

القضاء الإداري

أ.د / أحمد عبد الملك أحمد بن قاسم

طبعة جديدة ومنقحة

2014 م

الموضوع: الشريعة والقانون

العنوان: القضاء الإداري

التأليف: أ. د/ أحمد عبد الملك أحمد بن قاسم

الإخراج والصف الفني: عبد الملك مبارك

جميع الحقوق محفوظة:

2014 - 1435

يمنع طبع هذا الكتاب أو جزء منه بكل طرق الطبع والتصوير

والنقل والترجمة والتسجيل المرئي والمسموع والحاسوبي

وغيرها من الحقوق إلا بإذن خطي من:

دار الفكر المعاصر - للطباعة والنشر والتوزيع

صنعاء- جولة الجامعة الجديدة : 224332 - 771905905

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وآله وصحبه
أجمعين، ، ،

هذه المذكرة ألقينها في محاضرات على طلبة الفرقة الثالثة بكلية الشريعة والقانون
- جامعة صنعاء - في مادة القضاء الإداري.

فكان لابد من التعرض للقضاء الإداري في اليمن، بعد أن نعرض لأحكام
القضاء الإداري المقارن

والنظام القضائي بشكل عام والقضاء الإداري بشكل خاص يتأثر بالنزعات
السياسية والإيديولوجية السائدة في الدولة من الناحية العملية فيؤثر بالتالي على
الدراسة الأكاديمية بالإضافة إلى أن طبيعة المعهد أو الكلية تفرض على الأستاذ أن
يسايرها في المنهج الأكاديمي.

والنظام القضائي اليمني ينتمي إلى المدرسة الإسلامية والكلية التي تدرس فيها
هذه المادة هي كلية الشريعة والقانون. فكان لابد أن نسبق محاضرتنا عن القضاء
الإداري في اليمن بأحكام القضاء الإداري في الإسلام المعروف (بقضاء المظالم)
ثم القضاء الإداري المقارن.

وبناء على ما تقدم فإننا نبدأ دراستنا بباب تمهيدي نعرض فيه مبدأ الشرعية
كأساس للقضاء الإداري ثم نفصل أحكام القضاء الإداري في كل من النظام
الإسلامي والنظام الحديث والنظام اليمني في فصول ثلاثة كما يلي :-

الباب التمهيدي

مبدأ المشروعية

نقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول نعالج في الفصل الأول مبدأ المشروعية في الإسلام ونعرض في الفصل الثاني للمبدأ في القانون الحديث والفصل الثالث نبين الشرعية في القانون اليمني.

الفصل الأول

مبدأ الشرعية في الإسلام

المبحث الأول : التعريف بمبدأ الشرعية

المبحث الثاني : تأصيل المبدأ في المصادر الأساسية

المبحث الثالث : تأصيل المبدأ في العمل والفقه

المبحث الأول

التعريف بمبدأ الشرعية الإسلامية

بالرغم من أن مبدأ الشرعية قد عرفتة جميع النظم - السماوية والوضعية -
واتفقت النظم المعاصرة على مفهوم نظري موحد لهذا المبدأ ، وهو التزام الحكام
والأفراد بقواعد القانون إلا أن أسلوب التطبيق يختلف من نظام إلى آخر بما يتماشى
مع أصوله التاريخية والفكرية التي يلتزم

وهذا يفسر لنا الاختلاف في تسميات المبدأ من نظام لآخر ففي النظام الانجليزي
يسمى مبدأ سيادة القانون Rule of Law وفي فرنسا يسمى principe de
la legalite 1 أي (مبدأ المشروعية) وفي الاتحاد السوفيتي السابق كان
يسمى legalitesocialiste 2 أي (المشروعية الاشتراكية).

ويطلق بعض الفقهاء 3 على المبدأ في الشريعة الإسلامية اسم (المشروعية
الإسلامية العليا) وسوف نبين مضمون الشرعية الإسلامية ثم مكوناتها في المطالب
التالية :

¹ د/ عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي - عالم الكتب ط 1 1948 م القاهرة ص 27.

² وينظر د/ مصطفى كمال رصني في مقال "المشروعية في الدول الاشتراكية" في مجلة العلوم الإدارية بالقاهرة عددي أغسطس وديسمبر 1966م ،
108 وفيه ورد الاختلاف في معنى المشروعية الاشتراكية عنه في المشروعية الدول العربية ، وفي ص 109 وما بعدها وانظر أيضاً د/ رمزي

الشاعر... مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية ط 1985

³ انظر في ذلك د/ علي جريشة: المشروعية الإسلامية العليا - مكتبة وهبة ط 1976م - القاهرة ص 45

المطلب الأول

مضمون الشرعية الإسلامية

تكونت الدولة الإسلامية بعد وجود القانون الإسلامي. فالدولة في النظام الإسلامي أوجدها القانون ¹ وهي بذلك تحت القانون وليست فوقه. وهذا من الفروق بين الدولة الإسلامية وغيرها من الدول التي نشأت - بحسب ما كان سائدا - قبل هذا القانون وهذا بذلك فوق القانون *dessus du droit*. فلا تمتنع الدولة بطاعة القاعدة القانونية. ²

أما الدولة الإسلامية فممنذ نشأتها في المدينة المنورة والارتباط قائم بين تصرف ولائها وبين التشريع فلا ينفك الأمر بينهما فلا مشروعية لتصرف الإدارة إذا خالفت الشرع ³. بل إنه في عهد ما قبل نشأة الدولة الإسلامية - الفترة المكية - والقران يؤسس الشرعية كعقيدة يؤمن بها المسلمون فالشرعية في الإسلام هي المبدأ الذي يرتكز عليه النظام الإسلامي بأكمله وبدونها لا وجود للنظام الإسلامي.

ولا تكون الدولة الإسلامية دولة شرعية إلا بخضوعها لحكم الله ⁴ ونعني بالدولة هنا جميع السلطات - التشريعية والتنفيذية والقضائية - والخضوع لحكم الله نعني به الامتثال لشرعه. بإتباع أوامره والابتعاد عن نواهيه

¹ د / مصطفى وصفي: مصنفه النظم الإسلامية - مكتبة وهبة (القاهرة) ص 222 وايضا مقال له تحت عنوان (النظرة الحديثة للمشروعية حيث استشهد ببيعة العقبة قبل هجرة الرسول (الى المدينة) وقيام الدولة وأنه تأسست الدولة على أحكام بيعة العقبة ، انظر مجلة العلوم الإدارية - العدد الثالث من السنة الثامنة ، ديسمبر 1976م ، ص 54

² د / مصطفى حسن " السلطة التقديرية " رسالة دكتوراه بجامعة عين شمس ص 11 ، د / وصفي ، المصدر السابق ، ص 51 ، وراجع نظريات *kant* ، *Hegel* ومن بعدهم جيليك في هذا المفهوم في: د / طعيمة الجرف: نظرية الدولة دار النهضة 1978م ص 130 ، ما بعدها.

³ د / كمال وصفي المصدر السابق ص
⁴ وحكم الله هنا يختلف عن مفهوم الحكم الأخي الذي قالت به الكنيسة في العصور الوسطى في أوروبا - لأنه في الحقيقة لم يكن الحكم لله في ذلك المفهوم ، وإنما كان الحكم لرجال الدين لأنه ليس في الإسلام دين ورجال دينا ، إذ الجميع رجال. ذم ورجال دينا في وقت واحد - وروهبان بالليل فرسان بالنهار) وإذا كان هناك من فرق فهناك رجال قانون ، أي فقهاء في الشريعة ، وهؤلاء ليس هم من يسلطون إلا استنباط واستخراج القاعدة القانونية (الحكم) من مصادرها (الأدلة الشرعية) وليس هم أن يصدروا حكما أو يخلقوا قاعدة من تلقاء أنفسهم. انظر (المذهب السياسي في الإسلام) للأستاذ / صدر الدين القبلي مصدر سابق ص 168 وما بعدها.

فيشمل: التصرفات الايجابية والسلبية، فلو أن ولاية الأمور قاموا بعمل ينهي الشارع عنه، يكونوا قد خرجوا على هذا المبدأ ولو أنهم امتنعوا عن القيام بما أمر به الشرع فإنهم قد خالفوا المبدأ.

والشرعية في الفقه الإسلامي تؤخذ بالمدلول الواسع لأن معظم قواعد الفقه الإسلامي - خصوصاً في القانون العام - لم تكن قواعد خالدة لا يجوز فيها الاجتهاد حيث أن نصوص القرآن والسنة لم تفصل قواعد النظام العام أو تبين نظام الحكم الذي يجب أن يتبع إلا فيما يتعلق بمبادئ عامة ¹.

والغرض من تحكيم شرع الله هو: حماية الأفراد من ظلم الإدارة وأصحاب النفوذ وتحقيق العدل والمساواة والمثل العليا، بغض النظر عن مصدر القاعدة التي تنظم هذه المثل فيجب أن لا تكون مخالفة للشرع - ولهذا اوجد الفقهاء قواعد فقهية مثل: قاعدة (شرع من قبلنا شرع لنا)، (الأصل في الأشياء الإباحة)، (المصالح المرسلة) - ومن ثم نرى أن الإدارة يجوز لها أن تشرع بلوائح وقرارات في حدود عدم مخالفة التشريع، لأن الثابت في الفقه الإسلامي أن سلطة التشريع ابتناءً لأولي الأمر لقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم) ².

والإدارة من أولي الأمر تجب لها الطاعة ولكنها مقترنة بطاعة الله والرسول، أي لا يجب أن تخالف الشرع ولها أن تأمر بما سكت عنه الشرع وحيثما سيكون هذا القرار اجتهاداً ملزماً لمن تشملهم ولايته.

وقد صدرت تشريعات عن طريق اجتهادات الخلفاء المجتهدين ³، واعتبرت من مصادر الشريعة الإسلامية كما سوف نوضح لاحقاً

¹ راجع د/ سليمان الطيماري، السلطات الثالث في الدساتير العربية المعاصرة، والفكر السياسي الإسلامي ص 350.

² سورة النساء آية 59

³ السلطات الثلاث - مصدر - د/ سليمان الطيماري، ص 337

ونعني بولاية الأمور الذي يجب عليهم أن يخضعوا للمبدأ نعني هم جميع الولاية — دون استثناء — بمن فيهم الخليفة (الرئيس الأعلى) لأنه لا يوجد في الفقه الإسلامي مجال لنظرية أعمال السيادة، وفي هذا يقول أبو بكر الصديق الخليفة الأول موضحاً هذا المبدأ في بيانه السياسي، بعد توليه بثلاثة أيام: (يا أيها الناس إني وليت عليكم ولست بخيركم، فإن أحسنت فأعينوني، وإن أسأت فقوموني... وأطيعوني ما أطعت الله ورسوله، فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم...)

1

وأجمع الفقهاء على أن ولي الأمر تجب طاعته في كل ما يأمر به ما لم يأمر بمعصية 2، وهذا يعني: أن رئيس الدولة — في النظام الإسلامي — يجب أن يلتزم بالشرع، ولا تكون قراراته واجبة التنفيذ إلا بموافقتها للشرع، فإذا كانت مخالفة فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.

ونعني بأحكام الشرع التي يجب على ولي الأمر احترامها: الأحكام القطعية المستندة من نصوص من الكتاب أو السنة أو الإجماع، أما الأحكام الاجتهادية فهي غير ملزمة لولي الأمر إن اجتهد بما يخالفها إذ القاعدة في الفقه أن المجتهد لا يصح له أن يقلد غيره فيما لا يراه هو 3. ولكن اجتهد ولي الأمر ملزم لمن تشملهم ولايته في أثناء هذه الولاية.

¹ انظر الإمام ابن قتيبة: الامامة والسياسة — مؤسسة الحلبي — القاهرة (بدون تاريخ نشر)، ج 1 ص 22 والاستاذ / مولوي إ.ق. الحسيني: الإدارة العربية: ترجمة / ابراهيم العنوي. منشورات مكتبة الآداب، تحت إشراف وزارة التعليم المصرية، مشروع الألف كتاب سنة 1958 م. ص 75.

² د/ سعيد الحكيم: الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، دار الفكر العربي، القاهرة 1987م، ص 57.

³ استاذ الدكتور / سليمان الطماوي: السلطات الثلاث، ص 336.

المطلب الثاني

مكونات الشرعية

تتكون الشرعية الإسلامية من مجموعة مبادئ أهمها مبدأ (أن الحكم إلا لله) وينبثق منه مبدأ آخر ورد في القرآن الكريم وهو مبدأ (الشورى) وترتيبهما حسب مبدأ ثالث وهو مبدأ التدرج على التفصيل الآتي:

أولاً: مبدأ (إن الحكم إلا لله):

لقد أطلقنا على الشرعية الإسلامية مبدأ أن الحكم إلا لله، واختيارنا لهذا المسمى له أسباب كثيرة منها:

1- لما في المبدأ من تمييز اكتسبه من الشريعة الإسلامية ذاتها: فالشرع في النظام الإسلامي شامل لجميع نواحي الحياة، يتحكم في كل مجالات الجماعة والفرد، والحكام والمحكومين في النشاط العام والنشاط الخاص، في العقيدة 1 والأخلاق 2 والعبادات 3 والمعاملات وأي نشاط يعكس علاقة قانوني 4.

2- القانون الإسلامي لا يكتسب قوته من حيث أنه للمصالح العام فحسب وإنما من حيث الاعتقاد بأنه من لدن حكيم عليم، لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه وهذا الاعتقاد هو الذي يجعل الالتزام بالقاعدة القانونية التي يتضمنها أمراً مقبولاً⁵ وهذا ما يعني احترام مبدأ (إن الحكم لله).

¹ د/ علي جريشة - مصدر - سابق ص 51 ، وانظر د/ عبدالله مرسي سعد: مبدأ سيادة القانون في الإسلام - رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية - طبعة بور سعيد 49.

² جريشة ، نفس المصدر ، ص 62 ، ود/ عبدالجليل محمد علي مصدر سابق ، وصدر الدين القباقي: المذهب السياسي في الإسلام، دار الأضواء - بيروت د 1985 م ، 181 وما بعدها

³ علي جريشة: المفروغة في الإسلام العليا - مصدر سابق - ص 62

⁴ المصدر السابق ص 191 وما بعدها

⁵ انظر في هذا ، د/ علي جريشة المصدر السابق - ص 148 .

3- إذا كان في الفقه القانوني ما يسمى بالشرعية العليا *super Legality* أو *Legalitesuperieure* 1 في النظام الإسلامي تندمج هذه الشرعية العليا مع الشرعية القانونية - أي احترام القانون لأنه لا يمكن الفصل بين شرعية عليا وشرعية أخرى في النظام الإسلامي، ولهذا تختلف مع من يطلق على الشرعية الإسلامية (شرعية عليا) 2 لأن ذلك يعني تعدد الشرعيات في النظام الإسلامي غير الشرعية العليا، ولهذا لا نسلم به، فالشرعية القانونية يجب أن توافق الفكرة الإسلامية عموماً.

والقانون الإسلامي يخضع للإسلام الذي يسير الحياة بجوانبها المتعددة إذ لا يوجد إلا شرعية واحدة هي الشرعية الإسلامية أو مبدأ (إن الحكم إلا لله).

4- إن الحياة في المفهوم الإسلامي مزرعة للأخرة والعمل فيها هو الزرع والثمرة نحصد في الآخرة - فالالتزام بالشرع يكون نابعاً من الضمير والحافز الداخلي له أثره - ومن هنا تظهر أهمية المبدأ أكثر وضوحاً منها في مبدأ الشرعية في الفقه الحديث فمن يخالف قاعدة قانونية وضعية فجزاؤه محدد في حالة معرفة المخالفة، فالقرار الإداري المعيب - مثلاً - يمكن أن يلغى قضاء إذا أتضح العيب لا يلحق أي جزاء 3، بينما في النظام الإسلامي - نظراً للمفهوم السابق - فإن أي عمل مخالف أو قرار إداري معيب يجعل صاحبه يسأل عنه في الآخرة، وهذا الاعتقاد يجعل الشرعية محصنة.

¹ وتقوم فكرة المشروعية العليا - في الفقه الحديث - على أن هناك اعتبارات أو قواعد أعلى من النظام القانوني بتدرجه... وتقيمن عليه ابتداء الدستور نفسه فيجميع القواعد التشريعية، ثم التصرفات الفردية من تحتها، يجب أن تصدر في حدود هذه الاعتبارات والتنظيمات العليا وأن تكون في حدودها، وهذا الجزء الأسمى ولأعلى من التنظيم القانوني، عرفه الفقه والقضاء والتزعم تحت اسماء متعددة: راجع د/مصطفى كمال وصفي: المشروعية في الدول الاشتراكية، مصدر سابق، ص 106

² انظر مثلاً: د/ علي بعرشة: المشروعية الإسلامية العليا. المصدر السابق (عنوان الرسالة نفسها).

³ - د عبد الجليل محمد علي: مصدر سابق 332

- 5- تختلف الشرعية في الإسلام عنها في النظام الحديث حيث أنها مستقرة تركز على مبادئ ثابتة ونصوص لا تتبدل ولا تتغير، مع مراعاتها لأحوال التطور في الزمان والمكان وهذا الاستقرار غير متوافر للشرعيات الأخرى.¹
- 6- الفرق بين الشرعية الإسلامية، كشرعية مذهبيه وبين الشرعيات المذهبية الأخرى-كالشرعية الاشتراكية - أن الشرعية الإسلامية تعني الخضوع لقواعد العدالة التي هي منسجمة وموافقة لقواعد الشريعة - لأن الله لم يحرم إلا ما فيه ضرر للناس، ولن يأمر إلا بما فيه مصلحة (فالله يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر)- بينما الشرعيات الأخرى تعني المحافظة على النظام المذهبي ولو أدى إلى إخلال بمبدأ العدالة، فالمصادرة للحريات الفردية والملكيات الخاصة مشروعة للحفاظ على المجموعة..... الخ 2.
- 7- بالإضافة إلى ما سبق فإن الآية ((إن الحكم إلا لله)) 3، أوضحت المبدأ ونحن بهذه التسمية نتبرك بالقران الكريم الذي هو مصدر الشرعية الإسلامية، ونتماشي مع الركن الأول للإسلام (شهادة أن لا اله إلا الله) لأن القانون الإسلامي مرتبط بالعقيدة - على التفصيل السابق.

ثانياً: مبدأ الشورى:

نعني بهذا المبدأ - في هذا الوضع - حكم الشعب أو الأمة لنفسها جانب حكم الله الذي يقتضيه مبدأ ((إن الحكم إلا لله)) وتتشكل بالمبدأين الشرعية الإسلامية ولكن بمفهوم الأولوية "الحكم لله أولاً ثم للشعب" وليس بمفهوم المشاركة (الحكم

¹ - د / سليمان الطماوي- السلطات الثلاث في الفكر الإسلامي وفي النماذج العربية- دار الفكر العربي - القاهرة 1979م ص (330-331) و(340) وما بعدها د/ علي جريشة ، مصدر سابق ، ص 186.

² - د / مصطفى كمال وصفي: المشروعية في الدول الاشتراكية. مقال منشور بمجلة العلوم الإدارية عدد أغسطس 1966م - مصدر سابق - ص 160 وانظر له أيضاً مصنفه النظم الإسلامية نشر مكتبة وهبة بدون تاريخ ص 154 والدكتور رمزي الشاعر: قضا العويض (مسئولية الدولة عن اعمالها غي التعاقدية) دار النهضة 1985 ص 15

³ - سورة الأنعام آية 57 ، وسورة يوسف آية 40.

لله وللشعب) كما يتبادر إلى الذهن وبهذا يختلف حكم مبدأ الشورى عن مبدأ الديمقراطية الذي يعني حكم الشعب لنفسه ابتداءً. وإذا كان مبدأ (إن الحكم إلا لله) مميزاً للشرعية الإسلامية عن الشرعيات الديمقراطية فإن مبدأ الشورى يميز بينها عن مبدأ الحكم الإلهي (التيوقراطية). ومبدأ الشورى في هذه الحالة يعني أن صاحب الحاكمية - الأصلي - وهو الله، أعطى للأمة أن تحكم نفسها بنفسها في حدود الضوابط التي وضعها. وتأتي أهمية هذا المبدأ في كونه ضماناً تحول دون مخالفة الإدارة للشرعية، لأن القرار أو التصرف الذي ستقدم عليه الإدارة لن يخرج بعد بحث واستقصاء وتحري المصلحة العامة ومشاورة المختصين في هذا الأمر¹.

ثالثاً: مبدأ التدرج القانوني:

الشرعية في مفهومنا مدلولها واسع، لأن معظم القواعد الشرعية - خصوصاً - في المعاملات المتعلقة بالقانون العام ليست قواعد مفصلة لأن نظام الحكم والإدارة وردت أحكامها في القرآن والسنة على صورة مبادئ عامة تاركة تفصيلاً للمصادر الأخرى.

وعلى هذا الأساس فكل قاعدة شرعية أو قانونية أو فقهية نشأت في البناء القانوني للدولة الإسلامية تشكل الشرعية الإسلامية وتتدرج هذه القواعد فيما يلي:

المرتبة الأولى: نصوص الشريعة الإسلامية:

وتتدرج فيما بينها بحسب المعايير التي وضعها الفقه الإسلامي (القرآن ثم السنة ثم الإجماع) على التفصيل السابق، وهذه النصوص تحتل المرتبة العليا فوق كل

¹ أساس مبدأ الشورى قوله تعالى (وشاورهم في الأمر) ونصوص أخرى من القرآن والسنة والتطبيقات العملية للرسول والصحابة رضوان الله عليهم ومنهم الخلفاء، ولزيد من التفاصيل راجع: د/ زكريا عبدالمعظم الحطيط: نظام الشورى في الإسلام، مطبعة السعادة 1405 هـ - 1985 م

القواعد القانونية بما فيها الدستور ، وقد يقول قائل : أن نصوص الشريعة في درجة وسط بين الدستور وبين التشريع العادي ، لأن الشريعة اكتسبت قوتها من الدستور — فهو الذي أعطاهما هذه المرتبة بالنص عليها في صلبه — والرد على ذلك بالقول : أن النص الدستوري الذي يعلن أن الشريعة الإسلامية مصدر أو المصدر للتشريع ، لم ينشئ هذا الحكم وإنما كشفه فقط لأن الحكم في ضمير المجتمع المسلم على مر التاريخ ، لهذا تحتل قواعد الشريعة الإسلامية (القطعية) المرتبة الأسمى.

المرتبة الثانية : نصوص القانون الوضعي للدولة الإسلامية (بمختلف أنواعها) :

وهي القواعد العليا (كالميثاق والدستور) والتشريع القانون العادي (القانون واللائحة ، وكذلك القرارات الإدارية....).

وبناء على الافتراض السابق بأن يكون التشريع (التقنين) في يد مجتهدين كبار يضعون القواعد القانونية من المصادر الأصلية بدراسة وفهم أو تطبيق الرقابة السابقة على (إسلامية القوانين) سواء كانت هذه الرقابة سابقة بإنشاء هيئة من العلماء الشرعيين لتقنين الأحكام الشرعية و كانت رقابة لاحقة بالنص على وجوب أن يمتنع القضاء عن تطبيق النصوص القانونية المخالفة للشريعة الإسلامية والحكم بعدم شرعيتها عن طريق محكمة مختصة.

وتأسيساً على ما سبق فإن ما تصدر الجهات المختصة من قوانين أو لوائح تصبح قواعد شرعية في المرتبة التالية للنصوص العليا (القران الكريم والسنة والإجماع). وقد يقال : كيف تصبح القوانين الوضعية مقدمة على الفقه الإسلامي وأدلته ؟

فلماذا لا يقدم اجتهاد الفقهاء المشهود لهم بالكفاءة العلمية على هذه القوانين ؟ نقول للواقع أن التشريع (المقنن) على الكيفية التي ذكرناها ، اجتهاد فقهي رسمي يضع نفسه — بحسب المعيار الإسلامي في مرتبة أي اجتهاد فقهي آخر ، أي في المرتبة الرابعة لكنه بعد أن توافق عليه السلطة التشريعية ويصدق عليه ولي الأمر

(الحاكم) أو يصدر بنفسه يغدو ملزماً ويختلف حينئذ عن الاجتهادات الأخرى غير الملزمة والزاميته هذه تحدد له درجة عليا فوق الاجتهادات غير الملزمة. إلا أن هذا الاجتهاد الملزم (التقنين) تثار إزاء مشكلة ترتيب القواعد التي يتكون منها، فهو يحتوي قواعد جماعية (القواعد الدستورية)، و(القواعد القانونية العادية) وقواعد أخرى فردية (لائحة أو قرار إداري) وبصيغة أخرى: يحتوي على قواعد اجتهادية مجردة (قانون أو لائحة) وأخرى فردية (قرار إداري فردي). وبتطبيق القواعد القانونية التي وضعها الفقه الإسلامي في ترتيب المصادر السابق ذكرها نرى أن القواعد القانونية المذكورة تترتب أو تتدرج فيما بينها بحسب المعيار الشكلي.

فتتقدم القواعد القانونية التي صدرت بالإجماع أو بموافقة الأكثرية وهذه هي مبادئ الميثاق وقواعد الدستور حيث تضعها هيئة المجتهدين ثم توافق عليها الأمة عن طريق الاستفتاءات أو الجمعيات التأسيسية، وفي المرتبة الثانية تأتي أحكام القانون العادي التي أصدرتها الهيئة التشريعية (بالطريقة التي ذكرها سابقاً) وتأتي هذه في مرتبة أدنى من المرتبة السابقة، ثم تأتي اللوائح والقرارات الإدارية في المرتبة الأخيرة لأنها صادرة من أولي الأمر (السلطة التنفيذية) باجتهاد فردي تكون مرتبتها أدنى من مرتبة الاجتهاد الجماعي الذي أصدر القانون.

وتبني رأينا السابق على مفهومنا لوظائف السلطات في الإسلام على النحو التالي:

وظيفة السلطة التشريعية - فيما يتعلق بالتشريع - هي استنباط القواعد القانونية التي تحدد سلوك الجماعة - حكاماً ومحكومين من المصادر الأساسية التي ذكرناها: القرآن أو السنة والإجماع مسترشدة بأدوات تستخدمها كالقياس وغيره من القواعد الفقهية) وتغدو هذه القواعد من الوجهة الشرعية أحكاماً شرعية - بما

تحمل الكلمة من معنى صادرة من الله تعالى - يجب طاعتها قضاءً أو ديناً - لقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم)¹.

ووظيفة السلطة التنفيذية هي: تنفيذ حكم الله المتمثل في الأحكام الصادرة من السلطة التشريعية - على النحو السابق - وإدارة شؤون الدولة بتلك الأحكام، وقد عبر الفقه الإسلامي عن هذه الوظيفة بأنها (سياسة الدنيا والدين) وعلى ذلك فإن السلطة التنفيذية تصدر من اللوائح والقرارات ما من شأنه تنفيذ حكم الله بشرط عدم مخالفته للأحكام التي سبق أن وضعتها السلطة التشريعية.

ووظيفة السلطة القضائية أيضاً تطبيق حكم الله في (القواعد التشريعية) على المسائل المعروضة أمامها، وعلى القضاء ألا يخالف تلك القواعد في الأحكام.

وقد يعترض على هذا بأن المجتهد في الإسلام لا يلزمه اجتهاد غيره، فكيف يلزم أعضاء السلطة التنفيذية وأعضاء القضاء باحترام اجتهادات السلطة التشريعية.

وترد على ذلك بتأكيد ما بيناه، بأننا قد أسسنا رأينا على ضرورة احترام الهيئتين التنفيذية والقضائية لأحكام الهيئة التشريعية على اعتبار أن اجتهادات السلطة التشريعية ملزمة للمجتهدين الآخرين لأنها صادرة من أولي الأمر منهم (أهل الشورى وتصديق رئيس الدولة).

ومن ناحية أخرى يلتزم الحكماء في النظام الإسلامي بأن تكون قراراتهم مبنية على مبدأ الشورى (ابتداءً وانتهاءً) وهكذا نجد سلطات المجتهدين مقيدة بموافقة رئيس الدولة وسلطات رئيس الدولة مقيدة بالعرض على أهل الشورى وفي ذلك ضمانات تحكم حسن التصرف وعدم مخالفة الشرعية بالإضافة إلى الضمانة القضائية المتمثلة في قضاء المظالم.

¹سورة النساء آية (59)

المبحث الثاني تأصيل الشرعية الإسلامية في المصادر الأساسية

لكي تكون الشرعية إسلامية يجب أن يكون مصدرها شرعياً أي مستمداً من الكتاب والسنة فنبداً أولاً بتأصيل المبدأ في القرآن ثم نؤصله في السنة الشريفة. والواقع اليمني يؤيد الرأي السابق.

وعلى ذلك سنتناول هذا المبحث في مطلبين :
المطلب الأول : تأصيل الشرعية الإسلامية في القرآن.
المطلب الثاني : تأصيل المبدأ في السنة.

المطلب الأول

تأصيل مبدأ الشرعية الإسلامية في القرآن

وورد مبدأ "إن الحكم إلا لله" صراحة في القرآن الكريم كما جاءت صوره في مبادئ عامة ذكرها القرآن.

ولهذا سنتناول النصوص الصريحة في المبدأ ثم نستخرج المبادئ العامة التي ذكرت في القرآن ويتفرع منها مبدأ "إن الحكم إلا لله" وذلك في فرعين:

الفرع الأول النصوص الصريحة

أسس القرآن الكريم الشرعية كعقيدة يؤمن بها المسلمون قبل نشأة الدولة الإسلامية في المدينة المنورة فقد ذكرت النصوص القرآنية المكية المبدأ صراحة :

ففي سورة الأنعام - وهي مكية - يقول الله تعالى : (إن الحكم الا لله يقص الحق وهو خير الفاصلين)¹ وسورة الشورى - أيضاً - (وما اختلفتم فيه من شيء فحكمه إلى الله) و(شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذي أوحينا إليك)، وأيضاً في نفس السورة (أم لهم شركاء لهم شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله)².

في سورة الأعراف قال تعالى : (ألا له الحق والأمر) فهذه الآيات نماذج من النصوص المكية التي انبثق منها المبدأ وهي تقرر صراحة بأن الأحكام الواجبة التطبيق - في جميع الأحوال وسائر الظروف، وعلى كافة الناس، حكماً ومحكوماً، إنما هي أحكام الله وشرع الله.

وفي سورة مكية أخرى جاء النص (إن الحكم إلا لله) وجاء هذا النص بعد الآية 39 التي تقرر مبدأ الوحدانية في العقيدة (أرباب متفرقون خير أم الله الواحد القهار) كما جاء في النص الذي يقرر مبدأ وحدانية العبادة (أمر ألا تعبدوا إلا إياه) فيلاحظ أن النص الذي صرح بالمبدأ جاء واسطة بين نصين الأول: يؤكد مبدأ الوحدانية في العقيدة، والثاني: يؤكد مبدأ الوحدانية في العبادة وبينهما ما يؤكد

¹ الآية 57

² الآية 10، والآية 13، والآية 21

مبدأ الوجدانية في الحكم وهو مبدأ (إن الحكم إلا لله) ويفسر بعض الفقهاء بأن ذلك يعني ان رد الحكم إلى الله عقيدة ، بأن العمل بهذا المبدأ عبادة¹.

وبعد نشوء الدولة الإسلامية أيضاً في المدينة المنورة تنزل السورة المدنية مؤكدة ذلك المبدأ صراحة. ففي سورة المائدة (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون) ، (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون) ، (أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون)²

وهذه المعاني من الآيات تصف الخارج عن الشرعية بأنه كافر أو ظالم أو فاسق وبأن الخروج عن الشرعية حكم جاهلي - سواء أكان الخروج من قبل ولادة الأمور أو من قبل المحكومين.

فالحكم غير المسلمين يقول فيهم النص (والذين كفروا فتعساً لهم وأضل أعمالهم) ♦ ذلك بأنهم كرهوا ما أنزل الله فأحبط أعمالهم) ، والمحكومين يقول فيهم في نفس السورة: (إن الذين ارتدوا على أديبارهم من بعد ما تبين لهم الهدى الشيطان سوى لهم وأملى لهم ♦ ذلك بأنهم قالوا للذين كرهوا ما نزل الله سنطيعكم في بعض الأمر)³.

وهذا الوصف قد يكون للأفراد المحكومين وقد يكون وصفاً لأعوان الحاكم.⁴

¹ انظر: د/علي جريشة: المشروعية الإسلامية العليا ، مصدر سابق ص 28

² توجد كثير من آيات السورة التي يمكن أن تكون شاهدة على تقرير مبدأ المشروعية ولكن الغرض هو التمثيل بنماذج من الشواهد فاكثفنا بالآيات الواردة وهي حسب الترتيب في المآ 44 و 45 و 47 و 49....

³ سورة محمد الايات (8 و 9) و (25 و 26)

⁴ د. علي جريشة: الشرعية والإسلامية العليا مصدر سابق ص 36

الفرع الثاني

نصوص قرآنية تقرر مبادئ تتضمن الشرعية

قواعد القانون العام لم ترد - غالباً - في القرآن والسنة إلا فيما يتعلق بمبادئ عامة.¹

ومن أهم المبادئ التي وردت في القرآن الكريم مبدأ المساواة قال الله تعالى (يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم)². والأحكام القانونية في الحدود والقصاص التي وردت في القرآن الكريم جاءت نصوصاً عامة ليس فيها استثناء لحاكم أو محكوم ومنها قوله تعالى (والسارق والسارقة..)، (الزاني والزانية..)، (ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب). ومبدأ المساواة أمام القضاء تقرر أيضاً بقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى....)، (وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل...) وهذه النصوص من القرآن تعني معنى غير مباشر لمبدأ الشرعية عن طريق مبادئ عامة أخرى، كمبدأ العدالة والمساواة، والشواهد التي تدل على ذلك على هذا المبادئ من القرآن كثيرة.

وهناك مبدأ في القرآن الكريم، مفاده أن طاعة ولاية الأمور من طاعة الله (أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم...)³

فالنص يقرر وجوب طاعة ولاية الأمور. على أن هذه الطاعة - كما سنبين فيما بعد - ليست مطلقة، وإنما مقيدة بمدى التزام ولاية الأمور بالشرعية فختام النص

¹ د. سليمان الطماوي: السلطات الثلاث. ومصدر سابق. 30.

² سورة الحجرات الآية 13

³ سورة النساء الآية 59

يقول (...فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول...) فمرد الجميع حكماً ومحكومين هو شرع الله ورسوله¹.

المطلب الثاني

تأصيل مبدأ الشرعية الإسلامية في السنة

وعلى نفس الطريقة التي اتبعناها سابقاً، نبدأ بإيراد نصوص السنة الصريحة ثم النصوص المتعلقة بالمبادئ التي يستفاد منها مبدأ الشرعية.

1- النصوص الصريحة:

حرص الرسول صلى الله عليه وآله وسلم على بيان وجوب خضوع ولاية الأمور والمحكومين لأحكام الشرع في كل الأحوال والظروف، فيقول عليه السلام: " وأسمعوا وأطيعوا وإن استعمل عليكم عبد حبشي كان رأسه زبيبه..."². وقال: " السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره ما لم يؤمر بمعصية ، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة "³.

ونصوص السنة الصريحة في المبدأ كثيرة أن البخاري أفرد لها باباً خاصاً بما أسماه " باب السمع والطاعة للإمام ما لم يكن معصية " ⁴.

وقد طبق الرسول صلى الله عليه وآله وسلم مبدأ الشرعية في تصرفاته وقراراته وكان يوصي عماله وموظفيه بذلك⁵ ، وكان يغضب كل الغضب

¹ صحيح البخاري بإضافة السندي. دار إحياء الكتب العربية ج الرابع ص 234

² انظر المراجع السابق ج 4 ص 234

³ المرجع السابق ج 4 ص 234

⁴ ورد البخاري تحت عنوان باب " إقامة الحدود على الشريف والوضيع ، حديثاً: أن أسامة كرم النبي عليه الصلاة والسلام في امرأة فقال: إنما أهلكت من كان قبلكم أنهم كانوا يقيمون الحد على الوضيع ويؤتون الشريف. والذي نفسي بيده لو أن فاطمة فعلت ذلك لقطعت يدها. ص 173 من المرجع السابق.

⁵ ومن ذلك قوله صلى الله عليه وآله وسلم معاذ بن جبل الذي عينه والياً وقاضياً على اليمن بعد أن سأل: ثم تحكم. قال بكتاب الله قال: فإن لم تجد ؟ قال بسنة رسول الله. قال فإن لم تجد ؟ قال: اتجهت إراني. فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم "الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي الله ورسوله.

إذا رأى من ولاية الأمور أي تصرف مخالف للشرعية ويعتبره باطلاً ليس له أثر قانوني، لأن وجوب طاعة ولاية الأمور مستمد من خضوعهم للشرع وإتباعهم لأوامره ونواهيه¹.

2- نصوص السنة التي تقرر مبادئ عامة :

من المبادئ التي أكدتها السنة وفصلت ما جاء فيها من نصوص قرآنية مبدأ عدم الطاعة في المعصية ، ويجسد هذا المبدأ قول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : " على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره إلا أن يؤمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة " ².

وهذا يعني أن الشرعية فوق ولاية الأمور. فإذا كانت النصوص الصريحة في الكتاب والسنة تقضي بوجوب خضوع المحكومين لقرارات ولاية الأمور فإن ذلك الخضوع مقرون بخضوع (ولاية الأمور) بدورهم لأحكام الشرع (الشرعية) فإذا أصدر ولي الأمر قراراً يلزم الأفراد فيه بمعصية فإنه يجب عليهم أن يمتنعوا عن تنفيذ هذا القرار وإلا كانوا عصاة للشرع.

وفي هذا أخبر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بأنه لو أن جنوداً ألقوا أنفسهم إلى نارٍ أوقدوها بحسب أمره كانوا من أصحاب النار ولما خرجوا منها³

وقد فصلت السنة أيضاً ما قرره الكتاب فيما يتعلق بمبدأ المساواة أمام القانون⁴.

¹ وفي هذا يقول رسول الله " كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد " . انظر : د. سعيد الحكيم : الرقابة على أعمال الإدارة مصدر سابق ص 10

² صحيح البخاري : مصدر سابق ي 4 ص 234

³ ونص الحديث كما جاء في صحيح البخاري ي 4 ص 234 عن " علي رضي الله عنه قال : بعث النبي صلى الله عليه وآله وسلم سرية وأمر عليهم رجلاً من الأنصار وأمرهم أن يطعموه ؟ ففضب عليهم وقال : ليس قد أمر النبي صلى الله عليه وآله وسلم أن تطعموني ، قالوا بلى ، قال عزمت عليكم لمسا جمعتم حطباً وأوقدتم ناراً ثم دخلتم فيها . فجمعوا حطباً فأوقدوا . فلما هموا بالدخول فقام بعضهم ينظر إلى بعض قال بعضهم إنما اتبعنا النبي صلى الله عليه وآله وسلم فرأوا من النار . أدخلوها ؟ فبينما هم كذلك (حدثت النار وسكن غضبه فلذكر للنبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال : لو دخلوها ما خرجوا منها أبداً إنما الطاعة في المعروف .

⁴ د. سليمان محمد الطماوي : السلطات الثلاث في الإسلام . مصدر سابق ص 41

فنص الحديث على أن "الناس سواسية كأسنان المشط" ليس لأحد على أحد فضل إلا بالتقوى، فالناس جميعاً أمام الشرع سواء وأنه يجب على أي شخص حاكماً أو محكوماً أن يخضع لأحكام الشرع وإن يمثل لأوامره ونواهيه¹.

ولقد جسد النبي صلى الله عليه وآله وسلم مبدأ المساواة أمام القانون عملياً في حادثة سواده بن قيس فقد طلب الرسول صلى الله عليه وآله وسلم من الناس - أثناء الصلاة - أن يطالبوه بما لهم من حق إن كان. فقال له سواده بن قيس: يا رسول الله إنك لما أقبلت من الطائف استقبلتك وأنت على ناقتك... ويديك القضيب فرفعته وأنت تزيد الراحلة فأصاب بطني فأمره الرسول صلى الله عليه وآله وسلم أن يقتص منه فقال: أكشف لي عن بطنك يا رسول الله، فكشف عن بطنه، فقال سواده: أتأذن لي أن أضع فمي على بطنك فأذن له. ثم قال له الرسول: أتقتص أم تعفو فقال سواده: بل أعفو. فقال الرسول " اللهم أعف عن سواده بن قيس كما عفا عن نبيك محمد "².

وحينما أبطل رسول الله ربا الجاهلية بدأ بعمة العباس فأبطل ما كان له في ذمة الناس من ربا. فقال: "إن ربا الجاهلية موضوع. وإن أول ربا أبدا به ربا العباس بن عبد المطلب"³ وعندما أبطل الرسول ما كان من الدماء في العهد الجاهلي، بدأ بدم أبن عمه⁴.

¹ د. سعيد الحكيم: الرقابة على أعمال الإدارة مصدر سابق 56

² معالم الحكومة للشيخ جعفر السبحاني طبعه دار الأضواء / بيروت . 1405 - 1984 ، ص 413 وقد نقل ابن الأثير رؤية تقول بأن رسول الله لقي سواده ذات يوم ومعه جريدة فطعنه بها في بطنه ، فحاشه فقال: يا رسول الله أقصني أو (الدين) فحسر رسول الله عن بطنه وقال: اقصص. فلما رأى بطن رسول الله القى الجريدة وعلق يدها (أنظر عز الدين بن الأثير: أسد الغابة. دار الشعب ج 2 ص 483

³ أنظر حديث رواه أبو داود في سننه تحت رقم 3334 طبعه دار الحديث سوريا 1394-1974م الطبعة الأولى المجلد 3 ص 628 وما بعدها

⁴ ابن عمه عامر بن ربيعة بن الحارث: أنظر سنن أبي داود - المصدر السابق - بنفس الصفة ونفس الحديث

وبهذا كانت للشرعية الإسلامية مكانتها وقديسيته لأن مكانة القانون تظل محفوظة إذا كانت موضع احترام من الجميع حكاماً ومحكومين ولو سمح الإسلام لأحد بالخروج عن الشرعية وإن يجعل نفسه فوق أحكام القانون لكان نقص القانون فخراً ويترتب على ذلك ضياع النظام وسقوطه¹.

¹ الشيخ جعفر السبحاني: معالم الحكومة الإسلامية- المصدر السابق ، ص 410 و 414

المبحث الثالث

مبدأ الشرعية في التطبيق العملي والفقه

إذا كان مبدأ الشرعية، أو سيادة القانون في النظام الحديث قد نشأ بصورة تدريجية وضحت من أجله الشعوب، ولم يصل إلى ما وصل إليه إلا بعد تطور تاريخي¹، فإن الدولة الإسلامية قد أنشأتها الشرعية... كما سبق إيضاح ذلك.

وإطلاق صفة "الإسلامية" على الدولة يعني ذلك أننا أمام دولة قائمة على الشرعية، لأن الإسلام معناه اللغوي: "الانقياد لأمر الأمر ونهييه بلا اعتراض"². ولقب الخليفة³ وهو على رأس الدولة الإسلامية - تنجلي فيه الشرعية: فهو يعني أن رئيس الدولة ليس مطلق التصرف، بل هو مقيد بما استخلف فيه وفي حدود ما استخلف فيه. وعلى هذا كانت تولية الخلفاء الراشدين مؤسسة على الشورى، ومبنية على البيعة العامة من المسلمين، لا يكره عليها أحد، بل تتم عن محض اختيار المسلمين فلم يتول الخلفاء الراشدون العهد من سابقهم، ولم يفرضوا أنفسهم على الأمة بالقوة ثم اكتسبوا الشرعية بإجراءات لاحقة.

والمسلمون لم يختاروا هؤلاء الخلفاء بفعل الدعاية الانتخابية المظلمة - التي تعطي شرعية زائفة - وإنما كانوا يختاروهم لمكانتهم العلمية والعملية وتقواهم، وخوفهم من الله، ولهذا كله قد رأينا في سيرتهم ما يجسد المشروعية في أبهى صورة، مما سهل للفكر السياسي الإسلامي أن يضع نظرية لمبدأ الشرعية.

وبناءً على ذلك - يكون تناولنا لهذا المبحث في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: نماذج من تطبيقات النظام الإسلامي لمبدأ الشرعية.

المطلب الثاني: مبدأ الشرعية في الفقه الإسلامي.

¹ راجع تطور مبدأ سيادة القانون في النظام الإنجليزي - ص 399 وما بعدها وفي تطور المبدأ في القديم والحديث راجع د. طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية وفي ضوابط خضوع الإدارة العامة ط 3-1976 ص 4 وما بعدها.

² لويس معلوف: منجد الطلاب ط 26 دار المشرق بيروت 1982 ص 333.

³ هذا اللقب من مستحدثات الفكر السياسي الإسلامي، وهو أول لقب يطلق على رئيس الدولة الإسلامية. راجع د. سليمان الطماوي: السلطات الثلاث

المطلب الأول

نماذج من تطبيقات النظام الإسلامي للمبدأ

أطلق على العصر الذي جاء بعد وفاة النبي صلى الله عليه وآله وسلم "عصر الخلفاء الراشدين" لأن ما بعد ذلك العصر تحول النظام من الخلافة إلى الملك¹. ومن ناحية أخرى، كان الإجماع على أن الخلفاء الراشدين قد ساروا على منهج الرسول في نظام الحكم ومنه تطبيق لمبدأ (إن الحكم إلا لله). وهؤلاء الخلفاء هم: أبو بكر الصديق، عمر بن الخطاب، عثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب - رضوان الله عليهم. فقد كانوا قدوة في تطبيق القانون على أنفسهم قبل غيرهم، فلم يضعوا أنفسهم فوق القانون أو يجعلوا من ذواتهم سلطة تعلوه، إنما كانوا في عين القانون متساويين برعاياهم² كما نوضح ذلك فيما يلي:

أولاً: أبو بكر الصديق :

لقد تجلّى مبدأ الشرعية في أساس اختيار أبي بكر الصديق رضي الله عنه ليخلف الرسول صلى الله عليه وآله وسلم على المسلمين، فقد تولى الخلافة بعد أن رشحه أهل الحل والعقد في اجتماع السقيفة، ثم بايعه عامة المسلمين³، وباليعة اكتسب الشرعية.

¹ يقول معاريه بن أبي سليمان: "أنا أول المولود" وقد تنبأ الرسول صلى الله عليه وآله وسلم بذلك فقال: الخلافة بعدي ثلاثون سنة ثم تكون ملكاً أنظر ابن كثير البداية والنهاية - مكتبة المعارف بيروت 1966 ج 8 ص 16 وراجع الاستاذ أبو الأعلى المودودي: الخلافة والملك: ترجمة أحمد إدريس. دار

القلم الكويت 1978م ص 94

² أبو الأعلى المودودي: المصدر السابق ص 58

³ وراجع في طريقة اختيار أبي بكر الصديق: الفقيه عبدالله بن مسلم بن قتيبة: الأمانة والسياسة تحقيق الدكتور طه الزبيدي مؤسسة الحلبي القاهرة ج 1 ص 11 وما بعدها والاستاذ محمد كرد علي: الإسلام والحضارة العربية ط 3: مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر القاهرة 1968 ج 2 ص 35 وما بعدها و د. ضياء الدين الرئيس: النظريات السياسية الإسلامية. دار التراث القاهرة ط 7-1979 ص 34 وما بعدها و ص 175 وما بعدها والسيدكتور سليمان الطماوي: السلطات الثلاث - مصدر سابق ص 356 وما بعدها ،

إذا فقد تسلم أبو بكر الصديق مقاليد الحكم بطريقة مشروعة منذ البداية ، فلم تكن ولايته بالقوة أو بالمال ، وإنما بالرضا والاختيار.

والبيان الأول ، الذي ألقاه ، بعد أن تم اختياره يحدد أسلوب الحكم الذي قطعه على نفسه ، وأنه يقوم على مبادئ الحق والعدل واحترام أحكام الشرع ، وإن الالتزام بقراراته وأوامره مرهون بموافقتها لحكم الله فإن جاءت مخالفة فلا حجية لها¹.

وصرح في هذا البيان بأن وظيفته هي وظيفة تنفيذية وليست وظيفة تشريعية² ، وأنه سيسير بذلك على نهج الرسول صلى الله عليه وآله وسلم³.

ولم يكتفي أبو بكر الصديق بالبيان دون تطبيق - فقد ساوى في حكمه بين القوي والضعيف أمام القانون⁴ ، وأوصى عماله وموظفيه باحترام القانون⁵.

ولعل أصدق تعبير عن حرصه على احترام القانون هو موقفه من الممتنعين عن إيتاء الزكاة ، وحربه لهم ، مع أن بعض الصحابة نصحوه بعدم التشديد في تطبيق مبدأ الزكاة لكنه رفض التهاون في تطبيق أحكام الشرع وقال : " والله لو منعوني

¹ راجع د. ضياء الدين الرئيس: النظريات السياسية الإسلامية - المرجع السابق - ص 232 وما بعدها. وراجع أيضاً - د. سليمان الطماوي: السلطات الثلاث مصدر سابق - ص 394

² راجع في هذا البيان: ابن قتيبة الأمانة والسياسة - مصدر سابق - ج 1 ص 22 وراجع تاريخ الطبري طبعة دار المعارف بر 3 ص 224 وانظر د. ضياء الدين الرئيس - المصدر السابق - ص 176

³ حيث يقول إنما أنا متبع وولست مبتدع ويقول: (أي والله ما ادع أمراً رأيت رسول الله يصنعه إلا صنعته " صحيح البخاري بحاشية السندي - مصدر سابق - ج 4 ص 164 وتاريخ الطبري المصدر السابق ج 3 ص 224

⁴ فقد حكم عمر بن الخطاب - وهو بمثابة وزير ومساعد له الأول - بعد أخيه في حضنة ابنه (مختصر الزني حاشية كتاب الأم " للإمام الشافعي - طبعة مصورة عن بولاق 1321 هـ - قمت بها الدار المصرية للتأليف والترجمة ج 5 ص 86)

⁵ من ذلك وصية خالد بن سعيد قائد جيش المسلمين الفاتح للشام ، وكذا وصية يزيد بن أبي سفيان وعمرو بن العاص حينما ولاه على الجيش الفاتح لفلسطين قال به أبو بكر: اتق الله في يسرك وعلايتك ، واستحب في خلواتك فإنه يراك في عملك .. يا عمرو إن معك المهاجرين والأنصار من أهل بدر فأكرمهم واعرف حقهم ، ولا تتناول بسلطانك .. وكن أحدهم ، وشاورهم في ما تريد من أمرك. راجع الأستاذ محمد كرد علي: الإسلام والحضارة العربية - مصدر سابق - ج 2 ص 109 و 110 والأستاذ أبو الأعلى المودودي: الخلافة والملك - مصدر سابق - ص 55

عقلاً ، كانوا يؤدونها إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لقاتلتهم على منعها
1 "

وكان منهجه في إصدار القرارات والأحكام ينبئ عن مدى تمسكه بمبدأ الشرعية
حيث يستند في ذلك إلى مصادر الشرعية الإسلامية بالترتيب.

فينظر في كتاب الله فإذا وجد النص طبقه وان لم يجده نظر في السنة المطهرة فان
وجد نص طبقه وان لم يجد نصاً لا في كتاب ولا في سنة جمع أهل الحل والعقد
فاستشارهم وإذا اجمعوا على رأي أخذ به ².

ثانياً: عمر بن الخطاب:

لقد وصل الخليفة الثاني عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) في تطبيقه لمبدأ
الشرعية إلى أبعد مما وصلت إليه كثير من الدول التي تفاخر بنظمها السياسية
والإدارية والفرق بين ما أخذ به عمر وما تأخذ به الدولة العصرية يكمن في
الصياغة لا في الجوهر ³.

وكانت فلسفته في تطبيق الشرعية أن القانون فوق الجميع حكماً ومحكوماً وأن
الحكام ملزمون بتطبيق القانون قبل الأفراد ⁴ وليس لهذا فحسب ، بل أنه اعتبر
نفسه مسئولاً عن أي مخالفة يقوم بها موظفوه.

¹ صحيح البخاري - المصدر السابق - ي 4 ص 196. ولزيد من التفصيل في حروب الردة وموقف أبي بكر منها راجع: محمد كرد علي - المرجع
السابق - ج 2 ص 357 وما بعدها

² ويفصل هذا النهج ميمون بن مهران بقوله كان أبو بكر الصديق إذا ورد عليه حكم نظر في كتاب الله تعالى ، فإن وجد ما يقضي به قضى به وإن لم يجد
نظر في سنة رسول الله ، فإن وجد ما يقضي به قضى به فإن أعياه ذلك سأل الناس هل علمتم أن رسول الله قضى فيه بقضاء ؟ فرمى قام إليه القوم
يقولون: قضى فيه بكذا وكذا فإن لم يجد سنة منها النبي صلى الله عليه وآله وسلم جمع رؤساء الناس فاستشارهم فإذا اجمع رأيهم على شيء قضى به
" - سنن الدارمي باب الفتيان وما فيه من الشدة - وعلاء الدين الهندي: كرام العمال. ط حيدر آباد 1955 الحديث رقم 2281 في الجزء الخامس
وانظر د. سليمان الطماوي: السلطات الثلاث - ص 326 نقله عن كتاب أعلام الموقعين لأبن القيم ج 1 ص 71 و 72

³ راجع د. سليمان محمد الطماوي " عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الخليفة " دار الفكر ط 2 سنة 1973 ص 110

⁴ لقد طبق المبدأ على نفسه أولاً ثم على موظفيه ثانياً ولضرب لذلك بتمودجين:

1- طبق المبدأ على نفسه: حينما أبطل تصرفاً قام به - نفسه - لأن هذا التصرف كان مخالفاً لمبدأ الشرعية. جاء ذلك في واقعة مفادها أن عمر
كان يقوم بالتفتيش ليلاً فمر بدار سمع فيها ما جعله يدخلها من السور ، فرأى رجلاً وامرأة وحرراً فلما مر عمر الرجل على خطئه. قال الرجلني أتى
عصيت الله في واحدة ، وأنت في ثلاث: فأنه يقول (ولا تجسسوا) وقد تجسسست ، ويقول: (وأنتوا البيوت من أبوابها) وقد تسورن. ويقول (لا تدخلوا
بيتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها) وما فعلت. فقال عمر: هل عندك من خير إن عفوت عنك.

يقول: "أرأيتم إذا استعملت عليكم خير من أعلم ثم أمرته بالعدل أكنتم قد قضيت ما علي؟ قالوا: نعم قال لا، حتى أنظر في عمله، اعمل بما أمرته. أم لا

1 "

وتطبيق عمر بن الخطاب لأحكام الشرع نابع من مفهوم الإسلام للوظيفة العامة - ومنها الخلافة - بأنها أمانة ومسؤولية وليست شرفاً ومكسباً وقد عرف ذلك عمر، ورفض أن يرشح أبنه عبد الله - مع ثقته في فضله - للخلافة من بعده حينما أشار عليه بعض مستشاريه، فرد عليه قائلاً: ألا إرب لنا في أموركم، وما حمدتها فأرغب فيها لأحد من أهل بيتي. إن كان خيراً فقد أصبنا منه، وإن كان شراً فقد صرف عنا، فبحسب آل عمر أن يحاسب منهم رجل واحد، ويسأل عن أمة محمد، أما لقد أجهدت نفسي، وحرمت أهلي، وإن نجوت كفافاً لا وزر ولا أجر إني لسعيد" 2.

ثالثاً: عثمان بن عفان:

لقد كان عثمان بن عفان (رضي الله عنه) كغيره من الصحابة حريصاً على تحكيم الشرع وحينما تولى الخلافة كتب أول كتاب له لأمرائه فقال: "قد وضح لكم عمر ما لم يغب عنا، بل على ملأ منا. ولا يبلغني عن أحد منكم تغيير، ولا تبديل، فغير الله - ما بكم ويستبدل بكم غيركم" 3.

2- وطبقه على موظفيه: فقد عزل قاضياً لأنه لم يسو بينه وبين خصمه أمام القالون وأمر أن يقتص أحد الأفراد من وإليه الذي ضربه مائة سوط دون وجه حق. المزيد من الأمثلة على ذلك راجع: الأستاذ محمد كرد علي "الإسلام والحضارة العربية". - مرجع سابق بر 2 ص 113 وما بعدها.

1 رواه الإمام البيهقي في سننه الكبرى جزء 8 ص 163 وعبد الرزاق الصنعاني في مصنفه ج 1 ص 326 راجع: الدكتور سليمان الطماوي. عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة- المصدر السابق

2 الأستاذ محمد كرد علي: الإسلام والحضارة العربية - مصدر سابق - ج 2 ص 37

3 كرد علي: الإسلام والحضارة العربية - مصدر سابق - ج 2 ص 138

وهذا يدل على أن عثمان أراد أن ينهج في الحكم نهج سلفه لكن التطبيق العملي يوحى بأن الإدارة في عهده قد خالفت الشرعية¹.

رابعاً: الإمام علي بن أبي طالب:

توجد من الآثار - المنسوبة للإمام علي بن أبي طالب (كرم الله وجهه) وتصرفاته أثناء خلافته (المملوءة بالحوادث الجسام) ما تجعلنا أمام حكومة قانونية فقد كان يطبق أحكام الشريعة بتشدد سبب له كثيراً من المتاعب²، وقال في خطبة له: أيها الناس إني والله لا أحثكم على طاعة إلا وأسبقكم إليها، ولا أنهاكم عن معصية إلا وأتأهني قبلكم عنها".

وهذا المنهج يتلاقى مع القاعدة في الفقه الإداري الحديث (احترم القانون الذي وضعته بنفسك)³.

وقد طبق مبدأ المساواة - بين الحاكم والمحكوم أمام القضاء⁴ فالاعتراف بسلطة القضاء على رئيس الدولة يعتبر - في حد ذاته مظهراً من مظاهر الشرعية. أما إذا عزز مبدأ المساواة فإنه يعتبر سمو في تطبيق الشرعية.

¹ كان الباحثين يكادون يفتقون على أن أول عرق لبدء الشرعية لا الدولة الإسلامية، كان في عهد خلافة عثمان بن عفان. حينما استولت قرابة عثمان على مقاليد الحكم. ومنحوا امتيازاً اعترض عليها الناس عامة. فكان أن (تجزؤ هؤلاء القرابة على الناس. وخرجوا على حكم القانون، فاغترلوا من أموال الدولة، وارتكبوا المحرمات، واستمتع ذلك الاختيار الكبير بمقتل من الخليفة الثالث

انظر: أبو الأعلى المودودي: الخلافة والملك - مصادر سابق - ص 63 وما بعدها والدكتور عبد الجليل محمد علي - مبدأ المشروعية مصادر سابق - ص 284 حتى 288 ود. عدنان نعمة: دولة القانون في إطار الشرعية الإسلامية طبعة - المؤسسة الجامعية - لبنان 1987م ص 92

وانظر د. عدنان نعمة - المصدر السابق - ص 64 والمودودي - المصدر السابق - ص 71 كرد على الإسلام والحضارة - مصدر سابق - ج 2 ص 277 ² من ذلك ما روي أن الخبير بن شعبة أشار على الإمام علي: أن يقر معاوية على الشام فيسبح له طاعته (وقصد حتى تستكين له الأمر ثم يعزله) لكن علياً رفض هذا الأسلوب من الترجية على حساب المبدأ فقال: والله لو سألت قرية ما وليتها إياه". انظر الإيتاذ محمد كرد علي: حضارة الإسلام - مصدر سابق - ص 386

³ د. عدنان نعمة: دولة القانون - المصدر السابق - ص 114

⁴ وذلك في القضية المشهورة بمنازعته مع الدمي على الدرع وملخصها: أن علياً نازع ذمياً على درع إمام القاضي شريح، فقال القاضي لعلي: لك بينه. قال لا. فقضى للدرع للدمي. فقال الدمي: أمير المؤمنين قديمي لقاضيه وقاضيه يقضي عليه. أشهد أن هذه أحكام الأنبياء. (ابن كثير: البداية والنهاية - طبعة سنة 1966 ج 8 ص 4)

ويعتبر الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه أول من جلس بانتظام للمظالم¹. وسيأتي تفصيل ذلك في ما بعد.

¹ علي بن محمد حبيب الماوردي: الأحكام السلطانية، والولايات الدينية، طبعة أولى، دار الفكر القاهرة 1404هـ — 1983م ص 68 وراجع د. سليمان حميد الطماوي: السلطات الثلاث — مصدر سابق — ص 449

المطلب الثاني

مبدأ الشرعية في الفقه الإسلامي

أمام النصوص الواردة في القرآن والسنة، والمبادئ المنبثقة منها على التفصيل السابق، أقر الفقه الإسلامي هذا المبدأ وأن الحاكم يجب أن يلتزم بأحكام القانون كغيره من الأفراد.

إلا أن الفقه الإسلامي القديم تناول هذا الموضوع بطريقة غير التي تناولها الفقه الحديث وذلك ما نبيته في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : موقف الفقه الإسلامي القديم

الفرع الثاني : موقف الفقه الإسلامي الحديث.

الفرع الأول

مبدأ الشرعية في الفقه الإسلامي القديم

تناول الفقه الإسلامي هذا المبدأ فأقر بالإجماع أن الحاكم يجب أن يخضع للتشريع، وإن مخالفته لهذا التشريع (وهو ما يعبر عنه بالفسق) قد تكون سبباً لعزله.

يقول الماوردي¹: (إذا قام الإمام بما ذكرنا من حقوق الأمة فقد أدى حق الله تعالى فيما لهم وعليهم وجب له عليهم حقان: الطاعة والنصرة ما لم يتغير حاله والذي يتغير به حاله.. فيخرج به عن الإمامة شيثان: أحدهما جرح في عدالته والثاني نقص في بدنه، فأما الجرح في عدالته وهو الفسق فهو على ضربين أحدهما ما تابع فيه الشهوة، والثاني ما تعلق فيه بشبهه، فأما الأول منهما فمتعلق بأفعال الجوارح، وهو ارتكابه للمحظورات، وإقدامه على المنكرات تحكيماً للشهوة وانقياداً للهوى، فهذا فسق يمنع انعقاد الإمامة ومن استدامتها...)

وقال الإمام أحمد بن عيسى - من الزيدية: إن الذي يخرج عن الإمام إمامته (حدث يحدثه بمعصية كبيرة.... فإذا فعل ذلك زالت إمامته وفسد عقده.... إلى أن قال - بعد أن ذكر ما يجب على الإمام من الحقوق ما لفظه: فإن خالف ذلك إلى غيره من التسلط بالجبروت والتكبر عليهم فمنعهم حقهم، واستأثر عليهم بغيرهم، فلا طاعة له عليهم في معصية خالفهم وحرمت عليه إمامته وولايتهم وحرمت عليهم طاعته ومعاونته وكان حق الله مجاهدته حتى يفيء إلى أمر الله، ويعتزل ولاية أمره، فانه لا ولاية لمن لم يحكم بما أنزل الله... إلى أن قال: وكذا إذا أتى أمر تبطل بإتيانها شهادته.... إلى أن قال: وكل من بطلت إمامته لزم أن يسلم

¹ علي بن محمد حبيب الماوردي: الأحكام السلطانية والولايات الدينية - مصدر سابق ص 15

للمسلمين أمورهم، فإن هو أبى أن يستسلم للحاكم إذا لزمه صار غاضباً، ومن
غضب المسلمين أمورهم حل جهاده.¹
ويقول الغزالي² في إحياء علوم الدين (إن السلطان الظالم عليه أن يكف عن
ولايته، وهو إما معزول أو واجب العزل وهو على التحقيق ليس بسلطان....)
ومثله قال بعض الفقهاء (إن الإمام ينعزل بالفسق والجور، وكذا كل قاضي أو
أمير).

¹ الجامع الكافي معملولة النهج المنير ص 35-36

² أبو حامد الغزالي: إحياء علوم الدين، مطبعة الحلبي ج 2 ص 30

الفرع الثاني

مبدأ الشرعية الإسلامية في الفقه الحديث

تناول الفقه القانوني الحديث مبدأ الشرعية الإسلامية على اختلاف في ذلك. فبعض الفقهاء تناوله كمشروعية عليا، وبعضهم تناوله باعتباره مصدر تاريخياً من مصادر القانون ولنا في هذا رأي، لهذا نتعرض للاتجاهات الفقهية الثلاثة كما يلي:

أولاً: الفريق الأول:

درس هذا الفريق مبدأ الشرعية في الإسلام باعتباره فكرة مثالية مفهومها أوسع من مجرد احترام قواعد القانون الوضعي¹.

وقامت بعض هذه الدراسات على افتراض مسبق بأن الأوضاع القانونية في البلدان الإسلامية بعيدة عن أسس الشريعة الإسلامية، مما جعل هذه الدراسة تنصب على مصادر الشريعة الإسلامية التقليدية دون أن تلتفت إلى الأوضاع القانونية في نماذج من الدول الإسلامية المعاصرة وموقف هذه الدول من الشرعية الإسلامية وفي حالة ما يكون الوضع التشريعي مخالفاً، كأن تكون الشريعة الإسلامية هي مصدر، أو المصدر للتشريع، فانه من اللازم دراسة ذلك الوضع ضمن كيان النظام القانوني الإسلامي - ككل - فتحدد حينئذ مرتبة الدستور والقانون في سلم الشريعة الإسلامية²، وليس خارج هذا السلم، كما جاء في

¹ يقول المرحوم الدكتور / مصطفى كمال وصفي: المشروعية الإسلامية تستجمع صفات المشروعية العليا أي أنها تسود النظام كله، وتعلو على الدستور ذاته. ويبحث تفيد لصوص هذا الدستور بهذه المشروعية العليا أو تسري هي من دونها إذا تعارضت تعارضاً يعارض معه التوفيق بينهما، وأن القانون المعارض معها يكون دستوري. مصنفه النظم الإسلامية - مصدر سابق ص 163 وراجع ذلك د/ فزاد النادي: مبدأ المشروعية في الفقه الإسلامي: 1972م ود/ علي جريشة في: المشروعية الإسلامية العليا. ود/ عبدالله مرسي: مبدأ سيادة القانون في الإسلام (رسالة دكتوراه) مقدمة لجامعة الإسكندرية - كلية الحقوق - طباعة دار مطبعة بور سعيد الإسكندرية. ود/ سعيد الحكيم: الرقابة على أعمال الإدارة - مصدر سابق - ص 53 وما بعدها، د / ماجد الحلوي: القضاء الإداري - مصدر سابق - ص 18 وما بعدها.

² وقريب من رأينا هذا للدكتور العميد أحمد عبدالرحمن شرف الدين، انظر له بالمشاركة مع الدكتور محمد رفعت عبدالوهاب (القضاء الإداري - مصدر سابق - ص 89 وما بعدها)

بعض هذه الدراسات ؟ حيث ذكرت مصادر الشرعية بأنها: (الكتاب فالسنة فالإجماع فالقياس إلى آخر الأدلة....) ولم تذكر القانون ومرتبته في هذا التدرج¹. ولا ندري كيف يعالج - من قال بهذا - مشكلة تعارض الدستور مع بعض الأدلة التي اعتبرها مصادر للشرعية كتعارض مع "القياس" هل يقدم الدليل على الدستور ؟ - وهذا غير ممكن باعتبار أن اقل ما يمكن أن يوصف به رأي الدستور (بالمفهوم الفقهي الإسلامي) أنه اجتهاد أولي الأمر الهيئة التأسيسية مثلاً - واجتهاد أولي الأمر فيقدم على الرأي بالقياس - وإن قلنا يقدم الدستور فكيف وقد كان القياس هو المصدر الرابع في سلم التدرج للشرعية الإسلامية حسب وضع هذا الفريق.

وفي رأينا أن نشوء مثل هذه المشكلة يعود إلى فصل واقعنا المعاصر عن الدراسة والتسليم بأن ما وصل إليه السابقون - هو الشريعة الإسلامية - وأن الواضع المعاصر الذي وضعه اللاحقون هو "قانون وضعي" وتقدم الشريعة الإسلامية لأنها هي المشروعية العليا على القانون.

وقد اجتهد بعض أصحاب هذا الاتجاه وقدموا الصفات الأساسية للشرعية الإسلامية، والتي تميزها عن الشرعيات الأخرى، وتتلخص هذه الصفات في:

أولاً: ثباتها واستقرارها مع قابليتها للمرونة لتطورات الزمان....

ثانياً: تقيد جميع الأوضاع والمراكز القانونية والتصرفات هذه المشروعية².

وتأتي هذه الصفات من الطبيعة الخاصة للشرعية الإسلامية باعتبارها شرعية ربانية تستقر وتثبت باستقرار وثبات الوحي والأصول الكلية المستمدة منه. كما تسمح بقدر من المرونة اجتهاداً وتطبيقاً وتفريعاً³. ولأنها شرعية ربانية فإنها تشمل

¹ راجع مثلاً د. عبدالله مرسي - مبدأ سيادة القانون في الإسلام - مصدر سابق ص 139 وما بعدها و د. سعيد الحكيم - المصدر السابق ص 73 و د. عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة 1984م ص 220

² الدكتور مصطفى كمال وصفي: مصفلة النظم الإسلامية - مصدر سابق - ص 163 وما بعدها

³ د / علي جريشة: المشروعية الإسلامية العليا - مصدر سابق - ص 187

بمثلها ومبادئها وأصولها الفرد والأسرة والأمة والدولة وتشمل مجال العقيدة والأخلاق والعبادات، بالإضافة إلى المعاملات بكل صنوفها¹.
ثانياً: الفريق الثاني²:

ومن الفقه القانوني الحديث الذي تعرض لمبدأ الشرعية في الإسلام وأشار إليه في القسم الخاص بالتطور التاريخي لمبدأ الشريعة كما يشار إلى الأنظمة القانونية القديمة التي تمثل مصدراً تاريخياً للقواعد القانونية.
وهذا الفقه - بهذه الدراسة - يعتبر الإسلام قدم إضافة جديدة للتراث الفكري في مجال مبدأ الشرعية أسهم في دعمه وتأكيد.

ولكن ذلك التراث الفكري - في هذا الفقه - قد تراجع في العصور الوسطى حين اختلطت السلطة بحق الملكية العقارية للأرض لكنه عاد مع دراسة القانون الطبيعي في بداية القرن الثامن عشر، في إطار مقدمات الفكر الديمقراطي الحديث³.

وواضح أن هذا الاتجاه حين تطرق لمبدأ الشرعية في الإسلام، تطرق له بعين الباحث الغريب عن الفكر القانوني الإسلامي، ومن منطلق دراسة أوضاع قانونية في البلدان غير الإسلامية التي تريد أن تستفيد - فقط - من إسهامات الإسلام، بما لا يتعارض مع مبادئها وتقاليدها.

ثالثاً: الفريق الثالث:

وهذا يمثل رأينا - ونحن حينما أطلقنا على الشريعة الإسلامية مصطلح مبدأ -
إن الحكم إلا لله) وأكملناه بمبدأ الشورى نعني اندماج الشرعية الوضعية في

¹ المصدر السابق - ص 191 - 192

² راجع د/ طعيمة الجرف: مبدأ التشريعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون. دار النهضة العربية 1976 ص 7 و8. والدكتور / أبو يزيد عيسى المني: النظم السياسية والحريات العامة ط مؤسسة صباب الجامعة الاسكندرية 1982 ص 44 وص 69 وما بعدها

³ د / طعيمة الجرف: المرجع السابق ص 8.

المشروعية الإسلامية: وبهذا يتوسع مفهوم الشرعية الإسلامية مستوعباً القواعد التي يضعها أولو الأمر حيث تكون هذه القواعد ملزمة دينياً ودينياً (دينياً وقضاءً). ملزمة دينياً لأن القواعد الشرعية الإسلامية القطعية ستكون في أعلى السلم القانوني وبهذا تكتسب السمو الشكلي وتأتي بعدها بقية القواعد حسب الترتيب المعروف دستور، قانون، الخ.

وديناً لأن القواعد الوضعية ما هي إلا اجتهادات أولى الأمر بحسب الخضوع والالتزام بها كخطاب من الله تعالى يلتزم به المكلفون.

وبهذا ينظر إلى الشرعية الإسلامية أنها مجموعة القواعد الأصلية بالإضافة إلى القواعد الوضعية فنحن نفترض أن القواعد الوضعية جزءاً من الشرعية الإسلامية وليست بعيدة عنها أو مناهضة لها وبهذا تكون مصادر الشريعة الإسلامية هي المصادر التقليدية بالإضافة إلى المصادر الأخرى التي لا تعارضها، حسب التدرج ومن هنا لا يحدث تعارض بين الواقع والأدلة المعروفة.

والوسطية لهذا الرأي - ونحن ما وضعناه بحمد الله - تجعله بعيداً عن العيوب التي لمسناها عند الفريقين السابقين، فإذا كان الفريق الأول قد نظر إلى الشرعية الإسلامية باعتبار أنها فكرة مثالية أوسع من مجرد احترام القواعد الوضعية.

فإننا ننظر إلى الشرعية الإسلامية بشمولية أوسع. فإلى جانب مصادر الشرعية الإسلامية التقليدية قواعد القرآن والسنة والإجماع، فإنها تشمل - أيضاً قواعد الدستور والقانون....الخ في ظل الدولة الإسلامية التي تصدر تلك القواعد بالضوابط الشرعية.

وتصبح جميع تلك القواعد - الشرعية والوضعية - مكونة للسلم القانوني، وفقاً لمبدأ التدرج الذي له مفهوم خاص لدينا نفصله في مبحث لاحق في هذه المادة.

وبهذا لا مجال للإشكالية التي وجدناها عند الفريق الأول في حالة تعارض الدستور مع بعض قواعد الشرعية كالقياس - التي يعتبرها الفريق الأول أدلة متقدمة تعلقو السلم القانوني قبل المصادر كالـدستور والقانون.

لأننا لا نعتبر القياس مصدراً للمفهوم الحديث للمصدرية وإنما نعتبر القياس وغيره مجرد أدوات للاجتهاد... الذي هو المصدر الحقيقي لمفهومنا.

لكن هذا الاجتهاد لا يعتبر مصدراً رسمياً إلا إذا اعتمده الحكام (أولوا الأمر).

أما في غير ذلك فانه مصدر غير رسمي أي مصدر تفسيري باعتباره قول فقهاء يأتي في المرتبة الأخيرة في سلم الشرعية بعد المصادر الرسمية التي منها الدستور والقانون. وهما في حقيقتهما اجتهاداً معتمداً من أولي الأمر (في صورة السلطات الحكومية).

فقد يتم تعميده من الأمة باستفتاء عليه ثم من الحاكم بإصداره وقد يتم تعميده من البرلمان بالموافقة عليه. وهذا البرلمان مخول من الأمة في ذلك ثم يصدره الحاكم في صورة قانون وبهذا أصبح اجتهاداً ملزماً يتقدم الاجتهاد غير الملزم الذي يؤسس على القياس أو غيره من الأدلة التقليدية.

فيتقدم الدستور والقانون على الأدلة التي هي مجرد أدوات اجتهاد من خلال دمج الواقع الإسلامي المنضبط بالضوابط الشرعية بالشرعية الإسلامية.

إذ لا فرق بين القواعد وأحكام وضعها معاصرون برؤية معاصرة قد تختلف عن قواعد وأحكام وضعها سابقون لأن كلها قواعد تمثل مصادر للشرعية الإسلامية إلا أن القواعد المعاصرة أولى بالتقديم للأسباب التالية :

أولاً : قيامها على المصلحة الآنية والمصلحة الآنية مقدمة على المصلحة السابقة.

ثانياً : أنها مصدر من أولي الأمر مقدم على غيره.

ثالثاً : أنها اجتهاد أحياء واجتهاد الحي ولي من اجتهاد الميت.

وتتميز وجهة نظرنا هذه عن رؤية الفريق الثاني بأننا ننظر إلى مصادر حية وواقعية وعملية نحتكم إليها اليوم كما احتكم إليها السابقون في الماضي صالحة للتطبيق إلى قيام الساعة وليست مجرد مصادر تاريخية.... لأنها جزء من الشرعية المعاصرة للدولة الإسلامية، بل هي الجزء الأعلى حينما تكون قطعية الأدلة والثبوت تعلقو سلم الشرعية الحديثة. من ناحية أخرى فإننا برؤيتنا هذه لا نهمل مصادر الشرعية الوضعية كما فعل أصحاب الفريق الأول. وفي نفس الوقت لا نهمل مصادر الشرعية الإسلامية التقليدية كما ظهر عند أصحاب الفريق الثاني، بل نعملهما معاً، وتصير الشريعة مرادفة للقانون فإن شئت أسميتها الشريعة الإسلامية وأن شئت أطلقت عليها القانون.

الفصل الثاني

مبدأ الشرعية في النظام الحديث

تقتضي دراسة مبدأ الشرعية في النظام الحديث توضيح المقصود بهذا المبدأ من الوجهة النظرية ثم بيان مصادره المختلفة وكأن لا بد من بحث المبدأ في اليمن تطوره وتطبيقه لهذا سوف نتناول هذا الفصل في المباحث التالية :

المبحث الأول : التعريف بالمبدأ.

المبحث الثاني : مصادر المشروعية.

المبحث الثالث : مبدأ الشرعية في القانون اليمني.

المبحث الأول التعريف بالمبدأ

أصبح مبدأ الشرعية أحد الضمانات الأساسية للأفراد وطابعا مميزاً للدولة الحديثة والمقصود بمبدأ الشرعية هو خضوع تصرفات الإدارة لأحكام القانون.

وقد اختلف الفقه في تبيان المراد من خضوع الإدارة للقانون إلى ثلاثة مذاهب :
المذهب الأول: يرى أنه يكفي لتحقيق المبدأ أن يكون العمل غير مخالف للقانون.
المذهب الثاني: يرى أنه لا يكفي أن يكون العمل غير مخالف للقانون بل يجب أن يكون عمل الإدارة مستنداً إلى قاعدة قانونية فإذا انتفى السند القانوني للعمل فهو غير مشروع.

المذهب الثالث: يقيد الإدارة بأن لا تقوم إلا بما يكون مجرد تنفيذ أو تطبيق قاعدة قانونية.

ونلاحظ تدرج المذاهب في تقييد الإدارة يتيح للإدارة سلطة تقديرية في التصرف ولا تنقيد إلا بما يقيدها القانون صراحة. والمذهب الثاني فيه أكثر قيوداً على الإدارة من الأول فلا تستطيع الإدارة أن تعمل إلا إذا كانت مستندة إلى القانون بينما الاتجاه الثالث يوسع من مدلول مبدأ المشروعية ويقيد من حركة الإدارة بحيث يجعل منها مجرد وسيلة لتنفيذ القانون.

وهذا لا يتفق وما تحتاجه الإدارة من سلطة في ابتكار الحلول للمشكلات التي تعترضها ولم يعترضها ولم يعالجها القانون بالسلب أو بالإيجاب.

المبحث الثاني

مصادر المشروعية

تختلف نظرة فقهاء القانون الوضعي حول مفهوم مصادر المشروعية فيوسع غالبية الفقهاء نطاق هذه المصادر ليدخل في نطاقها كافة القواعد القانونية الملزمة أياً كان مصدرها بينما قلة من الفقهاء يحصر مصادر الشرعية في التشريع وتختلف النظرة في ظل التشريع اليمني.

أولاً: الاتجاه الموسع¹:

يرى هذا الاتجاه أن فكرة المشروعية تتكون من القوانين واللوائح ومن القواعد القضائية وخصوصاً من المبادئ العامة للقانون وينظر - في هذه الخصوص - إلى تعبير التشريع بمعناه الأوسع وهو " القانون بمدلوله العام ؟ أي جميع القواعد الملزمة في الدولة سواء أكانت مكتوبة أو غير مكتوبة، وأياً كان مصدرها، مع مراعاة التدرج في قوتها.

واختلف هذا الفريق فيما بينه حول مدى هذا التوسع فذهب رأي إلى جعل كل القواعد التي تصدرها الدولة كالسلطة التأسيسية والسلطة القضائية وحتى الإدارة نفسها، إلى جانب ما يصدر من السلطة التشريعية بالطبع، وعلى ذلك: تدخل الأحكام القضائية واللوائح والقرارات الفردية والعقود الإدارية ضمن مصادر الشريعة بالإضافة إلى المصادر غير المكتوبة كالعرف، والمبادئ العامة القضائية.

بينما قصرها يعفي هذا الفريق على القواعد القانونية المجردة وعلى ذلك لا مكان للقرارات الإدارية الفردية وكذلك العقود الإدارية وأيضاً أحكام القضاء. لأن

¹ يقول الفقهاء الفرنسيون: لويانير وفيدل فالين والفقيه ريفيرو ومن الفقهاء العرب: د. سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري القاهرة 1985 ص 9 ويضع رأيه هذا في كل مؤلفاته القانونية. والدكتور حسن خليل: القضاء والإدارة بالإسكندرية 1973 ص 19 ود. فروت بدوي: تدرج القرارات الإدارية القاهرة 1970 ص 21

QUESTION

QUESTION 10

Suppose that the function f is defined on the interval $(-\infty, \infty)$ by the formula $f(x) = 2x^2 - 3x + 1$. Find the value of $f(4)$.

ANSWER

Since $f(x) = 2x^2 - 3x + 1$, we have $f(4) = 2(4)^2 - 3(4) + 1 = 2(16) - 12 + 1 = 32 - 12 + 1 = 20$. Therefore, the value of $f(4)$ is 20.

Suppose that the function f is defined on the interval $(-\infty, \infty)$ by the formula $f(x) = 2x^2 - 3x + 1$. Find the value of $f(4)$.

Since $f(x) = 2x^2 - 3x + 1$, we have $f(4) = 2(4)^2 - 3(4) + 1 = 2(16) - 12 + 1 = 32 - 12 + 1 = 20$. Therefore, the value of $f(4)$ is 20.

Suppose that the function f is defined on the interval $(-\infty, \infty)$ by the formula $f(x) = 2x^2 - 3x + 1$.

Find the value of $f(4)$.

Since $f(x) = 2x^2 - 3x + 1$, we have $f(4) = 2(4)^2 - 3(4) + 1 = 2(16) - 12 + 1 = 32 - 12 + 1 = 20$.

Therefore, the value of $f(4)$ is 20.

ولبعض الفقهاء المعاصرين¹: رأي جريء وحديث في الوقت نفسه، حيث

يفرق - هذا الرأي - بين وضعين:

الوضع الأول: هو الوضع الذي ليس للشرعية الإسلامية فيه موضع وهو ما تجري عليه الأنظمة العلمانية - سواء كانت الشريعة الإسلامية أحد المصادر أم لم تكن - وهنا تكون مصادر الشرعية هي: الدستور والقانون العادي فاللوائح... الخ.

أما الوضع الثاني: فهو الوضع الذي تكون فيه الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي للتشريع وهنا فإن مصادر الشرعية تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: الأدلة الشرعية: التي هي مصادر قواعد الشرعية - وهي النوع الثاني - وتشمل هذه الأدلة: القرآن فالسنة المطهرة فالإجماع فالقياس - وهذه هي الأدلة الأصلية - ثم الاستحسان والاستصحاب والمصالح المرسلة والعرف وقول الصحابي وشرع من قبلنا - وهذه هي الأدلة التبعية.

أما القسم الثاني: فقد أطلق عليه: قواعد الشرعية: ويشمل قواعد الميثاق - في البلدان التي تجعل للميثاق قيمة قانونية - وقواعد الدستور فالتشريع البرلماني فاللوائح... الخ.

ويرجع هذا الرأي إلى عدم الأخذ بالتقسيم الذي أخذه من قبل فقهاء القانون الحديث إلى عدم وجود التطبيق العملي لجعل الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي للتشريع بحيث تصبح الشريعة الإسلامية بأدلتها المختلفة هي مصادر قواعد الشرعية وتكون هذه القواعد، هي قواعد الشرعية.

أما في اليمن - وهي بلد صاحب الرأي - ففيها هذا المثل ذاته، حيث تعتبر الشريعة الإسلامية مصدر القوانين كلها بما فيها - القواعد المكتوبة... فتكون أدلتها مصادر لهذه القواعد.

وفي وجهة نظرنا - على ضوء ما درسناه سابقاً في ظل خصوصية التشريع اليمني - إن مصادر الشرعية تنقسم إلى قسمين:

¹ الدكتور احمد عبدالرحمن شرف الدين: القضاء الإداري القاهرة 1988م ص 46 ما بعدها.

الأول: المصادر الأصلية: وهي الكتاب والسنة والتفصيل في ذلك ليس في مجالنا هنا.

الثاني: المصادر التبعية: وهي على نوعين:

النوع الأول: المصادر المكتوبة وتشتمل على القواعد القانونية النافذة ابتداءً بالدستور فالقانون العادي واللوائح بما في ذلك الأعمال الإدارية الأخرى (القرارات الفردية والعقود الإدارية) باعتبارها صادرة من أولي الأمر.

النوع الثاني: المصادر غير المكتوبة وتشتمل على العرف المعترف ومبادئ الفقه سواء منه الإسلامي أو القانوني وكذلك مبادئ القضاء.

أما بقية الأدلة الشرعية مثل القياس والاستصحاب والمصالح المرسلة فهي أدوات للتشريع يستخدمها الفقه الذي هو مصدر وليست هذه الأدلة في ذاتها مصدراً للشرعية.

المبحث الثالث

الشرعية في القانون اليمني الحديث

مرت الشرعية في النظام القانوني الحديث بمنعطفات عديدة متأثرة بالنظم الأخرى، سياسية، اجتماعية، دينية.....

فقد تأثرت بالاضطرابات السياسية وكان لها طبيعتها الانتقالية ثم استقرت في ظل الدستور الدائم ثم نالها التأثير في ظل الوحدة ودخول اليمن مرحلة جديدة تغيرت فيها الشرعية نسبياً.

لهذا يمكن تقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول : الشرعية في الفترة الانتقالية

المطلب الثاني : الشرعية في ظل دستور 1970 م

المطلب الثالث : الشرعية في ظل الوحدة اليمنية.

المطلب الأول

الفترة الانتقالية 1962 م - 1970 م

كان لقيام ثورة سبتمبر 1962م أثره في حركة تطور مبدأ الشرعية في اليمن فقد اتخذت اليمن النظام الجمهوري ودخلت مرحلة جديدة في البناء التشريعي. لكن اليمن مرت بفترة انتقالية عقب الثورة فتحت أثناءها الأبواب للحريات الفكرية والسياسية فهبت عليها - أثناء هذه الفترة - معظم النظريات السائدة في العالم فأصبحت - على حد تعبير أحد قادة تلك المرحلة السياسيين سوقاً للشعارات¹. وبصورة رئيسية وجدت على الساحة اليمنية آنذاك ثلاث مذاهب تتجاذب الشرعية:

1- المذهبية الإسلامية:

حيث ظل كثير من الأوضاع القانونية متأثرة بالشرعية الإسلامية فقد كان القضاء اليمني قضاءً شرعياً إسلامياً وقد كان القاضي اليمني يضع حكماً مستنداً إلى الشريعة الإسلامية من خلال المصادر التقليدية متجاوزاً القواعد القانونية المكتوبة إذا رأى فيها ما يعارض الشريعة الإسلامية معتمداً على الفقه الإسلامي أو مجتهداً في إطار المذاهب المعتمدة يختار منها ما يراه موافقاً للمصلحة العامة. وبحكم أن المجتمع اليمني مجتمعاً متديناً ينفر من الأوضاع المخالفة للشرعية الإسلامية فقد راعت الجهات المختصة بوضع التشريعات هذه الخصيصة فنشأت كثير من التشريعات الإسلامية.

¹ راجع د. عبد الرحمن البيضاني سوق الشعارات في اليمن

2- المذهبية الاشتراكية:

برزت بعض مظاهر الاشتراكية في اليمن خلال الستينات ويرجع سببها - في رأينا - لظهور الطفرة الاشتراكية التي راجت في الستينات على إثر نجاح بعض الثورات في المناطق العربية، لاعتبار أن الثورة - في اليمن - كانت على نظام قديم فلا بد من انتهاج الخط الثوري الجديد الذي اقترن بالاشتراكية.

بالإضافة إلى أن النهج الاشتراكي في مصر كان له تأثيره في الساحات العربية عموماً والساحة اليمنية على وجه الخصوص بحكم المساعدات المصرية لثورة اليمن، وحكومتها. وقد زاد من ظهور هذه المذهبية اعتناق الحكومة اليمنية في الجنوب للاشتراكية المتطرفة وسياسة تصديرها إلى الدول المجاورة وفي مقدمتها الشطر الشمالي سابقاً.

3- المذهبية الليبرالية:

ظهر الفكر الليبرالي عن طريق الفئة المثقفة التي عادت إلى اليمن من الغرب بعد الثورة إثر خلو الساحة من القيادات السياسية والإدارية باعتبار أن هذه الفئة هي الفئة المثقفة وأكثرها ممن يحملون المؤهلات الجامعية العليا وهي الصفوة المؤهلة بعد القضاء على رجال الحكم الأسبق.

المطلب الثاني

في ظل دستور 1970 م

ظلت المرحلة الانتقالية السابقة ذكرها رذخاً من الزمن حتى جاء دستور سنة 1970م ليعلن أن اليمن دولة عربية إسلامية وأن الحكم فيها جمهوري شوروي، وأن الشرعية الإسلامية مصدر القوانين جميعاً.

ثم صدر الميثاق الوطني - عبر لجنة الحوار الوطني (المعبرة عن الاتجاهات الفكرية الموجودة في الساحة السياسية في ذلك الوقت) ليعبر عن فكر التنظيم الموحد (الحاكم آنذاك) مخدداً الطابع المذهبي الذي يجب أن يسير عليه النظام ويكون بمثابة المشروعية العليا للبلاد.

وقد رفض هذا الفكر صراحة أية نظرية في الحكم أو الاقتصاد أو السياسة أو الاجتماع، تتناقض مع العقيدة الإسلامية، وإذا كانت هناك أية آراء أو أفكار فلا يجب أن تخرج عن الإطار الإسلامي فالاجتهاد في هذا الإطار قاعدة من قواعد الإسلام.

وهو بهذا يؤسس الشرعية في اليمن على الإسلام، ويفرد لهذا الأساس باباً كاملاً فيه هو الباب الأول تحت اسم (الإسلام عقيدة وشرعة) وأوضح فيه صلاحية الإسلام للحكم في كل زمان ومكان (ذلك أن النظرة الإسلامية للكون والإنسان تتميز بالشمول لكل جوانب الحياة المادية والروحية) ومن خصائصه ثبات قواعده وأصوله ومرونة فروعه ووسائله وأساليبه.

ولهذا فقد ارتضى الشعب اليمني (الإسلام شرعة ومنهاج حياة، ومن ثم فإن معالجة الميثاق قضايا الحياة معالجة إسلامية، يعتبر السبيل الوحيد للتعبير عن ضمير الشعب وإرادته.. وفي إطار المفاهيم العظيمة للإسلام نستطيع أن نتعامل مع التقدم الفكري والعلمي أخذاً وعطاءً دون أن نكون نهياً للأفكار والنظريات المتصارعة الفردية والجماعية...

المطلب الثالث

بعد قيام الوحدة

وبعد الوحدة صرحت جميع البرامج التي تقدمت بها الأحزاب للانتخابات وكذا المواثيق السياسية والقانونية على أن الإسلام هو الأساس الوحيد للمشروعية في ظل دولة الوحدة اليمنية.

ولا يعني ذلك أن هذه الأوراق هي التي فرضت الإسلام على المجتمع كما هو الحال في بعض الثورات أو التحولات التي أتت بأسس جديدة للشرعية وفرضتها على مجتمعاتها - وإنما كان دور هذه البرامج والأهداف في اليمن يقتصر على بلورة الفكرة وبمعنى آخر تقنينها: لأن الإسلام - بالنسبة للشعب اليمني - كان وما يزال أساس تكوينه الفكري والروحي.. فهو مستقر في ضمير الجماعة ومتأصل في كل أمورها وعاداتها وتقاليدها وقد توارثته من أزمنة بعيدة وقد ساعد على بقائه أن اليمن لم تدخلها يد الاستعمار لتعيث بمقوماتها أو تطفئ عليها بأفكار مناهضة للإسلام.

ونصل بهذا إلى نتيجة مفادها أن الوضع - بعد وضوح النهج الفكري والقانوني الذي أبانته الدساتير والمواثيق والبرامج - فقد اتخذ طابعاً مذهبياً يؤدي إلى اتخاذ مشروعية عليا تملو النظام كله وتهيمن عليه ومن أهم النظم التي يجب أن تخضع لهذه المشروعية العليا نظم الهيئات العليا ومنها الهيئة القضائية.

بما أن دراستنا تهدف إلى إيجاد صيغة تتولى الرقابة على أعمال الإدارة لحماية الشرعية في اليمن وفق أسس القواعد المعمول بها، وبما يلاءم الوضع القائم حالياً فإنه يتعين علينا أولاً أن نتناول الضمانات الموجودة لحماية مبدأ الشرعية وعلى رأسها الضمانة القضائية.

ثم نتناول القضاء الإداري الحديث ثم نختم الدراسة بالبحث في الضمانات الموجودة في القانون اليمني.

وذلك كالتالي:

الباب الأول: الرقابة الشرعية في النظام الإسلامي

الباب الثاني: الرقابة القضائية الحديثة (القضاء الإداري)

الباب الثالث: الرقابة القضائية في القانون اليمني.

الباب الأول

رقابة الشرعية في النظام الإسلامي

عرف النظام الإسلامي أنواعاً من الرقابة اختلفت فيما بينها من حيث القوة والأثر والتنظيم من عصر لآخر (في أطوار الدولة الإسلامية) في جانب الرقابة القضائية توجد في النظام الإسلامي طرق أخرى للرقابة على أعمال الإدارة.

وبهذا نتحدث عناصر هذا الباب في فصلين:

الفصل الأول: طرق رقابة الشرعية

الفصل الثاني: الرقابة القضائية (قضاء المظالم)

الفصل الأول

طرق رقابة الشرعية

يمتاز النظام الإسلامي بوجود رقابة ذاتية عند أفرادها عليها عليهم الواجب الديني هي مراقبة الله تعالى.

كما أن أولي الأمر توجب عليهم مسؤولياتهم أن يراقبوا أعمال موظفيهم للتأكد من سلامتها ومطابقتها لأحكام الشرع.

ويفرض مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على الأمة أن تراقب الإدارة بالأساليب المشروعة المختلفة.

بهذا ستكون دراستنا في هذا الفصل في المباحث التالية :

المبحث الأول : مراقبة الله تعالى

المبحث الثاني : مراقبة أولي الأمر

المبحث الثالث : مراقبة الأمة.

مرجئين دراسة الرقابة القضائية إلى الفصل الثاني.

المبحث الأول

مراقبة الله تعالى

من المعلوم أن الذين يقومون بأعمال الإدارة وهم الموظفون بشر عرصة للخطأ والصواب. ومن المسلم به في القانون الإداري الحديث أنه يمكن للموظف إذا خالف بتصرفاته أحكام القانون أن يرجع عن مخالفته بذاته فإذا أصدر قراراً إدارياً ثم اكتشف أنه مخالف - لأحكام القانون فله - في هذه الحالة - أن يصدر قراراً جديداً بسحب أو إلغاء أو تعديل القرار السابق لإصلاح الخطأ الذي فيه وهذا ما يسمى بالرقابة الذاتية¹.

والنظام الإسلامي يعرف هذا النوع من الرقابة وعلمنا أن نبحت أسس هذه الرقابة ومدى فعاليتها في مطلبين:

المطلب الأول: أسس هذه الرقابة

المطلب الثاني: مدى فعاليتها لحماية الشرعية.

¹ راجع: د. ماجد الحلوي: القضاء الإداري - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية 1985م 69 ود. سامي جمال الدين: الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف والإسكندرية ص 210.

المطلب الأول أسس هذه الرقابة

تؤسس هذه الرقابة في النظام الإسلامي على الطبيعة العقائدية لهذا النظام ومفهوم الإسلام للوظيفة العامة نبين ذلك بإيجاز فيما يلي :

أولاً : الطبيعة العقائدية للنظام الإسلامي :

تتجلى الرقابة الذاتية في النظام الإسلامي في صورة واضحة نظراً للطبيعة العقائدية لهذا النظام. فالإ جانب - كونه نظاماً قانونياً - هو نظام يقوم على الفكرة. يدير أعماله موظفون يؤمنون بالفكرة ومبادئها ونظرياتها الأساسية، ويسيرون أمورهم - لما يخدم تلك الفكرة - على تقوى الله وخشيته¹، واضعين في اعتبارهم أ، جزاء مخالفة الشريعة جزاء أخروي إلى جانب الجزاء الدنيوي، فإذا استطاع المرء الإفلات من الجزاء الدنيوي بالتحايل على القانون، فإنه لن يفلت من جزاء الآخرة ((واتقوا يوماً ترجعون فيه إلى الله ثم توفى كل نفس ما كسبت وهم لا يظلمون))².

وبفعل الطبيعة العقائدية للنظام الإسلامي تولدت مبادئ ومثل تحكم الموظف في عمله وتجعله رقيباً على نفسه أثناء عمله أهمها :

1- الإحساس بالمسئولية :

للوازع الديني - لدى الموظف المسلم - أثره في مراقبة الله فهو يحقق فيه الإحساس الكامل بالمسئولية التي لا تستطيع أية رقابة أخرى أن تغني عنه.

¹ الأستاذ المودودي: الخلافة والملك - دار القلم بالكويت 1978 م
² صورة البقرة آية 281. والآيات التي تدل على ذلك كثيرة. انظر مثلاً الآيات: 81 و 82 و 112 من سورة البقرة: أيضاً الآية 107 من سورة الكهف و 22 من سورة المائدة.

وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي¹: فالعقيدة الدينية وحدها هي التي تبلغ المرء هذا المستوى القدسي وهي التي تجعل الإنسان رقيياً على نفسه في جميع حركاته وسكناته ولن تغني عنها أية رقابة أخرى ولو كانت عبادة الواجب التي يريد البعض أن يحلها محل خشية الله.

2- الشعور بأن الله يطلع على الأعمال:

وهذا الشعور يولد الخوف من الله ومراقبته وينتج عن ذلك الحرص على عدم مخالفة أحكام القانون.

ويأتي هذا الشعور من الفهم لقوله تعالى ((وَقُلْ أَعْمَلُوا بِسْمِ اللَّهِ عَمَلَكُمْ وَرَسُولِهِ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عَالَمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ))².

ويحقق هذا الشعور عند الموظف المسلم ما أطلق عليه اسم البصيرة في قوله تعالى: ((بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ)) هذا البصيرة من شأنها أن تجعل الشخص يراقب الله في الخفاء مصداقية لقوله تعالى: ((أَنَّ الَّذِينَ يُخْشَوْنَ رَبَّهُم بِالْغَيْبِ لَهُمْ مَغْفِرَةٌ وَاجْرُ كَبِيرٌ)). من شأنها أيضاً أن تدفع الشخص إلى الإحسان في العمل وكأنه يرى الله مراقباً له، وفي هذا يقول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم: "أعبد الله كأنك تراه، فإن لم تكن تراه فإنه يراك"³.

وقد ذكر عمر بن الخطاب بعض موظفيه بهذا المبدأ فقال له: "ولا يمنعك قضاء قضيتته بالأمس فراجعت به نفسك وهديت لرشدك أن ترجع إلى الحق، فإن الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من الباطل"⁴.

¹ د. سليمان الطماوي: عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة - دار الفكر العربي القاهرة 1976م - ص 28 و 29

² مرجعة الآيات حسب الترتيب 105 سورة التوبة و 14 من سورة القيامة و 12 من سورة الملك

³ رواه البخاري: انظر البخاري بحاشية السندي - مطبعة الحلبي - المجلد الأول ص 19 وانظر د. شوقي عبده الساهي: مراقبة الموازنة العامة للدولة - ط

1983 ص 88

⁴ راجع الدكتور الطماوي عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة - مصدر سابق ص 332

وجاء في قول آخر: " أن حاسب نفسك في الرخاء قبل الشدة، فإنه من حاسب نفسه في الرخاء قبل الشدة عاد مرجعه إلى الرضا والغبطة " ¹.

ثانياً: الوظيفة في المفهوم الإسلامي:

ينظر الإسلام إلى الوظيفة العامة على أنها في عنق الموظف فقد قال الرسول صلى الله عليه وآله وسلم لأبي ذر حين طلب من الرسول توظيفه: " يا أبا ذر انك ضعيف وإنها أمانة يوم القيامة خزي وندامة إلا ما أخذها بحقها وأدى الذي عليه فيها... " ².

ومن هذا المفهوم يعرف الموظف بأنه مأمون على عمله ويجب أن يؤديه طبقاً للقانون، وإلا تعرض للمسائلة الأخروية باعتباره خائناً للأمانة، وقد حذر الشرع من خيانة الأمانة ((يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وانتم تعلمون)) ³.

ويقودنا ذلك إلى مبدأ توازي المسؤولية الأخروية مع السلطة والنص القرآني في هذا يقول ((كل امرئ بما كسب رهين)) ⁴.

¹ أبو بكر الجوزي: تاريخ عمر بن الخطاب. المكتبة التجارية مصر 132

² وفي رواية " يا أبا ذر إني أراك ضعيفاً وإني ما أحب لنفسى: لا تؤمن على اثنين ولا تولين مال يتيم رواه مسلم في صحيحه بر 3 ص 1457 (راجع في هذا بالتفصيل: ابن تيمية: السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية دار الكتب العربية، بيروت 1386 هـ — ص 17

³ سورة الأنفال الآية 27

⁴ سورة الطور آية 21 وينس المصنف أنظر سورة المدثر آية 38

المطلب الثاني

مدى فاعلية هذه الرقابة لحماية مبدأ الشرعية

- 1- تأتي أهمية هذا النوع من الرقابة من كونها نابعة من ضمير الموظف، حيث لا توجد ضغوط أو مؤثرات خارجية فالفرد أقدر على تقديم نفسه وأكثر الناس رغبة في تصحيح أعماله.
- 2- وتأتي أهميتها في المجتمع قوي الإيمان نظراً لطبيعتها الدينية ولهذا كانت في العصر النبوي هي الرقابة الرئيسية بينما اشتركت معها أنواع أخرى من الرقابة في العصر الراشدي وضعفت في التاريخ اللاحق.
- 3- وعلى ذلك فمدى فاعلية هذه الرقابة يختلف باختلاف الوازع الديني ومدى بساطة التنظيم الإداري.
- 4- وفي الوقت الحاضر نظراً لضعف الوازع الديني وتعقيد التنظيم الإداري فإن الاعتماد على هذا الرقابة بصورة مباشرة غير مجد وإن كانت من الناحية النظرية أساساً لأوجه الرقابات الأخرى- في النظام الإسلامي- لأن الرقابة الرئاسية قائمة على مبدأ: (كل راع وكل مسئول عن رعيته) كما أن مراقبة الأمة قائمة على مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والدافع لولي الأمر ولأفراد الأمة في تطبيق تلك المبادئ الإسلامية هو مراقبة الله.

المبحث الثاني رقابة ولي الأمر

ونعني بها تلك الرقابة التي يتولاها ولي الأمر بمعناه الشامل ، سواء أكان رئيس الدولة باعتباره الرئيس الإداري الأعلى ، أو رئيس أي منشأة إدارية - كالتولي والعامل ، وأي موظف يشرف على موظفين فيقوم بمراقبة أعمالهم .

وولي الأمر ، توجب عليه مسؤولية أن يلاحظ سلوك موظفيه في العمل ومدى التزامهم في واجباته . وفي هذا يقول المارودي : " إذا قلد ولي الأمر مشرفاً على العامل كان العامل مباشراً للعامل وكان المشرف مستوفياً له يتمتع زيادة عليه ، أو نقصان منه أو تفرد به " ¹ .

ورقابة ولي الأمر في النظام الإسلامي ، تتم في ثلاث مراحل :

المرحلة الأولى : السابقة على الوظيفة .

المرحلة الثانية : أثناء مباشرة الوظيفة .

المرحلة الثالثة : وتتم بعد الوظيفة .

بالإضافة إلى هذه الرقابة يوجد نوع خاص من الرقابة في النظام الإسلامي تباشره الدواوين المختلفة ، ندرسها من خلال التطبيقات في النظام الإسلامي . ولهذا فان بحثنا في رقابة ولي الأمر سيكون بحثاً لهذه الأنواع الأربعة :

¹ أهلي بن محمد حبيب المارودي : الأحكام السلطانية - دار الفكر . القاهرة 1983 م - ص 183

المطلب الأول

رقابة ولي الأمر قبل إنشاء الوظيفة

الوظيفة في المفهوم الإسلامي تكليف لا تشريف ومن هذا المفهوم وجدت قاعدة في الفقه الإسلامي مقتضاها أن (طالب الوظيفة لا يولي)¹، ولهذا وضع الفقه شروطاً للوظيفة وطرقاً للاختيار، هذه الشروط والقواعد تمثل الرقابة التي تباشرها الإدارة قبل الوظيفة نفصل ذلك فيما يلي:

أولاً: شروط الوظيفة:

كان الرسول صلى الله عليه وآله وسلم (يختار موظفيه على الإقليم ممن تتوافر فيهم شروط الوظيفة في عرف ذلك الزمان - الصلاح - الدين - العلم - وكان غالباً ما يختار القيادات الإدارية من صالحى المسلمين، أولي الدين، وأولي العلم (يختارهم على الأغلب من المنظور إليهم في العرب ليوقروا في الصدور ويكون لهم سلطان على المؤمنين وغيرهم)².

وتأسس على هذا فإن من واجبات ولي الأمر، أن يضعوا الرجل المناسب في المكان المناسب، لأنه ليس لهم مطلق الحرية في التعيين وإن لم يوجد الموظف الذي يصلح للوظيفة فيختار الأفضل من الموجودين، وفي هذا يقول الفقيه ابن تيمية³ (أنه ليس لولي الأمر أن يستعمل إلا الأصلاح الموجود وقد لا يكون في موجودة من هو صالح لتلك الولاية فيختار الأمثل فالأمثل في كل منصب بحسبه).

¹ يقول الرسول "ألا لا يولي أحداً سالة أو أحداً حرص عليه" رواه مسلم في صحيحه - مصدر سابق ج 3 ص 1457

² محمد كرد علي: الإسلام والحضارة العربية - مصدر سابق ج 2 ص 96

³ ابن تيمية: السياسة الشرعية - مصدر سابق - ص 14

وهذا تطبيقاً للمبدأ الذي أرساه النبي صلى الله عليه وآله وسلم بقوله (من ولي أمر المسلمين شيئاً فولى رجلاً وهو يجد من هو أصح منه فقد خان الله ورسوله)¹ وقد طبق الخلفاء الراشدون من بعده هذا المبدأ، يشهد بذلك كبار فقهاء القانون المعاصر فيقول بعضهم:² بأن عمر بن الخطاب كان يطلب في المرشح للوظيفة شروطاً تعد نموذجية بمقاييس العصر، ففضلاً عن العلم والورع، كان يشترط للوظيفة - القوة والهيبة، مع التواضع والرحمة بالناس وإن لا يكون ممن يلح على الوظيفة (فمن طلب العمل لم يعن عليه).

ثانياً: طريق التعيين:

الأصل أن عملية اختيار الموظفين متروكة لولي الأمر - في حدود الضوابط التي ذكرناها، ومع ذلك فإن التطبيقات تدل على أن ولي الأمر كان يستخدم مبدأ الشورى في التعيين كما أن أسلوب التعيين تحت التجربة قد عرفه النظام الإسلامي على التفصيل الآتي:

1- مبدأ الشورى في التعيين:

مبدأ الشورى هام في النظام الإسلامي يطبق في كل الفروع والمناسبات وقد طبق في تعيين الموظفين. ومما يروى عن عمر بن الخطاب أنه قال يوماً لأصحابه: أشيروا علي ودلوني على رجل استعمله... فاني أريد رجلاً إذا قام في القوم وليس أميرهم كان كأمرهم وإذا كان أميرهم كان كأنه واحد

¹ نفس المصدر ص 9

² /د/ سليمان الطماوي: عمر بن الخطاب. وأصول السياسة والإدارة الحديثة - مصدر سابق - ص 372 وما بعدها

منهم فقالوا: نرى لهذه الصفة (الربيع ابن زياد) فنشير على أمير المؤمنين به فأحضره وولاه¹.

2- قاعدة الاختيار:

هذه القاعدة تعني أنه على ولي الأمر: أن يتأكد من وجود الشروط المطلوبة للوظيفة الشاغرة ومعرفة مدى استعداد الموظف الجديد لتطبيق قواعد الوظيفة عن طريق اختيار الموظف. والأصل في هذه القاعدة أن الرسول (طلب أن يوضع الأصلح في الوظيفة ومعرفة الأصلح لا تأتي إلا عن طريق الاختيار. ولهذا كان عمر بن الخطاب لا يبعث الموظفين إلى الأقاليم إلا بعد أن يجرى لهم اختباراً².

ومن القواعد التي أرساها الإمام علي (كرم الله وجهه) في هذا الصدد ما جاء في عهده للاشتراط حيث قال "ثم انظر في أمور عمالك فاستعملهم اختباراً ولا تولهم محابة وأثرة جماع من شعب الجور والخيانة وتوخ منهم أهل التجربة والحياة من أهل البيوتات الصالحة والقدم في الإسلام....الخ. فقد أرسى الإمام علي كرم الله وجهه قواعد الاختبار ليطبقها عاملة في مصر أولها: التعيين عن طريق الاختبار وليس عن طريق الوساطة والمحسوبية. ثانياً: يقدم في حالة التساوي في الشروط من لهم خبرة سابقة وبالذات الذين أمضوا فترة في العمل في المواطنة الإسلامية.

¹نورد علي: الإسلام والحضارة العربية - ج 1 ص 118 وراجع د. سليمان الطماوي: عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة - مصدر السابق -

ص 275 حيث يقول " فإن عمر رغم إيمانه برعيته وإدراكه لأحوالهم لم يفرد باختيار وال: وإنما كان يختاره بعد استشارة المسلمين "

²يقول كرد علي - في المصدر السابق - ص 133 " كانت المدينة في أيامه - يعني عمر - أشبه بمدرسة يخرج فيها القضاة والعمال والقواد والأمراء فلا يبعث إلى الأمصار إلا من اختبره في الجبلية (وضرب لذلك أمثلة عديدة منها أنه ولي كعباً بن سوار ، وشريح القاضي - بعد أن تبين له حسن قضائهما - في وقائع تمت المرافعات فيما أمامه....

المطلب الثاني

رقابة ولي الأمر أثناء مباشرة الوظيفة

الرقابة الإدارية في الفقه الإداري الحديث لها - صورتان :
الصورة الأولى تتم بناء على طلب الأفراد والصورة الثانية تتم من قبل الإدارة بدون تظلم¹.

ولو قارنا ذلك بالرقابة التي يتولاها ولي الأمر في النظام الإسلامي من حيث الموضوع لوجدناها كذلك

الصورة الأولى : رقابة ولي الأمر بدون تظلم :

المقصود بهذه الصورة أن يقوم الرئيس الإداري من تلقاء نفسه بمراجعة أعمال مرؤوسيه لفحص مدى موافقتها لأحكام القانون.

وهذه الرقابة لا تنحصر في أسلوب واحد وإنما لها أشكال ووسائل مختلفة بحسب اختلاف الموظفين في ممارستهم لوظائفهم ومدى مطابقتها لقواعد الشرع ، وبحسب مكانة هؤلاء الموظفين ووازعهم الديني فمنهم من تكفيه الموعظة الحسنة ومنهم من يحتاج إلى زجر وتأنيب وآخرون لا ينفع منهم إلا الفعل المادي.

ومن أهم الأساليب التي تمارس بها هذه الرقابة ، التعليمات والأوامر وبأسلوب المتابعة. وبمباشرة الزيارات الميدانية واللقاءات الدورية وتفصيل ذلك كالآتي :

أولاً : التعليمات والأوامر :

تحقق رقابة ولي الأمر عن طريق النصح والإرشاد والتوجيه الذي يتخذه تجاه المرؤوسين. وتنتهي بإصدار الأوامر والتعليمات بكيفية أداء الوظيفة ومباشرتها ، وبيان قواعدها وسيرتها ، وضرورة احترام هذه القواعد وتتخذ هذه بعدة صور :

¹ د. سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري - دار الفكر - القاهرة 1985م ص 10

د. محمود محمد حافظ: القضاء الإداري - دار النهضة - القاهرة 1974 ص 69

د. سامي جمال الدين: الرقابة على أعمال الإدارة - مصدر سابق - ص 210

في قرار التعيين: قد تكون هذه التعليمات متضمنة في قرار التعيين نفسه:

أ- والرسول صلى الله عليه وآله وسلم قد ضمن قراراته بتعيين بعض الموظفين بتعليمات توجه هؤلاء الموظفين، وتحثهم على ضرورة المحافظة على قواعد الشرع وعدم الخروج على مقتضيات الوظيفة وقواعدها.

ب- كذلك طبق الخلفاء من بعده هذا الأسلوب¹.

ثانياً: المتابعة والإشراف:

لا يكفي أن يعطي الرئيس التعليمات والأوامر للمرؤوسين - وتنتهي مسؤوليته - بل لا بد من متابعة المرؤوسين والتفتيش عليهم ومراقبتهم بصفة مستمرة².

ثالثاً: التفتيش واللقاءات الدورية:

كان الولاة يرسلون مندوبين عنهم يقوموا بالتفتيش على أعمال مرؤوسيه من وقت لآخر. والسؤال عن أعمالهم وسيرتهم في الرعية³ أو يقومون بهذا العمل بأنفسهم عن طريق الزيارات المفاجئة⁴، أو يستدعون كبار الموظفين إلى اللقاءات

¹ من القرارات المكتوبة التي تضمنت مثل هذه التعليمات: أنظر نص قرار طويل صدر في السنة العاشرة هجرية بتولية عمرو بن حزم على جزء من اليمن يسمى بني الحارث، فقد تضمن هذا العهد مبادئ الولاء بالعقود، والعدل وغير ذلك... ثم أمره بقوى الله في أعماله وأن يأخذ بالحق ويبرئ الناس بالخير، ويأمرهم به ويعلمهم القرآن وبين لهم الحقوق والواجبات... أوردته الشيخ عبد الحق الكتاني في الترتيب: الإدارية - مصدر سابق - المجلس الأول ص 247، وأفرد باباً بعنوان "كيفية عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إلى أمراءه ضمنه نماذج عديدة من قرارات الرسول صلى الله عليه وآله وسلم كما أورد بعض هذه النماذج في الجزء العاشر من نفس المجلد.

للتفصيل: انراجع كتابنا قضاء المظالم - مرجع سابق - ص 67 وما بعدها.

² وقد عبر عمر بن الخطاب عن هذه الحقيقة حين قال (أراهم إن استعملت عليكم خير من أعلم ثم أمرته بالعدل، اقتضيت ما علي؟ قالوا: نعم. قال: لا حتى أنظر في عمله ما أمرته. أم لا؟ " أنظر سنن البيهقي الكبرى بر 8 ص 163 ومصنف عبد الرزاق الصنعاني ي 11 ص 326 ويقول " الماوردي: إن علي وفي الأمر أن يباشر بنفسه مشاركة الأمور وتصفح الأحوال لينهض ببساسة الأمة ولا يعمل على التفويض، تشاغلاً بلادة أو عبادة فقد يكون الأمين ويفش الناصح - الأحكام السلطانية - مصدر سابق - ص 15

³ يقول محمد كرد علي: كان عمال عمر عرصة لكشف أحوالهم مهما بلغت مولتهم، وكان إذا شكى إليه عامل أرسل محمد بن مسلمة يكشف الحال. المصدر السابق 1: بر 2 ص 113 ويقول استاذنا الدكتور الطماوي: (أن محمد بن مسلمة كان يقوم بدور المفتش العام. انظر عمر بن الخطاب - المصدر السابق ص 104

⁴ فقد قام عمر بن الخطاب بزيارات إلى الشام مرات عديدة، ليكشف عن غمالة، وقال في مرضه: أين عشت أن شاء الله الأسير في الرعية حولاً. انظر تاريخ الطبري مرجع 1 سابق - ي 3 ص 251 وابن قتيبة: الإمامة والسياسة - مصدر سابق - بر 2 ص 16 وكرد علي بر 2 ص 126

الدورية في صورة مؤتمرات إدارية وتنتهز لهذا اللقاءات فرص التجمعات الموسمية كالجمع¹ كانت تقرر أوقات معلومة دورية - مثل هذه اللقاءات². ولا تقتصر هذه الرقابة على كبار الموظفين، بل تمتد إلى صغارهم، كما أنه لا يقتصر أعمالها على الأخطاء الموضوعية، بل تشمل الأخطاء الشكلية أيضاً فقد تابع عمر بن الخطاب عمل كاتب لدى أحد عماله وحينما اكتشف أن في صيغة كتابته خطأ نحوياً أمر بتأديبه³

الصورة الثانية: الرقابة بناء على تظلم:

تتحرك هذه الرقابة إما بعد قيام أحد الأفراد برفع مظلته إلى ولي الأمر (تظلم رئاسي) أو إلى نفس المسئول الذي تضرر منه (تظلم ولائي) أو إلى ديوان المظالم كجهاز تنفيذي أو غيره من الدواوين⁴.

ويستتبع هذا أن يقوم ولي الأمر برد المظلمة بأن يلغي التصرف الضار، سواء أكان هو الذي قام به، أو أنه من عمل أحد مرؤوسيه أو أن يقوم الموظف نفسه بإلغاء تصرفه.

ولم نجد في التطبيقات ما يدل على أن النظام الإسلامي يوجب على المتظلم أن يرفع هذه المظلمة - إلى الولاة كشرط سابق قبل الالتجاء إلى القضاء - كما هو الحال في بعض التشريعات الحديثة⁵. وإنما كان يجد المتظلم مصلحته في رفعها إلى الولاة - أحياناً - لسرعة الفصل فيها.

ولسرعة وصول التظلم إلى ولي الأم وضع عمر بن الخطاب قاعدة ولا إذن على متظلم "أي أن باب ولي الأمر يجب أن يظل مفتوحاً، دون إذن سابق أذن - لمقولته

¹ كرد علي - المرجع السابق بر 2 ص 113 و 114 ود. سليمان الطماوي - المصدر السابق - ص 106 وانظر تعليمات الإمام علي بن أبي طالب لأحد ولاته في - كرد علي: المرجع السابق - ص 114

² ابن قتيبة - الأمانة والسياسة - مرجع سابق - بر 2 ص 156

³ د. علي القادر مصطفى: الوظيفة العامة في النظام الإسلامي - 1982 ص 81

⁴ الماوردي: الأحكام السلطانية - مرجع سابق - 188

⁵ انظر د. جمال الدين: الرقابة على أعمال الإدارة - مصدر سابق - ص 211

1. $\frac{1}{2} \times \frac{1}{2} = \frac{1}{4}$ (dis)

ومارسن الولاية في الدولة الإسلامية الرقابة بناء على تظلم، وتوجد من الشواهد على تطبيقهم لها ما لا يسع المقام لسرده. كما أن بعض فقهاء السياسة الشرعية القدامى قد أشاروا إليها ببعض التقسيمات التي تصلح لزمانهم¹.

يقوم الماوردي وهو بعدد اختصاصات الديوان: وأما السادس وهو تصفح المعلومات فهو يختلف بسبب اختلاف النظم وليس يخلوا من أن يكون النظم من الرعية، أو من العمال فإن كان المظلم من الرعية.. كان صاحب الديوان فيما حاكماً بينهما، وجزأ له أن يصفح الظلامة ويزيل الحيف سواء وقع النظر إليه بذلك أم لا يقع. لأنه مندوب حفظ القوانين واستيفاء الحقوق، فصار بعقد الولاية مستحقاً لصفح الظلامة، وإن كان المظلم عاملاً جوزف في حساب أو غولط في معاملة صاحب الديوان فيها خصماً، وكان المتصفح لها وإلى الأمر، الأحكام القضائية - مرجع سابق ص 188

المطلب الثالث

الرقابة بعد انتهاء الوظيفة

لا يمنع انتهاء الوظيفة من محاسبة الموظف وقد أرسى عمر بن الخطاب - مبدأ ((من أين لك هذا)) وطبقه على موظفيه بعد انتهاء وظائفهم فقد كان يأمر العمال العائدين إلى المدينة أن يدخلوها نهراً حتى يعرف ما معهم من الأموال¹.
وأساس هذه الرقابة فعل الرسول صلى الله عليه وآله وسلم فقد كان يحاسب عماله على الصدقات بعد انتهاء الوظيفة، وكذلك فعل الخلفاء من بعده².
وحيثما تنتهي الوظيفة، وتتم المحاسبة، فإن النتيجة لا تخرج عن فرضين:

الفرض الأول:

أن تسفر المحاسبة عن براءة الموظف، فيتضح حسن أدائه للعمل، وعدم مخالفته للنظام وحينئذ تجب مكافأته مادياً بالإحسان إليه ومعنوياً بشكره وتكريمه. وأساس ذلك قوله تعالى ((هل جزاء الإحسان إلا الإحسان))³ وحديث " لا يشكر الله من لا يشكر الناس"⁴ لهذا كان الولاة يوجهون خطابات الشكر لمن انتهت وظائفهم دون تهمة⁵.

الفرض الثاني:

أن تنتهي المحاسبة بإدانة الموظف فحينئذ يطبق عليه نظام المصادرة أو المقاسمة أو الحبس⁶.

¹ محمد كرد علي - المصدر السابق - ج 2 ص 111 ود. سليمان الطماوي - المصدر السابق ص - 90 و 91 ود. سعد مرسى " مبدأ سيادة القانون "

- مصدر سابق - ص 275

² وردت أحاديث تحت عنوان (باب محاسبة الأمام عماله) في صحيح البخاري بخاتمة السندى الجزء الرابع ص 244 فارجع إليها

³ سورة الرحمن آية 60

⁴ رواه أبو داود: راجع سننه. مطبعة دار الحديث بسوريا. 1394 هـ - 1974 م الحديث رقم 4811 الجزء الخامس ص 158

⁵ انظر خطاب شكر وجهه الأمام علي كرم الله وجهه الى عامله عمر بن أبي سلمة في فتح الباقلة دار الباقلة بيروت ط 1985 م ص 584

⁶ ١ - نظام المصادرة: أرساء الرسول فقد صادر مالا أهدي الى بعض عماله لأن هدايا الأمراء خلول وطبق الخلفاء من بعده هذا النظام وفي الدولة الأموية أنشئ جهاز خاص يقوم بالتحقيق والمصادرة ويسمى " دار الاستخراج " وفي الدولة العباسية أنشأ المنصور جهازاً يسمى " ديوان المصادرة ".

ب - نظام المقاسمة: الى جانب نظام المصادرة طبق عمر بن الخطاب نظام المقاسمة على كثير من عماله ، كبارهم وصغارهم وسواء أكانت الأموال الزائدة قليلة أو كثيرة.

المطلب الرابع

الرقابة بواسطة الدواوين

ونعني بها تلك الرقابة التي تباشرها ديوان من الدواوين وتختص بنوع معين من الرقابة فمنها ما يختص بالرقابة على الأعمال المالية ، ومنها ما يختص بالرقابة على الأعمال الإدارية ، ومنها ما يختص بالرقابة التنموية (ورقابة الأسعار والموازن)....الخ.

وقد عرف النظام الإسلامي رقابة الدواوين منذ نشأته الأولى ، حيث كانت تقام في البداية عن طريق أفراد ترسلهم الدولة للرقابة على الولاية وعمل تقارير عن أحوالهم.

ثم تطور نظام الرقابة بتطور الدولة الإسلامية ؟ فوجدت دواوين تتولى عملية الرقابة على أعمال الإدارة¹. وهذه الدواوين على ثلاثة أنواع :

النوع الأول : دواوين مختصة أصلاً بالرقابة على أعمال الإدارة وقد كانت الرقابة سبب نشأتها مثل ديوان الأزمة الذي أنشئ - في بداية الدولة العباسية - كجهاز رقابي متخصص بمراقبة حسابات الدولة².

ج - نظام الجبس : وقد تنتهي المراسلة إلى سجن الموظف إذا ثبت عليه عجز فحسبه ، وكذلك فعل عمر بن عبد العزيز في يزيد بن المهلب أميره على جرجان ويعد أن نظام الجبس يصلح في حالة تعدد اسرداد المال أو الموظف لضاعفه أو إخفائه ، أما إذا ظهر المال وقت المصادرة ، أو القامة فإنه لا يلجأ إلى الجبس إلا نادياً ليعالقات أخرى.

¹ خطط القرظي - مصدر سابق - ص 81 وما بعدها وتاريخ الطبري - مرجع سابق ب 10 ص 80 وآدم ميز الحضارة الإسلامية - مصدر سابق ص 130 ومولوي الحسني : الإدارة العربية مصدر سابق 144 وما بعدها و 330 وما بعدها.

² ديوان الأزمة أسسه المهدي العباسي وشامي الديوان في الاقليم (ديوان الزمام) تخضع لديوان الأزمة رادع : مولوي... الحسني - الإدارة العربية - مصدر

النوع الثاني: الدواوين التي تكون الرقابة على أعمال الإدارة وظيفه من وظائفها الرقابية الأخرى. فهذه الدواوين تقوم بالرقابة عموماً على الإدارة وعلى غير الإدارة. ونضرب لهذا النوع مثلاً بديوان الحسبة فالحسبة التي يقوم بها هذا الديوان وظيفه دينية أساسها واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ويندرج تحت هذا الواجب الرقابة على الأسواق والمساجد ومجالس القضاء... وغير ذلك. ومنها الرقابة الإدارية على أعمال الإدارة¹.

النوع الثالث: الدواوين المختصة أصلاً بأعمال إدارية أخرى غير أعمال الرقابة ويضاف إلى اختصاصها الرقابة على أعمال الإدارة كديوان البريد في بعض مراحلها حيث اختص - فضلاً عن وظيفته الأصلية وهي نقل الرسائل إلى البلدان المختلفة - بنقل التقارير عن أعمال الإدارات اللامركزية إلى السلطة المركزية ولهذا كان يطلق عليه أحياناً ديوان البريد والأخبار².

¹ راجع في وظائف الخنصب الماوردي. الأحكام السلطانية - مصدر سابق 210 ، ود. سهام مصطفى: الحسبة في مصر الإسلامية. الهيئة المصرية العامة للكتاب 1986م ص 141 وما بعدها. ود. محمد كمال الدين إمام: أصول الحسبة في الإسلام. دار الهداية القاهرة 1406 هـ - 1986م.

² آدم ميو: الحضارة الإسلامية - مصدر سابق - ير 1 ص 131 ومولوي الحسيني: الإداري المصرية - مصدر سابق - ص 30 وقد أورد هذا المصير تقريراً رفقه صاحب المولد والإخبار هذا نصه " بسم الله الرحمن الرحيم: يا أمير المؤمنين إن... قد اشري أمة بـ 100000 درهم وهو يسري بما عن نفسه من الظهور إلى النساء ويهمل شؤون الدولة ، وأن أمير المؤمنين لا يجب أن يرى بغداد في سخط. لأن أمير المؤمنين يجد صعوبة عندئذ في إقرار النظام وأن العبد الخاضع يرفع ذلك إلى أمر المؤمنين حفظه الله ، والسلام... "

المبحث الثالث

رقابة الأمة

الأمة لها سلطة الرقابة على تصرفات وقرارات أولي الأمر في الإسلام وقد علمنا النظام الإسلامي أصول هذه الرقابة مساءلة الأمة لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نفسه ؟ حينما تكلم عن المعاهدة في صلح الحديبية واستأعوا من شروطها التي رأوا فيها ظلماً عليهم وعلى الإسلام - حسب فهمهم ، وفي ذلك يقول البخاري : " مره المؤمنون ذلك ، وامتعضوا فتكلموا فيه " ¹. وكان هذا الاستياء باعتبار أنه صلى الله عليه وآله وسلم قائدهم ورئيس دولتهم. لا باعتبار إن المعاهدة عمل من أعمال النبوة. ونريد أن نخرج من ذلك بالحكم أن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم لم يزجرهم عن الرقابة على قائدهم ورئيس دولتهم. وتؤكد ذلك النصوص من القرآن والسنة ومسيره الخلفاء الراشدين التي تضافرت على التدليل بأحقية الأمة. وأحياناً بالوجوب على الأمة - استعمال هذه الرقابة كأصل متفرع من مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ².

ورقابة الأمة ضماناً تقي الأمة - نفسها - من مخاطر الآثار التي تترتب على مخالفة الشرعية ، لأن الالتزام بأحكام الشرع مصلحة ينالها كل فرد. والعكس صحيح ، فمخالفة الشرع ضرر يصيب كل المجتمع - أفراداً وحكاماً. يقول الله تعالى ((واتقوا فتنة لا تصيبن الذين ظلموا منكم خاصة)) ³.

لهذا فمن حق أي فرد أن يدفع عن نفسه الضرر ⁴ ، بالإضافة إلى ذلك فإن ممارسة الأمة لهذا الواجب يحول دون تعسف وتغنت الحكام. إذ من المؤكد أن

¹ راجع في ذلك: صحيح البخاري بحاشية السبكي - مصادر سابق - ج 3 ص 45 و 46

² انظر من الآيات التي تدل على ذلك: آيات رقم 104 و 110 و 114 من سورة آل عمران و 67 و 71 من سورة التوبة و 78 و 79 من سورة المائدة

³ سورة الأنفال آية 25

⁴ راجع: د. ماجد الحارث: الاستفتاء الشعي والشرعية الإسلامية. دار المطبوعات الجامعية 1983م ص 61

تهاون الأفراد في محاسبة الإدارة عن تعسفها وتعتتها فوق ما فيه من ضياع لحقوقهم ، وإهدار لحرياتهم ، يشجع الإدارة على التماادي في غيها والاستمرار في اعوجاجها ، كما أنه ييث روح التخاذل بين أفراد المحكومين أنفسهم¹.

والقاعدة القانونية التي تستهدف احترام الشرعية ، ومنع الظلم من أولي الأمر وأصحاب النفوذ ، لن تكون لها الفاعلية في منع الإدارة وأصحاب النفوذ من الخروج على أحكام الشرع إلا بوجود رقابة من الأمة بصفة قوية².

وتتم مباشرة الأمة للرقابة بطرق مختلفة ، فقد تكون عن طريق الشورى ، أو عن طريق الجماعات والمذاهب المختلفة ، أو عن طريق الأفراد³. تنفرد كل من الصور الثلاث بأحكام خاصة بها.

فقد تمارس الأمة رقابتها على أعمال الإدارة عن طريق مبدأ الشورى في حالة ما تكون المخالفات واضحة للعامة وتصدر من الأمة المجموعة واحدة بعد التشاور فيما بينها. طبقاً لمبدأ الشورى ((وأمرهم شورى بينهم))

وقد تظهر رقابة الأمة عن طريق الجماعات والمذاهب السياسية والفكرية الفقهية التعددية في حالة ما تكون المخالفة للشرعية لا تظهر إلا لذي الاختصاص ، تصدر الرقابة — بهذه الصورة — من مجموعة منظمة منسجمة مع بعضها فكرياً أو فقهيّاً.

وقد تظهر رقابة الأمة من أي فرد من الناس قد وصل إلى مرتبة فهم مبادئ المشروعية فحين تبين له المخالفة فله أن يعبر عن رقابته بالوسائل المشروعة من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر⁴ على الأقل.

¹ سليمان محمد الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة ط 3 مطبعة عين شمس 1978م. منشورات دار الفكر العربي ص 18 و 19.

² عبد الحكيم العلي: الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي دار الفكر العربي 1983م ص 231.

³ أنريد من التفاصيل لهذه الطرق: راجع كتابنا: قضاء المظالم — مصدر سابق — 81 وما بعدها ،

⁴ أنريد من التفاصيل راجع كتابنا قضاء المظالم مرجع سابق ص 82 وما بعدها.

الفصل الثاني

الرقابة القضائية (قضاء المظالم)

كان لضعف الوازع الديني وتعدد النظام الإداري دورهما في ضعف أوجه الرقابة التي ذكرناها آنفاً وبذلك كان لا بد من مواجهة تعسف الولاة وأصحاب النفوذ بوضع تنظيم فيه هيئة صاحب الولاية العامة، ما يردع كبار الولاة وفيه أيضاً من فهم القضاة ما يحقق العدالة. فكانت نشأت قضاء المظالم.

وفي هذا الفصل تتناول الدراسة: تعريف هذا القضاء، وأصوله التاريخية، ثم كيفية تشكيله والإجراءات المتبعة أمام هذا النظام واختصاصاته، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف قضاء المظالم ونشأته.

المبحث الثاني: تشكيل وإجراءات قضاء المظالم.

المبحث الثالث: اختصاصات قضاء المظالم.

المبحث الأول

تعريف قضاء المظالم ونشأته

اختلف الفقه القديم والحديث حول ماهية قضاء المظالم، وللوصول إلى تحديد دقيق لهذه الماهية لا بد من البحث في نشأة وتطور قضاء المظالم.

لهذا سنتناول هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: تعريف قضاء المظالم.

المطلب الثاني: نشأته وتطوره.

المطلب الأول

تعريف قضاء المظالم

من الواضح عدم صحة القول بأن قضاء المظالم نفسه القضاء العادي أو إن الاختلافات في بعض الأمور لا تجعله مستقلاً، إذ أن الفارق بين القضاء العادي¹ وقضاء المظالم كبير - وهو ما سوف نبينه في موضوع آخر.

كما أننا سنغض النظر عن التعريفات التي تخرج ولاية المظالم من طبيعتها القضائية وتعتبرها مؤسسة للتفتيش العام للدولة المسلمة² - نظراً لما في هذا الرأي من اعتوار يجعل نظام المظالم نظاماً إدارياً بحثاً يدخل تحت أنظمة الرقابة الإدارية وهذا خارج عن دراستنا التي تتناول النظام كرقابة قضائية.

ومن خلال تعريفات الفقه القديم والحديث وبالنظر إلى أحكامه التي ذكرها هذا الفقه، وتطبيقات الحكام في الدولة الإسلامية لهذا النوع من القضاء، يتضح لنا أن قضاء المظالم نوع متميز عن الأنظمة القضائية الأخرى فلا يمكن القول بأنه نوع ضمن القضاء العادي أو أنه درجة من درجاته.

وكذلك لا يمكن القول بأنه قضاء إداري³ بالمعنى الحديث، وإنما هو هيئة قضائية مستقلة "ولها اختصاصات قضائية وتنفيذية، تستوجبها طبيعة قضاء المظالم، لكفالة حماية المظلومين وتأمينهم في حقوقهم وحرياتهم - وهذا الخصيصة أو الطبيعة المتميزة جعلت بعض الفقهاء - قديماً وحديثاً - يختارون في تعريف ولاية المظالم.

¹ د. محمد كامل ليلة النظم السياسية. دار الفكر العربي 1971 ص 29

² انظر محمد الحبيب الفصحاوي: النظرية العامة للقضاء والإلزام - مصدر سابق - ص 91

³ د. سلمان الطماوي السلطات الثلاث - مصدر سابق - ص 7

فمن نظر إلى الناحية التنفيذية فيها اعتبرها نوعاً من أنواع الإمارة¹، أو نوعاً من أنواع الرقابة الإدارية. ومن نظر إلى اختصاصها القضائي ولم يبين الطبيعة الخاصة في المنازعات التي ينظرها، جعلها ضمن القضاء العادي.

بينما من نظر إلى تنوع اختصاصاتها القضائية والتنفيذية، عرفها بأنها وظيفة تجمع بين القضاء والتنفيذ - ومن نظر فقط إلى قضاء المظالم كجهة تخصص بالمنازعات الإدارية اعتبره قضاء إدارياً².

ونحن نرى أن قضاء المظالم في النظام الإسلامي يختلف عن ذلك كله :

1- فهو من الناحية القانونية عبارة عن هيئة قضائية متخصصة بالفصل في المنازعات التي تثور بين السلطة وبين الأفراد، ومنازعات بين الأفراد فيما بينهم إذا توافر عنصر النفوذ³ في أحد الأطراف. ويتولاها أعضاء تتوفر فيهم الهيبة والقوة والعلم القانوني (الشرعي) لأداء الحقوق وحماية الحريات باسم ولي الأمر الأعظم.

2- كما أن لهذه الهيئة القضائية وظيفة تنفيذية تستدعيها طبيعة المنازعات أو القضايا التي تتولاها، ويوجد بجانب هذا النوع من القضاء قضاء آخر هو: القضاء العادي، يتولى الفصل في المنازعات بصفة عامة - والتي تخرج من دائرة المظالم - فإذا عجز هذا القضاء عن الفصل في المنازعات لوجود طرف قوي ذي نفوذ كان لقضاء المظالم الفصل فيما عجز عنه القضاء العادي.

3- ويترتب على ذلك القول وجود فارق بين قضاء المظالم والقضاء العادي من حيث الاختصاص ومن حيث الأسلوب ومن حيث الأعضاء أيضاً وسوف نفصل ذلك في مبحث لاحق.

¹ ابن فرحون: تفسره الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام - حر مكتبة الكلية الأزهرية 1406هـ - 1986م ص 22

² كسب الاستاذ الدكتور عبدالفتاح حسن بحثاً عن قضاء المظالم تحت عنوان القضاء الإداري في الإسلام * نشر في مجلة مجلس الدولة - أعداد الأشهر 8 و 9 و 10

³ سيفصل هذين العنصرين عند الكلام عن المعيار الذي استخلصناه للفرقة بين اختصاص قضاء المظالم واختصاص القضاء العادي في الباب الأخير من هذه الدراسة.

4- من ناحية أخرى فإن لقضاء المظالم - من هذه الوجهة - استقلال عن الإدارة نابع من مبدأ استقلال القضاء، الذي هو أصل القضاء الذي هو أصل في النظام الإسلامي.

ولكن تميز قضاء المظالم عن القضاء العادي، واستقلاله عن الإدارة لا يعني وجود تشابه وصلة بينه وبين كل من القضاء العادي والإدارة.

المطلب الثاني نشأة وتطور قضاء المظالم

قضاء المظالم نشأ مندمجاً مع القضاء العادي - حينما كان يقوم به الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ضمن قيامه بالسلطات الأخرى (كرئيس للدولة) - وأنه لم ينفصل عن هذا القضاء إلا في وقت متأخر وفي مراحل متدرجة. لهذا قسمنا هذا التطور إلى مراحل:

المرحلة الأولى

مرحلة تركيز السلطات

بعد نشأة الدولة الإسلامية كانت السلطات الثلاث في العصر النبوي مركزة في شخص الرسول صلى الله عليه وآله وسلم فهو المشرع والمنفذ والقاضي، وباعتبار أن المشرع الحقيقي هو الله سبحانه وتعالى، لأن دور الرسول صلى الله عليه وآله وسلم في التشريع مجرد دور المبلغ عن ربه، عن طريق الوحي المباشر أو غير المباشر¹ مثل ما تم توضيحه آنفاً، فإنه يبقى القول بأن السلطة التنفيذية والسلطة القضائية كانتا مندمجتين في يد الرسول صلى الله عليه وآله وسلم.

ويرجع سبب تركيز السلطة بيد الرسول صلى الله عليه وآله وسلم إلى أن الغرب لم يكن لهم سوابق في التنظيم. ويحتاج تطبيق المنهج الجديد إلى تدريب وتنظيم وقيادة عملية حكيمة، تقود الطليعة وترعاها بوحي من " السماء"²، بالإضافة إلى بساطة الأمور، وقوة الإيمان في أفراد الدولة الجديدة بقائدها، كل هذا جعل من الطبيعي أن تكون السلطات مجتمعة في يد الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ومن

¹ د. سليمان الطماوي- السلطات الثلاث ص 324 و 349 و 433 و 619 والنظر د. كمال وصلي - مصفلة النظم الإسلامية- مصدر سابق - ص

228 وما بعدها

² د. نصر فريد واصل: السلطة القضائية في الإسلام 1977م القاهرة ص 47

هنا كان صلى الله عليه وآله وسلم يتولى الفصل في كل المنازعات والقضايا التي تقع بين الناس في ذلك الوقت.

ولم يكن يحتاج في قضائه إلى من يعاونه، لقلّة عدد القضايا التي يفصلها، ومحدودية الدولة الإسلامية، قبل أن تمتد أطرافها¹.

وحينما اتسعت الدولة الإسلامية استعان الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ببعض أصحابه في أعمال القضاء² مثل الإمام علي ومعاذ بن جبل، فكانا يقومان بالقضاء إلى جانب الأعمال التنفيذية الأخرى حيث لم تنفصل الوظيفتان: القضائية والإدارية في هذه المرحلة.

ومن تطبيقات هذه المرحلة ما كان يقوم به الرسول صلى الله عليه وآله وسلم بنفسه بالنظر في المظالم وتحتلط طبيعة أحكامه بين كونها قرارات إدارية باعتباره الرئيس الإداري الأعلى وبين كونها أحكاماً قضائية باعتباره صاحب السلطة القضائية، ومن هذا السوابق عزله العلاء بن الحضرمي أمير البحرين، بعد أن رفع وفد عبدالقيس شكوى ضد الأمر، وعين صلى الله عليه وآله وسلم بدلاً عنه: أبان بن سعيد، وأوصاه خيراً برعاياه،³ ففي هذا الإجراء من قبل الرسول صلى الله عليه وآله وسلم نرى عملاً إدارياً - إلى جانب النظر في المظالم - هو: العزل والتعيين في وظيفة إدارية؟ فليس من عمل النظر في المظالم عزل الموظف وتولية غيره.

وتمتد هذه المرحلة لتشمل زمن خلافة أبي بكر الصديق ويرجع ذلك إلى قصر الفترة التي تولّاها أبو بكر، واستمرار البساطة في تسيير أمور الدولة، لبقاء الناس على عهدهم لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وثقتهم في الولاية، ولعدم

¹ ولا يعني هذا أنه لم يرسل ولا لالأقاليم الأخرى وهذا كما سنوضحه مستقبلاً.

² كرد علي: الإسلام والحضارة العربية مصدر سابق - بر 2 ص 94 و 98 و 105

³ المصدر السابق ج 2 ص 96

التوسع السريع لرقعة الدولة الإسلامية كما حصل في عهد الخليفة الثاني عمر بن الخطاب ، فقد عمل أبو بكر بنفسه في النظر في المظالم.

وفي هذا يقول ".....والضعيف فيكم قوي عندي حتى أخذ له حقه ، والقوي فيكم ضعيف عندي حتى أخذ الحق منه إن شاء الله " ¹.

وقد كان أبو بكر يجري على كشف عماله بنفسه ، واختار من القضاة ما اختاره الرسول غالباً ، وقد كان ولاية المدينة هم الذين يختارون القضاة ويولونهم ².

وروي : أنه حينما زار البيت الحرام بمكة " جلس قريباً من دار الندوة فقال : هل من أحد يشتكي من ظلامه أو يطلب حقاً ، فما أتاه أحد وأثنى الناس على وإليهم " ³.

ويتبين من هذه السوابق أن في هذه المرحلة ظهرت فكرة القضاء (ومنه قضاء المظالم) ولكن الوظيفة القضائية كانت مندمجة مع الوظيفة الإدارية.

وقد عين الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ، علياً ومعاذا وغيرهما ، قضاة وولاية. كما عين أبو بكر عمر بن الخطاب وزيراً له ، وأيضاً كان يقوم بالوظيفة القضائية وإن لم يأت أحد في خصومه لصرامته ⁴.

المرحلة الثانية

قضاء المظالم ضمن القضاء الواحد

تطور القضاء في هذه المرحلة بانفصال وظيفته عن الوظيفة التنفيذية لكن المظالم بقيت مندمجة مع القضايا الأخرى ، ينظرها نفس القضاء الواحد. إلا أنها وجدت تفرقة - في هذا الصدد - بين خلافة الأمام علي بن أبي طالب - كرم الله وجهه - وبين سابقاتها. لهذا سنفرد لهذه المرحلة قسماً خاصاً ، ومن ثم سنضطر إلى تناول

¹ الشيخ محمد الحصري: محاضرات في تاريخ الأمم الإسلامية - الطبعة الرابعة. القاهرة سنة 1934م بر ا. ص 170 وما بعدها

² كرد علي - المرجع السابق ج 2 ص 107 ر 108

³ طبقات ابن سعد 3 - ص 187

⁴ د. سليمان محمد الطمازي: السلطات الثلاث - مصادر سابق ص 434

هذه المرحلة في قسمين: الأول: سوف نخصصه لبيان تطور قضاء المظالم في خلافة عمر بن الخطاب، والقسم الثاني: نستعرض فيه تطور قضاء المظالم في خلافة علي بن أبي طالب وذلك كما يلي:

أولاً: قضاء المظالم في عهد عمر بن الخطاب:

في هذه المرحلة تميزت الوظيفة القضائية عن الوظائف الأخرى فقد وجد القاضي المتفرغ كلية لشؤون القضاء إلى جانب مسئول السلطة التنفيذية (الوالي) سواء أكان ذلك في المدينة (حاضرة الدولة) أو في الأقاليم الهامة.

وعلى سبيل المثال: فقد كان أبو الدرداء قاضياً للمدينة (العاصمة) وفي الأقاليم خصص لكل إقليم هام قضاة، فقد كان القاضي في الكوفة هو عبد الله بن مسعود والوالي عمار بن ياسر، وهكذا في مصر حيث تولى القضاء عثمان بن قيس بن أبي العاص، إلى جانب الوالي، وهكذا في جميع الأقاليم الهامة¹، لهذا قال بن خلدون: إن عمر بن الخطاب أول من عين قضاة للأمصار.²

وتميزت هذه المرحلة - أيضاً فيما يخص السلطة القضائية عموماً - بوضع "أول دستور لسلوك القاضي مما يصدق على القضاء في كل عصر وأوان"³.

¹ راجع د. سليمان الطماوي: عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة - مصدر سابق ص 36 وما بعدها. ومحمد الحبيب: النظرية العامة للقضاء - مصدر سابق - ص 41.

² مقدمة ابن خلدون ص 165.

³ وهذا الدستور جاء في صورة رسالة بعث بها عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري تمن حوالى عشرين مادة تلخص أهم أسس القضاء الإسلامى وتشمل نظرة الإسلام إلى القضاء ووضعية القضاة أمام القضاء، وآداب القاضي، كما تشمل قواعد إجراء الدعوى والقواعد التي يجب مراعاتها في الشهادة وإمضاء الحكم القضائي (انظر هذه الرسالة في ابن فرحون: تبصرة الحكام ج/1 ص 19) ود. سليمان الطماوي: عمر بن الخطاب 329 وما بعدها و د. محمد الحبيب: النظرية العامة للقضاء ص 41 - كما توضح رسائل أخرى أرسلها خليفة عمر بن الخطاب إلى بعض ولائه وقضائه ومسا تهمها من مبادئ قضائية تكمل الدستور القضائي، راجع في التفصيل: عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة المرجع السابق ص 1 كم. - وقد وضع عمر روائب لقضائه توفر لهم الكفاية والرفاهية بهدف حمايتهم من الحاجة التي قد تؤدي إلى الخراف في العمل وأخذ الرشاري. لمزيد من التفاصيل انظر محمد الحبيب - المرجع السابق ص 59 كما أنه في هذه المرحلة أنشأت السجون لتنفيذ الأحكام القضائية التي فيها حبس أو تعزير أو ضمانه، انظر تفصيلاً في ذلك: الإدارة العربية من تأليف: أ.ق. حسيني مصدر سابق 105.

وبالنسبة لنظر المظالم لم نجده في هذه المرحلة - ما يفيد بأنه قد تخصص لها زمن معين، وإنما كان ولي الأمر بصفته صاحب الولاية العظمى - أو القاضي يباشران النظر في كافة القضايا، سواء أكانت القضايا عادية أو كانت مظلمة.

وبالرغم من توسع رقعة الدولة الإسلامية، وتحديد الوظيفة القضائية - كما أسلفنا - إلا أنه لم يوجد الظلم الذي يتحتم إزائه تحديد النظر في المظالم - وبصيغة أخرى لم تتولد الحاجة لاستخدام إجراءات غير عادية لمعالجة القضايا ذات العلاقات الخاصة بالمظالم حيث إن المتبع لنشأة قضاء المظالم يحده أنشئ أساساً - كما أسلفنا - لبيسط سلطان القانون، بوسائل غير عادية، على ذوي النفوذ ممن تعجز الوسائل العادية عن إخضاعهم لحكم القانون.

وقد كانت هيئة عمر بن الخطاب¹، وإيمان المسلمين الأوائل آنذاك بوجوب طاعة أولي الأمر، وأن هذه الطاعة واجب ديني، كان ذلك كفيلاً ببسط القانون على الكبار قبل الصغار، وقد كان عمر بن الخطاب يستخدم من الوسائل الإدارية ما يقوم مقام النظر في المظالم².

وإلى جانب هذه الوسائل - كان القاضي يختص بالمنازعات والمظالم التي تقع بين الأفراد وغيرهم والتي تقع - أيضاً - بينهم وبين الولاة، وأصحاب النفوذ،

¹ انظر تفصيلاً في هيئة عمر. د. سليمان الطماوي - المرجع السابق ص 42 وما بعدها.

² ومن هذه الوسائل:

1- أنه كان يأمر جمع غاله - كبار الموظفين - في الأقاليم بأن يجتمعوا عنده في موسم الحج ويقعد معهم مؤقراً إدارياً وينظر فيه الى تظلمات الأفراد منهم

2- أنه كان إذا قدم عليه وفد من أحد الأقاليم سألهم عن حاتم وأسعارهم وعن ولائهم ليرى مدى قيامهم بالواجبات، ولزاهمتهم عما في أيدي الناس مما قد يؤثر في أدائهم للعمل فإذا وجد ما يظن فيهم كتب إليهم يستدعيهم للمثول أمامه.

3- ومن وسائل عمر بن الخطاب - التي تقوم مقام النظر في المظالم تجريمه للهدايا التي تقدم للموظفين - وتطبيقه مبدأ من أين لك هذا وقد سبق تفصيل كثير من الوسائل في مواضع سابقة من هذه الرسالة مثل الجولات التفشيفية التي كان يقوم بها وغير ذلك من الوسائل. (انظر المزيد من التفاصيل: كرد علي بر 2 ص 111 وما بعدها و د. سليمان الطماوي عمر بن الخطاب - مصدر سابق - ص 275 وما بعدها.

حتى لو كان الخليفة نفسه فإن الاختصاص فيها كان للقضاء العادي¹. فلم يكن هناك فرق بين المنازعات العادية والمظالم.

من هذه التفصيلات يتبين لنا أن هذه المرحلة وسطية، بين المرحلة السابقة والمرحلة التي تليها، وتمثل نقلة تاريخية للقضاء بشكل عام وتمهيداً لقضاء المظالم كقضاء متخصص (بالمصطلح المعاصر).

ثانياً: في عهد الإمام علي بن أبي طالب:

عندما تولى الإمام علي بن أبي طالب - كرم الله وجهه - مقاليد الخلافة، كانت البلاد الإسلامية تمر بحالات اضطراب وفتنة وقد عهد الناس في بعض الولاة وكبار موظفي الإدارة الأمويين - الذين تعينوا في خلافة عثمان بن عفان - خروجاً على الشرعية، وظلماً للناس، لذلك كان الاهتمام بالنظر في المظالم من قبل الإمام علي أكثر من الخلفاء الذين تولوا قبله، ولكن دون ما تخصيص زمني أو مكاني للفصل في المظالم².

وهذا - في نظرنا - تطور هام لنظام قضاء المظالم حيث أرسيت فكرته وإن لم يفصل عن القضاء العادي، الذي تخصصت وظيفته في عهد علي بن أبي طالب، واستقل عن السلطة التنفيذية حتى في الأقاليم وفي هذا يأمر الإمام علي بن أبي طالب وإليه على مصر - الأشتر النخعي: بأن يفصل بين الوظيفتين الإدارية والقضائية حيث قال له: "وأجعل لرأس كل أمر من أمورك رأساً منهم، لا يقهره كبيرها، ولا يتشت عليه كثيرها"³.

¹ فقد حكى التاريخ: وقوف الخلفاء الراشدين أمام القضاء العادي في عصومات مع بعض الأفراد العاديين. وقد حكم القاضي (شريح) في منازعة بين عمر بن الخطاب ورجل آخر وكان الحكم لصالح الأخير على عمر بن الخطاب (انظر - سليمان الطماوي: المصادر السابق - ص 34).

² انظر المازودي: الأحكام السلطانية - مصدر سابق - ص 69.

³ توفيق الفكيكي: الراعي والرعية - مصدر سابق - ص 147.

وقوله: "قم اختر لتحكم بين الناس أفضل رعيته في نفسك ثم أكثر تعاهد قضائه، وأفسح له في البذل ما يزيل عنته، وتقل معه حاجته إلى الناس، وأعطه من المنزلة ما لا يطمع فيه غيره" ¹.

وطبق ذلك في نفسه حينما لجأ - وهو أمير المؤمنين - إلى القضاء يختصم ذمياً في درع له رآها عنده، وبالنسبة للنظر في المظالم فقد قام الإمام علي بن أبي طالب - كرم الله وجهه - بنفسه ينظر المظالم، كما أنه قد كلف عماله بالنظر في مظالم الموظفين، وتأديبهم، إذا ظهرت مخالفات لهم، وقد أمر باستخدام وسائل إثبات غير عادية في مثل هذه القضايا، حيث يقول "ويحفظ من الأعوان، فإن أحد منهم بسط يده إلى خيانة اجتمعت بها عليه عند أخبار عيونك، اكتفيت بذلك شاهداً فبسطت العقوبة في بدنه، وأخذته بما أصاب من عمله، ثم نصبته بمقام المذلة، ووسمته بالخيانة، وقلدته عيار التهمة" ². واختلف الباحثون في تكييف النظر في المظالم في هذه المرحلة على قولين:

القول الأول: يعتبر هذه المرحلة كسابقاتها، فقد كانت ممارسة النظر في المظالم من الرسول صلى الله عليه وآله وسلم والخلفاء الراشدين من حيث بعده بوصفهم رؤساء للسلطين التنفيذية والقضائية معاً، ولم يتدبوا أحداً للنظر في المظالم وفي الوقت نفسه لم يفردوا لسماع الظلامات يوماً معيناً وإنما كان إذا جاءهم متظلم أنصفوه ³.

والقول الثاني: يعتبر هذه المرحلة منعطفاً تاريخياً في تطوير قضاء المظالم. حيث أصبح قضاء المظالم، ولاية منفصلة عن ولاية القضاء يختص بنظر نوع معين من المنازعات والمشاكل، بعد أن كان ضمن القضاء الواحد باعتبار أن الإمام علي بن

¹ المصدر السابق - ص 38

² انظر: توفيق الفكيكي: الراعي والرعية - مصدر سابق - ص 135 وراجع محمد كرد علي: الإسلام والحضارة العربية - مصدر سابق - ص 142 وفي ذلك يقول الماوردي: "واجتاج علي - رضي الله عنه - حين تأخرت أمانته واختلط الناس فيها وتجهروا إلى فصل صرامة في السياسة. وزيادة تيقظ في الوصول إلى غوامض الأحكام فكان أول من سلك هذه الطريقة واستقل بها " الأحكام القضائية ص 69

³ راجع د. سعيد الحكيم الخايف: الرقابة على أعمال الإدارة - مصدر سابق - ص 487

أبي طالب - رضي الله عنه هو أول من جلس للمظالم من الخلفاء - كما جاء في خطط المقريري¹.

والواقع أن هذه الاختلاف جاء نتيجة الغموض الذي ورد في كتاب الأحكام السلطانية للماوردي - وهو المرجع الأصلي لهذه المادة - حيث يقول في موضع: أنه "لم يتتدب للمظالم من الخلفاء الأربعة أحد، لأنهم في الصدر الأول مع ظهور الدين عليهم بين من يقوده التناصف إلى الحق، أو يجره الوعظ عن الظلم، وإنما كانت المنازعات تجري بينهم في مشبهة يوضحها حكم القضاء.....فاقتصروا خلفاء السلف على فصل التشاجر بينهم بالحكم والقضاء..."²

ولكنه يقول بعد ذلك إن الأمام غلياً - كرم الله وجهه - احتاج (حين تأخرت إمامته واختلط الناس فيها، وتجاوزوا إلى فصل صرامة في السياسة... فكان أول من سلك هذه الطريق واستقل بها ولم يخرج فيها إلى نظر المظالم المحض لاستغنائه عنه)³.

ويصل - الماوردي - في نهاية البحث في هذا الموضوع إلى أن "أول من أفرد للظلمات يوماً يتصفح فيه قصص المظلومين من غيره مباشرة للنظر: عبد الملك بن مروان" ؟

ولو دققنا النظر في كلام الماوردي لوجدنا أنه ينبئ عن تصور واحد، هو أن النظر في المظالم كان في عهد الرسول صلى الله عليه وآله وسلم والخلفاء الأربعة - بما فيهم علي بن أبي طالب - يسير على وتيرة واحدة، فقد كانوا ينظرونها مع القضايا الأخرى ولم يحدث أن جلس أحد منهم للمظالم فقط - ومنهم الإمام علي - وإنما كانوا ينظرون في القضايا جميعها بما فيها المظالم - التي زادت في أيام

¹ راجع د. عبدالله موسى سعد: مبدأ سيادة القانون - مصدر سابق - ص 404 و 405 والاستاذ محمد الخطيب: النظرية العامة للقضاء - مصدر سابق

- ص 82 H.A Moneim op cit.p.38

² انظر 69 من كتاب الأحكام السلطانية - مصدر سابق.

³ نفس المرجع ص 70

الإمام علي نتيجة الفتن والبعد عن الشرعية الإسلامية ، فاحتاج إلى أن ينظم جلوسه للقضايا ، جميعها ويضع قواعد السياسة الشرعية للفصل في القضايا جميعها بما فيها المظالم ، وهو في استخدام هذه الوسائل - التي هي فصل صرامة في السياسة ، وزيادة تيقظ في الوصول إلى غوامض الأحكام - كان أول من سلك هذه الطريقة وبالرغم من ذلك فإنه لم توصله هذه الرسائل إلى أن يخرج فيها إلى نظر المظالم المحض أي باستقلال عن القضايا الأخرى ، نظراً لعدم الحاجة إلى فصلها.

وقد عرف الإمام علي بصرامته وقوته في الحق ، وجاءت الحاجة إلى استخدام هذه الوسائل ، التي ذكرها الماوردي نظراً للبعد الزمني عن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم وتعليماته ، واختلاط الأمور ودخول أناس كانوا من المنافقين ومن غير المسلمين بعد أن أظهروا إسلامهم في الدولة الإسلامية بعد توسع رقعتها ، فحصلت ممارسات خاطئة من قبل بعض الولاة الكبار على يد مروان بن الحكم الوزير الأول لعثمان رضي الله عنه ، وخرقت الشرعية على يد هؤلاء ، وازداد الظلم حتى تسبب هذا الفتنة الكبرى التي بلغت ذروتها باستشهاد الخليفة الثالث عثمان بن عفان رضي الله عنه - وتحمل ثقل النظر في هذه المظالم والمخالفات الإمام علي ، وأسعفته الحاجة إلى استخدام الصرامة السياسية ، وزاد من شدته في الحق تقواه التي استمدها من تربيته بالبيت النبوي.

ومن تطبيقات هذه الوسائل قراراته بفصل أكثر عمال الأقاليم وأمرائها وإلغاء تصرفاتهم المخالفة للشرعية ، مما جعل بعضهم يعلن عصيانه وخروجه على الشرعية والدولة الإسلامية ، وكانت الفتن العظيمة التي عانت منها البلاد الإسلامية زمناً طويلاً نظراً للسوابق غير الشرعية في الخروج على السلطة الشرعية والتي اعتبرت عرفاً خاطئاً على مر التاريخ الإسلامي وتحمل وزرها أولئك الأولون.

وقد رفض - رضي الله عنه - نصيحة بعض مفكري ذلك العهد بأن يبقى بعض الولاة على وظائفهم لتهدئتهم واستمالتهم حتى تستكين الأمور¹، ولكنه أثر المبدأ حماية للشرعية.

ونخرج من هذه المرحلة بالقول إن قضاء المظالم فيها ظل كما كان في المراحل السابقة عليها مندمجاً مع القضاء العادي، إلا إن المظالم زادت مما جعل الإمام علياً يستخدم وسائل جديدة لنظرها، وأرسل تعليماته إلى ولاته - أيضاً - في الأقاليم لاستخدام هذه الوسائل التي لم يستخدمها من قبله، ولكنه بالرغم من ذلك، لم يفصل قضاء المظالم عن القضاء العادي، أو يجعل له يوماً - معيناً. وهو ما تم في المرحلة التالية في زمن عبد الملك بن مروان في العهد الأموي كما سوف نفضله فيما يلي: المرحلة الثالثة

قضاء المظالم "قضاء متخصص"

على إثر استقرار الدولة الأموية بعد أن تخطت العواصف التي كادت أن تقضي عليها في عهد عبد الملك بن مروان الذي أقول - بحق - إنه مؤسس الدولة الأموية الثانية (الدولة مروانية) احتاجت الإدارة - وقد تحولت الخلافة حينذاك إلى ملك عضود² وصار الولاة أقل اتصالاً بالعامّة، وأثرت الحروب الأهلية - التي حصلت قبيل هذه الفترة وأثناءها على نفوس الأفراد حكاماً ومحكومين، فأغلق الحكام أبوابهم دون الأفراد واستخدموا الحجاب، وتربص الأفراد بالحكام، فكثر الظلم واستشرى الفساد، ولم يعد الوازع الديني كافياً لردع المتغلبين، وإنصاف المظلومين، فاحتاجوا في ذلك إلى قضاء المظالم الذي تمتزج به قوة السلطان بتصرف القضاء.

¹ الإمام يان قبيّة ك الإمامة والسياسة مصدر سابق ص 35 و 37 و 44 زما بعدها و ص 80 وما بعدها وانظر: أبو الأعلى المودودي: الخلافة والملك - مصدر سابق - ص 65 وما بعدها.

² راجع في انقلاب الخلافة إلى ملك: المقامة لابن خلدون / المكية التجارية. القاهرة ص 202 وما بعدها و د. سليمان الطماوي: السلطات الثلاث - مصدر سابق - ص 32 وما بعدها و د. محمد ضياء الدين الرئيس: النظريات السياسية - طبعة 7 سنة 1970 ص 204

وظهر حينئذ قضاء المظالم، مستقلاً في الزمان والمكان، فقد خصص عبد الملك بن مروان - الذي تولى الحكم في السنة 65 هـ يوماً ينظر فيه شكاوى المتظلمين وتصفح دعاويهم، وقد شكل مجلس المظالم - إلى جانبه - بعصر قضائي متخصص في الفصل في المنازعات التي تحتاج إلى ملكة في القانون، وفهم للنصوص ودراية بشؤون القضاء. وإذا حكم القاضي في المظالم، قام بتنفيذها ولي الأمر نفسه، وفي هذا يقول الماوردي: "فكان إذا وقف منها على مشكل، واحتاج فيها إلى حكم منفذه، رده إلى قاضية أبي إدريس الأودي فنفذ فيه أحكامه... فكان أبو إدريس هو المباشر، وعبد الملك هو الأمر" وبغض النظر - عن الأهداف¹ التي كان يقصدها عبد الملك بن مروان من وراء إنشاء ديوان المظالم، لكنه أول من وضع أسس قضاء المظالم المتخصصة.

¹ ولعل عبد الملك بن مروان بعمله هذا التخفيف من سخط الناس لئوليه الحجاج بن يوسف وما أعقب ذلك من مظالم اختبرت وصمة عار في جبين التاريخ الإسلامي. وتقيصه في حكم الأمويين حتى إنه قتل كثيراً من الناس وعلمائهم دون محاكمة وفي رأي بعض الباحثين أن عبد الملك بن مروان أنشأ ديوان للمظالم لنظر مقام معينة يهمه أمرها أو ليوهم الناس أنه يقوم برد المظالم ويقضي بالعدل. ولكنه نفسه ارتكب مظالم. وغضب الناس وذهب بني أمية بدون حق، وقد رد هذه المظالم عمر بن عبد العزيز، وأرجع ما أخذه بنو أمية لأصحابه، انظر الدكتور مصطفى الراجحي: التنظيم القضائي في لبنان 1969م وما بعدها.

المبحث الثاني

تشكيل وإجراءات مجلس المظالم

سبق القول بأن قضاء المظالم قد أنشأته السوابق تدريجياً ومن ناحية أخرى، فإن أحكام هذا الفصل أحكام تنظيمية لا تستمد أساسها من النصوص مباشرة، وإنما تستند إلى السوابق التاريخية، وقد صاغها الفكر الإسلامي في صورة قواعد وأحكام متفرقة في كتب الفقه والتاريخ والسياسة الشرعية وتشكيل مجلس المظالم يتبلور في مركز ناظر المظالم كما سنرى، ويرتكز نظام المظالم بأكمله على شخصية القائم به " ناظر المظالم " لهذا كان نجاحه يتوقف على إرادة القائم به، خصوصاً ولي الأمر.

فقد يتوسع نشاطه وقد ينكمش وقد يهمل النظام تماماً، فلا يظهر في بعض العصور وفي بعضها يزدهر، ويتوقف على نشاطه، نشاط القضاء العادي ومن خلال السوابق التاريخية نحاول إيجاد نظرية عامة لتشكيل مجلس المظالم والإجراءات التي يجب اتخاذها أمامه، ونقسمها إلى مطلبين أولهما تخصصه لأحكام التشكيل، والثاني نضع فيه قواعد الإجراءات المتبعة أمام قضاء المظالم.

المطلب الأول: تشكيل مجلس المظالم.

المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة أمام قضاء المظالم.

المطلب الأول

تشكيل مجلس المظالم

ذكرنا أن مجلس المظالم يستند إلى القائم عليه، ولا يعني هذا قيامه - وحده - بالنظر في المظالم، وإنما يستكمل على حد تعبير الفقه الإسلامي - بوجود شخصيات أخرى لا يستغني عنهم، ولا ينظم العمل إلا بهم وهؤلاء هم أعضاء المجلس وموظفوه.

وباعتبار أن قضاء المظالم ولاية عامة، فقد وضع الفقه للقائم عليه، وللأعضاء الآخرين، أحكاماً خاصة بهم.

وبهذا المقدمة القصيرة نكون قد حددنا عناصر هذا المطلب في الآتي:

أولاً: القائم على مجلس المظالم

ثانياً أعضاء مجلس المظالم والموظفون

ثالثاً: النظام القانوني لأعضاء مجلس المظالم.

أولاً: القائم على مجلس المظالم

الملاحظ في تشكيل مجلس المظالم في الدولة الإسلامية - في مراحلها المختلفة - أن هذا التشكيل لم يكن على قاعدة واحدة، وفيما يخص منصب "ناظر المظالم" أو القائم على مجلس المظالم - فإننا استنتجنا من خلال البحث - أن رئيس المجلس قد يكون:

1- ولي الأمر نفسه

2- وقد يتولى هذه المنصب نيابة عنه - غيره من أصحاب الولايات العامة الأخرى كالوزير، أو أمير الإقليم.

3- وقد يعهد إلى القاضي العادي، إلى جانب عمله أو يقلد موظف عام إلى جانب وظيفته.

4- وقد يخصص لهذا العمل قائم متفرع له ¹.

ثانياً: أعضاء مجلس المظالم والموظفون

بالرغم من أن القضاء الإسلامي يقوم على مبدأ وحدة القاضي (نظام القاضي الفرد) إلا أن مجلس المظالم يستكمل نظره - على حد تعبير الفقيه الماوردي - بحضور خمسة أصناف لا يستغنى عنهم، ولا ينتظم نظره إلا بهم:

الصنف الأول: الحماة والأعوان لجذب القوي وتقويم الجريء

الصنف الثاني: القضاة والحكام لاستعلام ما يثبت عندهم من الحقوق، ومعرفة ما يجري في مجالسهم بين الخصوم.

والصنف الثالث: الفقهاء، ليرجع إليهم فيما أشكل ويسألهم عما أشبه وأعضل.

والصنف الرابع: الكتاب، ليشبثوا ما جرى بين الخصوم وما توجه لهم أو عليهم من الحقوق.

والصنف الخامس: الشهود، ليشهدهم على ما أوجبته من حق وأمضاء من حكم ².

وواضح من التشكيل - الذي تطلبه الماوردي لاستكمال مجلس المظالم أنه يضم عناصر يحتاجها العمل القضائي لمجلس المظالم كما أنه يضم عناصر أخرى للقيام بمهمة التنفيذ والإدارة كما أنه يضم الشهود على تمضية الأحكام.

وما يهمنا هنا: هم أعضاء مجلس المظالم كمحكمة قضائية متخصصة، وبحسب تعريفات فقه القانون العام المعاصر فإننا يمكن أن نعتبر أعضاء مجلس المظالم هم: القضاة، ويدخل معهم: الكتاب (كموظفين) لإدارة المجلس.

ثالثاً: النظام القانوني لأعضاء مجلس المظالم

¹ التفصيل برأبع كتابا قضاء المظالم - مرجع سابق - ص 143 وما بعدها.

² الماوردي: الأحكام السلطانية ص 71 والفر: د. سليمان الطماوي - السلطات الثلاث - مصدر سابق ص 451

نظراً للطبيعة الخاصة لوظيفة مجلس المظالم ، والصبغة القضائية التنفيذية ، فقد وضع الفقهاء المسلمون أحكاماً خاصة فيما يتعلق بشروط هذه الوظيفة ، والضمانات المقررة لأعضائها. وتفصيل ذلك فيما يلي :

أولاً: الشروط :

- 1- لخص الفقه الشروط الواجب توافرها في ناظر المظالم :
أن يكون جليل القدر ، نافذ الأمر ، عظيم الهبة ، ظاهر المحفة ، قليل الطمع ، كثير الورع ، لأنه يحتاج في نظره إلى : سطوة الحماة ، وثبت القضاة. فاحتج إلى الجمع بين صفتي الفريقين ، وأن يكون بجلالة القدر نافذ الأمر في الجهتين ¹ .
بالإضافة إلى الشروط العامة المطلوبة للولاية العامة التي تذكرها كتب الفقه الإسلامي ، وإن اختلفت - فيما بينها - في التفصيل ، فمنها ما يزيد ومنها ما ينقص ، لكنها في مجملها تتعلق بالدين
والتأهيل العملي والجسدي والذكورة والحرية والبلوغ والعقل ² .
وتختلف الشروط باختلاف وظيفة العضو و فرئيس المجلس يشترط أن يكون من أهل الولاية العامة ، بيد أنه ليس من الضروري أن يكون من بين أعضائه ، ولا

¹ الماوردي المرجع السابق ص 69

² نستطيع أن نوجز الشروط المطلوبة في ناظر المظالم في الآتي :

أولاً: الإسلام- باعتبار أن ناظر المظالم يقوم بحماية مبدأ الشرعية الإسلامية ولا يقوم بهذا العمل من لا يؤمن بالدين الذي هو أصل هذه الشرعية.
ثانياً: الحرية - فالعبد غير أهل للولاية العامة وإن كان هذا الشرط غير عملي الآن لإلغاء الرق.
ثالثاً: الذكورة - وهذا الشرط اختلف فيه بالنسبة للقاضي إلى ثلاثة مذاهب: الجمهور يشترطونه مطلقاً والاحناف يجيزون أن تتولى المرأة قضاء المظالم باعتبار أهم يشترطون الذكورة في القضاء الجنائي فقط كذلك يوافقهم الرأي لاعتبار أن الذكورة ليست شرطاً لديه مطلقاً.
وقد رأينا من الناحية العملية أنه قد تولت المرأة قضاء المظالم - في العصر العباسي
رابعاً: العدالة - بشروطها الجامعة واختلف الفقه في تفصيلها.
خامساً سلامة الحواس: بحيث يكون متكلماً "سمياً بصيراً" - على تفصيل في ذلك.
سادساً: الهبة والقوة المؤدية إلى قدرته في الحكم على أصحاب النفوذ وهذا الشرط يستقل به ناظر المظالم دون غيره من القضاة..

يشترط تقليده إذا كان من أصحاب الولايات العامة، بينما لا يصح أن يتولى رئاسة المجلس سواهم إلا بتقليد خاص من ولي الأمر، أو من يقوم مقامه كذلك الأعضاء يختلفون فيما بينهم من حيث الشروط. فالقضاة يكتفي فيهم بشرط العلم وهو دون الاجتهاد الذي يشترط في الفقهاء¹. والفقهاء لا يشترط فيهم - مثلاً - سلامة الخواص والأعضاء، والذكورة.

كذلك الكتاب والموظفون الإداري ون الذين ذكرناهم تختلف الشروط المطلوبة فيهم - عن الشروط المطلوبة في الأعضاء، حيث يكتفي بأن يكون الكاتب عدلاً - عاقلاً - عفيفاً، وإن لم يكن عالماً بأحكام الشرع فقط يجب أن يكون على دراية بقواعد الكتابة².

والفقه الإسلامي قد وضع شروطاً للأعضاء وموظفي المجلس كل بحسب مكانته ونوع عمله ؟ فحينما يضطر عمل ناظر المظالم على الجانب التنفيذي - "تنفيذ ما عجز القضاء عن تنفيذه وإمضاء ما قصرت يدهم عن إمضائه - جاز أن يكون دون هذه المرتبة في القدر والخطر، بعد أن لا تأخذه في الحق لومة لائم ولا يستشفه الطبع إلى رشوه"³.

ثانياً: الضمانات:

ذكر الفقه ضمانات عديدة تكفل لمجلس المظالم ممارسة العمل دون أن يتأثر، ومن هذه الضمانات:

1- اعتبار وظيفة نظر المظالم من اختصاص الخليفة نفسه، ومن يقوم بها دونه إنما يمارسها نيابة عنه.

¹ يقول بعض الفقهاء: الاجتهاد ليس شرطاً لتولي - القضاء لأنه يمكن للقاضي أن يفصل في الخصومات بالتقليد ويرجع إلى فتاوى الفقهاء وأقوالهم - بينما يقول بعضهم أن الاجتهاد شرط لتولي القضاء لأن القضاء حكم بما أنزل الله - ولا تشاق معرفته إلا للمجتهد. انظر تفصيل ذلك: د. عبدالكريم زيدان

المصادر السابق - ص 29

ونرى أن قضاء المظالم لا يشترط الاجتهاد خصوصاً وأن مجلسه يضم مجتهدين فقهاء كما فصلناه في المتن

² راجع ابن فرحون: تصيرة الحكام - مصدر سابق - ج 1 ص 37

³ الماوردي - المرجع السابق - 69

2- ومن هذه الضمانات أيضاً اختيار ناظر المظالم من كبار رجال الدولة ، في حالة عدم القيام بها من قبل رئيس الدولة نفسه.

3- فضلاً عن ذلك - ما يقرره الفقهاء من قواعد تفضل استقلال القضاء مستندين إلى السوابق في معاملة الخلفاء للقضاة¹. واعتبار تدخل السلطات في أعمال القضاء معصية وعمل غير مشروع.

4- بالإضافة إلى أن بعض الفقهاء يرون عدم قابلية القاضي للعزل إذا لم يفقد كفاءته لوظيفته ، أو لفساد حاله فلا يجوز للخليفة أن يعزل قاضياً ولاه مع صلاح حاله والفقهاء لأن قرار توليته إنما كان للمصلحة العامة²

5- كذلك فإن من الضمانات التي ذكرها الفقهاء للقضاة كي يقوموا بعملهم على أكمل وجه دون التعرض لكيد من تسول له نفسه أن يشكو أو يوسوس إلى ولي الأمر دون حق وإنما لغرض شخصي أو لإزاحته من منصب هذا العمل ، حيث يمنع الفقهاء عزل القاضي الذي اشتهرت عدالته لمجرد الشكوى ضده ، لأن في عزله مع اشتهاه عدالته إعطاء القرصة للنيل من القضاة وفي هذا فساد³.

ويرى بعض الفقهاء المحدثين⁴ أن توضع جزاءات رادعة في حالة ظهور كذب من ادعى على القاضي.

6- كما يقرر الفقهاء بأن القاضي غير مسئول عن الأخطاء المألوفة الناتجة عم اجتهاده " فلا محل لمسئوليته إذا كان حكمه صدر عن اجتهاد سائغ"⁵. وفي هذا ضمان له حتى لا يبقى في خوف من أن يجتهد ويترتب على ذلك أن يهمل القضايا خاصة التي يكتنفها لبس أو غموض.

¹ انظر تفصيلاً لدى استقلال القضاء في النظام الإسلامي مع ذكر السوابق: د. زيدان المرجع السابق ص 71 - 76 ود. سعيد الحكيم: الرقابة على أعمال الإدارة - مصدر سابق - ص 558

² ويرى بعض الفقهاء: أنه يجوز للخليفة أن يعزل القاضي مع صلاح حاله لمزيد من التفصيل يرجع: د. زيدان المرجع السابق ص 89 وما بعدها
³ يقول ابن فرحون في تبصرة الحكام ب 1 ص 87 " قال مطرف: ليس عليه (أي رئيس الدولة) عزل من عرف بالعدالة والرضا إذا اشكى به فإن وجد منه عوضاً. فإن في ذلك فساد للناس على قضائهم " ويقول أيضاً: لا ينبغي أن يمكن الناس من خصومة قضائهم ؟ لأن ذلك لا يخلو من وجهين: إما أن يكون عدلاً فيسهان بذلك ويؤذي وإما أن يكون فاسقاً فاجراً وهو الحق يحميه من شكاه فيبطل حقه. ويتسلط ذلك القاضي على الناس.

⁴ د. عبدالكريم زيدان: نظام القضاء - مصدر سابق - ص 82
⁵ وفي هذا يقول الفقيه ابن فرحون في كتابة تبصرة الحكام " ولا شيء على القاضي. لأن خطأ السلطان في الأقوال على الاجتهاد هدراً للظن المصادر السابق ص 83.

المطلب الثاني

الإجراءات المتبعة أمام مجلس المظالم

إيضاح وتقسيم :

نقصد بآجراءات قضاء المظالم الطرق التي تسير عليها المظلمة منذ رفعها إلى مجلس المظالم حتى صدور الحكم فيها والقواعد الإجرائية التي تحكم ذلك السير. وقبل الخوض في هذه الإجراءات يجب التنبيه إلى الحقائق التالية :

1- ليس كل ما يمارسه ناظر المظالم يحتاج إلى إجراءات قضائية لأن من اختصاص قاضي المظالم - كما سنرى - ما لا يحتاج إلى دعاوى وإجراءات قضائية مثل الكشف على أحوال الموظفين.

2- حتى الأعمال القضائية بعضها تصدى لها قاضي المظالم دون الانتظار إلى رفع دعوى المدعي باعتبارها متعلقة بالنظام العام ولو اشترطنا لها سبق الدعوى لضاعت حقوق كثيرة، وذلك مثل : تعدي الإدارة على الأفراد وقضايا الغصب¹

3- بعض المظالم على خلاف الأصل - ترفع وتسير إجراءات القاضي فيها بحسب القواعد العامة التي تحكم المرافعات العادية. وبهذا لا تختلف القواعد الإجرائية فيها عن الإجراءات التي تقام أمام القضاء، ويرجع ذلك إلى أن قضاء المظالم - كما سبق القول - مشتق من القضاء العام.

4- يبقى فقط الدعاوى التي تختلف طبيعتها عن الدعاوى العادية وهذه محدودة وتحتاج إلى إجراءات مختلفة².

5- قواعد الإجراءات القضائية عموماً، الأصل فيها أنها من الأمور الاجتهادية التي تخضع لسلطة ولي الأمر في ضوء المصلحة العامة.

¹ المارودي: الأحكام السلطانية - مصدر سابق ص 71. و د. سليمان الطماوي: السلطات الثلاث - مصادر سابق ص 452 - 453 ر. (

noneim op, cit, p 115, 141)

² د. عبد الكريم زيدان: نظام القضاء - مصدر سابق ص 127

ولهذا تختلف باختلاف الزمان والمكان وعليه فليس بالضرورة أن تطبق.

ونفس قواعد عصر سابق في الوقت الحالي ، أو لا تطبق قواعد جديدة تتطلبها الظروف والتنظيمات المعاصرة¹. وتتميز الإجراءات المتبعة أما قضاء المظالم بمميزات خاصة أهمها : أن لقاضي المظالم سلطة في توجيه هذه الإجراءات كما أن الدعوى تسير على مراحل.

حيث ترفع من المدعي أو من وكيله ويعلن الخصم بها ثم تحضر وتجمع عن طريق هيئة معينة - تابعة لمجلس المظالم - ثم تعرض على مجلس المظالم ويفصل فيها.

وبهذه المقدمة نكون قد حددنا فروع هذا المطلب ، على النحو التالي :

الفرع الأول : سلطة قاضي المظالم في توجيه الإجراءات.

الفرع الثاني : كيفية رفع الدعوى الإعلان عنها.

الفرع الثالث : طريقة تحضير الدعوى.

الفرع الرابع : الفصل في الدعوى.

¹ وفي هذا يقول الفكر الإسلامي (الماوردي) : " والفرق بين نظر المظالم ونظر القضاء ... أن نظر المظالم يخرج من ضيق الوجوب إلى سعة الجواز فيكون النظر فيه أوسع مجالاً وأوسع مقالاً.. ثم يحدد فوارق تسعة بين قضاء المظالم والقضاء العادي ، أغلبها في السلطات المخولة لقاضي المظالم - دون القاضي العادي - في الإجراءات واستعمال وسائل الالابات : منها

أن يترك من الخصوم ترك المبالغة. - ومن سلطاته أن يرد الخصوم إلى الصلح بينهم. - وله أن يزيد من الإجراءات وينقص منها حسبما يراه لازماً وعند اشعابه الأمر واستبهاهم الحق ، فللقاضي سلطة التأييد وزيادة الإجراءات " ليعين في الكشف عن أسباب الخصوم وأحوالهم " - بالإضافة إلى سلطة قاضي المظالم في إعمال وسائل البات ليست معروفة في قواعد القضاء العادي وإبطال وسائل معروفة .

الفرع الأول

سلطة قاضي المظالم في توجيه الإجراءات

من الخصائص التي يتميز بها القضاء الإداري الحديث ، قيام القاضي الإداري بتوجيه الإجراءات وطلب الخصوم بالقيام بما يراه لازماً لإمكان الفصل في الدعوى ، على عكس عمل القاضي المدني الذي يقتصر على مراقبة سير الإجراءات التي يحركها الخصوم.

وفي النظام الإسلامي نظراً للطبيعة التنفيذية لقضاء المظالم ، وباعتبار أن قضاء المظالم هو حامي الضعفاء والضمانة القضائية لتنفيذ مبدأ سيادة التشريع ، مما يجعل الخصومة الشخصية ليست العنصر الرئيسي في الدعوى ، بقدر ما يكون تحقيق العدل من القاضي وتنفيذ القانون هو الغاية التي تهيمن على سير الإجراءات. لهذا أعطى الفكر السياسي الشرعي سلطة لقاضي المظالم في توجيه الإجراءات وسلطة أكبر في التحقيق لم يعطها للقاضي العادي ، وجعل ذلك من الفروق الرئيسية بين قضاء المظالم وبين القضاء العادي ¹. وهذه السلطات التي يتمتع بها ناظر المظالم - على عكس القاضي - العادي - الهدف منها سرعة الفصل في المظالم وعدم ترك الفرصة للخصوم كي يتحكموا في إجراءات الدعوى بما يرونه خصوصاً وأن

¹ حيث توجب المادة 25 من القانون المصري رقم 47 لسنة 1972 بأن تكون الدعوى موقعة من محام مقيد بجدول المحامين المقبولين أمام مجلس الدولة المصري. كما توجب - نفس المادة - بأن تعلن الدعوى إلى الجهة الإدارية المختصة ، وإلى ذوي الشأن في ميعاد لا يتجاوز سبعة أيام من تاريخ تقديمها ووثولها تحضيرها وفقاً للمادة 27 من نفس القانون - هيئة مفوضي الدولة المزيد من التفاصيل - راجع د. سليمان الطماوي: السجيز في القضاء الإداري - مصدر سابق - ص 296 وما بعدها. ود. ماجد الحلو: القضاء الإداري - مصدر سابق - ص 348 وما بعدها.

المنازعة بين خصمين غير متكافئين: ضعيف وقوي، فرد وسلطة وفي المنازعة عنصر الظلم الذي لا يسمح عنده بقاء الحال على ما هو فتوة طويلة ويتجرع فيها المظلوم كأس الظلم.

فلا بد أن تكون الإجراءات أمام قاضي المظالم أقل تعقيداً وأن تكون يده أقل تعقيداً وأكثر تحرراً، وحتى يتخذ الخصوم - ذوي النفوذ - من الروتين حجة أو فرصة يستمرون عن طريقها في ظلم الضعفاء. لهذا كانت لناظر المظالم سلطات واسعة فيما يلي:

أولاً: تسيير الإجراءات.

ثانياً: استخلاص الدليل بالقوة إذا لزم الأمر.

ثالثاً: التصدي للدعوى في بعض الاختصاصات مثل:

- 1- الغصب السلطانية.
- 2- عدي الولاية على الرعية.
- 3- النظر في منازعات الأوقاف العامة.

الفرع الثاني

كيفية رفع الدعوى وإعلان المدعي عليه

توجب بعض أنظمة القضاء الإداري الحديث - على تفصيل اختلاف فيما بينها - أن تكون الدعوى المرفوعة إلى المحاكم الإدارية مكتوبة ، وأن يتقدم بها محام عن الخصم ، ثم يتم الإعلان عنها إلى الخصوم قبل تحضيرها ، فما هي الأحكام التي يطبقها قضاء المظالم في هذا الصدد نجيب على ذلك فيما يلي :

أولاً : طريقة رفع الدعوى :

في النظام القضائي الإسلامي عامة وفي قضاء المظالم خاصة ، يقوم المدعي برفع دعواه بإحدى وسيلتين :

الوسيلة الأولى : شفوية :

حيث يدخل المدعي إلى مجلس المظالم ويشرح مظلمته أمام ناظر المظالم شفوية فلا يشترط تقديم العريضة مكتوبة ¹ ويجوز للقاضي أن يأمر أمانة المجلس بكتابة الدعوى أثناء الانعقاد ، حين ينطقها المدعي ، وقد يكتبها القاضي بنفسه وهذه الطريقة في رفع الدعوى يسميها الفقه " المقال " لأن الدعوى تقال في المجلس ولا تكتب ² ، ويلاحظ أن في هذه الحالة لا تحتاج الدعوى إلى تحضير لأنها ترفع مباشرة من المدعي إلى ناظر المظالم.

¹ والسوابق التي تدل على ذلك كثيرة ونستدل هنا بواحدة منها - هي قضية ابن مساور ومخلصها : أن وكيل الخليفة المهدي العباسي اغتصب أرضاً لأحد الأفراد يدعى ابن مساور فلما رفع مظلمته إلى مجلس المظالم وكانت معتقداً برئاسة الخليفة نفسه أذن له بالدخول وحدهما سأله المهدي عن دعواه قال ابن مساور : ظلمي وكلني وغشيتني ضيعة لي . فقال له المهدي : اشرح دعواك للقاضي : فاستدار إلى القاضي وقال : أصليح الله القاضي إن هذا ظلمي ، وأشار إلى الخليفة المهدي فقال القاضي : ما تقول يا أمير المؤمنين . قال المهدي : ضيعني في يدي . فقال ابن مساور : أصليح الله القاضي . سله : أصارت إليه الضيعة قبل الخلافة أو بعدها ؟ فقال المهدي بعد الخلافة . فقال القاضي : أطلقها له . قال المهدي : قد فعلت (راجع الطبري : تاريخ المفكر - مصدر سابق - بر 8 ص 173 و 174 والشيخ محمد الحنظلي : تاريخ الأمم الإسلامية - مصدر سابق - ص 94 و 575

² محمد الحبيب : النظرية العامة للقضاء - مصدر سابق - ص 175 و 176

الوسيلة الثانية: بالعريضة المكتوبة :

يقول بعض المؤرخين : " وكانت الظلامات تقدم مكتوبة وكان يحدث أحياناً -
حول عام 320هـ/932م - أن ترمى الرقعة في ورق المظالم أمام القاضي في
المجلس".

وتكون الدعوى مكتوبة إذا كان موضوعها ذا قيمة معتبرة أو أنها متشعبة
وتسمى العريضة - في هذه الحالة - "توقيف" مقابل "المقال" التي تقال شفويًا.
ثانيًا: المحامي :

وتوجب بعفي القوانين في القضاء الإداري المعاصر، أن تقدم الدعوى أمام
المحكمة بواسطة محام ينوب عن المدعي.
فهل يوجد نظام المحاماة في التنظيم القضائي الإسلامي؟ وهل يشترط في قضاء
المظالم أن تكون الدعوى مرفوعة من محام؟

من البحث نستطيع الإجابة على الصيغة الأولى للسؤال بالإيجاب فنقرر أنه من
حيث المبدأ: يوجد نظام للمحاماة في القضاء الإسلامي - وإن اختلفت التسمية -
فقد ناقشت أحكامه كتب الفقه الإسلامي تحت تسمية الوكالة في الخصومة¹ أو في
الدعوى وقد اتفق الفقهاء على جواز التوكيل في الدعوى والتقاضي.
وهذا مبدأ عام سوا أكان النزاع أمام القضاء العام أم كان أمام قضاء المظالم،
وقد وكل الإمام علي - كرم الله وجهه - وكيلاً عنه، في قضية نظرها أبو بكر
الصديق - رضي الله عنه - وقال علي: ما قضي له فلي وما قضي عليه فعلي.

¹ انظر مثلاً: خلاصة كلامي على أحكام الوكالة في الدعوى، يحكي على عشرين مسألة - ابن فرحون: بصره الحكم - مرجع سابق ج 1 ص 179

وقال في موضع آخر أن الشيطان ليحضرها (أي الخصومة القضائية) وإني لأكره أن أحضرها. إذن فالمبدأ موجود ونحن هنا نقرره ونحيل التفاصيل فيه إلى كتب التخصص¹.

وجواباً على السؤال الثاني: نقول:

لا يوجد رأي فقهي أو سابقة في القضاء تدل على وجوب أن تقدم الدعوى إلى القضاء بواسطة "وكيل" ينوب عن المدعي - وذلك سواء تعلق الأمر بالقضاء العادي أو قضاء المظالم، وقد عرضنا السوابق التي تدل على قيام المدعي نفسه بالتظلم أمام مجلس المظالم شفويًا أو كتابة.

وإن كان من الناحية النظرية لا مانع - في نظرنا - أن يوجب ولي الأمر نظراً للمصلحة العامة، أن تقدم دعاوى معينة حسبما يراه ولاية الأمور بواسطة محام يتولى المرافعات عن المدير؟ لأن هذا من القواعد الإجرائية التي يجوز لولي الأمر تنظيمها بحسب ظروف الزمان والمكان.

ثالثاً: الإعلان²:

يقوم التنظيم القضائي الإسلامي على مبدأ عام مقتضاه: أن الأصل أن تتخذ الإجراءات القضائية في مواجهة الخصوم، ومن ثم فلا يصح للقاضي أن يستقبل أحد الخصوم حتى ولو كان ضيفاً إلا ومعه خصمه، وسند ذلك السنة المشرفة / فقد روي عن الإمام علي - كرم الله وجهه - قال: "نهانا رسول الله صلى الله عليه

¹ سواء القلبية منها مثل تصبيرة الحكام لأبن فرحون أو الكتب الفقهية التي تخصص باباً فيها للكلام عن آداب القضاء وحكم الوكالة في الخصومة. أو الكتب الحديثة التي تحوي أحكام القضاء في الإسلام. وعلى سبيل المثال كتاب الدكتور زيدان السابق ذكره - ص 129 وما بعدها. ولود السحفظ ونحن نقارن " نظام الوكالة في الخصومة " في النظام الإسلامي مع نظام الخامة بالقول: إن الأخير يشترط فيه أن يكون الخامي صاحب مؤهل قانوني عنه وخبرة محددة تختلف مداهم باختلاف النظام كما أنه يعمل في هذه المهنة بموجب تراخيص تمنحها السلطات المختصة، بعد استيفاء الشروط المطلوبة، بينما الوكالة في الخصومة لم يشترط فيها تلك الشروط. وإنما كان لأي شخص أن يتراعى عن غيره بالوكالة سواء كانت الوكالة باجر أو بدولة. وهذا يختلف عن نظام الخامة. ولا يعني ذلك عدم جواز تنظيم نظام الوكالة.

² يشترط قانون مجلس الدولة المصري إعلام جهة الإدارة أو من له شأن بالدعوى في الميعاد المحدد عن طريق البريد بخطاب مصحوب بعلم الوصل. يضمن المادة 25 من القانون 47 لسنة 72. ويجوز القضاء الإداري الإعلان بوسيلة أخرى " كما هو الحال في تبادل المذكرات الكتابية بين أطراف الخصوم في النقص وأمام محكمة القضاء الإداري: انظر (حكم القضاء الإداري (28-1، 14/947/8م/245/11 مبادئ المنازعات الإدارية مبدلر سابق

وآله وسلم، أن نضيف الخصم إلا أن يكون خصمه معه" ¹ ولا يتحقق هذا المبدأ الأصل إلا بإعلان الخصم.

فكيف يتم الإعلان ؟

الأصل أن تعلن الدعوى إلى الخصم وإلى ذوي الشأن بأي طريقة من الطرق التي توصل هذا الإعلان. ولهذا فقد كانت الدعوى تعلن بطرق متعددة أهمها :

1- عن طريق الخصم نفسه : وصورتها أن يقوم المدعي - نفسه - بدعوة خصمه إلى الحضور معه إلى مجلس المظالم ويوجب الإسلام - ديناً وشرعاً - على الخصم أن يلبي هذا الطلب بالحضور مع خصمه المحكمة. يقول الله تعالى ((إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا، وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ)) ².

2- الإعلان عن طريق المحكمة : قد يذهب المدعي مباشرة إلى المحكمة وتستدعي الظروف - أن تقوم المحكمة بتولي إعلان الخصم، وأيضاً في حالة ما ثبت للمحكمة أن المدعي لم يحضر فإن المحكمة تتولى إرسال إعلان موقع عليه من القاضي وختم المحكمة - بطريقة من الطرق، وتشرح كتب آداب القضاء كيفية الإعلان وصور الإعلان.

3- إحضار المدعي عليه جبراً : إذا امتنع المدعي عليه عن الحضور بعد أن أرسلت إليه الإعلانات بالطرق المذكورة، وتعذر إقناعه بالوصول إلى المحكمة عن طريقها، كان للقاضي أن يحضره جبراً عن طريق السلطة التنفيذية أو الضبطية القضائية أو بواسطة أعوانه التابعين للمحكمة ³.

¹ رواه عبد الرزاق في مصنفه والطبراني في معجمه الأوسط (انظر . عبد الله بن يوسف الزيلعي : نصب الراية الأحاديث الهداية 1938م ي 4 ص 73 .

² سورة النور : آية 51.

³ لزيد من الفاضل النظر : د. عبد الكريم زيدان - نظام القضاء في الشريعة - مصدر سابق ص 133-134.

فإذا تعذر حضوره - وهذا نادر في قضايا المظالم لهيئة ناظر المظالم وقوته في إحضار المتخاصمين - فإن الدعوى ترفع ، ويفصل القاضي ما تقرر عنده - على تفصيل في ذلك ¹.

الخلاصة: أن التنظيم القضائي الإسلامي عامة يوجب إعلان الخصوم بالدعوى ، وتختلف الطرق في ذلك ، ولا يمنع من أن تحدد طريقة من الطرق ، حسبما يراه أولو الأمر بحسب اختلاف الزمان والمكان المهم أن يعلن الخصم فلا يجوز النظر في المنازعة إلا بعد هذا الإعلان إلا إذا تعذر حضوره فيجوز الحكم غيابياً.

الفرع الثالث

تحضير الدعوى

في بعض أنظمة القضاء الإداري الحديث يقوم صاحب المصلحة بطرح دعواه أمام المحكمة التي تنظرها بعد أن تقوم هيئة خاصة بتحضيرها. وفي نظام قضاء المظالم ليس بالضرورة قيام جهة ما بتحضير الدعوى قبل أن تنظرها المحكمة. فقد ترفع مباشرة من المتظلم إلى المحكمة فتفصل فيها بسرعة. وقد يتم تحضيرها عن طريق جهة أخرى ، وقد فصل الفقهاء طريقة تحضير الدعوى كالتالي :

يقوم "صاحب ديوان المظالم ، أمين عام مجلس المظالم أو أحد معاونيه من كتاب الديوان بتسليم الدعوى المكتوبة ثم يتول "صاحب الديوان" تحضيرها وعمل خلاصة لها مثبتة بها أي مرفقة ، وكان عليه أن يجمع العرائض ويرتبها في ملف خاص.

ويقول بعض المؤرخين إن صاحب ديوان المظالم كان يعمل كشفاً يجمع العرائض قبل أن يسلمه لناظر المظالم في الجلسات ¹.

¹ لمزيد من التفصيل في مسائل الحكم على الغالب راجع ابن فرحون: تبصرة الحكام - مصدر سابق ي 1 ص 97 ود. عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية - مصدر سابق - 150 وما بعدها .

وبعد أن يقوم صاحب ديوان المظالم بذلك الدور يقوم بعرض جميع الدعاوى المثبتة في الملف مع الخلاصات التي أرفقها بها على مجلس المظالم وقت انعقاده. فإذا انعقد المجلس للمظالم عرضت عليه ليقوع على العريضة بما يوجبه الحكم. ولظروف معينة كان بعض نظار المظالم يتلقون عرائض المظالم مباشرة من المتظلم دون أن يجعلوا بينهم واسطة - ويقتصر دور (صاحب الديوان) على عمل تنظيم دخول المترافعين، فيحفظ من جاء أولاً فأول ثم يقدمهم بحسب ترتيبهم فلا يتقدم أحد على أحد لعلو مكانته أو سلطته. وقد بلغ في عهد المهدي " أن صاحب ديوان المظالم " الأمين الذي جعله يحضر المظالم ارتشى. فاتخذ المهدي بيتاً له شبك حديد على الطريق توضع فيه العرائض. وكان يدخل هذا البيت فيأخذ من العرائض التي فيه أولاً فأول، ثم ينظر فيها بحسب الأولوية لا يقدم بعضها على بعض. وقد تفنن أولو الأمر في وضع طرق ووسائل تمكن الأفراد من وصول عرائضهم، بما يكفل تحقيق المساواة بين الناس وتطبيق مبدأ الأولوية في النظر لمن سبق بمظلمته إلا للضرورة، وكانت بعض هذه الوسائل بعيدة عن سلطة " صاحب ديوان المظالم " بمعنى أنه قد لا يحتاج إلى تحضير.

¹ مقدمة بن جعفر - المرجع السابق - ص 23 وآدم ميز - الحضارة الإسلامية - مصدر سابق - ص 42 وهذه الأبياري في المرجع السابق في المورخ العربي

الفرع الرابع

الفصل في الدعوى

بعد إعداد القضية للفصل فيها يقوم ناظر المظالم بإحدى أمرين :

الأمر الأول :

أن يحيل القضية إلى جهة أخرى مختصة ، للتحقيق فيها - أو للفصل فيها لأن من سلطة ناظر المظالم أن يحيل المظلمة إلى جهة أخرى.

وهنا يفصل الماوردي الأحكام كالآتي :

1- قد يكون هذا الشخص الذي أحيلت إليه القضية صاحب ولاية في الفصل فيها (أي أن له اختصاصاً في النظر إليها من حيث المبدأ) كالقاضي حينما تحال إليه القضية من رئيس المجلس (الناظر).

وهذه الإحالة : إما أن تكون بغرض الفصل النهائي للقضية - أو لمجرد التحقيق والتحضير ، فإذا أحال ناظر المظالم القضية إلى القاضي للفصل فيها بحكم شرعي ، فإن القاضي يتولى الحكم دون الرجوع إلى رئيس المجلس ، وتوقيعه عليها كان من باب التأكيد فقط.

أما إذا كانت الإحالة إلى هذا العضو لمجرد التحقيق أو التكييف القانوني للقضية وتضمنت هذه الإحالة نهي عن الحكم ، فإن دوره يقتصر على اتخاذ الإجراء المكلف به ثم إعادتها إلى رئيس المجلس وإذا لم يتضمن نهي عن الحكم فيوجب رأيان في المسألة :

الرأي الأول : لا يجوز للمحال إليه الحكم فيها - فتأخذ نفس القاعدة السابقة ولو لم يصرح الناظر بالنهي عن الحكم فيها ، حيث يجب عليه أن يقتصر على تنفيذ ما أمر به الناظر.

الرأي الثاني: يقول بأنه إذا لم تتضمن الإحالة نصاً صريحاً، يمنع المحال إليه من الحكم، وإن كانت الإحالة لمجرد التحقيق والكشف - فإنه يجوز للقاضي الحكم فيها دون الرجوع إلى الناظر، لأن الأمر باتخاذ بعض الإجراءات لا يمنع من اتخاذ غيرها.

2- إذا كانت الإحالة إلى شخص ليست له ولاية في الفصل في المنازعات - كالفقيه أو غيره من الذين يلزم حضورهم المجلس - فإن هذه الإحالة تتخذ ثلاث صور:

الصورة الأولى:

أن يحيل ناظر المظالم إلى هذا الشخص القضية، ويشير إليه في الإحالة صراحة أن يفصل في النزاع بحكم قضائي بعد النظر فيها، وفي هذه الحالة يجوز لهذا العضو النظر في القضية والفصل فيها؟ لأن صيغة الإحالة تتضمن تفويضاً بأن ينوب المحال إليه عن ناظر المظالم في القضية ويفصل فيها.

الصورة الثانية:

أن لا تتضمن الإحالة أي تفويض في الفصل بين المنازعتين، قضائياً وإنما بالوساطة، بينها وحل النزاع صلحاً... فعليه أن يتيقّد بهذا التفويض ويصلح بينهما. فإن أفضى مجهوده إلى صلح، فإن ذلك الصلح لا يجبر الخصمين على قبوله فإن لم يقبله أحدهما أو كلاهما - فإنه يصبح شاهداً على ما تقرر لديه ويدلي بشهادته عند ناظر المظالم الذي يعتبره في هذه الحالة شاهداً على ما تقدم.

الصورة الثالثة:

أن تكون الإحالة لمجرد الكشف والتحقيق، فعلى المحال إليه أن يتولى ذلك ويرفع تقريره فيما توصل إليه إلى ناظر المظالم وحجية التقرير تختلف باختلاف القضية ومكانه المحقق - فيها ولا - تخرج عن فرضين:

الفرض الأول: أن تكون الأمور التي توصل إليها مما يصح للمحقق أن يشهد فيها، ومن ثم فإن ناظر المظالم يحكم بما توصل إليه المحقق.

الفرض الثاني: أن تكون الوقائع التي حقق فيها الحال إليه لا يصح له أن يشهد فيها فتكون نتيجة التحقيق عبارة عن قرائن يستأنس بها ناظر المظالم حينما يحكم في القضية - ولكن لا يجوز أن يبنى عليها الناظر حكمه دون فحص.

الأمر الثاني:

أن يقوم ناظر المظالم بنفسه بالفصل في القضية المطروحة أمامه بعد أن يشاور من بجانبه من الخبراء والقضاة الذين سبقت الإشارة إليهم ويندب له المشاورة ولو كان عالماً لأن في الشوري فائدة مؤكدة، كونها تساعد على كشف ما خفي عليه وتظهر له الآراء الفقهية في المسألة والرأي الراجح منها.

والقاعدة في القضاء ضرورة التعجيل في إصدار الحكم بعد إعلان ختام المرافعة فلا يجوز للقاضي تأخير إجراء المرافعة أو تأجيلها بلا مبرر، أو تأخير - سماع الشهادة أو دفع الخصوم، وطبقاً لهذا المبدأ لا يجوز للمحكمة التأخير في إصدار الحكم.

إلا أنه في قضاء المظالم - خروجاً على هذا المبدأ - يجوز لقاضي المظالم أن يؤخر الفصل في الدعوى إذا اشتبه الأمر لديه ويعتبر الفقه ذلك الفروق بين النظر في المظالم والقضاء¹.

¹ الماوردي - المرجع السابق - 75 ود. عبد الكريم زيدان - مصدر سابق - ص 258. لأزيد من التفصيل راجع كتابنا قضاء المظالم - مصدر سابق - ص 135 وما بعدها.

المبحث الثالث

اختصاصات قضاء المظالم

الغاية من وظيفة قضاء المظالم هي : رد المظالم الواقعة من أصحاب النفوذ بكل أنواعها ، ومن هذه المظالم ما تحتاج إلى فصل قضائي ، ومنها ما هي ظاهرة تحتاج - فقط - إلى عمل تنفيذي قوي.

لهذا نقسم اختصاصات قضاء المظالم إلى : اختصاصات قضائية وأخرى غير قضائية ، ونتناول كلاهما في مطلب مستقل على النحو التالي :

المطلب الأول : الاختصاصات القضائية

المطلب الثاني : الاختصاصات غير القضائية.

المطلب الأول

الاختصاصات القضائية

بسبب الطبيعة المزدوجة لقضاء المظالم فإن اختصاصاته القضائية متنوعة منها ما يحمل الطابع الإداري ومنها ما يحمل الطابع النفوذي من غير جهة الإدارة.

وعلى هذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين كالتالي :

الفرع الأول : المنازعات الإدارية.

الفرع الثاني : منازعات غير إدارية.

الفرع الأول المنازعات الإدارية

المنازعات الإدارية التي ذكرها الفقه الإسلامي¹ على سبيل الحصر - ضمن اختصاص قضاء المظالم تشمل غالبية المنازعات الإدارية التي يختص بها القضاء الإداري الحديث².

ولكننا نحب أن نتاولها بنفس الترتيب الذي ذكره الفقه الإسلامي حتى يبقى للدراسة طابعها الخاص ، على النحو التالي :

أولاً : تعدي الولاة كل الرعية :

وهذا النوع يشبه ما اصطلح عليه في فقه القانون الإداري الحديث بـ (أمال التعدي) أو يقصد بها الإدارة وفيها اعتداء على حريات وحقوق الأفراد - وتشمل على خطأ جسيم³ ويعتبر النظر في أعمال التعدي - في النظام الإسلامي - من

¹ لقد ذكرها المقدمة الاختصاصات وقال : " والذي يخص نظر المظالم يشتمل على عشرة أقسام فالقسم الأول : النظر في تعدي الولاة على الرغبة وأعلمهم بالعتق في السيرة . . . والقسم الثاني : جور العمال فيما يجبونه من الأموال . . . والقسم الثالث : كتاب الدواوين . . . فينصف أحوال ما وكل إليهم . . . والقسم الرابع : بطلان المترقة من نقص أرزاقهم . أو تأخرها عنهم . . . والقسم الخامس : رد الغصب وفيه ضربان : أحدهما غصب سلطانية - قم أورد الاختصاصات الأخرى (راجع : الأحكام السلطانية : مرجع سابق - ص 71 وما بعدها) .
² للمقارنة : راجع مثلاً : ما ورد في المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 م .

³ د. سليمان الطماوي : مسؤولية الإدارة عن أفعالها غير العاقبة ط 3 لسنة 1950م دار الفكر العربي ص 56 . وترجع فكرة الاعتداء في القضاء الإداري الفرنسي الذي أخرجها من دائرة اختصاصه ويخص بها القضاء العادي إعمالاً لقاعدة مستقرة " في القانون الفرنسي - تقضي بأن القضاء العادي محامي الحريات الفردية (راجع د. سليمان الطماوي : الوجيز في القضاء الإداري ص 41) في الوقت الذي لم يكن القضاء الإداري يقوم بمسألة الحماية (د. ماجد الحلوة : القضاء الإداري ص - 176) وفي مصر تجري بعض أحكام المحاكم القضائية على اعتبار لنظر في تعدي الإدارة على الأفراد من اختصاصها (انظر حكم محكمة جنوب القاهرة الصادر في مارس 1957 في قضية تعذيب المستشار علي جريفة . فقد قضت المحكمة باختصاصها " في هذه القضية مع أنها تعتبر من أعمال التعدي المادي على الأفراد في أجسامهم وحرياتهم . راجع د. ماجد الحلوة المصدر السابق - ص 192) ولا يؤيد بعض الفقهاء هذا المسلك باعتبار أن تعدي الإدارة على الأفراد إذا تعلق بنشاط الإدارة بصفتها سلطة عامة هذا التعدي يقع مطوعاً بطابع خاص نظراً لما تحيط به من ظروف وما ترمي إلى تحقيقه من أهداف وهذه الظروف والأهداف متصلة بنشاط الإدارة هي السبب الحقيقي لوجود قضاء إداري مخصص . ومن ناحية أخرى هذه النظرية نشأت في فرنسا لظروف تاريخية خاصة بها وطبقت هناك ، وبالتالي لا مجال لتطبيقها في الأنظمة الحديثة الأخرى . مثل مصر . لاختلاف الظروف بينهما والقضاء الإداري أقدر على معرفة طبيعة وظروف نشاط الإدارة (راجع ماجد الحلوة : القضاء الإداري - مصدر سابق - ص 92 وما بعدها) .

ونحن نرى لذلك - أن تبني تشريعات القضاء الإداري الحديثة النص على اختصاص المحاكم الإدارية بهذه الأعمال لتبلاء مع القواعد العامة التي تنص على اختصاص القضاء الإداري بجميع المنازعات الإدارية خصوصاً وقد صدرت أحكام للقضاء الإداري تزيد اختصاصها بنظر أعمال التعدي . (راجع : حكم محكمة القضاء الإداري السنة الخامسة ص 699 . وأورده د. ماجد الحلوة في المصدر السابق ص 195) .

اختصاص قضاء المظالم بل من أولى اختصاصاته ، باعتبار أن قضاء المظالم أقدر على حماية الأفراد (الرعية) من القضاء العادي ؟ لما يتميز به من الهيبة والرهبة. ويقصد بالرعية : الأفراد الخاضعون لرعاية الدولة الإسلامية سواء أكانوا مسلمين أو غير مسلمين.

ونرى أن التعدي المقصود به هنا : هو التعدي الذي يحصل من الولاية (الموظفين) على الأفراد - غير الموظفين - أما تعدي الولاية على موظفيهم (في محل وظائفهم) بعدم إعطائهم حقوقهم فهذا ينظمه القسم الخامس من الاختصاص القضائي لمجلس المظالم - وسنأتي إلى تفصيله - ويدخل في هذا القسم التعدي على الموظف في غير وظيفته لأنه في هذه الحالة يعتبر فرداً من الرعية المذكورة هنا ، ومن حقّه أن يرفع مظلّمته إذا اعتدى عليه من قبل رجال الإدارة في شخصه أو حرّيته - كأي فرد من الرعية.

وفكرة التعدي على الرعية الواردة هنا تقتصر على التعدي على أشخاص وحرّيات الرعية ولا يدخل في التعدي على ملكياتهم الخاصة لوجوده في قسم خاص تحت اسم الغصب السلطانية - وإن كانت جميعها من الأعمال الإدارية التي يختص بها قضاء المظالم ، لم يكن الفكر الإسلامي لم يجمعها في فكرة واحدة - كما قد يفهم من عموم لفظ "تعدي" وإنما جعل التعدي على الرغبة في حرّياتهم وأشخاصهم فكرة مستقلة ، والغصب فكرة أخرى ويعني بها التعدي على الأموال (الملكية الخاصة) على التفصيل الوارد ذكره فيما بعد.

ومن ناحية أخرى لا داعي من الحوف من ألياز القضاء الإداري إلى جانب الإدارة ، فهذه مرحلة تاريخية سابقة لمجلس الدولة ، وقد انتهت وأصبح يقوم بحماية الأفراد ضد الدارة - وأما بالنسبة لمجلس الدولة المصري. فقد نشأ منذ البداية بعيداً عن هذا الانحياز وله مواقف مشرفة وقف فيها ضد الإدارة بالإضافة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي قد خرج عن تلك النظرية وحكم حديثاً باختصاصه ببعض القضايا التي تعتبر من أعمال التعدي لمادي ، وهذا الوضع يؤدي إلى ازدواج الاختصاص في مجال أعمال التعدي.

ويرى بعض الفقهاء بأن الاتجاه نحو تحويل الاختصاص في مجال أعمال التعدي إلى القضاء الإداري (راجع د. ماجد الحلوي: المرجع السابق ص 178). وهذا ما سبق إليه قضاء المظالم في النظام الإسلامي منذ فترة مبكرة حيث جعل النظر في تعدي الولاية على الرعية من اختصاص قضاء المظالم كما فصلناه في المتن من هذا البحث.

ثانياً: النظر في جور العمال فيما يجبونه من الأموال:

من أعمال موظفي الدولة - التي ينعقد الاختصاص في نظرها لقضاء المظالم - التي يقومون بها لغرض الحصول على مستحقات بيت المال. فحيثما يثار بشأنها نزاع، ويرفع الأفراد دعاوى يتظلمون فيها من جور هؤلاء العمال إلى قاضي المظالم. وظهر له تعسف هؤلاء الجباة وبأن زادوا في الفرض على الرعية بأكثر مما يجب عليهم - طبقاً للقانون - فإن على قاضي المظالم - في هذه الحالة - أن يعمل على رد تلك الزيادة.

وفي ذلك يقول الماوردي: فيرجع فيه إلى القوانين العادلة... فيحمل الناس عليها ويأخذ العمال بها، ويتنظر فيما استزادوه فإن رفعوه إلى بيت المال أمر برده وإن أخذوه لأنفسهم استرجعه لأربابه).

وعلى ذلك يكون الاختصاص هو: النظر في منازعات الضرائب والرسوم والمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية التي تنتج حقوقاً مالية للإدارة قبل الغير، وغير ذلك من المنازعات المالية.

ومع أن بعض هذه المنازعات لم تدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري الحديث - لأسباب عديدة تفصلها كتب القضاء الإداري الحديث إلا أن قضاء المظالم يختص بها باعتبارها من الموضوعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، وهي طرف قوي يحتاج خصمها إلى حماية من قضاء المظالم.

وهذا النوع من الاختصاص يتصدى له ناظر المظالم ولو لم ترفع إليه دعوى، فقد اعتبرها الفكر الإسلامي من النظام العام، لتعلقها بأموال الناس والشريعة الإسلامية تعتبر كل أموال الناس من أشد أنواع المظالم الذي يرتفع إلى المنكر فيجب على أولي الأمر إزالته متى حصل العلم به.

ثالثاً: تصفح أحوال الكتاب:

هذا الاختصاص : منه ما يدخل ضمن الاختصاصات غير القضائية (وهذا سنتولى تفصيله في المطلب التالي) إن شاء الله ومنه ما يحمل طبيعة قضائية ندرکها من خلال فهمنا للتطبيقات الواردة في كتب السياسة الشرعية والتاريخية التي استدلت بها وأوردها على هذا الاختصاص.

فقد استشهد الماوردي أثناء كلامه عن هذا الاختصاص - بقضية مؤداها أن المتصور (الحاكم العباسي) تولى محاكمة جماعة من الكتاب بعد أن رفع إليه بأنهم زوروا في الدواوين (أي السجلات) وأنه أنزل العقوبة بهم.

وهذا الاختصاص يشبه - إلى حد ما - قضاء التأديب الذي يعتبر بحق - جزءاً من القضاء الإداري الحديث باعتباره يتعلق بالوظيفة العامة التي هي من أهم موضوعات القانون الإداري ويستهدف كشف العيوب في البناء الإداري تمهيداً لإصلاحه.

لكن قضاء التأديب يقتصر على المسؤولية التأديبية التي يحدثها خطأ الموظف ، بينما هذا الاختصاص الذي هو التصفح لأحوال الكتاب يشمل - إلى جانب النظر في المسؤولية التأديبية - النظر في المسؤولية الجنائية ، كما رأينا في المثال السابق ،

رابعاً : **تظلم المستزقة (منازعات الموظفين) :**

يختص مجلس المظالم - قضائياً - بالنظر في تظلم المستزقة (أي موظفين الدولة) في المسائل المتعلقة بأرزاقهم (أي مرتباتهم وما في حكمها) من حيث نقصها أو تأخيرها.

وإجحاف النظر بهم فيرجع (ناظر المظالم) إلى السجلات في فترة العطاء (أي الأجر) فيجريه عليهم وينظر فيما نقصوه أو منعه من قبل فإن أخذه ولأه أمورهم استرجعه منهم وإن لم يأخذه قضاء من بيت المال¹

¹ الماوردي: الأحكام السلطانية: ص 73

ويشبهه ما ورد في هذا النص بعض ما أورده المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 م¹.

مدلول المستزقة (الموظفين):

هم الذين يتقاضون أجرا من الدولة مقابل عملهم فيها. والمعير هو (الرزق) بمعنى: أن الذي يعمل مقابل أجرا فهو مستزق أي موظف وعليه فنرى أنه يدخل هذا المدلول جميع العاملين في الدولة ولو كانوا مؤقتين.

خامساً: الغصب السلطانية:

ومن الاختصاصات التي يقوم بها ناظر المظالم: رد الغصب السلطانية التي تغلب عليها الولاية بالظلم والجور. كالأحكام المقبوضة عن أربابها إما لرغبة فيها أو لتعدي على أهلها².

ويشبه هذا الاختصاص - إلى حد ما - ما اصطلاح عليه في القانون الحديث بأعمال الغصب - وإن كانت أعمال الغضب في القانون الحديث تقتصر على الأموال العقارية بينما الغصب في الفكر الإسلامي تشكل غصب المال بشكل عام العقاري منه والمنقول إذ لا فرق بين المال العقاري والمال المنقول من حيث وجوب حمايته كملكية خاصة بالأفراد،

¹ وفقاً لهذه المادة يختص مجلس الدولة المصري - فيما يتعلق بشؤون العاملين المالية - بالآتي:

" المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المسحقة للموظفين العموميين أو لورثتهم "

" الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بالظن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو بالترقية أو بمنح علاوات فقرة رقم 3.

" الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بالغاء للقرارات الإدارية الصادرة بإحالتهم إلى المعاش أو الاستبعاد أو فصلهم بغير الطريق النأديي ؛ فقرة

(5) بالإضافة إلى اختصاصه بالمسائل الأخرى التي أوردها المادة. أزيد من التفصيل راجع د. سليمان الطماوي - الوجيز في القضاء الإداري - ص

124 وما بعدها د. ماجد الخلو. القضاء الإداري ص 20 وما بعدها.

² المارودي المرجع السابق - ص 73

والاختصاص في أعمال الغصب¹ في القانون الفرنسي لا ينعقد للقضاء الإداري وإنما للقضاء العادي²، لنفس المبرر الذي جعل أعمال التعدي المادي تدخل في اختصاص القضاء العادي³.

وهذا المبرر ليس له وجود في النظام الإسلامي لسببين:

السبب الأول:

اختلاف سبب نشأة قضاء المظالم عنه في مجلس الدولة الفرنسي فإذا كانت الإدارة الفرنسية هي التي أنشأت مجلس الدولة لحمايتها من تدخلات المحاكم القضائية، فإن قضاء المظالم نشأ في الأساس لحماية الضعفاء من الناس، وبسط القانون على الأقوياء على التفصيل السابق.

السبب الثاني:

ناظر المظالم يطبق في المنازعات الإدارية القاعدة القانونية التي يطبقها في المنازعات الأخرى فلا يوجد ازدواج قانوني في النظام الإسلامي حيث لا يوجد قانون إداري وقانون عادي، بل تطبق الشريعة الإسلامية على الإدارة وعلى الأفراد والقاعدة القانونية في المفهوم الإسلامي خطاب من الله. وخطاب الله بالضرورة يوجه إلى الحاكم والمحكوم كل فيما يخصه على حد سواء وكما سبق القول في الدولة الإسلامية أنشأها القانون وليس العكس.

¹ أعمال الغصب ويقصد بها الإدارة غير المشروعة بالاعتداء على عقار مملوك لأحد الأفراد ولو بصفة مؤقتة. وقد أنشأ القضاء الإداري الفرنسي نظرية الغصب لحماية العقار من الغصب ويشترط لتطبيقها أن يكون موضوعها عقاراً فلا يدخل فيها المال المنقول وكذلك يشترط أن تتسولي الإدارة على ذلك العقار ولو بصفة مؤقتة فلا يعتبر غصباً مجرد من الأضرار بالعقار. انظر د. ماجد الحلو: القضاء الإداري ص 423.

² ويخص بأعمال الغصب - طبقاً لهذه النظرية - القضاء العادي - خروجاً على المعيار المتبع في توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي - ويستند اختصاص القضاء العادي إلى قاعدة مستقرة في القانون الفرنسي مقتضاها أن القضاء العادي هو حامي الحريات الفردية والملكيات الخاصة حيث تتساوى فيه الحقوق القضائية والإدارية للأفراد - رولاية القضاء العادي إزاء أعمال النصب واسعة فلا يقتصر عمله على: الحكم بالسبب. وإذا يكون له الحكم برد المصروب Restitution والطرود Expulsion والمهدم وغير ذلك (انظر د. سليمان الطماوي: مسئولية الإدارة عمن

أعمالها غير التعاقدية - مصدر سابق - ص 60

³ سبق ذكرت المبررات عند الكلام عن أعمال التعدي المادي.

ومن ناحية أخرى الفرد في النظام الإسلامي مكلف بأعمال ولاية عامة وقد يقوم بالمصالح العامة بنفسه إلى جانب الإدارة¹، وعلى ذلك كله فلا مبرر لوجود امتيازات كتلك الامتيازات التي يوفرها لقانون العام للسلطة العامة - والتي لا يوجد مثيل لها في القانون الخاص - طبقاً لمقتضيات سير المرفق العام. بانتظام واطراد والتي أصبحت من المسلمات في النظام الحديث فقهاً وقضاءً وتشريعاً².

لهذا فإن الغصب السلطانية ينظرها قضاء المظالم، وتعتبر من أهم اختصاصاته التي يقوم بهام بمجرد علمه، وللقاضي نظرهما من تلقاء نفسه دام لم يتظلم أصحابها إليه. وفي هذا يقول الماوردي: "فهذا النوع من الغصب، إن علم به والي المظالم عند تصفح الأمور، أمره برده قبل التظلم إليه، وإن لم يعلم به فهو موقوف على تظلم أربابه".

ولا فرق في أن يغتصب الولاية للدولة أو لأنفسهم فإذا كان للدولة وأكتشفه والي المظالم خلال تصفحه للدواوين فإن عليه أن يقوم برده إلى صاحبه دون حاجة إلى بينة تشهد به، وكان ما وجدته في الديوان كافياً³. وإن كان الوالي لنفسه قام ناظر المظالم بالزامه برده ويدخل ذلك في الاختصاصات غير الإدارية باعتباره عملاً من أعمال الأقوياء (أصحاب النفوذ).

¹كمال وصلي: مصنفه النظم الإسلامية. ص 438 وما بعدها.

²سليمان الطماوي- النظرية العامة للنفوذ الإدارية مصدر سابق ص 24

³الماوردي - مصدر سابق - ص 73

الفرع الثاني المنازعات غير الإدارية

عرفنا المنازعات الإدارية التي يختص بها قضاء المظالم بما يؤكد قول بعض رواد الفقه الإداري العربي الحديث بأن قضاء المظالم قريب الشبه إلى حد كبير من القضاء الإداري بمذلوله الحديث¹.

ولكن قضاء المظالم - من ناحية أخرى - يختص بمنازعات غير إدارية - مما يوحي باختلافه عن القضاء الإداري المعاصر، ويخفف من هذا الاختلاف أن هذه المنازعات محصورة في حدود طبيعة ونشأة قضاء المظالم.

الأمر الذي يجعلنا نقول أن قضاء المظالم - إلى جانب قضاء إداري - يختص ببعض المنازعات التي لا يقدر عليها سواء نظراً لطبيعته الخاصة. باعتبار هذه المنازعات مظالم إما لحماية الضعيف أو وقوفاً ضد قوي،

والأشخاص والأوقاف الخيرية، في حكم الضعيف دائماً لأن الأصل عدم وجود من يقوم بحمايتها - على وجه الإلزام - ولهذا فقد كان من وجبات والي المظالم حمايتها ضد من يعتدي عليها.

أولاً: منازعات الأوقاف:

الوقف من النظم الإسلامية، وهو عبارة عن حبس مال على حكم ملك الله تعالى لمنفعة خيرية لا تنتهي وتعتبر الأوقاف في القانون الحديث، من الأموال العامة

¹ راجع د. سليمان الطماوي - السلطات الثلاث، مصدر سابق ص 447

التي لا يجوز تملكها بمضي المدة أو التصرف فيها وتمتاز عن الأموال الخاصة بمميزات أهمها تخصيصها من الحجز عليها وحمايتها بالتشريع الجنائي.

وقد تنبه النظام الإسلامي إلى ضرورة حمايتها منذ وقت مبكر فأخضعها لولاية قضاء المظالم من حيث محاسبة القائمين عليها وفي الإذن في تعميرها وتغيير استثمارها أو استبدالها، وهي حماية ضرورية تحول دون توغل الإدارة فيها من جهة ودون إهمالها من جهة أخرى وكأن النظام الإسلامي قد تنبه إلى إن الأوقاف بمثابة المرافق الإدارية العامة فجعل اختصاص النظر في منازعتها لقضاء المظالم.

ثانياً: منازعات أصحاب النفوذ:

توجد منازعات يعجز القضاء العادي عن نظرها لوجود طرف فيها صاحب نفوذ يؤثر في سير العدالة بالأسلوب العادي فكان لا بد أن يتولاها ناظر المظالم لما له من هيبة ورهبة، ولهذا الاعتبار ذكرت لنا الكتب المختصة بأن من ضمن اختصاصات قضاء المظالم: النظر في قضايا الأوقاف. وكذلك النظر في منازعات أصحاب النفوذ¹.

وهي المنازعات التي يتوافر فيها عنصرا الظلم والنفوذ. فيختل بذلك التوازن بين الخصوم فيستدعي تدخل قاضي المظالم.

¹ المزيد من التفصيل راجع كتابنا: قضاء المظالم - مصدر سابق - ص 209 وما بعدها.

المطلب الثاني

الاختصاصات غير القضائية

هذه الاختصاصات هي التي من أجلها قلنا إن قضاء المظالم ذو طبيعة تنفيذية وبسببها كان من الضروري أن يكون صاحب المظالم جليل القدر. عظيم الهبة لأنه يحتاج في نظره إلى سطوة الحماة. وقد ذكرت كتب السياسة الشرعية التي فصلت أحكام قضاء المظالم في الاختصاصات كالتالي :

أولاً: الإشراف على تنفيذ الأحكام التي يعجز القضاء عن تنفيذها :

إذا كانت الأحكام في - القانون الوضعي - تصدر لتفتح باباً جديداً للمنازعات المتمثلة في إجراءات التنفيذ فإن الأحكام القضائية في القانون الإسلامي تصدر لتنفذ في وقت صدورها. لأن قواعد الشرعية الإسلامية تحرص على إعطاء الحقوق لأصحابها باقتضاؤها ولو جبراً عن إرادة المدين القادر على الوفاء. ويحمل الإسلام المحكوم عليه مسئولية تنفيذ الحكم دينياً ودينوياً. كما يلي :

1- **المسئولية الدينية:** فكرة الخصومة قائمة على أساس أن الخصوم يحتاجون الحكم القضائي لمجرد أنهم في حاجة لرأي الشرع في القضية المطروحة لأن التقوى التي غرسها الدين الإسلامي في أفرادهم، تجعلهم حريصين على عدم أخذ حقوق الغير بدون وجه حق. فإذا ما صدر الحكم فقد أصبح الحكم متعلقاً على ذمة المحكوم عليه دينياً، لأن حكم القاضي بشرع الله حكم الله تعالى يجب تنفيذه فوراً.

والقران يحذر من أخذ أموال الناس بالباطل ((ولا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل)) ويوجب الوفاء بالالتزامات ((يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)) وإعطاء الحقوق لأصحابها ((إن الله يأمركم أن تأدوا الأمانات إلى أهلها))

وهذا معناه أن تنفيذ الحكم القضائي أصبح واجباً دينياً على المحكوم عليه وعدم تنفيذه يستوجب العقاب يوم القيامة - وهذا ما تعنيه المسؤولية الدينية.

2- المسؤولية الدنيوية: لم يكتف القانون الإسلامي ببيان المسؤولية الدينية المترتبة على عدم تنفيذ الأحكام القضائية، بل وضع قواعد ووسائل لتنفيذ الأحكام جبراً كالحجر على المحكوم عليه. أو منعه من السفر أو حبسه إلى غير ذلك من الوسائل. والأصل أن المختص بتطبيق ذلك هو قاضي الموضوع نفسه ولكنه في حالة عجز القضاء العادي لنفوذ المنفذ ضده و لتدخل نفوذ يحول دون التنفيذ فيتعقد - حينئذ - الاختصاص لقاضي المظالم.

ثانياً: النظر فيما عجز عنه المحتسب في المصالح العامة:

ونعني بها هنا: أعمال الحسبة التي يقوم بها ناظر المظالم معاونة للقائمون على الحسبة في المصالح العامة، كالمجاهرة بنكر ضَعْف المحتسب عن دفعه والتعدي في طريق عجز من تولي الحسبة عن منعه.... وغير ذلك من أعمال الحسبة التي تدخل في اختصاص ناظر الحسبة. ولم يقدر على القيام بها لأي سبب من الأسباب

وبما أن الحسبة قائمة على مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر - على التفصيل السابق - فإن من يقوم بالحسبة يستمد ولايته من القانون الإسلامي. والمحتسب هو نائب عن ولي الأمر في هذا العمل، فحينما يكون ناظر المظالم هو نفسه ولي الأمر، فله أن يقوم بأعمال الحسبة أيضاً من حيث الأصل، أما حينما يكون ناظر المظالم غير ولي الأمر فإن الحسبة تصير واجبة عليه حينما يعجز المحتسب عن النظر فيها تطبيقاً للقول الفقهي: بأن الحسبة من فروض الكفاية التي إذا قام بها البعض سقطت عن البعض الآخر، وتصح فرض عين إذا تعينت على شخص بعينه لعدم من يقوم بها أو عجز القائم عليها. والصورة التي نحن بصدددها ينطبق عليها تعيين وجوب النظر في أعمال الحسبة على ناظر المظالم، لعجز المحتسب الأصلي عن القيام بها، مع قدرة ناظر المظالم أو تكليفه من قبل ولي

الأمر ، فتصير أعمال الحسبة حينئذ من واجباته ، هذا ما نستطيع تكييفه على نسق ما ذكره الفكر الإسلامي من أن من اختصاص المحتسب النظر في أعمال الحسبة كما سبق بيانه.

ونبني هذا التأصيل ، القول : بأن اختصاص والي المظالم بأعمال الحسبة مقيد بعدم قدرة المحتسب فإذا قام المحتسب بعمله على أكمل وجه لم يعد على ناظر المظالم النظر في هذه الأعمال ، والقول بغير ذلك يؤدي إلى الازدواج في الأعمال بما فيه من المساوئ.

وحينما يقوم ناظر المظالم بأعمال الحسبة فإنه لا يقوم بعمل قضائي وإنما يقوم بمجرد نظر في أمور ظاهرة لا تحتاج إلى فصل قضائي ، بل عبارة عن قرارات بأداء الحقوق الظاهرة ، أو النهي عن المنكرات البينة. ولهذا اعتبرنا هذا الاختصاص من الاختصاصات غير القضائية.

ثالثاً : مراعاة العبادات الظاهرة :

ومن اختصاصات ناظر المظالم كاختصاص مستقل ، ما ذكره الفقه الإسلامي وهو (مراعاة العبادات الظاهرة كالجمع والأعياد والحج والجهاد من تقصير فيها وإخلال بشروطها....)

وفي رأينا أن هذه الاختصاص يدخل ضمن البند الثاني لأن مراعاة العبادات الظاهرة من صميم الحسبة ، إلا أن الفقه القديم ذكره مستقلاً لبيان أهميته.

فقد ذكر الماوردي أن من أعمال الحسبة الأمر بالمعروف فيما يتعلق بحقوق الله الخالصة وضرب مثلاً بذلك بصلاة الجمعة والعيد وغيرها من العبادات.

وجاء تكرار هذا الاختصاص مستقلاً عند الماوردي ومن تابعه لأهميته — من باب التأكيد عليه. وبناءً عليه فإنه يجب على ناظر المظالم ، الأمر بالعبادات المتروكة والنهي عن الأعمال المنافية للعبادات الخالصة إذا كانت مخالفة ظاهرة للشرع على تفصيل عند الفقهاء في ذلك.

ونرى أن هذا الاختصاص مؤقت مثله مثل أعمال الحسبة لا يقوم به الناظر للمظالم إذا كان غير ولي الأمر - إلا إذا عجز المحتسب عن ذلك - وإذا كان بعض الفقهاء قد أورده في اختصاصات ناظر المظالم ولم يذكره مع أعمال الحسبة مما يوحي أنه اختصاص أصلي. ولستنا معهم في هذا باعتباره - أصلاً - من اختصاصات المحتسب الأصلية ويقوم به قاضي المظالم لعجز المحتسب عن ذلك. كما فصلنا ذلك سابقاً ومن السوابق العلمية لممارسة قاضي المظالم في أعمال الحسبة ما ذكره المقرئ في خطه أنه في عام 661هـ - 1263م - قرار السلطان - في مصر - وهو يرأس محكمة مظالم إيجاد وطرده العاهرات من مدينة القاهرة إلى خارجها.

رابعاً: الإشراف على الموظفين:

إضافة إلى الوظيفة الرقابية القضائية لقاضي المظالم على الموظفين والتي ذكرتها كتب السياسة الشرعية تحت بند تصفح أحوال كتاب الدواوين وقد سبق ذكر الوظيفة القضائية في ذلك وتدخل الوظيفة الرقابية ضمن الاختصاصات غير القضائية لقضاء المظالم.

وهذا النوع من العمل يجعل من قضاء المظالم جهة رقابية إدارية إلى جانب وظيفته الأصلية ويبرز الدور الكبير الذي كان يقوم به ناظر المظالم أو يعول عليه. ويرجع اختصاصه بهذه الرقابة في رأينا إلى أن قضاء المظالم غالباً ما كان يقوم بهذه الوظيفة حينما يكون على رأسه ولي الأمر أو ينوب عنه من أصحاب الولاية العامة، الذين يجمعون بين ولاية الإدارة وولاية المظالم.

ومما يزيد هذه النظرة. أن التطبيقات في هذا المجال نادرة جداً وتكاد تكون محصورة في أعمال ولاية الأمر وهم يجلسون على المظالم ولم نجد - من خلال بحثنا - واقعة تبين أن قضاء المظالم - من غير والي الأمر - قد قام بهذا الاختصاص،

فأشرف أو فُتِش في سجلات الدواوين أو أنه قد عمل بما يدل على إشرافه على أحوال الكتاب.

خامساً: الإشراف على الأوقاف العامة:

يدخل ضمن الأعمال غير القضائية التي يقوم بها قاضي المظالم الإشراف على الأوقاف العامة: من حيث زيارتها وتفقد أحوالها والتأكد من أنها تسير وفق شرط واقفها.

وقد تؤدي هذه الأعمال إلى منازعات قضائية وبالتالي يختص بها أيضاً على التفصيل السابق وقد يقتصر عمله على الرقابة والإشراف.

والمراد هنا بالأوقاف العامة: هي الأوقاف التي تكون منفعتها عامة لجميع الناس أما إذا كانت لا تتعدى أفراداً محدودين أو معينين: فإنها عندئذ لا تدخل تحت إشراف قضاء المظالم وإن كان له أن ينظر في منازعتها القضائية وأول من أشرف من القضاة على الأوقاف هو: توبة بن نمر الحضرمي الذي تولى قضاء مصر وكان ذلك في سنة 118هـ - 836م في دولة هشام بن عبد الملك، وكانت الأوقاف قبله في أيدي الواقفين أو المتولين دون إشراف من أحد. وقد كان القاضي أبو الطاهر عبد الملك بن محمد الحزمي. يتفقد الأوقاف بنفسه ثلاثة أيام من كل شهر ويأمر بترميمها وإصلاحها وكنس ترابها وإن رأى إهمالاً أو تقصيراً من المسؤولين عنها أدبهم.

الباب الثاني

الرقابة القضائية في القانون الحديث

يسند القانون الحديث الرقابة القضائية إلى السلطة وتختلف الدول في أسلوب
مزاولة القضاء الإداري من جهة أخرى تقتضي دراستنا المقارنة أن نعقد فصلاً
لإظهار العلاقة بين القضاء الإداري الحديث وقضاء المظالم.

لهذا يتكون هذا الباب من ثلاثة فصول:

الفصل الأول: القضاء الإداري الحديث

الفصل الثاني: نشاط القضاء الإداري الحديث

الفصل الثالث: المقارنة بين القضاء الإداري الحديث وقضاء المظالم.

الفصل الأول

القضاء الإداري الحديث

اتفق الفقه والقضاء والقانون الحديث على ضرورة القضاء الإداري فأصبح من المسلم به أن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة هي الضمانة الفعالة لتحقيق مبدأ المشروعية.

إلا أن الدول لم تأخذ نظاماً واحداً في القضاء الإداري ، فقد تنوعت النظم القضائية فيما بينهما. وفقاً للإيديولوجيات السياسية السائدة في كل منها. ولا اعتبارات أخرى.

وبالرغم من ذلك إلا أنه يمكن رد كافة النظم القضائية التي تطبقها الدول المختلفة إلى احد الأنظمة التالية :

1- نظام القضاء الواحد : وهو الذي يوحد بين المنازعات الإدارية والمنازعات العادية ، فيتولى القضاء العادي بنفسه الرقابة على أعمال الإدارة ويختص بالمنازعات الإدارية إلى جانب المنازعات العادية.

2- نظام القضاء المزدوج : وهو الذي ينشأ فيه قضاء مستقل يختص بنظر المنازعات الإدارية ومجواره القضاء العادي الذي يختص بنظر المنازعات الأخرى.

3- نظام القضاء المختلط : وهو الذي ينحصر محاكم إدارية للمنازعات الإدارية بالاشتراك مع القضاء العادي.

وفي دراستنا هذه نخصص مبحثاً لكل نظام. مقدمين النظام الموحد كونه أسبق في الظهور ثم تتبعه بالنظام القضائي المزدوج ، فالنظام المختلط سنفرده لدراستها مبحثاً خاصاً كالتالي :

المبحث الأول : نظام القضاء الواحد

المبحث الثاني : نظام القضاء المزدوج

المبحث الثالث : النظام المختلط

المبحث الأول

نظام القضاء الموحد والدول التي تأخذ به

هو الذي يوحد بين المنازعات الإدارية والمنازعات العادية. فيتولى القضاء العادي بنفسه الرقابة على أعمال الإدارة، ويختص بالمنازعات الإدارية إلى جانب المنازعات العادية.

وستتناول في المطلبين التاليين أهم مثالين لهذا النظام :

المطلب الأول : النظام الإنجليزي

المطلب الثاني : النظام الأمريكي

المطلب الأول النظام الانجليزي

تختص المحاكم القضائية في إنجلترا - فضلاً عن النظر في منازعات الأفراد فيما بينها - بالنظر في منازعات الأفراد في مواجهة الإدارة، إلا ما استثنى بنص خاص بالإضافة إلى وجود جهات أخرى تقوم بالفصل في منازعات الإدارة. وقبل بيان دور القضاء العادي وتلك الجهات نود أن نوضح بأن هناك خصيصة أساسية للنظام الانجليزي وهي أن الدعوى لا ترفع على الإدارة. وإنما على الموظف المخطئ إعمالاً بمبدأ عدم مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها. وعلى هذا الأساس سوف نبحث في هذا المطلب: مدى مسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها في هذا النظام ثم دور القضاء العادي فدور الجهات الأخرى في المنازعات الإدارية.

- أولاً: مدى مسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها:

كانت الدعاوى - في إنجلترا - توجه أساساً ضد الموظفين بصفتهم الشخصية، أو ضد الأشخاص المعنوية الإقليمية، لأن القضاء لم يكن يختص بنظر الدعاوى ضد الإدارة إعمالاً لمبدأ عدم مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها. تأسيساً على قاعدة دستورية قديمة تقول: إن الملك لا يخطئ The king can do no wrong والدولة والملك شخص واحد لذلك فالدولة لا تخطئ فلا مسؤولية عليها.

بالإضافة إلى إن العلاقة بين الموظف والدولة يعتبرها الفقه الانجليزي القديم علاقة تعاقدية تستند إلى فكرة الوكالة. ولما كان الموكل لا يسأل عن أعمال وكيله إلا في حدود الوكالة. وهذا الوكيل تجاوز حدود الوكالة بالخطأ الذي ارتكبه، والخطأ يخرج عن نطاق الوكالة، فلهذا فلا مسؤولية على الإدارة، وتقع المسؤولية على الموظف شخصياً، وترفع الدعوى ضده. ويلزم بدفع

التعويض من ماله الخاص ، وإن كان العرف قد جرى أن تدفعه الدولة لا باعتبارها مسئولة وإنما من قبيل التعاون والشفقة ¹.

غير أن مبدأ عدم مسؤولية الإدارة وردت عليه استثناءات حدث منه ، مما يوحي بتطور في مبدأ مسؤولية الدولة - ومن أهمها مسؤولية الإدارة في نطاق العقود "المسؤولية التعاقدية".

ومسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها في الهيئات المحلية. لعدم ارتباطهم المباشر بالتاج. وقد أسهمت الأحكام القضائية الصادرة في خصوص أعمال الإدارة بالحد من مبدأ عدم مسؤولية الدولة.

والمشروع الإنجليزي نفسه قد أقر بمسؤولية الإدارة كقاعدة عامة بمقتضى تشريع أصدره في 1947م The common proceeding ، وساهم هذا المشروع الإنجليزي أيضاً في تحديث الأفكار بالنسبة لمبدأ مسؤولية الدولة وهو يعالج المشكلات الناجمة عن استخدام بعض المبتكرات الحديثة التي يصعب إخضاعها للقواعد العامة للمسؤولية المتعارف عليها ، مثل المشكلات الناشئة عن استخدام الطاقة النووية فمثلاً فرض التزامات محددة على مؤسسات الطاقة النووية في القانونين الصادرين في عامي 1965 و1969م المنظمين للمنشآت النووية ².

ويتضح مما ورد في أحكام القضاء والقانون الإنجليزي تطور النظام الإنجليزي نحو تقرير مسؤولية الدولة وإن كان هذا التطور بطيئاً يلائم العقلية الإنجليزية فإنه في النهاية سيصل إلى وأد مبدأ عدم مسؤولية الدولة بإقرار هذه المسؤولية.

- ثانياً: سلطة القضاء العادي في المنازعات الإدارية :

¹ د. عمود محمد حافظ - القضاء الإداري ص 90 وما بعدها ؟

² د. محمد مبرغني خيري: مقال بعنوان: التطورات المعاصرة في مبدأ مسؤولية الدولة في مصر والخارج.. " نشر في مجلة العلوم الإدارية الستة والعشرون

العدد الثاني ديسمبر 84.

للقضاء العادي الإنجليزي سلطة في مراقبة الإدارة، فهو يختص بالرقابة على اللوائح التنظيمية والقرارات الإدارية الفردية وفي سبيل ذلك¹ له سلطة توجيه أوامر مكتوبة إلى الموظفين للقيام بفعل شيء أو الامتناع عن فعل شيء أو تعديل عمل قاموا به، فالمحاكم هناك تصدر قرارات للموظفين كما لو كانت جهة رئاسية عليهم. بالإضافة إلى حق القاضي الإنجليزي لأن يحكم على الموظف بعقوبة جنائية إذا وجد فعله يكون جريمة جنائية، ويقضي بالتعويض إذا توافرت أركان المسؤولية.²

وتتعدى سلطة القاضي رقابة المشروعية في بعض الأعمال - إلى رقابة الملائمة وتخرج من سلطة القضاء القرارات والأعمال التي يحصنها القانون سواء أكان التحصيل طبقاً للقواعد العامة مثل "اللوائح التفويضية" أو بنص خاص مثل القرارات الصادرة من وزارة الخارجية الخاصة بتنفيذ قانون الفقراء³.

- ثالثاً: الجهات الأخرى تنظر في منازعات الإدارة:

إلى جانب القضاء توجد جهات أخرى خصصها المشرع الإنجليزي بأن تقوم بنظر بعض المنازعات الإدارية ومنها:

1- اللجان الإدارية: وهي عبارة عن لجان مكونة من عناصر إدارية وقضائية تتولى مهمة الفصل في بعض المنازعات الإدارية، التي تخرج عن ولاية القضاء. ومن أمثلة هذه اللجان: لجنة التأمينات الاجتماعية ولجان الضرائب على الدخل ومجلس التعليم.

¹ يوجد فرق بين القرارات الصادرة: من الهيئات المركزية وبين القرارات الصادرة من الهيئات المحلية حيث تقتصر سلطة القضاء في الأولى على رقابة مشروعها - بينما تتعدى رقابته في الثانية إلى رقابة ملائمتها

² محمود محمد حافظ - القضاء الإداري مصدر سابق ص 93 ود. جمال الدين سائر - الرقابة على أعمال الإدارة. مصدر سابق ص 24.

³ الأصل أنه يجوز للقضاء إلغاء هذه اللوائح لعدم مشروعيتها قبل أن يصادق عليها البرلمان عند عرضها ولم يوافق عليها أما إذا وافق عليها فأنما تصح في حكم القوانين والقاعدة: استبعاد الأعمال التشريعية عن رقابة القضاء. انظر د. سليمان الطماوي - السلطات الثلاث - ص 83 والوزير في القضاء الإداري ص 156 وما بعدها

2- السلطة الرئاسية: ممثلة في الوزير وتبرز سلطته في فصل النزاع الإداري كجهة استئنافية على اللجان الإدارية التي في وزارته، وتصديقه على أعمال هذه اللجان ويأتي اختصاص الوزير بنصوص قانونية تخوله نظير بعض المنازعات وإخراجها من ولاية القضاء العادي. والأمثلة على ذلك كثيرة لختار واحداً منها: قانون الصحة العامة الذي يعطي وزير الصحة الاختصاص بالفصل في الطعون المقدمة ضد إجراءات البوليس الصحية التي تتخذها السلطات المحلية.

3- المحاكم الإدارية: تتشكل هذه المحاكم من عناصر إدارية وأخرى قضائية وبعضها تتشكل من عناصر إدارية بحتة. وتفصل هذه المحاكم في المنازعات الإدارية المخولة لها كدرجة أولى، ويستأنف الحكم الصادر منها أمام القضاء العادي وإزاء زيادة هذه المحاكم وتعدد طريق تشكيلها وتنوع أساليب العمل بها فقد صدر قانون 1958م تضمن إعادة تنظيمها وتنسيقها وتقرير بعض الضمانات لأعضائها. ومن أمثلة هذه المحاكم: محكمة السيكاك الحديد، ومحاكم الدخل، والمحاكم العقارية. ولا يعترف بعض الفقهاء لهذه المحاكم فضلاً عن عدم اعترافه للجهات الأخرى (اللجان الإدارية والسلطة الرئاسية) بالصفة القضائية، لأن ما تصدره لا يعدو أن يكون قرارات إدارية أو آراء استشارية¹.

وعلى كل حال فحتى على افتراض أن هذه الجهات التي أعطاهها القانون الانجليزي اختصاص النظر في بعض المنازعات الإدارية - هي جهات إدارية فإنها مؤشر لنزوع التشريع والقضاء الإنجليزي نحو الأخذ بالقضاء الإداري. خصوصاً وهناك اتجاه جديد ينادي الآن في إنجلترا بإقامة قضاء إداري متخصص يكون أكثر قرباً من طبيعة المنازعات الإدارية².

¹ د. محمود محمد حافظ - القضاء الإداري ص 109

² د. ماجد الحلو - القضاء الإداري ص 75.

المطلب الثاني النظام الأمريكي

يعتبر النظام القضائي الأمريكي وليد النظام القضائي الإنجليزي - ولهذا يكونان معاً المثال التقليدي للنظام القضائي الإنجلوسكسوني....

وتلك العلاقة ناتجة عن الروابط التاريخية بين البلدين ، حيث كانت أمريكا إحدى مستعمرات بريطانيا العظمى " وكانت النظم في المستعمرات تقتبس أساساً من القانون والمؤسسات الإنجليزية ¹. ومن ناحية أخرى ، يأخذ النظامان (الأمريكي والإنجليزي) - اقتصادياً - المذهب الفردي الذي يقلل من تدخل الإدارة في النشاط الخاص ، فكان القضاء العادي هو الذي يختص بجميع المنازعات المدنية والإدارية (لعدم كثرة المنازعات الإدارية).

وبالرغم من اختلاف النظامين السياسيين في البلدين ² لكنهما في مجال القضاء الإداري يتشابهان في (قواعد مسؤولية الدولة) وفي (الدور الذي يقوم به القضاء العادي تجاه أعمال الإدارة) في التطور نحو مشاركة جهات تميز القضاء العادي له نظر المنازعات الإدارية - وقد بينا تلك النقاط في النظام الإنجليزي ، ونبينها هنا بالنسبة للنظام الأمريكي كالتالي :

- أولاً : مسؤولية الدولة عن أعمال الإدارة :

تأخذ الولايات المتحدة الأمريكية بمبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها وتستبدله بمبدأ مسؤولية الموظف الشخصية ، ومبدأ عدم مسؤولية الدولة يؤسسها الأمريكيون على أن الدولة هي التي أنشأت القانون ومن ثم يقتضي المنطق بأن لا تكون خاضعة له أو مقيدة به.

¹ ترجمة : نظفي لوقا . الدار الدولية للنشر والتوزيع 1988 ص 660

² المعروف أن أمريكا نظامها جمهوري وتأخذ في حكمها بالنظام الرئاسي بينما (إنجلترا نظامها ملكي برلماني)...

وبالرغم من ضعف هذا الرأي إلا أن جاء بديلاً عن الأساس الذي اعتمده الانجليز - وهو مبدأ عدم خطأ الملك - الذي ذكرناه سابقاً - إذ يعقل أن يستند إليه الأمريكيون أنفسهم - وبلاذهم ليس فيها ملك إذ هي تأخذ بالنظام الجمهوري¹.

والواقع أن أخذ النظام الأمريكي بمبدأ عدم المسؤولية جاء نتيجة للاعتبار التاريخي - كما ذكرنا - وتأكيد نتيجة للدور الضئيل الذي كانت تقوم به الدولة هناك، في ظل المذهب الفردي - الذي يقتضي بعدم تدخل الدولة إلا في الأمور التقليدية كالجيش. والقضاء، ولهذا ما إن كثرت تدخلات الدولة حتى رأينا الخروج السريع على مبدأ عدم مسؤولية الدولة.

وقد بدأ هذا الخروج استثناء بمقتضى قوانين خاصة، وقد بلغت هذه الاستثناءات من الكثرة ما جعلها تغطي على القاعدة العامة ثم صدر القانون الاتحادي لدعاوى المسؤولية فأعلن مبدأ مسؤولية الدولة صراحة، ويعتبر هذا القانون نقطة تحول في مجال الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في أمريكا.

وبالرغم من التغيير الذي حدث - في نطاق المسؤولية - إلا أن هذه المسؤولية ظلت في حصانة من القضاء، وطريق الأفراد المتضررين هي السلطة التشريعية التي أنشأت لهذا الغرض هيئات داخلية، أطلقت عليها اسم "محاكم الطلبات"².

¹ د. محمود حافظ: القضاء الإداري - مصدر سابق ص 94.

² ويرى بعض الفقهاء أن هذه ليست محاكم بالمعنى الصحيح لأن رأيها استشاري بحت، والكلمة النهائية هي للبرلمان. وبعضها قد تنحيز إلى محاكم قضائية بالمعنى الصحيح لكنها لا تعتبر محاكم إدارية لأنها خاضعة من حيث الطعن في أحكامها للمحكمة العليا التي هي من القضاء العادي. ويرى بعض الفقهاء أنها محاكم إدارية بالمعنى الصحيح. فصل في - المنازعات الإدارية التي خصها بها القانون. مستقلة عن المحاكم العادية في المرحلة الأولى للمنازعات ولترى أن هذه الهيئات لا تكتسب طبيعتها من مجرد الأسم التي أطلق عليها وإنما اختصاصها هو الذي يحدد طبيعتها، فإذا كان اختصاصها مقصوراً على مشاركة البرلمان الرأي وليس لها قرارات نهائية فهي ذات طبيعة استشارية لا ترقى إلى مستوى المحاكم القضائية فضلاً عن كونها محاكم إدارية. وما إذا كانت تفصل في منازعات بقرارات نهائية لا معقب لحكمها في البرلمان فهي محاكم قضائية. ويبقى الجدل مقصوراً في كونها محاكم عادية أم محاكم إدارية. وهذا - في رأينا - جدل من باب الترف لأنه ما دام التنظيم القضائي - في أمريكا - يكامله يأخذ مبدأ وحدة القضاء فلا يعني تجزئة محاكم أو جهات خصها المشرع. إنما أمام محاكم إدارية بالمعنى الدقيق أي أمام قضاء إداري مستقل. لأن أحكام هذه الجهات خاضعة في النهاية للقضاء العادي

- ثانياً: سلطة القاضي الأمريكي تجاه أعمال الإدارة :

بالرغم من أن الرقابة القضائية لم يرد لها ذكر في الدستور الأمريكي إلا أنها تعد من أهم مبادئ القانون العام الأمريكي.

القضاء الأمريكي له دور ريادي في الرقابة القضائية حيث كان أسبق الأنظمة القضائية في الرقابة على دستورية القوانين فضلاً عن الرقابة على اللوائح والقرارات الإدارية¹. وقرار كبير القضاة "جون مارشال" في دعوى "مريسون ضد ماديسون" في سنة 1803م يعد - عموماً - أول قضية أكدت فيها المحكمة العليا سلطتها على إعلان أن قراراً للكونجرس غير دستوري، وصار هذا الحكم مبدأ ثابتاً للقانون الدستوري الأمريكي.

ولا تختص المحكمة العليا وحدها بهذه الرقابة وإنما تباشرها جميع المحاكم الأمريكية كل في مجال ولايته "فهناك محاكم عليها.. أبدت استعداداً كبيراً لمراقبة الرقابة القضائية ولو في أضيق الحدود. وذلك - على الخصوص - عندما يكون نظر الدعوة قد يتطلب الحكم ضد الحكومة.

وبالرغم من الدور الريادي الذي يتميز به القضاء الأمريكي في الرقابة القضائية إلا أنه شديد الحذر في استخدام هذه السلطة، وبالنسبة لسلطته على القرارات الإدارية فإنها تنحصر في الرقابة على مشروعيتها فقط.

- ثالثاً: التطور نحو القضاء الإداري :

... ويمكن القول فقط أننا أمام تطور قد يؤدي إلى القضاء الإداري وإذا كنا نرى نظام القضاء الواحد فالواجب البحث عن مدى سلطة هذا القضاء تجاه أعمال الإدارة وهذا ما سنتناوله في الموضوع التالي.

¹ د. رمزي الشاعر: القانون الدستوري - مصدر سابق - ص 226.

يعد ظهور محاكم الطلبات التي أنشأتها السلطة التشريعية - كما سبق القول - اتجهت بعض الولايات إلى إنشاء محاكم متخصصة كمحكمة أول درجة، وأسندت إليها المنازعات الإدارية¹، وإلى جانبها تتولى نظر بعض المنازعات الإدارية لجان إدارية تلعب دوراً كبيراً في القضاء الإداري مثل اللجان الخاصة بالتجارة واللجان الخاصة بالطيران المدني، واللجنة البحرية ولجان الضمان الاجتماعي واللجنة الاتحادية للمواصلات، واللجنة الاتحادية لشؤون الطاقة. وتختص محكمة الولايات المتحدة العليا - وهي أساساً محكمة الاستئناف الرئيسية - بنظر بعض المنازعات الإدارية كدرجة أولى، وذلك بالنسبة:

- للدعاوى التي تكون بين الولايات فيما بينها.
- المنازعات بين أي ولاية وبين الحكومة المركزية.
- المنازعات بين أي ولاية وبين أي فرد (مواطن أو أجنبي) يقيم في ولاية أخرى بالإضافة إلى منازعات أفراد السلك الدبلوماسي.

وهذا الاختصاص مشوك بين المحكمة العليا والمحاكم الأخرى². ويعتبر الباحثون صدور قانون الإجراءات الإدارية الاتحادية تطور في النظام القضائي نحو اندفاع القضاء الإداري في الولايات المتحدة الأمريكية بدرجة لا يوجد نظير لها في النظام الإنجليزي.

ويضع هذا القانون بعض الأحكام التي يجب على الحكومة مراعاتها عند صدور القوانين واللوائح، ويستوجب القانون ضرورة أن تفصل المحكمة في جميع المسائل المتعلقة بالقانون - المشار إليه - وتفسير النصوص القانونية التي يستند إليها تصرف الإدارة، أو تقرر نطاق تطبيقه، وذلك في حدود ما يطلبه الفصل في القرار عند

¹ كما أن بعض الطلبات التي كانت مجرد هيئات استشارية تحولت إلى محاكم قضائية تختص بالمنازعات الإدارية. انظر د. محمود حافظ: القضاء الإداري - مصادر سابق - ص 96 وما بعدها. د. حسن السيد بسيوني: دور القضاء الجزائي في المنازعات الإدارية - مصدر سابق - ص 33. د. سعيد الحكيم

- الرقابة على أعمال الرقابة - مصدر سابق - ص 388

² كيف تحكم أمريكا - مصدر سابق - ص 178

طرح هذه المسائل أمام المحكمة ويمكن للمحكمة بناء على ذلك أن تصدر أمر للإدارة بتنفيذ قرار رفضت إجراءه بغير وجه قانوني ، أو عطلته بدون وجه حق ، كذلك للمحكمة أن تقرر عدم شرعية التصرفات ، أو القرارات والطلبات الصادرة من الإدارة وتحكم بإلغائها إذا صدرت مخالفة للحقوق والحصانة الدستورية أو إذا كانت قائمة على مخالفة للإجراءات التي نص عليها القانون أو لم تكن مؤيدة بدليل مادي¹.

¹ د. حسن السيد بسوي - المصدر السابق - ص 36

المبحث الثاني نظام القضاء المزدوج

جرت العادة في فقه القانون العام - عند العرض للقضاء الإداري - أن يشار للنظام القضائي الفرنسي على أنه النموذج المثالي للقضاء المزدوج (الحديث). والحقيقة أن فرنسا هي الرائدة في القضاء المزدوج، حيث تعتبر المصدر التاريخي لكل الأنظمة التي تأخذ بهذا الأسلوب فقد استطاع القضاء الفرنسي بصورة تدريجية أن يجعل للقضاء الإداري مكانته الحالية في حماية الأفراد من تعسف الإدارة دون أن يفقده ذلك احترام الإدارة وتعاونها.

ولذلك - ونظراً لحداثة نظام القضاء المزدوج - بالنسبة للأنظمة القضائية ذات النظام الواحد - فإن الدول التي تدخل في نطاق الأخذ به في ازدياد مطرد. ولكنها تختلف من حيث التطبيق، فمنها ما يجعل القضاء الإداري صاحب الاختصاص العام في المنازعات الإدارية ومنها ما يزال للقضاء العادي الاختصاص العام في جميع المنازعات ويختص القضاء الإداري بما أورده القانون على سبيل الحصر، بيد أن الجامع بين هذه الأنظمة أن القضاء الإداري مهما كان دوره قضاء مستقل.

وبناء على ذلك، سنعرض في هذا المبحث - بصورة موجزة - للقضاء الإداري الفرنسي - باعتباره الأصل التاريخي المزدوج، وينفس الإيجاز نعرض لبعض الأنظمة القضائية العربية في مطلب ثان وذلك كالتالي:

المطلب الأول: القضاء الفرنسي

المطلب الثاني: القضاء العربي

المطلب الأول

القضاء الإداري الفرنسي¹

- أولاً: أسس القضاء الإداري الفرنسي :

يقوم القضاء الإداري الفرنسي في نظر جمهور الفقهاء² على أساسين : أحدهما أساس دستوري ، والآخر تاريخي عملي .

1- الأساس الدستوري :

فقد فسر رجال الثورة مبدأ الفصل بين السلطات³ تفسيراً خاطئاً أدى بهم إلى فصل الإدارة عن الهيئة القضائية فصلاً تاماً ، وقد ساعدهم على تكوين هذا الرأي ما كان راسخاً في أذهانهم عن تدخلات المحاكم القديمة في أعمال الإدارة قبل الثورة .

2- الأساس التاريخي :

ترجم ذلك التصور والتفسير بصندور قانون 1790م الذي حرم على السلطة القضائية النظر في قضية الإدارة ، وتولت الإدارة الفصل في المنازعات الإدارية وهو ما يعرف بنظام (الإدارة القاضية) فأصبحت الإدارة حينئذ حكماً وخصماً .

¹ د. سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري - مصدر سابق - ص 23 وما بعدها د. محمود محمد حافظ - القضاء الإداري - ص 110 وما بعدها د. حسن خليل: القضاء الإداري - مصدر سابق ص 139 وما بعدها د. ماجد الخلو: القضاء الإداري ص 85 وما بعدها د. حسن السيد بسوي: دور القضاء الجزائي في المنازعات الإدارية - مصدر سابق - ص 40 وما بعدها .

² ويرى الفقيه بونويت أن أساس القضاء الإداري الفرنسي هو أولاً: الزيادة السياسية لقبول الرقابة على أعمال السلطة. وثانياً: رغبة وطنية صابحت هذه الظاهرة ، فال يعتمد القضاء الإداري على المنطق. وثالثاً: حزم الإدارة السياسية ودور الاتجاه الوطني. لمزيد من التفاصيل راجع د. حسن السيد بسوي - المصدر السابق ص 41-42 .

³ ارتبط هذا المبدأ باسم مونتسكيو واعتنقه رجال الثورة الفرنسية ومعناه استقلال وظائف الدولة الثلاث عن بعضها البعض. مع وجود نوع من الرقابة بينها ، إلا أن رجال الثورة فسروه بتشدد بما يعني أن كل سلطة تستغل تماماً عن السلطتين الأخرين فلا تتدخل السلطة القضائية في أعمال السلطة التنفيذية - والتشريعية وهكذا بالنسبة للسلطتين التنفيذية والتشريعية وهما من وراء ذلك منع القضاء من الرقابة على عمل الإدارة حتى لا يقف القضاء أمام المد الثوري وهكذا طوعوا المبدأ لتحقيق هدفهم. بينما المبدأ - كما أبرز فكره مونتسكيو - يعني توازن السلطات فيما بينها عن طريق الرقابة فيما بينها وليس الفصل المطلق، لمزيد من التفصيل حول مبدأ الفصل بين السلطات راجع د. ستيمان الطماوي - السلطات الثلاث - مصدر سابق ص 467 - 472 .

وفي عهد نابليون نص دستور السنة الثامنة على إنشاء مجلس الدولة وكانت سلطته في نظر المنازعات الإدارية استشارية وسميت بهذه المرحلة "القضاء المحجوز"

وفي عام 1872م صدر قانون فوض لمجلس الدولة سلطة إصدار الأحكام القضائية النهائية، وأنشئت محكمة تنازع للفصل في منازعات الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري وعرف هذا النظام بنظام "القضاء المفوض".

وبهذا لم تعد أحكام مجلس الدولة بحاجة إلى إقراراتها أو التصديق عليها من الجهة الإدارية، ألا أن الوظيفة القضائية للإدارة ظلت على ما هي عليه ويلزم الأفراد أن يرفعوا دعاويهم إلى الإدارة أولاً - ما لم ينص القانون على خلاف ذلك - ثم ينظرها مجلس الدولة باعتباره هيئة استئنافية.

وفي آخر عام 1889م أصدر مجلس الدولة حكمة الشهير في قضية كودوت قرر فيه قبول دعوى أقامها أحد الأفراد دون عرضها مقدماً على الإدارة القضائية. وفضل بعد ذلك هو القاضي العام للمنازعات الإدارية، وظل القضاء

الإداري هو المختص أصلاً بالمنازعات الإدارية حتى اليوم¹ وبهذا أنشأ القضاء الإداري الفرنسي مبادئ قانونية تتميز عن المبادئ

القانونية التي يطبقها القاضي العادي، وأصبح من العسير أن يطبقها غير القاضي الإداري فأصبحت هذه القواعد القانونية التي تشكل القانون الإداري هي المبرر لبقاء القضاء.

ثانياً: تنظيم القضاء الإداري في فرنسا واختصاصه:

¹ ولا يقدح من هذا القول تقييد مجلس الدولة بموجب المرسوم الذي صدر في عام 1953م والذي أصبح بموجبه - اختصاصات مجلس الدولة محدودة على سبيل الجمر - بينما الاختصاص العام في المنازعات الإدارية أعطي للمحاكم الإدارية... وهذا القيد مقصور على مجلس الدولة إن أن اختصاص الإدارية لم من القضاء الإداري، وتجنيداً اختصاص المجلس لا يؤثر في التوزيع الأساسي في الاختصاص بين القضاء الإداري عموماً وبين القضاء العادي (د. مصطفى كما وصفي: مجلس الدولة القاضي - الإداري العام للمنازعات الإدارية) مقال منشور في مجلة العلوم الإدارية السنة 14 عدد 3 ديسمبر 72 من 71. وقد فصل مجلس الدولة الفرنسي في حوالي 4000 قضية تقريباً من محاضرة باللغة الفرنسية ألقاها الأستاذ فرليو على لجنة الدراسات العليا بكلية حقوق الإنسان - جامعة عين شمس في العام الدراسي 84 - 1985 م.

يتكون القضاء الإداري الفرنسي من المحاكم الإدارية بكل أنواعها وعلى رأسها مجلس الدولة كالتالي :

1 - مجلس الدولة : يتكون مجلس الدولة الفرنسي من هيئات إدارية وأخرى قضائية :

■ الهيئات الإدارية : تقوم بدور استشاري والمعدة بواسطة المجلس كما تختص بمراقبة تنفيذ الأحكام القضائية إما عن طريق استفسار الإدارة حول كيفية تنفيذ الأحكام أو عن طريق عرائض الأفراد المقدمة للقاضي الإداري عن امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكامه¹.

ولمجلس الدولة جمعية عمومية للمسائل الإدارية وتتفرع منها لجنة دائمة تنظر في مشروعات القوانين واللوائح المستعجلة².

■ القسم القضائي : ويتألف من غرفة قضائية تتكون من رئيس يساعده رئيسان مساعدان وعضوية رؤساء الغرف الفرعية وعدد من المستشارين والنواب والمندوبين.

وتنقسم الغرفة القضائية إلى تسع غرف فرعية تقوم بنظر المنازعات البسيطة التي لا تثير مبادئ قانونية هامة بينما تختص بتحضير الدعاوى الهامة التي تثير مبادئ هامة وتحيلها إلى الغرفة القضائية لتفصل فيها. وعموماً يختص هذا القسم بنظر المنازعات الإدارية التي وردت على سبيل الحصر في المرسوم 1953م وذلك كمحكمة أول وآخر درجة.

كما انه يعتبر محكمة استئنافية بالنسبة للأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية التي أجاز القانون استئناف أحكامها. كما ينظر - باعتباره محكمة نقض - الأحكام التي

¹ د. حسن السيد بسوي - المصدر السابق - ص 45 .

² د. محمد حافظ - المصدر السابق - ص 155 .

تصدرها محاكم القضاء الإداري التي لا تستأنف أحكامها أمامه ، مثل أحكام محكمة المحاسبات.

2- **المحاكم الإدارية:** بداية نشأة هذه المحاكم كانت تحت اسم مجالس الإقليم التي كانت تقوم بدور المفوض أمام المحافظ وأعطيت بمقتضى مرسوم 1926م اختصاصات قضائية ثم سميت بمقتضى مرسوم 1953م بالمحاكم الإدارية ، ثم وجدت الضمانات التي تحقق استقلال أعضائها خاصة بعد صدور مرسوم ديسمبر 1963م.

وللمحاكم الإدارية نوعان من الاختصاصات اختصاص استشاري واختصاص قضائي وتقوم هذه المحاكم بمآلها من اختصاص قضائي بنظر كافة المنازعات الإدارية إلا ما استثناء القانون ، وبذلك كل محكمة إدارية تختص - في حدود دائرتها - بنظر جميع المنازعات الإدارية من ناحية الإلغاء والتعويض إلا ما أخرجها القانون صراحة¹.

وبهذا تعتبر هذه المحاكم هي صاحبة الاختصاص العام في المنازعات الإدارية.

3- **المحاكم والمجالس الخاصة:** يوجد في النظام الفرنسي جهات أخرى تختص كل منها بنوع معين من المنازعات مثل محكمة المحاسبات ، ومجلس المراجعة وكل هذه المحاكم والمجالس تنازع مجلس الدولة والمحاكم الإدارية والاختصاص في المنازعات الإدارية ، وبعض أحكام هذه المحاكم والمجالس تقبل الطعن أمام مجلس الدولة استثناءً أو نقضاً كل حسب قابليته.

¹ محمود حافظ - المصدر السابق - ص 126 وما بعدها ، د. سليمان الطماوي- الوجيز في القضاء الإداري - مصدر سابق ص 55. د. محسن خليل -

القضاء الإداري . ص 163. د. ماجد الحلوي: القضاء الإداري - مصدر سابق - ص 96.

المطلب الثاني

القضاء الإداري العربي

يعتبر القضاء الإداري المصري النموذج التاريخي للقضاء الإداري العربي حيث ظهر منذ عام 1946م وتأثرت به أنظمة قضائية عربية أخرى ويعتبر القضاء الأردني من أحدث الأنظمة العربية التي أخذت بالقضاء الإداري المستقل. لهذا ستكون عناصر هذا المطلب مكونة من الفرعين التاليين :

الفرع الأول: القضاء الإداري المصري

الفرع الثاني: القضاء الإداري الأردني

الفرع الأول القضاء الإداري المصري

نعرض أولاً لتطور نشأة هذا القضاء ثم تنظيمه كما يلي :

- أولاً: نشأة وتطور القضاء الإداري المصري :

كانت مصر تأخذ بالأسلوب الموحد في نظامها القضائي حتى عام 1946 رغم المحاولات¹ التي سبقت هذا التاريخ لإنشاء مجلس دولة يشبه مجلس الدولة الفرنسي.

ومنذ صدور قانون رقم 112 لسنة 1946م - الذي أنشأ مجلس الدولة المصري - والتشريعات تنوالت بغية تنظيمه وتطويره.

ففي سنة 1949م صدر قانون رقم 9 لسنة 1949م حل محل القانون 112 لسنة 1946م ووسع من اختصاصات مجلس الدولة ، واهم ما استحدثه النص في مادته الخامسة على اختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد وفي سنة 1952 صدر القانون رقم 6 لسنة 1952 ونص على إشراف وزير العدل على المجلس.

¹ كانت أولى هذه المحاولات صدور الأمر العالي في 23/4/879 بإنشاء مجلس دولة في مصر يختص بإبداء الرأي في المسائل التي تعرض عليه ، كما يقوم بإعداد مشروعات القوانين واللوائح التي تطلبها الحكومة ، بالإضافة إلى الاختصاص القضائي في المنازعات الإدارية . ولم يكتب هذه المحاولة النجاح وفي مايو 1883م نص القانون النظامي على إنشاء (مجلس شورى الحكومة) يختص فقط بالتصديق والتوقيع دون القضاء الإداري ، ولكن لم يستمر هذا المجلس فقد ألغي وعهد بوظيفته إلى لجنة قضايا الحكومة ، وفي عام 1939م أعدت لجنة قضايا الحكومة مشروع قانون يقضي بإنشاء مجلس دولة يقوم بوظيفة: الإفتاء والتشريع وكذلك تكون له ولاية في إلغاء القرارات الإدارية بسبب تجاوز حد السلطة مقيداً بموافقة مجلس الوزراء على أحكام الإلغاء كي ينفذ ولو يوافق على هذا المشروع لأنه لم يعط مجلس الدولة ولاية التفويض. وفي عام 1941م أعدت لجنة قضايا الحكومة مشروعاً آخر يعطي مجلس الدولة المقترح سلطة إلغاء القرارات الإدارية وتنفيذ أحكامه دون حاجة إلى تصديق مجلس الوزراء أو غيره كما أعطى له ولاية التفويض ولكن: هذا المشروع - كما سبقه - لم يرق النور وفي عام 1945م تبقى ذلك المشروع أحد أعضاء مجلس النواب وقدمه إلى المجلس في صورة اقتراح بقانون فاضطرت الحكومة أن تقدم بمشروع آخر وبموجبه صدر قانون رقم 112 لسنة 1946 لدخول مصر في نطاق القضاء المزدوج. وتأخذ بالقضاء الإداري المستقل الفاء وتعويضاً (انظر: د. محمد محمد حافظ: القضاء الإداري - مصادر سابق - ص 169-173) .

وفي نفس السنة صدر المرسوم بقانون رقم 115 لسنة 1952 الذي غير تبعية المجلس لوزارة العدل وألحقه برئاسة مجلس الوزراء. وقد صدر هذا العام قانون رقم 165 يقضي بإنشاء لجان قضائية في كل وزارة تخفف العبء " على محكمة القضاء الإداري وتحولت بالقانون رقم 147 لسنة 1954 إلى محاكم إدارية.

وفي 1955 صدر قانون رقم 165 لسنة 1955 خاص بمجلس الدولة وأورد أحكاماً هامة أهمها: إنشاء المحكمة الإدارية العليا وإنشاء هيئة مفوضي الدولة ودمج قسمي الفتوى والتشريع في قسم واحد وفي عام 1959 صدر قانون رقم 55 لسنة 1959 وأهم ما جاء به هو استحداث منصب نواب رئيس مجلس الدولة، وإلحاق مجلس الدولة برئاسة الجمهورية كذلك وجد هذا القانون اختصاص القضاء الإداري للإقليم السوري بعد الوحدة التي أقيمت بين مصر وسوريا.

وفي عام 1960 صدر القانون رقم 145 لسنة 62 وعدل المادة الأولى من قانون مجلس الدولة وبموجبه الحق لمجلس الدولة بالمجلس التنفيذي. وقد صدر القرار بالقانون 27 لسنة 1968م الذي أعاد تبعية مجلس الدولة لوزير العدل وأصبح المجلس هيئة مستقلة تلحق بوزير العدل.

وفي عام 1972م صدر قانون مجلس الدولة الحالي رقم 47 لسنة 1972م وأهم ما جاء فيه انه جعل مجلس الدولة المصري صاحب الاختصاص العام في المنازعات الإدارية ونص على اعتبار أن المحاكم التأديبية ضمن القسم القضائي لمجلس الدولة فأصبحت بذلك جزءاً من القضاء الإداري كما أن هذا القانون قد أعاد تجزئة قسم الفتوى والتشريع إلى قسمين: قسم للفتوى وآخر للتشريع. وأخيراً في 1984م صدر القانون رقم 136 لسنة 1984 بتعديل بعض أحكام قانون مجلس الدولة وأهم ما جاء فيه النص " بإنشاء مجلس خاص

للشؤون الإدارية يختص بالنظر في تعيين أعضاء مجلس الدولة وتحديد أقدمياتهم وترقياتهم ونقلهم وندبهم خارج المجلس ونظر سائر شئونهم.
-ثانياً: تنظيم القضاء الإداري المصري: يتكون مجلس الدولة المصري من هيئات إدارية وهيئات قضائية:

الهيئات الإدارية:

تتمثل في قسم الفتوى والتشريع:

1- قسم الفتوى: ويتكون من عدة إدارات مختصة بإبداء الرأي في المسائل التي يطلب الرأي فيها - كل إدارة في حدود دائرتها - كما أن هذه الإدارات تختص بفحص التظلمات الإدارية¹.

ويلحق بقسم الفتوى مفوضو مجلس الدولة لدى الجهات الإدارية المختلفة الذين أجاز القانون انتدابهم بها للاستعانة بهم في دراسة الشؤون القانونية والتظلمات الإدارية ومتابعة ما يهم هذه الجهات لدى المجلس أو ما للمجلس لديها من مسائل يختص بها مجلس الدولة. بحسب القوانين².

كما تشكل - ضمن قسم الفتوى - لجان الفتوى. تضم رؤساء الإدارات ذات الاختصاصات المتجانسة ويرأسها نائب رئيس المجلس المختص واللجان التي تنشأ الجمعية العمومية لمجلس الدولة لتختص بنوعين من المسائل ويمتد اختصاصها إلى جميع إدارات الفتوى.

2- قسم التشريع: يتكون هذا القسم من أحد نواب رئيس مجلس الدولة وعدد كافٍ من المستشارين والمستشارين المساعدين ويلحق به نواب ومندوبون. ويقوم هذا القسم بمهمة صياغة التشريعات التي تعهد الجهات الحكومية بها إليه وكذا، يقوم بمراجعة صياغة المشروعات التي تقترحها تلك الجهات.

¹ نص المادة 58 من القانون الحالي على أن يتكون قسم الفتوى من إدارات مختصة لرئاسة الجمهورية رئاسة مجلس الوزراء والوزارات والهيئات العامة. يرأس كل إدارة منها مستشار أو مستشار مساعد. ويمن عدد الإدارات وتحدد دوائر اختصاصها بقرار من الجمعية العمومية للمجلس.....

² المادة 59.

القسم القضائي :

الوظيفة القضائية أهم وظائف مجلس الدولة المصري ويقوم بها القسم القضائي الذي يتألف من : المحكمة الإدارية العليا ، ومحكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية ، والمحاكم التأديبية ' وهيئة مفوضي الدولة .
نفصل أحكام كل منها كالتالي :

1- أولاً : المحكمة الإدارية العليا : أنشأها لأول مرة القانون رقم 165 لسنة 1955 ومقرها القاهرة ، وتصدر أحكامها من دوائر من خمسة مستشارين وبالنسبة لدوائر فحص الطعون فتشكل من ثلاثة مستشارين .

وتختص هذه المحكمة بفحص الطعون الموجهة إلى الأحكام الصادرة من المحاكم التأديبية ومحكمة القضاء الإداري وذلك على النحو التالي :

أ- إذا كان المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون ، أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله .

ب- إذا وضع بطلان في الحكم أو في الإجراءات أثر في الحكم .

ج- إذا صدر الحكم على خلاف حكم سابق حاز قوة الشيء المحكوم فيه .

د- كما تختص المحكمة الإدارية بنظر الطعون التي يرفعها أعضاء مجلس الدولة في القرارات الخاصة بشؤونهم الوظيفية .

2- ثانياً : محكمة القضاء الإداري : كانت هي المحكمة الوحيدة في القسم القضائي قبل إنشاء المحاكم الإدارية الأخرى ، ومقرها القاهرة وتصدر أحكامها من دوائر من ثلاثة مستشارين ، كما أنشئت دائرة مقرها مدينة الإسكندرية وممارسة عملها في 1973م وأخرى في المنصورة وباشرت عملها في 1978م وذلك بموجب النص الذي يميز لرئيس مجلس الدولة ، أن ينشئ دوائر للقضاء الإداري في المحافظات الأخرى .

وتختص هذه المحكمة ابتداء بنظر جميع المنازعات الإدارية عدا ما تختص به محاكم مجلس الدولة الأخرى بنص القانون، كما تختص بنظر الطعون المرفوعة إليها من الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية.

3- **ثالثاً: المحاكم الإدارية:** أنشئت هذه المحاكم في عام 1954م القانون رقم 147 لتحل محل اللجان القضائية التي أنشئت لتخفف العبء عن محكمة القضاء الإداري ويوجد في مصر عدد من المحاكم الإدارية تتركز أكثرها في القاهرة والباقي موزعة في المدن الكبرى وتحدد الاختصاصات فيما بين هذه المحاكم بعضها ببعض على أساس الجهة الإدارية المتصلة بموضوع النزاع. وتصدر هذه المحاكم أحكامها من دوائر تشكل منها برئاسة مستشار مساعد وعضوية اثنين من النواب على الأقل.

وتختص المحاكم الإدارية بنظر المنازعات المتعلقة بشؤون الموظفين - من المستوى الثاني والثالث وما يعادلهم - فيما عدا ما يختص به المحاكم التأديبية.

كما تختص بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية متى ما كانت قيمة المنازعة لا تتعدى خمسمائة جنيه.

4- **رابعاً: المحاكم التأديبية:** أصبحت هذه المحاكم جزءاً من القضاء الإداري بمقتضى القانون رقم 47 لسنة 1972 ومقرها القاهرة والإسكندرية وتتكون هذه المحاكم من:

أ- المحاكم التأديبية للعاملين من مستوى الإدارة العليا ومن يعادلهم.

ب- المحاكم التأديبية للعاملين من المستويات الأولى والثاني والثالث ومن يعادلهم.

وللمحاكم التأديبية نائب لرئيس مجلس الدولة يعاونه في القيام على شئونها ويتولى أعضاء النيابة الإدارية الادعاء أمامها.

وتختص المحاكم التأديبية بنظر الدعوى التأديبية في المخالفات المالية والإدارية التي تقع من الموظفين العموميين ومن في حكمهم في حدود القانون. كما تختص بنظر طعونهم في قرارات السلطة التأديبية.

5- خامساً: هيئة مفوضي الدولة :

استحدثت بمقتضى القانون رقم 165 لسنة 1955م وتتألف من عدد من أعضاء مجلس الدولة برئاسة أحد النواب رئيس المجلس.

ومهامها تتمثل في الفصل في طلبات الإعفاء من الرسوم القضائية وتهيئة الدعوى للمرافعة وللمفوض إن ينهي النزاع ودياً على أساس المبادئ القانونية التي عليها قضاء المحكمة العليا.

ولرئيس هيئة المفوضين الطعن في أحكام محكمة القضاء الإداري والمحاكم التأديبية أمام المحكمة الإدارية العليا.

الفرع الثاني

القضاء الإداري الأردني

كان النظام القضائي الإداري الأردني يقوم على مبدأ وحدة القضاء، حيث تمارس المحاكم العادية حق القضاء على جميع الأشخاص في جميع المواد المدنية والجزائية والإدارية حسب نص الدستور الأردني الحالي. وكانت ولاية القضاء العادي على قرارات الإدارة تتضمن الإلغاء والتعويض وهذا الوضع كان هو السائد حتى عام 1989م.

فقد صدر القانون رقم (11) لسنة 1989م وفصل محكمة العدل العليا عن محكمة التمييز وأصبحت محكمة العدل العليا تختص بالقضاء الإداري وإلى جانبها محكمة التمييز على رأس القضاء العادي.

حدود اختصاص محكمة العدل العليا

وهنا يبرز لنا السؤال التالي :

ما هي اختصاصات محكمة العدل العليا ؟

وما هي الأمور التي تخرج عن ولايتها ؟

- أولاً : اختصاصات محكمة العدل العليا :

تختص هذه المحكمة إجمالاً بما يأتي :

■ الاختصاص الأول : الطعون الانتخابية.

ويدخل في ذلك الانتخابات البلدية والانتخابات النقيية

■ الاختصاص الثاني : طعون الموظفين مثل :

• المنازعات الخاصة بالتعيين أو الرواتب أو العلاوات أو الترفيع أو الانتداب

أو الإعارة أو النقل.

• الإجراءات التأديبية

●الوقف عن العمل

الطعون بعد انتهاء الوظيفة مثل :

●المنازعات الخاصة بمرتبات التقاعد.

●المنازعات الخاصة بالمعاش للورثة.

■ **الاختصاص الثالث : طعون الأفراد غير الموظفين والهيئات الإدارية ضد القرار الإداري :** حيث تختص محكمة العدل (بالنظر في الطلبات التي يقدمها الفرد والهيئات بإلغاء القرارات الإدارية) ، (وتغيير في حكم القرارات الإدارية رفض السلطة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين والأنظمة).

■ **الاختصاص الرابع : النظر في دعاوى التعويض :**

حيث يختص القضاء الإداري الأردني بالنظر في طلبات التعويض المترتبة على القضايا التي تدخل في اختصاصه ، سواء كانت تلك الطلبات في صورة دعوى أصلية أم تبعاً لدعوى مرفوعة.

■ **الاختصاص الخامس : صدور أوامر الإفراج :**

بالإضافة إلى اختصاص القضاء الإداري الأردني بإلغاء القرار الإداري في الصور السابقة فإن له أن يصدر قراراته بالإفراج عن الأشخاص الموقوفين بقرارات إدارية.

- **ثانياً : المسائل التي تخرج عن اختصاص القضاء الإداري الأردني :**

من الطبيعي أن لا يختص القضاء الإداري بنظر الأعمال القضائية والأعمال التشريعية.

وكذلك يمكن أن نعتبر منع القضاء الإداري من نظر بعض الأعمال الإدارية ذات السيادة تقليداً لما هو سائد في الأنظمة الحديثة.

غير أن القضاء الإداري الأردني لا يملك الصلاحية في نظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية التي ظلت من اختصاص القضاء العادي.

ومع أن الطعون الانتخابية ضمن اختصاص القضاء الإداري إلا أنه يتمتع عليه النظر في الطعون الانتخابية الخاصة بالمجالس المحلية الأوسع من مجرد المجالس البلدية فهذه يختص بها القضاء العادي ، ومن باب أولى لا يجوز له النظر في الانتخابات النيابية.

المبحث الثالث النظام المختلط

هذا ما يعرف بالمنازعات الإدارية، وبهذا يقترب من النظام المزدوج ولكنه في نفس الوقت لا يجعل للمنازعة الإدارية قضاءً مستقلاً عن القضاء العادي وإنما قد يخصص لها قاضي محكمة خاصة تحت مظلة القضاء العادي وبهذا يقترب من النظام الموحد.

ودرجات التقارب أو التباعد تزداد أو تنقص حسب الدول التي تأخذ بهذا النظام كما سنرى من خلال الأنظمة الثلاثة التي ينفرد لكل منها مطلباً خاصاً بها كالتالي:

- المطلب الأول: النظام القضائي الألماني
- المطلب الثاني: النظام القضائي السويسري.
- المطلب الثالث: النظام القضائي الإسباني.

المطلب الأول القضاء الإداري الألماني

يأخذ النظام الألماني بمبدأ ازدواج القضاء حيث توجد فيه محاكم إدارية مستقلة تختص بنظر المنازعات الإدارية إلى جانب المحاكم القضائية المتنوعة الاختصاص. بيد أن القضاء الإداري الألماني لا يستقل وحده بنظر المنازعات الإدارية إذ يشاركه فيها القضاء العادي¹ ولم يكن القضاء بشكل عام يتولى الرقابة القضائية على أعمال الإدارة فقد كان أمام الأفراد الذين يتضررون من الإدارة التظلم إليها فقط.

ثم خضعت الإدارة لرقابة القضاء العادي عند بعض المسائل حيث لم يكن للقضاء العادي سلطة نظر الطعون فيها، وكان يتولاها مجلس الإمبراطور - وهو في هذه الحالة يشبه نظام مجلس المظالم في الدولة الإسلامية - حيث كان لمجلس الإمبراطور القدرة على وضع حد للسلطات العامة وفرض الاخترام للحقوق المكتسبة للأشخاص.

وحيثما صدر دستور الإمبراطورية الألمانية عام 1849م نص على اختصاص المحاكم المدنية بنظر كافة الدعاوى عن مخالفات السلطات الإدارية للقانون. ثم توسعت اختصاصات القضاء العادي بالمنازعات الإدارية في معظم الولايات الألمانية، ثم أنشأت في بعض الولايات محاكم إدارية سنة 1849.

¹ كوديج سميت، 14 " 30 رز 4 لاسا 30: بحث له بعنوان " المحاكم الإدارية الألمانية " منشور مجلة مجلس الدولة السنة الأولى يناير 1950 ص 161.

وبصدور دستور 1871 الذي أعطى للولايات حرية التشريع والإدارة طبقت
غالبية الولايات الألمانية نظام القضاء الإداري المستقل عن القضاء العادي وبدأت
بذلك ولاية بروسيا وهيس وبرانزفيك عام 1875م ثم تلتها معظم الولايات ¹.

¹ نفس المصدر - ص 162.

المطلب الثاني

القضاء السويسري

وصل التطور القضائي في سويسرا إلى تشكيل محاكم مختصة المنازعات الإدارية في بعض مقاطعاتها.

وتبلورت الفكرة بوضوح الدستور السويسري الصادر عام 1874م الذي اسند مهمة الفصل في المنازعات الإدارية الخاصة بالولايات إلى قسم القانون العام بالمحكمة العليا الاتحادية في مدينة لوزان.

وتختص المحكمة بنظر الدعاوى التي يرفعها الأفراد ضد الهيئات المحلية في حالة مسها للحقوق الحريات التي قررها الدستور¹ أما بالنسبة لقرارات الهيئات الاتحادية فتخضع للرقابة السياسية وتخرج من اختصاص القضاء الإداري.

وقد أوجد الدستور فيما بعد محاكم إدارية في بعض المقاطعات التي تأثرت بالأنظمة القضائية للدول المجاورة، وأخيراً نشأت المحكمة الإدارية الاتحادية بمقتضى تعديل الدستور عام 1914م واقتصر اختصاصها على الطعون ضد القرارات الإدارية التي تمس الحقوق والحريات الفردية التي ينظمها الدستور.

ولكن المحكمة الإدارية الاتحادية يمتنع عليها - بنص الدستور - نظر طعون القرارات الإدارية في الحالات التالية :

- الحالات التي تعلن الجهة الإدارية اختصاصها بها.
- الحالات المدنية والجنائية
- في نظر القرارات العسكرية
- القرارات المتعلقة بتنفيذ الأحكام القضائية

¹ د/ حسن بسوي - مصدر سابق - ص 82 وما بعدها.

- قرارات الهيئات الاتحادية المتعلقة بحماية المصلحة الاتحادية في الخارج وحماية الأمن الداخلي والنظام العام

- القرارات الصادرة من الهيئات الاتحادية المتعلقة بالتحقيقات الإدارية الخاصة بموظفي الإدارة الاتحادية¹

وبهذه النظرة الموجزة لدور القضاء السويسري في معالجة المنازعة الإدارية نرى أن سويسراً توزع المنازعات الإدارية بين كل من القضاء الإداري وبين الإدارة فيما يختص بالقرارات الاتحادية، كما توزع الإدارية المتعلقة بالهيئات المحلية بين المحاكم الإدارية - في المقاطعات التي توجد فيها محاكم إدارية - وبين المحاكم العادية.

¹ د. حسن بسويقي - مصادر سابق - ص 83 و 84.

المطلب الثالث

القضاء الاسباني

بعد أن كانت اسبانيا قد أخذت بالقضاء المزدوج - تأثراً بمجارتها فرنسا - تراجعت بمقتضى مرسوم 68 إلى الأخذ بمبدأ وحدة القضاء وعادت المنازعات الإدارية إلى ولاية المحاكم العادية.

وفي تطور لاحق أنشئت شعبة خاصة للمنازعات الإدارية داخل محكمة النقض الاسبانية تختص بالمنازعات الإدارية.

ثم أنشئت غرف لنظر المنازعات الإدارية داخل المحاكم الاستئنافية وأصبحت الشعبة الإدارية في محكمة النقض بمثابة قضاء استئناف للغرف الإدارية الآتفة الذكر إلا أن الإدارة كانت تشارك الغرف القضائية والإدارية في مهمة الفصل في المنازعات الإدارية حتى صدور قانون 1957م الذي قصر مهمة الفصل في المنازعات الإدارية على الغرف القضائية المذكورة ودعمت بعناصر قضائية متخصصة في القانون الإداري.

وتختص الغرف القضائية الإدارية بالفصل في الطعون الموجهة ضد القرارات الإدارية المركزية والمحلية.

وللإدارة أن ترفض تنفيذ الحكم القضائي الإداري بقرار من مجلس الوزراء وللمحكوم له أن يطعن في هذا القرار أمام القاضي الإداري الذي أصدر الحكم القضائي السابق مطالباً بالتعويض عما أصابه من جراء امتناع الإدارة من تنفيذ الحكم¹.

ويلاحظ أن اسبانيا تأخذ بالقضاء الإداري بأسلوب مختلط من جهة يعترف النظام الإسباني بالمنازعة الإدارية ويفرد لها قاض إداري خاص لكنه - من جهة أخرى - يجعله تحت إشراف القضاء العادي.

¹ راجع د. حسن بسيوني - مصدر سابق - ص 79 وما بعدها.

الفصل الثاني

أنشطة القضاء الإداري الحديث

تتعدد أنشطة القضاء الإداري الحديث ويعتبر قضاء الإلغاء أهمها لكن يكتمل بقضاء التعويض وبعض أنظمة القضاء الإداري تأخذ على عاتقها قضاء التأديب.

نفصل هذه الأنشطة في المباحث التالية :

المبحث الأول : قضاء الإلغاء ،

المبحث الثاني : قضاء التعويض

المبحث الثالث : قضاء التأديب

المبحث الأول

قضاء الإلغاء

لفهم هذا النشاط للقضاء الإداري نبحث في تعريف دعوى الإلغاء وشروط قبولها والحكم فيها في المطالب التالية :

المطلب الأول : تعريف دعوى الإلغاء

المطلب الثاني : شروط قبولها

المطلب الثالث : الحكم فيها

المطلب الأول

تعريف دعوى الإلغاء

يقصد بدعوى الإلغاء تلك التي يرفعها أحد الأفراد إلى القضاء الإداري ،
بطلب إعدام قرار إداري مخالف للقانون

وتتسم دعوى الإلغاء بأنها القانون العام لإلغاء القرارات الإدارية عموماً.
أي أنها يمكن أن توجه إلى أي قرار إداري دون حاجة إلى نص صريح في القانون
بذلك.

ومن المفيد أن نخطط بخصائص دعوى الإلغاء بغية فهمها والخصائص الذاتية التي
تميز دعوى الإلغاء يمكن إجمالها فيما يلي :

1- دعوى الإلغاء هي دعوى قضائية بمعنى الكلمة وإذا كانت هذه الصفة ليست
محل نزاع في الوقت الحاضر فإنها لم تكن كذلك فيما مضى ، ذلك أن دعوى
الإلغاء في فرنسا حتى 1872 م لم تكن دعوى قضائية بل كانت تظلماً إدارياً
رئاسياً.

2- دعوى الإلغاء تنتمي إلى قضاء المشروعية فإذا ما ألغى القضاء قراراً إدارياً
لمجاوزة السلطة فإن ذلك يعني أن القرار غير مشروع وبهذا يكون اصطلاحاً (مجاوزة
السلطة) - على سبيل المثال - مرادفاً لاصطلاح (عدم المشروعية) وهكذا بقية
العيوب فإلغاء القرارات الإدارية المخالفة لوجود عيب من عيوب القرار الإداري
نتيجة أنها مخالفة للمشروعية - فالعيوب في حقيقتها مرادفة لعدم المشروعية.

المطلب الثاني شروط قبول دعوى الإلغاء

ونقصد بشروط قبول دعوى الإلغاء تلك الشروط التي لا بد من توافرها حتى تكون الدعوى مقبولة أمام القضاء وشروط القبول تتناول موضوعات أربعة نتناول كل موضوع منها في فرع مستقل.

الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في القرار المطلوب إلغاؤه.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة برافع الدعوى

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالإجراءات والمواعيد

الفرع الرابع: انعدام طريق الطعن الموازي

نفصلها كما يلي:

الفرع الأول

الشروط الواجب توافرها في القرار المطلوب إلغاؤه

يشترط في القرار المطلوب إلغاؤه :

1- أن يكون قراراً إدارياً تنفيذياً.

2- أن يكون قراراً إدارياً نهائياً.

وتفصيل ذلك كما يلي :

- **الشرط الأول :** أن يكون القرار المطلوب إلغاؤه قراراً تنفيذياً :

فما هو القرار الإداري التنفيذي ؟ وما هو شكله

أولاً : التعريف :

عرف القضاء المصري القرار الإداري بأنه : (إقصاص الإدارة - في الشكل الذي يحدده القانون - عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباحث عليه ابتغاء مصلحة عامة

ثانياً : شكل القرار الإداري :

قد يكون القرار الإداري صريحاً كما أنه يمكن أن يكون ضمناً ، كما أن دعوى الإلغاء تتوجه للقرار الإداري الايجابي كما تتوجه ضد القرار السلبي . هذه الصور كلها تعبر عن قرار إداري لأن القضاء الإداري لا يعول في مجال قبول دعوى الإلغاء على شكل معين للقرار الإداري ، وإنما الذي يعنيه هو وجود القرار بذاته وأن يصدر من جهة إدارية .

لهذا فإنه يتم استبعاد بعض الأعمال الإدارية عن مجال الطعن بالإلغاء ومن ناحية أخرى فإن الأعمال الصادرة من جهات غير إدارية تعتبر مستبعدة عن دعوى الإلغاء وتفصل ذلك كما يلي :

1- استبعاد الأعمال الإدارية :

إن دعوى الإلغاء يقتصر على الأعمال الإدارية عبر القرار الإداري لهذا فإن الأعمال الإدارية التي تصدر عن طريق آخر غير القرار الإداري تخرج عن ولاية الإلغاء مثل : الأعمال المادية والعقود الإدارية.

لهذا ندرس هذا النوعية من الأعمال الإدارية المستبعدة عن مجال الإلغاء كما

يلي :

أ- الأعمال المادية :

يقصد بالأعمال المادية تلك التصرفات والأعمال الصادرة من جانب الإدارة سواء صدرت عن قصد أو بطريق الخطأ وهي لا تعتبر من قبيل الأعمال القانونية الإدارية لأنها لا ترتب آثاراً قانونية مباشرة.

وتخرج هذه الأعمال والتصرفات عن نطاق الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري لأنها - من جهة - لا تجوز صفة القرارات الإدارية التي يجوز لطعن فيها بالإلغاء لأنها ليست أعمالاً قانونية ولا يشترط صدورها عن قصد من الإدارة كما أنها لا تؤثر تأثيراً مباشراً في المراكز القانونية القائمة.

ومن جهة أخرى فإن عدم قبول الطعن بالإلغاء قد يرجع إلى أن إزالة أثر الأعمال المادية يحتاج إلى صدور أمر من الإدارة وهذا ما لا يملكه القضاء كما في حالة طلب إضافة بيان في شهادة إدارية لا يغير وجوده في المركز القانوني لطلب الشهادة.

أو قد يرجع ذلك إلى أن إزالة آثارها الضارة لا تتحقق بالفعل إلا عن طريق اللجوء إلى القضاء الكامل للحصول على تعويض في مقابل ما وقع من ضرر، إذ أن طبيعة هذه الأعمال تتنافى مع طلب إلغائها لأنها قد وقعت من الناحية (المادية) بالفعل، كالضرر الناجم عن حادث تصادم أو هدم عقار أو عملية تفتيش، وغير ذلك من الأعمال والتصرفات ذات الطبيعة المادية البحتة.

وأكد القضاء الإداري طبيعة هذه الأعمال المادية بصفة مضطردة في أحكامه ، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأن (محل العمل المادي الذي لا يختص به القضاء الإداري يكون دائماً واقعة مادية أو إجراء مثبتاً لها دون أن يقصد به تحقيق آثار قانونية معينة إلا ما كان منها وليد إرادة المشرع مباشرة لا إرادة جهة الإدارة.

وعلى هذا الأساس فرقت المحكمة الإدارية العليا بين القرارات التي تكون محلاً لدعوة الإلغاء ، وبين غيرها من أعمال الإدارة التي لا ينطبق عليها وصف القرارات الإدارية وذلك اعتماداً على مصدر الحق الذاتي الذي يطالب به المدعي ، فإن كان يطالب بحق ذاتي مقرر له في قاعدة تنظيمية عامة كقانون أو لائحة ، فإن الدعوى تكون في هذه الحالة من دعاوى الاستحقاق (التسوية) ويكون ما أصدرته الإدارة من أوامر أو تصرفات في هذه المناسبة هو مجرد أعمال تنفيذية تهدف إلى مجرد تطبيق القانون على حالة الموظف وأعمال حكمه في حقه لتوصيل ما نص عليه القانون إليه ، ولا يكون هذا التصرف (الإجراء) قراراً إدارياً بالمعنى المفهوم ، بل يكون مجرد إجراء تنفيذي أو عمل مادي لا يسمو إلى مرتبة القرار الإداري ومن ثم فلا يمكن أن تكون الدعوى في هذا الشأن من دعاوى الإلغاء...).

وأمثلة الأعمال المادية والإجراءات التنفيذية التي لا يقبل الطعن فيها بالإلغاء كثيرة في أحكام القضاء الإداري فنذكر منها ما يلي :

- 1- الأمر بضم التحقيقات إلى ملف خدمة المدعي.
- 2- عملية نقل التكاليف نتيجة واقعية بقصد تنظيم طريقة جباية الضريبة وتيسير تحصيلها... وامتناع جهة الإدارة عن اتخاذ هذا الإجراء المادي لا يكون بدوره قراراً سلبياً.
- 3- قيد المحررات بسجلات مصلحة الشهر العقاري وفقاً لتاريخ وساعة تقديمها.

4- إجراءات الحجز الإداري ليست قرارات إدارية ، إذ لا تعدو أن تكون مجرد طرق تنفيذية لتحصيل الرسوم المستحقة للحكومة.

5- قرار وزير التموين بإلحاق مصانع معينة بمرفق مؤمم ليس قراراً إدارياً وإنما مجرد إجراء اتخذ للتنبيه إلى تنفيذ حكم القانون والذي قضى بإدراج المصانع المذكورة في الجدول المرافق له.

ولكن عملية الاستيلاء على مصنع وإن كانت في حد ذاتها عملاً مادياً غير أن هذا لم يتم إلا تنفيذاً لقرار إداري أفصحته به المؤسسة المختصة باعتبارها الجهة الإدارية التي أناط بها القانون تنفيذ أحكامه.

ب- العقود الإدارية :

يتكون العقد الإداري نتيجة تلاقي إرادة الإدارة مع إرادة أخرى وتوافقهما على تكوين العقد ولقد عرفت المحكمة الإدارية العليا العقد الإداري بأنه ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وبذلك يتضمن العقد شرطاً وشروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

ويتضح من هذا التعريف أن المعيار المميز للعقد الإداري يتمثل في كون أغراضه مراعاة للمصلحة العامة ، وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

ويختلف العقد الإداري بهذا المعنى عن العقود الخاصة التي تقوم الإدارة بإبرامها من ناحية أساسية ، هي أن الإدارة لا تشترك بإرادتها في إبرام العقود الخاصة مع إدارة أخرى بصفتها سلطة إدارية لها امتيازات السلطة العامة ، ولا تتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة ، وإنما تتعامل مع المتعاقد معها على قدم المساواة ، بدون أن يكون لها أي امتيازات أو استثناءات ولأنها تخضع في هذا الميدان لقواعد القانون الخاص.

ومن ناحية أخرى يختلف العقد الإداري عن القرار الإداري بالمعنى الذي حددناه من حيث كون القرار الإداري عمل غير تعاقدى يصدر عن إرادة منفردة من جانب إحدى السلطات العامة الإدارية ويحدث بذاته آثاراً قانونية معينة متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً، حين لا يتم العقد الإداري إلا بتوافق أحدهما جهة إدارية وينتج عنه آثاراً قانونية معينة تتمثل في الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الطرفين التي ينص عليها في العقد.

وهكذا فإن العقد الإداري بصفته عملاً قانونياً مركباً على الوجه الذي أوضحناه لا يجوز الطعن فيه بالإلغاء ولا يصح لأن يكون موضوعاً للطعن بالإلغاء، لأن دعوى الإلغاء تنصب على القرار الإداري الذي يصدر من جنب الإدارة وحدها وبإرادتها المنفردة.

أما المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية فإنها تجد مجالها في دعوى القضاء الكامل أمام محاكم القضاء الإداري "عن طريق التعويض".

وبناء على ذلك فإن القاعدة العامة — سواء في فرنسا أو في مصر — هي عدم قبول الدعوى المرفوعة بإلغاء أي قرار من القرارات المتعلقة بعقد من العقود الإدارية، سواء من جانب المتعاقد مع الإدارة نفسه الذي يجب عليه أن يسلك طريق دعوى القضاء الكامل و غير المتعاقد الذي يعتبر أجنبياً عن العقد الذي تقتصر آثاره على أطرافه.

ومع ذلك فإنه استثناء على هذه القاعدة أجاز القضاء الإداري الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية السابقة على انعقاد العقد والتي تسهم في إبرامه، كقرارات لجان فحص العطاءات ولجان البت في العطاءات وقرارات إجراء المناقصات أو المزايدات وقرار إرساء المزايدة أو المناقصة. وذلك باعتبار أن هذه القرارات مستقلة عن العقد وتدخل في الإجراءات الإدارية السابقة على إبرامه ولا تعتبر من شروط العقد ذاته.

وتعرف هذه النظرية في الفقه والقضاء الفرنسي بنظرية (الأعمال الإدارية المنفصلة) التي بنا عليها يستطيع كل من له مصلحة "غير المتعاقد" أن يطعن بالإلغاء في هذا النوع من القرارات.

كما أن للمتعاقد مع الإدارة أن يطعن بالإلغاء في هذه القرارات بشرط أن يبنى طعنه على أساس أن القرار الإداري المنفصل قد خالف القانون، أي أن طعنه لا بد أن يكون موجهاً إلى مخاصمة القرار الإداري موضوعياً وليس على أساس حقوقه الشخصية المتولدة من العقد نفسه، لأن مجال المنازعات المتعلقة بهذه تكون أمام قاضي العقد.

وقد حذت مجلس الدولة المصري حذو نظيره الفرنسي، وأخذ بنظرية الأعمال الإدارية المنفصلة في ميدان العقود الإدارية، لفتح باب الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المستقلة عن عملية التعاقد المركبة.

إذ قضت محكمة القضاء الإداري في السنة الأولى لنشأتها، وقبل أن تصبح عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد من اختصاص المحكمة سنة 1949م بالقانون رقم 9، وكذلك قبل أن يصبح مجلس الدولة مختصاً بكافة العقود الإدارية بالقانون رقم 165 لسنة 1955م، قضت المحكمة بأن (من العمليات التي تباشرها الإدارة ما قد يكون مركباً له جانبان :

أحدهما تعاقدي يحث تختص به المحكمة المدنية والآخر إداري يجب أن تسير في الإدارة على مقتضى التنظيم الإداري المقرر لذلك فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد تتوافر فيها خصائص القرارات الإدارية وتتصل بالعقد من ناحية الإذن به بإبرامه أو باعتماده، فحيث يكون فصل هذه القرارات من العملية المركبة فإن طلب إلغائها يكون والحالة هذه من اختصاص محكمة القضاء الإداري إذا وقعت مخالفة للقوانين واللوائح وذلك دون أن يكون لإلغائها مساس بذات العقد الذي يظل دائماً إلى أن تفصل المحكمة المدنية في المنازعة المتعلقة به....)

ثم بين القضاء الإداري بعد ذلك في أحكام عديدة أن تحليل العملية القانونية السالفة على إبرام العقد إلى الأجزاء المكونة له ، يظهر أن القرارات السابقة أو اللاحقة على هذا العقد (كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة وقرارات لجنة البت ، القرار بإرساء المناقصة أو المزايدة ، هي بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد ، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء.

2- استبعاد الأعمال التشريعية والقضائية :

إن قصر دعوى الإلغاء على القرارات الإدارية دون غيرها واضح من نصوص القوانين في كل الدول التي تأخذ بالنظام القضائي الإداري والمعياري المميز الذي يرجع إليه في تحديد القرارات الإدارية هو المعيار الشكلي الذي يضع موضع الاعتبار الهيئة التي يصدر منها القرار وعلى هذا الأساس لا يمكن أن توجه دعوى الإلغاء إلى الأعمال الصادرة من البرلمان أو السلطة القضائية.

وفيما يتعلق بالأعمال التشريعية ، فإنه يلاحظ أنها لا تصدر كلها في صورة قوانين بل أن هناك طائفة منها يطلق عليها (الأعمال البرلمانية) كالرغبات والقرارات التي تصدر من المجالس أو اللجان البرلمانية والإجراءات الداخلية.... الخ. وبالنسبة للقوانين فإن دعوى الإلغاء بالنسبة لها غير مقبولة ولو كانت مخالفة الدستور والرقابة القانونية الوحيدة التي يخضع لها القانون هي رقابة (دستورية القوانين).

وبالنسبة للأعمال البرلمانية : كالقرارات التي تصدر من اللجان والإجراءات الداخلية فقد استقر القضاء الإداري على إلحاق هذه الأعمال البرلمانية بالقوانين - من حيث عدم قبول الطعن بالإلغاء - ومن هذا القبيل رفضه قبول الطعن الخاصة بموظفي البرلمان و المسابقات التي يجريها بقصد تعيين بعض الموظفين ، ولكن طبقاً للمعيار الموضوعي فإن هذه الأعمال تعتبر أعمالاً إدارية وبالتالي تخضع لدعوى الإلغاء وعموماً يعود الأمر إلى نوعية المعايير التي يأخذ بها النظام.

وفيما يتعلق بالأعمال القضائية فإنه لا يمكن توجيه الإلغاء إلى حكم قضائي بقصد إلغائه، والمعيار هنا شكلي أيضاً، لأن الأعمال القضائية التي تصدر من جهة إدارية ذات اختصاص قضائي يمكن إلغاؤها عن طريق دعوى الإلغاء

- **الشرط الثاني: أن يكون القرار نهائياً:**

ويكون القرار الإداري نهائياً إذا كان قابلاً للتنفيذ بغير حاجة إلى اتخاذ إجراء لاحق كالتصديق أو التعميد ففي هذه الحالة لا يمكن إطلاق صفة النهائية على العمل الإداري.

بل - في رأينا - يفقد هذا العمل الإداري الذي يحتاج إلى إجراء لاحق صفة كونه قراراً إدارياً، بل يمكن وصفه فقط أنه مشروع قرار إداري، ولا يكتسب صفة القرار الإداري إلا بعد اتخاذ الإجراء اللاحق لهذا فإنه إذا كان العمل الإداري مجرد إجراء تمهيدي أو مشروع قرار، فإن هذا العمل الإداري يتم استبعاده من الطعن بالإلغاء وعلى من يرى أنه قد يتضرر من ذلك العمل حال خروجه فإن عليه الانتظار حتى يكتمل ويخرج في صورة قرار إداري نهائي.

لهذا نقوم باستبعاد القرارات الإدارية التي لا توصف بالنهائية على هذا الأساس لا تقبل دعوى الإلغاء ضد:

■ **القرارات التحضيرية أو التمهيدية.**

■ **القرارات التي تتضمن الملاحظات والرغبات والمقترحات التي يسديها الرئيس الإداري على ما يقدم إليه من التماسات لموظفيه.**

■ **القرارات التي تصدر من جهة إدارية وتكون في حاجة إلى التصديق من سلطة أعلى أو إجراء لاحق، لأنها لا تكون قابلة للتنفيذ إلا بعد التصديق المطلوب أو الإجراء اللاحق.**

من ناحية أخرى استثنى القضاء الإداري الحديث بعض القرارات الإدارية النهائية طبقاً لنظرية أعمال السيادة وتفصيلها كما يلي:

نظرية أعمال السيادة كمعظم نظريات القانون الإداري ، هي من صنع مجلس الدولة الفرنسي ، وقد جاءت وليدة الحاجة ومقتضيات العمل ، إذ رأى المجلس أن بعض الأعمال الإدارية لها في نظر الحكومة أهمية خاصة ، وأن من المصلحة إلا تعرض على القضاء بما يستلزمه من علنية وتحقيقات ، وإن الحكومة قد يكون لديها من الأسباب ما تقتضي مصلحة الدولة العليا إلا يعرض على الجمهور .

وتمتاز أعمال السيادة بأن المشرع قد ترك أمر تحديدتها للقضاء واكتفى بإعلان مبدأ وجودها صراحة - في التشريع المصري - أو ضمناً - في التشريع الفرنسي . والمتبع لأحكام القضاء يجد أنه من المتعذر وضع معيار جامع مانع لأعمال السيادة وكاشف عن طبيعة ذاتية تميزها عن الأعمال الإدارية الأخرى ، وباستعراض أحكام القضاء الإداري يمكن أن ترد أعمال السيادة إلى ما يأتي :

- 1- الأعمال المنظمة لعلاقات الحكومة بالبرلمان والمتعلقة بسير السلطات العامة وفقاً للدستور .
- 2- الأعمال المتعلقة بسير مرفق السلك الدبلوماسي .
- 3- الأعمال المتعلقة بالحرب .
- 4- بعض الأعمال المتعلقة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي .
- 5- وإذا ما تقرررت صفة (عمل السيادة) لقرارها ، فليس أمام القاضي إلا أن يحكم (بعدم الاختصاص) أيأ كانت طلبات المدعي في دعواه ، أي سواء تعلقت بالإلغاء أو التعويض .
- 6- ونحن لنا التحفظ على أعمال السيادة باعتبار أن استثناء أعمال السيادة عن رقابة القضاء فيه خرق سافر لمبدأ الشرعية . ولا يوجد مثل هذا في التأصيل الإسلامي .

الفرع الثاني

الشروط المتعلقة برفع الدعوى

يجب أن يكون القرار الإداري من شأنه التأثير في المركز القانوني للطاعن فلنكتفي بتقبل دعوى الإلغاء من أحد الأفراد يجب أن يكون هذا القرار مؤثراً في مركزه القانوني على النحو الذي سوف نراه في شرط المصلحة. ويعبر مجلس الدولة الفرنسي عن هذا المعنى بقوله إن القرار المطعون فيه من شأنه أن يلحق الأذى برفع الدعوى

شرط المصلحة :

من المبادئ المستقرة في فقه القانون أنه (حيث لا مصلحة فلا دعوى) وتلك هي القاعدة التي أخذ بها القضاء الإداري والقانون الإداري الذي يمنع قبول الطلبات المقدمة من أشخاص ليس لهم فيها، مصلحة شخصية.

1 - المصلحة شرط لقبول الدعوى والعبرة بتوافرها عند رفع الدعوى :

لا تقبل دعوى الإلغاء من غير ذي مصلحة - فإذا لم يتوفر هذا الشرط حكم المجلس بعدم قبول الدعوى ، والعبرة بتوافر هذا الشرط يوم رفع الدعوى. ولكن إذا كانت المصلحة - شرطاً لقبول الدعوى ، فهل يلزم أن يستمر قيام المصلحة حتى صدور الحكم فيها ؟

المسلم به في القضاء العادي أنه يجب أن تستمر المصلحة قائمة من وقت رفع الدعوى حتى صدور الحكم فيها. فهل - تسري هذه القاعدة على دعوى الإلغاء ؟ إن معظم الفقهاء يرون أن الإلغاء هي وسيلة عامة للدفاع عن المشروعية والصالح العام ، أكثر منها وسيلة خاصة للدفاع عن الحقوق والمصالح الخاصة.

الفرع الثالث

المواعيد والإجراءات

لكي تقبل دعوى إلغاء القرار الإداري من ذي المصلحة يجب أن يرفع دعواه في خلال مدة معينة وأن يستوفي إجراءات محددة.

ولما كانت دعوى إلغاء يتجسم فيها أكبر خطر يهدد القرارات الإدارية وبالتالي استقرار الحياة الإدارية، فقد حرص المشرع على أن يقيد بها بنطاق ضيق فيما يتعلق بمداها، وهي ستون يوماً من تاريخ (نضر القرار الإداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو النشرات التي تصدرها المصالح العامة أو إعلان صاحب الشأن به).

ولنفس هذه الحكمة المستمدة من ضرورة استقرار الأوضاع الإدارية في أقرب وقت ممكن استقر القضاء الإداري على أن مدة الطعن من النظام العام وأن الدفاع المتعلق بها يمكن أن يثار في أية حالة تكون عليها الدعوى وللمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها إذا لم تتعرض له الإدارة، ولا يمكن الاتفاق على إطالة المدة بالتراضي بين الإدارة والأفراد، وهذا هو ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة.

ونعرض للأحكام السابقة بالتفصيل.

1- **بدء المدة:** تسري مدة الطعن - كما سبق وأن ذكرنا - من تاريخ نشر القرار الإداري أو إعلان صاحب الشأن - ولقد أضاف القضاء الإداري سبباً ثالثاً هو العلم اليقيني وفيما يلي نعرض للدراسة كل سبب من هذه الأسباب الثلاثة على حده:

1. **النشر:** النشر هو الوسيلة الأساسية للعلم بالنسبة إلى القرارات التنظيمية (اللوائح)، ولا يعتد به في سريان المدة بالنسبة إلى القرارات الفردية إلا إذا نص المشرع على ذلك صراحة.

2. طلب الإغفاء من الرسوم في الدعوى للفقير، شهيداً لرفع دعوى الإلغاء يجري القضاء الإداري على اعتبار تقديم طلب الإغفاء من الرسوم بمثابة التظلم الإداري في خصوص قطع المدة.

3. رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة: استقر القضاء الإداري على أن رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة من شأنه أن يؤدي إلى قطع المدة.

4. اعتراض جهة إدارية على القرار خلال المدة: استقر القضاء الإداري أنه إذا كان حق إصدار القرار لجهة إدارية واعتضت عليه جهة إدارية أخرى. فقد رتب القضاء على ذلك - إذا ما تم في الميعاد - النتائج المترتبة على التظلم.

5. آثار انقضاء المدة: يترتب على انقضاء المدة دون تقاضٍ أو انقطاع، سبيل الطعن القضائي، وبالتالي يصبح القرار المعيب كما لو كان قراراً سليماً، وتصدف هذه القاعدة على إطلاقها بالنسبة للقرارات الفردية، فهي تستقر بمرور المدة لكل من الإدارة والأفراد.

أما بالنسبة للقرارات التنظيمية فتتطبق عليها القاعدة السابقة أيضاً، أي أن انقضاء المدة يؤدي إلى عدم قبول دعوى الإلغاء، ولكن هذا لا ينفي حق الإدارة في تعديل هذه اللوائح وإلغائها في أي وقت تشاء ودون التقيد بمدة معينة.

الفرع الرابع

انعدام طريق الطعن المقابل أو الموازي

جرى مجلس الدولة الفرنسي منذ القدم على رفض قبول دعوى الإلغاء إذا كان في وسع المدعي أن يلجأ إلى طريق قضائي آخر يحقق له عين النتائج العلمية التي يريد الوصول إليها عن طريق دعوى الإلغاء.

وذلك سواء كان الطريق الآخر دعوى ترفع أمام محكمة إدارية أو محكمة قضائية عادية (غير إدارية).

هذا هو مجمل المقصود بفكرة "الدعوى الموازية" في فرنسا والملاحظ أن مجال هذا الدفع أخذ يضيق في الوقت الحاضر.

ولقد استهدف القضاء الإداري الفرنسي من هذا الدافع المحافظة على قواعد الاختصاص وتعدد درجات التقاضي.

وفي مصر، فإن قانون مجلس الدولة في جميع صياغاته لن يشير إلى فكرة الدعوى الموازية كشرط من شروط قبول دعوى الإلغاء.

المطلب الثالث

الحكم في دعوى الإلغاء

وسوف نتناول في هذا المبحث على التوالي :

1 - إجراء رفع دعوى الإلغاء والفصل فيها.

2 - حجية الحكم بالإلغاء وكيفية تنفيذه.

وذلك على التفصيل التالي :

أولاً : إجراءات رفع دعوى الإلغاء :

بالرغم من الطبيعة العينية لدعوى الإلغاء ، فإنها يجب أن توجه إلى جهة الإدارة التي تملك إلغاء القرار الإداري وتعديله أو إصداره في الوضع السليم ، وهنا يجب التفرقة بين حالتين :

أ- حالة صدور القرار الإداري من جهة إدارية فد منحت الشخصية المعنوية. وفي هذه الحالة يجب أن ترفع الدعوى على ممثل الشخص المعنوي والناطق باسمه كرئيس المجلس الشعبي أو رئيس مجلس إدارة المؤسسة. فإذا رفعت الدعوى على غيرهم كانت غير مقبولة.

ب- حالة صدور القرار من جهة إدارية لا تتمتع بالشخصية المعنوية. وحينئذ يتعين توجيه الدعوى إلى الوزير الذي تتبعه هذه الجهة الإدارية تأسيساً على أن الوزير يمثل الدولة بالنسبة إلى المصالح والإدارات التابعة لوزارته.

كيف ترفع دعوى الإلغاء ؟؟

ترفع دعوى الإلغاء بأن يقدم صاحب المصلحة إلى قلم كتاب المحكمة المختصة عريضة موقعه من محام مفيد بجدول المحامين المقبولين أمام الدولة وهذا هو الوضع في مصر. أما في فرنسا فإن الوضع المقرر كما سبق أن ذكرنا هو إعفاء دعوى الإلغاء من الرسوم ومن شرط تقديمها عن طريق محام.

- الفصل في دعوى الإلغاء:

إن دعوى الإلغاء - كما استقر على ذلك القضاء الإداري - تستهدف إلغاء القرار الإداري المعيب، ومن ثم كان عمل قاضي الإلغاء ينحصر في إلغاء القرار الإداري وليس للقضاء أن يلزم رجل الإدارة أن يصدر قراراً أو يصدر أوامر للإدارة، لأن كل هذا يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات. وفيما يتعلق بالحكم في دعوى الإلغاء، فإن المحكمة تقوم أولاً بفحص شروط قبول الدعوى قبل أن تتصدى لموضوع المخالفة المدعاة فإذا ما تعرضت المحكمة للموضوع فإن الوضع الطبيعي أن يكون الحكم بإلغاء القرار كلياً أو جزئياً إذا ما اقتنعت المحكمة بعدم مشروعية القرار. أو برفض الدعوى إذا ما ثبتت مشروعية ذلك القرار، هذا إذا ظلت المنازعة قائمة حتي صدور الحكم فإذا زال القرار لسبب أو لآخر تعين الحكم باعتبار الخصومة منتهية.

- أثر رفع دعوى الإلغاء على القرار المطعون فيه:

الوضع الذي تلييه طبائع الأمور أن مجرد رفع دعوى بطلب إلغاء قرار معين بحجة عدم مشروعيته لا يمكن أن ينال من نفاذ هذا القرار، وإلا لانتهينا إلى نتيجة لا يمكن التسليم بها، وهي شل نشاط الإدارة تماماً، لأن هذا النشاط يقوم معظمه على القرارات الإدارية، وعلى هذا الأساس للملك الإدارة - رغم رفع دعوى الإلغاء - تنفيذ القرار المطعون فيه، ولكنها تفعل ذلك على مسئوليتها الخاصة.

- وقف تنفيذ القرار المطعون فيه قضائياً:

إذا كان تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه يرتب نتائج لا يمكن تداركها فإن السير في دعوى الإلغاء يصبح غير ذي موضوع فيما لو نفذ القرار: كقرار يصدر بهدم منزل أثري، أو بمنع طالب من أداء الامتحان.

فان كل هذه الحالات إذا نفذ القرار تنفذ أغراض الحاكم بالإلغاء ولهذا حرص المشرع على أن يتلافى هذه النتائج الخطيرة مع المحافظة على قاعدة سلامة القرارات الإدارية وقابليتها للتنفيذ ، فجعل للمضرور حق الالتجاء إلى القضاء بطلب وقف تنفيذ القرار مؤقتاً حتى يصدر حكم بإلغائه في الموضوع أو برفض الإلغاء.

إلا أن هناك شروطاً ثلاثة لوقف تنفيذ القرار المطعون فيه قضائياً هي :

- 1- أن يطلب ذلك رافع دعوى الإلغاء صراحة.
- 2- أن تكون نتائج تنفيذ القرار من المتعذر تداركها فيما لو حكم

الإلغاء،

- 3- أن يستند طالب الإلغاء إلى أسباب جديدة.

ثانياً: حجية الحكم بالإلغاء:

الأحكام الصادرة بالإلغاء تكون حجية على الكافة ، وهذا الحكم نتيجة منطقية لطبيعة دعوى الإلغاء العينية ، ولكون دعوى الإلغاء مخصصة للقرار الإداري ذاته ، فالحكم بالإلغاء هو عدم هدم وإعدام للقرار الإداري ، ومن غير المعقول أن يكون قائماً بالنسبة لبعض الناس ومعدماً بالنسبة لبعضهم الآخر ، وهذه القاعدة لا تطبق على القرارات التنظيمية فحسب بل تسري أيضاً بالنسبة للقرارات الفردية.

غير أنه يجب التفرقة بين أنواع الإلغاء : ذلك إن حكم الإلغاء قد يتناول القرارات جميعه وبكل آثاره وهو ما يسمى ص الإلغاء بالكامل ص وقد يقتصر الإلغاء على أثر من آثار القرار أو جزء منه فيكون الإلغاء جزئياً.

وإذا ما حكم بإلغاء قرار ما فإن الإدارة تلزم بأن تعيد الحال إلى ما كانت عليه لو لم يصدر هذا القرار إطلاقاً ، مهما كانت النتائج ، وليس للإدارة أن تمتنع عن تنفيذ حكم الإلغاء بحجة صعوبات مادية معينة.

فإذا ما اخل الموظف المختص بهذا الواجب فانه يتعرض لنوعين من الجزاءات :

أ - جزاءات جنائية - التعويضات المدنية.

المبحث الثاني

قضاء التعويض

هل تسأل الإدارة عن أخطاء موظفيها وتقوم بتعويض من وقع عليه الضرر، كانت القاعدة المعمول بها قديماً هي قاعدة: (عدم مسئولية الدولة عن أعمال موظفيها....) ولا زالت بعض الأنظمة تعمل بهذه القاعدة حتى الآن

لكن أنظمة أخرى قد أقرت بمسئولية الإدارة عن أعمالها عن طريق دعوى تسمى "دعوى التعويض" والتي تعتبر مكملية لدعوى الإلغاء، وتسمى دعوى التعويض (دعوى القضاء الكامل).

والأساس الذي تقوم عليه دعوى التعويض أساس شخصي وبهذا تتميز دعوى الإلغاء التي تقوم على الأساس الموضوعي.

ويتم التفرقة بين دعوى الإلغاء ودعوى التعويض - أيضاً - عن طريق مصدر الحق الذي هو مصدر الدعوى.

فإذا كان مصدر الحق الذي يطالب به المدعي قاعدة تنظيمية عادة - كالقانون - أو اللائحة التنظيمية فإن الدعوى تكون في هذه الحالة دعوى تعويض، وإن كان مصدر الحق الذي يطالب به المدعي قراراً إدارياً فإن الدعوى في هذه الحالة تعتبر دعوى الإلغاء. وتقوم مسئولية الإدارة - عند من يعملونها - على الخطأ من ناحية، ومن ناحية أخرى قد تقوم المسئولية بدون وجود خطأ، وإنما على تبعة المخاطر. نبين ذلك في مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: مسئولية الإدارة على الخطأ.

المطلب الثاني: مسئولية الإدارة على أساس المخاطر. (بدون خطأ).

المطلب الأول

مسئولية الإدارة على الخطأ

تؤسس مسؤولية الإدارة على أنها أصدرت قراراً إدارياً غير مشروع، وبهذا فإن خطأها إذا نتج عنه ضرر للغير يترتب تعويضه عن ذلك الخطأ، وهذه هي المسؤولية التقصيرية فأركان المسؤولية على الخطأ ثلاثة :

(الخطأ، الضرر، السببية بين الخطأ والضرر)

فلا يستطيع المتضرر وعلاقة مطالبة الإدارة بالتعويض إلا إذا أثبت وقوع خطأ أو تقصير من جانب الإدارة أو بسببها، والقاعدة هنا أنه : (حيث لا خطأ لا توجد مسؤولية).

والخطأ المفترض على الإدارة إنما يصدر عن موظفيها، ولكن هذا الخطأ قد يكون شخصياً بحيث تكون المسؤولية على الموظف الذي ارتكبه، وقد يكون الخطأ مرفقياً فتتخمل الإدارة مسؤولية.

وفي هذا الصدد يفرق الفقه والقضاء بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، ولهذه التفرقة أهميتها :

- التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي :

تعرض القضاء الإداري لهذه التفرقة بمناسبة الفصل في مدى اختصاصه بنظر دعاوى التعويض المرفوعة إلى الإدارة وعلى شخص الموظف معاً لعدم تنفيذ أحكام مجلس الدولة، وقضى باختصاصه بنظرها استناداً إلى القوانين المحددة لاختصاصه بنظر تلك الدعاوى جاءت مطلقة بالنسبة للمدعي عليه فيها ولم تستلزم سوى أن تؤسس على قرار إداري، وأن الامتناع عن تنفيذ الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي يشكل في حق الإدارة خطأ متمثلاً في قرارها السلبي بالامتناع عن هذا التنفيذ.

على أن التفرقة بين نوعي الخطأ زاد أهميتها بعد أن سجلها القضاء الإداري في صدور مسئولية الإدارة قاضياً بأن مسئولية الإدارة لا تقوم إلا على خطأ مصلحي أو مرفقي، وأن المسئولية الناتجة عن خطأ شخصي لا تقوم إلا في حق الموظف المخطئ.

حيث قضى بأن: القاعدة التقليدية في مجال قيام مسئولية الإدارة على أساس ركن الخطأ قد حرصت على التمييز بين الخط المصلحي أو المرفقي، الذي ينسب إلى الموظف. ففي الحالة الأولى تقع المسئولية على عاتق الإدارة وحدها، ولا يسأل الموظف عن أخطائه المصلحية والإدارة هي التي تدفع التعويض، ويكون الاختصاص بالمفصل في المنازعة قاصراً على القضاء الإداري، وفي الحالة الثانية تقع المسئولية على عاتق الموظف شخصي فيسأل عن خطأه الشخصي، وينفذ الحكم في أمواله الخاصة.

أولاً: الخطأ الشخصي:

ويعتبر الخطأ شخصياً إذا كان العمل الضار مصطبغاً بطابع شخصي يكشف عن الإنسان بضعفه ونزواته وعدم تبصره، أما إذا كان العمل الضار غير مصطبغ بطابع شخصي ويتم عن طريق موظف معرض للخطأ والصواب فإن الخطأ في هذه الحالة يكون مصلحياً، فالعبرة بالقصد الذي ينطوي عليه الموظف وهو يؤدي واجبات وظيفته. فكلما قصد النكاية أو الإضرار بغياً منفعته الذاتية كان خطؤه شخصياً يتحمل هو نتائجه. وفيصل التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المصلحي يكون بالبحث وراء نية الموظف.

ويعتبر القضاء الإداري الحديث بوجود خطأ شخصي يتحمل الموظف التعويض في الحالات الآتية:

أ- إذا كان الخطأ المنسوب إلى الموظف لا علاقة له بعمله إطلاقاً بأن ارتكبه في حياته الخاصة، كما لو خرج يتنزه بسيارة فأصاب أحد الأفراد بضرب.

ب- إذا كان العمل إلّضار المنسوب إلى الموظف يندرج في واجبات الوظيفة فإنّ، القضاء لا يعتبر مشوباً بالخطأ الشخصي إلا إذا كان هذا الخطأ المنسوب إلى الموظف على درجة معينة من الجسامّة. ومثال ذلك سائق سيارة حكومية يصدم سيارة خاصة وهو في حالة سكر شديد هنا خطأ شخصي يتمثل في الخطأ الجسيم الذي ارتكبه (وهو القيادة في حالة سكر).

ثانياً الخطأ المرفقي :

هذا الخطأ هو الذي ينسب إلى المرفق، حتّى ولو كان الذي قام به مادياً أحد الموظفين.

ويقوم الخطأ هنا على أساس أن المرفق ذاته هو الذي تسبب في الضرر، لأنه لم يؤدّ الخدمة العامة وفقاً للقواعد التي يسير عليها، والخطأ في هذه الحالة يأخذ

إحدى صورتين :

1- أما أن يكون من الممكن نسبته إلى موظف أو موظفين معينين، وبمعنى آخر يمكن أن نعرف مصدر الفعل إلّضار الذي أدى إلى مسؤولية المرفق.

2- وإما أن يكون الخطأ منسوباً إلى المرفق بذاته، دون إمكان مصدر الفعل إلّضار الذي أدى إلى مسؤولية الإدارة، والقضاء الإداري يطلب على هذا النوع من الخطأ اصطلاح "خطأ مرفق عام".

والقاعدة التي يسير عليها القضاء الإداري هو التوسع في صور الخطأ المرفقي وذلك حماية للأفراد والموظفين كليهما، ولذلك يمكن أن نقول أن الخطأ المرفقي هو كل ما لا يعتبر خطأ شخصياً.

ولكن ما هي الأفعال التي تكون الخطأ المرفقي ؟

وكيف يقدر مجلس الدولة الفرنسي الخطأ الذي يؤدي إلى مسؤولية الإدارة ؟

أولاً : الأفعال التي تكون الخطأ المرفقي :

ونقصد هنا الأفعال التي يتجمد فيها الخطأ والتي تؤدي إلى إصابة الأفراد بالضرر سواء أمكن نسبة هذه الأعمال إلى موظف معين أو لم يمكن وهذه الأعمال يمكن إرجاعها إلى ثلاث طوائف.

الأولى: المرفق يؤدي الخدمة على وجه سيء:

وتندرج تحت هذه التسمية جميع الأعمال الإيجابية الصادرة من الإدارة والمنطوية على خطأ، وحالات المسؤولية هذه التي أقرها القضاء في أول الأمر وصورها متعددة.

فقد ينشأ الضرر من عمل صادر من أحد الموظفين وهو يؤدي واجبه على وجه سيء، كما لو كان أحد الجنود يطارد ثوراً هائجاً في الطريق العام وأطلق عليه رصاصة جرحت أحد الأفراد وهو داخل منزله أو أن يصدم أحد الجنود أثناء عدوه في الطريق العام مطارداً أحد المجرمين بأحد المارة فيصيبه بعاهة.

وليس من الضروري أن يكون الخطأ هنا مرجعه إلى عمل موظف فقد يكون عن أشياء أو حيوانات تملكها الإدارة كإهمال خيل مملوكة له فتؤدي إلى إحداث أضرار بالأفراد وكذلك الحال بالنسبة للحوادث الناجمة عن السيارات الحكومية أو الطائرات الحربية، كما لو سقطت طائرة حربية على بعض المنازل فأتلفتها نتيجة إهمال الطيار ومخالفة التعليمات.

وقد يكون مرجع الضرر إلى سوء تنظيم المرفق العام، كما لو أصيب بعض الموظفين بتسمم نتيجة سوء تهوية الأمكنة العمومية التي يعملون فيها عقب تدفئتها بالفحم....

وليس من الضروري أن يكون الخطأ مادياً كما في الحالات السابقة، فقد يكون الخطأ راجعاً إلى تصرف قانوني معيب، كما لو تعجلت الإدارة في تنفيذ حكم قضائي قبل أن يصير قابلاً للتنفيذ، أو استولت على بعض الأموال في غير الحالات التي يحولها فيها القانون ذلك الحق...

الثانية : المرفق لم يؤد الخدمة :

وينطوي تحت هذه الصورة امتناع الإدارة عن أداء واجب ملزمة قانوناً بأدائه إذا كان من شأن هذا الامتناع أن يصيب الأفراد بأضرار. فهذه الصورة عكس الصورة السابقة ، إذاً المسؤولية لا تقوم هنا على أساس فعل إيجابي ضار صادر من المرفق ، ولكن على أساس موقف سلبي وقفته الإدارة بامتناعها عن إثبات تصرف معين. ومثال هذه الصورة أن تهمل إدارة مدرسة في أداء واجب من واجباتها ، بأن تترك سوراً من الأسلاك الشائكة داخل فناء المدرسة حيث يلعب الأطفال الصغار ودون أن تتخذ أي احتياطات لوقايتهم من التعرض له ، فتكون إدارة المدرسة قد امتنعت عن تنفيذ واجب قانوني بحماية الأطفال وكما لو أهملت إدارة مستشفى الأمراض العقلية في رقابة المجانين فتتمكن أحدهم من الهرب وأشعل حريقاً.

الثالثة : المرفق يبطئ في أداء الخدمة أكثر من اللازم :

وليس المقصود هنا أن يكون القانون قد حدد ميعاداً يجب على الإدارة أن تؤدي خدماتها خلاله ، لأن هذا يندرج تحت الصورة الثانية من حالات المسؤولية التي استعرضناها حتى الآن ، لأنه بمجرد مرور الوقت المحدد لأعلى الخدمة دون أن تنفذ الإدارة واجبها ، يعتبر الموقف قد امتنع عن أداء الخدمة.

ولكن المقصود هنا أن تكون الإدارة غير مقيدة بمدة معينة ، ومع ذلك تبطئ أكثر من اللازم وبغير مبرر مقبول ، وإذا كان المسلم أن اختيار الوقت هو أبرز أركان السلطة التقديرية للإدارة ، وأنه لا يمكن أن يستمد منه سبب للإلغاء فإن مجلس الدولة الفرنسي حرصاً منه على حماية الأفراد قد أخضع هذا الجانب من نشاط الإدارة في مجال قضاء التعويض.

ثانياً : كيف يقدر الخطأ المرفقي ؟

إذا كانت القاعدة في القانون المدني هي "أن كل خطأ يترتب عليه ضرر يوجب مسؤولية فاعله عن تعويضه" إلا أن القضاء الإداري في فرنسا لم يعمل هذه القاعدة

على إطلاقها فيما يتعلق بمسئولية الإدارة، إذ لا يكفي القضاء بأن ينطوي تصرف الإدارة على خطأ ما حتى يحكم بمسئوليتها. وإنما يشترط أن يكون هذا الخطأ على درجة ملموسة من الجسامة. وقد اقتضى هذا الموقف من مجلس الدولة أن يفحص كل حالة على حده. ليقرر ما إذا كان الخطأ المدعى بقيامه يبرر مسئولية الإدارة أم لا.

غير أن الخطأ يختلف باختلاف العمل المنسوب إلى الإدارة وما إذا كان هذا العمل مادياً أو قراراً إدارياً. ولذا سنستعرض هاتين الحالتين:

1- الخطأ في حالة القرارات الإدارية:

إذا كان مرجع الضرر إلى قرار أصدرته الإدارة كما لو أمرت بفصل موظف أو برفض التصريح لأحد الأفراد بمزاولة عمل معين، أو بهدم منزل، أو بإغلاق محل عام... الخ. ففي هذه الصورة وأمثاله يتخذ الخطأ صورة ملموسة هي "عدم المشروعية" ذلك أن عدم المشروعية - بأوجهها الأربعة المعروفة - كما هو مصدر للإلغاء فإنه مصدر للمشروعية.

والقضاء الإداري إذا كان قد جعل من أوجه عدم المشروعية الأربعة مصدر للإلغاء في جميع الحالات - على التفصيل الذي ذكرناه فيما سبق - فهو مصدر في مجال التعويض لم يجهلها باستمرار مصدرها للمسئولية، وبمعنى آخر أنه إذا كان كيل من هذه العيوب الأربعة كافياً بذاته للإلغاء فإنه لا يكون سبباً للحكم بالتعويض في جميع الحالات إذا ما ترتب على تنفيذ القرار الغير مشروع ضرر.

وباستعراض أحكام القضاء الإداري في هذا المجال، نجد أنه لا يحكم بمسئولية الإدارة عن عملها غير المشروع إلا إذا كان وجه عدم المشروعية جسيماً، ولهذا جعل مجلس الدولة الفرنسي من مخالفة القانون والانحراف سببين للحكم بالتعويض.

أما بالنسبة لعدم الاختصاص فإن المجلس لا يحكم بالتعويض إلا إذا كان عدم الاختصاص جسيماً، مثل إتيان الموظف عملاً لا يملكه إطلاقاً أي يملكه هو أو غيره، ولذا تكون المخالفة جسيمة فتؤدي إلى مسؤولية الإدارة أما إذا كان عيب عدم الاختصاص بسيطاً فإن مسؤولية الإدارة لا تكون مقررة في جميع الأحوال. وكذلك الشأن فيما يتعلق بعيب الشكل، فمجلس الدولة لا يجعله مصدراً للمسؤولية إلا إذا كان الشكل أساسياً أما إذا كان الشكل ثانوياً ويمكن للإدارة أن تعيد تصحيح القرار وفقاً للشكلية المطلوبة فلا تعويض.

2- الخطأ في حال الأفعال المادية :

ويتخذ الخطأ هنا صوراً متعددة كالإهمال أو التردد أو التأخير أو عدم التبصر في حالة قيام المرفق أو المشرفين عليه بعمل مادي في صورة من الصور العديدة المذكورة فيما سبق، وهنا أيضاً لا يسلم المجلس بالمسؤولية إلا إذا كان الخطأ على درجة معينة من الجسامة يحددها وفقاً لاعتبارات عديدة نفصلها على النحو التالي :

أ- مراعاة ظرف الزمان الذي يؤدي فيه المرفق خدماته، فما يكون خطأ في الظروف العادية لا يمكن اعتباره كذلك في الظروف الاستثنائية.

ب- مراعاة ظرف المكان الذي يؤدي فيه المرفق خدماته، فكلما كان المرفق يؤدي خدماته في أحد الأقاليم النائية، فإن مجلس الدولة يتشدد في درجة الخطأ المتطلبية أكثر مما لو كان المرفق يؤدي خدماته في العاصمة مثلاً، لأن الصعوبات التي يواجهها في الحالة الأولى أشق منها في الحالة الثانية.

ج- مراعاة أعباء المرفق وموارده لمواجهة التزاماته. فكلما كانت أعباء المرفق جسيمة، كانت موارده ووسائله قليلة، كلما تطلب المجلس درجة من الخطأ كبيرة تتناسب مع هذه الأعباء.

د- مراعاة موقف المتضرر إزاء المرفق وفقاً لهذه الاعتبارات يفرق مجلس الدولة بين إذا كان الضرر مستفيداً من المرفق الذي تسبب في الضرر أو غير مستفيد منه،

وبصفة عامة يتطلب المجلس في قضائه درجة من الخطأ أكبر فيما لو كان المتضرر مستفيداً من المرفق.

هـ - مراعاة طبيعة المرفق وأهميته الاجتماعية : وهذا أهم مظهر لقضاء مجلس الدولة فإنه يختص ببعض المرافق العامة - نظراً لأهميتها الاجتماعية - بشيء من الرعاية فيتشدد في درجة الخطأ المنسوب إليها.

ولقد ميز الفقهاء من بين المرافق التي من هذه النوع.... مثل :

- مرفق الشرطة.
- مرفق مكافحة الحرائق.
- المرافق الصحية.
- مرفق تحصيل الضرائب.
- المرافق المنوط بها حماية أو مراقبة بعض الأشخاص الخطرين.

أهمية التفرقة :

وتتضح أهمية التفرقة بين الخطأ المصلحي أو المرفقي والخطأ الشخصي - في صدد تحديد مدى أحقية الإدارة في الرجوع على الموظف بما يكون قد قضى به عليها من تعويض.

فالتفرقة بين الخطأ المصلحي أو المرفقي والخطأ الشخصي - قصد بها حماية الموظف وحته على أداء واجبات وظيفته وإبعاده عن الجمود أو التردد أو الإحجام عن مباشرة النشاط الواجب. كون ذلك يجعله مطمئناً لمعرفته بعدم مسؤوليته عن أي ضرر ينتج عن نشاطه المرتبط بالوظيفة - وفي هذا تحقيق أيضاً للمصلحة العامة بضمان سير المرافق العامة وأداء خدماتها بكفاءة وانتظام.

المطلب الثاني

مسئولية الإدارة بدون خطأ

(القائمة على تبعية المخاطر)

يمكن أن تترتب على التصرف المشروع للإدارة على الغير دون خطأ فيكفي أن يتوافر عنصري الضرر وعلاقة السببية بينه وبين التصرف المشروع. وتعتبر هذه المسؤولية استثناء على القاعدة الأصلية التي تقول: (حيث لا خطأ فلا مسؤولية).

والاستثناء إلى نصوص تشريعية لتحديد حالاتها وتبريرها: إن نشاط الإدارة يزداد باستمرار في الدولة الحديثة، وتزداد تبعاً لذلك المخاطر التي يتعرض لها الأفراد بسبب ذلك النشاط. مما يستوجب تأمينهم من تلك المخاطر بالتعويض عما يصيبهم من أضرار حتى ولو لم تخطئ الإدارة. ويظهر بهذا أن مسؤولية الإدارة لا يعتبر جزاء على خطأها وإنما يكون من قبيل التأمين أو العون العادل. وأساسه البعض على مبدأ المساواة بين الأفراد الذي يصيبهم الضرر وغيرهم ما دام الجميع مؤدون نفس التكاليف.

ولتحقيق مسؤولية الإدارة بدون خطأ لا بد من توافر الشروط الآتية:

• **الشرط الأول:** أن يكون هناك ضرر

• **الشرط الثاني:** أن يكون الضرر غير عادي.

• **الشرط الثالث:** أن يكون الضرر خاصاً.

وقد أخذ القضاء الإداري الحديث بالمسئولية غير التقصيرية هذه، ولم نجد - على حد علمنا - سابقة قضائية من المحاكم اليمنية تقرر هذه المسئولية وفي نظرنا أنه لا يمنع من أن يأخذ القضاء اليمني بهذه المسئولية لاعتبارات العدالة والمساواة

والتعاون، وهذه مبادئ يأخذ بها جميعاً المشرع اليمني الذي يستمد مصدره من الشريعة الإسلامية وهي التي تراعي كل ذلك.

التطبيقات العملية لتحقيق المسؤولية بدون خطأ¹:

إذا كان قضاء مجلس الدولة قد بدأ متحفظاً في هذا الأساس إلا أنه قد توسع فيما بعد تطبيق هذه النظرية والحالات التي يطبق فيها المجلس فكرة المخاطر هي:

1- الأضرار الدائمة التي تصيب أملاك الأفراد نتيجة الأشغال العامة.

2- الأضرار الناجمة على نشاط الإدارة - الخطر.

3- الأضرار الناتجة عن استعمال الإدارة لآلات خطيرة.

4- امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية.

جزاء المسؤولية:

يترتب على مسؤولية الإدارة عن أعمالها الحكم عليها بالتعويض فما هي طبيعة هذا التعويض وكيف يقدر؟

أولاً: طبيعة التعويض:

التعويض المدني قد يكون عينياً وقد يكون نقدياً، أما التعويض الإداري فيقتصر على المقابل النقدي وأساس كونه إدارياً ما يأتي:

1- من الناحية العملية:

يفسر هذا المسلك بأن التعويض العيني إذا كان ممكناً فإنه سيتم على حساب المصلحة العامة إذ يجب أن يهدم كل ما تم من تصرفات إدارية لتحقيق منفعة خاصة، وقد يؤدي ذلك إلى شلل الإدارة كما أن التعويض العيني سيكون في الغالب مصحوباً بتعويض نقدي لأن النوع الأول إذا أمكن أن يزيل آثار الضرر بالنسبة للمستقبل، فإنه لا يحقق هذا الأمر بالنسبة للماضي.

¹ انظر: محمد أنس قاسم: مذكرات في القضاء الإداري الجزائري 89م. منشورات جامعة قسنطينة ص 104.

2- من الناحية القانونية :

فان ذلك يتعلق بموقف القاضي من الإدارة فاستقلال الإدارة من القضاء يتنافى مع تحويل القاضي سلطة إصدار أوامر للإدارة وهو ما لا يمكن تحقيق التعويض العيني إلا عن طريقه.

ويترتب على هذا المبدأ نتائج معينة منها:

- الأولى : لا يستطيع القاضي إن يصدر أوامر معينة للإدارة ولهذا فإن القضاء يحكم بعدم الاختصاص كلما كان المطلوب الحكم على الإدارة بعمل معين.
- الثانية : ولما كان القاضي لا يملك أن يصدر أمراً صريحاً للإدارة بعمل أو امتناع فإنه لا يملك ذلك بصورة غير مباشرة عن طريق الإكراه أو التهديدات المالية وهو ما يعرف باسم الغرامة التهديدية¹.

- الثالثة : على أنه لما كانت قاعدة منع القضاء من إصدار أوامر للإدارة مقصوداً بها مصلحة الإدارة ذاتها، ولا اعتبارات - سبق ذكرها - فإن للإدارة نفسها أن تلجأ إلى التعويض العيني كلما كان ذلك ممكناً. وتلجأ الإدارة مختارة إلى التنفيذ العيني كلما رأت أنه يحقق المصلحة العامة بطريقة أفضل من التعويض بمقابل.

ثانياً : كيفية تقدير التعويض :

يجب أن يغطي التعويض كل الضرر الذي أصاب المتضرر بغض النظر عن درجة الخطأ الذي ارتكبته الإدارة فيما يتعلق بتقدير التعويض. إذا ما قامت المسؤولية على أساس الخطأ فمراجعة درجة الخطأ المنسوب للإدارة ينظر إليه لمعرفة قيام ركن الخطأ أو عدم قيامه، وبمعنى آخر إذا لم يكن الخطأ على درجة معينة من الجسامه - في الحالات التي يشترط القضاء الإداري فيها ذلك - فإنه يعتبر مغتفراً، فلا تسأل عنه الإدارة وكأنها لم تخطئ إطلاقاً أما إذا سلم المجلس بقيام الخطأ الذي يستوجب مسؤولية الإدارة سواء أكان جسيماً أو غير جسيم حسب الأحوال فإنه يقدر

¹ د. حسن بسيوني - مصدر سابق - ص 82

التعويض حسب جسامه الضرر لا حسب جسامه الخطأ، وبحيث يغطي التعويض جميع الأضرار التي تحملها المتضرر. والقاعدة في تقدير الضرر مراعاة ما فات المتضرر من كسب وما لحقه من خسارة، هذا على الأقل بالنسبة للأضرار المادية أما الأضرار الأدبية فإن تقديرها سيكون مبنياً على شيء من التحكيم لعدم استناد الضرر فيها إلى قيم متعارف على تقديرها¹.

¹ د. حسن بسيوني - مصدر سابق - 111 ربما بعدها

المبحث الثالث

دعوى التأديب

تنقسم النظم القانونية حول التأديب إلى اتجاهين :

- الاتجاه الأول : يأخذ بالتأديب القضائي :

حيث يعطي الأولوية في التأديب للقضاء ، وتكون دعوى التأديب محكومة بإجراءات قضائية تقترب الدعوى التأديبية من الدعوى الجنائية.

وتكون الجهة القضائية هي الحكم الجهة الرئاسية - إن هي ادعت بخطأ الموظف - وبين الموظف المتهم بالمخالفة التأديبية وحجة هذا الاتجاه هو قائم على أساس أن الحيدة والتخصص الذي يتمتع به القضاء هو الضمان الذي يمنع استبداد الإدارة وخصوصاً الجهة الرئاسية يستلزم أن يكون التأديب من جهة أخرى غير الرئيس الإداري هو الخصم والحكم.

ويوجد هذا النظام في بعض دول أوروبا. مثل النمسا وألمانيا...

- الاتجاه الثاني : يأخذ بتأديب الإداري :

وهو الأكثر شيوعاً وهو الأسبق في التطبيق حيث يعطي الولاية في تقدير المسؤولية التأديبية وتوقع العقوبة التأديبية عليها للإدارة من خلال :

1- الجهة الرئاسية

2- مجالس التأديب

وتأخذ بهذا الاتجاه كثير من الدول الأوربية والأمريكية والعالم الثالث - ومنها الجمهورية اليمنية - ويعتمد هذا الاتجاه على المبررات التالية :

• أولاً: أن التأديب مظهر للسلطة الإدارية على الموظف لأن الإدارة هي المسؤولة عن حسن سير العمل في المرفق ، وتحقيق أهدافه وحيث توجد المسؤولية توجد السلطة تطبيقاً لقاعدة (توازي المسؤولية مع السلطة).

• ثانياً: أن المخالفة التأديبية لا تقوم على مجرد الاعتبارات القانونية وإنما لا بد أن يؤخذ الجانب الإداري الفني والتي لا يمكن أن تبينها النصوص مثل ظروف العمل والظروف الاجتماعية مثل وعي وثقافة من يتعامل معهم الموظف والظروف الاقتصادية والاجتماعية والثقافية...الخ. هذه الظروف يقدرها الإداري ون ولا يحسن تقديرها من جانب القضاء.

• ثالثاً: بانتزاع سلطة التأديب من الرئيس الإداري هيئة تهتز وقدرته على ضبط العمل تضعف خصوصاً إذا أرسل موظفاً ما إلى جهة التأديب ثم يرى من قبلها.

• رابعاً: التأديب يحتاج إلى السرعة والحسم في موقع العمل الذي وقع فيه الخطأ لا يتأتى هذا إلا بجعل التأديب إدارياً

• خامساً: التأديب الإداري يعطي سلطة تقديرية واسعة في التأديب الأمر الذي يمكنها أحياناً إلى تقدير ما إذا كان التأديب قد يؤدي إلى الإضرار بالعمل أو العكس فتعمل على فعل ما هو المناسب لسير المرفق العام بانتظام واطراد

التأديب في القانون اليمني

التأديب في الجمهورية العربية اليمنية - قبل الوحدة - كان له طابعه الإداري إلى جانب الطابع القضائي ، حيث كانت تتنازع سلطتان : الإدارة والقضاء ، كما يلي :

- أولاً : سلطة الإدارة في التأديب :

تتوزع سلطة التأديب الإداري في اليمن بين جهتين : الأولى السلطة الرئاسية ، والثانية المجالس .

1- السلطة الرئاسية :

حيث حدد قانون موظفي الدولة رقم 63/2 في المادة 43 هذه السلطة للوزير أو رئيس المصلحة فقط بينما ادخل قانون رقم 5 لسنة 71م وكلاء الوزارات أيضاً ، في المادة رقم 5 وأضاف القانون رقم 49 لسنة 77م ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار الجمهوري رقم 93 لسنة 81م وكيل الوزارة المساعد والمدير العام . كما حدد القانون العقوبات المخولة للرئيس الإداري ضد موظفيه :

1. لفت نظر .

2. الإنذار .

3. الخصم من المرتب .

كما جاء في المادة 63 من القانون رقم 49 لسنة 77م وكان القانون رقم 2 لسنة 63م فقد حدها في مادته رقم 43 بعقوبتين الإنذار والخصم من المرتب - ولم يذكر عقوبة لفت النظر - وكذلك القانون رقم 5 لسنة 71م في المادتين رقم 50 ، 43 .

وإلى جانب ذلك فقد جعل القانون اليمني من حق الرئيس الإداري أن يحيل الموظف إلى مجلس التأديب إذا رأى أنه يستحق عقوبة أشد من العقوبات التي قد

تدخل ضمن اختصاصه، حيث نصت المادة 66 من القانون رقم 49 لسنة 77م بأن (يصدر القرار بالإحالة إلى مجلس التأديب من وكالة الوزارة أو رئيس المصلحة حسب الأحوال، ويتضمن بياناً بالتهمة المنسوبة إلى الموظف، ويبلغ بهذا القرار بتاريخ الجلسة المحددة لمحاكمته ويكون الإبلاغ بكتاب رسمي قبل التاريخ المحدد لانعقاد المجلس بخمسة عشر يوماً على الأقل).

2- مجلس التأديب:

قسم القانون اليمني مجالس التأديب إلى قسمين:

■ مجالس تأديب خاصة.

■ مجالس تأديب عادية.

أ- مجالس التأديب الخاصة:

وهذه المجالس تنظر في تأديب الموظفين المعيّنين بقرارات جمهورية وتنشأ هذه المجالس بقرارات جمهورية - وتشكل من: وزير العدل (رئيساً) وعضوية كل من وزير الخدمة المدنية والإصلاح الإداري ووزير آخر يختاره الموظف المتهم، وإذا لم يختاره الموظف يقوم باختياره وزير العدل.

ب- مجالس التأديب العادية:

تنظر - هذه المجالس - في تأديب الموظفين العاديين وهم الذين عينوا عن طريق قرارات تصدر من غير رئيس الجمهورية وتشكل هذه المجالس من عناصر تابعة للوحدة الإدارية التابع لها مجلس التأديب (عكس الحال في المجالس الخاصة) حيث ذكرنا أن عناصرها من خارج الوحدة الإدارية - ويختلف تشكيل هذه المجالس من حيث درجة الأعضاء - باختلاف درجة الموظف المتهم.

فحينما يكون الموظف المتهم من شاغلي الدرجة الثانية ويرأسه أحدهم يشترط أن يكون في الدرجة الثانية على الأقل.

أما إذا كان المتهم من شاغلي الدرجة الرابعة فما دون فلا مانع من أن يشكل المجلس ثلاثة من موظفيه من أي درجة على أن يرأسهم موظف لا تقل درجته عن الثالثة.

وتختص مجالس التأديب - بنوعيتها الخاصة والعادية - كل واحد منها في حدود الطائفة التي تنتمي إليه - وذلك بالآتي :

• أولاً: بتوقيع العقوبات التأديبية التي حولها القانون للسلطة الرئاسية

والسابق ذكرها وهي :

أ- لفت النظر الكتابي.

ب- عقوبة الإنذار.

ج- عقوبة الخصم من المرتب للمدة المحددة قانوناً.

والقانون لم ينص على هذه العقوبات صراحة ولكنه نص عليها كاختصاص للجهة الرئاسية ، لا يجوز أن تتعداه إلا بموافقة مجلس التأديب وهو بذلك يعطي لمجالس التأديب عقوبات أكثر جسامة - وهي ما سنذكرها في البند التالي لهذا - وبذلك فإن المجالس لها سلطة توقيع العقوبات الأخف جسامة ، لأن من يملك الأكثر يملك الأقل وفقاً للقاعدة الأصولية.

• ثانياً: تختص المجالس التأديبية - أيضاً - بالعقوبات التي وردت في النص

صراحة وهي عقوبة : الوقف عن العمل . والعزل من الوظيفة مع الحرمان من المعاش أو المكافأة.

• ثالثاً: الاختصاص الولائي :

ويتمثل في اختصاص مجالس التأديب بالموافقة على مدة الوقف الاحتياطي بما

يزيد عن ثلاثة أشهر وهي المدة التي نصت عليها المادة 20 من القانون رقم 49

لسنة 1977م " للسلطة المختصة أن توقف الموظف عن عمله احتياطياً إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك لمدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر ولا يجوز مد هذه المدة إلا بقرار من مجلس التأديب المختص. وللمدة التي يحددها ويترتب على وقف الموظف عن عمله وقف نصف مرتبه ابتداء من اليوم الذي يحال فيه إلى مجلس التأديب ما لم يقرر المجلس صرف مرتبه كاملاً ، ويصرف للموظف الموقوف ما يكون قد أوقف صرفه من مرتبه إذا برئ أو حفظ التحقيق لعدم كفاية الأدلة أو كانت العقوبة التي وقعت عليه هي لفت النظر أو الإنذار ، ، ، " والموافقة على صرف أو عدم صرف المرتب الموقوف نتيجة لوقوف الموظف احتياطياً لصالح التحقيق.

- ثانياً: التأديب القضائي :

في ظل القانون رقم 11 لسنة 73م نشأت المحكمة التأديبية لتقوم بسلطة تأديب الموظفين لارتكابهم المخالفات المالية والإدارية، حيث شكلت هذه المحكمة من العنصر القضائي والإداري. أخذاً من المشرع اليمني للاعتبارات الإدارية في المعالجة التأديبية التي لم يكن الاعتبار القانوني هو الوحيد في نظر المشرع اليمني. وقد أعطاه القانون سلطة توقيع العقوبات التأديبية التي لا تستطيع السلطة الإدارية توقيعها. بالإضافة إلى ذلك فلها اختصاص ولائي يتمثل في سلطتها بالنظر في حد الوقف على زيادة المدة المحددة للسلطة الإدارية، كما أن لها أن تنظر في إيقاف جزء من مرتب الموظف الموقوف.

وقد توقف التأديب القضائي بتجميد المحكمة التأديبية منذ وقت طويل.... ومزيداً من أحكام التأديب سنذكره في القسم الخاص بالقضاء الإداري اليمني.

الفصل الثالث

المقارنة بين قضاء المظالم والقضاء الإداري الحديث

من خلال تناولنا لأحكام قضاء المظالم في النظام الإسلامي، برز لنا الشبه الكبير بين هذا القضاء وبين القضاء الإداري المعاصر من عدة وجوه، إلا أن لكل نظام خصائصه التي تميزه عن غيره، لهذا تبينت لنا الفوارق الجلية بين قضاء المظالم وبين القضاء الإداري الحديث.

لهذا يتعين علينا تخصيص هذا الفصل للمقارنة بين النظامين، وبيان أوجه الاتفاق مع إيضاح جوانب الخلاف بينهما.

وبهذه التوطئة تكون عناصر هذا الفصل قد تحددت في مبحثين على النحو

التالي :

المبحث الأول: أوجه الشبه

المبحث الثاني: أوجه الخلاف

المبحث الأول

أوجه الشبه بين قضاء المظالم والقضاء الإداري

يتفق النظامان في كلا منهما نشأ تدريجياً، وأنهما يختصان - أصلاً - بنظر المنازعات الإدارية، ويقوم كل منهما بدور إنشائي للقاعدة القانونية المطبقة على ذلك النزاع، وأخيراً يتشابه النظامان في أوجه المخالفة التي تستدعي تدخلهما. كل هذه نبيته - بنوع من الإيجاز - يتفق مع الغرض من الدراسة كالاتي:

أولاً التطور في النشأة:

سبق أن بينا - عند دراستنا لنشأة قضاء المظالم في النظام الإسلامي - التطور الذي درج عليه ذلك النظام حتى وصل إلى شكله النهائي.

فعرّفنا - أولاً - أن القضاء في الإسلام مر - بشكل عام - بمراحل:

أولها، مرحلة تجميع السلطات، ثم انفصال السلطات وتحديد السلطة القضائية مع الأخذ بنظام القضاء الواحد، وأخيراً تفرع قضاء المظالم بما يعني الأخذ بمبدأ القضاء المزدوج¹.

ويتنفس التطور نشأت أنظمة القضاء الإداري الحديث - كما سبق بيانه - فالنظام الانجلوسكسوني - مثلاً - بالرغم من أنه يأخذ بنظام القضاء الواحد إلا أنه بدأ في التطور نحو القضاء الإداري المتخصص ويوجد اتجاه جديد ينادي الآن في البلدان (التي تأخذ بهذا النظام) بإقامة قضاء إداري متخصص.

ولا يغيب عن المطلع على تاريخ القضاء الإداري في الدول التي تأخذ بالنظام المزدوج في نظامها القضائي، التطور في نشأة هذا النظام، فلم يصل إلى ما وصل إليه إلا بمراحل، شأنه في ذلك شأن النظام الإسلامي.

¹ راجع ما سبق في هذا الكتاب.

ونضرب مثلاً لذلك بنشأة مجلس الدولة الفرنسي ، حيث لم تعرف فرنسا القضاء الإداري المستقل إلا في وقت متأخر وكانت المحاكم القضائية هناك تتولى الفصل في المنازعات جميعها ، بما فيها المنازعات الإدارية ثم أقيمت عن تولي الرقابة على أعمال الإدارة بعد الثورة الفرنسية ، وتولتها الإدارة نفسها ، ثم شكل مجلس الدولة ، ومر بمراحل مختلفة.

ثانياً : من حيث اختصاص كل منها بالمنازعات الإدارية :

يختص قضاء المظالم بالمنازعات الإدارية إلى جانب غيرها من منازعات المظالم على التفصيل السابق ، وبالنظر إلى الاختصاصات القضائية لمجلس الدولة في الأنظمة المعاصرة ، نجد أن قضاء المظالم يتضمنها في اختصاصه.

وعلى سبيل المثال : التحديد الذي أشارت إليه المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 72 نجد أن هذه الاختصاصات في مجملها قد ذكرها الماوردي في كتابه "الأحكام السلطانية" كاختصاصات قاضي المظالم.

ونحيل القارئ إلى ما سبق ذكره في هذا الموضوع.

والشبه بين القضاء الإداري الحديث وقضاء المظالم في الاختصاص قد أشار إليه الكثير من الفقهاء المعاصرين ، وعلى سبيل المثال : الدكتور سليمان الطماوي والدكتور مصطفى كمال وصفي¹ وغيرهما.

ثالثاً : في دور كل منهما في خلق القاعدة القانونية عند عدم النص :

يوجد تشابه بين القضاء الإداري الحديث وبين قضاء المظالم إلى أن "كل منهما يقوم بدور إنشائي في خلق القاعدة القانونية عند عدم النص ، ويطبقها على الواقعة المعارضة حسبما تقتضيه المصلحة"².

¹ راجع : د. سليمان الطماوي : السلطات الثلاث - مصدر سابق - ص 447 و د. مصطفى كمال وصفي : مصفحة النظم الإسلامية - مصدر سابق - ص 519 وكذلك : د. محمد سلام مذكور : " القضاء في الإسلام " مصدر سابق ص 142 و د. طه الدين الرئيس : النظريات السياسية الإسلامية - مصدر سابق - ص 270.

² د. عبدالفتاح حسن : مقال عن القضاء الإداري في الإسلام - منشور في مجلة مجلس الدولة - مصدر سابق - ص 371.

فالقضاء في الإسلام - بشكل عام - ومنه قضاء المظالم يطبق النص الوارد في القرآن والسنة والإجماع ، وحينما يجد نصاً يطبقه على القضية المعروضة عليه ، فإنه لا يطبق اجتهادات الفقهاء فحسب وإنما له كذلك أن يجتهد بإنشاء قاعدة يطبقها على الوقائع المعروضة عليه مستنبطاً تلك القاعدة القانونية من الأدلة الأصلية. ولهذا يشترط جمهور الفقهاء أن يكون القاضي في مرتبة الاجتهاد¹.

ونصل بهذا إلى القول بأن قاضي المظالم يقوم بإنشاء القاعدة القانونية الواجبة التطبيق عند إعواز النص ملتزماً بالضوابط الشرعية.

وكذلك القضاء الإداري يستطيع أن ينشئ القاعدة القانونية التي تحكم المنازعات الإدارية.

ودور القضاء الإداري الحديث في نشأة قواعد القانون العام ، أصبح من أهم مميزاته ، ويرجع دوره ذلك إلى طبيعة العلاقات التي تنظمها هذه القواعد واختلافها عن قواعد القانون الخاص ، فعلاقة الأفراد بالدولة - وهي موضوع القانون العام - في تطور وتحول دائمين بحيث يكاد أن لا يصلح لمواجهتها وتنظيمها قانون مكتوب.

وهنا تبرز أهمية الدور الذي يلعبه القضاء الإداري.

وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية لقانون مجلس الدولة المصري رقم 165 لسنة 1955م عن القضاء الإداري انه " ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني ، بل هو في الأغلب قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد ، وهي روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص ، ومن ثم ابتدع القضاء الإداري نظرياته التي استقل بها في

¹ يقول هذا الشرط الشافعي ومالك والحنابلة قياساً على الحق من باب ألوى إذ لا يجوز للقاضي أن يقضي تقليداً لقوله تعالى " وإن أحكم بينهم بما أنزل الله " وما أنزل الله لا يعرفه إلا العالم الجهد لا التقليد ، ولا يشترط بعض الفقهاء الاجتهاد في القاضي إذ يجوز توليه التقليد إذا انعدم الجهد - كالحنابلة الذي نحن فيه - بشرط أن تكون له قدرة على الترجيح بين الأقوال . (أنظر : تبصرة الأحكام لإبن فرحون - مرجع سابق - ص 26 وما بعدها و د. عبد الكريم زيدان نظام القضاء في الإسلام - مصدر سابق - ص 29 و 30) .

هذا الشأن وذلك كله يقتضي من القائمين بأمر القضاء الإداري مجهوداً شاقاً مضمناً في البحث والتمحيص والتأصيل ونظراً ثاقباً بصيراً باحتياجات مرافق العامة للمواءمة بين حسن سيرها وبين المصالح الفردية الخاصة " ولا يقتصر ذلك الدور على القضاء الإداري في النظم ذات القضاء المزدوج ، وإنما أيضاً في الأنظمة ذات القضاء الواحد " فلا شك في دور المحكمة العليا الأمريكية الإنشائي في مجال القانون العام " ¹.

رابعاً : من حيث العيوب التي تصيب العمل الإداري فتجعله عرضة للقضاء : ولا يفوتنا أخيراً أن نشير إلى التشابه بين النظامين ، الإسلامي الحديث في تحديد الأسباب أو العيوب التي تصيب العمل الإداري فتجعله غير مشروع يستحق نقضه .

فالقضاء الإداري الحديث وصل بعد تطور تاريخي طويل إلى تحديد التصرف الإداري بالآتي :

- أولاً : عيب الاختصاص .
- ثانياً : عيب الشكل
- ثالثاً : عيب الغاية أو المخراف السلطة .
- رابعاً : عيب المحل أو مخالفة القانون
- خامساً : عيب السبب ² .

ويرجع الفصل في إظهار العيوب لمجلس الدولة الفرنسي .

¹ مؤيد من الفيلسوف جول الدور الإنشائي للقضاء الإداري الحديث راجع د. أحمد كمال أو الجدي بحث بعنوان " الدور الإنشائي للقضاء الإداري بين المذاهب الشكلية والمذاهب الموضوعية في القانون " منشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية - العدد 3 سنة 1962م - من ص 437 - 478 .
² تنص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم 47 سنة 72 على أنه " يشترط في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية ، أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص ، أو عيباً في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح ، وإخفاً في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة " .

وقد نص عليها المشرع المصري في قوانين مجلس الدولة المتعاقبة ، منذ أول قانون وهو القانون رقم 112 لسنة 1946م إلى القانون الحالي رقم 47 لسنة 1972م

1

وقد تنبه إلى وجود هذه العيوب في عمل الدولة الإسلامية صاحب تهذيب الفروق للقرافي ، عند الكلام في الفرق بين قاعدة ما ينفذ من تصرفات الولاية والقضاء ، وما لا ينفذ من ذلك ، حيث قال : (إن ما ينفذ من ذلك ولا ينقض هو ما اجتمع فيه خمسة أمور :

• الأول : ما تتناوله الولاية بالأصالة.

• الثاني : الموافقة لدليل الحكم

• الثالث : الموافقة لسببه وحجته.

• الرابع : انتفاء التهمة

• الخامس : وقوعه على الأوضاع الشرعية.

وأما ما لا ينفذ من ذلك وينقص فهو ما انتفى فيه واحد من هذه الخمسة المذكورة فلذا انقسم خمس أقسام :

• القسم الأول : ما لا تتناوله الولاية بالأصالة.

• القسم الثاني : ما تتناوله الولاية لكن حكم بمستند باطل.

• القسم الثالث : ما حكم به على خلاف السبب.

• القسم الرابع : ما تتناوله الولاية وصادف الحجة والسبب والدليل غير أنه

متهم فيه.

¹ انظر: د. سليمان الطماوي - المصدر السابق - ص 237 وما بعدها. و د. ماجد الخلو - القضاء الإداري ص 361.

• القسم الخامس : ما اجتمع فيه أنه تناولته الولاية ، وصادف السبب .
والدليل والحجة وانتفت التهمة فيه ؟ غير أنه اختلف فيه من جهة الحجة
هل هي حجة أم لا ؟¹

ومقارنة هذه الأمور الخمسة التي ذكرها الفقه الإسلامي بالأسباب التي ذكرها
القضاء والفقه الإداري الحديث (les casdouvertures du recours pour excès de pouvoir) والتي إذا اصاب العمل الإداري جعلته عملاً
غير مشروع يستحق الإلغاء نجد أن هناك تشابهاً مما يعطي للفقه الإسلامي أسبقية في
الإشارة إلى العيوب التي تجعل الأعمال غي مشروعة ، قبل أن يظهرها مجلس
الدولة الفرنسي .

ونفصل ذلك على النحو التالي² :

- أولاً : عيب عدم الاختصاص " L'incoetence " :

وهو ما يعني " عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين جعله المشرع من
سلطة هيئة أخرى أو فرد آخر " ³ ، وهذا تعريف الفقه والقضاء الإداري الحديث .
وقد جاء ذكر هذا العيب تحت اسم ما لم تتناوله الولاية بالأصالة ويقوم الفقهاء
المسلمون في ذلك : إن التصرف من الشخص بغير عمله لا تناوله الولاية لأن
صحة التصرف إنما تستفاد من عقد الولاية ، وعقد الولاية إنما يتناول منصباً معيناً
وبلداً معيناً ، فكان معزولاً عما عداه ، لا ينفذ فيه حكمه ⁴ .

- ثانياً : عيب مخالفة القانون : La Violation de la loi

¹ الشيخ محمد بن علي بن حسين المالكي : قليب الفروق للقرافي . يماشى الفروق - عالم الكتب بيروت . ي 4 ص 78 وما بعدها ، وجاء مثل هذا في
كتاب الفروق نفسه للإمام القرافي - المصدر السابق ي 4 ص 39 ... وانظر د. مصطفى كمال وصفي : مصفحة النظم الإسلامية - مصدر سابق - ص
489 ، ، د. سعيد الحكيم : الرقابة على أعمال الإدارة - مصدر سابق - ص 257 .

² يلاحظ أنه لم يتابع الترتيب الذي سار عليه الفقه الحديث وإنما رتبنا العيوب بحسب ما وردت في الفقه الإسلامي .
³ ذكرته محكمة : القضاء الإداري - نقلاً عن الفقه والقضاء الفرنسيين - في القضية رقم 1867 لسنة 8 ق جلسة 1957/1/27م مجموعة السنة 11 ص
172 . انظر د. سعيد عصفور : القضاء الإداري - مصدر سابق - ص 442 والداكتور سليمان الطماوي - الوجيز في القضاء الإداري - مصدر
سابق - ص 239

⁴ الفروق للقرافي - مرجع سابق - ج 4 ص 40

يوجب الفقه الإسلامي أن يكون التصرف موافقاً لدليل الحكم وإذا كان التصرف بمستند باطل فهذا ينقض لفساد المدرك لا لعدم الولاية فيه ¹ أي أن التصرف باطل ليس لأنه صار من غير مختص وإنما لعدم موافقته القانون من حيث موضوع التصرف.

ويشبه هذا عيب مخالفة القانون "La Violation de la loi" الذي يعني في الفقه الإداري الحديث، مخالفة القواعد القانونية من الناحية الموضوعية ².

- ثالثاً: عيب السبب Vice de motif :

السبب هو الحالة القانونية أو الواقعية التي جعلت رجل الإدارة يصدر العمل الإداري ويجب أن يكون هذا السبب مشروعاً أي مطابقاً للقانون ويعتبر بعض الفقهاء أن عيب السبب يدخل في عيب مخالفة القانون أو "عيب الانحراف" ³ وعند بعض الفقهاء يعتبر عيب السبب عيباً مستقلاً ⁴.

وفي النظام الإسلامي يرى الفقه أنه لكي يعتبر التصرف مشروعاً يجب أن يكون لسبب الدليل وحجته، بمعنى أن يكون مطابقاً للقانون أيضاً من حيث المناسبة ⁵، وفي هذا يقول القرافي: "القسم الثالث" ما حكم به على خلاف السبب (القسم السابق على خلاف الدليل، وقد تقدم الفرق بين الأسباب والأدلة...) فإذا قضى القاضي بالقتل على من لم يقتل، أو البيع على من لم يبيع، أو الطلاق على من لم يطلق أو الدين على من لم يستدن، فهذا قضاء على خلاف الأسباب فإذا أطلع على ذلك وجب نقضه... ⁶

- رابعاً: عيب الغاية (أو انحراف السلطة) Le détournement :

¹ نفس المرجع - ج 4 ص 45

² د. سليمان الطعاوي - المصدر السابق - ص 228 و د. سعد عصفور - المصدر السابق - ص 240

³ د. سليمان الطعاوي - المصدر السابق - ص 294

⁴ د. ماجد الحلوي: القضاء الإداري - مصدر سابق - ص 433

⁵ الدكتور كمال وصفي: مصفحة النظام الإسلامية - مصدر سابق - ص 490

⁶ الفرق للامام القرافي - المرجع السابق ج 4 ص 41

وقد أطلق عليه الفقه الإسلامي مصطلح " التهمة " يقول الإمام القرافي : إن التصرف الذي تتناوله الولاية (أي من صاحب الاختصاص) وصادف فيه الحجة والدليل والسبب (أي كان موافقاً للقانون في موضوعه ومناسبته وشكله) غير أنه متهم فيه كقضائه لنفسه ، فإنه يفسخ ، لأن القاعدة أن التهمة تقدر في التصرفات ¹

واستند لهذا القول على حديث الرسول صلى الله عليه وآله وسلم : " لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين " ، أي (أي متهم) ² من لا تجوز شهادته يجوز حكمه بمعنى لا يصح تصرفه. وهذا يشبه ما حكم به القضاء الإداري الحديث أن القرار الإداري الذي يستهدف منفعة شخصية مشوب بعيب إساءة استعمال السلطة ³.

- خامساً: عيب الشكل Le vice de forme :

الأصل - في النظام الإسلامي - أنه لا يشترط في التصرفات الإدارية أن لا يشترط في أشكال معينة ، ولكن قد يستوجب الشرع لبعض التصرفات أن تخرج في أوضاع معينة ، فإذا كانت التصرفات مخالفة للأوضاع الشرعية. فإن التصرف يكون قابلاً للنقض " لعدم الموافقة للأوضاع الشرعية " .

وقد حكم قاضي سمرقند بإخراج جيش المسلمين من سمرقند بعد أن فتحها ذلك الجيش ، لأن الفتح كان مخالفاً للأوضاع الشرعية إذ أن النص قد حدد تلك الأوضاع بقوله (إذا لقيت عدوك فادعه أو صلاً إلى إحدى خصال ثلاث : ادعه إلى الإسلام فيكون منا وإن أبوا إلا البقاء على دينهم وسلطانهم فأسألهم الجزية وإن أبوا الجزية فأسأعن بالله وقتلهم).

وفي القانون الإداري الحديث وقضائه ، توجد قواعد إجرائية وشكلية مقررّة يتحتم على الإدارة احترامها ، وإلا عد تصرفها معيباً بعيب الشكل .

¹ المرجع السابق ج 4 ص 43

² نفس المرجع ج 4 ص 43

³ انظر حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 15/5/1953م في مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري السنة 7 ص 1536.

المبحث الثاني أوجه الاختلاف

يختلف قضاء المظالم عن القضاء الإداري من عدة وجوه: حيث تتضح الفوارق بينهما إذا نظرنا إلى مدى ولاية كل منهما، ومدى خضوع أعمال الإدارة لرقابتهما، كما أنه بالرغم من أن اختصاصي قضاء المظالم والقضاء الإداري يتواجدان في نظر المنازعات الإدارية، إلا أنهما يختلفان من حيث الاختصاص.

وتوجد أوجه اختلاف في بعض الإجراءات التي تتم أمامها والقانون الذي يطبقه.

بهذه التوطئة، تكون عناصر المبحث قد تحددت في المطالب الآتية:

- **المطلب الأول: الاختلاف في مدى الولاية ونطاق الرقابة.**
- **المطلب الثاني: الاختلاف في الاختصاصات**
- **المطلب الثالث: الاختلاف في الإجراءات والقانون الواجب**

التطبيق.

المطلب الأول

الاختلاف في مدى الولاية ونطاق الرقابة

يقوم القضاء الإداري بمراقبة أعمال الإدارة في حدود سلطات معينة فلا يستطيع أن يتدخل شخص في نشاط الإدارة وكيفية ممارستها وظيفتها، فيصدر أوامر أو نواهي لها، وإنما له أن يحكم مشروعية أو عدم مشروعية التصرف الإداري، أو يعرض عنه، أو يفسر قرارات الإدارة وقد يحكم بعقاب أو تأديب الموظف المخالف بحسب ما تتيح له القوانين المعمول بها إذا ما رفع إليه النزاع بينما يتمتع قضاء المظالم بسلطات واسعة في هذا المجال حيث يتعدى الحكم في المنازعة بالتدخل في نشاط الإدارة.

ومن ناحية أخرى خضوع الإدارة لرقابة ناظر المظالم ليس له قيود - بالمعنى الدقيق - فكل تصرفاتها لا تفلت من رقابته بحيث لا توجد أعمال سيادة تخرج عن ولايته، بينما نظام القضاء الإداري الحديث، يمنع القاضي الإداري من النظر في بعض الأعمال التي تقوم بها الإدارة باعتبار أنها أعمال سيادة.

ونفصل الاختلاف في هذين المجالين في فرعين مستقلين - نخصص فرعاً لكل منهما على حدا كالاتي :

- الفرع الأول : الاختلاف في مدى الولاية.
- الفرع الثاني : الاختلاف في نطاق الرقابة.

الفرع الأول

الخلاف في مدى الولاية

يقوم القضاء الإداري الحديث بإلغاء القرارات الإدارية المخالفة والحكم بالتعويض عما تسببت من أضرار ، كما أنه ليس له أن يفسر القرارات الإدارية ، أو أن يحكم - بالتأديب ، وتشترك كل الأنظمة التي تأخذ بالقضاء الإداري في منع هذا القضاء من التدخل في نشاط الإدارة وكيفية ممارستها وظيفتها عن طريق إصدار أوامر أو نواه لها ، أو تعديل قراراتها.

أما قضاء المظالم ، فولايته واسعة وسلطاته قوية ، تتعارض ومبدأ الفصل بين السلطات الذي يحكم النظم الحديثة. وحتى في الاختصاصات القضائية لقضاء المظالم ، نجد ولايته فيها لا تقف عند فحص مشروعية التصرف موضوع النزاع ، وإنما تمتد إلى حد تدخل ناظر المظالم في أعمال الإدارة عن طريق توجيه الأوامر والنصائح للموظف بعمل المعروف والنهي والزرع عن عمل المنكر ، بل وتأديب الموظف إذا ظهر ظلمه ومخالفته قائلاً " وأنظر في مشكل القصاص نظراً يزيل إشكالها ، ويجعل إلى لوازم الشرع والحق مالها ، وراع أمير المنازعات حتى تنتهي إلى الأواخر ، ولا يبقى فيها تأمل لتأمل ، ولا نظر لناظر ، وتخرج أوامرك بإيصال كل ذي حق حقه ، وكف كل متعدي عن سلوك سبيل العدوان وطرقه ، وأعم بسعيد نظرك ، وتام تفقدك ، وملاحظتك جميع أولياء الدولة ، وكبرائها ومقدميها المطوقين وأمراتها..."¹

والاختلاف بين النظامين الإسلامي والحديث - في مدى ولايتهما - يرجع في نظرنا إلى الاختلاف في طبيعتهما.

¹ صحيح الأعشى للفلقيدي - مصادر سابق - ج 10 ص 334 ود. سعيد الحكيم الرقابة على أعمال الإدارة - مصادر سابق - ص 523.

فالنظام الإسلامي - لطبيعته المذهبية - تختلف رؤيته حول مخالفة القانون، إذ يعتبر الأعمال الإدارية المخالفة للقانون، منكراً يجب زواله. وتتصل هذه الفكرة بالعقيدة لخصوصية القانون الإسلامي، فقاضي المظالم - بناء على اعتبار أن مقاومة المنكر واجب فتعلق بكل مسلم مكلف مستطيع - ملزم من ناحية عقائدية أن يزيل العمل الإداري المخالف وأثره ليس لأنه قاضي فسحب وإنما لأنه مسلم مكلف بالإنهي عن المنكر إذا تمكن من ذلك وسلطته في القضاء تمكنه من هذا الإنهي، وهو بهذا ينفذ التزاماً وظيفياً والتزاماً دينياً.

وسواء أكان هذا المنكر (العمل المخالف) مصدره الإدارة أم الأفراد - لأن القاعدة القانونية موجهة إلى المحاكم وإلى الحكوميين على السواء - فلا يجوز مخالفتها من أحد.

أما النظام الحديث فيحكمه مبدأ الفصل بين الإدارة العاملة والقضاء الإداري الذي يعني أن هناك استقلالاً عضوياً واستقلالاً وظيفياً بين الإدارة والقضاء الإداري.

والاستقلال الوظيفي يعني انفصال الوظيفة الإدارية عن الوظيفة القضائية ويمتنع على كل من الإدارة والقضاء تجاوز اختصاصاتهما الأصلية. فلا يصبح للإدارة أن تفصل في المنازعات الإدارية بنفسها كما لا يمكن للقضاء الإداري أن يتدخل في أعمال الإدارة.

فرقابة القضاء على أعمال الإدارة تقف عند حد مراقبة قانونية أعمال الإدارة ولا يملك القضاء إلا الحكم بمشروعية العمل الإداري أو بعدم مشروعيته وإبطاله، ولا يملك التدخل في عمل الإدارة بالحلل محلها بإصدار قرارات إدارية أو تعديل القرارات الإدارية التي أصدرتها أو توجيه أوامر معينة إليها تلزمها بعمل معين أو تمنعها عن عمل ما¹.

¹ راجع د. محسن خليل - المرجع السابق - ص 78 وما بعدها.

وبالمقارنة نجد أن قضاء المظالم بسلطته الواسعة التي ذكرناها إن كان لها ما يبررها في الزمان القديم، فإنه في عصرنا الحاضر اتضحت معالم السلطات ووظائفها، تعتبر تلك السلطات الواسعة غير مقبولة، فنرى أنه يجب أن توضع حدود لتدخل القضاء ولا يعني ذلك أن يفقد ناظر المظالم تلك السلطات بمجملها، لأن تقييد القضاء من شأنه أن يضعف قيمة أحكامه ويترك للمعتدي سلطة تجعله يتمادى في مخالفة العدالة ومخالفة المشروعية، والسلطات الواسعة التي يتمتع بها قضاء المظالم هي التي تميز هذا القضاء عن القضاء الإداري العادي وفي الوقت نفسه يختلف بها عن القضاء الإداري الحديث،

وإذا نظرنا إلى الجانب الآخر من المقارنة نجد أن من الفقه الإداري الحديث من يعارض مسلك القضاء الإداري الحديث في اقتصره - في دعوة الإلغاء - على الحكم دون إصدار الأوامر إلى الإدارة، أو الحلول محلها لما يترتب عليه من استهانة بأحكام القضاء طالما أن الأمر سيرجع إلى الإدارة في النهاية وغير ذلك من الأسباب التي يسردها هذا الفقه المعارض¹.

لذلك نرى أن السلطات الواسعة التي أعطيت لقضاء المظالم في رقابته على أعمال الإدارة يتحقق بها العدل ويحمي بها مبدأ مشروعية ذلك أن مجرد الحكم بعدم المشروعية لا يكفي إذا لم يعقب القضاء بقرارات يصدرها لتسوية المراكز القانونية التي يخل بها العمل الإداري غير المشروع بل يجب أن تحدد تلك السلطات بضوابط معينة حتى لا يبقى لناظر المظالم الباب مفتوحاً على مصراعيه بما يهدد أعمال الإدارة ويحد من سيرها.

¹ أزيد من التفصيل في اختلاف الفقه الحديث حول مدى سلطة القضاء الإداري في أعمال الإدارة راجع: د. عبد المهلك خيرة: آثار حكم الإلغاء - رسالة دكتوراه - ط 1971 ود. سعيد الحكيم: الرقابة على أعمال الإدارة - مصدر سابق - ص 41.

الفرع الثاني

مدى خضوع أعمال الإدارة للرقابة القضائية

سبق أن أوضحنا أن الرقابة القضائية التي يمارسها قضاء المظالم تمتد إلى جميع أعمال الإدارة دون استثناء، وأن القانون الإسلامي لا يعرف نظرية أعمال السيادة تحقيقاً لمبدأ المساواة أمام القانون الذي هو أساس من أهم أسس الحكم في الإسلام في سلطاته المتعددة. فلا فصل بين حاكم أو محكوم إلا بقدر الاحتكام للقانون المعبر عنه "بالتقوى" حيث تقول الآية الكريمة: "(إن أكرمكم عند الله اتقاكم)"¹.

وقد تقررت هذه المساواة أمام القضاء القرآني: (لا يجر منكم شأن قوم على أن لا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى)².

وقد ذكر هذا المبدأ عمر بن الخطاب في قرار توليته لبعض القضاة حيث نص هذا القرار: "أس بين الناس في مجلسك، وقضائك وفي وجهك، حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ببأس ضعيف في عدلك"³.

وقد سبق أن ذكرنا بعض التطبيقات لقضاء المظالم، وبيننا من خلالها أن أعمال الحكام كانت تخضع لرقابة قضاء المظالم - بما فيها أعمال السيادة. ويرجع الاختلاف في هذه الناحية بين قضاء المظالم وبين القضاء الإداري الحديث الذي يحصن أعمال السيادة من ولاية القضاء الإداري إلى الاختلاف في الهدف، في كل من الدولتين المعاصرة والإسلامية، فالهدف الذي تسعى لتحقيقه الدولة الإسلامية هو إقامة الدين الذي يتمثل في القانون الإسلامي بشقيه التعبدية والمعاملاتية فالهدف من هذه الناحية له وجه واحد هو الوجه القانوني.

¹ آية 13 من سورة الحجرات.

² آية 8 من سورة المائدة.

³ الماوردي: الأحكام السلطانية - مصدر سابق - ص 71.

بينما الغاية من الدولة المعاصرة هي تحقيق الصالح العام ، وهذا يخضع للتوجه السياسي ، ويبقى الدور القانوني - إن وجد - دوراً ثانوياً بينما يحتل الصدارة الدور السياسي¹.

ومن هنا فإن الدور الأساسي لغاية الدولة الإسلامية هو دور قانوني ، يتمثل في ضرورة أن يطبق الجميع القانون ، وخروج بعض الأعمال من دائرة الخضوع يخل بالدور الرئيسي لغاية الدولة الإسلامية.

بينما الدور الرئيسي لغاية الدولة الحديثة هو دور سياسي ، ولهذا فإن الأعمال التي تقوم بها الدولة ويكون باعثها سياسياً أو التي تقوم بها باعتبارها هيئة سياسية ، تعتبر من أعمال السيادة التي لا تخضع لرقابة القضاء الإداري عند بعض المدارس القانونية.

ومن ناحية أخرى يفرق الفقه الدستوري بين طبيعة الدولة المعاصرة وبين طبيعة الدولة الإسلامية.

فالدولة المعاصرة هي صاحبة السيادة ، وهي التي تخلق القانون ولهذا لا يمكن أن تخضع للقانون. فلها أن تستثنى بعض أعمالها من الخضوع للرقابة القضائية بينما الدولة الإسلامية هي وليدة القانون حيث جاء القانون الإسلامي أولاً ثم أنشأ الدولة الإسلامية² ، ولهذا فمن الطبيعي أن تخضع كل أعمال الدولة لهذا القانون الذي أنشأها ، ولا تستثنى منه أي أعمال ومن ثم لا مكان لأعمال السيادة في النظام الإسلامي.

¹ دكتور صلاح ديبس - الخليفة: توليته وعزله - مصدر سابق - ص 67 وما بعدها.

² د. مصطفى كمال وصفي: مصفحة النظم الإسلامية - مصدر سابق - ص 440.

المطلب الثاني

الاختلاف في الاختصاص

بالرغم من الشبه الكبير بين قضاء المظالم والقضاء الإداري الحديث باعتبار أنهما يختصان بالفصل في المنازعات الإدارية، على التفصيل السابق إلا أنهما يختلفان فيما بينهما من حيث الاختصاصات الأخرى التي تدخل في وظيفة كل منهما.

فقضاء المظالم يختص إلى جانب الفصل في المنازعات الإدارية بالآتي :

1- الفصل في منازعات غير إدارية مثل : غصب الأقباء ومنازعات الأوقاف الخاصة ، والمنازعات العادية التي يستعصى نظرها على القاضي العادي.

2- القيام بتنفيذ الأحكام القضائية التي يعجز القضاء عن تنفيذها.

3- القيام بأعمال تعتبر من قبيل الرقابة الإدارية مثل الكشف عن أعمال الموظفين والإشراف على الأوقاف ومعاونة المحتسب فيما يعجز عنه من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ومراعاة العبادة الظاهرة - على التفصيل السابق¹.

ومجمل القول : إن قاضي المظالم يختص بنظر المنازعات الإدارية وبعض القضايا العادية وفوق ذلك يقوم بأعمال يغلب فيها الجانب التنفيذي على الجانب القضائي. والقضاء الإداري الحديث، يختص أصلاً بنظر المنازعات الإدارية - دون نجيرها ولا يختص بالجانب التنفيذي، ومن ناحية أخرى، يقوم مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر بأعمال استشارية كما يقوم بوظيفة التشريع عن طريق صياغته مشروعات القوانين التي تطلبها الحكومة من قسم التشريع بمجلس الدولة، وهذه الأعمال لا يتسنى القيام بها عن طريق قضاء المظالم.

¹ المارودي: الأحكام السلطانية - مصادر سابق - ص 73 و 74

ويرجع ذلك الاختلاف - في نظرنا - إلى الاختلاف في طبيعة كل من قضاء المظالم والقضاء الإداري الحديث، ومن ناحية أخرى يعود اختصاص مجلس الدولة بوظيفة التشريع - وعدم اختصاص ديوان المظالم بهذه الوظيفة إلى الاختلاف في طبيعة التشريعين الإسلامي والحديث.

ونفصل ذلك على النحو التالي :

1- اختلاف الطبيعة بين النظامين :

قضاء المظالم - كما هو واضح من اسمه - قضاء متخصص بنوع من المنازعات هي منازعات (المظالم) ولا تتصف في أي منازعة بالمظلمة إلا إذا توافر فيها عنصر الظلم وعنصر النفوذ وبهذا المعيار نجد أن قضاء المظالم كان يختص بمنازعات ليست إدارية بالإضافة إلى المنازعات الإدارية.

ومن ناحية أخرى، يمتاز قضاء المظالم بأن له طبيعة مزدوجة قضائية وتنفيذية هذه الطبيعة جعلت وظيفته تتأرجح بين القضاء والإدارة¹.

وعلى ذلك نجد من اختصاصاته ما يغلب عليها الجانب التنفيذي على الجانب القضائي.

أما القضاء الإداري فاسمه يدل - أيضاً - على أنه قضاء متخصص في نوع من المنازعات هي المنازعات الإدارية وقد يحدد المشرع تلك المنازعات على سبيل الحصر وقد يترك تحديدها فيقوم الفقه والقضاء بوضع المعايير التي تحددها².

2- طبيعة التشريع³ :

التشريع الإسلامي مصدره سماوي، فما ورد فيه النص لا سبيل إلى تغييره، وما سكت عنه يقوم المجتهدون الذين تتوافر فيهم شروط معينة بوضع الحلول

¹ راجع: د. سليمان الطماوي / السلطات الثلاث - مصدر سابق - ص 447 و 451

² وأهم المعايير التي وضعت لتحديد المنازعات الإدارية: معيار السلطة العامة ومعيار المرفق العام والمعار المزدوج الذي يخلط بين المعيارين السابقين. راجع د. محمود حافظ: القضاء الإداري - مصدر سابق - ص 223 وما بعدها، د. ماجد الحلوي: القضاء الإداري ص 167 وما بعدها.

³ راجع مقارنة بين التشريع في الدولتين الإسلامية والحديثة. د. سليمان الطماوي - السلطات الثلاث - مصدر سابق ص 339 وما بعدها.

التشريعية وفق الأصول والمبادئ التي أرسيتها النصوص (القران والسنة) وهؤلاء المجتهدون ليس لأحد أن يعينهم أو يحدد عددهم وليس بمقدور أحد - غيرهم - أن يصيغ تلك الحلول التشريعية.

أما التشريع في الدولة المعاصرة، فمصدره الشعب - يمثله برلمانه المنتخب - وللدولة عن طريق مؤسساتها المتخصصة، أن تقوم بصياغة ما شاء لها من القوانين في شكل مشروعات تقدمها للبرلمان ويقوم مجلس الدولة في فرنسا ومصر بهذه المهمة.

المطلب الثالث

الاختلاف من حيث الإجراءات والقانون الذي يطبق

يختلف النظامان القضائيان (المظالم، والإداري الحديث) من حيث الإجراءات التي يجب أن تتخذ عند التقاضي ومن حيث القانون الذي يطبق، ونخصص فرعاً مستقلاً "لتفصيل الاختلاف" لكل من هاتين النقطتين على النحو التالي:

الفرع الأول: من حيث الإجراءات
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق.

الفرع الأول من حيث الإجراءات

سبق أن عرفنا من خلال العرض السريع لإجراءات التقاضي أمام قاضي المظالم — أنه ليس للإجراءات شأن كبير في قضاء المظالم فلا توجد شروط شكلية لرفع الدعوى أمام قاضي المظالم كشرط المصلحة أو الالتزام بالمواعيد المحددة في إقامة الدعوى ، ، بينما في الإداري لا يجوز لأي محكمة أن تتصدى لموضوع الدعوى المطروحة أمامها قبل أن تتأكد من استيفاء الأوضاع الشكلية المقررة للدعوى فإنه يتعين عليها أن تقضي بعدم قبولها من الناحية الشكلية ، وبالتالي لا يجوز لها أن تنظر موضوعها ¹.

فمن حيث شرط المصلحة : يرجع هذا الاختلاف إلى نظرة القانون الإسلامي إلى بعض المظالم (المخالفات) بأنها منكر يجب زواله فتدخل في دعوى الحسبة ، ولهذا فان بعض القضايا يتصدى لها قاضي المظالم من تلقاء نفسه دون حاجة إلى متظلم يرفعها تكون مصلحة له ². والحقوق في الشريعة الإسلامية لا تكون مطلقة لأصحابها ، ولا منصرفة لنفعهم الشخصي وإنما هي وسائل موجهة لتحقيق الغرض الاجتماعي الذي تقوم عليه الجماعة ³.

وفي القضاء الحديث استقر القول من قديم : بأن المصلحة مناط الدعوى.

¹ د. سليمان الطماوي: الرجز في القضاء الإداري — مصدر سابق — ص 155 وما بعدها و د. سعد عصفور و د. محسن خليل — القضاء الإداري — مصدر سابق — ص 371 وما بعدها.

² د. سليمان الطماوي: السلطات الثلاث — مصدر سابق ص 452.

³ محمد عبد السلام: نظرية المصلحة في دعوى الإلغاء — دار عطرة للطباعة 1981 ص 11

الفرع الثاني

من حيث القانون الواجب التطبيق

من خصائص النظام الإسلامي قيامه على وحدة القانون في جميع المجالات بما في ذلك المجال الإداري ، حيث لا يوجد ازدواج في القانون¹ وبالتالي فإن ناظر المظالم كان يطبق على المنازعات الإدارية وغيرها نفس القانون الذي يطبقه القاضي العادي والمتمثل في أحكام الشريعة الإسلامية².

وفي ذلك يقول الإمام الماوردي - بعد أن حدد اختصاصات ناظر المظالم : ولا يسوغ أن يحكم بينهم إلا بما يحكم به الحكام والقضاة "³ وهو بهذا يتفق مع نظام القضاء الواحد. إذ يطبق هذا النظام قانونياً واحداً على الكافة حكماً ومحكومين ، دون تفرقة بين أطراف النزاع. أو محاباة للإدارة ، وفي ذلك حماية لحقوق وحرريات الأفراد⁴.

أما القضاء الإداري في النظام المزدوج : فإنه يقوم بتطبيق قواعد قانونية تتناسب مع طبيعة الروابط الإدارية لأن الشؤون الإدارية لها طبيعة خاصة تستلزم أن تحكمها نصوص خاصة ، تتفق مع ما يجب أن تتمتع به المصلحة العامة من رعاية لا تتحقق في ظل المنازعات الإدارية ، وتكون من تلك القواعد (القانون الإداري الذي يتميز عن القانون المدني ويرجع الدكتور مصطفى كمال وصفي ظاهرة (وحدة القانون في النظام الإسلامي إلى الأسباب التالية :

¹ راجع الأستاذ الدكتور مصطفى كمال وصفي: مصطلحة النظم الإسلامية - مصدر سابق - ص 437

² د. سعيد الحكيم - مصدر سابق - ص 560

³ الأحكام السلطانية - مصدر سابق - ص 74

⁴ ماجد الخلو: القضاء الإداري - مصدر سابق ص 76 و 77

- 1- الصيغة النظامية للشرعية الإسلامية : فلا مجال للفرقة بين علاقات إدارية وغير إدارية ، لأنه لا فرق بين العلاقات الإدارية والعلاقة بين رب العمل والعامل ، أو العلاقة بين الأب وأفراد أسرته... الخ.
- وللفرد - في الإسلام - ولاية إدارية ظاهرة عن طريق "الإدارية الشعبية والمؤمنون بعضهم أولياء بعض ، وينهون عن المنكر ويأمرون بالمعروف بوسائل قد تصل إلى حد "التنفيذ المباشر".
- كذلك بسبب الروح المذهبية للشرعية الإسلامية التي طغت على الروح الشعبية اقتضى قيام النظام الإسلامي على وحدة القانون.
- 2- إن الدولة الإسلامية وليدة القانون : عكس ما يقوله الفكر الوضعي أن الدولة نشأت أولاً ثم حددت النظم التي تراها وشرعت من القوانين ما يلائمها ، وبذلك لها أن تستثني نفسها عن القواعد العامة التي تطبق على الأفراد وتنشئ قواعد خاصة بها ، غير أن الدولة في الإسلام لا تستطيع ذلك لأنها وليدة القانون من البداية.
- 3- الشريعة الإسلامية خطاب عام للحاكم والمحكوم : فلا تخصيص ولا تمييز للإدارة عن الأفراد نتيجة للنظامية في الشريعة الإسلامية ولقيام الأفراد بأعباء الإدارة.
- 4- الفرد يقوم بأعمال ذات ولاية عامة : فهو مكلف بإقامة المصالح العامة ، كالمدارس والمستشفيات والمساجد لأنها من فروض الكفاية فإذا لم تقم بها الدولة تعلق الوجوب على الفرد ، وما دام الفرد والدولة يقومان بالعمل في المجال الواحد فلا أساس لاستثناء العلاقات الإدارية من القانون العادي.
- وبهذه الأسباب يختلف أساس "وحدة القانون" في النظام الإسلامي عنه في النظام الانجلوسكسوني الذي يقوم على فكرة "الحرية الفردية" إذ لا يسمح للإدارة أن تتدخل في حريات الأفراد.

الباب الثالث

القضاء الإداري في اليمن

دراستنا لهذا الباب هي دراسة النظام اليمني في رقابته على أعمال الإدارة بمختلف صورها حيث نتطرق أولاً لصور الرقابات التي تشارك في حماية المشروعية. ثم نبحث في تطور الرقابات القضائية في اليمن.

في الفصول الآتية :

الفصل الأول : صور الرقابة على أعمال الإدارة.

الفصل الثاني : تطور الرقابة القضائية.

الفصل الثالث : ما نرى الأخذ به في اليمن.

الفصل الأول

صور الرقابة على أعمال الإدارة

اليمن حالياً تمر في مرحلة تحول تاريخي وأخطار المحراف الإدارة الحكومية في مرحلة التحول كبيرة، والضمانة التي تقي المجتمع من هذا الانحراف هي: تدعيم وسائل الرقابة على أعمال الإدارة بصورها الثلاث: رقابة الإدارة نفسها، الرقابة السياسية، والرقابة القضائية.

وللوقوف على مدى فعالية هذه الرقابة في القانون اليمني سوف نتناول الرقابة السياسية أولاً ثم الرقابة الإدارية، لننتقل بعدها إلى تناول الرقابة القضائية، كمدخل للبحث في النظام القضائي اليمني ومدى رقابته على أعمال الإدارة في الفصول التي تلي هذا الفصل.

وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: الرقابة السياسية.

المبحث الثاني: الرقابة الإدارية.

المبحث الأول الرقابة السياسية

يجب التنبيه أولاً إلى أن الرقابة السياسية تعتبر من موضوعات القانون الدستوري، بهذا تخرج عن مجال القانون الإداري ولذا سنتناولها بنوع من الإيجاز.

ومن ناحية أخرى: يقصر جانب من الفقهاء الرقابة السياسية على رقابة السلطة التشريعية لأعمال الإدارة¹. ويضيف عدد من الفقهاء إلى جانب رقابة السلطة التشريعية الرقابة عن طريق الرأي العام². ويذهب بعض الفقهاء إلى أن للرقابة السياسية ثلاث صور: فبالإضافة إلى الصورتين السابقتين، توجد الرقابة الشعبية التي يباشرها أفراد الشعب عن طريق الاستفتاءات الشعبية³.

وبالنظر إلى الوضع القانوني في اليمن نجد أن للرقابة السياسية ممثلة في صورتين: الصورة الأولى رقابة الرأي العام، الصورة الثانية رقابة السلطة التشريعية.

وعلى ذلك يتحدد هذا البحث في مطلبين نخصص كل مطلب لصورة من الرقابة السياسية على النحو الآتي:

المطلب الأول: رقابة الرأي العام

المطلب الثاني: الرقابة النيابية.

¹ انظر: د. عبد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة، دار الفكر، القاهرة. بدون تاريخ: ص 127. مامد الحلو: القضاء الإداري ص 68 و د. محسن خليل: مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري ص 68

² د. محمد عبد الحميد أو زيد: رقابة القضاء لأعمال الإدارة - مصدر سابق - ص 94 و د. العطاء أبو عوف: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في السودان مؤسسة الفجالة للطباعة - القاهرة - ص 19 وما بعدها.

³ د. سائر جمال الدين: الرقابة على أعمال الإدارة - مصدر سابق - ص 182 وبعض الكتاب لا يحدون الرقابة السياسية ضمن الرقابة على أعمال الإدارة: انظر د. سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري مصدر سابق ص 10 وما بعدها.

المطلب الأول رقابة الرأي العام

للرأي العام سلطة رقابة على الإدارة - من خلال أجهزة الإعلام وأحزاب المعارضة، وجماعات الضغط - التي تمارس أوجه النقد مما يؤدي إلى تخوف أجهزة الحكومة من الممارسات الخاطئة، وتتوقف فاعلية هذا النوع من الرقابة على مدى نضج الشعب سياسياً ومدى ثقافته ووعيه بالشئون السياسية¹.

وتتعدد الوسائل التي تتم بها رقابة الرأي العام. غير أن أهمها وأكثرها فعالية وتطبيقاً هي: الأحزاب السياسية والنقابات ووسائل الإعلام، فما دور هذه الوسائل في الرقابة على أعمال الإدارة في اليمن وما موقف القانون اليمني منها؟ ذلك ما سوف نجيب عليه في الفروع التالية:

الفرع الأول: رقابة الأحزاب السياسية.

الفرع الثاني: رقابة النقابات.

الفرع الثالث: رقابة وسائل الإعلام.

¹ د. سامي جمال الدين: الرقابة على أعمال الإدارة - مصدر سابق - ص 191

الفرع الأول

رقابة الأحزاب السياسية

لم يكن للأحزاب السياسية دور رقابي يذكر في القانون اليمني الحديث قبل دستور دولة الوحدة - سواء في دولة الشمال أو الجنوب.

لهذا سوف نبين دور الرقابة الحزبية في الجمهورية العربية اليمنية أولاً وثم في جمهورية اليمن الديمقراطية.. ثانياً. وفي الأخير دور الأحزاب في الرقابة السياسية في ظل الجمهورية اليمنية بعد الوحدة.

- أولاً: رقابة الأحزاب السياسية في الجمهورية العربية اليمنية (الشمال):

كانت الدساتير اليمنية السابقة قد حرمت الحزبية بكل أشكالها حيث نص دستور 1970م في المادة 37 على أن: "الحزبية بجميع أشكالها محظورة" ويؤيد هذا الاتجاه فريق الفقهاء باعتبار أن الحزبية آفة الديمقراطية، وتسبب في تمزيق وحدة الدولة الموحدة، خصوصاً في الدول النامية¹، ولكن بعض الفقهاء ينتقد هذا الوضع لأنه يفسح المجال لبقاء تنظيمات بديلة يكون خطرها على وحدة الدولة غير مستبعد، وكنا في مؤلف سابق قد أيدنا هذا الرأي ودللنا على صحته بالواقع اليمني آنذاك حيث قلنا:

والواقع اليمني يؤيد الرأي السابق، فبالرغم من الخطر الدستوري على قيام الأحزاب فإنه توجد على الساحة اليمنية جماعات هي في حقيقتها تنظيمات لا يقل دورها - خصوصاً فيما نحن بصددده - عن الأحزاب، وذلك كالجماعات القبلية والجماعات الإسلامية والتجمعات اليسارية المتأثرة ببعض الأحزاب الخارجية.

¹ انظر هذه الآراء والرد عليها د. سليمان محمد الطماوي: السلطات الثلاث - مصادر سابق - ص 571 وما بعدها.

وتبرز مظاهر هذه التجمعات في الساحة اليمنية، من خلال مواسم الانتخابات حيث يتم التنافس فيما بينها لأجل الفوز فيها، والحصول على مقاعد في المجالس المحلية، لتصل إلى غايتها عن طريق تلك المقاعد أو المناصب. كذلك تبدو ظاهر تلك التجمعات من خلال المؤتمرات الجماهيرية، حيث يتكفل كل فريق ليفرض وجهة نظره في الموضوعات المطروحة¹. وقد تحولت هذه التجمعات - اليوم - إلى أحزاب سياسية مما يؤيد وجهة نظرنا السابقة.

ولسنا هنا بصدد تقييم هذه الظاهرة، وإنما فقط لنبين الدور الرقابي لتلك التجمعات. فالملحوظ أن دورها في الرقابة سواء داخل المؤسسات الدستورية - بحكم مسئولية أعضائها - أو خارجها عن طريق منابرها الخاصة كالصحافة²، ووسائل الإعلام الأخرى والتي من خلالها تعبر هذه التجمعات عن وجهات نظرها، وتشكل بذلك رقابة مؤثرة تأخذها الإدارة في حساباتها. بالإضافة إلى ما كنت تقوم به تلك التجمعات عن طريق ممارسة أفرادها - الذين وصلوا إلى مقاعد المجالس التشريعية والمحلية - لحقوقهم - الدستورية والقانونية، كالأستئلة، وطلبات الإحاطة وغيرها في حدود القانون. ولا نبالغ إذا قلنا أن دور تلك التجمعات في الرقابة على أعمال الإدارة قد يفوق دور الأحزاب السياسية في بعض البلدان العربية نظراً للمناخ الديمقراطي الحر الذي كانت تعيشه اليمن في تلك الفترة.

- ثانياً: الرقابة الحزبية في جمهورية اليمن الديمقراطية (الجنوب):

¹ حيث يقول د. سليمان الطماوي: لعل دستور الجمهورية العربية اليمنية هو الدستور العربي الوحيد الذي حرم الحزبية بجميع أشكالها، ومثل هذا الحكم يفسح المجال لبقاء تنظيمات بديلة أهمها - في اليمن - النظام القبلي وهو أخطر على وحدة الدولة. أما النظام الحزبي السليم فإنه كفيل بتفتيت التقاليد القبلية التي تعاني منها اليمن. (انظر: المصطلحات الثلاث - المصدر السابق - ص 590 وتعقب استاذنا الطماوي هذا جاء قبل إنشاء المؤتمر الشعبي، كنظام سياسي).

² وعلى سبيل المثال: تصدر صحيفة الصبحوة تعبر عن رأي التيار الإسلامي، بينما وجدت صحيفة الأمل لسان حال التيار اليساري. التي أوقفت في الآونة الأخيرة.

وفي الجنوب، فبالرغم من إباحة الحزبية إلا أنه في الواقع تبلورت الحزبية في حزب واحد هو الحزب الاشتراكي الذي تكون من اتحاد مجموعة أحزاب يسارية تبنت الفكر الاشتراكي سنة 1979م.

وقد سيطر هذا الحزب على الساحة السياسية¹ وانعدمت المعارضة وبذلك انعدمت الرقابة الحزبية، فكان الحزب الاشتراكي هو الحزب الوحيد في البرلمان وفي الحكومة، وبالتالي لا يمكن القول بوجود رقابة حزبية إلا عن طريق الحزب الاشتراكي فهو الحزب الحاكم وهو الحزب المراقب.

- ثالثاً: الرقابة الحزبية في الجمهورية اليمنية (بعد الوحدة):

قد تكفل دستور دولة الوحدة التعددية السياسية² ومن خلال الأحزاب السياسية التي أنشئت ظهرت فعالية الرقابة الحزبية عن طريق مخاطبتها الرأي العام بوسائل متعددة وكشف أخطاء الإدارة مما يجعلها ضمانة لحماية مبدأ الشرعية...

¹ المادة 3 من دستور جمهورية اليمن الديمقراطية على أن: الحزب الاشتراكي اليمني المسلح بنظره الاشتراكية العلمية هو القائد الموجه للمجتمع والدولة. وهو الذي يحدد الأفق العام لتطور المجتمع وخط السياسة الداخلية والخارجية للدولة ويقود الحزب الاشتراكي نضال الشعب ومنظماته الجماهيرية نحو الانتصار العام لإستراتيجية الثورة اليمنية، واستكمال مهام الثورة الوطنية وصولاً إلى بناء الاشتراكية.

² ينظر المادة 78 من دستور الجمهورية اليمنية.

الفرع الثاني الجمعيات والنقابات

كفل أول دستور للجمهورية العربية اليمنية (سابقاً في الشمال) حرية تأسيس الجمعيات والنقابات بصورة غير مباشرة¹ وقد نظم القرار الجمهوري بالقانون رقم 11 لسنة 1963م الجمعيات وكان هو السند القانوني الوحيد الذي كانت تستمد الجمعيات والنقابات والاتحادات الشعبية في اليمن الشمالي شرعيتها بالرغم من انتشارها، وقد انتقدنا هذا الوضع في حينه في بعض مؤلفاتنا².

أما في الجنوب فقد ظهرت عناية دستور جمهورية اليمن الديمقراطية الصادر في 1978م حيث أفرد للنقابات فصلاً خاصاً ضمن الباب الثاني³. وبعد الوحدة نص دستور الجمهورية اليمنية على: حق المواطنين في تنظيم أنفسهم سياسياً ومهنياً ونقابياً⁴.

وأصبح من الضروري بعد هذا النص الدستوري صدور قانون خاص - بالنقابات يضع من الأحكام ما يتلاءم والأوضاع الجديدة لهذه النقابات ويزيل مظاهر التشطير فيها⁵ خصوصاً وهي تحتاج إلى أحكام تعالج مشاكلها وتحدد دورها الرقابي في تلك الأحكام الموجودة في قوانين ما قبل الوحدة والتي لا تتلاءم والدور الرقابي للنقابات اليوم.

¹ أشارت المادة رقم 23 من دستور 1963م الموقت إلى الجمعيات التعاونية وأحالت تنظيمها إلى القانون العادي حيث نصت على أن تشجع الدولة التعاون، وترعى المنشآت التعاونية بمختلف صورها، وينظم القانون الأحكام الخاصة بالجمعيات التعاونية. ونفس الحكم ورد في المادة رقم 11 من دستور 1964م وورد حكم قريب من هذا في المادة 16 من دستور 1970م.

² انظر كتابنا: قضاء المقام - مصدر سابق - ص 274

³ انظر الملواذ 63، 64، 65، 66، 67، من الدستور المشار إليه.

⁴ انظر المادة 78 من دستور الجمهورية اليمنية.

⁵ حيث لا زال كثير من النقابات مشطرة وعلى سبيل المثال توجد نقابة للمعلمين في المحافظات الشمالية تحت اسم نقابة المعلمين، وأخرى في المحافظات الجنوبية تحت اسم " نقابة المهن التعليمية " وهكذا بالنسبة للمهن الأخرى.

وكنا في مؤلف سابق قد طالبنا بدور رقابي للنقابات بعد إن لاحظنا من خلال البحث عدم وجود (مظاهر فعلية لرقابة تلك الجمعيات والنقابات على أعمال الإدارة بالرغم من انتشارها (بحيث أصبح لكل فئة أو نشاط جمعية أو نقابة تمثلها) إلا أن وضعها لا زال في بدايته ولهذا فهي قليلة التأثير في الحياة الإدارية نظراً لحدثة نشأتها فلم تتبلور أنظمتها بعد، بحيث تصبح أداة فعالة للقيام بمصالح أفرادها والمطالبة بحقوقهم.

ومن ناحية أخرى تتقارب هذه الجمعيات مع الإدارة، الأمر الذي جعلها أشبه شيء بجهة إدارية تتبع السلطة¹ إلا أن دور النقابات الرقابي قد نشط بعد أن تضمنت التشريعات ضمانات فعالة للعمل النقابي.

¹ انظر مؤلفنا السابق الإشارة إليه - ص 276

الفرع الثالث

رقابة وسائل الإعلام

لا شك في أهمية الدور البارز الذي تلعبه مختلف وسائل الإعلام في تكوين الرأي العام وتوجيه النقد إلى الإدارة، وتصرفاتها مما يجعلها من أهم أوجه الرقابة السياسية على الإدارة خصوصاً إذا كانت هذه الوسائل مكفولة الحرية في إطلاع الرأي العام على مجريات الأحداث دون رقابة مسبقة إلا في حدود القانون.

ولهذا تهتم الدساتير عادة بحرية وسائل الإعلام وقد أهتم المشرع الدستوري اليمني بحرية التعبير بإلزام الدولة بكفالة حرية الفكر والإعراب عن الرأي بالقول والكتابة والتصوير في حدود القانون¹.

ونظم المشرع العادي حرية التعبير بقانون خاص بالصحافة والمطبوعات²، ومن أهم وسائل الإعلام: الصحافة باعتبارها أكثر الوسائل استخداماً عند الرأي العام وإمكانية امتلاك الجهات غير الحكومية لها بعكس التلفزيون والإذاعة³.

¹ المادة 26 من دستور الجمهورية اليمنية 1990 م

² صدر في 1991/2/23 م.

³ ويعود تاريخ الصحافة في اليمن إلى عام 297 هـ — 1878 م بصدور أول صحيفة في صنعاء باسمها كما أن وسائل الإعلام التقليدية في اليمن كانت من أهم وسائل الرقابة آنذاك. وكانت صحيفة الأيمان في الصحيفة الرسمية للحكومة قبل الثورة، وكانت تقوم بنشر قوانين وقرارات الدولة ولم يكن لها دور في الرقابة ذلك أن القصر كان يشرف على أهم المواد فيها خاصة المقالات في مقابل هذه الصحيفة الرسمية صدرت صحف ومجسلات أخرى أهلية سواء منها الداخلية أو الخارجية (المعارضة).

المطلب الثاني

الرقابة النيابية

الرقابة النيابية على أعمال السلطة التنفيذية تختلف باختلاف النظام السياسي، ففي النظام البرلماني تكون للرقابة فعالية أكثر منها في النظام الرئاسي، لأن الوزراء في النظام البرلماني مسئولون تضامياً وفردياً، بيد أنه ليست كل الدول التي تأخذ بالنظام البرلماني في مرتبة واحدة من حيث قوة الرقابة البرلمانية فالدول المتقدمة، ذات النظم البرلمانية، تكون الرقابة فيها أقوى منها في دول العالم الثالث، التي تتبعد قليلاً أو كثيراً من تطبيقات الديمقراطية التي تعلن عنها نظرياً، بينما الممارسات مختلفة والقوانين مركبة، ومفصلة على مقاسات هذه الممارسات. وفي الجمهورية اليمنية: نص الدستور الحالي - صراحة - على اختصاص مجلس النواب بوظيفة الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية.

وبالإضافة إلى أن المشرع الدستوري اليمني قد نص على بعض صور الرقابة على أعمال الإدارة، فقد نص - أيضاً - على بعض مظاهر الرقابة التي تنصب على أعضاء الحكومة أنفسهم¹.

- تقدير الرقابة السياسية:

ذكرنا أن الرقابة السياسية تتمثل بصورة رئيسية في رقابة الرأي العام عن طريق وسائل الإعلام، خصوصاً الصحافة التي تستخدمها الأحزاب المعارضة وحتى الحاكمة (أحياناً) ذلك تتمثل في مجلس النواب وما يستخدم من وسائل قانونية تجاه الحكومة وأعضائها لهذا سوف نتلمس هذه الأدوار كما يلي:

أولاً: بالنسبة لوسائل الإعلام: لا شك أنه أصبح لوسائل الإعلام دور مهم في الرقابة على أعمال الإدارة في الجمهورية اليمنية الموحدة، فعن طريق ما تنشره هذه الوسائل وخصوصاً الصحافة من أخبار تكشف بها انحرافات الإدارة وتحثها على

¹نص المادة 45 من الدستور الصادر في 1970 م على أن يتولى مجلس الشورى مراقبة أعمال السلطة التنفيذية وقد ورد هذا الحكم في دستور سنة 64 مادة 47 وورد في هذا الدستور الحالي للجمهورية اليمنية هذا الحكم.

تصحيح أخطائها كما أن نشر هذه الانحرافات يؤدي إلى اطلاع أكبر عدد ممكن من الأفراد على حقيقة مجريات الأمور، ومن ناحية أخرى تلفت هذه الأخبار نظر ممثلي الأمة في مجلس النواب فيقومون بممارسة حقهم في الرقابة البرلمانية عن طريق الأسئلة والاستجابات وغيرها.

كل ذلك له أثره في توجيه الإدارة وحثها على عدم الظلم وتحقيق العدل، إلا أن هذا الدور يخفت في حالة خضوع الصحافة للرقابة الصارمة، وهذا ما كانت تشكو منه وسائل الإعلام في اليمن من كفالة القانون حرية وسائل الإعلام إلا أن هذه الوسائل منها ما تملكه الدولة فيخضع لسياستها ومنها ما يملكه الأفراد كالصحافة الخاصة إلا أن الضغط الشديد الذي كانت تمارسه أجهزة الرقابة عليها حال دون قيامها بواجبها في مراقبة الإدارة ناقله إليها الرأي العام أو مكونه ذلك الرأي، وقد أثرت الحرية القائمة لوسائل الإعلام (بعد الوحدة) على الدور الرقابي لها إيجاباً إلا أن الكوادر الإعلامية - في اليمن - تفتقر إلى استخدام الوسائل الحديثة في كشف المخالفات مثل الدراسات الميدانية وتحمل المخاطر في سبيل ذلك، لأن الكوادر تنقصها الضمانات المعنوية والمادية التي تمكنها من التعبير في حدود القانون.

ثانياً: بالنسبة لرقابة مجلس النواب: كان يمكن أن تكون أداة لحماية الشرعية وأن تحد من انحراف الإدارة وتحمي حقوق وحرية الأفراد ولكن لا نستطيع التعويل عليها لعدم وجود المعارضة - المنتظمة في مجلس النواب، لأن أغلبية الأعضاء لم تكن لهم برامج للعمل السياسي كانت هي الأساس أو الدافع لاختيارهم من قبل الناخبين، حيث لا زالت الدوافع وراء الانتخابات أغلبها دوافع شخصية ترجع إلى صفة المرشح ومدى مكانته الاجتماعية والقبيلة والمالية وإن لبست ثوب الحزبية. لهذا فإن معارضتهم للحكومة لن تكون قائمة على برنامج حقيقي ومن ناحية أخرى لا تزال خبرة أفراد الشعب اليمني في الممارسات السياسية في خطواتها الأولى مما جعل الاعتماد على الرقابة السياسية - بصفة أساسية - محل نظر.

لهذا كان التركيز على أنواع الرقابة الأخرى على النحو الذي سوف نفضله في المباحث التالية إن شاء الله.

المبحث الثاني

الرقابة الإدارية

سبق القول بأنه بمقتضى مبدأ الشرعية يجب على الإدارة، عند إصدارها لقراراتها - أن تتقيد بالقانون، وتبعا لذلك يجب عليها (من باب أولى) إن هي أصدرت قرارات إدارية مخالفة للقانون بأن ترجع عنها¹.

ومن المبادئ التي تحكم التنظيم الإداري مبدأ وجوب التلازم والتناسب بين السلطة والمسئولية فأينما وجدت السلطة وجدت المسئولية وبنفس القدر لهذا فإن سلطة مراقبة الإدارة، يجب أن تكون في يد الرئيس الإداري².

ولكن من ناحية أخرى فإن مبدأ تقسيم العمل يفرض ضرورة وجود هيئات إدارية متخصصة تمارس وظيفة الرقابة على الجهات الإدارية المختلفة.

وقد سار القانون اليمني على نهج هذه المبادئ فدخل للسلطة الإدارية مباشرة الرقابة حيث أوجب القانون اليمني "على الموظف أن ينفذ ما يصدر إليه من أوامر بدقة وذلك في حدود القوانين واللوائح والنظم المعمول بها، ويتحمل كل رئيس مسؤولية الأوامر التي تصدر منه ويكون مسئولا عن سير العمل في حدود اختصاصه"³.

وهذا الحكم يقرر للرئيس الإداري إصدار الأوامر إلى مرؤوسيه كما يقرر واجب الطاعة على المرؤوسين وبين المبرر لذلك إذ يحمل الرئيس الإداري مسؤولية حسن سير العمل في حدود اختصاصه "وهذا تطبيق لمبدأ التلازم بين السلطة والمسئولية - الذي سبق ذكره. ويرتب القانون على مخالفة الموظف لتعليمات رئيسة مسؤولية تأديبية.

¹ د. سامي جمال الدين: الرقابة على أعمال الإدارة ص 212

² د. سلمان الطماوي - مبادئ علم الإدارة - مصدر سابق - ص 131

³ فقرة 4 من المادة 55 من قانون موظفي الدولة رقم 49 لسنة 1977م.

وللرئيس الإداري رقابة تصرفات مرؤوسيه ، فإذا وصلتته شكوى من هذا التصرف فله أن يراجع أعمال مرؤوسيه فإذا ما انكشفت له مخالفات قانونية في هذا التصرف أو اتضح له عدم ملائمته فإن للرئيس الإداري أن يعدله أو يسحبه أو يلغيه.

إلى جانب ذلك فإن التشريع اليمني يأخذ الرقابة الإدارية المتخصصة الداخلية منها والخارجية وتتمثل الرقابة المتخصصة الداخلية برقابة اللجان الإدارية والمجالس التأديبية ، والرقابة المتخصصة الخارجية تقوم بعضها بالرقابة في المجال المالي (كالجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة) وبعضها الآخر يقوم بالرقابة في المجال الإداري مثل وزارة الخدمة المدنية - القطاع الرقابي.

تقدير الرقابة الإدارية :

النظام الإداري في اليمن يأخذ بالنظام المزدوج في مجال التأديب : فيعطي للإدارة (ممثلة في الرئاسة ومجالس التأديب) الرقابة في مجال التأديب وهذا بدوره يقوي الرقابة الإدارية.

من ناحية أخرى تزداد أهمية الرقابة الإدارية بسبب ضعف الرقابة السياسية - كما سبقت الإشارة إلى ذلك - ولعدم وضوح الرؤية بالنسبة للرقابة القضائية وعليه يبقى لحماية حقوق وحريات الأفراد من تعسف الإدارة إلا اللجوء إليها.

نظراً لطابع المركزية الغالب في النظام الإداري اليمني فإن ذلك يجعل للرقابة الإدارية أهميتها واتساعها نظراً لتمتع الرؤساء الإداريين في النظام الإداري المركزي - من الناحية القانونية - لسلطة رئاسية قوية تتناول المرؤوسين في أشخاصهم وأعمالهم ، مما يمكن الأجهزة الرقابية المركزية من فرض رقابتها الشاملة على تصرفاتهم.

هذا كله يجعل للرقابة الإدارية أهميتها ، ولكن ، من الناحية العملية ، نجد ضعف الرقابة الرئاسية وعدم قيام الأجهزة الرقابية الأخرى بمهامها مما يجعلنا نقرر بأن

الرقابة الإدارية - بكل صورها - لا تؤدي دورها كما يرام بالرغم من السلطات القانونية والإمكانات المادية المتوفرة للأجهزة المتخصصة.

ومن أهم أسباب ضعف الرقابة الإدارية :

- أولاً : إن أغلب المخالفات تأتي من الرؤساء الإداريين أنفسهم ، ويتمادون في ارتكاب المخالفات لعدم جدية وسائل الرقابة الأخرى (كالرقابة السياسية) - على التفصيل السابق - والرقابة التي تتولاها الأجهزة الرقابية المتخصصة بالإضافة إلى عدم فعالية الرقابة القضائية - كما سنرى - ومن هنا فإننا فقد الشيء لا يعطيه ، وينطبق عليهم في هذه الحالة قوله تعالى : ((أأأمرون الناس بالبر وتنسون أنفسكم))¹.

- ثانياً : وجود العلاقات الوطيدة بين المرؤوسين والرؤساء ، نتيجة وجود الروابط العائلية والحزبية بينهم لأنه غالباً ما تسعى القيادات الإدارية لتوظيف أقاربها وأعضاء حزبها في الأجهزة الإدارية التي تديرها ، ومن جهة أخرى (تؤدي التقاليد اليمنية - التي تتم بالبساطة - إلى اختلاط الرؤساء بالمرؤوسين ، بشكل واسع ، مما يؤدي إلى : أن يفقد الرئيس هيئته عند مرؤوسيه) بالإضافة إلى أن بعض الرؤساء لهم من وراء مرؤوسيهم مكاسب مشبوهة تؤدي إلى ارتباط المصالح بوجود العلاقات الخاصة التي تحول دون هؤلاء الرؤساء على مرؤوسيهم².

- ثالثاً : المعرفة المسبقة عند الرؤساء الإداريين بأن نتيجة الرقابة ستكون سلبية ، وقد يتأذى بها الرئيس الإداري شخصياً لما تتيحه بعض الأوضاع الإدارية من فرض لمن يريد الشكوى كيدياً بمرؤوسيه - بما يسيء إلى سمعته على الأقل.

¹ سورة البقرة آية 44.

² د. أحمد عبد الرحمن شرف الدين : النظام القانوني للموظف العام - مصدر سابق ص 292

٣ رابعاً: ظاهرة عدم إطاعة الأوامر "المتفشية في الجهاز الحكومي" تؤثر في عدم جدوى الرقابة الرئاسية، لأن ذلك يؤثر في واجب خضوع الرؤوس لأوامر رئيسة¹.

كل ذلك يجعل من الرقابة الرئاسية وسيلة غير فعالة، وبالتالي لا يجب التعويل عليها وحدها. بالإضافة - إلى تغليب الجانب السياسي في العمل الإداري حيث خضعت قواعد التعيين والنقل والترقيات للمعايير السياسية وحلت مبادئ سياسية مثل، مبدأ الولاء الحزبي للوظائف محل المبادئ العلمية والموضوعية مما أثر في الرقابة الإدارية.

¹ د. احمد عبد الرحمن شرف الدين - المصدر السابق - ص 292

الفصل الثاني

تطور الرقابة القضائية

من ناحية أخرى كان للتشريع والفقه دور أساسي في تطور الرقابة القضائية ،
اختلف هذا الدور - في أهميته وقوته - باختلاف الزمان والمكان والنظام السياسي.

لهذا سيكون تناولنا لهذا الفصل من خلال المباحث التالية :

المبحث الأول : التطور التاريخي لحل المنازعات الإدارية

المبحث الثاني : دور التشريع في تطور الرقابة القضائية

المبحث الثالث : دور القضاء والفقه.

المبحث الأول

التطور التاريخي لحل المنازعات الإدارية في اليمن

وفيه مطلبان : **المطلب الأول : القضاء الإداري اليمني القديم**

المطلب الثاني : القضاء الإداري اليمني الحديث

المطلب الأول

القضاء الإداري اليمني القديم

ظهرت فكرة التشريع والقضاء في اليمن في فترة قديمة جداً حيث ترجع إلى القرن الرابع عشر قبل الميلاد حينما تكونت أول دولة ذات نظم سياسية في اليمن وهي دولة معين، ثم الممالك التي تليها وكانت هذه التشريعات تصدرها مجالس برلمانية تسمى (المزود).

ويسوقنا هذا إلى القول بأن القضاء ظهر أيضاً عند قدماء اليمنيين لشعورهم بضرورة تطبيق القوانين على الخصومات والقضايا المطروحة. وقد سلك القدماء طرقاً متعددة لحل الخلافات فيما بينهم أهمها عن طريق ملوكهم والمحاكم الرسمية والدينية وكذا عن طريق المحكمين الذي اشتهرت بهم اليمن القديمة.

وبعد أن دخل الإسلام إلى اليمن وأصبحت اليمن ضمن الدول الإسلامية غدا النظام القضائي نظاماً إسلامياً لكن اليمن انفصلت مبكرة عن تلك الدول وتعاقبت عليها أنظمة مختلفة حتى وصلت إلى ما هي عليه الآن دولة حديثة وكان لا بد أن تتأثر الأنظمة فيها ببعض الأنظمة المعاصرة ومنها (النظام القضائي) بيد أن الصلة لم تنقطع بين النظام القضائي القديم وبين النظام القضائي الحديث من حيث الأسس والمبادئ.

فيما يتعلق بحل المنازعات الإدارية فقد عرف اليمن نظام قضاء المظالم في العهد الإسلامي الأول.

ومن السوابق في هذا سابقة قضائية من هذا النوع في العصر الإسلامي الأول: في عهد الخليفة عمر بن الخطاب حيث رفعت إليه دعوى ضد وإليه على اليمن

فقضى فيها وأرسل إلى الوالي إشارة على عريضتهم نصاً... (إما عدلت وإلا اعتزلت).

وفي عام 149هـ كلف الخليفة العباسي (المستعين بالله) وإليه على صنعاء بتشكيل محكمة في قضية أوقاف في صنعاء - ونحيل القارئ - لمعرفة أحكام المظالم في الدولة الإسلامية إلى الباب الأول في هذه الدراسة.

وعندما خرجت اليمن عن الدولة الإسلامية الكبرى، لم نعثر على سوابق قضائية تذكر.. اللهم ما وجدناه وثيقة تاريخية في عام 1795م تمثل عهداً بيد أحد الرعية من أحد ولادة الأمور يفيد بأنه إذا حصل عليه أو على أحد من أقاربه تعنت أو جور من الإدارة فإن الاختصاص لكل قاضي في الجهة التي تصل فيها الإجراء.

المطلب الثاني

القضاء الإداري اليمني الحديث

لأول مرة من سنة - 1970م - أشار المشرع الدستوري إلى القضاء الإداري صراحة حيث نص على أن " ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة هيئة أو محكمة خاصة ، يبين القانون نظامها ، وبكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملاً صلاحيتها بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون ¹ لكن هذا النص ظل نظرياً حيث لم تنشأ هيئة أو محكمة تتولى المنازعات الإدارية استقلالاً - في تلك الفترة - مما جعل ذلك الدور متعلقاً بالقاضي العادي - ما عدا قضاء التأديب - حيث أنشئت له محكمة تقول به - ومع ذلك لم يكن للقضاء العادي دور في القضاء الإداري وقد سبق القول بأن هذا الوضع هو الذي كان سائداً في الماضي وكان غياب القضاء الإداري سابقاً يبرره أن العهد لم يكن بحاجة له لبساطة الدولة ودورها الضئيل المتمثل في المؤسسات التقليدية مثل القضاء والجيش المحدود وبالتنظر لتركيز جميع السلطات في يد الحاكم. أما بعد الثورة : فإن الوضع قد تغير ، وأخذت المؤسسات الإدارية تمارس دورها وأعطيت كل هيئة مهام اختصاصها ، فتوسعت أعمال الإدارة فما كان ينبغي أن تدير عليه الأمور على ما كانت عليه بالنسبة للقضاء الإداري ، فكان يجب أن تحدث تغييرات في النظام القضائي - بشكل عام - وفيما يتعلق بدوره في القضاء الإداري بشكل خاص ليوكب التغييرات التي حدثت في المجالات الأخرى - خاصة في الدور الأوسع ² الذي أصبح للإدارة ، مما استتبع ظهور منازعات إدارية تحتاج إلى حلول قضائية ، وقد انتبه المشرع إلى هذه

¹ المادة 154 دستور 1970م

² لم يعد دور الدولة بعد الثورة مقصوراً على المجالات التقليدية (القضاء ، الجيش) . كان في السابق إنفاذاً توسع دورها ، نتيجة لتطور الفكر السياسي والاقتصادي والاجتماعي الذي طرأ على اليمن بعد الثورة ، فأصبحت الدولة تشارك في المجال الاقتصادي والإنشائي فظهرت المرافق العامة التي تديرها الدولة وأصبحت بذلك لها علاقات مع الأفراد ، ونتيجة لذلك ظهرت المنازعات الإدارية بشكل بين.

المشكلة فبدأ بإنشاء محكمة التأديب والنيابة الإدارية كنواة للقضاء الإداري نتيجة لضعف دور القضاء العادي ، وقد شعرت الحكومة بهذه الحاجة فأعدت وزارة العدل سنة 1980م مشروع قانون إنشاء وتنظيم القضاء الإداري مع مذكرته التفسيرية وقد طرح على المجلس التشريعي ثم أعيدت ضياغته تحت اسم قانون إنشاء وتنظيم المحاكم الإدارية.

كذلك لا يفوتنا أن نذكر ظهور القرار الجمهوري رقم (6) لسنة 81م بإصدار اللائحة الداخلية لمكتب رفع المظالم والتي بموجبها تم إنشاء مكتب رفع المظالم بناء على موافقة مجلس القضاء الأعلى ، كما أعدت وزارة العدل مشروع قانون إدارة قضايا الحكومة لتتولى تمثيل الحكومة أمام القضاء في حالة المنازعات الإدارية وغيرها¹

¹ انظر المجلة القضائية المجلد الأول من السنة الأولى الصادر في ذي الحجة 1407هـ (سبتمبر 1982) تحت عنوان (العدل خلال عشرين عاماً من الثورة " ص 45.

المبحث الثاني الدور التشريعي في تطور الرقابة القضائية

بدأ الاهتمام التشريعي بالقضاء الإداري بنص دستور 70 في المادة 154 التي أوصت بضرورة إنشاء قضاء إداري... وترك للمشرع العادي سلطة تقديرية في اختيار صورته وتفصيلاته الذي بدوره قام بإنشاء بعض المرافق التي كانت نواة للقضاء الإداري ومحاولة إنشاء قضاء إداري. لهذا سيكون تناوّلنا هذا المبحث من خلال المطالب التالية:

- المطلب الأول: دور المشرع الدستوري.
- المطلب الثاني: دور المشرع العادي بإنشاء مرافق لها علاقة بالقضاء الإداري.
- المطلب الثالث: دور المشرع العادي في إنشاء قضاء إداري.

المطلب الأول

دور المشرع الدستوري

نستعرض الدور التشريعي الدستوري في الجمهورية العربية اليمنية في فرع أول ثم دور المشرع الدستوري في اليمن الجنوبي - سابقاً - في الفرع الثاني وأخيراً لنخصص الفرع الثالث لدور المشرع الدستوري في اليمن بعد الوحدة كما يلي :

الفرع الأول : دور المشرع الدستوري في ج.ع. اليمنية

الفرع الثاني : دور المشرع الدستوري في ج. اليمن الديمقراطية

الفرع الثالث : دور التشريع في القضاء الإداري بعد الوحدة

الفرع الأول

دور المشرع الدستوري في ج.ع. ي سابقاً

الدستور الصادر سن 70 م هو الوحيد الذي تعرض لموضوع القضاء الإداري حيث جاء الدستور بنص وأضح يقول: "ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة هيئة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها، وكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملاً صلاحيتها بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون".¹

والسؤال الذي نضعه لنحاول الإجابة عليه: هل هذا النص الدستوري يلزم السلطات المختصة بإنشاء قضاء إداري خاص بمعناه المعروف في الأنظمة التي تأخذ بهذا القضاء، مثل فرنسا ومصر إلى جانب القضاء العادي القائم، أم أنه فقط يشير إلى ضرورة أن تتولى الجهات القضائية نظر المنازعات الإدارية، ويترك المجال للقانون أن يختار النظام الملائم؟

يجيب بعض الفقهاء² بأنه إذا كان المبدأ في ضرورة تنظيم القضاء الإداري بتشريع خاص قد فرضه الدستور على البرلمان - كما رأينا - إلا أنه تجب الإشارة إلى ملحوظتين أساسيتين:

- **الملحوظة الأولى:** هي أن البرلمان يتمتع بسلطة تقدير الوقت الملائم لإصدار هذا التشريع المنظم للقضاء الإداري ولكن مبدأ الالتزام يظل قائماً بنص الدستور.

¹ المادة 154 من الدستور الصادر عام 1970 م

² د. محمد رفعت عبدالوهاب: مذكرات في القضاء الإداري - مصادر سابق - ص 150

- الملاحظة الثانية: أن البرلمان له أيضاً سلطة تقديرية في كيفية تنظيم هذا القضاء الإداري.

ويعنى آخر: لم يقيد الدستور البرلمان بأسلوب معين في هذا الصدد، ويصل هذا الرأي إلى: أنه يجوز للقانون أن ينظم القضاء الإداري في ظل أي نظام من أنظمة القضاء الإداري، فيجوز أن يأخذ بمبدأ وحدة القضاء، فيخصص محكمة من محاكم القضاء العادي تقوم بالفصل في المنازعات الإدارية أو ينشئ قضاءً إدارياً مستقلاً عن القضاء العادي¹.

وترى أن الدستور قد أوجب ضرورة تنظيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة والصورة التي تحقق هذه الرقابة وتفي بهذا الالتزام الذي أوجبه الدستور وعلى هذا لا يهم الشكل أو النظام الذي يؤخذ به لتحقيق الرقابة القضائية. فكما قد تتم هذه الرقابة بأسلوب القضاء المزدوج أو القضاء الموحد قد تتم أيضاً بأسلوب النظام الإسلامي المتمثل في نظام قضاء المظالم أو أي نظام آخر يقوم بالغرض. ويرجع ذلك للأسلوب الذي عالج به الدستور حيث ورد النص عاماً. ولم يلزم - صراحة - بالأخذ بنظام معين، وإن كان إعمال روح الدستور يقتضي أن تتم هذه الرقابة بأسلوب النظام الإسلامي (قضاء المظالم).

¹ المرجع السابق ص 150

الفرع الثاني

دور المشرع الدستوري في ج. اليمن الديمقراطية

لم يهتم المشرع الدستوري في اليمن الجنوبي سابقاً بالرقابة القضائية اعتماداً على الدور الكبير الذي أواه في الرقابة السياسية نظراً لعدم اعترافه بمبدأ الفصل بين السلطات وإعطاء السلطة التشريعية الدور الرقابي والإشرافي على الهيئتين التنفيذية والقضائية حسب نظام الجمعية الذي أخذ به المشرع الدستوري اليمني الجنوبي.

ونظراً للطابع الشمولي والنظام الاشتراكي الذي يغلب المصلحة العامة حسب المصلحة الخاصة.

وفي عام 1978م حدث تطور ضئيل نحو رقابة قضائية محدودة جداً حيث خضعت بعض المنازعات الإدارية لنظر القضاء مثل المنازعات التي تحدث نتيجة تنفيذ القوانين البلدية أو المتفرعة من عقود الانتفاع بالسكن وبعض منازعات الملكية للمنفعة العامة ، ، وبعض منازعات الضرائب والعمل.

فقد منح دستور جمهورية اليمن الديمقراطية الصادر سنة 1978م المدعي العام مسئولية الرقابة العليا على تنفيذ القوانين من قبل جميع الأجهزة الرسمية والشعبية. ثم نظم هذه الرقابة قانون الادعاء العام رقم 9 لعام 1984م ، فبين الفصل الثاني فيه " المهام والحقوق والواجبات عند الرقابة على تنفيذ القوانين من قبل الأجهزة المركزية والمحلية والمواطنين " .

كما أن للمدعي العام "مراقبة شرعية تسبب الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم وهيئات القضاء الاجتماعي" والرقابة على شرعية تنفيذ أحكام المحاكم ونظراً لأن منصب المدعي العام منصب سياسي فإن رقابته تقوم على حماية النظام السياسي، ويكون بهذا عبئاً على الأفراد لصالح الإدارة والتطبيق العملي في بعض الدول الاشتراكية السابقة يشهد بالظلم والتعسف الذي قام به المدعي العام هناك ضد الأفراد لصالح الإدارة.

وفي ظل هذا النظام تنكمش الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ولا يكون لها إلا دور ضئيل لا يقارن بالدور الذي يقوم به القضاء في غير الأنظمة الاشتراكية.

وتمثل الرقابة القضائية فيما يقوم به القاضي العادي من فصل في النزاعات بين الأفراد وبين الإدارة، ويطبق فيها القانون الخاص. وللقاضي العادي في جمهورية اليمن الديمقراطية في حالات استثنائية أن يراقب مشروعية تصرف الإدارة أن ينظر في بعض المنازعات الإدارية مثل: المنازعات المتعلقة بالضرائب والقضايا المتعلقة بطلبات نهاية خدمة الموظف والمعاش والتعويضات عن الإصابات في العمل ودعاوى إلحاق بملكية الدولة (التأميم) وسحب الدخل غير المكتسب بالعمل.

وليس للقاضي أن يفصل في شرعية القرارات الإدارية، أو يحكم بإلغائها أو يقضي بالتعويض فيما تسببه من أضرار.

وأشار المشرع الدستوري إلى ضرورة وجود هيئات تحكيم مختصة بالمنازعات التي تنشأ بين المؤسسات والهيئات العامة والمشروعات الجماعية، فيما بين بعضها البعض، وخصوصاً المنازعات المتعلقة بالعقود المبرمة فيما بينها، ومدى أثر العقود في تنفيذ الخطة الاقتصادية.

فقد نص الدستور اليمني في المادة 118 على "تشكيل المحاكم وهيئات التحكيم في قضايا خطة الاقتصاد الوطني والتجارة الاقتصادية".
وتعتبر هذه المحاكم في رأي فقهاء القانون العام من قبيل "القضاء الاستثنائي وليس من قبيل القضاء الإداري".

وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى إن القضاء كان في جمهورية اليمن الديمقراطية من قبيل القضاء الشعبي، حيث تشترك عناصر شعبية يتم اختيارها عن طريق الانتخاب إلى جانب القضاة "المتخصصين" وقد نص دستور اليمن الديمقراطية الصادر في 1970م على القضاء الشعبي في المادة 123 بقوله "تضمن الدولة مساهمة المواطنين في ممارسة القضاء على نحو متزايد وينظم القانون تفاصيل مساهمة الشعب العامل في القضاء".

وتطبيقاً لهذا النص الدستوري صدر قانون تنظيم المحاكم برقم 7 لسنة 1980 في 1980/9/8م ونص في المادة 34 عن أن "تتكون المحكمة الجزائية من:

أ - رئيس المحكمة الجزائية ويتم انتخابه من قبل مجلس الشعب.

ب - عضوين شعبيين غير متفرغين.

وتنص المادة 35 على أن "يكون للعضوين الشعبيين أثناء قيامهما بواجباتهما في المحكمة الجزائية صفة القضاة" وتنظم المادة 36 والمادة 37 بقية أحكام الأعضاء الشعبيين من حيث طريقة اختيارهم وتدريبهم وأجورهم وطريقة سماعهم للدعوى والفصل في المنازعات والتوقيع على الأحكام".

الفرع الثالث

دور التشريع في القضاء الإداري بعد الوحدة

أما بعد الوحدة المباركة ، بالنسبة للتشريع الدستوري فإنه - للأسف - قد خلت النصوص الدستورية من الإشارة إلى القضاء الإداري وقد طالبنا في مؤتمر علمي عقده مجلس النواب تمهيداً وتحضيراً لتعديل الدستور الذي تم 1994م في ورقة أعدناها بضرورة أن يتضمن التعديل المرتقب الإشارة إلى القضاء الإداري بتصور معين.

ومع ذلك لم يعر المشرع الدستوري أي اهتمام بالقضاء الإداري في ذلك التعديل أو في تعديل 2000م.

ويمكن القول أن أهم تطور للقضاء الإداري يكمن في استحداث دائرة المنازعات الإدارية في المحكمة العليا.

وهذا الوضع الذي طالبناه لتصحيح القضاء - في بحث سابق - بمناسبة التعليق على أول حكم إداري صدر من شعبة الطعون في المحكمة العليا ومحكمة النقض. حيث قلنا :

"والسؤال الذي يفرض نفسه هو : لو أن شعبة الطعون حكمت بقول الطعن (ومعنى ذلك أنه يجب عليها إحالته إلى الشعبة المختصة في محكمة النقض ، لنظره موضوعياً) فما هي الشعبة المختصة ؟ وقد رأينا أن الشعب الموجودة في محكمة النقض. ليست من بينها شعبة خاصة بنظر المواد الإدارية ، فهل ستولى الشعبة المدنية نظر ذلك الطعن ؟ باعتبار أن القانون اليمتي لم يفرق بين المنازعات الإدارية والمدنية ؟. فان كان كذلك ، فلماذا فرق بين المنازعات المدنية وبين غيرها من المنازعات ، كالمنازعات التجارية والجزائية والأحوال الشخصية ، مع أن الأولى هو التفريق بين كل هذه المنازعات وبين المنازعات الإدارية ، ولأن أولها جميعها

تحدث بين أفراد عاديين فيما بينهم بينما الثانية تكون الإدارة طرفاً فيها وهي تشمل المصلحة العامة، التي يجب أن تراعى من قبل القاضي، وفي الوقت نفسه لا تهدر المصلحة الخاصة المقابلة لها "

هذا يوصلنا إلى الحقيقة التي أوردناها سابقاً. وهي أن الوضع القانوني في اليمن قبل عام 1984م لم يتجه إلى منح القاضي العادي سلطة مراقبة الإدارة قضائياً مما يساعد على ابتعاد القاضي العادي عن نظر المنازعات الإدارية كما أسلفنا.

المطلب الثاني

دور المشرع العادي في إنشاء مرافق لها علاقة بالقضاء الإداري

قام المشرع اليمني العادي بإصدار مجموعة قوانين بإنشاء مرافق عامة لها علاقة بالقضاء الإداري، لكن أهمها في وجهة نظرنا كونها تمثل نواة للقضاء الإداري هي :

- 1- المكتب القانوني
 - 2- مكتب المظالم
 - 3- المحكمة التأديبية
- لتفصيل ذلك نخصص فرعاً لكل مرفق منها كما يلي :

الفرع الأول المكتب القانوني

من خلال الاطلاع على نشأة وتطور المكتب القانوني ومعرفة تشكيله والأعمال التي يقوم بها، يتضح لنا أن الذين وضعوا تنظيمه أرادوا نواة لجهاز يتولى مهام القضاء الإداري وينهض على مبدأ التدرج حتى يمكن بناؤه فهو بالإضافة إلى الوظيفة التشريعية التي يقوم بها والمتمثلة في صياغة القوانين واللوائح والقرارات، فإنه يقوم أيضاً بإصدار الفتاوى في القضايا التي ترد إليه وتشكل بعض تلك الفتاوى التي يصدرها مبادئ قانونية في القضاء الإداري.

فقد نشأ المكتب القانوني - لأول مرة - بالقرار الجمهوري رقم 12 لسنة 1968م ليضطلع بالأعمال القانونية كجهاز متخصص في مراجعة وصياغة مشروعات القوانين واللوائح والقرارات ذات الصبغة التشريعية بالإضافة إلى إصدار الفتاوى للجهات الرسمية، وليكون نواة للقضاء الإداري، وتحدد معالم تشكيله واختصاصه بالقرار الجمهوري رقم 49 لسنة 1970م.

وكانت أهم هذه الاختصاصات :
مراجعة وصياغة مشروعات القوانين واللوائح القانونية والقرارات ذات الصبغة التشريعية، وإبداء الملاحظات نحو أسسها ومبادئها، وحتى لا تتعارض مع القواعد العليا، وكذلك دراسة ومراجعة الاتفاقيات والعقود التي تبرمها الإدارة. تقديم المشورة القانونية لأجهزة الدولة وللجهات الرسمية.

ثم صدرت لائحة تنظيم العمل بالمكتب القانوني في سنة 1980م وحددت هذه اللائحة تشكيلات المكتب وأعمال كل قسم من أقسامه.

وفي عام 1987م صدر قرار بإنشاء إدارة عامة - بالمكتب - للمنازعات الخارجية تتولى مراجعة العقود ذات العنصر الأجنبي التي تكون الحكومة أو الهيئات العامة، أو المؤسسات العامة وشركات القطاعين العام والمختلط طرفاً فيها، وتبضع عقودها على التحكيم والتقاضي خارج الجمهورية.

- ويتكون المكتب من :

1- الإدارة العامة للإفتاء والتشريع.

2- الإدارة العامة للمنازعات.

- والأعمال التي يقوم بها :

1- صياغة القوانين واللوائح والقرارات للإدارة.

2- إصدار الفتاوى في القضايا التي ترد إليه.

وقد أصدر كتاب تضمن لأهم المبادئ القانونية في القضاء الإداري مثل :

أ- فتاوى تتعلق بشئون الموظفين وذلك مثل الفتوى الصادرة برقم 503 وتاريخ 1978/5/30م والتي أفتت باستحقاق موظف يخضع للأكادر العام لموظفي الدولة (كان قد انتدب في بعثة دبلوماسية بالخارج) في المزايا المقررة لأعضاء البعثات الدبلوماسية في الخارج وتتحمل الوزارة التابع لها كافة الاستحقاقات.

ب- فتاوى خاصة بالرسوم والضرائب : مثل الفتوى الصادرة برقم 299 وتاريخ 1978/3/19م والتي قرر إعفاء جميع المواد التي تحتاجها منشآت "مشروع التعليم" من الضرائب الجمركية استناداً إلى الاتفاقية المبرمة بين الحكومة وهيئات التنمية الدولية والمصدق عليها بالقانون رقم 4 لسنة 1972م.

ج- فتاوى بطلان قرارات إدارية مشوبة بعيوب موضوعية وشكلية : مثل الفتوى الصادرة برقم 569 وتاريخ 1978/7/2م التي أفتت ببطلان قرار إداري

أصدره رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للطيران المدني ، متعدياً بذلك اختصاص
مجلس الإدارة وبذلك يكون معنياً بعيب الاختصاص.

الفرع الثاني مكتب المظالم

في بداية ثورة 1962م قامت الحكومة بإنشاء لجان للمظالم في المحافظات ، تقوم بتلقي الشكاوى والعمل على حلها وإرسال تقارير إلى العاصمة عن المظالم التي تحتاج إلى تدخل الإدارة المركزية .
وقد تحولت هذه اللجان إلى جهاز مستقل بناء على القرار الجمهوري برقم 36 لسنة 1977م بإنشاء وتشكيل مكتب رفع المظالم مكون من عدد من القضاة الشرعيين .

وفي المرحلة الأولى من نشأة مكتب رفع المظالم كان المكتب يتلقى الأفراد مهما كان مصدر مظالمهم ، سواء أكان هذا المصدر جهازاً من أجهزة الدولة أو أفراداً آخرين لهم سطو ونفوذ .

ويلاحظ أن المكتب لم يكن برأيه ، ولكنه كان يقترح الحل بعد أن يستند إلى الأدلة والمستندات ، ويترك الحزم للرئيس ، فإذا اعتمد الرئيس رأي المكتب - وهذا هو الغالب - فإن قرار المكتب يصبح ملزماً .

ويشبه هذا بالمرحلة التي مر بها مجلس الدولة الفرنسي والتي أطلق عليها مرحلة " القضاء المحجوز " .

- تقيد المكتب بالمظالم الشرعية :

رأت السلطات الدستورية أن اختصاص مكتب رفع المظالم بنظر المظالم كلها يشكل رقابة على أعمال الإدارة في الوقت الذي توجد فيه أجهزة رقابية أخرى مثل الجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة والمحكمة التأديبية والنيابة الإدارية ومكتب الشكاوي الذي يتبع رئاسة الدولة ونتج عن قيام هذه الأجهزة بأعمالها الرقابية وجود ازدواجية في العمل ، الأمر الذي أدى إلى إعادة تشكيل مكتب رفع المظالم واقتصار عمله على المظالم الشرعية . وأطلق عليه اسم مكتب (مكتب رفع المظالم الشرعية) وذلك بموجب القرار الجمهوري رقم 87 لعام 1980م .
وبعد هذا التعديل اقتصر دور مكتب رفع المظالم على تلقي التظلمات الشرعية ويقصد بها التظلمات التي تشكو من الأحكام القضائية الشرعية .

الفرع الثالث

المحكمة التأديبية

استحدثت المحكمة في اليمن بالقانون رقم 11 لسنة 1973 م كمظهر من مظاهر الرقابة القضائية ، لتقوم بالفصل في المخالفات المالية والإدارية المنسوبة لموظفي الدولة أثناء توليهم وظائفهم.

وكان المراد من إنشاء هذه المحكمة هو إيجاد رقابة قضائية على أعمال الموظفين ، بعد أن زاد التسبب والمخالفات نظراً لغياب الرقابة القضائية - كما سنرى - ولضعف الرقابتين السياسية والإدارية من الناحية العملية ، بالإضافة إلى وجود توافر النية لدى المشرع اليمني لإنشاء قضاء إداري تكون المحكمة التأديبية جزءاً منه ، ولتحقيق هذا الغرض ابتدئ بإنشاء المحكمة التأديبية.

وتشكلت أول محكمة تأديبية سنة 1974 م من رئيس وأربعة أعضاء وكان العنصر الإداري هو الغالب في تشكيلها فرئيس المحكمة التأديبية من رجال الإدارة وكذلك عضوان من أعضاء المحكمة أم العضوان الآخران فكانا مستشارين يعين أحدهما وزير العدل ويعين الآخر رئيس المكتب القانوني (للدولة).

وكان من اختصاصها حسب القانون هو النظر في المخالفات المالية والإدارية التي تنسب إلى العاملين والموظفين في الدولة بجميع درجاتهم ومستوياتهم - فتختص بمحاكمة كل من صدر في حقه قرار بالإحالة إلى المحكمة من الوزير المختص - أو من يمتلك السلطة - أو من رئيس مجلس الوزراء أو من رئيس الجمهورية. وفي سبيل ذلك أعطاه القانون السلطات الآتية :

- 1- أن توقع الجزاءات التأديبية على المخالف إذا ثبتت إدانته.
- 2- أن تحكم برد المبالغ التي ثبت أن المخالف قد اختلسها ، بالإضافة إلى تغريمه بما لا يتجاوز مثلي المبلغ المختلس. أو الذي تسبب في ضياعه نتيجة تقصيره وإهماله.

3- النظر في الأفعال الجنائية - المضرة بالمصلحة العامة - والبت في هذه الأفعال على ضوء التشريعات النافذة.

4- بالإضافة إلى تلك الاختصاصات فقد أعطى القانون للمحكمة التأديبية اختصاصاً ولائياً يتمثل في سلطتها بالنظر في مدة الوقف زيادة على المدة المحددة للسلطة المختصة. وذلك للمدة التي تحددها المحكمة.

ولها أيضاً أن تنظر في إيقاف جزء من مرتب الموظف الموقوف وفي الحالتين الأخيرتين، يفترض أن السلطات الإدارية - الرئيس أو المجلس التأديبي - قد استعملت حقها في الوقف، قم مارست المحكمة التأديبية هذا الاختصاص عقب ذلك، فهي لا تمارس هذا الاختصاص ابتداءً.

ومن ناحية أخرى يقتصر هذا الاختصاص الوارد في البندين الأخيرين على الحالات التي تكون النيابة الإدارية هي التي حققت مع الموظف بغرض إحالته إلى المحاكمة التأديبية، أما إذا كانت السلطة الرئاسية هي التي حققت مع الموظف، فإن النظر في مدة الوقف - وكذا النظر في إيقاف جزء من مرتب الموظف الموقوف - يكون من اختصاص المجلس التأديبي على الوجه الذي ذكرناه في مبحث الرقابة الإدارية.

ولغياب القضاء الإداري في اليمن، أراد المقنن اليمني أن يعطي للمحكمة التأديبية الاختصاص بالفصل في الطعون والظلمات التي يرفعها الموظفون العاملون في الدولة ضد التصرفات الإدارية وضمن ذلك في مشروع قانون أعد لهذا الغرض غير أن المكتب القانوني "للدولة" اعترض على هذا الإجراء في فتوى أصدرها في 19/3/1987م.

وقد أعطى القانون الحق في إحالة الدعوى إلى المحكمة التأديبية للجهات الرسمية التالية:

- أولاً: السلطة الرئاسية: في الجهة التي وقعت فيها المخالفة المالية أو الإدارية التي يرى - نظراً لأهميتها - ضرورة الفصل فيها بمعرفة المحكمة المذكورة (المادة "3" من القانون رقم 11 لسنة 1974م.

- ثانياً: رئيس الجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة: بالنسبة للموظفين الذين هم فوق درجة مدير عام (وكيل وزارة - نائب الوزير - الوزير) بعد موافقته رئيس الجمهورية (انظر القرار الجمهوري رقم "7" لسنة 1982م) تشريعات ج.ع. ي 183.

- ثالثاً: النيابة الإدارية: لقد أعطى القانون اليمني للنيابة الإدارية حق رفع الدعوى التي حققت فيها إلى المحكمة التأديبية لكن هذا الحق ليس مطلقاً، وإنما مقيد بموافقة جهات أخرى، وهذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، تقوم النيابة الإداري برفع الدعوى إذا طلب منها ذلك من الجهات المختصة. وذلك على التفصيل التالي:

1- رفع الدعوى التي حققت فيها:

تقوم النيابة الإدارية برفع القضية التي قامت بالتحقيق فيها - واقتنعت بثبوت التهمة قبل المتهم - إلى المحكمة التأديبية. لكن يجب عليها قبل رفع الدعوى إن ترفع الأمر إلى الوزير المختص أو من يقوم بمقامه، وكذلك الجهات التي حددها القانون، كل في حدود مجاله وذلك لإصدار قرار بالإحالة إلى المحكمة التأديبية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ رفع الأمر إلى تلك الجهات وإذا مضت هذه المدة ولم ترد الإجابة على ذلك فإنه لرئيس النيابة الإدارية والمالية أحالة الدعوى إلى المحكمة التأديبية مباشرة.

2- رفع الدعوى التي حققت فيها جهات أخرى:

إذا طلبت الجهة الرئاسية من النيابة الإدارية إحالة دعوى قامت الجهة الإدارية نفسها بالتحقيق فيها، ورأت صلاحية رفعها إلى المحكمة التأديبية، فإن للنيابة الإدارية أن تقوم بإحالة الدعوى إلى المحكمة - ولها أيضاً - إن هي لم تقتنع أن ترفع الأمر إلى وزارة الخدمة المدنية إن كانت المخالفة المنسوبة إلى الموظف مخالفة إدارية أو إلى الجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة، في حالة ما إذا كانت المخالفة مالية، لتقرير ما تراه في هذا الشأن.

إجراءات رفع الدعوى:

يتم رفع الدعوى من النيابة الإدارية والمالية بإيداع أوراق التحقيقات وقرار الإحالة إلى سكرتارية المحكمة التأديبية، مرفقاً بها قائمة بأسماء الشهود ومحل إقامتهم، وموجز الوقائع التي يشهدون عليها، وجميع الأوراق التي تستند إليها أو صور منها، مع قائمة بمفردات هذه الأوراق. (ويجب أن يوقع رئيس النيابة الإدارية والمالية أو نائبه أو أحد مساعديه على كل ورقة من الأوراق المتقدم ذكرها، مع إقراره بمطابقتها للأصل أن كانت من قبيل الضور).

المطلب الثالث

دور المشرع اليمني في إنشاء قضاء إداري

تمثل دور المشرع العادي في إنشاء قضاء إداري في مناقشته مشروع قانون إنشاء وتنظيم القضاء الإداري عام 1986م تفصيل ذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مشروع قانون إنشاء وتنظيم القضاء الإداري عام 1980م

الفرع الثاني: مشروع قانون المحاكم الإدارية في عام 1986م

الفرع الأول

مشروع قانون إنشاء وتنظيم القضاء الإداري

أقدمت الحكومة على محاولة إنشاء قضاء إداري فأعدت مشروع قانون القضاء الإداري وقدمته لمجلس الشعب التأسيسي عام 1980 م ولم يكتب لهذا المشروع النجاح فقد تناولته اللجان التي شكلها مجلس الشعب من أعضائه بالدراسة والبحث وكثرت الملاحظات حوله وزاد الجدل في جلسات مجلس الشعب في أحكامه واستمر قيد الدراسة والبحث حتى وقت قريب ثم تم تعديله بمشروع قانون إنشاء المحاكم الإدارية.

وقبل دراسة المشروع الذي وفق عليه المجلس التشريعي أخيراً نلقي الضوء على الأحكام التي وردت في المشروع القديم كما يلي :

نهج المشروع نهجاً فريداً في القضاء الإداري ، حيث دمج التنظيم القضائي الإداري داخل التنظيم القضائي العادي في الدرجة العليا من التقاضي ، وجعل له استقلالية في الدرجات الأولى من التقاضي وكذلك في الدرجة الثانية (الاستئناف). وهو بهذا لم يعمل بمبدأ الازدواج في القضاء ، فلا يوجد مجلس دولة مستقل عن القضاء العادي يتولى القضاء الإداري وهو في نفس الوقت لم يلغ فكرة القضاء الإداري ، حيث أوجد محاكم قضاء إداري تختص دون غيرها بالمنازعات الإدارية إلى جانب المحاكم التأديبية لنظر الدعاوى التأديبية.

وهذا يعني أنه ستوجد قواعد قانونية خاصة بمعالجة القضايا الإدارية وأنه سيستقل بتطبيق هذه القواعد القانونية الخاصة ، قضاة متخصصون فيها.

وهذا - معناه - بشكل أوضح - أنه ستوجد تفرقة بين المنازعات العادية وبين المنازعات الإدارية يختص بالأولى القاضي العام ويختص بالثانية القاضي الإداري ،

ويمنح المشروع محاكم القضاء الإداري سلطة إلغاء القرارات الإدارية النهائية إذا وجد فيها عيب من العيوب المعروفة.

وقد نظم هذا المشروع أحكام القضاء الإداري بالتفصيل نورد جانباً منه باختصار كالتالي :

- أولاً : تبعية القضاء الإداري :

تنص المادة الثانية من المشروع على أن (القضاء الإداري جهة قضائية تتمتع بما للقضاء من استقلال ، ويسري عليها قانون السلطة القضائية ، فيما لم يرد بشأنه نص خاص في القانون ، ويمارس مجلس القضاء الأعلى بالنسبة لها كل الصلاحيات المخولة له على القضاء..)

وهذا يعني أن القضاء الإداري مستقل ضمن القضاء العادي وليس عن القضاء العادي ، ويتبع مجلس القضاء الأعلى بنفس التبعية التي يتبعها القضاء من ناحية القيام على شئون أعضائه.

- ثانياً : تشكيل القضاء الإداري :

يتألف القضاء الإداري ، حسب أحكام المشرع ، من :

1- الشعبة الإدارية بالمحكمة العليا للنقض والإقرار

2- محكمة القضاء الإداري.

3- المحكمة التأديبية.

ويرأس الشعبة الإدارية نائب لرئيس المحكمة العليا للنقض والإقرار ويتكون من عدة دوائر ، كل دائرة تتشكل من ثلاثة أعضاء ومقر الشعبة الإدارية صنعاء ويجوز إنشاء دوائر لها في عواصم المحافظات...

أما محكمة القضاء الإداري فإن المشروع قد حدد أن تكون في عواصم المحافظات ويكون لها رئيس يقوم على تنظيمها ، وحسن سير العمل بها وتتألف من دائرة أو

أكثر، وتشكل كل دائرة من ثلاثة أعضاء ويتولى رئيس المحكمة توزيع العمل في دوائرها...

وكذلك تنشأ في عواصم المحافظات محكمة تأديبية تؤلف من ثلاثة أعضاء.

- ثالثاً: اختصاصات القضاء الإداري :

يختص القضاء الإداري - بحسب أحكام المشروع - بالفصل فيما يأتي :

1- المنازعات الإدارية

2- الدعاوى التأديبية

1- المنازعات الإدارية: تنص المادة منه على أن محاكم القضاء الإداري هي صاحبة الاختصاص العام في المنازعات الإدارية، حيث ذكرت بأن تختص - دون غيرها - بالفصل في سائر المنازعات الإدارية، وذلك بعد أن عدت عشرة أنواع من المنازعات الإدارية التي تختص هذه المحاكم بالفصل فيها كأثلة.

2- الدعاوى التأديبية: من المسائل التي أوردتها الثامنة كأثلة للمنازعات الإدارية التي يختص بها القضاء الإداري ما جاء في البند قبل الأخير منها بأن تختص محاكم القضاء الإداري بالفصل في الدعاوى التأديبية المنصوص عليها في هذا القانون. والدعاوى التأديبية حددتها المادة 12 بأنها الناجمة عن المخالفات المالية والإدارية التي تقع من موظفي الدولة في المرافق المختلفة أعضاء المجلس النقابية والعاملين بالجمعيات والهيئات الخاصة التي يصدر بتحديددها قرار جمهوري وقد سبق القول: أن قضاء التأديب في اليمن كان إنشائه من حيث ضمن المحاولات السابقة التي بذلت في سبيل إنشاء قضاء إداري حديث ظهر مبكراً في سنة 1974م بإنشاء المحكمة التأديبية بصنعاء، وقد سبق أن بينا الدعاوى التأديبية في دراستنا لتلك المحكمة.

• ما يخرج عن ولاية القضاء الإداري : قد أخرج المشروع — صراحة — من اختصاص محاكم القضاء الإداري ما يلي :

- أولاً : المنازعات التي تختص بها المحاكم المدنية والجزائية وإن كانت الإدارة طرفاً فيها — في نشاطها الخاص — وتختص بهذه المنازعات المحاكم العادية.
- ثانياً : أعمال السيادة.

وقبل أن ننهي كلامنا عن مشروع القضاء الإداري نود إلى أن نشير أن وزارة العدل اليمنية قد أصدرت مذكرة تفسيرية للمشروع المذكور تعتبر جزءاً مكتملاً للدور التشريعي في المحاولة التشريعية لإنشاء القضاء الإداري.

الفرع الثاني مشروع قانون المحاكم الإدارية

كان هذا المشروع على وشك الخروج إلى حيز التطبيق، حيث وافق المجلس التشريعي (مجلس الشعب التأسيسي) عليه ومن متابعة خطوات إنشائه التي رصدناها في وقتها في بحث مستقل حول مناقشات البرلمان للمشروع وخصوصاً في بعض أحكامه الخاصة بأعمال السيادة والنيابة الإدارية والرسوم القضائية.

وكذا مناقشة ملاحظة الأخ رئيس الجمهورية عقب إعادته إلى المجلس بعد أن كان قد وافق عليه ورفع إلى الرئيس لإصداره، لكن الأخ الرئيس بماله من حق دستوري اعترض عليه وأعادته إلى المجلس التشريعي الذي ناقش تلك الملاحظات في جلسته. بتاريخ 86/10/13م وتركزت المناقشة على ثلاثة نقاط. والوقف عليها يعطينا فهماً لنية المشرع في نشأة القضاء الإداري في اليمن.

- هذا النقاط هي :

- 1- خضوع المحاكم الإدارية في إنشائها ونشاط العاملين فيها لقانون السلطة القضائية بمعنى أنها تتبع وزارة العدل وفي نفس الوقت تتمتع باستقلال مالي وإداري وفي ذلك تناقض.
- 2- حول تحديد أعمال السيادة - التي تستثنى من رقابة المحاكم الإدارية - بقرار جمهوري، كونها غير محدودة على سبيل الحصر، ولم يتضمن القانون تحديدها.
- 3- حول إلغاء جميع النصوص المتعلقة بالنيابة الإدارية من مشروع قانون المحاكم الإدارية باعتبار أن قانونها محل نظر، وأن قضايا التأديب محدودة بالنسبة لنشاط القضاء الإداري.

Aufgabe 1

Gegeben sei die Funktion $f: \mathbb{R} \rightarrow \mathbb{R}$ durch

$$f(x) = \begin{cases} x^2 \sin\left(\frac{1}{x}\right) & \text{für } x \neq 0 \\ 0 & \text{für } x = 0 \end{cases}$$

Untersuchen Sie die Funktion f auf Differenzierbarkeit in $x = 0$.

Geben Sie die Ableitung $f'(x)$ für $x \neq 0$ an.

Untersuchen Sie die Funktion f auf Differenzierbarkeit in $x = 0$.

Lösung:

Für $x \neq 0$ gilt nach der Produktregel

$$f'(x) = 2x \sin\left(\frac{1}{x}\right) - \cos\left(\frac{1}{x}\right)$$

$$\lim_{x \rightarrow 0} f'(x) \text{ existiert nicht.}$$

المبحث الثالث

الدور القضائي والفقه اليمني

للقضاء اليمني دور - متأخر - ساهم في التمهيد لإنشاء قضاء إداري مع أن النظام القضائي اليمني نظام موحد، لكن المحاكم العادية نظرت في المنازعات الإدارية في الفترة القريبة بعد أن أحجمت عن هذا الدور في فترة سابقة.

والفقه اليمني القانوني ساهم بدوره في التمهيد للقضاء الإداري من خلال أساتذة القانون بالجامعة.

بهذه التوطئة تحددت عناصر هذا المبحث في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : دور القضاء

المطلب الثاني : دور الفقه

المطلب الأول

دور القضاء

سبق القول بأن القضاء اليمني ينتمي إلى النظم ذات القضاء الموحد، حيث يقوم على أساس المساواة بين المحاكم والمحكوم وإخضاعه لقاعدة قانونية واحدة. ومع أن النظام الإسلامي كان قد عرف في بعض مراحله القضاء المزدوج، بوجود قضاء المظالم إلى جانب القضاء العادي على التفصيل السابق، إلا أننا قد وصلنا في دراستنا للتطور القضائي في اليمن إلى أن قضاء المظالم لم تعرفه اليمن في الماضي بنفس الطريقة التي وجدت في الدول الإسلامية.

وأيضاً لم تعرف اليمن نظام القضاء المزدوج بالمعنى المعروف في فرنسا ومصر والذي يتطلب وجود قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي. ومعنى هذا أن المفروض خضوع الإدارة لرقابة المحاكم القضائية العادية وتطبق في هذا الصدد نفس القواعد التي يخضع لها الأفراد. فما مدى اختصاص المحاكم القضائية في الرقابة على أعمال الإدارة.

من خلال البحث وصلنا إلى قناعة بأن القضاء اليمني لم يرقم إلى فترة قريبة جداً بولايته تجاه أعمال الإدارة فلم نجد حكماً واحداً أصدرته المحاكم العادية في منازعة إدارية بالمعنى الدقيق (أي المنازعات التي تكون الإدارة طرف فيها، بصفتها صاحبة سلطة) حتى نهاية عام 1984م حينما قبلت المحكمة الغربية بصنعاء دعوى ضد وزارة الإعلام، واعتبرت المحكمة فتحاً جديداً وحدثاً هاماً في تاريخ اليمن الحبيب وعلى ذلك سيكون هذا البحث في فرعين :

الفرع الأول: عدم ممارسة القضاء للرقابة على الإدارة.

الفرع الثاني: الاتجاه نحو نظر القضاء لأعمال الإدارة.

الفرع الأول

عدم ممارسة القضاء للرقابة على الإدارة

وفي زمن التقنين الحديث ينتمي القضاء اليمني - فيما يتعلق بنظر المنازعات الإدارية إلى النظم ذات القضاء الواحد حيث يقوم على أساس المساواة بين المحاكم والمحكوم وإخضاعها لقاعدة قانونية واحدة. ومع أن النظام الإسلامي كان قد عرف في بعض مراحل القضاء المزدوج بوجود قضاء المظالم إلى جانب القضاء العادي إلا أننا قد وصلنا في دراستنا للتطور القضائي في اليمن إلى أن المظالم لم تعرفه اليمن في الماضي بنفس الطريقة التي وجدت عليه في الدولة الإسلامية.

وأيضاً لم تعرف اليمن نظام القضاء المزدوج بالمعنى المعروف في فرنسا ومصر والذي يتطلب وجود قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي.

وفي غياب قضاء مستقل بالمنازعات الإدارية فإن الولاية تنعقد للقضاء العادي في نظر المنازعات الإدارية، لأن القضاء العادي هو صاحب الاختصاص العام لجميع المنازعات.

وزيادة في الإيضاح فقد تأكد هذا الأصل بصدر التشريع الحديث حيث أجمعت النصوص في القانون اليمني، على أن القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة في الاختصاص.

فقد نصت قوانين التنظيم القضائي المتعاقبة في اليمن على أن المحاكم العادية وبعضها أطلق عليها (المحاكم الشرعية) هي صاحبة الولاية العامة في الاختصاص إلا ما استثنى بنص خاص.

ورغم ذلك لم يظهر لنا من خلال البحث أن المحاكم العادية قد مارست اختصاصها بنظر المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها كسلطة عامة.

الفرع الثاني

الاتجاه نحو نظر القضاء لأعمال الإدارة

كان القضاء بدوره السلبي ذلك يعتبر العمل الإداري محصناً ليس للقضاء التعرض له ، حتى تصدت المحكمة الغربية بصنعاء لنظر أول قضية مرفوعة إليها تطعن في قرار إداري بقولها (ولا غرابة أن يجري نزال ولأول مرة في تاريخ يمننا الحبيب في مثل هذه القضية ، لولا وجود التفهم العميق لمعاني الديمقراطية المنبعثة من روح الميثاق الوطني...) وقد أكدت هذا الاتجاه المحكمة التجارية بصنعاء حيث رفضت الدفع بعدم اختصاص القضاء في الرقابة القضائية على القرارات الإدارية وبالتالي عدم اختصاص المحكمة التجارية بولايتها في نظر النزاع المطروح استناداً إلى القرار الصادر من المدعي عليها..... ما هو إلا قرار إداري).

وقد أصدرت حكمها بإلغاء القرار الإداري والتعويض عن ما سببه من ضرر ، ثم تقرر هذا الاتجاه بأحكام من محكمة الاستئناف والمحكمة العليا. وقد أكدت هذا الدور الرائد والجديد محكمة النقض وصاغت حكماً غير مسبوق في ذلك.

حيث لم تكتفِ المحكمة برفض الطعن المقدم من الإدارة لعدم قيامه على سبب من الأسباب المنصوص عليها في القانون من الناحية الشكلية ، بل تطرقت إلى الموضوع لأهميته ، وأكدت في حكمها على المبادئ القانونية في هذا الصدد ومن أهمها مبدأ الشرعية ومبدأ المساواة أمام القانون بأن السلطة التنفيذية وما يتفرع عنها من سلطات إدارية هي أولى من غيرها بالخضوع لمبدأ المشروعية في قراراتها وأعمالها ، وبأن القضاء هو وحده المؤهل للرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، وولايته في ذلك تشمل إلغاء التصرفات والقرارات المخالفة ، بالإضافة إلى الحكم بالتعويض عما لحقته من ضرر.

باعتبار أن القضاء هو الحصن الأمين على الحريات في مواجهة السلطة وقراراتها التي تخرج بها عن دائرة الصواب.

ويتصفح الأحكام الإدارية التي صدرت في تلك الفترة نستطيع إيراد الملاحظات

التالية :

- 1- ضعف المحاكم المذكورة في فقه الإدارة ونظريات القانون الإداري.
- 2- عدم التفرقة بين القضاء الإداري (الذي هو قضاء المصلحة العامة) وبين القضاء العادي (الذي هو قضاء بين مصالح خاصة)
- 3- عدم التفرقة بين مسئولية الدولة عن أعمال موظفيها، والمسئولية الشخصية للموظف
- 4- عدم وضوح الأحكام والإفصاح عن إلغاء القرارات الإدارية المخالفة، وإن كان الإلغاء يستفاد من دعوى الحكم بينما نرى الأحكام تفصح عن التعويض صراحة.

وعموماً يشكر للمحاكم القضائية هذا الاتجاه الذي يعتبر خطوة في سبيل القضاء الإداري، غير أن ذلك لا يعني عدم مطالبتنا بضرورة تخصيص محاكم خاصة تتفرغ لنظر المنازعات الإدارية تحت مظلة القضاء العادي في صورة رقابة محكمة النقض، وفي ظل قانون السلطة القضائية، وهذا الوضع يثمر في تفهم قضاء المحاكم الإدارية للفقهاء الإداري، ويسهم في خلق نظريات خاصة به، وفي هذا ضمان للأفراد من تعسف الإدارة وأيضاً ضمان للإدارة من حيث تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد.

بالرغم أنه أصبح من المسلم به الآن أن الولاية في نظر المنازعات الإدارية منعقدة للقضاء بجميع محاكمه.

وقد رفعت إلى المحاكم المختلفة دعاوى إدارية لا حصر لها وأصدرت المحاكم بجميع أنواعها أحكاماً إدارية في الأنشطة المختلفة إلغاءً وتعويضاً.

المطلب الثاني

دور الفقه

لقد كان لافتتاح جامعة صنعاء - ومن أوائل كليتها، كلية الشريعة والقانون - دور بارز في وجود نهضة فقهية قانونية في مجال التشريع والقضاء.

وقد ساهم أساتذتها - وهم من كبار أساتذة القانون المصري - في نشر الثقافة القانونية، والتمهيد لأن تأخذ اليمن بأساليب القضاء الحديث - ولم تقتصر مساهمة هؤلاء الأساتذة الأفاضل على ما يبذلونه في مجالس التدريس فقط، بل ساهموا أيضاً من خلال البحوث والدراسات التي أفاضوا بها وقدموها خارج الجامعة عبر الصحافة، والمجالس الخاصة، ولم تحظ موضوعات القضاء الإداري بالبحث والمعالجة نظراً لحداثة جامعة صنعاء من جهة، ولعدم وجود قضاء إداري في اليمن من جهة أخرى إلا أننا وجدنا القليل من ذلك.

ونضرب مثلاً بنموذج من هذه المساهمة في مجال القضاء الإداري بما كتبه الأستاذ د/ محمد رفعت عبد الوهاب في مقال نشر في مجلة الحرس: يطالب فيه بضرورة إنشاء قضاء إداري في اليمن مؤسس على أحكام الشريعة الإسلامية حيث أن الشريعة الإسلامية تقرر مبدأ المساواة في تطبيق الشرع بين الحاكم والمحكومين على السواء، وبأن الميثاق الوطني قد أكد هذا المفهوم. وبما أن الرقابة الإدارية لا تكفي لضمان مبدأ المشروعية فإن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة هي الضمان الوحيد الفعال، إذا فلا بد من قضاء إداري في اليمن خاصة والفقه الإسلامي قد عرف هذا النوع من الرقابة في شكل ولاية المظالم، بالإضافة إلى أن كثيراً من الدول المعاصرة تطبق هذه الرقابة (الإسلامية الجوهر) ويؤيد هذا أن الدستور اليمني قد نص على ضرورة إنشاء قضاء إداري. وعن كيفية تنظيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في اليمن اقترح (فضيلته) أنه لو أمكن تنظيم القضاء الإداري

في اليمن في شكل محاكم إدارية متخصصة - داخل بناء القضاء العادي الموحد ، ويفصل هذا لخصوصية الواقع اليمني.

فمن ناحية : لا يقال أن الرقابة القضائية قد تتأثر بتدخلات السلطة الإدارية. ومن ناحية أخرى يتلاءم هذا الوضع مع البساطة التي تعيشها اليمن فلا يثقل على التنظيم القضائي ، ويزيد من تعقيداته....

ويضع الأستاذ الدكتور شرطين لتحقيق هذا الاقتراح :

- 1- أن يختص قضاة المحاكم الإدارية بالعمل فيها ، ولا ينقلون إلى غيرها من المحاكم النوعية الأخرى غير الإدارية ، لضمان تخصص قضاة القضاء الإداري.
- 2- إنشاء شعبة قضاء إداري بمحكمة النقض بجانب الشعب الأخرى تتولى نظر الطعون في الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الإدارية طبقاً للأوضاع والإجراءات القانونية.

وبهذا الحل يرى الأستاذ الدكتور بأنه تتحقق مزايا نظامي القضاء الإداري المطبق في العالم ، فهو من ناحية يستفيد من التخصص المطلوب للقاضي ويتلافى - من ناحية أخرى - التعقيدات الناشئة عن الأخذ بنظام القضاء المزدوج¹.

وقد أثمرت جامعة صنعاء - كلية الشريعة والقانون - بتخرج مجموعة من الباحثين والدارسين ، أسهم بعضهم في الفكر القانوني اليمني ، وفي مجال القانون العام نذكر منهم اثنين قدما رسالتهما لنيل درجة الدكتوراه - في القانون العام - لنرى مدى إسهامهما في التمهيد للقضاء الإداري :

- أولاً : الدكتور مطهر محمد إسماعيل العزي :

قدم رسالته لنيل درجة الدكتوراه في (التطور الدستوري في الجمهورية العربية اليمنية) وأثناء بحثه في تنظيم السلطات العامة في ظل دستور 1970م عن السلطة

¹د. محمد رفعت عبد الوهاب : مقال في مجلة الحراس - تصدرها إدارة العلاقات العامة بوزارة الداخلية عدد (85 ذو القعدة سنة 1407هـ - يوليو

القضائية بين القواعد التي تحكم السلطة القضائية، وتكوين هذه السلطة، كما بين علاقتهما بالسلطتين التشريعية والتنفيذية على ضوء دستور 1970م وكان من المؤمل أن نجد إشارة من سيادته إلى القضاء الإداري، باعتباره وسيلة فعالة في مراقبة السلطة القضائية على السلطة التنفيذية خصوصاً وهو يتحدث عن تأثير السلطات بعضها في بعض في ظل دستور 1970م ويوجد أمامه نص صريح في هذا الدستور يحث على ضرورة وجود قضاء إداري يقوم بهذه الوظيفة ولكن الدكتور اكتفى بالإشارة إلى الدستور اليميني الحالي، قد أخذ بالرقابة القضائية، حيث خول للمحكمة الدستورية العليا سلطة البت بصورة نهائية في دستورية القرارات التي لها قوة القانون، وكذا محاكمة وأعضاء المجلس الجمهوري ورئيس الوزراء والوزراء.

وذلك بعد أن بين مبدأ المشروعية كأساس تقوم عليه الدولة الحديثة وشرح هذا المبدأ وما يترتب على مخالفته شرحاً موجزاً وأشار إلى قصور الرقابة الإدارية مما يجعل للرقابة القضائية أهميتها حيث يراقب القضاء أعمال السلطة التنفيذية فيحكم بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة، ويعوض المضرور عن أخطاء الإدارة القانونية أو المادية¹. وكان حرياً به أن يشير إلى القضاء الإداري الذي طالب به الدستور

أما المحكمة الدستورية العليا فهي رقابة قضائية على أعمال السلطة التشريعية أكثر منها رقابة على أعمال الإدارة ومنها القرارات الإدارية التي أشار إليها سيادته إليها، وكذلك تعتبر الأعمال القضائية التي تقوم بها المحكمة الدستورية العليا "تجاه السلطات الدستورية من قبيل القضاء السياسي" ؟

¹ الأخ الدكتور مطهر محمد اسماعيل - التطور الدستوري - مرجع سابق - ص 427 وما بعدها .

وعموماً يشكر للدكتور مساهمته في مجال الرقابة القضائية ، ويعذر في عدم ذكر أو مطالبة إنشاء قضاء إداري في بحثه كان في مجال القانون الدستوري ولم يكن في مجال القانون الإداري ، الذي يدخل فيه القضاء الإداري ويأتي انتقادنا له نظراً لأهمية بحثه باعتباره أول رسالة دكتوراه في القانون العام اليمني.

- ثانياً: الدكتور العميد أحمد عبد الرحمن شرف الدين :

طالب الأخ الدكتور أحمد عبد الرحمن شرف الدين - في رسالته " النظام القانوني للموظف العام في الجمهورية العربية اليمنية - وهي أول رسالة دكتوراه تكتب في القانون الإداري اليمني - بضرورة إنشاء وتنظيم القضاء الإداري الذي أعدته وزارة العدل اليمنية.

ولكنه يرى أن تقتصر ولاية القضاء الإداري المقترح على مجالي الإلغاء والتعويض ، دون قضاء التأديب لأن ذلك سيحول النظام التأديبي في اليمن من الطابع شبه القضائي إلى الطابع القضائي ، على غرار ما هو معمول به في مصر - وهذا الوضع - في اعتقاد الدكتور العميد لا يناسب الوضع في اليمن في الوقت الحاضر على الأقل ، فقانون مجلس الدولة في مصر معمول بصورة تتناسب مع الأوضاع القانونية المختلفة في مصر ، وهذه الأوضاع لا تتساوى كلياً مع الأوضاع القانونية في اليمن ، الأمر الذي يجعل كثيراً من أحكام مشروع القضاء الإداري في اليمن غير قابلة للتطبيق ، هذا فضلاً عن أن النظام القضائي الكامل في التأديب في مصر هو محل نظر من جانب بعض الفقه في مصر ويفضلون عليه الطابع شبه القضائي لسهولة هذا الأخير وبعده عن التعقيدات الإجرائية الطويلة ، وتحقيقه لدواعي الفاعلية ، وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لمصر المليئة بالعناصر القضائية والقانونية والإدارية ذات الكفاءة ، فإن الوضع سيكون صعباً للغاية بالنسبة

للجمهورية العربية اليمنية¹. ونحن نؤيد هذه الوجهة خصوصاً والاتجاه نحو قضاء إداري في ظل مبدأ وحدة القضاء. وما يهمنا الآن هو إبراز الدور الفقهي في التمهيد للقضاء الإداري وليس مناقشة الأفكار الواردة في تلك الأدوار.

1

أحمد عبد الرحمن الدين: النظام القانوني للموظف العام - مصدر سابق - ص 450 وقد وردت ضمن توصياته في هذه الرسالة العبارة التالية " إنشاء محكمة للقضاء الإداري لرقابة القرارات الإدارية بصفة عامة والقرارات التأديبية بصفة خاصة. وذلك لكفالة الضمانات المقررة في القوانين ومع هذه المحكمة الاختصاص بالإلغاء والتعويض. ص 602

الفصل الثالث

ما نرى الأخذ به في الجمهورية اليمنية

بعد أن وصلنا إلى ضرورة تخصيص جهات قضائية تتولى نظر أعمال الإدارة، لا بد أن نختار من الأنظمة في هذا المجال ما يلائم الأوضاع القانونية في اليمن ونحن أمام نظامين يأخذان على عاتقهما وظيفة الرقابة القضائية، أولهما: نظام قضاء المظالم المعروف في النظام الإسلامي - الذي سبقت دراسته - وثانيهما: النظام الحديث في القضاء الإداري بتقسيماته المختلفة. وقد سبق أن عقدنا المقارنة بين النظامين التي أسفرت عن شمولية قضاء المظالم للقضاء الإداري، بالإضافة إلى قضاء المظالم الأخرى غير الإدارية ومن خلال معرفتنا بالواقع اليمني ومعايشتنا لأوضاعه القانونية، وصلنا إلى قناعة بضرورة الأخذ بنظام قضاء المظالم ليقوم بمهمة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بالإضافة إلى وظائفه الأخرى، ولكي تترجم الأمانى إلى واقع سنحاول أن نضع تصوراً لمجلس المظالم، الذي تقترحه والاختصاصات التي يقوم بها مع وضع معيار محدد يميز اختصاصاته عن غيرها، لهذا تكون معالجتنا لهذا الفصل قد تحددت في مبحثين كالتالي:

المبحث الأول: ضرورة الأخذ بنظام قضاء المظالم.

المبحث الثاني: مجلس المظالم كما نتصوره ووضعه القانوني.

المبحث الأول

ضرورة الأخذ بالنظام الإسلامي وإنشاء قضاء المظالم

بعد البحث الذي قدمناه عن نظرية قضاء المظالم في النظام الإسلامي والمقارنة التي أجريناها بينه وبين القضاء الإداري الحديث.

بعد أن عرضنا لواقع الرقابة بجميع صورها، على أعمال الإدارة في اليمن ومدى ولاية القضاء اليمني على أعمال الإدارة ووصلنا إلى القول بضرورة وجود هيئة قضائية تقوم بوظيفة الرقابة.

بعد كل ذلك يبرز هذا السؤال : ما هو النظام الذي يصطلح تطبيقه في الجمهورية اليمنية بحيث يوافق ظروفها ويتلاءم مع أوضاعها القانونية القائمة ؟ وقد رأينا المحاولات التشريعية التي ترمي إلى إنشاء قضاء إداري في اليمن وتعرها، كما تطرقنا للدور القضائي والفقه في التمهيد للقضاء الإداري.

ورأينا أن هناك من يدعوا لإنشاء قضاء إداري يختص فقط بالمنازعات الإدارية على غرار بعض الأنظمة المعاصرة.

غير أننا نرى أنه - مع التسليم بصلاحيه القضاء الإداري في بعض الأنظمة المعاصرة، لكن ذلك لا يعني بالضرورة صلاحيته في اليمن، نظراً لاختلاف الأسس والمصادر للقانون اليمني عن الأسس والمصادر للقوانين في البلدان التي أخذت بنظام القضاء الإداري الحديث.

ومن ناحية أخرى، تختلف اليمن عن تلك البلدان، في أنها بلد نام ودولة صغيرة، والمنازعات الإدارية - من حيث الكم والنوع - لا تستدعي إنشاء جهاز كبير معقد، يكلف الدولة ميزانية، ويحتاج إلى عناصر قضائية لا تتوفر حالياً، تساهم في زيادة الأجهزة القضائية، مما يزيد من المشكلات التي يعاني منها الجهاز القضائي¹ ويؤدي إلى مشكلة النزاع في الاختصاص وبالتالي تحتاج إلى إنشاء أجهزة خاصة تفصل في ذلك النزاع².

لهذه كله نرى ضرورة الأخذ بالنظام الإسلامي وإنشاء قضاء مظالم نظراً لصلاحيته للتطبيق، ولأن الواقع اليمني يفرض علينا الأخذ بالنظام الإسلامي،

ونفصل هذا الإجمال في مطلبين كالتالي :

المطلب الأول : صلاحية قضاء المظالم للتطبيق.

المطلب الثاني : الواقع اليمني يستوجب ذلك النظام

¹ انظر خطة الإصلاح القضائي - مقدم من وزارة العدل - مصدر سابق - ص 13

² قد يقال إن إنشاء قضاء خاص بالمظالم يؤدي إلى هذه التعقيدات والرد على هذه المقولة يتضمنه البحث الذي يلي هذا البحث.

المطلب الأول

صلاحية قضاء المظالم للتطبيق

يرى بعض الأساتذة الفضلاء¹ أنه من العسير في الوقت الحاضر تطبيق نظام قضاء المظالم بالصورة التي عرفتها الدولة الإسلامية من قبل ، ويستند في رأيه على ما يأتي :

- 1- عدم ملائمة نظام قضاء المظالم لبعض المسلمات في الجهازين الإداري والقضائي في الوقت الحاضر.
- 2- تعقد الدولة الحديثة ، وكثرة علاقاتها وتداخلاتها في مختلف النشاط الخاص ، مما يستتبع كثرة المنازعات الإدارية التي لا يقوى عليها نظام كالذي أقيم في الدولة الإسلامية الأولى.
- 3- بسبب التدهور الخلقي - اليوم - الأمر الذي يلزم معه تحضير الدعوى وتحقيقاً بأناة ورؤية لم يكن القاضي الإسلامي يحتاج إليها.
- 4- بسبب العلاقة المشوبة بالحذر بين الإدارة والقضاء فكلاهما ضدان.

ويصل الأستاذ الدكتور في النهاية إلى أن النظام الإسلامي في القضاء الإداري قد أدى دوره ، وحقق سبب وجوده - حسب ظروفه وبيئته - ودل على مدى تشبع الدولة الإسلامية بروح الإنصاف حتى في ناحية القضاء الإداري الذي تعتبره الدول المعاصرة آخر مراحل التطور وأنه المميز لدولة القانون ، ونحن مع الأستاذ الدكتور نوافقه " في قوله بصعوبة تطبيق نظام قضاء المظالم بنفس الصورة التي عرفتها الدولة الإسلامية ، ولا يصدق هذا القول على نظام قضاء المظالم فحسب ، وإنما يصدق على كل الأنظمة القديمة. إذ أن أي نظام انشأ في عصر ما بإمكانه

¹ الدكتور عبد الفتاح حن: القضاء الإداري في الإسلام - بحث منشور بمجلة مجلس الدولة - مصلر سابق - ص 372.

وظروفه الخاصة، من الصعب تطبيقه في عصر لاحق تختلف فيه الإمكانات والظروف.

والمعروف أن نظام مجلس الدولة الفرنسي لا يصلح أن يطبق في الوقت الحاضر بصورته التي نشأ فيها، ومجلس الدولة الحالي غير مجلس الدولة القديم فقد تطور إلى ما هو عليه الآن بفعل تطور الزمان.

ولكن الأسس التي قامت عليها تلك الأنظمة هي التي يمكن أن تكون أساساً لنظام حديث، وحينئذ نقول أنه يمكن تطبيق هذه الأنظمة.

ويسلم الأستاذ الدكتور بأن قضاء المظالم في الإسلام كالقضاء الإداري الحديث - قضاء إنشائي¹ وهو بهذه الصفة قادر - في نظرنا - على إنشاء قواعد قانونية تعالج المستجدات، وتضع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي نشأت نتيجة لتعمد الدولة الحديثة، وكره علاقاتها، وتدخلاتها في النشاط الخاص - والتي يجعل منها الأستاذ الدكتور تحول دون مشكلة تطبيق نظام قضاء المظالم في العصر الحديث بينما حل هذه المشكلة في نظرنا - يكمن في قدرة قاضي المظالم أن يصيغ من النظريات الخاصة ما يتلاءم وطبيعة الظروف في المنازعة التي أمامه كذلك يستطيع قاضي المظالم - نظراً لطبيعته الإنشائية - أن يضع من الإجراءات ما يواجهه ذلك التدهور الأخلاقي الناشئ والذي لم يكن موجوداً وقت الدولة الإسلامية على رأي الدكتور.

ونصل بهذا إلى أن نظام قضاء المظالم - الذي عرفته الدولة الإسلامية قادر على الاستمرار في تحقيق مبدأ الشرعية، وبث العدالة ليثبت أن الفكر الإسلامي قد خدم

¹ المصدر السابق - ص 371

العدالة، وحقق احترام المشروعية في صورة اشمـل وأعم من القضاء الإداري - وأنه لا يزال صالحاً لهذه المهمة لأنه مركـز على قواعد ومبادئ ثابتة لا تتغير ولا تتبدل.

وفي الوقت نفسه يستطيع أن يساير مستجدات العصر في تنظيمه وإجراءاته في حدود تلك المبادئ الكلية وفيما يلي فصل هذا القول بصيغة أخرى :

عرفنا فيما سبق أن قضاء المظالم تأسس على مبادئ عامة، وأن الشريعة الإسلامية - بجميع مصادرها - تدل عليه واستمدينا هذا النظام من السوابق النبوية الثابتة وسيرة الخلفاء بمعنى أن الشريعة الإسلامية تأمر برفع الظلم وتحقيق العدالة، ألا أن الشريعة الإسلامية لم تنص على كيفية خاصة لقضاء المظالم ومعنى ذلك أنها ترجمت تنظيمه للأمة على النحو الذي يلاءم ظروفها وأحوالها، ويحقق الغاية من قضاء المظالم وهي احترام الشرعية من ولي الأمر والمحكوم، والقوي والضعيف وعلى ضوء ذلك أنشأ الفكر الإسلامي قضاء المظالم ونظمه على نحو يتلاءم وظروف نشأته. لأن النظم الإسلامية - عامة - ومنها قضاء المظالم مؤسسة على نوعين من المصادر:

- النوع الأول: النصوص وهي (الكتاب والسنة المعتمدة) وتشكل في نظام قضاء المظالم المبادئ الكلية - أو المبادئ العامة وهذه ثابتة لا تتبدل ولا تتغير - وفي ثباتها استقرار للنظام الذي ينبنى عليها.

- النوع الثاني: عنصر الاجتهاد المتروك لكل زمان ومكان - وبه ومنه نستطيع أن نضع قواعد قانونية تعالج مستجدات العصر في إطار المبادئ الكلية¹.

¹ المراد من التفاصيل في لبات النظام الإسلامي ومرونته، يراجع د. مصطفى وصفي: مصفـة النظم الإسلامية - مرجع سابق - ص 114 وما بعدها.

ومن جهة أخرى لم يعد نظام قضاء المظالم نظاماً نظرياً يوجد في بطون الكتب
فحسب ، بل أصبح واقعاً ملموساً بعد أن طبقت بعض الدول الإسلامية المعاصرة -
كل منها بحسب ما يلاءم ظروفها - وعلى رأس هذه الدول : المملكة العربية
السعودية. وهي الدولة التي تشترك مع الجمهورية اليمنية في الثقافة والحضارة
والجوار.

وبعض هذه الدول طبقت النظام في جانبه التنفيذي ومن هذه الدول ليبيا ومصر
واليمن في صورة مكتب رفع المظالم الذي درسناه.

المطلب الثاني

الواقع اليمني يستوجب اختيار قضاء المظالم

من المسلم به وجوب توافق الأنظمة مع الأوضاع القانونية الموجودة في البلد الذي يتطلب تلك الأنظمة. ومن ناحية أخرى لكي يقوم القانون بوظيفته يجب أن يكون متلائماً مع النظام الاجتماعي.

ومن ناحية ثالثة من العبث إنشاء أكثر من نظام يقوم بنفس الوظيفة. وعلى ذلك ندرس الواقع اليمني في النقاط الثلاث المذكورة لنرى مدى صلاحية نظام قضاء المظالم في اليمن:

1- الأوضاع القانونية:

النظم السياسية لا يمكن أن تبدأ في فراغ، وإنما تستمد مقوماتها من الجذور الضاربة في بطون التاريخ.

هذه الحقيقة سبق أن أوضحناها لنصل إلى نتيجة مفادها أن الشرعية في القانون اليمني هي الشرعية الإسلامية. فلقد التزم القانون اليمني بالإسلام وأكد ذلك في جميع قواعده.

كل هذا يؤكد لنا ضرورة الأخذ بالنظام الإسلامي في القضاء الإداري "قضاء المظالم" في الجمهورية اليمنية لملائمته الأوضاع القانونية فيها وقد سبق أن أوضحنا أن القضاء اليمني بشكل عام قضاء شرعي.

2- التكوين الاجتماعي:

المجتمع اليمني قائم على النظام القبلي، ويوجد على الساحة أفراد يشاركون الإدارة في أعمالها العامة وليسوا مثل المشايخ والأعيان.

وفي معظم الريف يقوم مشائخ وأعيان القبيلة بإدارة شؤونها - إلى جانب الجهة الإدارية - ويتمتع هؤلاء المشائخ والأعيان بنفوذ قوي ويتصرفون بأعمال شبيهة بالأعمال الإدارية.

ومن الصعب أن نساوي هؤلاء بالأفراد العاديين في المركز القانوني وفي الوقت نفسه لا يصلون إلى مستوى الإدارة في مركزها القانوني مع أنهم يتصرفون بأعمال شبيهة بأعمالها.

وبهذه المفارقات - حينما تقع من هؤلاء مظالم على الأفراد الضعفاء - تبرز مشكلة وجود الفارق بين الأطراف: طرف قوي صاحب نفوذ، قد يوازي نفوذ الإدارة، ويقوم بأعمال تشبه أعمال الإدارة ويستطيع أن يستخدم وسائل الدفاع أمام القاضي العادي لصالحه في مواجهة طرف ضعيف لا يستطيع الوقوف أمام غريمه في المحاكم العادية ويحتاج إلى جهة قضائية خاصة تحمي حقوقه وحرية، وتكون لها من السلطة والإجراءات ما ليس للمحاكم العادية.

وفي دراستنا لنظرية قضاء المظالم - في الباب الأول من هذه الدراسة - عرفنا أن قضاء المظالم يختص إلى جانب المنازعات الإدارية التي يتوافر فيها عنصر النفوذ. وهي المظالم التي يوقعها الأفراد الأقوياء على الأفراد الضعفاء.

3- وجود هيئات تقوم بدور مجلس الدولة (في الفتوى والتشريع):

يتكون مجلس الدولة - في فرنسا ومصر - من قسمين هما: القسم القضائي، والقسم الاستشاري للفتوى والتشريع¹.

¹ كان هذا الوضع بالنسبة لمجلس الدولة المصري قبل صدور قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 أما بعده فقد نصت المادة منه بأن يتكون مجلس الدولة من ثلاثة أقسام القسم القضائي وقسمي الفتوى والتشريع. انظر: د. ماجد الحلو: القضاء الإداري - مصدر سابق - ص 121.

وقد اقترح بعض الفقهاء في مصر - ضمن اقتراحه بإلغاء نظام مجلس الدولة المصري وعودة نظام القضاء الواحد - بفصل نظام الإفتاء والتشريع عن القضاء الإداري وإلحاقه بالسلطة التنفيذية¹.

وهذا ما هو موجود في اليمن فعلاً، حيث تقوم بوظيفتي الإفتاء والتشريع أجهزة متخصصة قائمة بذاتها وتتبع السلطة التنفيذية هي:

1. المكتب القانوني للدولة الذي يمد الحكومة بالفتوى ومشروعات القوانين التي يحتاجها.

2. هيئة تقنين الشريعة الإسلامية التي تقوم بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالمعاملات وتصيغها - في مشروعات قوانين تقدمها الحكومة إلى مجلس الشورى.

فوجود هذه الهيئات فيه كفاية عن الوظيفة التي يقوم بها مجلس الدولة في النظام الحديث، وتبقى الحاجة في اليمن للوظيفة القضائية (فقط) التي هي من صميم وظائف مجلس المظالم.

وبهذا نصل إلى أن نظام قضاء المظالم هو النظام الذي يستقيم مع الواقع اليمني حيث يتلاءم مع الأوضاع القانونية القائمة، ويصلح للتركيبة الاجتماعية اليمنية، ومن ناحية أخرى فإن صلاحية نظام مجلس الدولة في البلدان التي أخذت به - مع التسليم بهذه الصلاحية - لا تعني بالضرورة صلاحيته في بلد آخر كاليمن نظراً لاختلاف الظروف والأسس والاعتبارات التي تؤدي إلى الأخذ بهذا النظام من دولة أخرى. ومن المسلم به أن نظام مجلس الدولة - حينما نشأ في فرنسا - نشأ وأستقر بفعل عوامل وظروف خاصة بفرنسا، وهي التي أوجت بتقرير مبدأ الفصل

¹ د. ماجد الحلو: القضاء الإداري - مصدر سابق - ص (156)، (2).

التام بين القضاء والإدارة، وأوحت بتفسير هذا المبدأ تفسيراً خاصاً لما يمكن تحمله
لولا هذه الظروف¹.

¹ د. فراد مهنا: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ص 28

المبحث الثاني مجلس قضاء المظالم كما نتصوره

ذكرنا في المبحث السابق أننا نؤيد الرأي القائل¹ "بصعوبة تطبيق قضاء المظالم - كقضاء ادري - بنفس الصورة التي عرفتتها الدولة الإسلامية الأولى، لتعقد الدولة الحديثة وكثرة تدخلها في مختلف فروع النشاط الخاص إلى آخر ما هناك من صعوبات،

وفي رأينا² أن صعوبة التطبيق لا ترجع إلى الأسباب وإنما الصعوبات الحقيقية لتطبيق أي نظام من أنظمة الإسلام ترجع - في نظرنا - إلى انصراف اغلب المسلمين عن الدين، والبعد عن مبادئ الشريعة الإسلامية، لأن النظام الإسلامي كل لا يتجزأ، وتطبيق جزء منه دون الآخر تظهر فيه الصعوبات البالغة، ولا تتحقق معه الثمرة المرجوة أو النتيجة المستهدفة منه.

وإذا صعب علينا العودة إلى النظام الإسلامي - بشكل عام - في ظل الظروف الراهنة، فإن ذلك لا يعني ترك ما يمكن تطبيقه، بناء على القاعدة في الفقه الإسلامي التي تقول: الميسور لا يسقط بالمعسور. وفي مجال نظام قضاء المظالم يجب على المفكرين والباحثين أن يبحثوا بصدق وإخلاص عن أفضل الوسائل لتطبيقه مستنديين في ذلك على الأسس الذي يستمدونها من النظام الإسلامي.

وقد مرت الإنسانية بتجارب في الأنظمة المشابهة لقضاء المظالم كالقضاء الإداري "نظام مجلس الدولة" وأنشئت مدارس ونظريات وتطورات هذه الأنظمة تدريجياً

¹ انظر د. عبد الفتاح حسن: بحث في القضاء الإداري في الإسلام - مجلة مجلس الدولة - مصدر سابق ص 371

² د. عبد الحميد معولي: بحث إسلامية منشأة المعارف الإسكندرية 1979م.

حتى وصلت إلى مرحلة متطورة ومفيدة. وليس هناك ما يمنع من الاستفادة من هذه التجارب الإنسانية في البلاد الإسلامية الحديثة.

وعلى ضوء ذلك نطالب بتحويل مكتب رفع المظالم الموجود حالياً إلى مجلس مظالم كهيئة قضاء إداري مستقلة. تختص بنظر المنازعات الإدارية وغيرها من المظالم حسب المعايير التي وضعناها لهذا الغرض.

وتفصيلاً لهذا نبين تصورنا في مطلبين

المطلب الأول : تكوين مجلس المظالم كما نتصوره

المطلب الثاني : اختصاص مجلس المظالم.

المطلب الأول تكوين مجلس المظالم

يتكون مجلس المظالم - الذي نقترحه - من قسمين :
قسم تنفيذي وقسم قضائي. نخصص لكل منهما فرعاً - منفصلاً كالتالي :

الفرع الأول : القسم التنفيذي

الفرع الثاني : القسم القضائي

الفرع الأول

القسم التنفيذي

ويقوم بالأعمال التنفيذية التي يختص بها قضاء المظالم - كما فصلنا في الباب الأول من هذه الدراسة مثل مراقبة الإدارة والعمل بتنفيذ الأحكام القضائية حسب طبيعتها، وذلك "في حالة ما إذا كانت الشكوى المرفوعة تتضمن عدم تنفيذ حكم نهائي. أو عرقلة سير العدالة بالتدخلات في شؤون القضاء بما يهدد استقلاله¹.

وتتولى هذا القسم مجموعة من العناصر المستتيرة وتعطي لهم سلطة مراقبة الموظفين في أداء أعمالهم وتوجيهاتهم تلافياً لوجود مخالفات مالية أو إدارية ظاهرة، أو عرقلة سير العمل قد تترتب عليها ضياع الحقوق والأموال. وفي سبيل اكتشاف هذه المظالم، يقوم هذا القسم أو بعض أعضائه بزيارات للوزارات، والمصالح والهيئات والمؤسسات العامة، ومختلف جهات الدولة للتفتيش على أعمالها، والتعرف على سير العمل بها.

بالإضافة إلى ضرورة تقصي الأخبار والمظالم من مختلف الوسائل المرئية والمسموعة، كالصحافة والإذاعة والمنابر التي تقوم بنشر القضايا المتعلقة بالموظفين وأصحاب النفوذ بغرض حماية المظلومين. وفي حالة ما يرى القسم أن المظلمة التي اكتشفها جديدة وتعلق بالنظام العام فإن عليه أن يتصدى لها ولو لم يتقدم إليه أحد بمظلمة.

وله في سبيل جمع المعلومات الكافية عن القضية التي تشكل مظلمة أن يطلب من الجهات المختصة كل البيانات والمستندات وله أما أن يكلف جهات التحقيق أن تحقق في القضية، وله أن يستدعي المتظلم منه ويلزمه برد المظلمة - إذا كانت ظاهرة - أو يحيله إلى القسم القضائي (محكمة المظالم) إذا كانت تحتاج إلى محكمة.

¹ هذه من أعمال مكتب رفع المظالم الحالي (انظر المادة 10 من لائحة الداخلية الصادرة بالقرار الجمهوري رقم 6 1981 م.

الفرع الثاني القسم القضائي

ويشكل من محاكم المظالم ومحكمة المظالم العليا، وشعبة المظالم بمحكمة النقض...

- أولاً: محاكم المظالم:

يكون أعضاؤها من العناصر القضائية التي تتميز بالقوة والنفوذ والتأهيل العالي في علم الشريعة والقانون والإدارة والمختبرين بأحوال الناس. ويكون مقار هذه المحاكم في المدن الكبرى بالجمهورية (صنعاء، عدن، الحديدة، تعز... الخ) وتنشأ المدن الكبرى بحسب الحاجة.

وتشكل كل محكمة من دائرة أو أكثر طبقاً لنوعية المظالم التي ترد إليها وبحسب الحاجة، كان تكون فيها: دائرة للمظالم الإدارية. وأخرى لمظالم الأوقاف، وثالثة لمظالم أصحاب النفوذ، وهكذا.

- ثانياً: محكمة المظالم العليا:

ويكون مقرها صنعاء (العاصمة) ويكون أعضاؤها مختارين من بين قضاة محاكم قضاء المظالم حسب نظام الترقيات، ولا يمنع في بداية الأمر أن يكونوا ممن تتوافر فيهم شروط قضاة محاكم المظالم. ويجب أن يراعى في التشكيل تنويع الأعضاء بحيث يكون منهم المتمرس في القضاء والفقهاء الشرعي والقانوني. وتتولى هذه المحكمة الإشراف على محاكم المظالم والفصل في تنازع الاختصاص المكاني فيما

بينها ، كما تختص بنظر الأحكام الصادرة من محاكم قضاء المظالم المطعون فيها استئنافاً في حدود القانون.

- ثالثاً : شعبة المظالم بمحكمة النقض :

من المظالم التي ترفع إلى المجلس ما تحتاج إلى فصل قضائي. فتختص بها محاكم المظالم وضمانة للمحكوم عليه فله أن يطعن في الحكم النهائي أمام محكمة النقض. ونرى أن تشكل لهذا الغرض شعبة في محكمة النقض العليا من قضاة ومتخصصين في قضايا المظالم يختارون من بين أعضاء مجلس المظالم ، ويجب أن يكون النقض في حدود الأحكام الخطيرة ، وتحدد بحسب القانون. ويجب أن يكون أعضاء هذه الشعبة ثابتين فيها لا ينتقلون منها إلى الشعب الأخرى أو ينتقل إليها قضاة عاديون ، وإنما يختارون من قضاة محكمة المظالم العليا. بحسب قواعد الأقدمية حتى تكون لديهم الملكة القانونية والفهم المطلوب لقضايا المظالم ، واخترنا أن تكون مجرد شعبة في محكمة النقض وليست محكمة نقض خاصة بالمظالم ، حتى لا تزيد الجهاز القضائي تعقيداً وخصوصاً أن الأحكام القابلة للطعن بالنقض محدودة ، وهي الأحكام الخطيرة كما أسلفنا.

المطلب الثاني

اختصاص قضاء المظالم

وصلنا من خلال دراسة نظرية قضاء المظالم في النظام الإسلامي إلى أن قضاء المظالم كان يقوم بنظر معظم المنازعات الإدارية التي يقوم بها اليوم القضاء الإداري الحديث، بالإضافة إلى منازعات أصحاب النفوذ.

وبما أن قضاء المظالم الذي نقترحه يقوم إلى جانب المحاكم القضائية الأخرى وهي تقوم بنظر منازعات الإدارة وأصحاب النفوذ التي لا تعتبر مظالم. فانه يجب تحديد الاختصاص القضائي لمجلس المظالم. وتختلف الأنظمة التي تخصص لبعض المنازعات قضاء معيناً - فيما بينها - في تحديد اختصاص المحاكم المختصة فمثلاً كان اختصاص مجلس الدولة المصري محدداً على سبيل الحصر منذ نشأته بالقانون رقم 112 لسنة 1946 إلى أن صدر القانون الحالي رقم 47 لسنة 1972م ففُضِيَ بأن يختص مجلس الدولة بجميع المنازعات الإدارية تاركاً تحديد تلك المنازعات للقضاء وفقاً للمعيار العام الذي يضعه وهذا هو النهج الذي أخذ به مجلس الدولة الفرنسي.

وسنحاول أن نضع معياراً عاماً تتحدد بموجبه المظالم التي يختص بها مجلس المظالم المقترح. وعلى ضوء المعيار سنحدد المظالم التي نرى أن يختص بها مجلس المظالم.

ومع ذلك يبقى الاحتمال كبيراً - بعد أن يثنأ مجلس المظالم - أن يحدث تنازع على الاختصاص بين محاكم المظالم والمحاكم القضائية الأخرى خصوصاً في حالة الاعتماد على المعيار العام - لهذا يتعين عليها اقتراح الجهة التي تتولى حسم النزاع وبهذه المقدمة تكون عناصر هذا المطلب قد تحددت في فروع ثلاثة كالتالي:

الفرع الأول: محاولة وضع معيار عام للمظالم

الفرع الثاني : محاولة حصر المظالم
الفرع الثالث : الجهة التي نقترحها لتتولى حسم منازعات الاختصاص بين
محاكم المظالم والمحاكم القضائية الأخرى.

الفرع الأول معيار المظالم

عرفنا فيما سبق أن قضاء المظالم لا يختص بأي منازعة قد ترفع إليه لأنه قضاء متخصص بنوع معين من المنازعات ، ولم نجد في كتب من قبلنا معايير تحدد اختصاصات قضاء المظالم إنما من خلال السوابق التاريخية ، وقرارات التعيين التي استعرضناها يمكننا استخلاص معايير لهذه الاختصاصات.

ويرجع عدم وضع معيار محدد للمظالم التي تدخل في اختصاص قاضي المظالم إلى أن وظيفة النظر في المظالم هي في الأصل وظيفة من وظائف رئيس الدولة الذي هو صاحب الولاية العامة.

وعندما خصص ولي الأمر يوماً للمظالم لم تلاحظ التفرقة بين هذا الاختصاص وغيره من الاختصاصات التي يقوم بها ولي الأمر باعتباره يختص بالمظالم وبغيرها ،

ولكنه في حالة التفويض لشخص معين للعمل في نظر المظالم. كان لا بد أن تتميز المظالم عن غيرها ، مما جعل الفقه يضع فروقاً بين اختصاص قاضي المظالم اختصاص القضاء والحسبة.

وقد يقول قائل لا حاجة لنا لوضع معيار للمظالم، ما دامت قد وردت في كتب الفقه على سبيل الحصر، مثل ما أورده الماوردي الذي حصر الاختصاص في عشرة أمور على التفصيل الذي سبق. لكن هذا القول يخفت إذا نظرنا إلى عمومية البند العاشر من الاختصاصات والذي جعل قضاء المظالم النظر في مظالم المتشاجرين والحكم بين المتنازعين وقد يفهم منه توسيع دائرة اختصاص قضاء المظالم لتشمل المنازعات جميعها بالإضافة إلى أن لقضاء المظالم اختصاصات استحدثت في الوقت الحاضر، لهذا الحاجة داعية إلى استخلاص معيار عام يحدد نطاق اختصاص مجلس المظالم، وخاصة ونحن نستهدف من دراستنا هذه إيجاد نظرية عامة لنظام قضاء المظالم ونتصور إمكانية تطبيقها حالياً.

فما هو المعيار الذي يمكننا استخلاصه ؟

من تسمية هذا القضاء بقضاء المظالم انحصرت المنازعات التي تخضع له، في المنازعات التي يتوافر فيها عنصر الظالم. ومن ظروف نشأة هذا القضاء عرفنا أنه نشأ ليعسط سلطة القانون على فئة معينة لم يستطيع القضاء العادي أن يعسط سلطته عليها وهذه الفئة أطلقنا عليها اسم (أصحاب النفوذ) فتحدد المنازعات بتحديد أشخاص المنازعة..

بهذا يتحدد نطاق اختصاص قضاء المظالم بمعيارين اثنين :

1- المعيار الموضوعي (عنصر الظلم).

2- المعيار الشخصي (عنصر النفوذ).

- أولاً : المعيار الموضوعي (عنصر الظلم) :

الظلم أبرز مظاهر الخروج عن الشرعية الإسلامية القائمة على العدل وحماية المستضعفين في الأرض. ولهذا نشأ قضاء المظالم - كضمانة لحماية الشرعية -

ليختص بمنازعات المظالم وسمي بهذا الاسم لإظهار هذا الاختصاص، وأعطيت له سلطات أوسع مقالاً أفسح مجالاً لمواجهة هذا الظلم الذي لا تجدي في مواجهته الإجراءات المتبعة في القضاء العادي.

فهل معنى هذا أن اختصاص قضاء المظالم يتحدد نطاقه بوجود الظلم في المنازعة

؟

فحينما يكون في المنازعة ظلم نكون أمام مظلمة يختص بها قضاء المظالم بغض النظر عن أشخاص هذه المنازعة.

ولكن هذا العنصر وحده لا يكفي، لأن الظلم متوافر في جميع المنازعات، حيث يوجد ظلم في الحقوق بالنسبة للمنازعات التجارية. وفي النفس أو - الأعضاء أو العرض بالنسبة للمنازعات الجنائية. وفي الحريات وغيرها بالنسبة لسائر المنازعات، والاختلاف في وجود عنصر الظلم بين المنازعات اختلاف نسبي - يزيد وينقص، ويظهر ويختفي ويستتر حسب الأحوال والظروف وإذا سلمنا بهذا القول فإن تطبيق هذا المعيار وحده يؤدي إلى توسيع دائرة نطاق اختصاص قضاء المظالم ليشمل جميع المنازعات ويشمل بذلك حركة القضاء العام. ومن ثم فلا بد من النظر إلى المعيار الشخصي.

- ثانياً: المعيار الشخصي (عنصر النفوذ):

إن وجود اختصاص قاضي المظالم مرهون بوجود أي نوع من أنواع النفوذ ومعناه أن التصرف الذي يقوم به شخص قوي من ذوي النفوذ يعتبر - من المظالم التي يختص بها قضاء المظالم، فأساس تمييز المظالم هو شخص الفاعل دون موضوع الفعل، فتكون المنازعة من اختصاص قضاء المظالم إذا كان أحد أطرافها من أصحاب النفوذ، سواء أكانت الدولة أو أحد الأفراد الذين لهم قوة وسيطرة

الدولة. وإن لم يكونوا أعضاء في الدولة. كالتجار والأعيان وأصحاب الأملاك إذا كانت بين أفراد عاديين وتخرج المنازعة من نطاق هذا الاختصاص إذا كانت بين أفراد عاديين ليسوا من أصحاب النفوذ.

وقد نبهنا إلى هذا المعيار الفقيه الماوردي حيث قسم المتنازعين من حيث نفوذهم إلى ثلاثة أصناف:

الصنف الأول: أصحاب النفوذ

الصنف الثاني: متوسطوا الحال

الصنف الثالث: الخاملون

الفئة الأولى: يختص بنظر قضاياهم والي المظالم نفسه.

والفئة الثانية: يحيل والي المظالم قضاياهم إلى قاضي، من أعضاء مجلس المظالم
والفئة الثالثة: يحيل ناظر المظالم قضاياهم إلى أبعد من ذلك، أي القضاء العادي. وفي هذا يقول الماوردي: "فإن كان الناظر في المظالم ممن يحل قدره كالخليفة أو وزير التفويض أمير الإقليم، راعى من أحوال المتنازعين ما تقتضيه السياسة من مباشرة النظر بينهما (أي طرفي النزاع) إن جل قدرهما، أو رد ذلك إلى قاضيه بمشهد منه إن كانوا متوسطين أو على بعد منه إن كانا خاملين" ¹.

ومعنى هذا أن قضاء المظالم يتولى النظر في مظالم أصحاب النفوذ إلا أن أصحاب النفوذ نوعان:

1- كبار النفوذ.

2- متوسطون النفوذ.

¹ الماوردي - المرجع السابق - ص 75.

فهؤلاء يختص بمنازعاتهم مجلس المظالم ، لكن داخلياً يقسمها فيما بينهم فينظر الأولى رئيس المجلس -إذا كان غير القاضي - ويتولى الثانية قاضي المظالم بحضور رئيس المجلس -إذا كان غير القاضي - ويتولى الثانية قاضي المظالم بحضور رئيس المجلس. أما إذا كان رئيس المجلس هو القاضي فهو المختص بجميع المظالم بطبيعة الحال ، أما العاديون وهو من أسماهم خاملين فيحيلهم ناظر المظالم إلى القضاء العادي.

وقد يرد علينا بالقول إن التفرقة بين أصحاب النفوذ وغيرهم ليست بالأمر الهين ، ونجيب على ذلك بأن يرجع في تحديد أصحاب النفوذ إلى العرف السائد ، ويمكن أن يقنن ذلك العرف تيسيراً للمحاكم ، ومثلاً ، العرف. في اليمن يقضي بأن المشايخ والأعيان يعتبرون من أصحاب النفوذ.

وتعتبر قضايا الاعتداء على حقوق الأيتام والأرامل وأموال الوقف من قبل منازعات ذي النفوذ.

كذلك نفترض أن الإدارة من أصحاب النفوذ لكل منازعاتها تدخل في اختصاص قاضي المظالم غير أن أعمال "معايير النفوذ" منفرداً لا يؤدي إلى تحديد المظالم. ذلك أن منازعات أصحاب النفوذ - ومنها منازعات الإدارة - ليست كلها مظالم يختص بها قضاء المظالم. فقد رأينا من السوابق التاريخية والتطبيقية القضائية ما يدل دلالة قاطعة على أن أصحاب النفوذ - ومنهم كبار رجال الدولة. بل والخليفة نفسه - كانوا يقفون أمام القاضي العادي في المنازعات العادية - غير المظالم - التي تحتاج فقط إلى كشف رأي القانون فيها ، مثل الدعاوى المتعلقة بالبيع والشراء وغير ذلك من التصرفات المدنية ، وهذه المنازعات يتم تطبيق قواعد القانون فيها عن طريق القاضي العادي.

وختلاصة القول

إن الظلم غير مشروع، بل ومن أشر المنكرات ولا يقوم به غالباً - إلا صاحب نفوذ أو سلطة، وردع أصحاب النفوذ عن الظلم واحترام الشرعية هو السبب الحقيقي لنشأة قضاء المظالم، وتمييزه عن القضاء العادي ومنحه وسائل غير عادية.

إذا فإن عنصرى الظلم والنفوذ هما سبب نشأة قضاء المظالم وهما فى الوقت نفسه معيار تخصصه.

ويحدد العرف السائد من هم أصحاب النفوذ، ولا مانع من أن يحدد ذلك بقانون. ويفترض النفوذ فى تصرفات الإدارة، فأى تصرف من الإدارة كجهة نفوذ، يدخل ضمن اختصاص قضاء المظالم، بالإضافة إلى تصرفات الأقوياء الذى يحدداهم العرف السائد، كالمشاخ والأعيان، ويترك التقدير لقاضى المظالم تحت رقابة محكمة النقض، ولا يمنع أن يتم تحديدهم بقانون.

وفى ضوء هذه التوجيهات نقترح أن يختص قضاء المظالم بالمنازعات التى سوف نوردها فى الفرع التالى.

الفرع الثاني

محاولة حصر المظالم التي نرى أن يختص بها مجلس المظالم

نرى - في بداية نشأة مجلس المظالم المقترح - أن يحدد قانون نشأته المظالم التي سوف يختص بها ويكون ما عداها من اختصاص المحاكم القضائية الأخرى ، ولا مانع فيما بعد - وقد ترسخ أصول نظام قضاء المظالم في الحياة العملية ، ووضحت فكرته ، أن يترك لقاضي المظالم أعمال المعيار العام الذي وضعناه.

وعلى ذلك سنحاول أن نضع قائمة المنازعات التي يختص بها قضاء المظالم مسترشدين في ذلك بالسوابق القضائية لقضاء المظالم في النظام الإسلامي واختصاصاته الواردة في كتب التاريخ والفكر الإسلامي والمنازعات المعاصرة التي تعتبر "مظالم" وفقاً للمعيار العام الذي اقترحناه.

ومنازعات المظالم تنقسم بحسب طبيعة نظام قضاء المظالم إلى نوعين :

النوع الأول : المنازعات الإدارية

النوع الثاني : منازعات أصحاب النفوذ.

ونفصل ذلك الإجمال كما يلي :

النوع الأول

منازعات المظالم الإدارية

وهي المنازعات التي تنشأ من القرارات والتصرفات الإدارية أو نتيجة مخالفة مالية أو إدارية، وسواء أكانت المنازعة متعلقة بموظف عام، أو متعلقة بمواطن عادي.

- أولاً: منازعات المظالم المتعلقة بموظف عام:

1. المنازعات الخاصة بالقرارات الإدارية المتعلقة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت - وما في حكمها - للموظف أو ورثته.

2. منازعات "المظالم" من القرارات المتعلقة بالتعيين في الوظائف أو بالترقية أو العلاوة.

3. منازعات "المظالم" من القرارات المتعلقة بالإحالة إلى المعاش أو التقاعد غير المشروع.

4. المظالم من الجزاءات التأديبية الصادرة من قبل الإدارة.

5. المخالفات المالية والإدارية (التي تقع من الموظف).

- ثانياً: المظالم المتعلقة بغير الموظفين:

1. المظالم المرفوعة من الأفراد ضد القرارات أو التصرفات الإدارية غير المشروعة.

2. المظالم المتعلقة بالعقود الإدارية

3. المظالم المتعلقة بمسائل الجنسية.

4. المظالم المتعلقة بالانتخابات ما عد ما يتعلق بمسائل انتخابات أعضاء مجلس

الشورى، حيث تختص بها المحكمة الدستورية العليا، بحسب النص الدستوري.

5. مظالم السلطة الإدارية التي تصل إلى حد التعدي الصارخ على المواطنين في حرياتهم وأموالهم الخاصة
6. مظالم الإدارة الناجمة عن جور القائمين على إيرادات الدولة كالزكاة والضرائب والرسوم وما في حكمها.

النوع الثاني

مظالم أصحاب النفوذ (الذين يحدد لهم العرف أو القانون)

وهي :

- أولاً: دعاوى الاعتداء الصارخ (اغتصاب الأقوياء) على الملكية الخاصة بالأفراد (الضعفاء) وحرّياتهم وأعراضهم ، على أن تكون هذه دعاوى الحسبة التي يشترط أن يرفعها المعتدي عليه.
- ثانياً: قضايا الاعتداء على الأموال العامة ومنها أموال الوقف وأموال الجمعيات الخيرية والمرافق العامة.
- ثالثاً: قضايا تدخلات ذوي النفوذ في سير القضاء بما يهدد استقلال القضاء وعرقلة العدالة.
- رابعاً: المظالم المرفوعة من الأفراد بخصوص عدم تنفيذ الأحكام الصادرة ضد أصحاب النفوذ أو بسببهم.
- خامساً: مظالم العمال المرفوعة ضد أرباب العمل بخصوص الأجور ومتعلقات العمال بحسب أحكام عقد العمل ، والأحكام المكملة في قوانين العمل المعمول بها.
- سادساً: قضايا التركات إذا كان أحد أطرافها من أصحاب النفوذ وخصوصاً إذا كان من ضمن المستحقين الأيتام والأرامل والعجائز فيختص بها قضاء المظالم حيث يفترض في خصوصهم النفوذ وتقدير ذلك للقاضي تحت رقابة محكمة النقض.

الفرع الثالث

جهة الفصل في إشكالات الاختصاص كما نقترحها

إنشاء محاكم خاصة بالمظالم على النحو الذي تصورناه، قد يؤدي إلى إثارة التنازع على الاختصاص بالصورة المعروفة¹ بين محاكم المظالم وبين المحاكم القضائية الأخرى، خصوصاً في حالة عدم تحديد القانون للمظالم وترك الموضوع للمعيار العام الذي اقترحناه.

وبما أن محكمة النقض والإقرار في اليمن هي رأس المحاكم القضائية جميعها - بما فيها محاكم المظالم - حسب تصورنا، فإننا نرى أن تتولى شعبة فحص الطعون في محكمة النقض مهمة الفصل في مسائل التنازع. ولا محل - هنا - للنقد الذي وجه لنفس الحكم حينما تبناه المشرع المصري - سابقاً - بإسناده مهمة الفصل في مسائل التنازع في صوره المعروفة إلى محكمة النقض المصرية. باعتبار أنها خصم وحكم في الوقت نفسه لتبعية محكمة النقض لجهة القضاء العادي، والنزاع بين القضاء العادي والإداري²، ذلك أن الوضع يختلف في التنظيم الذي نتصوره حيث تعتبر محاكم المظالم ضمن المحاكم التي تشرف عليها محكمة النقض والإقرار، وبالتالي فإن محكمة النقض ستكون هي المحكمة المحايدة في النزاع.

تم بحمد الله

¹ راجع في هذه الصور: الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري - مصدر سابق - ص 43 - وما بعدها. ر. د. ماجد الخليس: القضاء الإداري - مصدر سابق - ص 235 وما بعدها.

² انظر لنس المصدرين السابقين الأول ص 10 - والثاني ص 24

الفهرس

العنوان	رقم الصفحة
المقدمة	5
الباب الأول: مبدأ المشروعية	6
الفصل الأول: مبدأ الشرعية في الإسلام	6
المبحث الأول: التعريف بمبدأ الإسلام	7
المطلب الأول: مضمون الشريعة الإسلامية	8
المطلب الثاني: مكونات الشريعة	11
المبحث الثاني: تأصيل الشريعة الإسلامية في المصادر الأساسية	18
المطلب الأول: تأصيل مبدأ الشرعية الإسلامية في القرآن	19
الفرع الأول: النصوص الصريحة	20
الفرع الثاني: نصوص قرآنية تقرر مبادئ تتضمن الشرعية	22
المطلب الثاني: تأصيل مبدأ الشرعية الإسلامية في السنة	23
المبحث الثالث: مبدأ الشرعية في التطبيق العملي والفقه	27
المطلب الأول: نماذج من تطبيقات النظام الإسلامي للمبدأ	28
المطلب الثاني: مبدأ الشرعية في الفقه الإسلامي	34
الفرع الأول: مبدأ الشرعية في الفقه الإسلامي القديم	35
الفرع الثاني: مبدأ الشرعية الإسلامية في الفقه الحديث	37
الفصل الثاني: مبدأ الشرعية في النظام الحديث	43
المبحث الأول: التعريف بالمبدأ	44
المبحث الثاني: مصادر المشروعية	45
المبحث الثالث: الشرعية في القانون اليمني الحديث	49
المطلب الأول: الفترة الانتقالية 1962م - 1970م	50
المطلب الثاني: في ظل دستور 1970م	52
المطلب الثالث: بعد قيام الوحدة	53
الباب الأول: رقابة الشرعية في النظام الإسلامي	54
الفصل الأول: طرق رقابة الشرعية	55

56	المبحث الأول : مراقبة الله تعالى
57	المطلب الأول : أسس هذه الرقابة
60	المطلب الثاني : مدى فعالية هذه الرقابة لحماية مبدأ الشرعية
61	المبحث الثاني : رقابة ولي الأمر
62	المطلب الأول : رقابة ولي الأمر قبل نشاء الوظيفة
65	المطلب الثاني : رقابة ولي الأمر أثناء مباشرة الوظيفة
69	المطلب الثالث : الرقابة بعد انتهاء الوظيفة
70	المطلب الرابع : الرقابة بواسطة الدواوين
72	المبحث الثالث : رقابة الأمة
74	الفصل الثاني : الرقابة القضائية (قضاء المظالم)
75	المبحث الأول : تعريف قضاء المظالم ونشأته
76	المطلب الأول : تعريف قضاء المظالم
79	المطلب الثاني : نشأة وتطور قضاء المظالم
90	المبحث الثاني : تشكيل مجلس المظالم
91	المطلب الأول : تشكيل مجلس المظالم
96	المطلب الثاني : الإجراءات المتبعة أمام مجلس المظالم
98	الفرع الأول : سلطة قاضي المظالم في توجيه الإجراءات
100	الفرع الثاني : كيفية رفع الدعوى وإعلان المدعي عليه
104	الفرع الثالث : تحضير الدعوى
106	الفرع الرابع : الفصل في الدعوى
109	المبحث الثالث : اختصاصات قضاء المظالم
110	المطلب الأول الاختصاصات القضائية
111	الفرع الأول : المنازعات الإدارية
118	الفرع الثاني : المنازعات غير الإدارية
120	المطلب الثاني : الاختصاصات غير القضائية
125	الباب الثاني : الرقابة القضائية في القانون الحديث
126	الفصل الأول : القضاء الإداري الحديث

128	المبحث الأول: نظام القضاء الموحد
129	المطلب الأول: النظام الإنجليزي
133	المطلب الثاني: النظام الأمريكي
138	المبحث الثاني: نظام القضاء المزدوج
139	المطلب الأول: القضاء الإداري الفرنسي
143	المطلب الثاني: القضاء الإداري العربي
144	الفرع الأول: القضاء الإداري المصري
150	الفرع الثاني: القضاء الإداري الأردني
153	المبحث الثالث: النظام المختلط
154	المطلب الأول: القضاء الإداري الألماني
156	المطلب الثاني: القضاء السويسري
158	المطلب الثالث: القضاء الإسباني
159	الفصل الثاني: أنشطة القضاء الإداري الحديث
160	المبحث الأول: قضاء الإلغاء
161	المطلب الأول: تعريف دعوى الإلغاء
162	المطلب الثاني: شروط قبول دعوى الإلغاء
163	الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في القرار المطلوب إلغاءه
172	الفرع الثاني: الشروط المتعلقة برفع الدعوى
173	الفرع الثالث: المواعيد والإجراءات
175	الفرع الرابع: انعدام طريق الطعن المقابل أو الموازي
176	المطلب الثالث: الحكم في دعوى الإلغاء
179	المبحث الثاني: قضاء التمييز
180	المطلب الأول: مسئولية الإدارة على الخطأ
188	المطلب الثاني: مسئولية الإدارة بدون خطأ (القائمة على تبعية المخاطر)
192	المبحث الثالث: دعوى التأديب
198	الفصل الثالث: المقارنة بين قضاء المظالم والقضاء الإداري الحديث
199	المبحث الأول: أوجه الشبه بين قضاء المظالم والقضاء الإداري

207	المبحث الثاني : أوجه الاختلاف
208	المطلب الأول : الاختلاف في مدى الولاية ونطاق الرقابة
209	الفرع الأول : الخلاف في مدى الولاية
212	الفرع الثاني : مدى خضوع أعمال الإدارة للرقابة القضائية
214	المطلب الثاني : الاختلاف في الاختصاص
217	المطلب الثالث : الاختلافات من حيث الإجراءات والقانون الذي يطبق
218	الفرع الأول : من حيث الإجراءات
219	الفرع الثاني : من حيث القانون الواجب التطبيق
221	الباب الثالث : القضاء الإداري في اليمن
222	الفصل الأول : صور الرقابة على أعمال الإدارة
223	المبحث الأول : الرقابة السياسية
224	المطلب الأول : رقابة الرأي العام
225	الفرع الأول : رقابة الأحزاب السياسية
228	الفرع الثاني : الجمعيات والنقابات
230	الفرع الثالث : رقابة وسائل الإعلام
231	المطلب الثاني : الرقابة النيابية
233	المبحث الثاني : الرقابة الإدارية
237	الفصل الثاني : تطور الرقابة القضائية
238	المبحث الأول : التطور التاريخي لحل المنازعات الإدارية في اليمن
239	المطلب الأول : القضاء الإداري اليمني القديم
241	المطلب الثاني : القضاء الإداري اليمني الحديث
243	المبحث الثاني : الدور التشريعي في تطور الرقابة
244	المطلب الأول : دور المشرع الدستوري
245	الفرع الأول : دور المشرع الدستوري في ج.ع. ي سابقاً
247	الفرع الثاني : دور المشرع الدستوري في ج. اليمنية الديمقراطية
250	الفرع الثالث : دور التشريع في القضاء الإداري بعد الوحدة
252	المطلب الثاني : دور المشرع العادي في إنشاء مرافق لها علاقة بالقضاء الإداري

253	الفرع الأول : المكتب القانوني
256	الفرع الثاني : مكتب المظالم
257	الفرع الثالث : المحكمة التأديبية
261	المطلب الثالث : دور المشرع العادي في إنشاء قضاء ادري
262	الفرع الأول : مشروع قانون إنشاء وتنظيم القضاء الإداري
266	الفرع الثاني : مشروع قانون المحاكم الإدارية
268	المبحث الثالث : الدور القضائي والفقه اليمني
269	المطلب الأول : دور القضاء
270	الفرع الأول : عدم ممارسة القضاء للرقابة على الإدارة
271	الفرع الثاني : الاتجاه نحو نظر القضاء لإعمال الإدارة
273	المطلب الثاني : دور الفقه
278	الفصل الثالث : ما نرى الأخذ به
279	المبحث الأول : ضرورة الأخذ بالنظام الإسلامي وإنشاء قضاء المظالم
281	المطلب الأول : صلاحية قضاء المظالم للتطبيق
285	المبحث الثاني : الواقع اليمني يستوجب اختيار قضاء المظالم
289	المبحث الثاني : مجلس قضاء المظالم كما تنصوره
291	المطلب الأول : تكوين مجلس المظالم
292	الفرع الأول : القسم التنفيذي
293	الفرع الثاني : القسم القضائي
295	المطلب الثاني : اختصاص قضاء المظالم
296	الفرع الأول : معيار المظالم
302	الفرع الثاني : محاولة حصر المظالم التي نرى أن يختص بها مجلس المظالم
306	الفرع الثالث : جهة الفصل في إشكالات الاختصاص كما نقترحها
307	الفهرس

