصاصاً لا يدخل ضمن إختصاصها أصلاً.

سادساً : منهجية الدراسة

أتبعنا في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن، وتم الإعتماد بشكل أساسي على المقارنة بين التشريع العراقي وتشريعات بعض الدول، أهمها الفرنسي و التشريع المصري، كما تناولنا تحليل الأحكام القضائية و الآراء الفقهية المتعلقة بالموضوع للوصول إلى الثغرات و الغموض، إن وجدت، لتسليط الضوء عليها.

و إتخذت الدراسة في بيان مختلف مفردات الموضوع وذلك بتحليل القوانين الإدارية في نظرية الإعتداء المادي في عناصر الإعتداء المادي و الإختصاص القضائي في إطار الإعتداء المادي و تمييز الإعتداء المادي عن بعض المفاهيم و الطبيعة القانونية لأعمال السيادة و أختصاص المحاكم القضائية في الإعتداء المادي و تطبيقات نظرية الإعتداء المادي في العراق وعناصر الإختصاص والعنصر الشخصي والموضوعي والزمني والمكاني وأيضاً النتائج المترتبة على عيب الإختصاص و موقف القضاء الإداري العراقي من عيب الإختصاص و لهذه الدراسة ومن ثم الخروج بنتائج طيبة تخدم المشرع والواقع العراقيين.

سابعاً : هيكلية الدراسة

تم بحث الموضوع وفق خطة مقسمة إلى ثلاثة فصول تسبقها المقدمة، الفصل الاول : ماهية الإعتداء المادي في القانون الإداري ، فيتكون من مبحثين، المبحث الاول : مفهوم نظرية الإعتداء المادي، وهذا المبحث يتكون من اربع مطالب منها، المطلب الأول : تعريف الإعتداء المادي، المطلب الثاني : عناصر الإعتداء المادي، المطلب الرابع : تمييز الإعتداء المادي عن بعض المفاهيم، وهذا المطلب يتفرع الى اربع فروع منها الفرع الاول : الإعتداء المادي والغصب، الفرع الثاني : الإعتداء المادي والخطأ الشخصي، الفرع الثالث : الإعتداء المادي و اعمال الإدارة الخاصة، الفرع الرابع: الإعتداء المادي و اعمال السيادة، الفصل الثاني : اثار فعل الاعتداء المادي، يتكون من مبحثين، المبحث الاول: أختصاص المحاكم القضائية في الإعتداء المادي، يتكون

من مطلبين، المطلب الأول : أساس أختصاص المحاكم القضائية، المطلب الثاني : طبيعة أختصاص المحاكم القضائية، وهذا المطلب يتفرع الى فرعين، الفرع الاول : الجهة القضائية المختصة في دعوى الإعتداء المادي، الفرع الثاني: حدود اختصاص قاضي المستعجلات، المطلب الثالث: المسؤولية الناشئة عن فعل الإعتداء، وهذا المطلب يتفرع الى ثلاث فروع، الفرع الاول: مسؤولية الموظف، الفرع الثاني : مسؤولية الإدارة، الفرع الثالث : الجمع بين مسؤولية الإدارة والفرد، الفصل الثالث : تطبيقات نظرية الإعتداء المادي في العراق، يتكون من ثلاث مباحث، المبحث الاول : التعريف بركن الإختصاص في القرار الإداري، يتطلب الى سبع مطالب منها، المطلب الأول : التعريف بركن الإختصاص، المطلب الثاني : طبيعة قواعد الإختصاص، المطلب الثالث: عناصر الإختصاص، المطلب الرابع : العنصر الشخصي للاختصاص، المطلب الخامس: العنصر الموضوعي للاختصاص، المطلب السادس: العنصر الزماني للاختصاص، المطلب السابع: العنصر المكاني للاختصاص، المبحث الثاني : عيب الإختصاص، يتكون من مطلبين، المطلب الاول : صور عيب الإختصاص، وهذا المطلب يتفرع الى فرع واحد وهو : عيب الإختصاص البسيط، المطلب الثاني : إغتصاب السلطة، المبحث الثالث: النتائج المترتبة على عيب الإختصاص، يتكون من من مطلب واحد وهو : موقف القضاء الإداري العراقي من عيب الإختصاص، وأختتمت الدراسة بأهم الإستنتاجات و التوصيات

فصل الاول

1. ماهية الإعتداء المادي في القانون الإداري

1.1 مفهوم نظرية الإعتداء المادي

عرفت هذه النظرية تطورات وألفاظاً متداخلة من قبل الفقهاء كنظرية الإنعدام والغصب، والإعتداء المادي، لكن بالنتيجة إنقسم الفقه إلى قسمين، منهم من يرى أن نظرية الإعتداء المادي هي نظرية مستقلة، وتشكل ركناً أساسياً في قواعد القانون الإداري، وينجم عنها آثارٌ مهمة خاصة من حيث الإختصاص، في حين يرى الفريق الآخر من الفقهاء أن هذه النظرية غير مستقلة بذاتها، ويمكن الاستغناء عنها، وذلك من خلال دمجها مع النظريات الأخرى (كنظرية غصب السلطة، إنعدام القرار الإداري، الخطأ الشخصي، الإستيلاء)⁽¹⁾. إبتدع القضاء الإداري الفرنسي نظرية الإعتداء المادي في أواخر القرن التاسع عشر⁽²⁾.

تهدف نظرية التعدي إلى توقيع الجزاء على بعض التصرفات الإدارية المشبوهة بعبء و التي تمتاز بالخطورة و الجسامة وتمس بأهم حق و المتمثل في حق الملكية و بالحريات الأساسية للمواطن، إذ ظهرت هذه النظرية لتعامل الإدارة من خلالها معاملة الأفراد، فتحسب منها الإدارة من خلالها معاملة الأفراد، فتسحب منها صفة السلطة العامة وتقاضي في فرنسا أمام القضاء العادي جزاء للتعدي الصارخ الذي إرتكبه على الحريات والحقوق الأساسية للأفراد دون أن يمكن ربط تصرفها بأي نص أو أساس قانوني، ومن هنا قيل في فرنسا بأن القاضي العادي هو حامي الحريات الأساسية للمواطن ضد تعسف الإدارة⁽³⁾.

2-1 : تعريف الإعتداء المادي

اولاً : الفقه :

فقد عرف (دي لوبادير) إن الإعتداء المادي : تكون حالة الإعتداء المادي عندما ترتكب الإدارة أثناء قيامها بنشاط مادي تنفيذي مخالفة جسيمة تمس بحق الملكية أو حرية عمومية⁽⁴⁾.

¹ د.أ. أحمد أجمعون: "حماية القضاء الإداري للملكية العقارية بالمغرب"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة "مواضيع الساعة"، عدد 2008/59، ص: 44.

² د. أحمد مغربي، نظرية الاعتداء المادي في القانون الإداري، مجلة التواصل في الاقتصاد و الإدارة و القانون، العدد 39، سبتمبر، 2014، ص 217

³ د. أحمد مغربي، مصدر سابق، ص 217

⁴) André De Laubadère: Traite elementaire de droit administratif, 5eme edition, Dalloz, Paris, 1984; p512

ويعرفه أيضا (شارل ديباش) بأنه : يكمن الإعتداء المادي في تصرف إداري مشوب بمخالفة جسيمة تمس بحق ملكية أو حرية أساسية(5).

توجد قواسم مشتركة في تعريف الإعتداء المادي و المتمثلة أساساً في عمل من أعمال الإدارة مشوب بمخالفة جسيمة وظاهرة، من شأنه أن يمس بالحريات والحقوق الاساسية ولا سيما حق الملكية.

ثانياً : القضاء

يعرفه مجلس الدولة الفرنسي بأنه : تصرف متميز بالخطورة صادر عن الإدارة، والذي بموجبه تمس هذه الأخيرة بحق أساسي أو بالملكية الخاصة. وبالتالي ينزل التصرف إلى مرتبة العمل المادي مما يخول للقضاء العادي في فرنسا النظر في ذلك. وعرفته محكمة التنازع الفرنسية بأنه : تصرف صادر عن الإدارة لا يمكن ربطه بتطبيق نص قانوني أو تنظيمي(6).

فالإعتداء المادي : هو كل عمل مخالف للقانون مخالفة جسيمة تقوم به الإدارة، بدرجة يتعذر معها القول بأن يعتبر تطبيقاً لقانون أو مرسوم تنظيمي، فهو بذلك مقطوع الصلة بينهما لمساسه بالملكية الخاصة أو الحريات الفردية(7).

3-1 : عناصر الإعتداء المادي

تقوم فكرة الإعتداء المادي على ثلاث عناصر وهي :

أولاً : عمل مادي ناتج عن تصرف تنفيذي تقوم به الإدارة : يشترط في التعدي أن تقوم الإدارة بعمل مادي، والاعمال المادية هي التي لا تستهدف قصداً خاصاً ولا يترتب عليها أثر قانونياً في العلاقات القانونية بصرف النظر عما إذا كان صاحبها يريد النتيجة المادية لتصرفه أولاً يريد لها، وذلك بخلاف الأعمال القانونية التي تتجه إرادة صاحبها إلى أحداث أثر قانوني معين(8). ولتحقق الإعتداء المادي لابد أن نكون بصدد عمل تنفيذي وهذا الشرط كان محل جدل كبير في أوساط الفقه حول ما إذا كان الإعتداء المادي يقوم لمجرد صدور قرار إداري غير مشروع ودون حاجة إلى تنفيذه من طرف الإدارة. حيث إن في هذا الخصوص ذهب بعض الشراح بدعم من محكمة التنازع الفرنسية إلى إن القرار المعيب بعيب جسيم يمكن

⁵) Charle Debbash : Institutions et droit administratif, 3eme edition, Dalloz, Paris, 1992; p354

⁶) بشير بلعيد، القضاء الإستعجالي في الأمور الإدارية، مطابع عمار قرفي، باتنة، 1993، ص 169.

⁷) حيرش أمال، الاعتداء المادي في القضاء الإداري الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع الإدارة المالية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق - بن عكنون، 2012 - 2013، ص 6.

⁸) عبدالمعظم عبدالعظيم جيزة، آثار حكم الإلغاء "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، منشور، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1971، ص 182.

أن يرتب بذاته إعتداء مادي دون حاجة إلى تنفيذه، غير إن الرأي الراجح فقهاً يشترط لقيام الإعتداء المادي وجود عمل تنفيذي صادر عن الإدارة.

4-1 : الإختصاص القضائي في إطار الإعتداء المادي:

النظام القضائي العراقي وسلطة التحقيق إن مجلس القضاء الأعلى : أعيد تأسيس مجلس القضاء إلا على بعد ان تم حله وذلك إستناداً إلى الأمر الصادر من سلطة الائتلاف المنحلة رقم 35 لسنة 2003، وأشار القسم الأول منه بان الغرض من تأسيس مجلس القضاء هو بمثابة الجهاز القضائي الذي يشرف على النظام القضائي ويمارس المجلس وظائفه بشكل مستقل عن وزارة العدل، كما إن القسم الثالث من نفس الأمر قد بين أهم الإختصاصات التي يمارسها هذا المجلس على الاشراف الإداري على القضاء وأعضاء الإدعاء كافة فيما عدا أعضاء محكمة التمييز الإتحادية. وجاء المادة (19/ اولاً) من الدستور العراقي بالنص على أن : "القضاء مستقل ولا سلطان عليه لغير القانون" وكما نصت المادة (87) أن "السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على إختلاف انواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفقاً للقانون" ونصت المادة (88) من الدستور على "القضاء مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة". وبشأن وظيفة التحقيق فقد نصت المادة (1/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 على أن "تحرك الدعوى الجزائية بشكوى شقوية أو تحريرية تقدم إلى قاضي التحقيق أو المحقق أو أي مسؤول في مركز الشرطة أو أي من اعضاء الضبط القضائي من المتضرر من الجريمة أو من يقوم مقامه قانوناً أو أي شخص علم بوقوعها أو باخبار يقدم إلى أي منهم من الإدعاء العام مالم ينض القانون على خلاف ذلك ويجوز تقديم الشكوى في حالة الجرم المشهود إلى من يكون حاضراً من ضباط الشرطة ومفوضيها".

حول قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي سلطة الإتهام لهيئة الإدعاء العام، وسلطة التحقيق لقاضي التحقيق وللمحقق تحت إشراف قاضي التحقيق. وقد تأكد هذا بصورة واضحة عند صدور قانون الإدعاء العام رقم (159) لسنة 1979، حيث وسع من صلاحية عضو الإدعاء العام في مرحلة التحقيق، فأوردت في الباب الثاني مهام الإدعاء العام (المادة 2/ الفقرة 2) وبموجبها أجازت له مراقبة التحريات عن الجرائم وجمع الأدلة التي تلزم التحقيق فيها، وإتخاذ كلما من شأنه التوصل إلى كشف معالم الجريمة.

وأكد القانون في المادة (5) بأن يكون للإدعاء العام حق الإشراف على أعمال المحققين وأعضاء الضبط القضائي، بما يكفل مراعاة تنفيذ قرارات قاضي التحقيق وسرعة إنجازها، وللإدعاء العام الإطلاع على الأوراق التحقيقية وتقديم الطلبات بشأنها وعلى قاضي التحقيق البت في هذه الطلبات خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أيام من تاريخ ورودها إليه.

ويعتمد النظام القضائي في عمله على تطبيق التشريعات العراقية النافذة وفقاً للأصول القانونية المعتمدة في العراق ويجري العمل لموائمة التشريعات الوطنية بما ينسجم مع الإتفاقيات الدولية التي أنضم إليها العراق⁽⁹⁾.

5-1 : تمييز الإعتداء المادي عن بعض المفاهيم

إن تمييز الإعتداء المادي لصيق بمفاهيم أخرى التي تكاد تشتبه معه من جانب أو آخر من حيث الدلالة، كالغضب و الخطأ الشخصي أعمال الإدارة الخاصة وأعمال السيادة ، فإذا كانت هذه المفاهيم تتحد مع نظرية الإعتداء المادي فيما يرتبط بعدم المشروعية، فإن الإختلاف بينهما يكمن في كون الغضب الخطأ الشخصي أعمال الإدارة الخاصة وأعمال السيادة يقع على الإعتداء المادي في القانون الإداري، في حين أن الإعتداء المادي قد يرد على الفرد في القانون الإداري، بل وقد يمس حقا من حقوق الأفراد والجماعات. ويتفرع إلى أربع فروع منها الفرع الأول: الإعتداء المادي والغضب ويليها الفرع الثاني الإعتداء المادي والخطأ الشخصي و الفرع الثالث : الإعتداء المادي و أعمال الإدارة الخاصة و الفرع الرابع و الأخير : الإعتداء المادي و أعمال السيادة سنتناوله في ما يلي :

1-5-1 : الإعتداء المادي والغضب

مصطلح الغضب : هو مصطلح معروف في القانون الإداري، ويشكل نظرية قائمة بذاتها تسمى "نظرية الغضب"، والمقصود به هو أن تستولي الإدارة على عقار مملوك للأفراد، بصفة مؤقتة أو دائمة في غير الأموال المنصوص عليها في القانون⁽¹⁰⁾.

التعريف بنظرية الغضب

التعريف كما هو معلوم ليس شرحاً مفصلاً لما هو عارض وأريء في الظاهرة، وإنما تحديد دقيق لمقومات الشيء المعروف وجوانبه الثابتة و الأساسية.

والتعريف بالشيء من أشق الأمور، وقد أثر عن الرومان قولهم : إن التعريف أمر خطير.

⁹ (الامم المتحدة، اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة او العقوبة القاسية او اللانسانية او المهنية، التقارير

الاولية الاطراف المقرر تقديمها في عام 2012، العراق، 2014 ، ص 5-6

¹⁰ (حيرش أمال، الإعتداء المادي في القضاء الاداري الجزائري، مصدر سابق ، ص 21.

وعلى هذا الأساس، فسنحاول إستعراض بعض التعاريف المتعلقة بالموضوع، ثم نخرج من ذلك – وبعد النقاش و الترجيح والنقد و التحليل – إلى وضع التعريف المناسب. وفيما يلي بعض هذه التعاريف :
عرفه (الدكتور محمود محمد حافظ، 1970) فعل الغضب بقوله : (يوجد عمل من أعمال الغضب إذا قامت الإدارة بعمل مادي غير مشروع، يتضمن إعتداء جسيماً على حق الملكية، أو علة حرية من الحريات العامة)⁽¹¹⁾.

لاشك إن هذا التعريف عرض لعناصر أساسية في الظاهرة وهي : الفعل المادي غير المشروع الإعتداء الجسيم على حق الملكية و الحريات العامة.

ولكن المأخذ الوحيد على التعريف المذمور إغفاله الجانب التنفيذي من النشاط غير التنفيذي المكون للغضب إذ قد تتخذ الإدارة قراراً معدوماً دون أن تجسده في عالم الواقع، فهنا تفتقر هذه النظرية إلى شرط هام هو مباشرة الإدارة العمل التنفيذي، واعتداؤها الفعلي و الواقعي على حقوق الأفراد.
وقد عرفه الفقيه ريفيرو الإعتداء المادي بقوله : (إن الإعتداء المادي يستهدف حماية الأفراد ضد إمتيازات الإدارة في موضوع التنفيذ أو التنفيذ الجبري).

ويمكن القول إن هذا التعريف حدد غاية الإعتداء المادي، وهي حماية الأفراد ضد التنفيذ، ولكنه لم يحدد لنا طبيعة هذا الإعتداء ومقوماته.

وأيضاً عرفه الفقيه لوبادير فعل الغضب على ان (هنالك فعل من أفعال الغضب كلما إرتكبت الإدارة لدى مباشرتها لنشاط مادي تنفيذي عدم مشروعية جسيم يتضمن إعتداء على الملكية، أو على حرية عامة)⁽¹²⁾.
أما الدكتور سليمان محمد الطماوي قد عرف الإعتداء المادي بأن (إرتكاب الإدارة لخطأ جسيم أثناء قيامها بعمل مادي يتضمن إعتداء على حرية فردية، على مال مملوك لأحد الأفراد)⁽¹³⁾.

¹¹ د. محمود محمد حافظ، القضاء الإداري دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص 231.

¹² د. برهان خليل زريق، نظرية فعل الغضب الإعتداء المادي في القانون الإداري، المكتبة القانونية، دمشق، ط1، 2004، ص 25-26.

¹³ د. سليمان محمد الطماوي، النظريات العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، ط3، 1966، ص 364.

1-5-2: الإعتداء المادي والخطأ الشخصي

يقصد بالخطأ الشخصي " الخطأ الذي ينسب إلى الموظف وتتحقق مسؤوليته الشخصية عن هذا الخطأ ويكون وحده مسؤولاً عن الأضرار التي نتجت عنه وذلك بدفع تعويض من ماله الخاص"(14). ويكون الإختصاص في حالة الخطأ الشخصي للمحاكم العادية.

كما ويقصد بالخطأ الشخصي بأنه "خطأ يصدر عن الشخص التابع للجهة الإدارية دون أن يكون للإدارة دور ما في وقوع مثل هذا الخطأ"(15).

يعرف جانب من الفقه القانوني الخطأ الشخصي بأنه "الخطأ الذي يرتكبه الموظف خارج نطاق الوظيفة الإدارية، أو الخطأ الذي يرتكبه داخل نطاق هذه الوظيفة، ويكون مشوباً بسوء نية بقدر كبير من الجسامة"(16).

ويعرف الفقيه الفرنسي (La Ferriere) الخطأ الشخصي بأنه : التصرف الذي تمليه نية سيئة فيحركه الضعف و الكراهية أو الضغينة، مثل هذا التصرف لا يمت للإدارة بصلة، ولا تختص المحاكم الإدارية بنظره فهو عمل شخصي يسأل عنه الموظف أمام المحاكم العادية(17).

أما الفقيه (هوريو) فقد عرف الخطأ الشخصي بمعيار الخطأ المنفصل، ويتحقق ذلك إذا انفصل عمل الموظف عن المرفق، فإذا قصد الموظف تحقيق نية سيئة ورغبة خاصة به، فإنه يأتي عملاً شخصياً، كما يسأل الموظف إذا خرج عن تقاليد الوظيفة(18).

أما افقيه (دوكي) فقد عرف الخطأ الشخصي بإعتماده على عنصر الهدف، وعلى ذلك يرى أن الخطأ الشخصي يكمن في البحث عن الهدف المبتغى من الموظف وليس جسامة الخطأ، إذ يذهب إلى إن الموظف إذا ارتكب خطأ جسيمياً وكان هدفه من ذلك سليماً طبقاً لقصد المشرع فإنه لا يرتكب خطأ شخصياً(19).

¹⁴ (د. محسن خليل، قضاء الإلغاء و التعويض، مطبعة التوني، الأسكندرية، 1992، ص 262.

¹⁵ (د. مجدي مدحت النهري، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية "قضاء التعويض"، دار النهضة العربية، ط2، 1996 - 1997، ص 225.

¹⁶ (أ.د. نواف كنعان، القضاء الإداري، دار الثقافة، عمان، ط6، 2014، ص 215.

¹⁷ (د.إبراهيم طه الفياض، مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها في العراق، دار النهضة العربية ، القاهرة، ط1، 1973، ص 246.

¹⁸ (زهير قدورة، الوجيز في القضاء الإداري، دار وائل، عمان، ط1، 2014، ص 212.

¹⁹ (أ.د.حمدي قبيلات، الوجيز في القضاء الإداري، دار وائل، عمان، ط1، 2010، ص 186.

كما عرفه الفقيه (فالين) واعتمد على العلاقة بين الخطأ و المرفق، بمعنى إنه يجب البحث عما إذا كان الخطأ منفصلاً أو غير منصلاً عن الوظيفة، ويكون الخطأ منفصلاً إذا ارتكب خارج الوظيفة⁽²⁰⁾.
 أما افقيه (جيز) فقد اعتمد على معيار الخطأ الجسيم في تعريفه للخطأ الشخصي وذلك بقوله : يعتبر الموظف مرتكباً لخطأ شخصياً كلما كان الخطأ جسيم يصل إلى ارتكاب جريمة تقع تحت طائفة قانون العقوبات⁽²¹⁾.
 عرف القضاء العراقي الخطأ الشخصي بأنه هو "ذلك الخطأ الذي يأتيه الفرد العمومي بسوء نية، ومثال ذلك كأن يطلب أحد الجنود إدخاله إلى المستشفى إلا أن الطبيب العسكري يرفض ذلك رغم تدهور صحة ذلك الجندي فيموت، فيعتبر خطأ الطبيب شخصياً يلزم مسؤوليته"⁽²²⁾.

3-5-1 الإعتداء المادي و اعمال الإدارة الخاصة

يقصد الإعتداء المادي بصفة عامة، ارتكاب جهة الإدارة لخطأ جسيم أثناء قيامها بعمل مادي يتضمن إعتداء على حرية فردية أو على ملكية خاصة. ويأخذ الخطأ الذي يشوب تصرف الإدارة، بحيث يعتبر عملها مكوناً لإعتداء المادي، إحدى صورتين فما أن يصيب القرار الإداري الذي تصدره جهة الإدارة في ذاته، ويأتي التنفيذ مستنداً إلى هذا القرار المعيب، وأما أن يصيب فعل التنفيذ ذاته بالرغم من سلامة القرار الذي إستندت إليه الإدارة في التنفيذ، وذلك إذا لجأت جهة الإدارة إلى التنفيذ المباشر في غير الحالات المصرح بها قانوناً⁽²³⁾.

ولكن هل يعد هذا الإعتداء المادي خطأ شخصياً من جانب الموظف؟

ذهب البعض إلى انه في غير الحالات التي تعتبر غصباً، فإن الإعتداء المادي يكون خطأً شخصياً يسأل عنه الموظف في ماله الخاص⁽²⁴⁾.

لكن الغالبية إن الإعتداء المادي يختلف عن الخطأ الشخصي، ففي الحالة الأولى ينظر إلى شرعية العمل من الناحية الموضوعية، أما في الحالة الثانية فينظر إلى نية الموظف وسلوكه، كما إن البحث عن الخطأ الشخصي يستلزم المقارنة بين الاهداف المشروعة للوظيفة وتلك التي إبتغاها الموظف فعلاً، أما

²⁰ (أ.د. نواف كنعان، القضاء الإداري، دار الثقافة، عمان، ط6، 2014، ص 217.

²¹ (د.حاتم علي، نظرية الخطأ المرفقي في القانونين المصري و الفرنسي، مطابع أخبار اليوم، مصر، 1986، ص 367.

²² (د.إبراهيم طه الفياض، مصدر سابق، ص 303.

²³ (د. رمزي الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الإدارية"دراسة مقارنة، دار التيسير للطباعة، القاهرة، ط3، 1997، ص 261.

²⁴ (د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 454.

البحث عن الإعتداء المادي فيتطلب المقارنة بين سلطات الموظف المقررة له قانوناً وتلك التي إستعملها فعلاً. كما ذهب البعض أيضاً إنه ليس هناك ثمة صلة بين الإعتداء المادي و الخطأ الشخصي، نظراً لأن افعال الإعتداء المادي تحكمها نصوص القانون المدني في المواد (1382) و (1384)، ومن ثم لا مجال هنا لبحث فكرة الخطأ الشخصي من عدمها.

ومن الواضح اتجاه القضاء إلى عدم جعل التلازم حتمياً بين الخطأ الشخصي وفعل الإعتداء المادي، وقد بدأ هذا التحول بصدور حكم محكمة التنازع الفرنسية عام 1934 الذي يتعلق بقيام عمدة بهدم سور كنيسة، فعلى الرغم من إن المحكمة إعتبرت إن عمل العمدة هو إعتداء مادي إلا أنها أقرت إختصاص القضاء المادي بدعوى التعويض المرفوعة عليه بصفته، فعله خطأ شخصياً.

وعرف القرار الإداري قضاء بأنه إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين و الأنظمة بقصد أحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً. وأن يكون الباعث على إصداره إستيفاء مصلحة عامة، فالقرار الإداري تنظيمياً كان أو فردياً هو عمل قانوني من جانب واحد يصدر بالإرادة الملزمة لإحدى الجهات الإدارية في الدول، بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح في الشكل الذي يتطليه القانون، بقصد أحداث أثر قانوني معين، إبتغاء تحقيق مصلحة عامة، ولا يشترط في القرار الإداري أن يصدر في ضيغة معينة أو شكل معين، بل بتطبيق هذا الوصف ويجري حكمه كلما افصحت الإدارة أثناء قيامها بوظائفها عن إرادتها الملزمة⁽²⁵⁾، دون أن تكون مقيدة بشكل معين تفصح فيه عن هذه الإرادة، مما يحتم القانون إتباع شكل خاص بالنسبة لقرار معين، ولذلك فقد يكون القرار مكتوباً، كما يكون شفهيًا. وإذا صدر القرار الإداري المتمتع بالشرعية والحصانة وهو إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين و اللوائح في الشكل الذي يتطلبه القانون بقصد أحداث أثر قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الباعث عليه تحقيق مصلحة عامة، إلتزمت الإدارة في إصداره حكم القانون، وإستندت في ذلك إلى سبب مشروع، فليس للمخاطب أن يتمتع عن تنفيذه بحجة خطئه أو بطلانه، وما عليه سوى الطعن فيه بالطرق و الأوضاع المحددة قانوناً وخلال الأجال المقررة للطعن في القرار الإداري. وجرى العمل في الدوائر الرسمية في العراق على إطلاق تعبير (الأمر الإداري) على القرار الإداري، وإطلاق تعبير (الأمر الوزاري) على القرار الوزاري الذي يصدره الوزير، وأفتى مجلس شورى الدولة في العراق بأن رئيس مؤسسة الشهداء موظف بدرجة وزير، لذلك فإن الأوامر التي يصدرها هي أوامر إدارية

²⁵ (د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2011، ص 365-366.

وليس أوامر وزارية⁽²⁶⁾. وتتطلب الدعوى المقامة أمام القضاء الإداري وجود قرار إداري صادر من جهة إدارية مختصة لكي يطعن في القرار وإن عدم وجود مثل هذا القرار يوجب رد الدعوى ولا يعد رفض الإدارة التعاقد من القرارات الإدارية، لأنه لا يعبر عن إرادتها كسلطة عامة، وإنما يعبر عن إرادتها في الإمتناع عن التعاقد حالها حال الأفراد، وقد يكون القرار الإداري صريحاً أو ضمناً وقد يكون مكتوباً أو شفهاً، و القرار الإداري الشفهي يحتاج إلى إثبات إصداره فعلاً⁽²⁷⁾.

4-5-1 : الإعتداء المادي و اعمال السيادة

أولاً : مفهوم أعمال السيادة

يقصد بأعمال السيادة تلك الطائفة من أعمال السلطة التنفيذية التي تتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء الإداري أو العادي ولا تكون محلاً للإلغاء أو التعويض أو وقف التنفيذ أو فحص مشروعيته⁽²⁸⁾ وبهذا فهي تمثل خروجاً صريحاً على مبدأ المشروعية. ونظرية أعمال السيادة و الحكومة من صنع مجلس الدولة الفرنسي وقد جاءت وليدة الحاجة ومقتضيات العمل وتأسست في العراق بمقتضى نصوص تشريعية صريحة ومتعاقبة منعت القضاء العادي والقضاء الإداري بعد إنشائه من التعرض لها، في العراق كان الأمر متروكاً للقضاء هو الذي يقرر كون العمل خارجاً عن إختصاصه أو ضمن إختصاصه لحين صدور قانون السلطة القضائية رقم (26) لسنة 1963 والذي نصت المادة الرابعة منه على الآتي : (ليس للمحاكم أن تنظر في كل ما يعتبر من أعمال سيادة الدولة) وصار هذا النص الأساس القانوني الأول لأعمال السيادة في العراق وأخذ بالحكم ذاته قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 حيث نص في مادته العاشرة على أنه (لا ينظر في كل ما يعتبر من أعمال السيادة) وعند صدور القانون رقم (106) لسنة 1989 وهو قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم 1965 لسنة 1979 نص في مادته السابعة البند خامساً على ما يلي (لا تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما يلي :

²⁶ (قرار المجلس رقم 2008/48 في 2008/5/7 قرارات وفتاوى مجلس الشورى الدولي لعام 2008، ص 138-139

²⁷ (د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الاداري، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع ، عمان، 2003، ص 606-

²⁸ (أنور أحمد أرسلان، وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 151.

1- أعمال السيادة وتعتبر من أعمال السيادة المراسيم و القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية، وقد نصت المادة 100 من دستور العراق لسنة 2005 على (يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن) وبذلك نعتقد جازمين إن نظرية أعمال السيادة فقدت أساسها التشريعي في العراق مما دفع المشرع إلى الغاء تقييد ولاية القضاء الإداري بالنسبة لإعمال السيادة بصور القانون رقم (17) لسنة 2013 قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة(29).

وقد حاول الفقه و القضاء وضع تعريف محدد لإعمال السيادة فظهرت طوائف ثلاث الأولى ركزت على عدم خضوع أعمال السيادة للرقابة القضائية بجميع صورها، فعرفها البعض على أنها (طائفة من أعمال السلطة التنفيذية تتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء بجميع صورها ومظاهرها سواء في ذلك رقابة الإلغاء أو رقابة التعويض أو رقابة فحص المشروعية)(30).

والحقيقة إن هذه الطائفة تشمل الجانب الأكبر من محاولات الفقه لتعريف أعمال السيادة إلا إن هذه التعريفات لمتوضح بأعمال السيادة ولم تكشف لنا حقيقة هذه الأعمال وكل ما عملته هو تعريف عمل السيادة بطريقة سلبية معتمدة على النتيجة المتحققة من إكتساب عمل ما لصفة عمل السيادة وهي عدم خضوعه لرقابة القضاء.

ثانياً: الطبيعة القانونية لأعمال السيادة

تختلف المواقف الفقهية والاجتهادية في التكييف القانوني للأعمال التي تعد من أعمال السيادة ، أو من تحديد النظام القانوني الذي تنتمي إليه إلا أن الرأي الراجح في أنها تدخل في طبيعة الحق الراجح للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وأن الحفاظ على حق الحياة مقدم على الحق في سلامة عضو من الأعضاء، حيث يجوز التضحية بالعضو من أجل الحفاظ على مصلحة راجحة، (إن درء المغارم مقدم على جلب المغارم)، و هذا يعني أنها تنتمي إلى مفهوم النظام العام ، ومن ثم فإن تحديد عمل من الأعمال على أنه من أعمال السيادة هو مسألة تكييف تقوم بها المحكمة المرفوعة إليها الدعوى، وتخضع في ذلك لرقابة المحاكم الأعلى ، ولا توجد قائمة أو لائحة تنص على تحديد الأعمال التي تعد من الأعمال السياسية أو

²⁹ (د. ربيع أنور فتح الباب، دور الرقابة على دستورية القوانين في النظم الديمقراطية الحديثة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 204، وينظر : د. محمد رفعت عبدالوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعية الجديدة للنشر، 2007، ص 230.

³⁰ (د. محمود محمد حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري و المقارن، دار النهضة العربية، 1993، ص 53-54.

أعمال السيادة التي يمتنع على المحاكم النظر فيها، ولا عبرة لما تدفع به السلطة التنفيذية بهذا الخصوص، لأن العبرة لطبيعة العمل وليس للوصف الذي تعطيه الحكومة له⁽³¹⁾.

وقد جاء في قرار للمحكمة الدستورية المصرية أنه ((رغم تعذر وضع تعريف جامع مانع لأعمال السيادة فإن أهم ما يميزها عن الأعمال الإدارية العادية هو تلك الصبغة السياسية البارزة فيها...))، وجاء في قرار لمحكمة النقض السورية: ((إن قضايا تعيين الحدود لمعرفة هل كانت المخالفة واقعة داخلها أم خارجها إنما هي من أمور السيادة وتساءل عنها السلطات المختصة ولا يقررها مختار قرية أو رئيس منطقة. هذا ما ذهب إليه المحكمة الدستورية العليا في مصر في جلسة (15) لسنة 1986 في قرار لمحكمة النقض المصرية ((من المقرر في قضاء محكمة النقض أن المحاكم هي المختصة بتقرير الوصف القانوني للعمل الصادر عن السلطات العامة، وما إذا كان يعد من أعمال السيادة، وأن محكمة الموضوع تخضع في تكيفها في هذا الخصوص لرقابة محكمة النقض)) و جاء في قرار للمحكمة الدستورية العليا في مصر ((إن العبرة في تحديد التكليف القانوني لأي عمل تجريه السلطة التنفيذية لمعرفة ما إذا كان من أعمال السيادة أو عملاً إدارياً هي بطبيعة العمل ذاته ، ولا تنقيد المحكمة العليا وهي بصدد أعمال رقابتها على دستورية التشريعات بالوصف الذي يخلعه الشارع على تصرفات الحكومة وأعمالها متى كانت بطبيعتها تتنافى مع هذا الوصف))⁽³²⁾.

أما الأثر المترتب على امتناع الإدارة بتقديم المستندات أمام محاكم القضاء الإداري العراقي فنقول في البدء إن الإدارة لا يجوز لها ان تمتنع عن تقديم ما تكلف به من مستندات متعلقة بالفصل في الدعوى وذلك باعتبار أن والية المحاكم تسري على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة،⁽³³⁾، وإن للمحكمة أن تأمر بموافاتها بهذه المستندات ولو كانت القوانين والأنظمة التسمح بالطالع عليها.

³¹ (حليلة الغازي، الإعتداء المادي وإشكالية نقل الملكية لفائدة الدولة على ضوء العمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماجستير في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي الرباط، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، السنة الجامعية 2011/2012

³² (ناهد بوفتاح، دعوى الإعتداء المادي على الملكية العقارية الخاصة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول وجدة كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، شعبة القانون الخاص، مسلك ماستر قانون العقود والعقار، السنة الجامعية 2010/2011

³³ (المادة (29 و 1/62) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ

و أيضاً الطبيعة القانونية، فهي الحقيقة أو الهوية التي يضيقها الشمرع، أو يسبغها بقوة سلطانه على واقعة محددة، مراعيًا في ذلك، العوامل و الظروف والمصالح والإعتبارات والامتيازات الأخرى التي تدفعه في أسباع، أو إضفاء هذه الهوية على تلك الواقعة.

وفي ضوء هذا التمييز بين الجوهر والطبيعة القانونية بوجه عام، يمكننا تحديد جوهر اللجوء إلى الوساطة القضائية، وهي الوساطة اللاحقة للمطالبة القضائية، إنها حرية عامة، أو رخصة عامة، ما لم يتراضي عليها أطراف النزاع كافة. فإذا تراضوا عليها، أخذت طبيعتها مأخذ الرخصة الإجرائية الخاصة، سواء عرضت الوساطة من قبل المحكمة، إن في مثل حرية التقاضي المادة (29) من قانون المرافعات المدنية العراقي المعدل، أو حرية الطعن في الحكم القضائي طالما كان صدرًا ضد المحكوم عليه (المواد (168) وما يليها من نفس قانون المرافعات المدنية العراقي)، أو حرية ابداء الدفوع على الإيداع (المادة 8) من قانون المرافعات العراقي ولكن تمتاز الحريات الاجرائية كافة عند إستعمالها، أن يتوافر فيها سبب أو مقتضى معين لممارستها. فحرية اللجوء إلى الوساطة القضائية من الخصوم يجب أن تتوقف دائماً إلا غالباً على وجود خصومة قضائية⁽³⁴⁾.

وإلا غن الواقع العملي يفيد إن القضاء قد تجاوز المادة (2/96) من قانون الشركات العراقي باعتبار قرار مسجل الشركات نهائياً، حيث سمح لأعضاء الشركة اللجوء إلى القضاء، بما له من ولاية عامة للنظر في جميع المنازعات، وتأسيساً على حق التقاضي المكفول دستورياً⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾.

ونصت المادة (3) من قانون تنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 على : "تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعة المعنوية، العامة والخاصة، إلا ما أستثنى منها بنص خاص"، مما تكون المحاكم المدنية هي المختصة بنظر المسؤولية المدنية الناشئة عن التزوير التقليدي و الألكتروني ويعرف الإختصاص بمعناه العام هو تعيين الجهة القضائية التي خولها القانون الفصل في المنازعات. ويعد

³⁴ (أكرم فاضل سعيد قصير، المعين في دراسة التأصيل القانوني: لحق الإلتجاء إلى الوساطة كحل بديل للنزاعات المدنية و التجارية، دار المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2018، ص 125-126.

³⁵ (المادة (29) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(83) لسنة 1969 المعدل، والتي تنص على أنه : "تسري ولاية المحاكم على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في المنازعات والجرائم كافة إلا ما أستثنى منها بنص خاص.

³⁶ (د. معن عبدالرحيم عبدالعزيز جويحان، قرارات الهيئة العامة في الشركة المساهمة، دار الحامد، عمان، ط1، 2010، ص

الإختصاص الوظيفي بمعناه العام هو تحديد ما هو اختصاص المحاكم وما هو خارج إختصاصها من نزاعات وإن قواعد الإختصاص الوظيفي من النظام العام ويترتب على كون الإختصاص الوظيفي من النظام العام الآثار الآتية :-

- أولاً : ان المتخاصمين لا يستطيعون أن يتفقوا فيما بينهم على رفع دعوى أمام محكمة الأحوال الشخصية بينما هي من إختصاص محكمة البدأة أو أن يتفقوا على رؤية الدعوة مباشرة لدى محكمة الإستئناف و التمييز.

- ثانياً : إن الإختصاص الوظيفي من النظام العام ويمكن الدفع به في أي مرحلة تكون عليها الدعوى حتى أمام محكمة التمييز(37).

- ثالثاً : إذا كانت المحكمة غير مختصة وظيفياً في نظر الدعوى فلها رد الدعوى من تلقاء نفسها(38).

- رابعاً : للخصم في الدعوى إثارة الدفع بعدم الإختصاص الوظيفي في أية مرحلة كانت عليها الدعوى(39).

- وتتعقد محكمة البدأة من قاض واحد وتختص بالنظر في الدعاوى و الأمور الداخلة ضمن إختصاصها وفقاً لأحكام القانون(40).

و كانت التشريعات المختلفة للدول لم تتناول أعمال السيادة بالتحديد إلا أن المحاكم من خلال الاجتهاد القضائي تلمست بعض الأعمال المنسوبة للحكومة وقالت عنها إنها من أعمال السيادة ، إما من خلال بيان أوصافها، أو من خلال تسميتها بأسمائها، ومنها:

(1) الأعمال المنظمة لعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية : تعد مسائل دعوة الناخبين للإنتخاب، ودعوة البرلمان للإنعقاد وإقتراح مشاريع القوانين من أعمال السيادة.

(2) الأعمال القضائية : تعد أعمال السلطة القضائية وما يلحق بها من أعمال الادعاء العام والضابطة العدلية من أعمال السيادة ، و المبدأ السائد في الفقه والاجتهاد هو عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية ، وإن كان يوجد ميل في الفقه والاجتهاد الإداري الحديث وخاصة في فرنسا يقول بمسؤولية

³⁷ نصت الفقرة (3) من المادة (209) من مرافعات مدنية على انه : "لا يجوز أحداث دفع جديد ولا إيراد أدلة جديدة أمام المحكمة المختصة بالنظر في الطعن تمييزاً، بإستثناء الدفع بالخصومة والإختصاص وسبق الحكم في الدعوى"

³⁸ نصت المادة (77) مرافعات مدنية على أنه : "الدفع بعدم إختصاص المحكمة بسبب عدم ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها. ويجوز إبدائه في اية حالة تكون عليها الدعوى".

³⁹ (القاضي صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية "دراسة مقارنة"، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011، ص 50.

⁴⁰ (تنظر المادة (23) من قانون التنظيم القضائي والمادة (31) من قانون مرافعات مدنية.

الدولة عن أعمال السلطة المشروعة إستنادًا إلى مبدأ العدالة الذي يقول : إنه ليس من العدل في شيء أن يكون هناك شخص مضرور ولا يستطيع أن يراجع القضاء للمطالبة بالتعويض.

(3) عقد المعاهدات الدولية : يعد إبرام المعاهدات والاتفاقات الدولية والانضمام إليها عملاً من أعمال السيادة ، إلا أن مضمونها أو موضوعها ليس بالضرورة أن يكون دائماً متصلاً بالسيادة، إلا أن الاتفاقية المتعلقة بتنظيم إقامة الجيوش وإجراء المناورات العسكرية المشتركة تعد من أعمال السيادة.

(4) إعلان حالة الطوارئ : تعد مسألة إعلان حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية في الظروف الاستثنائية التي تتعرض لها البلاد من الأعمال السياسية السيادية التي يمتنع فيها على القضاء أمر النظر فيها، إلا أن الفقه والاجتهاد مجمع على أن الإجراءات التي تتخذ في سبيل تنفيذ الأحكام العرفية إنما هي إجراءات إدارية وليست سياسية وتخضع لرقابة القضاء(41).

جاء في قرار للمحكمة الدستورية المصرية أنه ((ليس صحيحاً إطلاق القول : إن جميع الاتفاقيات الدولية أيًا كان موضوعها من الأعمال السياسية إن مبدأ الشرعية يجب أن يسود في جميع تصرفات الإدارة، وإذا ما وجدت نفسها أنها بحاجة إلى مخالفة القانون عليها أن تستعين بالسلطة التشريعية لإصدار النص اللازم والمبرر لتصرفاتها حيال الأمر الواقع لا أن تتجاوز قواعد القانون، لأن القانون وجد ليحكم في الظروف العادية وفي الظروف الاستثنائية، ولا مجال لتبرير أعمال الإدارة سواء كانت سلطة إدارية أم سلطة حكم المشوبة بعيب مخالفة القانون لأن إيجاد مثل هذا التبرير يؤدي إما إلى الفوضى أو إلى الاستبداد فإذا ما وجد القضاء أن الوسائل أو الأعمال أو التصرفات التي قامت بها الحكومة تتناسب مع طبيعة الخطر الحال والداهم المهدد لكيان الدولة وأركانها قرر إعلان عدم الإختصاص ، سواء بالاستناد إلى حالة الضرورة أو بالاستناد إلى فكرة أعمال السيادة(42).

41 (عادل عامر، اعمال السيادة بين القضاء الاداري والدستوري، موقع دنيا الوطن، تاريخ نشر : 2017/7/31، لزيادة المعلومات انظر هذا الرابط الالكتروني :

<https://pulpit.alwatanvoice.com/content/print/444367.html>

42 (عادل عامر، مصدر نفسه

الفصل الثاني

2. آثار فعل الإعتداء المادي

فيما يخصّ بالفعل المادي لابد من التشديد على أن الفعل المادي ليس عملاً قانونياً، كالقرار الإداري أو العقد الإداري، بل هو عمل إجرائي يسبق التصرف القانوني كالإجراءات التمهيديّة والتحضيرية لاتخاذ القرار الإداري والتي لا ترقى إلى مستوى القرار الإداري، أو عندما يشوب القرار الإداري عيب جسيم ينال من طبيعته الإداريّة، وينحدر به إلى مستوى القرار المعلوم. وهكذا يمكن القول إن القرار الإداري يستند إلى أفعال مادية سابقة لاتخاذها، أو في حال كان تصرف الإدارة لا يستند إلى مسوّغ قانوني عندها يولد القرار معدوماً لا يرتب أي أثر قانوني. علماً أن وجود القرار المعلوم لا يعدّ فعلاً مادياً إلاّ إذا وضع موضع التنفيذ، لذا ومن هذا المنطلق يستخلص أن الإعتداء المادي يمكن أن يكون بالعيب الجسيم في القرار الإداري غير المشروع، أو أن يكون القرار الإداري المتخذ مشروعاً، لكن عملية تنفيذه كانت في غير محلها القانوني، في هذه الحالة تخضع هذه الأفعال لرقابة القضاء العادي. ينقسم هذا الفصل إلى مبحث واحد وثلاث مطالب ، المبحث الأول :

أختصاص المحاكم القضائية في الإعتداء المادي سنتلوه فيما يلي

1-2 : أختصاص المحاكم القضائية في الإعتداء المادي

تطورت نظرية الإعتداء المادي في أحكام القضاء بعد ما كانت مقتصرة على الأعمال الاستبدادية التي يأتيها الموظف فيخرج بها عن واجبات وظيفته، وأضحت النظرة إلى هذه الفكرة بإعتبارها متضمنة خروجاً جسيماً عن طبيعة عمل الإدارة وتخضع بذلك لإختصاص المحاكم القضائية – العادية، وامتدت إلى أنواع مختلفة من الحقوق والحريات الفردية ثم إلى قوانين الاستيلاء حيث تلجأ الإدارة كثيراً إلى التنفيذ المباشر غير المشروع . وهكذا غدت نظرية الإعتداء المادي نظرية مستقلة لها أصلها التاريخي ولها أساسها الذي تستند عليه، فلا تختلط بغيرها مما قد يشتبّه بها، وهو ما يعبر عنه بمبدأ استقلال نظرية الإعتداء المادي. ويقسم هذا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول : أساس أختصاص المحاكم القضائية، أما المطلب الثاني : أساس أختصاص المحاكم القضائية سنتناوله فيما يلي :

1-1-2 : أساس أختصاص المحاكم القضائية

في الواقع إن درجة الاختلاط الذي يقع بين نظرية الإعتداء المادي وغيرها من النظريات المشابهة يدفع بجانب عريض من الفقه إلى الدعوة للإستعاضة عنها. رغم ذلك فالإعتداء المادي مفهوم أصيل ومستقل بغض النظر عن التقارب والتشابه الذي يجمعه مع بعض المفاهيم الأخرى الشيء الذي يستدعي تحديد ماهيته، قبل أن تنتقل إلى إبراز دور القضاء في دعوى الإعتداء المادي. تجدر الإشارة إلى أن نظرية

الإعتداء المادي يشوبها الغموض والتعقيد إلى درجة الخلط بينها وبين العديد من النظريات المشابهة. من هذا المنطلق فإن انتفاء إحدى العناصر الدقيقة لمفهوم الإعتداء المادي (الفقرة الأولى)، يمكن أن يغير من معالمه ويخلط بينه وبين بعض المفاهيم المشابهة لذلك وجب علينا التمييز بينا (الفقرة الثانية).

2-1-2 : طبيعة أختصاص المحاكم القضائية

إن المحكمة القضائية وفقاً للإختصاصات التي أنيطت بها هي محكمة دستورية، أي أن مهمتها مراقبة دستورية القوانين وكان من الأفضل أن تسمى بالمحكمة الدستورية العليا، وأن تكلف بمراقبة القوانين غير الدستورية ولا تقحم في النظر للموضوعات التي تتعلق بالأنظمة و التعليمات، لأن ذلك من إختصاص محكمة القضاء الإداري ومجلس الشورى الدولة، وحتى لا يكون هناك ازدواج في عمل الهيئات القضائية ومن المفيد أن لا تقتصر عضوية المحكمة على القضاة فقط وإنما الإستفادة الأساتذة المختصين في كليات القانون في هذا المجال(43).

1-2-1-2 : الجهة القضائية المختصة في دعوى الإعتداء المادي

إن إختصاص المحكمة الإدارية العليا هو ممارسة رقابة إلغاء ورقابة تعديل و الحكم بالتعويض(44) فهي تختص بنظر الطعون الصادرة عن محاكم القضاء الإداري ومحاكم قضاء الموظفين فضلاً عن إختصاصها بفض مسائل تنازع الإختصاص الإداري و التنازع حول تنفيذ حكمين مكتسبين درجة البتات(45)، كما إنها رقابة لاحقة على صدور القرار الإداري في حين نجد إن رقابة المحكمة الاتحادية العليا هي رقابة إلغاء دون تعويض(46).

هذا ونجد إن الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا بالقرارات الإدارية يحق فوائد كثيرة للطاعن تفوق الفوائد المتحققة له فيما لو قدم الطعن بشكل مباشر أمام المحكمة الاتحادية العليا ويمكن إجمال هذه الفوائد بالآتي :-

⁴³ (إراس رسول رحمان، الإطار الدستوري لطبيعة نظام الحكم خلال الفترة الانتقالية: (العراق أنموذجاً، المركز العربي للنشر و

التوزيع، مصر - القاهرة، ط1، 2020، ص 286

⁴⁴ (المادة (7/ ثامناً / أ) من قانون مجلس الشورى الدولة التعديل الخامس رقم 17 لسنة 2013

⁴⁵ (المادة (2/ رابعاً / ج) من قانون مجلس الشورى الدولة التعديل الخامس رقم 17 لسنة 2013

⁴⁶ (المادة (93/أولاً) من دستور 2005

1- من حيث اقامة الدعوى : يستطيع الطاعن أمام المحكمة الإدارية العليا ان يقيم الدعوى بنفسه أو ينيب عنه محامياً لهذا الغرض⁽⁴⁷⁾ إذ إن قانون مجلس الشورى الدول المعدل النافذ لم يحدد الإجراءات الواجب إتباعها قبل واثناء نظر المنازعة وجعل قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 وقانون الاثبات رقم (107) لسنة 1979 وقانون اصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971 وقانون الرسوم العدلية رقم 114 لسنة 1981 المرجع بشأن الاجراءات التي تتبعها المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين فيما لم يرد فيه نص خاص في هذا القانون⁽⁴⁸⁾، اما اذا كانت الدعوى مرفوعة امام المحكمة الاتحادية العليا فيجب ان تقام من قبل محام بصلاحيه مطلقة وبلوائح مطبوعه⁽⁴⁹⁾.

2- من حيث وقف القرار : اذا كانت الدعوى مرفوعة امام المحكمة الإدارية العليا يستطيع الطاعن ان يطلب وقف تنفيذ القرار لحين الفصل في موضوع الدعوى اذا كان من المتوقع حصول نتائج يتعذر تداركها والمحكمة تستجيب إلى طلبه عندما تتوثق من توافر الشروط المطلوبة علماً انه لا يوجد نص في قانون المحكمة يجبر ذلك الا ان الهيئة العامة في مجلس شوري الدولة اجتهت في هذا الخصوص⁽⁵⁰⁾.
والحال كذلك في قرارات المحكمة الإدارية العليا كون الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة بذات التشكيل. اصبحت محكمة ادارية عليا فليس بالامكان ان تتراجع عن اجتهادها ولها بناء على طلب المدعي ايقاف تنفيذ العمل الإداري سواء اكان عملاً قانونياً او مادياً متى تسبب في خلق ضرر صعب الاصلاح⁽⁵¹⁾.

3- من حيث صيغة الدعوى : يستطيع الطاعن بالقرار الإداري امام المحكمة الإدارية العليا ان يطالب بالغاء القرار و التعويض عنه اذا قدم طلب التعويض ضمن عريضة الدعوى امام المحكمة المختصة، وبذلك يحصل على مزيتين في آن واحد : الغاء القرار الإداري و الحصول على التعويض، في حين ان الطعن

⁴⁷ (المادة (3) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل النافذ

⁴⁸ (المادة (9 / 11) من قانون مجلس الشورى الدولة التعديل الخامس رقم 17 لسنة 2013.

⁴⁹ (المادة (6 و 20) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم(1) لسنة 2005 النافذ.

⁵⁰ (د. غازي فيصل مهدي، محاضرات القيت على طلبة دكتوراه، بجامعة النهريين، كلية الحقوق، الفصل الثاني للعام الدراسي

(2012- 2013)، ص 25، وانظر : المادة (150) من قانون المرافعات المدنية النافذ.

⁵¹ (د. رياض عبدعيسى الزهيري، دعوى إلغاء القرارات الإدارية في القانون العراقي و المقارن، ط1، بغداد، 2013، ص 61.

امام المحكمة الاتحادية العليا والغاءها للقرار المطعون فيه لعدم توافقه مع احكام الدستور فانه يسري من تاريخ صدور قرار المحكمة وليس قبل ذلك مع عدم اختصاصها بالحكم بالتعويض(52).

4- من حيث درجات القاضي : الطعن تمييزاً امام المحكمة الإدارية العليا يسبقه الطعن امام محكمة قضاء الموظفين او محكمة القضاء الإداري ويسبقها تظلم امام الجهة التي اصدرت القرار(53).

والمقصود بالتظلم التجاء الطاعن بالقرار الإداري إلى الإدارة قاصداً بذلك الغاء القرار الإداري او تعديله او سحبه خلال المواعيد المقررة قانوناً(54).

وان للتظلم فوائد للإدارة و المتظلم و القضاء فهو يعطي الفرصة للإدارة لاعادة النظر بقراراتها المخالفة للقانون ويسهل الطريق على الطاعن و القضاء قبل الولوج في الدعوى الإدارية. وأخيراً يتم الطعن تمييزاً امام المحكمة الإدارية العليا، وبذلك تكون هناك درجتان للتقاضي بمحكمة اولى ومحكمة اخيرة ويسبقهما تظلم. أما عن الطعن امام المحكمة الاتحادية العليا فيكون درجة واحدة فقط ودون ان يسبقه تظلم. ومن كل ما تقدم نرى ان المحكمة الإدارية العليا هي محكمة تقع في قمة هرم القضاء الإداري في العراق، اما المحكمة الاتحادية العليا فهي محكمة دستورية عليا تعلق المحاكم جميعاً.

ويعد صدور دستور العراق 2005 فقد اعاد النص على اختصاصات هذه المحكمة ولم يكن من بينها النظر تمييزاً في قرارات القضاء الإداري بل اقتصر اختصاصها على المسائل التي ينظرها القضاء الدستوري في الغالب من رقابة على دستورية القوانين وتفسير نصوص الدستور وغيرها من الإختصاصات التي أشارت لها المادة (93) من الدستور.

2-2-1-2 : حدود اختصاص قاضي المستعجلات

لايجوز للقاضي المستعجل ان يحكم بتصفية الشركة او تعيين مصف لها لأن التصفية هي قضاء بانها الشركة وستوية مركزها واستخلاص الباقي من رأسمالها لقسمته بين الشركاء وهي بهذه المثابة لا تعتبر كإجراء تحفظي، وانما هو فصل في اصل الحق الامر الذي يخرج عن اختصاص القاضي المستعجل.

⁵² (المادة (2 / رابعاً / ب) قانون مجلس الشورى الدولة التعديل الخامس رقم (17) لسنة 2013.

⁵³ (المادة (7 / أ) قانون مجلس الشورى الدولة التعديل الخامس رقم (17) لسنة 2013

⁵⁴ (المستشار المساعد ياسين طه ويس، عضو مجلس الشورى الدولة، وزارة العدل النظام الاداري الوجوبي في محكمة القضاء الاداري، ط1، 2013، ص 6، وينظر : د. غازي فيصل مهدي، و د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الاداري، مؤسسة النبراس للطباعة و النشر و التوزيع، العراق، النجف الأشرف، ط1، 2012، ص 160

ومأمورية المصطفى تختلف عن مأمورية الحارس القضائي الذي يقتصر عمله كقاعدة عامة، على أعمال الإدارة دون أعمال التصرف.

الا انه يلاحظ ان القاضء المستعجل له ان يحور طلبات الخصوم، ومن ثم قانه يستطيع بما له من السلطة تحويل الطلبات ان يقضى في مثل هذا الطلب في حدود اختصاصه المستعجل بتعيين حارس قضائي يسند اليه مهمة الحراس القضائيين لا مهمة المصفيين، ووجود الشركة في مرحلة التصفية لا تمنع من امكان فرض الحراسة القضائية عليها عند توافر اركان الحراسة المعروفة(55).

وتكون مهمة الحارس اثبات ما تكشف عنه اوراق الشركة وسجلاتها من حقوق وديون وما يصل إلى علم الحارس من ذلك بأي طريق ممكن، حتى يتمكن من حصر الحقوق المالية التي تصلح عنصراً للتصفية، وبخاصة اذا تبين ان عقد تصفية الشركة لم ترد به جميع الديون، وذلك ان مهمة الحارس في هذه الحالة تختلف عن مهمة المصطفى ولا تتعارض معها، فلا تتنافى الحراسة مع قيام التصفية.

ويجب في جميع الاحوال ان يكون الغرض من الحراسة مؤقتاً. اما اذا كان تعيين حارس قضائي، يخفى شيئاً آخر كان يكون الغرض منه تغيير في عقد الشركة او تعديل في الاتفاق الذي يتم بين الشركاء، فلا يجوز اذا كان الغرض من الحراسة هو تغيير الشركة وتحويلها إلى شركة اخرى. او الحد من سلطة المدير المخولة لم بمقتضى عقد الشركة، فلا يجوز الحكم بالحراسة في هذه الحالات، ولو اقتضت مهمة الحارس على مجرد الاشراف على اعمال المدير او الانضمام اليه في العمل، لأن مثل هذا الاجراء يبنى عليه الاخلال بنصوص عقد الشركة. ومهمة الحارس في شركات الاشخاص ادارة اعمال الشركة وفقاً للغرض الذي قامت من اجله، وليس هناك ما يمنع من اقامة نفس ندير الشركة حارساً ينضم اليه حارس اخر يشرف على اعماله ويراقبها اذا كانت طبيعة اعمال الشركة تقتضى ذلك(56)

3-1-2 : المسؤولية الناشئة عن فعل الإعتداء

المسؤولية الناشئة عن فعل الإعتداء المادي إلى ان القضاء العادي هو المختص دون غيره بنظر دعاوى التعويض الناشئة عن افعال الإعتداء المادي، ويتسع نطاق التعويض عن مثل هذه الافعال ليشمل التعويض من الضرر المادي و الادبي، ويطبق القاضي المدني مثل هذا النوع من الدعاوى القواعد المتعلقة

⁵⁵ (المستشار محمد عزمي البكري، الحراسة القضائية في ضوء الفقه و القانون، دار محمود، القاهرة، ط1، 2021، ص 104

⁵⁶ (المستشار محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، دار محمود، القاهرة، المجلد

بالمسؤولية الناشئة التقصيرية، ينقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع منها الفرع الاول عن مسؤولية الموظف، و الفرع الثاني : عن مسؤولية الإدارة اما الفرع الثالث : عن الجمع بيم مسؤولية الإدارة و الفرد سنتناوله فيما يلي:

2-1-3-1 : مسؤولية الموظف

الموظف الفعلي : هو الفرد الذي عين تعيينياً معيباً، او الذي لم يصدر بتعيينه قرار اطلاقاً ومع ذلك تعتبر الاعمال الصادرة عنه سليمة. فالفقه و القضاء قد اقر بصحة التصرفات و الاعمال الصادرة من الموظف الفعلي، عند تحقق اركانها وشروطه، وذلك لديمومة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، و حماية للغير حسن النية، فضلاً عن تحقيق المصلحة العامة(57).

وان تطبيقات الموظف الفعلي تكون في الظروف العادية و الظروف الاستثنائية : فاعمال الموظف الفعلي في الظروف العادية تعتبر صحيحة : استناداً إلى فكرة الاوضاع الظاهرة، و لحماية الاشخاص حسني النية. وهناك بعض النصوص التشريعية التي تجيز في بعض الاحسان للموظفين – و الهيئات الإدارية التي زال عنها التأهيل القانوني – بالاستمرار في اداء مهامها، لحين تسلم الخلف لمهام الوظيفة، وبذلك تعد قراراتها مشروعة. والمثال على زوال التأهيل القانوني : حالات الاستقالة او العزل او التقاعد او فقدان الوظيفة او فقدان الجنسية والعزل و التسريح، وبالتالي : تعتبر تصرفات هؤلاء صحيحة استناداً إلى نظرية الموظف الفعلي(58).

ومن صورته حالة بطلان التولية، كتعيين احد الاشخاص في احدى الوظائف العامة، او انتخاب الاشخاص في احدى الهيئات حيث يمارس الموظف تلك الوظيفة، ثم يتضح بطلان تعيينه او انتخابه. او الموظف الذي فوض تفويضاً غير مشروع، او في حالة بطلان قرار النقل. فالقرارات الصادرة من الموظف تعتبر صحيحة قبل الغاء تعيينه قضائياً او ادارياً، لعدم مشروعية التأهيل القانوني، وذلك استناداً إلى نظرية الموظف الفعلي(59).

57 (د. قيدار عبدالقادر صالح آل سعود، النظام القانوني للموظف الفعلي، أطروحة الدكتوراه، جامعة الموصل، الموصل،

2005، ص 51

58 (د. علي خطار شنطاوي، موسوعة القضاء الإداري، دار الثقافة، عمان، ج2، 2008، ص 743

59 (جورج فوديل، و بيار دلفوفيه، القانون الإداري، ترجمة : منصور القاضي من اللغة الفرنسية إلى اللغة العربية، مجد

المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، ج2، 2008، ص 228.

على هذا تعتبر صحيحة التصرفات القانونية الصادرة عن موظف لم يصدر قرار بتعيينه، كان ينتحل شخص صفة موظف عام، او ان تم تعيينه في الوظيفة لمدة محددة وانتهت تلك المدة. او ان القرار قد صدر من موظف بناء على تفويض - مخالف للقانون - في ممارسة سلطات المفوض منه⁽⁶⁰⁾. وقضت مجلس الشورى العراقي بأن " الاعمال التي يقوم بها تلك الموظف الذي ثبت بأن قرارا تعيينه غير مشروع لانه صادر بالاستناد إلى وثائق مزورة تكون ملزمة للادارة طبقاً لنظرية الاوضاع الظاهرة الموظف الظاهر او الفعلي.."⁽⁶¹⁾.

أولاً: التعويض المادي

ان محكمة القضاء الإداري العراقي لا تختص بالنظر في طلبات التعويض عن الاعمال المادية للادارة بل تم تركها للقضاء العادي، بموجب الفقرة الثامنة من المادة السابعة (البند/أ) من قانون التعديل الخامس رقم 17 لسنة 2013⁽⁶²⁾، لقانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 والتي قد حصرت اختصاص محكمة القضاء الإداري بالنظر في قضايا التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة دون ان يشمل الاعمال المادية للادارة. ونلاحظ كذلك في الاقليم استبعاد الاعمال المادية للادارة من اختصاص المحكمة الإدارية، و السند في ذلك هو ان المشرع الكوردستاني بموجب قانون مجلس الشورى لأقليم كوردستان رقم 14 لسنة 2008 حدد حصراً اختصاص المحكمة الإدارية بنظر دعاوي التعويض، المرفوعة ضد القرارات الإدارية المخالفة للقانون المنصوص عليها في المادة (13/ خامساً) دون النظر في طلبات التعويض عن الاضرار الناشئة من الاعمال المادية للادارة بل تركها للقضاء العادي. ومن هنا فقد تبين لنا ان المشرع في كل من العراق و افليم كوردستان قد اتجه إلى تضيق اختصاصات المحكمة الإدارية حيث تشمل فقط النظر في طلبات التعويض عن القرارات الإدارية المخالفة للقانون دون الاعمال المادية

⁶⁰ (محمود عاطف البناء، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978، ص 71

⁶¹ (م.م. محمد عبدالكريم شريف، اوضاع مشروعية اغتصاب السلطة في القانون الاداري، مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية- اربيل، كوردستان، العراق، المجلد 6، العدد 3، صيف، 2021، ص 609

⁶² (المادة سابعاً الفقرة ثامناً، البند/أ من قانون التعديل الخامس رقم 17 لسنة 2013 لقانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979.

للادارة خلافاً لما هو سائد فر فرنسا ومصر، لذلك ندعو المشرع العراقي و الكوردستاني لتوسيع اختصاصات المحاكم الإدارية لكي تشمل جميع الاعمال الإدارية سواء أكانت اعمالاً قانونية ام مادية(63).
 اما بالنسبة للعراق واقليم كورستان فانه ليست لدينا اية تطبيقات عن القضاء الإداري للتعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن الاعمال المادية للادارة، وان اختصاص النظر في طلبات التعويض عن الاضرار الناتجة عن العمل الإداري تخرج عن اختصاص محكمة القضاء الإداري سواء في العراق او في اقليم كوردستان وقد تركت تلك القضايا للقضاء العادي، لذلك فانه اذا وجدت لدينا اية تطبيقات في هذا المجال فهي من تطبيقات القضاء العادي دون القضاء الإداري(64).

ثانياً: التعويض العيني:

قبل صدور القانون رقم 106 لسنة 1989 التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979، كان القضاء العادي مختصاً بالنظر في طلبات التعويض، وذهب اتجاه إلى انه لا يوجد في نطاق المسؤولية الإدارية في القانون العراقي سوى قواعد المسؤولية المدنية المنصوص عليها من القانون المدني، وان القانون العراقي ساوى بين الافراد و الإدارة في العلاقات القانونية بينهما في كل دعوى تقوم على المطالبة بحق، وان الدولة لا تكون مسؤولة عن الاضرار التي تصيب الافراد بسبب العمل الحكومي الا اذا كان القانون يقر هذه المسؤولية فيها بين الافراد أنفسهم(65).

وذهب اتجاه آخر إلى انه يستفاد من احكام محكمة التمييز في العراق، ان هذه المحكمة ترى ان القضاء العادي يختص بالنظر في المنازعات الإدارية بالإضافة إلى اختصاصه في الخصومات المدنية بين الافراد وان من حق هذا القضاء وهو ينظر المنازعات الإدارية ان يفصل فيها بوصفه قضاء ادارياً وان يطبق في شأنها مبادئ القانون الإداري، فالمحاكم المدنية في العراق غير ملزمة بالفصل في الخصومات

⁶³ (هيمن حسين حمدامين، الضرر المعنوي والتعويض عنه في القانون والقضاء الإداري المقارن: دراسة تحليلية مقارنة، المركز العربي للنشر و التوزيع، مصر - القاهرة، ط1، 2018، ص 117.

⁶⁴ (هيمن حسين حمدامين، مصدر نفسه، ص 120.

⁶⁵ (حامد مصطفى، مبادئ القانون الإداري العراقي، شركة الطبع و النشر الاهلية، بغداد، 1968، ص 174، و ينظر : د. عبدالرحمن نورجان الايوبي، القضاء الاداري في العراق حاضره ومستقبله، دار مطابع الشعب، القاهرة، 1965، ص 226.

الإدارية وفق القانون المدني بل ان لها ان تطبق من القواعد القانونية ما ينسجم مع طبيعة النزاع المعروف امامها(66).

اما بعد صدور القانون رقم 106 لسنة 1989 فيأمل البعض بأن تطبق محكمة القضاء الإداري القواعد الإدارية على قضايا مسؤولية الإدارة عن قراراتها غير المشروعة بخصوص الافراد او الموظفين و الداخلة ضمن اختصاصها، وفيما عدا الحالات الخاصة التي اقام فيها المشرع المسؤولية على اساس المخاطر، فانه اعتبر الخطأ اساسا عاما لمسؤولية الإدارة، اي ان فكرة المخاطر وردت كاستثناء لا يجوز التوسع فيه، و القضاء العراقي لا يأخذ بهذه الفكرة كأساس للمسؤولية الا في حالات نادرة وفي مجال المسؤولية عن الاشياء،لذا يمكن اعتبار المخاطر اساساً ثانياً لمسؤولية الإدارة في العراق(67).

وقد اصبحت محكمة القضاء الإداري بموجب القانون المذكور مختصة بالنظر في التعويض عنالقرار الإداري الذي تضمن خرقاً او مخالفة للقانون او الانظمة او التعليمات او صدر خلافاً لقواعد الإختصاص او كان معيباً في شكله او تضمن خطأ في تطبيق القانون او النظام او التعليمات اوفي تفسيره او فيه اساءة او تعسفاً في استعمال السلطة، فبموجب الفقرة (ط) من البند (ثانياً) من المادة (7) من القانون رقم (65) لسنة 1979 المعدلة بالقانون رقم (106) لسنة 1989(68)، فطلبات التعويض في القانون العراقي ترفع بصفة تبعية لطلبات الالغاء، اما طلبات التعويض بصفة اصلية فلا تختص بها محكمة القضاء الإداري بالنظر فيها، بل تختص محاكم القضاء العادي، في حين ان الاصل في طلبات التعويض عن القرارات

⁶⁶ (أ. ضياء شيت خطاب، محاضرات في مبادئ التنظيم القضائي في العراق، 1986، ص 43-44، وينظر : د. شاب توما منصور، القانون الاداري، الكتاب الاول، دون الطبع، ط1، بغداد، 1980، ص 32-33 وبحثه المعنون (القانون الاداري العراقي واتجاهات محكمة التمييز، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن، العدد 2، السنة الثانية، 1968، ص 103-129.

⁶⁷ (عبدالملك يونس محمد، اساس مسؤولية الادارة وقواعدها، دراسة مقارنة بين نظامي القضاء الموحد و المزدوج، اربيل (العراق)، 1999، ص 251-253.

⁶⁸ (تبنت محكمة القضاء الاداري في الطعن المقدم اليها، ولها ان تقرر رد الطعن او الغاء او تعديل الامر او القرار المطعون به مع الحكم بالتعويض ان كان له مقتضى بناء على طلب المدعي، ويكون قرارها قابلاً للطعن به تمييزاً لدى الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ به واعتباره مبلغاً، ويكون قرار المحكمة غير المطعون فيه وقرار العينة العامة لمجلس شوري الدولة الصادر نتيجة الطعن باتا وملزماً.

الإدارية ان يختص بها القضاء الإداري دون غيره، سواء رفعت بصفة تبعية لدعوى الإلغاء ام بصفة أصلية حتى بعد انتهاء ميعاد رفع دعوى الإلغاء⁽⁶⁹⁾.

ويلاحظ مانص عليه قانون (أمر المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 30 لسنة 2005 وانتقادنا لهذا النص، ولما كان هذا النص لا سند له من الدستور او القانون لذلك تعد المحكمة الاتحادية العليا غاصبة للسلطة القضائية الممنوحة للهيئة العامة لمجلس شورى الدولة. ونرى ان النص الوارد في قانون المحكمة الاتحادية العليا، لا قيمة قانونية له ومن ثم يجب عدم الالتظام به و الالتظام بقانون مجلس شورى الدولة حيث نرى بأن النظر في الطعن باحكام محكمة القضاء الإداري لا يزال معقوداً للهيئة العامة لمجلس شورى الدولة، كما يلاحظ ان الفقرة (ز) من البند (ثانياً / المادة 7) المذكور، نصت (على المتظلم ان يقدم طعنه إلى المحكمة "محكمة القضاء الإداري" خلال ستين يوماً من تاريخ انتهاء مدة الثلاثين يوماً المنصوص عليها في الفقرة (و) من (ثانياً) من هذه المادة، والا سقط حقه في الطعن، ولا يمنع ذلك من مراجعة المحاكم العادية للمطالبة بحقوقه في التعويض عن الاضرار الناشئة عن المخالفة او الخرق للقوانين)⁽⁷⁰⁾.

2-3-1-2 : مسؤولية الإدارة

إن رفع الإعتداء المادي بوضع حل له وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليها يصطدم أحياناً بمنشأة شيدت من طرف الدولة، وهنا تتداخل حماية الملكية الخاصة وضرورة الحفاظ على المال العام (الفقرة الثانية) وكذا مآل الحيابة القانونية للعقار بعد ذلك (الفقرة الأولى)

أولاً: التصحيح القانوني لوضعية العقار المعتدى عليه

إن رفضت إرجاع العقار إلى حالته الأولية بحجة الحفاظ على المرفق العمومي، وإن شيد على عقار الغير بطريقة غير مشروعة. لا يمكن القيام به إلا برفع هذا الإعتداء عن طريق أداء الإدارة للتعويض

⁶⁹ (د. عصام عبدالوهاب البرزنجي، مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الاداري العراقي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون بجامعة بغداد، العددان الاول و الثاني، المجلد 9، 1990، ص 177-178.

⁷⁰ (د. عصمت عبدالمجيد بكر، مجلس الدولة "دراسة قانونية مقارنة عن مجالس الدولة و الهيئات التي تتولى القضاء الاداري وتقديم الاستشارات و الفتاوى القانونية واعداد التشريعات وصياغتها في الدول العربية وتركيا و فرنسا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2010 ، ص 491-492.

المقرر لفائدة مالك العقار المعتدى عليه. ناهيك عن تصحيح تصرفها المخالف للقانون وفق الفصل 35 من الدستور⁽⁷¹⁾. الذي أكد على ان نزع الملكية لا يتم إلا بالطرق القانونية المنصوص عليها.

هذا التوجه صارت عليه الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى من خلال قرارها الصادر بتاريخ (2005/12/25) ومما جاء فيه "أن نقل ملكية عقار إلى الإدارة في إطار نزع الملكية الجبري، لا يتم إلا في إطار المسطرة القانونية المنصوص عليها في القانون المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت، استنادا إلى أحكام الدستور التي تقضي بأن حق الملكية مضمون وأن الإدارة حينما تقوم بالاستيلاء على ملك الغير خارج الإطار القانوني المشروع، فإن عملها هذا يشكل إعتداء ماديا لا يمكن للقضاء أن يكرسه ويضفي عليه طابع المشروعية، وذلك من خلال نقل ملكية العقار المستولى عليه إلى الإدارة المسؤولة عن هذا العمل المادي إثر الحكم بالتعويض عن الرقابة لفائدة المالك⁽⁷²⁾.

هذا الاجتهاد القضائي تم اعتماده مجددا من طرف نفس الغرفة في قرار لها بتاريخ (2009/12/28). ويتضح أن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى ومن خلال هاذين القرارين، قد فرقت بين الحيابة المادية التي انتقلت إلى الإدارة بفعل اعتدائها المادي على ملك الغير، وبين الحيابة القانونية لهذا الاخير، التي لا يمكن نقلها للإدارة إلا إذا تم ذلك وفق للمسطرة والاجراءات القانونية في اطار دعوى نزع الملكية أي عدم جواز نقل ملكية عقار للإدارة على إثر تعويض المالك على الرقبة في دعوى الإعتداء المادي، بحيث يمكن للإدارة إذا ما رغبت في تملك العقار تملكا مشروعاً وحيابته حيابة قانونية، أن تسلك مسطرة نزع الملكية بعد ذلك. أو أن تقوم بإبرام عقد تراضي بينها وبين المالك حسب ما ينص عليه قانون نزع الملكية نفسه. وتجدر الإشارة أن اعتراف القضاء بإمكانية " تصحيح وضعية الإدارة، من معتدية إلى نازعة للملكية، يقابله اعتراف للمعتدى على ملكه بتعويض نتيجة حرمانه من الانتفاع بعقاره، ليس من تاريخ نزع الملكية الذي تم وصفه بإعتداء مادي، وإنما من تاريخ رفع دعوى نقل الملكية. على اعتبار ان المقتضى القانوني الناقل

⁷¹ (ينص الفصل 35 من القانون 7.81 : " الحق في التملك يضمن القانون حق الملكية ويمكن الحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون، إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد. ولا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون

⁷² (حليلة الغازي، الاعتداء المادي وإشكالية نقل الملكية لفائدة الدولة على ضوء العمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2011/2012 ص 108-109.

لملكية العقار لفائدة الإدارة مقابل التعويض المقترح من طرف اللجنة الإدارية للتقييم لا يسقط أبداً حق المدعي في استحقاق تعويض عن احتلال غير قانوني لعقاره خلال الفترة المنصرمة⁽⁷³⁾.

غير أن استقرار القضاء الإداري على هذا الاجتهاد لم يمنع من بروز توجه قضائي جديد يقضي بأن التعويض عن الإعتداء المادي يجب أن يقابلته نقل للملكية في اسم الإدارة المعتدية. وقد استند هذا التوجه بالأساس على قواعد الإثراء بلا سبب. حيث جاء في حيثيات القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 21 ابريل 2011⁽⁷⁴⁾، التي قضت بوجوب تطبيق أحكام الإثراء بلا سبب وبالتالي الحكم بنقل ملكية العقار موضوع الإعتداء المادي الذي تم التعويض عنه إلى الإدارة وذلك لحدوث إثراء في ذمة المالك بحصوله على تعويض مادي دون فقده ملكية العقار المذكور، وافتقار ذمة الإدارة بدفعها مبلغ التعويض دون حصولها مقابل ذلك على ملكية هذا العقار.

ثانياً: اشكالية تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة

من الطبيعي ان يكون الحكم الصادر من القاضي الإداري، سواء كان صادراً لمصلحة الإدارة ام ضدها، قابلاً لطرق الطعن العادي باستئنائه او تمييزه لدى الجهة القضائية الاعلى، فعلى سبيل المثال يكون الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري العراقي غير المطعون في و الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا بنتيجة الطعن التمييزي في دعوى الالغاء باتاً طبقاً لما جاءت في المادة (7 / الثامنة / ج) من قانون رقم 17 لسنة 2013 قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979 و التي تنص "يكون قرار المحكمة غير المطعون فيه وقرارا المحكمة الإدارية العليا الصادر نتيجة الطعن باتاً

⁷³ (ناهد بوفتاح ،دعوى الاعتداء المادي على الملكية العقارية الخاصة ،رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول وجدة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، شعبة القانون الخاص، مسلك ماستر قانون العقود والعقار، السنة الجامعية 2010/2011 ص 65.

⁷⁴ (46 قرار عدد316 في الملف الإداري عدد 471 في 04-02-2009 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 2011/73 ص255، حيث صرح ما عابه الطاعنون على القرار المطعون فيه، ذلك أن المحكمة قضت بتعويض عن فقد المطلوبة ملكية عقارها المعتدى عليه ماديا من طرف الطاعنة، ومع ذلك فضت الحكم بنقل ملكيته لهذه الاخيرة، خلافا لأحكام الإثراء بلا سبب، المتمثلة في نازلة الحل في إثراء المطلوبة عندما قضى لها بالتعويض المذكور مع احتفاظها بملكية نفس العقار موضوع الحكم بالتعويض وافتقار الطاعنة لما حرمت من انتقال ملكية نفس العقار اليها، مما شكل افتقارا مباشرا يقابله إثراء مباشر وتقوم بينهما علاقة سببية مباشرة تتمثل في واقعة واحدة هي السبب المباشر لكل منهما وهو تعويض عن ملكية عقار لم تنتقل ملكيته إلى من حكم عليه بدفعه ،وهو المطالبة المفتقرة ،فكان بذلك القرار المطعون فيه لما لم يقض بنقل الملكية لهذه الأخيرة والحال على ما ذكر فاسد ومعرضا للنقض.

وملزماً"، وهذا ما أقرته كذلك قانون مجلس شورى الاقليم كردستان – العراق رقم (14) لسنة 2008 يجعل القرار الصادر من الهيئة لمجلس شورى الاقليم بنتيجة الطعن باتاً طبقاً لما جاءت في المادة (14- ثانياً) منه و التي تنص "يكون قرار الهيئة العامة الصادر بنتيجة الطعن باتاً".

ومما هو المعلوم ان الحكم القضائي متى صدر فانه يعتبر حجة على ما قضى به وذلك بوضع حد للمنازعات، ولا تنبغي معاودة على القضاء للحفاظ على وحدة الاحكام القضائية وضماناً لعدم التضارب او التناقض بين الاحكام القضائية⁽⁷⁵⁾.

وان اهم اشكالية التي تواجه تنفيذ الاحكام الإدارية هي غياب قانون خاص لتنظيم كيفية هذا التنفيذ واجبار الإدارة على الانصياع للحكم الإداري، فقانون مجلس الشورى الدولة (سابقاً، ومجلس الدولة حالياً)، وكذلك القانون مجلس الشورى لأقليم كردستان – العراق، يخلو من نصوص قانونية خاصة تبين كيفية تنفيذ الاحكام الإدارية الصادرة من محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين، كما ولا توجد نصوص صريحة باحالة إلى قانون معين او القواعد العامة بشأن تنفيذ الاحكام القضائية وانما اكتفى باقرار تنفيذ الاحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري و محكمة قضاء الموظفين وفقاً للقانون حسب ما نصت عليه المادة (7 – عاشرأ) بأنه "تصدر احكام المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين بإسم الشعب وتنفيذ وفقاً للقانون". فعبارة "وتنفيذ وفقاً للقانون" تثير التساؤل عن اي قانون يطبق بشأن تنفيذ الاحكام الصادرة من محاكم القضاء الإداري؟ وما الحكم اذا لمتنفيذ الإدارة الحكم الإداري الصادر ضدها؟ وهل من الممكن تطبيق القواعد العامة للتنفيذ الجبري الواردة في قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980؟ لانه كما هو المعلوم ان هذا القانون لا يتضمن الوسائل اللازمة لجبر الإدارة على تنفيذ الاحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضى به لأن قواعد هذا القانون بالاصل لا تخاطب اشخاص القانون العام الذين يمارسون سلطات الضبط الإداري بهدف حماية النظام العام عن طريق تقييد الحقوق و الحريات الفردية، واتخاذ القرارات الإدارية و التنفيذ المباشر لها وما تتمتع بها الإدارة من الامتيازات في اطار العقود

⁷⁵ (محمود سعد عبدالمجيد، الحماية التنفيذية للاحكام الادارية بين التجريم و التأديب و الالغاء و التعويض، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص 108.

الإدارية تجاه المتعاقد معها وغيرها، مما يطرح اشكالية تنفيذ الاحكام الإدارية في ظل غياب قانون خاص ينظم كيفية تنفيذ هذه الاحكام و الوسائل التي يمكن اللجوء اليها في حالة امتناع جهة الإدارة عن التنفيذ⁽⁷⁶⁾.
وهنا يمارس القاضي الإداري دوراً ي غاية الأهمية في حماية مبدأ المشورية من خلال مهمته في الكشف و الاعلان عن وجود القواعد القانونية، كيف لا وهو من ارسى هذا المبدأ حديثاً بأنه الحارس الامين على مبدأ المشورية.

يستند القضاء الإداري عند انشائه لقواعد القانون الإداري إلى نصوص الدستور، و المبادئ العليا فوق الدستورية، ونصوص المعاهدات الدولية السارية المتعلقة بحقوق الانسان. وما يميز القضاء الإداري عن غيره السرعة في انهاء وفصل الدعاوي، حيث يعتبر ضماناً لحماية حقوق الافراد وحررياتهم و اليسر في الاجراءات.

وبما ان المنازعات الإدارية تختلف عن المنازعات الفردية في طبيعتها مما يقتضي الفصل فيها وفقاً لقواعد ومبادئ مختلفة عن قواعد ومبادئ القانون الخاص نجد بأن القضاء الإداري يتميز بالتخصيص في ايجاد هذه القواعد والمبادئ الإدارية⁽⁷⁷⁾.

ويختلف القضاء الإداري عن القضاء العادي بأن قواعده القانونية لا تتسم بالجمود، فهو الذي يخلقها وهو الذي يفسرها ويستبدلها بغيرها، وهو ليس مجرد قضاء تطبيقي بل هو يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين المرافق العامة و الافراد. ويتميز القضاء الإداري بأنه يحيط احاطة تامة بأكبر قد من الاحكام حتى تكون استنتاجاته أقرب إلى الصحة، وذلك لأنه وبحكم طبيعة الروابط التي يتصدى لها لا يتقيد دائماً بوضع قواعد عامة مجرد بقدر اهتمامه بايجاد الحلول المناسبة⁽⁷⁸⁾.

وان القضاء الإداري في رقابته على اعمال الإدارة يحقق التوازن بين المصلحة العامة و الخاصة وهي مهمة تتطلب الامام بالقانون الإداري وطبيعة المنازعة الإدارية و القدرة على التمييز بين علاقات

⁷⁶ (د. شورش حسن عمر، و أ.م.د. دانا عبدالكريم سعد، اشكالية تنفيذ الاحكام الادارية وضرورة الاصلاح التشريعي في العراق واقليم كردستان - العراق - دراسة تحليلية مقارنة، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية و السياسية - المجلد الثالث - العدد الثاني - سبتمبر 2019 ، مجلة دورية علمية محكمة متخصصة في مجال العلوم القانونية و السياسية تصدر عن كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تليجي بالاغواط، ص 404-405.

⁷⁷ (د. محمود محمد حافظ، القضاء الاداري في القانون المصري و المقارن، منشورات دار النهضة العربية، مصر، 1993 ، ص 8-12

⁷⁸ (د. سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الاداري "دراسة مقارنة"، منشورات دار الفكر العربي، مصر، 1976 ، ص 7-9.

القانون الخاص وعلاقات القانون العام، وهو ما جعل للقانون العام النمو النزايد يوماً بعد يوم حتى أصبحت معظم موضوعاته مستقلة تمام الاستقلال عن القانون الخاص(79).

ويمثل القضاء الإداري الجانب العملي و التطبيقى للقانون الإداري الذي تعد دراسته مجالاً خصباً وميداناً فسيحاً للصراع المتطور بين السلطة و الحرية و المعركة الخالدة بين المصلحة العامة و حقوق الفرد، وتبعاً لذلك تزداد الأهمية العلمية لوجود القضاة المختصين في المنازعات الإدارية الخاصة بعد ازدياد تدخل الدول في كل الميادين التقليدية للنشاط الفردي ومضاعفة واتساع المرافق العامة وتشعب وتنوع وظائفها وتعدد روابط السلطة العامة بالجمهور، فتضاعفت كنتيجة حتمية لكل ذلك فرص الاحتكاك بين الإدارة و الافراد(80).

والقضاء الإداري له وضع خاص ومتميز في مواجهة القانون و الإدارة و الافراد، وهو ما يتطلب اويستلزم تخصصه في الفصل في الدعاوى الإدارية و استقلاله عن جهة القضاء العادي واعداده الاعداد القانوني الجيد حتى يقوم بالدور المهم الذي يوكل اليه(81).

2-3-3-1 : الجمع بين مسؤولية الإدارة والفرد

1- المخاطر :

فقد اطلق الكثير منمفكري القانون العام على هذه المسؤولية اسم المسؤولية على اساس المخاطر او فكرة المخاطر فأصبح منالشائع بينهم استعمال هذا المسمى بجوار تعبير المسؤولية بدون خطأ وتقوم فكرة المخاطر على اساس ان النشاط الإداري اذ يهدف إلى تحقيق الصالح العام تفيد منه الإدارة او الجماعة وقد يحمل مخاطر الاضرار الناتجة عنه الافراد ولذا يجب على الإدارة ان تتحمل هذه المخاطر بتعويض الافراد المضارين لأن، الغنم بالغرم، وان كانت اصل الفكرة في نشأتها قضائية بحتة(82).

⁷⁹ د. عائشة سليمان، اشكالية تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة في مواجهة الادارة، المجلة المغربية للادارة المحلية و التنمية، عدد 72، المغرب، 2007، ص 45-46.

⁸⁰ د. عبدالمنعم محفوظ، علاقة الفرد بسلطة الحريات العامة و الضمانات ممارستها، دار الهناء للطباعة، مصر، المجلد 1 و 2، ط2، ص 16.

⁸¹ د. محمد علي سليمان، القضاء اليمني من عموم الولاية الى التخصص في الرقابة على اعمال الادارة، بحث منشور في اعمال المؤتمر السنوي الثامن لجامعة المنصورة ، مصر بدون سنة طبع، ص 15

⁸² د. عبدالله محمد بن براك بن عبدالمحسن الفوزان، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الإدارية: دراسة مقارنة ، مكتبة القانون و الاقتصاد، الرياض، السعودية، ط1، 2009، ص 348-349

عموماً تعددت المسميات التي نادى بها الفقه لمسؤولية المخاطر للدلالة على مضمون هذه المسؤولية ويرى البعض⁽⁸³⁾، انها جميعاً تعبر في الواقع عن مفهوم واحد هو انعقاد المسؤولية الإدارية خارج نطاق فكرة الخطأ بمعنى انها تنعقد بتوافر ركنين فقط هما الضرر وعلاقة السببية ويرى انه لا يختلف عن معنى المسؤولية دون خطأ.

كما تعددت الآراء ايضاً في تحديد مفهوم المسؤولية المخاطر فقال بعضهم، انها تعني ان فمرة الخطأ مستبعدة تماماً في هذا المقام بل يكفي مجرد اثبات علاقة سببية بين نشاط الإدارة و الضرر المترتب عليه. بينما ذهب رأى آخر إلى ان المخاطر هي مجرد شرط من شروط هذه المسؤولية والتي يكفي لانعقادها ان تتوافر علاقة السببية بين الضرر و نشاط الإدارة المشروع، وفي حين حالة رأي ثالث تقرب هذا المفهوم من خلال عرض تطبيقات مسؤولية المخاطر وانها تنعقد في تصورهم في حالتين : الاولى استناداً إلى المخاطر و الثانية استناداً إلى المساواة امام الاعباء العامة. بينما نجد رابع ذهب إلى انها تلك المسؤولية التي تنعقد بقوة القانون.

بينما ذهب خامس إلى ضرورة الاعتماد على اهمية ركن الضرر في مجال هذه المسؤولية وبناء عليه تعتبر المسؤولية على اساس المخاطر قائمة على اساس ما تثيره من ضرر غير عادي بفرد او جماعة يتجاوز الحدود المألوة للضرر رغم انتفاء تقصير من جانب الإدارة.

ويرى البعض ان كرة المخاطر عي اساس المسؤولية على الاقل ي بعض حالات المسؤولية دون خطأ فليس للإدارة ان يجني ثمار ومغانم نشاطها دون ان تتحمل مغارمه وعلى هذا الاساس امكن تسير عدد من الحالات التي أقر بها القضاء بمسؤولية الإدارة دون خطأ كالأضرار الناجمة الأشغال العامة ومن النشاط الخطر او استعمال اشياء خطيرة. الا ان هذه النظرية قد انتقدت على اساس ان مبدأ المخاطر هو مبدأ غريب عن القانون العام وان النظرية غير واضحة المعالم⁽⁸⁴⁾.

2- فكرة المساواة امام الاعباء العامة :

فاذا كان لا بد من وقوع ضرر معين وراء نشاط الإدارة فليس من العدالة وليس من المساواة في شيء ان يتحمل عبء هذا الضرر بعض الافراد دون غيرهم فيجب ان يتحمل الجميع هذا العبء تحقيقاً لمبدأ المساواة اي مساواة الجميع امام الاعباء العامة وذلك من طريق دفع التعويض إلى المضرور من خزانة الدولة

⁸³ (محمد احمد عبدالمنعم، مسؤولية الادارة اساس المخاطر في القانون الفرنسي و المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق،

جامعة عين شمس، 1415 هـ، ص 185

⁸⁴ (محمد احمد عبدالمنعم، مسؤولية الادارة اساس المخاطر في القانون الفرنسي و المصري، مصدر سابق، ص 554-555.

التي يشترك في تكوينها كل المواطنين عن طريق دفع الضرائب و الرسوم وبذلك نعيد التوازن وتحقيق المساواة بين جميع المواطنين ويتحمل الكل هذا العبء.

3- الجمع بين المخاطر و المساواة امام التكاليف العامة :

فأساس المسؤولية بدون خطأ تقوم في هذه الحالة وفق نظرية الجمع بين فكرة المخاطرة وفكرة المساواة امام التكاليف العامة لصالح عموم المواطنين. بمعنى ان الاساس الذي يفسر بموجبه الحكم على الإدارة بالتعويض للمضرور ورغم عدم وجود خطأ من جانب الإدارة هي فكرة المخاطر وفكرة المساواة بمعناها السابق الذكر اعلاه.

4- المسؤولية بدون خطأ هي الاستثناء :

فعلى الرغم من ان نظرية المسؤولية دون خطأ قد استقرت كنظرية متكاملة فقهاً وقضاءً في فرنسا وطبقها مجلس الدولة الفرنسي بشكل مضطرد الا ان المسؤولية القائمة على اساس الخطأ ظلت وما تزال هي القاعدة العامة وان المسؤولية دون خطأ اعتبرت كاستثناء، اذ استقر القضاء الفرنسي على تطبيقها بشكل استثنائي فتعتبر مكملة لفكرة المسؤولية على اساس الخطأ اي ان تطبيق المسؤولية دون خطأ يكون في الحالات التي يكون فيها الضرر غير عادي وفي حالات استثنائية فقط مما حدا بمجلس الدولة إلى ان يطبقها في حالات دون اخرى(85).

85 (د. عبدالله محمد بن براك بن عبدالمحسن الفوزان، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الإدارية: دراسة مقارنة ، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، ط1، 2009، ص 348- 349

الفصل الثالث

3 : تطبيقات نظرية الإعتداء المادي في العراق

في الواقع يجد الفرد نفسه مضطراً إلى اللجوء إلى القضاء المختص لتطبيق حكم القانون على حالة الإعتداء المادي للإدارة؛ وذلك من خلال رفع دعوى مستعجلة أمام القضاء العادي من أجل صدور حكم بإزالة الضرر عن عاتق الفرد المتضرر من هذا الفعل المادي وتدارك النتائج التي ستحصل نتيجة تعسف الإدارة من دون وجه قانوني بحيث يمتلك القضاء العادي كثيراً من السلطات تجاه هذه الحالات. ومن تطبيقات هذه الصورة أن تشرع الإدارة في تنفيذ قرار لم يصدر، أو أن تنفذ قرار سبق أن ألغاه القضاء الإداري، فيصبح التنفيذ المادي غير مستند إلى أساس قانوني، أو أن يستند التنفيذ على قرار إداري منعدم، وهذه هي الصورة الشائعة للإعتداء المادي. ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين : المبحث الأول : التعريف بركن الإختصاص في القرار الإداري، المبحث الثاني : عيب الإختصاص سنتناوله فيما يلي :

3-1 : التعريف بركن الإختصاص في القرار الإداري

ان مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي ان تكون السلطة التنفيذية مختصة بالوظيفة الإدارية، ومن ثم يتعين ان يصدر القرار الإداري من الجهة الإدارية المختصة قانوناً بإصداره، وترتيباً على ما تقدم سوف نتناول التعريف بركن الإختصاص، وطبيعة قواعد الإختصاص، وعناصر الإختصاص في ما يلي :

3-1-1 : التعريف بركن الإختصاص

يقصد بالإختصاص القدرة القانونية التي يملكها موظف عام او سلطة عامة و التي تخول حق اتخاذ قرار معين⁽⁸⁶⁾. او هو عبارة عن الصلاحية القانونية للقيام بعمل معين او القدرة على اصدار القرار الإداري ممن منحه القانون سلطة اصداره⁽⁸⁷⁾. وفكرة الإختصاص في القانون العام تماثل فكرة الاهلية في القانون الخاص ((لا يسقط حق خزينة الدولة بالتعويض عن الاضرار الا بالابراء و الذي لا يصح الا ممن كان اهلا للتبرع، ولما كان الموظف – مهندس منطقة اشغال بغداد، لا يملك حق التبرع لذا فان اسقاط الموظف المذكور اعلاه حق الخزينة في التعويض غير صحيح))⁽⁸⁸⁾، من حيث ان كلا منهما يعني القدرة على الاتيان بتصرف تترتب عنه آثار قانونية مع ملاحظة الفارق بينهما وذلك في النواحي التالية :-

⁸⁶ (عادل السعيد ابو الخير، القانون الاداري، شركة الجلال للطباعة، الاسكندرية، 2007، ص 103

⁸⁷ (د. شريف يوسف خاطر، القرار الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2008-2009، ص 50

⁸⁸ (قرار محكمة التمييز في العراق رقم 198 / أ / 1969 في 1969/11/10، مجلة القضاء، العدد 4، السنة 24، 1969،

1- أن الغاية من تحديد قواعد الإختصاص هي حماية المصلحة العامة ، في حين تهدف قواعد الأهلية إلى حماية مصلحة الفرد(89).

2- تستند قواعد الإختصاص إلى القانون الذي يبين حدود إمكان مباشرة عمل قانوني معين ، في حين أن قواعد الأهلية تمثل القاعدة العامة وأما عدم الأهلية فهو استثناء(90)، حيث يعتبر كل شخص أهلاً للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته أو يحد منها(91).

3- أن الدافع في تحديد قواعد الإختصاص هو العمل على التخصص وتقسيم العمل بين أعضاء السلطة الإدارية فينتج عنه سرعة إنجاز العمل الإداري وأجادته وسهولة تحديد المسؤولية عند ارتكاب الخطأ ، في حين أن سبب عدم الأهلية يتركز في عدم كفاية النضوج العقلي للشخص(92).

وعلى العموم يمكن تعريف ركن الإختصاص في القرار الإداري، على انه : القواعد التي تحدد الاشخاص او الهيئات، التي تملك ابرام التصرفات(93).

كما يمكن تعريفه، أيضاً، على انه : القدرة القانونية على مباشرة عمل اداري معين، جعله المشرع من سلطة هيئة او فرد آخر، و الجهة المختصة باصدار القرار الإداري، هي الجهة التي خول لها المشرع صلاحية اصداره. فالمشرع يقوم بتوزيع الإختصاصات داخل الاجهزة الإدارية، مراعيًا في ذلك المستويات الوظيفية، وطبيعة الإختصاصات(94).

ويعرف كذلك على انه : الأهلية او القدرة القانونية الثابتة لجهة الإدارة، او الاشخاص التابعين لها، في اصدار قرارات محددة من حيث موضوعاتها، وناطقها المكاني أو الزماني(95).

⁸⁹ د. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دار الفكر العربي - القاهرة، الطبعة الخامسة ، 1984 ، ص280

⁹⁰ د. محسن خليل ، القضاء الإداري اللبناني ورقابته لأعمال الأدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1982، ص517

⁹¹ المادة (93) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل

⁹² د.أ. فؤاد العطار ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، 1963 ، ص531

⁹³ د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، دار الفكر العربي، مصر، ط7، 2006، ص 312

⁹⁴ (أ.د. نواف كنعان، القانون الاداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للطباعة و النشر و التوزيع، الاردن، ط1، 2007، ص 251

⁹⁵ د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، المركز القومي للاصدارات القانونية، ط1، 2008،

ص 49، وينظر أيضاً : أ.د. بوضياف عمار ، القرار الاداري، جسور للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ط1، 2007، ص89

يعرف ركن الإختصاص بأنه : "الصلاحية التي تتمتع بها السلطة الإدارية لاتخاذ اجراء ما او القيام بعمل من الاعمال القانونية"⁽⁹⁶⁾، وبالتالي لا تستطيع السلطات الإدارية اتخاذ قرار اداري مالم يكن اتخاذ مثل هذا القرار داخلاً في اختصاص السلطة التي احدثته⁽⁹⁷⁾.

وعليه، ولكي يكون القرار الإداري صحيحاً ومشروعاً، لا بد ان يصدر ممن يملك الإختصاص باصداره من اعضاء السلطة الإدارية، فاذا صدر القرار من غير مختص باصداره فانه يكون معيباً بعبء عدم الإختصاص، ومعرضاً للإلغاء بمجرد الطعن فيه، ويعد عيب الإختصاص هذا من اول العيوب التي اخذ بها مجلس الدولة الفرنسي للطعن بالالغاء لأهميته⁽⁹⁸⁾. وركن الإختصاص هو الركن الوحيد من اركان القرار الإداري المتعلق بالنظام العام مما يعني ان للقاضي الإداري حق التعرض له من تلقاء نفسه في حالة الطعن على القرار ولو يقم الفرد المدعى باثارته في عريضة دعواه⁽⁹⁹⁾.

ولما كانت قواعد الإختصاص من صميم اعمال المشرع، ترتب عن ذلك اعتبار هذه القواعد من النظام العام، مما ينجز عنه النتائج القانونية التالية :-

- لا يجوز للادارة ان تتفق مع الافراد على تعديل قواعد الإختصاص المقررة في نصوص القوانين، لأن قواعد الإختصاص ليست مقررة لصالح الإدارة. فتتنازل عنها كلما شاءتن ولأن القاعدة العامة تقر انه لا يجوز الاتفاق على امر يخالف النظام العام. كما لا يجوز للادارة ان تتنازل عن اختصاصها المقرر لها قانوناً، أو ان تفوض فيه، الا اذا أجاز لها المشرع ذلك.
- للطاعن صاحب المصلحة، الحق في اثاره الدفع بعدم الإختصاص، كما يجوز للقاضي اثاره هذا الدفع من تلقاء نفسه، في اي مرحلة تكون عليها الدعوى.
- لا يجوز للادارة مخالفة قواعد الإختصاص، بعذر الاستعجال، او بغيره من الاعذار، الا في حالة الظروف الاستثنائية، التي تبرر تلك المخالفة، تحت رقابة القضاء⁽¹⁰⁰⁾.

⁹⁶ (ناصر الزبيدي، سحب والغاء القرارات الادارية في دولة الكويت "دراسة مقارنة"، ط1، جامعة الكويت، 1983، ص 360

⁹⁷ (د. محمد علي آل ياسين، القانون الاداري، ط1، جامعة الكويت، 1999، ص 182

⁹⁸ (احمد عودة الغوييري، قضاء الالغاء في الاردن، دون دار نشر، ط1، 1989، ص 241

⁹⁹ (د. ماهر صالح علاوي الجبوري، القانون الاداري، مطبعة جامعة بغداد، العراق، ط1، 1989، ص 151

¹⁰⁰ (أ.د. نواف كنعان، القضاء الاداري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن، ط1، 2006، ص 251

والاصل ان اصدار القرارات الإدارية تؤثر مباشرة في المراكز القانونية للأفراد لا تنعقد لكل الموظفين العموميين بل لفئة محددة منهم وهي فئة القيادات الإدارية العليا في الوزارات و المصالح العامة و الهيئات العامة ووحدات الحكم المحلي(101).

ويأخذ عدم الإختصاص احدى صورتين، احدهما : عدما لإختصاص الايجابي بل يقوم مصدر القرار باصدار القرار في اختصاص لم يستند اليه، وقد يكون عدم الإختصاص سلبياً بأن يتمتع صاحب السلطة في اصدار القرار اعتقاداً منه انه لا يدخل في نطاق اختصاصه في حين انه مختص به(102).

ومخالفة ركن الإختصاص في اتخاذ القرار الإداري يعد من العيوب التي يعول عليها القضاء الإداري عادة في الغاء القرار الإداري كما سبق تناوله و التي قدتصل إلى اعتبار القرار الإداري كان لم يكن. لذا حظى هذا الركن الاساسي بهذه الاهمية العالية، وشبه بعضهم فكرة الإختصاص في القانون الإداري بفكرة الاهلية في القانون الخاص لأن الفكرتين تتعلقتان بالقدرة على مباشرة تصرف قانوني معين(103).

3-1-2 : طبيعة قواعد الإختصاص

تتميز قواعد الإختصاص عن غيرها من القواعد القانونية بأنها تعد من النظام العام(104) ويترتب على ذلك النتائج الآتية :-

1- للقاضي أثارة الدفع بعدم الإختصاص من تلقاء نفسه إذا بدى له أثناء نظر الدعوى حتى ولو لم يثره الطاعن كسبب للألغاء(105).

2- لرافع الدعوى أن يثير مسألة الإختصاص في أية مرحلة تكون فيها الدعوى ولا يحتج على المدعي في هذا المقام بأنه قدم طلبات جديدة(106).

¹⁰¹ (د. محمد رفعت عبدالوهاب، و د. عاصم احمد عجيلة ، اصول القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 228

¹⁰² (د. عبدالغني بسيوني عبدالله، القانون الاداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، 1988، ص 158

¹⁰³ (أ.د. نواف كنعان، القانون الاداري، الكتاب الثاني، الدار العلمية، دار الثقافة، عمان- الاردن، ط1، 2000 ، ص 252

¹⁰⁴ (قرار مجلس شورى الدولة العراقي رقم (2009/72) في 2009/8/31 - قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام 2009-

وزارة العدل ، ص207 . وفي قرار لمحكمة القضاء الإداري المصرية في القضية رقم 121 / 7 في 1954/3/10 جاء فيه ((أن تحديد السلطة التأديبية أمر يتعلق بالنظام العام لان فيه تحديداً لجهة مختصة)) . ذكره المستشار حمدي ياسين عكاشة ،القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة المصري ،مطبعة أطلس ،القاهرة ،1987، ص413

¹⁰⁵ (د. ماهر صالح علاوي الجبوري ،الوسيط في القانون الأداري ،بلا مطبعة ،2009 ، ص316

¹⁰⁶ (المستشار قاسم عبادي مهدي العامري ،عيب عدم الاختصاص في القرار الأداري ،مجلة القانون والقضاء ،العدد (3)

- 3- لا يجوز للإدارة أن تتفق مع الأفراد على تعديل قواعد الإختصاص أو التنازل عن إختصاص ممنوح لها بموجب القانون إلى جهة أخرى⁽¹⁰⁷⁾، أو أن تضيف إلى إختصاصاتها صلاحيات غير منصوص عليها في القانون ، ذلك لأن قواعد الإختصاص ليست مقررة لصالح الإدارة وإنما شرعت تحقيقاً للصالح العام⁽¹⁰⁸⁾.
- 4- لا يمكن تصحيح القرار الإداري المعيب بعدم الإختصاص بإجازته – التصديق اللاحق عليه – من الجهة الإدارية المختصة قانوناً بإصداره لأنه قرار باطل قابل للألغاء ، علماً أن من حق صاحب الإختصاص إصدار قرار إداري جديد في الموضوع ذاته ، حيث يعتبر نافذاً من تاريخ صدوره⁽¹⁰⁹⁾.
- 5- لا يجوز للإدارة أن تتخذ من المصلحة العامة ومن الاستعجال سبباً لمخالفة قواعد الإختصاص، إلا إذا بلغ الاستعجال حداً من الجسامة يصل به إلى حالة الظروف الاستثنائية⁽¹¹⁰⁾.

3-1-3 : عناصر الإختصاص

ان قواعد الإختصاص تقوم على ان يصدر التصرف ايا كانت مرتبته تشريعاً او نظاماً او قراراً ادارياً، من الجهة المناطبةها دستورياً صلاحية اصدره وفي الحدود المرسومة لها شخصياً وموضوعياً وزمانياً ومكانياً، و تنهض فكرة الإختصاص في المجال الإداري، لكي يكون القرار الإداري صحيحاً يجب ان تتوفر فيه عناصر اربعة : وهي العنصر الشخصي و العنصر الموضوعي والعنصر الزماني و العنصر المكاني سنتناوله فيما يلي :

3-1-4 : العنصر الشخصي للاختصاص

ويقصد به أن يصدر القرار الإداري من الشخص الذي أعترف له المشرع بالصلاحية لأصداره⁽¹¹¹⁾ و عليه يتحدد العنصر الشخصي للاختصاص بقرار تعيين الموظف⁽¹¹²⁾ . إذ يمارس عند تعيينه

¹⁰⁷ (قرار محكمة القضاء الأداري المصرية رقم 496 / 5 ق في 1954/2/1 ذكره المستشار حمدي ياسين عكاشة ،المرجع السابق ، ص413

¹⁰⁸ (د. سامي جمال الدين – المنازعات الأدارية – منشأة المعارف – الألكندرية – 1984 – ص210

¹⁰⁹ (د. عمر محمد الشوبكي ،القضاء الأداري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ، عمان ، 2006 ، ص265

¹¹⁰ (أ.د. نواف كنعان ،القضاء الأداري ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، 2002 ، ص252

¹¹¹ (د. سليمان محمد الطماوي ،النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، الطبعة الخامسة ، 1984، ص 284

¹¹² (((لا يجوز لمن انتخب محافظاً أن يباشر عمله قبل صدور المرسوم الجمهوري بتعيينه)) قرار مجلس شورى الدولة في

العراق رقم 2009/76 في 2009/9/13 – قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام 2009 وزارة العدل – ص251 . وبنفس

المعنى قرار مجلس شورى الدولة في العراق رقم 2008/132 في 2008/11/2 – قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام

2008 – وزارة العدل – ص341 .

الإختصاصات التي يتطلبها شغل المركز الوظيفي حيث تكون محددة قانوناً ، ومن ذلك أن المادة (13) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة 1991 قد حددت السلطة المختصة بإلغاء العقوبات الانضباطية – الواردة في البند (أولاً) من المادة (13) من القانون المذكور – وتتمثل بالوزير المختص ، أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة وهي من الصلاحيات الشخصية المقررة له ، فلا يجوز التنازل عنها أو تفويضها لغيره من الموظفين⁽¹¹³⁾. وقد التزمت بهذا المعنى محكمة القضاء الإداري المصرية فقد جاء في قرار لها ما يلي ((أن القاعدة التي أخذ بها الفقه والقضاء أنه إذا أنيط بسلطة من السلطات الإدارية اختصاص معين بمقتضى المبادئ الدستورية أو القوانين أو اللوائح ، فلا يجوز لها أن تنزل عنه أو تفوض فيه إلى سلطة أخرى لأن مباشرة الإختصاص عندئذ يكون واجباً قانونياً عليها ، وليس حقاً يجوز أن تعهد به لسواها ...))⁽¹¹⁴⁾.

وعنصر الشخصي للاختصاص هنا يقصد به انتماس ابرام المعاهدات وانقاذها الهيئة التي انيط بها صلاحية ذلك، وبالرجوع إلى دستور جمهورية العراق لسنة 2005 نجده قد جعل – شأنه شأن اغلب دساتير العالم – ممارسة هذا الإختصاص مشتركاً بين السلطتين، التنفيذية (مجلس الوزراء ورئيس الجمهورية) و التشريعية (مجلس النواب)، فمجلس الوزراء هو من يملك الحق في التفاوض و التوقيع على المعاهدات⁽¹¹⁵⁾، واما مجلس النواب فيقوم باقرار المعاهدة بما يسمح لرئيس الجمهورية بالمصادقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها وبخلافه يعد مصادقاً عليها⁽¹¹⁶⁾.

وإذا كان الاصل هو ان تمارس الهيئة التي عهد اليها الدستور الإختصاص، الا ان هذا لا يمنع ممارسته من قبل جهات اخرى ولكن في حدود وضوابط معينة حيث يثير الإختصاص الشخصي عدة مسائل اساسية في هذا المجال، الاولى هي التحويل، فالمجلس الوزراء ان يخول غيره صلاحية التفاوض و التوقيع على المعاهدات، استناداً إلى المادة (80/سادساً) من الدستور فله ان يخول الوزير المختص او لجنة معينة وغيرهم هذه الصلاحية(نجد ان مجلس الوزراء قد خول لجنة برئاسة محمد الحاج محمود لغرض التفاوض اتفاقية انسحاب القوات الامريكية من العراق وتنظيم انشطتها خلال وجودها المؤقت، وخول وزير الخارجية

¹¹³ (د. غازي فيصل مهدي ،شرح أحكام قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام ،جامعة النهرين ،بغداد ،سنة الطبع بلا ، ص94

¹¹⁴ (د. سليمان محمد الطماوي ،مبادئ القانون الإداري ،دار الفكر العربي ،القاهرة ،1987 ، ص649 ، 650.

¹¹⁵ (المادة (80/سادساً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005

¹¹⁶ (المادة (73/ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005

التوقيع على ما تم الاتفاق عليه قبل التوقيع النهائي من قبل رئيس الوزراء⁽¹¹⁷⁾، وقد كرس قانون عقد المعاهدات الدولية رقم (35) لسنة 2015، احكام الدستور في المادة (1/ سادسا) و الفصل الثالث الخاص بالمفاوضات، والتي بينت ان رئيس مجلس الوزراء ووزير الخارجية هممن يملكون الحق في التفاوض، دون حاجة إلى ابراز وثائق تفويض⁽¹¹⁸⁾، ولمجلس الوزراء تسمية المخولين لأغراض التفاوض واعتماد اوثيق او الموافقة على الالتزام بالمعاهدة⁽¹¹⁹⁾، كما ان النظام الداخلي لمجلس الوزراء رقم (8) لسنة 2014، قد اشار في المادة (13) منه امكانية قيام المجلس بتحويل رئيسته بعض صلاحياته ومن ضمنها طبعاً ما يتعلق بموضوع البحث، اما بالنسبة لرئاسة الجمهورية او البرلمان فلا وجود لنص يجبر لهما تحويل او تفويض اختصاصاتهما.

ويتمثل العنصر الشخصي في الافراد الذين يحق لهم صنع القرارات الإدارية، ويمكن تفويض الغير في مباشرة مهامهم اذا كان القانون يصرح بذلك، ولتنظيم اجراءات التفويض صدر قرار رئيس الجمهورية بالقانون 42 لسنة 1967 في شأن التفويض في الإختصاصات وقد نصت المادة الاولى منه على الاعمال التي يجوز لرئيس الجمهورية التفويض فيها، ونصت المادة الثانية على الاعمال التي يجوز لرئيس الوزراء التفويض فيها، ونصت المادة الثالثة على الاعمال التي يجوز للوزراء التفويض فيها كما نصت المادة الرابعة على الاعمال التي لا يجوز لوكلاء الوزارات التفويض فيها، والغيت المادة الخامسة قانون التفويض السابق على القانون 42 وهو القانون 390 لسنة 1956⁽¹²⁰⁾.

3-1-5 : العنصر الموضوعي للاختصاص

عندما يعين المشرع الاشخاص الذين حوّل لهم ممارسة الإختصاص باصدار القرارات الإدارية، فانه يحدد لكل منهم العمال و المواضيع التي يجوز لهم ممارستها، وبالتالي يتعين ان يقتصر عمل صاحب الاتصاص على ما ذكره المشرع صراحة، فاذا حدث وخرج صاحب الإختصاص عن هذه القواعد، وحاول ان يصدر قراراً لم يجعله المشرع من ضمن اختصاصاته، كان القرار باطلاً وعليه فالمقصود بالعنصر

¹¹⁷ (أ.د. رافع خضر شبر، و أ.د. على هادي الشكراوي، الاستفتاء وسيادة الدولة العراقية (دراسة في القواعد الدستورية والقانونية

للاستفتاء)، مركز العراق للدراسات، بغداد، ط2009، 1، ص 117-118

¹¹⁸ (المادة (5/ اولا وثانيا) من قانون عقد المعاهدات الدولية رقم (35) لسنة 2015

¹¹⁹ (المادة (5/ ثالثا) من قانون عقد المعاهدات الدولية رقم (35) لسنة 2015

¹²⁰ (د. خميس السيد اسماعيل، الدعوى الادارية فقهاً وقضاءً، دار محمود، القاهرة، مصر، ط2016، 1، ص 67

الموضوعي لركن الإختصاص في القرار الإداري "بيان وتحديد التصرفات او الاعمال القانونية، المخولة للشخص او الهيئة الإدارية"⁽¹²¹⁾.

هذا وتجدر الاشارة إلى انه عند قيام النصوص القانونية، بتحديد اختصاصات معينة من الناحية الموضوعية فانها تحدها وفق الحالات الآتية :

أ) قد تخول النصوص القانونية ممارسة السلطة التنفيذية لاختصاصات السلطة التشريعية فمن المعلوم انه وفقاً للنظام الدستوري الاردني يسود مبدأ الفصل بين السلطات بحيث يتولى الدستور مهمة تحديد الإختصاصات لكل سلطة من سلطات الدولة، فاذا كانت السلطة التشريعية تتولى مهمة التشريع الا ان هذه السلطة لا تكون في حالة انعقاد دائم، اذ قد تغيب بصورة مؤقتة، كما هو الحال في فترة الاجازة البرلمانية السنوية اوفي فترة حل المجلس ذاته كما هو في المادة (34) من الدستور مما يعني خلق فراغ تشريعي وقد يصاحب ذلك وقوع ازمات تقتضي التصدي لها من خلال التشريع وفي هذه الحالة خول الدستور الاردني السلطة التنفيذية الحق في مواجهة مثل هذه الازمات بمفردها عن طريق اصدار قوانين مؤقتة لها القوة وان المشرع لا يكتفى بتعيين الاشخاص الذين يحق لهم ممارسة الإختصاصات الإدارية، انما يحدد لكل منهم الاعمال التي يجوز لهم ممارستها فاذا خرجوا عن هذه الدائرة كانت قراراتهم باطلة⁽¹²²⁾.

ويقصد به وجوب اتخاذ القرار الإداري من قبل الموظف العام او الهيئة الإدارية المختصة قانوناً باتخاذها، فالمعروف ان المشرع يحدد الإختصاصات ويوزعها على الاعضاء الإداريين بشكل يمنع فيه تجاوز هذه الإختصاصات، والا اصبح القرار معيباً عدم الإختصاص، كما لو اصدر وزيراً ما قراراً ادارياً من اختصاص وزير آخر، او ان تصدر هيئة ادارية قراراً من اختصاص السلطة التشريعية او القضائية او حالة إعتداء هيئة ادارية عليا على اختصاص هيئة ادارية دنيا او العكس⁽¹²³⁾.

ويبدو جلياً موضوع هذا العنصر في نطاق القرار الإداري الالكتروني حينما لكل برنامج مؤتمت اختصاص معين يمنع تجاوزه، كما يمنع على اي موظف او هيئة ادارية ممارسة هذا الإختصاص في حالة عدم

¹²¹ (سمير عبدالله السماعنة، عيب عدم الاختصاص واثره في القرار الاداري، الجامعة الاردنية، دراسات علوم التشريعية و القانون، المجلد 42، العدد 2، 2015، ص 786

¹²² (د. خميس السيد اسماعيل، الدعوى الادارية فقهاً وقضاءً، دار محمود، القاهرة - مصر، ط2016، 1، ص 67

¹²³ (أ.د. نواف كنعان، القانون الاداري، الكتاب الثاني، عمان، 2005، ص 251-252

وجود نص قانوني يسمح بذلك، ناهيك عن عدم جواز وضع برنامج يقود إلى التجاوز على اختصاصات السلطتين التشريعية والقضائية. والا اصبح القرار الصادر معيباً بعبء عدم الإختصاص⁽¹²⁴⁾.

3-1-6 : العنصر الزمني للاختصاص

الشخص الإداري فرداً كان او هيئة او كجلاً نطاق زمني يباشر فيه اختصاصه وسلطاته، فقد يتخذ الموظف قراراً في غير الفترة الزمنية التي يكون مختصاً فيها باصدار القرار ولا يتصور ان يكون لرجال السلطة اختصاص مؤبد، غير محدد بزمن معين⁽¹²⁵⁾، فالإختصاص موقوف بأجل معين ينتهي بانتهاء هذا الاجلن وان اي اختصاص محدد للموظفين العاملين يكون قليلاً للمباشرة طوال ثبوت ولاية الوظيفة العامة لهم⁽¹²⁶⁾.

ويعني صدور الإختصاص في الزمن يكون فيه الموظف مختصاً بذلك، فلو صدر القرار الإداري عن الموظف قبل ان يتقلد مهام وظيفته بشكل، قانوني او بعد انتهاء الرابطة الوظيفية فان القرار يكون مشوباً بعدم الإختصاص الزمني واذا ما حدد زمن لاعتبار القرار الإداري نافذاً، فلا يجوز تطبيقه قبل هذا الزمن واذا تم تحديد مدى القرار بزمن معين أيضاً، فلا تعد التصرفات التي تتم بعد هذا الزمن قانونية اذا كانت مستندة إلى القرار نفسه⁽¹²⁷⁾، بناءً عليه فالموظف او الهيئة (مجلس او لجنة او هيئة) تتحدد اختصاصهم بمدة زمنية محددة، اذ تكون مباشرتهم للاختصاصات الوظيفية من حيث الزمان نقطة بداية ونقطة نهاية وينبغي على من يتخذ القرار، ان يتخذه خلال المدة التي يجوز له فيها اتخاذ القرار اما اذا اتخذ القرار قبل بدء هذه المدة او بعد انتهائها، فانه يكون معيباً بعبء عدم الإختصاص⁽¹²⁸⁾، والمثال على ذلك القرار الصادر من وزير الداخلية بمنع صيد الحيوانات البرية بعد انتهاء مدة التكاثر المحددة بالقانون يعد باطلاً، لأنه يتضمن تجاوزاً على الصلاحيات الزمانية التي منحها اياه القانون، وكذلك القرار الصادر من الموظف بعد قبول استقالته او بعد فصله او من الحكومة في الفترة بين سحب الثقة منها او حلها وبين انفكاك اعضائها نهائياً من الحكومة

¹²⁴ (د. صفاء فتوح جمعة، العقد الاداري الالكتروني، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع، مصر، ط1، 2014، ص 38)
¹²⁵ (د. محمد كامل ليلة، الرقابة على اعمال الادارة، الرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1970، ص 1157)
¹²⁶ (د. محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط1، 1982، ص 484)
¹²⁷ (حسن محمد عوضة، المبادئ الاساسية للقانون الاداري، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت - لبنان، ط1، 1977، ص 137، وينظر : د. خالد الزبيدي، القرار الاداري السلبي في الفقه والقضاء الاداري، جامعة الاسراء، المملكة الاردنية الهاشمية، مجلة الحقوق، العدد 3، السنة 30، 2006، ص 235 و 350 و 404)
¹²⁸ (د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الاداري، دار ابن الاثير للنشر، جامعة الموصل، 2009، ص 329)

وفيما يتعلق بالحكومة مسحوبة الثقة او المحلولة، لا يجوز لها اصدار انظمة او تعليمات كما لا يجوز لها الارتباط بعقود او اتفاقيات مع اية جهة كانت، والا تعد كافة تصرفاتها باطلة اما القرارات البسيطة التي تتطلبها الامور اليومية لحركة الدولة فتعتبر مشروعة(129).

ويقصد به امكانية اتخاذ القرار الإداري خلال مدة زمنية محددة، وتتمثل في تاريخ منح الإختصاص للموظف او الهيئة الإدارية وإلى حين انهاءه. كما في حالة تحديد الوقت بالنسبة للموظف العام لاتخاذ القرار الإداري للمنصب الذي تقلده، فيكون من تاريخ التعيين او الترقية او التنسيب او التوكيل الخ، وينتهي بانتهاء هذا التقليد للأسباب المحددة قانوناً. اما اذا تم اتخاذ القرار الإداري خارج نطاق هذه المدة سواء قبلها او بعدها، فيكون القرار معيباً بعبء عدم الإختصاص(130)، وبالنسبة للوسيط الالكتروني المؤتمت، فقد يكون محدداً بوقت معين لممارسة اختصاصاته كما لو ان المدة حددت من تاريخ تنزيل البرنامج في موقع الوزارة مثلاً، وإلى حين انتهاء عمله من قبلها حسب ما تراه محققاً للمصلحة العامة، ويكون ذلك باتخاذ قرار استخدام البرنامج وقرار الاستغناء عنه، فاذا ما صدر قرار بالاستغناء عنه، بيد ان الموظف المسؤول اهمل الغاء او ايقاف البرنامج واستمر الوسيط في عمله فحينها تكون قراراته معيبة بعبء عدم الإختصاص او على العكس اذا ما قام مبرمج البرنامج او الوسيط مثلاً، بتنزيله إلى العمل قبل اتخاذ قرار اعماله، فأيضاً تكون قراراته باطلة كونها لا تستند إلى سند قانوني يجيز ممارسة العمل المكلف به(131).

3-1-7 : العنصر المكاني للاختصاص

تحدد اختصاصات رجل الإدارة في كثير من الاحيان برفعة جغرافية معينة، فهناك اختصاصات تمتد على كامل اقليم الدولة، مثل اختصاصات رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء و الوزراء وموظفي الهيئات المركزية كل حسب اختصاصه وهناك اختصاصات تمارس في جزء محدد من اقليم الدولة، مثل اختصاصات المحافظ و القائم مقام و مدير الناحية ورئيس البلدية ولا يجوز لموظف ان يتخذ قراراً تمتد آثاره خارج حدود الواقعة الجغرافية المحددة لممارسة اختصاصه وان خالف ذلك، فان قراره يكون معيباً

129 (نزار عبد القادر أحمد الجباري، عيب عدم الإختصاص الجسيم في القرار الإداري والرقابة القضائية عليه: دراسة تحليلية مقارنة، المركز العربي للنشر و التوزيع، مصر - القاهرة، ط1، 2018، ص 50

130 (د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الاداري، جامعة الموصل، الموصل، 1996، ص 270

131 (د. صفاء فتوح جمعة، العقد الاداري الالكتروني، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع، مصر، ط1، 2014، ص 38

بعبعب عدم الإختصاص⁽¹³²⁾، إلا ان مخالفة عنصر الإختصاص المكاني اقل حدوثاً من الصور الأخرى، و العلة في ذلك ان المناطق الجغرافية المحددة للإختصاص، تكون واضحة من الناحية الفعلية، الأمر الذي يحد من تجاوز الإختصاص، ولكن هذا لا يعني ان مثل هذه المخالفة لا تقع من الناحية العملية، وإذا تم مثل هذا التجاوز فإنه يكون في الغالب بسبب تغيير الأفراد الذين يمسهم القرار أماكن إقامتهم دون علم الإدارة أو معرفتها.

ومن الوقائع القضائية التي راقب فيها القضاء العراقي عنصر المكان، نذكر على سبيل المثال ما قضت به محكمة التمييز عام 1953 حيث أيدت حكماً لمحكمة بداءة الموصل تضمن (منع معارضة) رئيس بلدية الموصل لأصحاب الجاموس خارج حدود البلدية، فطعن أحدهم بهذا القرار مدعياً أنه يسكن خارج حدود البلدية فأصدرت محكمة بداءة الموصل حكماً بمنع معارضة المدعى عليه رئيس بلدية الموصل للطاعن في ممارسة تربية الجاموس وعندنظر محكمة التمييز في هذا الحكم قررت ما يلي : (لدى التدقيق و المداولة، ظهر ان الصلاحيات التي تمارسها البلدية للقيام بواجباتها ضمن حدود البلدية ولا تتعدى على ماهي واقعة خارج الحدود المذكورة فيصبح الحكم المميز موافقاً للقانون فقرر تصديقه)⁽¹³³⁾.

2-3 : عيب الإختصاص

يعني الإختصاص في مجال القرار الإداري، سلطة إصدار القرار، وحتى يكون القرار سليماً فإنه يجب ان يصدر من موظف عام يملك هذه السلطة، والا كان مشوباً بعبعب عدم الإختصاص. واذن فان عيب الإختصاص هو "عدم القدرة قانوناً على مباشرة عمل معين"⁽¹³⁴⁾. ويجب ان يتأكد القاضي من صدور القرار ممكن قانوناً، سواء كان الوزير أو مدير البوليس بحسب الظروف التي صدر فيها القرار، ولا بد من الإشارة إلى ان عيب الإختصاص من النظام العام الذي لا يمكن مخالفته.

¹³² (محمد حسين عبدالعال ، الرقابة الادارية بين علم الادارة و القانون الاداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004، ص 310

¹³³ (نزار عبد القادر أحمد الجباري، عيب عدم الإختصاص الجسيم في القرار الإداري والرقابة القضائية عليه: دراسة تحليلية مقارنة، المركز العربي للنشر و التوزيع، مصر - القاهرة، ط1، 2018، ص 49

¹³⁴ (د. محمد عبدالحميد اوزيد، القضاء الاداري "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 84

ويمكن الدفع به في اي مرحلة من مراحل الدعوى، كما يمكن للقاضي ان يقضي به من تلقاء نفسه وحتى ولو لم يطلبه الطاعن(135).

3-2-1 : صور عيب الإختصاص

يمكن التفرقة بين صورتين لعيب عدم الإختصاص تتمثل الصورة الأولى بعيب الإختصاص البسيط في حين أن الصورة الثانية تتمثل بأغتصاب السلطة وسنوضحهما وكما يلي :-

3-1-2-3 : عيب الإختصاص البسيط

لعيب الإختصاص البسيط صور ثلاث ، يظهر من خلالها فهو إما أن يكون موضوعياً ، أو زمانياً أو مكانياً(136).

أولاً / عدم الإختصاص الموضوعي :-

ويقصد به أن تصدر جهة إدارية قراراً في موضوع لا تملك قانوناً إصدار القرار بشأنه لأنه يدخل في اختصاص جهة إدارية أخرى(137). ويأخذ العيب المذكور الأشكال الآتية :

- 1- إعتداء جهة إدارية على اختصاص جهة إدارية أخرى موازية لها وليس هناك صلة تبعية أو إشراف بين الجهتين كممارسة وزير الداخلية اختصاصاً أسنده القانون لوزير البيئة(138).
- 2- إعتداء جهة إدارية دنيا على اختصاص جهة إدارية أخرى أعلى منها كأن يعتدي المرووس على اختصاصات رئيسه(139). ومثال ذلك أن يصدر نائب المحافظ قراراً هو من اختصاص المحافظ.
- 3- إعتداء جهة إدارية عليا على اختصاص جهة إدارية أخرى أدنى منها : وهنا يمنح القانون الموظف المرووس سلطة إصدار قرار معين دون معقب من الرئيس الأعلى عندئذ ليس للرئيس أن يحل نفسه محل المرووس في إصدار ذلك القرار ولا أن يعدل فيه طالما أن القانون يمنعه من ذلك . أما إذا قرر القانون

¹³⁵ (كريم ناصر حسناوي كاظم المحنة، الرقابة القضائية على قرارات الابعاد و الترحيل الخاصة بالاجانب، دار الفكر و

القانون للنشر و التوزيع، مصر، ط1، 2016، ص 128

¹³⁶ (د. عمر محمد الشوبكي ، القضاء الإداري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،الطبعة الأولى ، 2006، ص 277

¹³⁷ (المستشار قاسم عبادي مهدي العامري ،عيب عدم الاختصاص في القرار الإداري ،مجلة القانون والقضاء ،العدد (3)،

بغداد، 2010، ص 129

¹³⁸ (د. مازن ليلو راضي ،القضاء الإداري ، دار قنديل للنشر ،عمان ،الطبعة الأولى ، 2005، ص 186

¹³⁹ (أ.د. نواف كنعان ،القضاء الإداري ، دار الثقافة للنشر ،عمان ،الطبعة الأولى ، 2002، ص 263

خضوع المرؤوس في ممارسة اختصاص معين لرقابة الرئيس فإنه يتعين على الرئيس أن ينتظر حتى يزول المرؤوس اختصاصه لكي يستطيع أن يمارس رقابته عليه(140).

وقد يحصل أن يكون الإختصاص مشتركاً بحيث يقوم بممارسته الرئيس والمرؤوس ، فهنا ليس للرئيس الإداري أن ينفرد بمزاولة الإختصاص وإلا جاءت قراراته في هذا الشأن معيبة بعدم الإختصاص .

4- إعتداء السلطة المركزية على اختصاص الهيئات اللامركزية وبالعكس :- يقوم نظام اللامركزية الإدارية على توزيع الإختصاصات الإدارية بين السلطة المركزية والهيئات اللامركزية سواء كانت إقليمية أو مرفقية وتمارس السلطة المركزية على الهيئات اللامركزية نوعاً من الرقابة يسمى (الوصاية الإدارية) وهي تتمثل في إمكان الموافقة أو عدم الموافقة على قرارات الهيئات اللامركزية خلال المدة التي يحددها القانون ، فليس للسلطة المركزية تجاوز ذلك إلى تعديل القرارات الخاضعة لوصايتها أو الحل محل الهيئات اللامركزية في إصدارها وإلا جاءت قراراتها مشوبة بعيب الإختصاص كما لو اصدرت وزارة الكهرباء قراراً بترشيح مدير عام كهرباء الكرخ في حين ان مجلس محافظة بغداد هو المختص بأصداره(141).

وكذلك لا يجوز للهيئات اللامركزية الإعتداء على اختصاصات السلطة المركزية فان فعلت ذلك كان قرارها معيباً بعدم الإختصاص كأن يقوم مجلس محافظة معينة بتعيين مدير عام لدائرة الصحة في تلك المحافظة في حين أن رئيس مجلس الوزراء هو المختص بإصدار قرار التعيين(142).

ثانياً / عدم الإختصاص الزماني :

ويقصد به مباشرة الموظف اختصاصات وظيفته خارج حدود الأجل الذي يكون محدداً لممارستها، وعليه إذا أصدر الموظف قراراً إدارياً بعد انتهاء الرابطة الوظيفية لأي سبب من الأسباب كالإحالة إلى التقاعد أو الفصل أو العزل أو الاستقالة كان قراره معيباً بعدم الإختصاص الزماني ، ويصدق الحال ذاته على الموظف الذي يتم نقله إلى وظيفة أخرى أو عندما تتم ترقبته وذلك لانتهاء علاقة الموظف باختصاصات وظيفته(143) . هذا وقد يحدد المشرع للأدارة مدة زمنية معينة لإصدار قراراتها فأن تصدرها خلالها

¹⁴⁰ (د. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1984 ، ص 310

¹⁴¹ (د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، الدار الجامعية ، الاسكندرية ، 1988 ، ص 285

¹⁴² (عمر محمد الشوبكي ، المرجع السابق ، ص 281

¹⁴³ (محمود عاطف البنا ، الوسيط في القضاء الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1988

وأصدرتها بعد انتهائها فان تلك القرارات لا تعد معيبة بعدم الإختصاص إلا إذا رتب المشرع هذه النتيجة لأن هذا التحديد الزمني يعتبر من قبيل التنظيم والتوجيه للإدارة(144).

ثالثاً / عدم الإختصاص المكاني :

ويقصد به قيام الموظف بأصدار قرار إداري يتجاوز أثره الحدود الإقليمية الموضوعة لمزاولة اختصاصه وعليه إذا باشر رجل الإدارة اختصاصه خارج النطاق الجغرافي المحدد له كانت قراراته مشوبة بعدم الإختصاص المكاني، هذا وقد أيدت محكمة التمييز في العراق حكم محكمة بداءة الموصل والذي تضمن (منع مُعارضَة) رئيس بلدية الموصل لأصحاب الجاموس ، حيث تبين لمحكمة البداءة أن رئيس بلدية الموصل أصدر قراراً إدارياً بترحيل أصحاب الجاموس وأن الطاعن بالقرار الإداري يسكن خارج حدود البلدية فأصدرت محكمة البداءة حكمها المذكور آنفاً وأيدتها محكمة التمييز حيث قضت بأن (الصلاحيات التي تمارسها البلدية للقيام بواجباتها بموجب أحكام قانون إدارة البلديات مقصورة على الأماكن الموجودة ضمن حدود البلدية ولا تتعدى على الأماكن الواقعة خارج الحدود المذكورة فيصبح الحكم المميز موافقاً للقانون فقرر تصديقه)(145).

جدير بالذكر أن حالات عدم الإختصاص المكاني قليلة الحدوث في الحياة العملية وترجع أما إلى عدم دقة تحديد الدائرة المكانية لممارسة الإختصاصات الإدارية أو إلى تغيير الأفراد لمحال إقامتهم دون علم الإدارة ولذلك فإن القرارات المتعلقة بهم تصدر من السلطة الإدارية التي يتبعها محل الإقامة الأول في حين أن الإختصاص بأصدارها يكون للسلطة الإدارية التي يتبعها محل الإقامة الجديد(146).

2-2-3 : إغتصاب السلطة

إن عيب اغتصاب السلطة هو عيب يصيب ركن الإختصاص في القرار الإداري لذا فعلينا بيان العيوب التي تصيب ركن الإختصاص في القرار الإداري و يسمى بعيب عدم الإختصاص الجسيم. فعيب عدم الإختصاص اما ان يعبر عنه بعيب عدم الإختصاص الجسيم فيسمى باغتصاب السلطة او يعبر عنه بعيب عدم الإختصاص البسيط و يسمى بعيب عدم الإختصاص. و عيب اغتصاب السلطة عيب يشوب ركن الرادة في القرار الإداري ، لكونه تعبير او افصاح غير السلطة الإدارية عن ارادة السلطة الإدارية، و هذا

144 (د. علي سعد عمران ،القضاء الإداري العراقي والمقارن ،مكتبة السنهوري ،بغداد ،2011 ،ص205

145 (د. ماهر صالح علاوي الجبوري ،مبادئ القانون الإداري ،دار الكتب للطباعة والنشر ،1996 ، ص169

146 (د. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص318

العيب ينحدر القرار الإداري إلى طائفة انعدام القرارات الإدارية ، الانعدام إرادة السلطة الإدارية فيه، و يتحقق في حالة افصاح الإدارة عن ارادتها بشأن مسألة ال تتصل بالوظيفة الإدارية و انما تتعلق بوظائف السلطات العامة الأخرى. و يختلف عن عيب عدم الإختصاص الذي يكون داخل السلطة الإدارية بين موظفي الإدارة و الجهات الإدارية المختلفة داخل الإدارة كاعتداء موظف على اختصاص موظف آخر او جهة ادارية اخرى، و بالتالي فليس له عالقة بالإدارة و هي تعبير عن لسلطة ادارية و لكنها مشوبة بعيب عدم الإختصاص و يكون هذا القرار معرضا لبطلان لعدم مشروعيته(147).

مفهوم اغتصاب السلطة :

يعرف عيب عدم الإختصاص بأنه : عدم أهلية موظف للقيام بعمل كان يمكن ان يقوم به وانما كان يجب ان يقوم به موظف آخر، ولكن عيب عدم الإختصاص هذا يمكن ان يكون بسيطا او جسيما، بحيث يبطل القرار في الاولى ويعدمه في الثانية، ويسمى اغتصابا للسلطة او عدم الإختصاص الجسيم"(148).
ويعرف اغتصاب السلطة بأنه : "ذلك العيب الذي يجعل القرار معيبا بعيب جسيم، ويكون من اثره فقدان القرار لصفته، وطبيعته الإدارية، بحيث لا يعتبر القرار باطلا وقابلا للالغاء بل معدوماً، لانه يفقد مقومات صحته كقرار اداري ويصبح مجرد واقعة مادية، ولأن العيب الذي يعتبره يتمثل في عدم انعقاد اي اختصاص اصلا لمصدر القرار او في الإعتداء الجسيم على اختصاص منوط قانونا لسلطة اخرى"(149).
او انه : "قيام شخص بعمل متدخلا في اختصاص الإدارة بدون سند ولا صفة"(150).

يراد باغتصاب السلطة تغول سلطة ما اختصاص سلطة اخرى، ويطلقا لفقته و القضاء الإداري على هذا العيب مصطلح (عيب الإختصاص الجسيم) تمييزا عن عيب الإختصاص البسيط الذي يتحقق مفهومه بمخالفة قواعده توزيع الإختصاص في مجال الوظيفة الإدارية مخالفة غير جسيمة. وبرز اثر يترتب على عيب اغتصاب السلطة هو ان القرار الإداري لا يعد باطلا فحسب كما في عيب الإختصاص البسيط بل

¹⁴⁷ م.د. منتصر علوان كريم، اثر سلطة الادارة التقديرية في ركن الاختصاص للقرار الاداري، مجلة العلوم القانونية و السياسية، المجلد 8، العدد 1، 2019، ص 153

¹⁴⁸ (جورج فوديل وبيار دلفوفيه، القانون الاداري، ترجمة : منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، ج2، 2008، ص 227

¹⁴⁹ (د. سعد عصفور، و د. محسن خليل، القضاء الاداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة نشر، ص 226

¹⁵⁰ (جورج فوديل وبيار دلفوفيه، مصدر سابق، ص 227

معدوما وفاقدا لصفته الإدارية ولا يرتب اي اثر قانوني⁽¹⁵¹⁾، كما انه لا يتحصن بفوات ميعاد الطعن وتدخل اجراءات تنفيذه ضمن اعمال التعدي التي اخرجها القضاء الإداري الفرنسي من اختصاصه. وهو ما اكدت عليه المحكمة اداية العليا المصرية في معرض كلامها عناغتصاب السلطى بقولها ان القرار في هذه الحالة يكون (معدوما، وكأن لم يكن، ولا تلحقه اي حصانة، ولا يزيل انعدامه فوات ميعاد الطعن فيه، لانه عدم، و العدم لا يقوم وساقط و الساقط لا يعود)⁽¹⁵²⁾.

وقد اجمع الفقه و القضاء الإداري على ان من ابرز العيوب التي تنسب إلى الاعمال اصادرة عن السلطة التنفيذية هي اغتصابها لسلطات واختصاصات السلطة التشريعية مما يجعل عملها هذا موصوفا بعيب الإختصاص. وهو ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر عام 1957 و الذي جاء فيه (ان انعدام القرار الإداري لا يكون الا في احوال غصب السلطة، كان تباشر السلطة التنفيذية عملا من اختصاص السلطة التشريعية مثلا)⁽¹⁵³⁾، وقد تجلت صورة الاغتصاب تلك في الشؤون الضريبية حينما تغولت السلطة التنفيذية اختصاصات السلطة التشريعية التي حددها الدستور من خلال تنظيمها لعناصر قانونية، الضريبية سواء بفرض الضريبة او تعديلها او الاعفاء منها او جبايتها.

والخوض في غمار الاعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية يجد انها اقحمت نفسها في الشؤون الضريبية تلك حتى اضحى خطابها لموظفيها يستشف منه ان واجبه يتحدد في تنفيذ ما يصدر عنها من تعليمات متجاهلة القاعدة القانونية الا على التي ينبغي ان يقفوا عندها وتحكم عملهم الوظيفي وهي القانون الضريبي. ولنا في قرار مجلس الوزراء رقم (90) لسنة 2012 مثالا في هذا السياق، اذ لزم المنافذ الحدودية بعدم استيفاء الرسوم على المواد الداخلة في العراق خارج التعليمات المعتمدة من قبلوزارة المالية ضارية عرض الحائط الاصل الذي ينبغي ان يقف عنده الموظف قبل كل شيء وهو القانون الذي هو اعلى مرتبة من التعليمات واسمى حالا ومكانا⁽¹⁵⁴⁾.

وقد أخذ مجلس شورى الدولة في العراق بنظرية الموظف الفعلي في قرار له جاء فيه (ان الاعمال التي يقوم بها ذلك الموظف – الذي ثبت بان قرار تعيينه غير مشروع صادر بالاستناد إلى وثائق مزورة – تكون

151 (د. محسن خليل، قضاء الالغاء، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1989، ص 91

152 (د. ماجد راغب الحلو، القضاء الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1985، ص 367-374

153 (د. نجيب خلف احمد، و د. محمد على جواد، القضاء الاداري، مكتبة يادگار، ط4، السليمانية، 2015، ص 164

154 (د. رائد ناجي احمد الجميلي، و د. سعد عطية حمد الموسى، عيب اغتصاب السلطة التنفيذية لإختصاص السلطة التشريعية

في الشؤون الضريبية في العراق، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، ج1، المجلد 6، العدد، 20، 2017، ص 303

ملزمة للإدارة طبقاً لنظرية الاوضاع الظاهرة – الموظف الظاهر او الفعلي ...)، إعتداء السلطة التنفيذية على اختصاص السلطتين التشريعية والقضائية :- ومثال ذلك كما لو قامت الجهة الإدارية بإصدار قرار إداري بأعادة تعيين من أكمل السن القانونية للإحالة إلى التقاعد والبالغة (63) من العمر إلى الخدمة دون أن يكون هناك نص قانوني يجيز ذلك(155). أو كأن يقوم مجلس المحافظة بأصدار قرار إداري بتبديل إسم المحافظة في حين أن تغيير أسماء المحافظات يتطلب تدخلاً تشريعياً(156)، هذا وقد تقوم الجهة الإدارية بحسم منازعات من اختصاص القضاء بقرارات إدارية ومثال ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري في العراق (... وحيث أن الصلاحية التي مارسها المدعى عليه إضافة إلى وظيفته في قراره الإداري المطعون فيه هي من شأن القضاء في كل الأحوال ... مما يكون القرار مخالفاً للقانون ولقواعد الإختصاص)(157) هنا كان الأجدر بمحكمة القضاء الإداري أن تقضي بان القرار الإداري الصادر من المدعى عليه معيباً بإغتصاب السلطة لأنه ينطوي على مخالفة جسيمة لقواعد الإختصاص .

و صدور القرار الإداري من موظف لا يملك قانوناً سلطة إصدار قرارات إدارية إطلاقاً كأن يقوم أحد الموظفين من السعاة أو الكتبة بأصدار قرارات إدارية فتكون تلك القرارات منعدمة ، كما أن القرار الإداري الصادر من مدير مكتب الوزير برفض تقرير راتب تقاعدي يعد منعدماً لصدوره ممن لا يملك سلطة إصداره وهذا ما قرره القضاء الإداري الفرنسي(158).

3-3 : النتائج المترتبة على عيب الإختصاص

لا يتصف خروج القرار الإداري على مبدأ المشروعية بالجسامة إذا كان عيب عدم الإختصاص بسيطاً حيث يكون القرار الإداري قابلاً للإلغاء ، لأن العيب المذكور يجعله باطلاً ، ومن ثم يلزم التقيد في طلب الغائه امام القضاء او سحبه بواسطة الإدارة بالمواعيد المقررة قانوناً ، وعلى العكس من ذلك فإن

¹⁵⁵ (قرار مجلس شورى الدولة رقم 79 / 2007 في 2007/12/16 - قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام 2007 - وزارة العدل - ص230.

¹⁵⁶ (قرار مجلس شورى الدولة رقم 46/2007 في 2007/5/23 - قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام 2007 - وزارة العدل - ص150.

¹⁵⁷ (قرارها المرقم 51/2001 في 2001/7/18 - ذكره د. علي سعد عمران - المرجع السابق - ص209.

¹⁵⁸ (المستشار قاسم عبادي مهدي العامري ، المرجع السابق ، ص126.

القرار الإداري يضحى منعدماً إذا ما شابه عيب عدم الإختصاص الجسيم , وعليه ومن العرض السابق اعلاه يمكن طرح التساؤل الاتي ما هي النتائج التي تترتب على انعدام القرارات الإدارية؟

ان النتائج التي تترتب على انعدام القرار الإداري المشوب بعيب عدم الإختصاص الجسيم هي الاتي :

(1) ان القرار المنعدم لا يعتبر قراراً ادارياً وإنما هو واقعة مادية , لذا فليس من المنطق قبول الطعن بإلغاء قرار منعدم لأن هدف دعوى الإلغاء هو التأكد من مشروعية القرار الإداري المطعون فيه إلا ان القضاء الإداري جرى على قبول الطعن الموجة ضد القرار المنعدم , وذلك لإزالة الحالة المادية المترتبة على ذلك القرار فمن غير المعقول حماية الافراد في مواجهة القرارات المشوبة بعيب يسير وتركهم بدون حماية في مواجهة حالات الانعدام المنطوية على ابعث العيوب(159).

(2) ان من حق صاحب الشأن الطعن بالقرار المنعدم في أي وقت دون التقيد بالمواعيد المحددة لرفع دعوى الالغاء.

(3) يعتبر القرار المنعدم غير موجود افتراضاً , لذا فإنه لا يمكن ان يرتب حقاً للأفراد , ولا تلحقه الاجازة , وبالتالي فإن للإدارة من تلقاء نفسها او بناءً على طلب ذي شأن سحب القرار المنعدم في أي وقت لإزالة شبهة قيامة.

(4) إذا قامت الإدارة بتنفيذ قرار منعدم فإن تصرفها يعتبر من قبيل الإعتداء المادي وحينئذ يتحمل الموظف الذي اصدر القرار المنعدم عبئ التعويض عن الاضرار التي ولدها ذلك القرار من ماله الخاص , إلا إذا كانت الجهة الإدارية قد أثريت من هذا التصرف فعندها تساهم في مبلغ التعويض مع الموظف(160).

(5) ان الحكم الصادر بخصوص القرار المنعدم المطعون فيه لا يكون بإلغائه وإنما بتقرير انعدامه من حيث الاثر القانوني(161).

والإختصاص في القرار الإداري هو الصلاحية القانونية لموظف أو مجموعة في التنظيم الإداري لأحداث آثار قانونية معينة باسم شخص إداري عام. وهذا يعني بان أي عمل إداري او قرار إداري لا يمكن ان يتخذ من أي جهة إدارية كانت بدون تحديد، ما لم تكن هذه الجهة مخولة قانوناً بذلك وان هذه الصلاحية

159 (د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984، ص 342

160 (د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الادارة عن تصرفاتها القانونية، شركة ناس للطباعة، بدون ذكر مكان طبع ، 2007، ص 198

161 (د. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الادارية، مصدر سابق، ص 343

القانونية تشكل ما يطلق عليه الإختصاص (lacompetence)⁽¹⁶²⁾. فالإختصاص في اتخاذ الجزاء الإداري يتمثل عندما تعهد الإدارة بتلك المهمة إلى الشخص أو اللجنة المختصة بذلك قانوناً لتتولى الإجراءات بشأنه بحيث إذا صدر لا يلحقه عيب عدم الإختصاص. وهذا نزولاً على مبدأ شخصية الإختصاص الذي يعني ان المشرع إذا عهد لاي جهة إدارية باختصاص معين، فإنه يجب عليها ان تزاوله بنفسها ولا يمكنها النزول عنه او تفويضه إلى غيرها إلا إذا رخص لها القانون⁽¹⁶³⁾. ويحظى ركن الإختصاص في القرار الإداري على هذا النحو بمكانة بالغة الأهمية مرجعها ما له من دور وظيفي في توزيع الأعمال والوظائف بين الهيئات العامة والجهات الإدارية ولعل تلك المكانة هي التي جعلت عيب عدم الإختصاص متعلقاً بالنظام العام مع ما يترتب على ذلك من آثار ما يميزه من غيره من العيوب⁽¹⁶⁴⁾.

ان عيب الإختصاص يشوب القرار الإداري إذا كان لا يدخل في حدود الامكانيات القانونية للشخص الذي اصدره ويكون مصدر القرار مختصاً اما بنص القانون او من خلال التفويض او الحلول او الانابة⁽¹⁶⁵⁾، ويعد هذا العيب من اسبق اسباب الالغاء في الظهور في القانون الفرنسي وذلك لشدة وضوح هذا العيب⁽¹⁶⁶⁾ وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في 27 يناير سنة 1957 حيث تقول: (... ولذلك فان هذا العيب (عيب الإختصاص) لا يزال حتى اليوم هو الوجه الوحيد من اوجه الإلغاء دائماً

162 (د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، العنصر الشخصي للاختصاص في القرار الإداري بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد العاشر، العدد الأول، 1994، ص2

163 (د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ط1، دار الفكر العربي القاهرة، 1975، ص103

164 (د.عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص221، الذي ذهب بالقول الى (ان قواعد الاختصاص تضمن مصلحتين في وقت واحد مصلحة الإدارة من جهة ومصلحة الأفراد من جهة أخرى فمصلحة الإدارة تتمثل بان رجالها يكونون على بينة من أمرهم فيما يصدر عنهم من نشاط استناداً الى الصلاحيات المقررة لكل منهما اما مصلحة الأفراد فتتمثل بأنهم يكونون على معرفة بالمعيار الذي يقسون اليه نشاط رجال الإدارة فيميزون به نشاط الذي يمكن ان يعتبر نشاطاً للدولة نفسها والذي يمكن ان يرتب عليهم او في مواجهتهم التزامات معينة)

165 (د. ماهر صالح علاوي الجبوري، القرار الإداري، دار الحكمة للطباعة والنشر بغداد، 1991، ص76-77، حيث يذهب (بان للاختصاص حدوداً لا يتجاوزها وتمثل في حدود موضوعية وشخصية توجب عدم خروج رجل الإدارة عنها ويتمثل في ايسط صورها باغتصاب السلطة او اعتداء سلطة ادارية على اختصاص جهة أخرى كأن تكون تشريعية او تنفيذية او اعتداء سلطة ادارية على أخرى لا تمت لها بصلة وحدود زمانية تفرض على ان يكون لمصدر القرار ولاية اصداره في وقت معين ومن تلك الحدود ايضاً ولاية الاختصاص المكاني الذي يتمثل بان يكون الاختصاص الوظيفي منوطاً في مكان معين)

166 (د. طعيمة الجرف، رقابة القضاء لاعمال الإدارة العامة، قضاء الالغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص240

الذي يتعلق بالنظام العام⁽¹⁶⁷⁾. فإجازة صاحب الشأن للقرار المعيب به لا يصححه كما ان الاستعجال- المبرر لمخالفة الإجراءات المذكورة سابقاً لا يبرر مخالفة قواعد الإختصاص اللهم إلا إذا بلغ درجة من الجسامه يتمثل فيها مع الضرورة القصوى هذا إلى ان القاضي يثير هذا العيب من تلقاء نفسه حتى إذا اغفل عن التمسك به الخصوم وان الإختصاص باتخاذ الجزاء الإداري يفرض على الجهة الإدارية المختصة التزامين:

أولهما ان تتولى اتخاذ الجزاء بنفسها وهذا ما يمكن ان نطلق عليه ذاتية الإختصاص، والآخر أن لا تفوض الإختصاص باتخاذها إلى جهة أخرى إلا وفقاً للقانون وتمثل مخالفة قواعد الإختصاص مرتعا خصباً للرقابة القضائية وخاصة ما يتعلق منها بحالات اغتصاب السلطة.

فالمشروع قد يخول الإدارة سلطة لائحية مدعمة بجزاءات جنائية تستهدف تنفيذ او اتخاذ اجراء غير اجراءات البوليس تتعلق بتنفيذ بعض العقود ، مثل حق تنظيم مرفق عام يدار بطريق الالتزام مع وضع عقوبات معينة للاخلال بالقواعد المقررة بمقتضى التنظيم الذي تضعه الإدارة، فاذا استخدمت الإدارة هذه السلطة ووضعت لائحة بوليس متضمنة جزاءات جنائية بهدف ضمان تنفيذ المتعاقد لالتزامه فان تصرف الإدارة يعد منظوياً على اساءة استعمال السلطة ومن ثم جاز للمتعاقد الطعن فيه⁽¹⁶⁸⁾.

3-3-1 : موقف القضاء الإداري العراقي من عيب الإختصاص

بسط القضاء العادي في العراق قبل انشاء محكمة القضاء الإداري رقابته على ركن الإختصاص , وقد اكدت محكمة التمييز تلك الرقابة في احد احكامها بخصوص قرار اداري صادر من محافظ (متصرف) الموصل بتعليق بتضمين موظف تابع للإدارة المركزية (مهندس في مدينة الاشغال الشمالية) خلافاً لقواعد الإختصاص المقررة التي من اختصاص المحافظ في التضمين على الموظف المحلي حيث جاء فيه (ان من حق الموظف اللجوء إلى القضاء ليطلب منع معارضة المحافظ (المتصرف) له وتكون دعواه مسموعة ويختص القضاء بنظرها بما للقضاء من ولاية عامة على القرار الإداري دون معالجة اساس الدعوى وبحث عنصر المسؤولية إذ يكفي لمنع المعارضة ان يكون الامر المعارض فيه صادر ممن لا يملكه⁽¹⁶⁹⁾.

167 (د. سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، مطبعة جامعة عين شمس، بدون سنة طبع، ص 196
168 (د. محمد باهي ابو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الادارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2000، ص 45.

169 (قرار محكمة التمييز رقم 444 في 31 / 7 / 1968 ،نقلا عن د. ماهر صالح علاوي ،الوسيط في القانون الاداري ، بدون ذكر مكان طبع ، 2009 ، ص 326

ويلاحظ ان الحكم اعلاه ان محكمة التمييز قد مارست الرقابة على مشروعية القرار الإداري عن طريق دعوى منع المعارضة, إلا انها في احكامها اللاحقة قد الغت قرارات ادارية لكونها معيبة بعدم الإختصاص, ومنها حكمها الذي الغت فيه قراراً لمجلس نقابة المحامين لعدم اختصاصه بإصدار قرار منع محامي من ممارسة المهنة, لأن الإختصاص بإصداره معقود للجنة الانضباط في النقابة, وإلى جانب القضاء العادي كان مجلس الانضباط العام يمارس الرقابة على مشروعية ركن الإختصاص في القرارات الإدارية المتعلقة بحقوق الخدمة المدنية لا زال يمارسها إلى يومنا هذا(170).

كما يمارس مجلس الانضباط العام رقابة الالغاء على مشروعية ركن الإختصاص في القرارات التأديبية بشكل يكاد يكون متشابهاً مع رقابته التي يمارسها حالياً في هذا المجال, ففي قرار لمجلس الانضباط العام جاء فيه (ولما كان مدير كمرك ومكوس المنطقة الجنوبية غير مخول في فرض العقوبة الانضباطية من قبل الوزير المختص ولا يعتبر رئيس دائرة بالمعنى المحدد في المادة الاولى من قانون انضباط موظفي الدولة رقم 69 لسنة 1936 فعليه تكون العقوبة المعترض عليها صادرة من جهة غير مختصة بإصدارها لذلك قرر المجلس الغاء عقوبة الإنذار)(171).

وبصدور القانون رقم 106 لسنة 1989, قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم 65 لسنة 1979, انشئت محكمة القضاء الإداري وأخذت تتصدى للرقابة على مشروعية القرار الإداري فتحكم بإلغائه إذا تبين لها مجانبته للقواعد القانونية المنظمة لقواعد الإختصاص ففي قرار لها جاء فيه (وجدت المحكمة ان قرار المدعى عليه (محافظ بغداد) أقالته المدعي من منصبه كمدير لناحية الفحامة يعد باطلاً لمخالفته للاختصاصات التي منحها له القانون رقم 21 لسنة 2008 قانون المحافظات في المنتظمة في اقليم لذا قررت الغاءه ..)(172).

وجدير بالذكر ان الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة اعتبرت ان القرار الإداري الصادر من مجلس تدقيق قضايا المتقاعدين معدوماً لا ينتج أثراً لأنه صدر خلافاً لقواعد الإختصاص إذ أن المجلس المذكور قد

¹⁷⁰ (د. ماهر صالح علاوي الجبوري بمبادئ القانون الاداري , دار الكتب للطباعة , بغداد , 1996 . ص 168
¹⁷¹ (قرار مجلس الانضباط العام رقم 1976/221 في 25 /10/ 1976, مجلة العدالة, العدد 4 السنة 2 , 1976 , ص 1063

¹⁷² (قرار محكمة القضاء الاداري رقم 68 / 2010 في 9 / 3 / 2010, قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام 2010 , وزارة العدل , ص 430

الغبي ولم يعد له وجود قانوني وحلت محله لجنة تدقيق قضايا المتقاعدين المنصوص عليها في المادة 20 من قانون التقاعد الموحد رقم 27 لسنة 2006 النافذ, فأصبحت هي المختصة بإصدار القرار (173).

¹⁷³) قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم 11 , تقاعد , تمييز , 2006 , قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام 2006 , وزارة العدل , ص 571

الخاتمة

اولاً : النتائج الاستنتاجات

توصلنا في نهاية دراستنا إلى العديد من النتائج و المقترحات التي سنقوم بذكرها كالآتي :

- (1) تبين لنا مما تقدم بحثه أن سلطة الإدارة في إصدار القرار الإداري مقيدة بالقواعد القانونية المنظمة للاختصاص ، وذلك لأن النصوص المحددة له هي نصوص أمرة .
- (2) أن الاختصاص لا يفترض ، كما أنه إذ يثبت بنص معين لا يجوز التوسع فيما ورد به النص أو الاجتهاد في مجاوزة نطاقه.
- (3) كما اتضح لنا بان عيب الاختصاص البسيط الذي يصيب القرار الإداري أقل خطورة من العيب الجسيم لأن الأخير يجعل القرار المصاب به متجرداً من صفته الإدارية حيث يكون بمثابة التصرف المنعقد في مفهوم أحكام القانون الإداري .
- (4) أن بعض الأحكام القضائية الصادرة عن كل من محكمة القضاء الإداري ومجلس الانضباط العام في العراق لم تكن بمستوى الطموح فيما يتعلق بتحديد عيب الاختصاص في القرار الإداري.
- (5) إن الإعتداء المادي لا يرقى إلى درجة القرار الإداري فهذا الأخير له مقوماته و أركانه التي تميزه
- (6) فالقرار المعدوم لا أثر له و لا يمكن للإدارة أن تتمسك به فهو يصبح عملاً عادياً، و بهذا يسلب الإدارة ثوب السلطان و تصبح كأنها فرد عادي.
- (7) فالحكم بالإلغاء هو الذي يعدم القرار غير المشروع أما القرار المعدوم فهو غير موجود أصلاً و لا حاجة بالحكم بإلغائه و لا يمكننا نعتة بالقرار إطلاقاً، بل هو تصرف منعقد الصلة بالشرعية و المشروعية.
- (8) من خلال تفحص فحوى هذا الفصل الذي يعتبر من وجهة نظرنا سيفاً حاداً أمام المحاكم و يشكل مرتع و التربة الخصبة لممارسة الإدارة ما تشاء من إعتداء و دون بسط أي رقابة على أعمالها التي تتسم بعد المشروعية، و إذا تم إستبعاده من مجال الإعتداء المادي فهو يحمل رسالة ضمنية تمس بحق الملكية و دسترته، و يشكل ستار على الأفعال غير المشروعة للإدارة دون أدنى رقابة.
- (9) اتضح من خلال هذه الدراسة ان عيب عدم الاختصاص هو عيب مستقل عن عيوب القرار الإداري الأخرى ، فهو ذو معنى محدد ومفهوم ضيق يتمثل بعدم الصلاحية القانونية التي لا تمكن الإدارة او احد اشخاصها على اتخاذ قرار ما لم يمنحها القانون هذه الصلاحية .
- (10) تبين لنا مما سبق بحثه ان سلطة الإدارة في إصدار القرار الإداري مقيدة بقواعد القانون المنظمة للاختصاص وذلك لان النصوص المحددة له هي نصوص أمرة ، ومن ثم فأن الاختصاص لا يفترض ،

كما انه إذا ثبت بنص معين لا يجوز التوسع فيما ورد به النص إلا الاجتهاد في مجاوزة نطاقه ,بيد ان هذه القواعد يجوز الخروج عليها في ظل الظروف الاستثنائية .

(11) ان عيب الاختصاص البسيط الذي يصيب القرار الاداري اقل خطورة من عيب الاختصاص الجسيم (اغتصاب السلطة) , لأن الاخير يجعل القرار المصاب به متجرداً من صفته الادارية حث يكون بمثابة التصرف المنعدم في مفهوم احكام القانون الاداري .

(12) اتضح ان بعض الاحكام القضائية الصادرة عن كل من محكمة القضاء الاداري ومجلس الانضباط العام في العراق لم تكن بمستوى الطموح فيما يتعلق بتحديد عيب الاختصاص في القرار الاداري.

(13) اتضح ان الاجراءات والقرارات التشريعية المتخذة من قبل السلطة التنفيذية تعد معدومة في ظل الظروف العادية لكونها تمثل حالة من حالات اغتصاب السلطة في حين انها تكون مشروعة في ظل الظروف الاستثنائية .

(14) تطبق نظرية الظروف الاستثنائية عند وجود خطر جسيم حال يهدد كيان الامة وسلامتها إذا ما طبقت القوانين الاعتيادية , وعليه يكون لهذه السلطة اتخاذ اجراءات استثنائية لدفع هذا الخطر .

ثانياً : المقترحات

من خلال دراستنا للموضوع حق علينا أيراد بعض المقترحات وعلى النحو الآتي :-

(1) تعديل الفقرة (2- هـ) من البند ثانياً من المادة (7) من قانون مجلس شوري الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل وذلك بذكر درجات عدم الاختصاص وهي البسيط والجسيم وتحديد الحالات التي تفقد بالقرار الاداري إلى بطلانه نتيجة عدم صحة ركن الاختصاص فيه ، وتلك التي تؤدي إلى انعدامه لعدم وجود ركن الاختصاص في القرار الاداري .

(2) ضرورة إضافة أسباب الألغاء إلى أحكام قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة 1991 المعدل

(3) نقترح مد اختصاص محكمة القضاء الاداري إلى قضايا أخرى تشمل منازعات العقود الادارية والأعمال المادية اسوة بما هو قائم في فرنسا ومصر .

(4) إنشاء أكثر من محكمة قضاء أداري في العراق وذلك لتقليل النفقات على المتضرر من أعمال الإدارة ولتسهيل الإجراءات اللازمة عند رفع الدعوى أمام القضاء الاداري .

(15) يجب الامتناع عن إقرار قانون جرائم المعلوماتية حتى تعيد حكومة العراق التشريع المقترح كي :

(أ) يتوافق مع المعايير الدولية، عبر تحديد أي سلوك محظور بدقة كافية، خاصة في المواد 3، 6، 21، 22 حتى يعرف المواطنون العراقيون مقدما ما هو السلوك المحظور والخاضع للعقوبة.

(ب) يمثل للقانون الدولي لحقوق الإنسان الذي يحمي حرية التعبير عبر (1) التحديد الواضح لأي أشكال تعبير محظورة (2) التحديد الواضح للتهديد القانوني الذي تمثله مثل هذه الأشكال من التعبير (3) استلزام أن تكون أي عقوبة (حتى العقوبة القصوى المنصوص عليها) في أي حالة فردية متناسبة مع الضرر الذي سببه التعبير.

(ج) يمثل للقانون الدولي لحقوق الإنسان الذي يحمي حرية تكوين الجمعيات عبر (1) التحديد الواضح لأي منظمات أو كيانات أو أنشطة محظورة و (2) التحديد الواضح للتهديد القانوني الذي تمثله تلك المنظمات أو الكيانات أو الأنشطة و (3) ضمان أن يكون أي قيد قانوني على حرية تكوين الجمعيات متناسبا من حيث النطاق والزمن والعقوبة الجنائية مع الضرر المسبب.

(5) ان المشرع الدستوري العراقي في دستور 2005 قد نص على نظرية الظروف الاستثنائية وقد اباح الخروج على احكام القانون مما يعني انه منحها المشروعية , إلا انه ينبغي عليه ان لا يدع للإدارة فعل ما تشاء في هذه الظروف , وإنما عليه ان يمنح القضاء الاداري مهناً مسلولاً كيما يواجهه فيه الخروج الغير مبرر من الإدارة على احكام القانون .

(6) (3) اضافة شرط الى شروط نظرية الظروف الاستثنائية وهو ان لا تكون الإدارة هي السبب في الظرف الاستثنائي .

قائمة المصادر

أولاً : الكتب القانونية :

- (1) د. إبراهيم طه الفياض، مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها في العراق، دار النهضة العربية ، القاهرة، ط1، 1973.
- (2) احمد عودة الغوييري، قضاء الالغاء في الاردن، دون دار نشر، ط1، 1989.
- (3) اراس رسول رحمان، الإطار الدستوري لطبيعة نظام الحكم خلال الفترة الانتقالية: (العراق أنموذجاً، المركز العربي للنشر و التوزيع، مصر - القاهرة، ط1، 2020.
- (4) أكرم فاضل سعيد قصير، المعين في دراسة التأصيل القانوني: لحق الإلتجاء إلى الوساطة كحل بديل للنزاعات المدنية و التجارية، دار المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2018.
- (5) الامم المتحدة، اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة او العقوبة القاسية او اللانسانية او المهنية، التقارير الاولية الاطراف المقرر تقديمها في عام 2012، العراق، 2014.
- (6) أنور أحمد أرسلان، وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- (7) د. برهان خليل زريق، نظرية فعل الغصب الإعتداء المادي في القانون الإداري، المكتبة القانونية، دمشق، ط1، 2004.
- (8) بشير بلعيد، القضاء الإستعجالي في الأمور الإدارية، مطابع عمار قرفي، باتنة، 1993.
- (9) أ.د. بوضياف عمار، القرار الاداري، جسور للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ط1، 2007
- (10) جورج فوديل وبيار دلفوفيه، القانون الاداري، ترجمة : منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، ج2، 2008.
- (11) جورج فوديل، و بيار دلفوفيه، القانون الإداري، ترجمة : منصور القاضي من اللغة الفرنسية إلى اللغة العربية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، ج2، 2008.
- (12) د.حاتم علي، نظرية الخطأ المرفقي في القانونين المصري و الفرنسي، مطابع أخبار اليوم، مصر، 1986.
- (13) حامد مصطفى، مبادئ القانون الإداري العراقي، شركة الطبع و النشر الاهلية، بغداد، 1968.
- (14) حسن محمد عواضة، المبادئ الاساسية للقانون الاداري، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت - لبنان، ط1، 1977.
- (15) محمد حسين عبدالعال ، الرقابة الادارية بين علم الادارة و القانون الاداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004.
- (16) أ.د. حمدي قبيلات، الوجيز في القضاء الإداري، دار وائل، عمان، ط1، 2010.

- (17) د. خميس السيد اسماعيل، الدعوى الادارية فقهاً وقضاءً، دار محمود، القاهرة ، مصر، ط2016، 1.
- (18) أ.د. رافع خضر شبر، و أ.د. على هادي الشكراوي، الاستفتاء وسيادة الدولة العراقية (دراسة في القواعد الدستورية والقانونية للاستفتاء)، مركز العراق للدراسات، بغداد، ط2009، 1.
- (19) د. ربيع أنور فتح الباب، دور الرقابة على دستورية القوانين في النظم الديمقراطية الحديثة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- (20) د. رمزي الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الإدارية "دراسة مقارنة"، دار التيسير للطباعة، القاهرة، ط3، 1997.
- (21) د. رياض عبدعيسى الزهيري، دعوى إلغاء القرارات الإدارية في القانون العراقي و المقارن، ط1، بغداد، 2013.
- (22) زهير قدورة، الوجيز في القضاء الإداري، دار وائل، عمان، ط1، 2014.
- (23) د. سامي جمال الدين ، المنازعات الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1984.
- (24) د. سعد عصفور، و د. محسن خليل، القضاء الاداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة نشر.
- (25) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دار الفكر العربي – القاهرة، الطبعة الخامسة ، 1984 .
- (26) _____، دروس في القضاء الإداري، مطبعة جامعة عين شمس، بدون سنة طبع.
- (27) _____، مبادئ القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1987.
- (28) _____ ، النظريات العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، ط3، 1966
- (29) _____ ، النظرية العامة للقرارات الادارية، دار الفكر العربي، مصر، ط7، 2006
- (30) _____ ، دروس في القضاء الاداري "دراسة مقارنة"، منشورات دار الفكر العربي، مصر، 1976
- (31) د. شاب توما منصور، القانون الاداري، الكتاب الاول، دون الطبع، ط1، بغداد، 1980.
- (32) د. شريف يوسف خاطر، القرار الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2009-2008
- (33) القاضي صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية "دراسة مقارنة"، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011
- (34) د. صفاء فتوح جمعة، العقد الاداري الالكتروني، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع، مصر، ط1، 2014

- (35) أ. ضياء شيت خطاب، محاضرات في مبادئ التنظيم القضائي في العراق، 1986.
- (36) د. طعيمة الجرف، رقابة القضاء لعمال الادارة العامة، قضاء الالغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984
- (37) عادل السعيد ابو الخير، القانون الاداري، شركة الجلال للطباعة، الاسكندرية، 2007
- (38) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الادارة عن تصرفاتها القانونية، شركة ناس للطباعة، بدون ذكر مكان طبع ، 2007
- (39) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الاداري، ط1، دار الفكر العربي القاهرة، 1975
- (40) د. عبدالرحمن نورجان الايوبي، القضاء الاداري في العراق حاضره ومستقبله، دار مطابع الشعب، القاهرة، 1965
- (41) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، المركز القومي للاصدارات القانونية، ط1، 2008.
- (42) د. عبدالغني بسيوني عبدالله، القانون الاداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، 1988
- (43) عبدالملك يونس محمد، اساس مسؤولية الادارة وقواعدها، دراسة مقارنة بين نظامي القضاء الموحد و المزدوج، اربيل (العراق)، 1999
- (44) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
- (45) د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 2011
- (46) _____، مجلس الدولة "دراسة قانونية مقارنة عن مجالس الدولة و الهيئات التي تتولى القضاء الاداري وتقديم الاستشارات و الفتاوى القانونية واعداد التشريعات وصياغتها في الدول العربية وتركيا وفرنسا، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 2010
- (47) د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الاداري، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع ، عمان، 2003
- (48) _____، موسوعة القضاء الإداري، دار الثقافة، عمان، ج2، 2008
- (49) د. علي سعد عمران ،القضاء الإداري العراقي والمقارن ،مكتبة السنهوري ،بغداد ،2011
- (50) د. عمر محمد الشوبكي ، القضاء الإداري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،الطبعة الأولى ، 2006
- (51) د. غازي فيصل مهدي ،شرح أحكام قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام ،جامعة النهرين ،بغداد ،سنة الطبع بلا

- (52) _____، محاضرات القيت على طلبة دكتوراه، بجامعة
النهرين، كلية الحقوق، الفصل الثاني للعام الدراسي (2012-2013).
- (53) د. غازي فيصل مهدي، و د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الاداري، مؤسسة النبراس للطباعة و النشر و التوزيع،
العراق، النجف الأشرف، ط1، 2012، ص 160
- (54) د.أ. فؤاد العطار، القضاء الأداري، دار النهضة العربية، 1963
- (55) د. قيدار عبدالقادر صالح آل سعود، النظام القانوني للموظف الفعلي، أطروحة الدكتوراه، جامعة الموصل،
الموصل، 2005
- (56) كريم ناصر حسناوي كاظم المحنة، الرقابة القضائية على قرارات الابعاد و الترحيل الخاصة بالاجانب، دار
الفكر و القانون للنشر و التوزيع، مصر، ط1، 2016
- (57) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الأداري، الدار الجامعية، الاسكندرية، 1988
- (58) _____، القضاء الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية،
1985
- (59) _____، القضاء الإداري، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2004
- (60) أ.د. مازن ليلو راضي، القضاء الأداري ، دار قنديل للنشر ،عمان ،الطبعة الأولى ، 2005
- (61) د. ماهر صالح علاوي الجبوري، القانون الاداري، مطبعة جامعة بغداد، العراق، ط1، 1989
- (62) _____، القرار الاداري، دار الحكمة للطباعة والنشر بغداد، 1991
- (63) _____، مبادئ القانون الاداري ، دار الكتب للطباعة ، بغداد ،
1996
- (64) _____، الوسيط في القانون الأداري ،بلا مطبعة ،2009
- (65) _____، الوسيط في القانون الاداري، دار ابن الاثير للنشر، جامعة
الموصل، 2009
- (66) _____، مبادئ القانون الاداري، جامعة الموصل، الموصل،
1996
- (67) د. مجدي مدحت النهري، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية "قضاء التعويض"، دار النهضة العربية،
ط2، 1996 – 1997
- (68) د. محسن خليل، القضاء الأداري اللبناني ورقابته لأعمال الأدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982

- (69) _____، القضاء الاداري اللبناني، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط1، 1982
- (70) _____، قضاء الإلغاء و التعويض، مطبعة التوني، الأسكندرية، 1992
- (71) _____، قضاء الالغاء، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1989
- (72) د. محمد باهي ابو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الادارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2000
- (73) د. عبدالله محمد بن براك بن عبدالمحسن الفوزان، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الإدارية: دراسة مقارنة، مكتبة القانون و الاقتصاد، الرياض، السعودية، ط1، 2009
- (74) د. محمد رفعت عبدالوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعية الجديدة للنشر، 2007
- (75) د. محمد رفعت عبدالوهاب، و د. عاصم احمد عجيلة، اصول القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984
- (76) د. محمد عبدالحميد اوزيد، القضاء الاداري "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988
- (77) المستشار محمد عزمي البكري، الحراسة القضائية في ضوء الفقه و القانون، دار محمود، القاهرة، ط1، 2021
- (78) د. محمد علي آل ياسين، القانون الاداري، ط1، جامعة الكويت، 1999
- (79) د. محمد كامل ليلة، الرقابة على اعمال الادارة، الرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1970
- (80) محمود سعد عبدالمجيد، الحماية التنفيذية للاحكام الادارية بين التجريم و التأديب و الالغاء و التعويض، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012
- (81) محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الأداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988
- (82) محمود عاطف البنا، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978
- (83) د. محمود محمد حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري و المقارن، دار النهضة العربية، 1993
- (84) د. محمود محمد حافظ، القضاء الإداري دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970
- (85) د. معن عبدالرحيم عبدالعزيز جويحان، قرارات الهيئة العامة في الشركة المساهمة، دار الحامد، عمان، ط1، 2010
- (86) ناصر الزبيدي، سحب و الغاء القرارات الادارية في دولة الكويت "دراسة مقارنة"، ط1، جامعة الكويت، 1983

- (87) د. نجيب خلف احمد، و د. محمد على جواد، القضاء الاداري، مكتبة يادگار، ط4، السليمانية، 2015
- (88) نزار عبد القادر أحمد الجباري، عيب عدم الإختصاص الجسيم في القرار الإداري والرقابة القضائية عليه: دراسة تحليلية مقارنة، المركز العربي للنشر و التوزيع، مصر- القاهرة، ط1، 2018
- (89) نزار عبد القادر أحمد الجباري، عيب عدم الإختصاص الجسيم في القرار الإداري والرقابة القضائية عليه: دراسة تحليلية مقارنة، المركز العربي للنشر و التوزيع، مصر- القاهرة، ط1، 2018
- (90) أ.د. نواف كنعان، القضاء الاداري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن، ط1، 2006
- (91) _____، القضاء الأداري ، دار الثقافة للنشر ،عمان ،الطبعة الأولى ، 2002.
- (92) _____، القانون الاداري، الكتاب الثاني، الدار العلمية، دار الثقافة، عمان- الاردن، ط1، 2000
- (93) _____، القانون الاداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للطباعة و النشر و التوزيع، الاردن، ط1، 2007
- (94) _____، القانون الاداري، الكتاب الثاني، عمان، 2005
- (95) _____، القضاء الإداري، دار الثقافة، عمان، ط6، 2014
- (96) هيمن حسين حمدامين، الضرر المعنوي والتعويض عنه في القانون والقضاء الإداري المقارن: دراسة تحليلية مقارنة، المركز العربي للنشر و التوزيع، مصر – القاهرة، ط1، 2018
- (97) المستشار المساعد ياسين طه ويس، عضو مجلس الشورى الدولة، وزارة العدل النظام الاداري الوجوبي في محكمة القضاء الاداري، ط1، 2013.

ثانيا : الرسائل و الاطاريح الجامعية :

- (98) حليلة الغازي، الاعتداء المادي وإشكالية نقل الملكية لفائدة الدولة على ضوء العمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ، جامعة محمد الخامس السويسي الرباط ،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، السنة الجامعية 2011/2012
- (99) ناهد بوفتاح ،دعوى الاعتداء المادي على الملكية العقارية الخاصة ،رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول وجدة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، شعبة القانون الخاص، مسلك ماستر قانون العقود والعقار، السنة الجامعية 2010/2011

- 100) حيرش أمال، الاعتداء المادي في القضاء الإداري الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع الإدارة المالية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق – بن عكنون، 2012 - 2013
- 101) عبدالمنعم عبدالعظيم جيزة، آثار حكم الإلغاء "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، منشور، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1971
- 102) محمد احمد عبدالمنعم، مسؤولية الادارة اساس المخاطر في القانون الفرنسي و المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1415 هـ
- ثالثاً : البحوث و الدوريات :**
- 103) د.أ. أحمد أبعون، "حماية القضاء الإداري للملكية العقارية بالمغرب"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة "مواضيع الساعة"، عدد 2008/59
- 104) د. احمد مغربي، نظرية الاعتداء المادي في القانون الاداري، مجلة التواصل في الاقتصاد و الادارة و القانون، العدد 39، سبتمبر، 2014.
- 105) د. خالد الزبيدي، القرار الاداري السلبي في الفقه والقضاء الاداري، جامعة الاسراء، المملكة الاردنية الهاشمية، مجلة الحقوق، العدد 3، السنة 30، 2006.
- 106) د. رائد ناجي احمد الجميلي، و د. سعد عطية حمد الموسى، عيب اغتصاب السلطة التنفيذية لإختصاص السلطة التشريعية في الشؤون الضريبية في العراق، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، ج1، المجلد 6، العدد، 20، 2017
- 107) سمير عبدالله السماعنة، عيب عدم الاختصاص واثره في القرار الاداري، الجامعة الاردنية، دراسات علوم التشريعة و القانون، المجلد 42، العدد 2، 2015
- 108) د. شاب توما منصور، القانون الاداري العراقي واتجاهات محكمة التمييز، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن، العدد 2، السنة الثانية، 1968
- 109) د. شورش حسن عمر، و أم.د. دانا عبدالكريم سعد، اشكالية تنفيذ الاحكام الادارية وضرورة الاصلاح التشريعي في العراق و اقليم كردستان – العراق – دراسة تحليلية مقارنة، مجلة دورية علمية محكمة متخصصة في مجال العلوم القانونية و السياسية تصدر عن كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ثلجي بالاغواط، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية و السياسية – المجلد الثالث – العدد الثاني – سبتمبر 2019،
- 110) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، العنصر الشخصي للاختصاص في القرار الإداري، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد العاشر، العدد الأول، 1994

- (111) د. عائشة سليمان، اشكالية تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة في مواجهة الادارة، المجلة المغربية للادارة المحلية و التنمية، عدد 72، المغرب، 2007
- (112) د. عبدالمنعم محفوظ، علاقة الفرد بسلطة الحريات العامة و الضمانات ممارستها، دار الهناء للطباعة، مصر، المجلد 1 و 2، ط2، 1989
- (113) د. عصام عبدالوهاب البرزنجي، مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الاداري العراقي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون بجامعة بغداد، العددان الاول و الثاني، المجلد 9، 1990
- (114) المستشار قاسم عبادي مهدي العامري، عيب عدم الاختصاص في القرار الاداري، مجلة القانون والقضاء، العدد (3)، بغداد، 2010
- (115) م.م. محمد عبدالكريم شريف، اوضاع مشروعية اغتصاب السلطة في القانون الاداري، مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية- اربيل، كوردستان، العراق، المجلد 6، العدد 3، صيف، 2021
- (116) المستشار محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، دار محمود، القاهرة، المجلد التاسع، ص 2018.
- (117) د. محمد علي سليمان، القضاء اليمني من عموم الولاية الى التخصص في الرقابة على اعمال الادارة، بحث منشور في اعمال المؤتمر السنوي الثامن لجامعة المنصورة، مصر بدون سنة طبع
- (118) المستشار قاسم عبادي مهدي العامري، عيب عدم الاختصاص في القرار الاداري، مجلة القانون والقضاء، العدد (3)، بغداد، 2010
- (119) م.د. منتصر علوان كريم، اثر سلطة الادارة التقديرية في ركن الاختصاص للقرار الاداري، مجلة العلوم القانونية و السياسية، المجلد 8، العدد 1، 2019

رابعاً : القوانين

- (120) قانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل
- (121) قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(83) لسنة 1969 المعدل
- (122) قانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979.
- (123) دستور جمهورية العراق لسنة 2005
- (124) قانون النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم(1) لسنة 2005 النافذ.

- (125) قانون دستور العراق 2005
- (126) قانون مجلس الشورى الدولية التعديل الخامس رقم 17 لسنة 2013
- (127) قانون عقد المعاهدات الدولية رقم (35) لسنة 2015

Fiziksel saldırıganlık teorisi ve Irak'taki uygulamaları Karşılaştırmalı bir çalışma

ORIGINALITY REPORT

2%	2%	0%	1%
SIMILARITY INDEX	INTERNET SOURCES	PUBLICATIONS	STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	docs.neu.edu.tr Internet Source	1%
2	www.arab-ency.com.sy Internet Source	<1%
3	mobt3ath.com Internet Source	<1%
4	iugspace.iugaza.edu.ps Internet Source	<1%
5	Submitted to Yakın Doğu Üniversitesi Student Paper	<1%
6	krjc.org Internet Source	<1%
7	www.hrw.org Internet Source	<1%
8	Submitted to Tikrit University Student Paper	<1%
9	Submitted to Amman Arab University for Graduate Studies	<1%