

دور المحكمة الإدارية العليا
في توحيد المبادئ القانونية في العراق
(دراسة مقارنة)

عنوان الكتاب: دور المحكمة الإدارية العليا في توحيد المبادئ القانونية في
العراق (دراسة مقارنة)

تأليف: ورود لفته مطير

الترقيم الدولي: 978-977-841-185-0

رقم الإيداع: 2020 / 15763

سنة النشر: 2021

الطبعة الأولى

الناشر



جمهورية مصر العربية

القاهرة - شبرا - 3 شارع ترعة النصراني أمام مسجد التقوى - منطي - شبرا الخيمة

00(20)1282441890

00(20) 233518784

Yasser261098@gmail.com

WWW.ACBOOKZONE.COM

حقوق النشر:

جميع الحقوق محفوظة للمركز العربي
للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع،
ولا يجوز نشر أي جزء من هذا الكتاب أو
اختزان مادته بطريقة الاسترجاع أو نقله على
أي نحو أو بأية طريقة سواء كانت
إلكترونية أو ميكانيكية أو خلاف ذلك إلا
بموافقة الناشر على هذا كتابة ومقوما.

تنويه هام:

إن مادة هذا الكتاب والأفكار المطروحة به
تعبّر فقط عن رأي المؤلف - ولا تعبّر بالضرورة
عن رأي الناشر الذي لا يتحمل أي مسؤولية
قانونية فيما يخص محتوى الكتاب أو عدم
وفائه باحتياجات القارئ أو أي نتائج مترتبة
على قراءة أو استخدام هذا الكتاب.

دور المحكمة الإدارية العليا في توحيد المبادئ القانونية في العراق

(دراسة مقارنة)

تأليف

ورود لفته مطير

ماجستير في القانون العام



الطبعة الأولى

1442 هـ - 2021 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا ﴾

صدقة الله العظيم

(سورة طه: 114)

إِهْدَاء

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة
إلى نبي الرحمة ونور العالمين محمد صلى الله عليه وسلم
إلى النور الذي أنار دربي.... والسراج الذي لا ينطفئ نوره أبداً والذي
بذل جهد السنين من أجل أن اعتلي سلالم النجاح
والذي العزيز

إلى من ربنتي صغيراً ونصحتني كبيراً قرّة عيني وفؤادي
إلى بسمّة الحياة والوجود
إلى من كان دعائها سر نجاحي
والدتي أدامها الله

إلى من كانوا يمهدون لي الطريق ويساعدوني ويتنازلون عن
حقوقهم لإرضائي ... وحبهم يجري في عروقي ويلهج بذكراهم فؤادي
زوجي وأولادي (محمد وتالين)

أهدي ثمرة جهدي هذا

المؤلفة

مُقَدِّمَةٌ

يعد موضوع توحيد المبادئ القانونية في أحكام المحكمة الإدارية العليا من أدق وأهم موضوعات القضاء الإداري، وذلك يرجع إلى حاجة أفراد المجتمع للعدل والاطمئنان للوصول إلى حقوقهم تجاه أعمال الإدارة التي يسعون إليها من خلال اللجوء إلى القضاء الإداري في حل المنازعات الإدارية في قراراته وأحكامه، والتي تعد عنواناً لتلك الحقيقة هذا من جهة، ومن جهة أخرى تحقيق مبدأ المساواة بين الأفراد من خلال تطبيق ذات القرارات والمبادئ القانونية على القضايا متشابهة الوقائع، وتوفير إمكانية توقع الحل أو المبدأ القانوني الذي يمكن أن يطبق عليهم الأمر الذي يدفعهم إلى تسوية منازعاتهم خارج نطاق القضاء، مما يخفف العبء الحاصل على المحاكم، ويؤدي إلى سرعة الحسم في القضايا وبالنتيجة تحقيق عدالة سريعة ناجزه.

ومن ثم فإن سلطة القاضي في إنشاء المبادئ القانونية تعد أحد المظاهر الرئيسة لإظهار الجوانب الإيجابية للقاضي الإداري لإيجاد الحلول المناسبة لحسم النزاع، فالمبادئ القانونية تنشأ في حالة القصور التشريعي إذ يلعب القاضي دوراً تكميلياً للمشرع دون أن يحل محله، وأن مدى المبادئ القانونية تكون في قرارات المحكمة الإدارية العليا بمعنى إن القاضي الإداري يقوم بمهمة استخلاص القواعد القانونية في حالة سكوت النصوص عن إيراد حكم يحسم النزاع المعروف، ولا يستطيع عدم الحكم بالنزاع وإلا يُعد منكرًا للعدالة، وللقيام بهذا الدور يكون من خلال بسط ولايته على المنازعات الإدارية كافة دون الانتقاص من حق التقاضي أو مصادرته على أساس اعتناق التفسير الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات.

ليس هذا فحسب فالعدول عن مبدأ قانوني سابق قد يكون أمر مستحسن لمواكبة التطور في المجتمع من النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية، سواء كان هذا في الدول التي تتبع النظام اللاتيني أو الانكلوسكسوني والتي تُعد السوابق القضائية هي المصدر الرسمي للقانون، فالقضاة هم بشر من صفاتهم الخطأ والقصور، فالعدول عن مبدأ قانوني سابق وسيلة لتصحيح الخاطئ من الأحكام أو تطوير ما يحتاج منها مما تظهر في ظل هذا النظام بوصفها غير ملزمة للمحكمة نفسها التي أصدرت المبدأ القانوني أو المحاكم الأخرى أو الأدنى مرتبة.

ومن ثم فإن مسؤولية المحكمة الإدارية العليا تنهض بتوحيد المبادئ القانونية في القضايا المتشابهة، إلا أن قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 وتعديلاته خلى من نصوص حاكمة لتوحيد المبادئ القانونية، ومهما يكن من أمر فإن من المسلم به أن القاضي الإداري من الناحية العملية قد عمِلَ على توحيدها عند نقض الأحكام الصادرة من محكمة قضاء الموظفين ومحكمة القضاء الإداري التي يشوبها مخالفة القانون أو الخطأ في تأويله، ولتحقيق ذلك الهدف المتقدم لا بد أن يكون توحيد المبادئ القانونية محكوماً بضوابط وقواعد يجب مراعاتها إذا ما أرادت المحكمة توحيد المبادئ القانونية في القضايا المتشابهة، وأخيراً أن الأثر المترتب على سلطة المحكمة الإدارية العليا في توحيد المبادئ القانونية من حيث التزام المحكمة ذاتها بالمبادئ القانونية والمحاكم الإدارية الأدنى، ولا يمكن إغفال أثر المخاطر التي قد تترتب على العدول عن مبدأ قانوني سابق ومنها المساس بفكرة الأمن القانوني، والقضائي والتوقع المشروع للأفراد بوصفها من الركائز الأساسية لبناء دولة القانون، التي تتطلب الثبات النسبي للحقوق والمراكز القانونية، وفي ذلك تحقيق لأولويات العدالة المطلقة وهي المساواة بين المتقاضين في تطبيق المبادئ القانونية عليهم.

أهمية الدراسة:

ترجع أهمية دراسة هذا الموضوع في بيان قواعد تحقيق العدالة والمساواة بين المتقاضين في تطبيق المبادئ القانونية عليهم، ولا يأتي ذلك إلا بوجود هيئة قضائية فعالة على توحيد المبادئ القانونية في القضاء الإداري، لما يكفله هذا النظام من أمن قانوني واستقرار في النظام القضائي الذي يستمد من استقرار المحكمة الإدارية العليا على مبدأ قانوني معين وتطبيقه على سائر الوقائع المشابهة المعروضة أمام المحكمة، الأمر الذي يترتب عليه بالضرورة أتاحت الفرصة أمام الأفراد للجوء إلى تلك الهيئة القضائية في الحالات التي يجدون فيها تعرض مراكزهم القانونية المستقرة للمساس نتيجة عدول محكمة الموضوع فجأة على قواعد، ومبادئ مستقرة دون أتباع الإجراءات المقررة قانوناً، لذا أثرت أن أتناول هذا الموضوع لبيان دور القاضي الإداري ووقوفه محاولاً توحيد المبادئ القانونية، فضلاً عن ذلك بوصفها من المواضيع التي لم يتناولها الفقه بالتحليل والدراسة، لأن القضاء الإداري في العراق هو قضاء حديث النشأة من الناحية العملية فهو بأمس الحاجة إلى مثل هذه الدراسات، مما يجعل البحث في هذا الموضوع يحظى بأهمية كبيرة.

إشكالية الدراسة:

على الرغم من الأهمية الكبيرة لتوحيد المبادئ القانونية في قرارات وأحكام القضاء الإداري، إلا أنه لا توجد أحكام قانونية منظمة لها في العراق، بمعنى إن المشرع العراقي لم يصدر تشريع قانوني لتنظيم جميع المجالات المتعلقة بأحكام ووسائل توحيد المبادئ القانونية أو إنشاء مبدأ قانوني جديد أو العدول عن مبدأ قانوني سابق ولم يبين الجهة المختصة بتوحيد المبادئ القانونية في القضاء الإداري سواء في قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل، خلافاً لما هو عليه الحال في الدول محل المقارنة فرنسا ومصر.

ويشير موضوع الدراسة إشكاليات عديدة تتمثل في الإجابة على الأسئلة الآتية: من هي الجهة المختصة في توحيد المبادئ القانونية في القضاء الإداري العراقي؟ وهل تستطيع المحكمة الإدارية العليا عند الفصل في موضوع الدعوى التمييزية أن توحد المبادئ القانونية؟ أم يقتصر دورها على مراقبة القانون؟ وهل تستطيع المحكمة الإدارية العليا أنشاء مبدأ قانوني جديد أو العدول عن مبدأ قانوني سابق؟ وما هي قواعد توحيد المبادئ القانونية وآثارها؟

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان الجهة المسؤولة عن توحيد المبادئ القانونية في القضاء الإداري في العراق وبيان أحكامه من حيث بيان سلطة القاضي الإداري بإنشاء مبدأ قانوني جديد أو العدول عن مبدأ قانوني سابق والجهة التي تملك صلاحية توحيدها، وكذلك تحديد القواعد والشروط اللازمة لتوحيدها، وأخيراً ما يترتب على قيام هذه المسؤولية من آثار تؤثر في النظام القضائي الإداري لكل دولة ومنها النظام العراقي والأنظمة المقارنة التي تناولناها بالدراسة، وما يهمننا بالدرجة الأولى هو القضاء الإداري العراقي، من حيث بيان موقف المشرع منه ما يمتاز به من مزايا وما يشوبه من عيوب نحاول على قدر الإمكان تقديم حلول قانونية لتلافيها بما سوف نصل إليه من نتائج وما نقرحه من توصيات في نهاية الدراسة.

منهج الدراسة:

اعتمدت هذه الدراسة أسلوب المنهج التحليلي والمقارن، من خلال تحليل النصوص القانونية وأحكام القضاء وآراء فقهاء القانون الإداري ومقارنتها بذلك بالنظام الفرنسي والنظام المصري، وسبب اختيارنا للأنظمة المذكورة آنفاً هو أن فرنسا تمثل مهد

النظام اللاتيني ولها يعود الفضل في إنشاء مبدأ توحيد المبادئ القانونية لأن نظامها يقوم على عدم الأخذ بفكرة السوابق القضائية، ومن ثم حل محلها القضاء إذ يستمد منه استقرار مجلس الدولة على مبدأ قانوني معين في سنده وقوة إلزامه، أما بالنسبة للنظام المصري فيلاحظ أنه يمثل تجربة متطورة في نوعها في الوسط الإقليمي العربي من خلال إنشاء دائرة مختصة لتوحيد المبادئ القانونية في المحكمة الإدارية العليا في مجلس الدولة المصري، لذا سنتناول موضوع الدراسة مشفوعاً بأحكام القضاء الإداري.

هيكلية الدراسة:

لقد تطلب موضوع الدراسة (دور المحكمة الإدارية العليا في توحيد المبادئ القانونية في العراق - دراسة مقارنة) تقسيمها إلى فصلين سبقتها مقدمة، وجاء هذين الفصلين على النحو الآتي:

- الفصل الأول: خصص لدراسة موضوع (مظاهر ممارسة المحكمة الإدارية العليا لدورها في توحيد المبادئ القانونية)، وتنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول سلطة القاضي الإداري في إنشاء المبادئ العامة للقانون، أما المبحث الثاني فتناول عدول القاضي الإداري عن مبدأ قانوني سابق.
- إما الفصل الثاني: خصص لدراسة (القواعد المنظمة لدور المحكمة الإدارية العليا في توحيد المبادئ القانونية) حيث قسم هذا الفصل إلى مبحثين يتناول في المبحث الأول إجراءات توحيد المبادئ القانونية و المبحث الثاني الآثار المترتبة على سلطة المحكمة الإدارية العليا في توحيد المبادئ القانونية.
- وسوف تنتهي الرسالة بخاتمة تظم ما توصلت إليه الدراسة من نتائج وتوصيات.

الفصل الأول

مظاهر ممارسة
المحكمة الإدارية العليا
لدورها في توحيد المبادئ القانونية

ويشتمل هذا الفصل على المبحثين التاليين:

✍ المبحث الأول: سلطة القاضي الإداري في إنشاء المبادئ العامة للقانون

✍ المبحث الثاني: عدول القاضي الإداري عن مبدأ قانوني سابق

الفصل الأول

مظاهر ممارسة المحكمة الإدارية العليا لدورها في توحيد المبادئ القانونية

يهيمن القاضي الإداري على المنازعة الإدارية، ولا يجد أمامه سوى مجموعة من التشريعات المتعددة والمتشابكة والتي قد تتسم بالنقص أو الغموض في بعض الأحيان، وأن هذا الشمول القانوني والثغرات المتعددة الأشكال في الصياغة الفنية، بالإضافة إلى أن المصلحة العامة مرنة، حيث ما تراه الإدارة مصلحة عامة اليوم قد لا يكون غداً كذلك، لذلك يبرز دور القاضي الإداري في إنشاء القواعد اللازمة والكشف والإعلان عن وجود القواعد القانونية لحماية مبدأ المشروعية، فجاء القانون الإداري متوافقاً معها قانوناً مرناً غير مقنن.

لذلك يتفق الفقه الإداري أن القانون الإداري هو قانون قضائي، وأن القضاء هو المصدر الرئيسي والعملي لقواعد هذا القانون، ويمتلك القضاء في إداء وظيفته في حسم المنازعات أمكانية إصدار تفسيرات تتلائم مع حسن تطبيق القانون، ولما كان القضاء الإداري بطبيعته قضاءً إنشائياً مرناً إذ يمكن له أن يواكب التفسيرات الاقتصادية والاجتماعية والتطور في الحياة بمختلف جوانبها، لأن ما كان عادلاً بالأمس من الممكن أن يكون غير ذلك في وقت لاحق، لذلك يسهم العدول في أحكام القضاء الإداري في تطور الحكم القضائي.

وهنا بين مظاهر المشروعية ومقتضيات المصلحة العامة من جانب وإكمال النصوص وتفسيرها من جانب آخر يسعى القضاء للوصول إلى توحيد المبادئ القانونية وتلافي

صدور أحكام متناقضة ومتعارضة في القضايا المتشابهة.

وبناءً على ما تقدم، ومن أجل بيان هذه المواضيع ومدى تأثيرها على دور المحكمة

الإدارية العليا في توحيد المبادئ القانونية، سنقسم هذا الفصل إلى المبحثين الآتيين:

- المبحث الأول: سلطة القاضي الإداري في إنشاء المبادئ العامة للقانون

- المبحث الثاني: عدول القاضي الإداري عن مبدأ قانوني سابق

المبحث الأول

سلطة القاضي الإداري في إنشاء المبادئ العامة للقانون

القاعدة العامة أن القاضي الإداري كغيره من القضاة يقتصر دوره على تطبيق القانون في المنازعات المعروضة أمامه، لكن الفكر القانوني أدرك منذ القدم أن التشريع لا يمكن أن يكون كاملاً إذ يشوبه النقص، فكل عمل إنساني يحتمل أن يشوبه القصور، وأن القانون ما وجد إلا لكي يطبق على أرض الواقع، إلا أن مطابقة الوضع الواقع مع المبدأ القانوني الجديد يستلزم من القاضي تحديد مدلول هذه العبارات أو إيضاها للوصول إلى غاية المشرع، أو إكمال النقص بالتشريع فالمنازعات لا تتحمل التأخير في أن تتدخل السلطة التشريعية لتضع قواعد قانونية، ومن هذا المنطلق يبرز دور القاضي الإداري في إنشاء المبادئ القانونية من خلال تطويع النصوص القانونية الموجودة بما ينسجم مع طبيعة النزاع المعروض أمامه، فينشأ بذلك مبدأ قانوني جديد يسير عليه هو أو غيره من القضاة حتى تصبح شبه السابقة القضائية، أو يعدل عن رأي قانوني سابق إلى رأي قانوني جديد يكون أقرب إلى الحق من سابقه، وهذا يتطلب أن يبسط القضاء الإداري ولايته على المنازعات الإدارية دون الانتقاص منها، ودون أن يكون مكبلاً من المشرع بقيود تحول بينه وبين ممارسة اختصاصه، إلا أنه قد يأتي المشرع لسبب أو لآخر ويخرج بعض المنازعات رغم طابعها الإداري من الرقابة القضائية ويجعلها من اختصاص القضاء العادي أو جهات أخرى، وأن هذه الظاهرة مسلم بها في أغلب النظم القانونية في العالم، لذا فأن دراستنا في هذا المبحث سوف نتعرض لها في مطلبين وكما يأتي:

- المطلب الأول: مضمون المبادئ العامة للقانون
- المطلب الثاني: مدى إمكانية سلطة القاضي الإداري في إنشاء مبدأ قانوني جديد

المطلب الأول

مضمون المبادئ العامة للقانون

إنَّ من خصائص قواعد القانون الإداري أنه قانون غير مقنن، أي انه لا توجد مجموعة معينة تضم أحكام ذلك النوع من القانون كالقانون المدني مثلاً لتكون وحدة متكاملة متناسقة يسهل الرجوع إليها في كل المشاكل وحسم المنازعات، فيجد القاضي نفسه مضطراً أن يقضي في النزاعات المعروضة عليه وأن يجتهد ويخلق المبادئ التي يراها أصحح لحكم قضايا الإدارة العامة فيسعى القاضي الإداري لإيجاد وابتداع الحلول للمنازعات التي تعرض أمامه في حالة غياب نص التشريع لسد هذا الفراغ وفي بعض الحالات يكفي بإزالة غموض النص وتفسيره، وهذا أمر باتت تفرضه الاعتبارات العملية الواقعية وإلا يعد القاضي مرتكباً مخالفة قانونية تتمثل بإنكار العدالة⁽¹⁾.

ولما تقدم يظهر التساؤل الجوهرى والمهم عن مفهوم المبادئ العامة للقانون؟ وطبيعة دور القاضي الإداري في خلق مبدأ قانوني جديد هل يعد كاشف عن قانون موجود سابقاً أم مشئى؟ والأساس القانوني الذي يحدد واجب القاضي الإداري في إنشاء المبادئ والقواعد للقانون الإداري؟ وما لا شك فيه إن الأساس القانوني يكمن في القاعدة التي تتناول هذا الواجب والتي تكون قاعدة تشريعية، لذلك سنتناول هذا المطلب في فرعين الأول نخصه لبيان تعريف المبادئ العامة للقانون ومعرفة خصائصها والثاني نخصه للأساس القانوني لسلطة القاضي الإداري في إنشاء مبدأ قانوني جديد.

(1) د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008،

الفرع الأول

تعريف المبادئ العامة للقانون

تعد المبادئ العامة للقانون مجموعة متميزة من القواعد القانونية الأساسية في نطاق القانون الإداري فهي ثمرة للقضاء الطويل لمجلس الدولة الفرنسي⁽¹⁾، ولتحديد مفهوم المبادئ العامة للقانون لا بد من تعريفها، ويرى البعض من الفقه الإداري الفرنسي من الصعب إيجاد تعريف جامع ومانع للمبادئ العامة للقانون، فهذا المفهوم ليس له معنى معين داخل النظام القانوني⁽²⁾.

مما دفع الفقه إلى بذل الجهود من اجل الوصول لذلك، وفي الوقت نفسه يمثل رغبة الكثير من رجال القانون في وجود تعريف يحدد مفهوم المبادئ القانونية ويرفع الغموض عنها سواء من الناحية الفقهية أو القضائية من خلال أحكام مجلس الدولة وتقارير مفوضي الحكومة في فرنسا، كما يجدر بنا من ناحية أخرى تحديد الخصائص الأساسية التي تتميز بها المبادئ العامة للقانون وأسباب القوة الملزمة لتلك المبادئ وهذا ما سنحاول بيانه في الفقرات الآتية:

أولاً- 1- تعريف المبادئ العامة للقانون لغة ومفرداً مبدأ:

مبدأ الشيء أوله ومادته التي يتكون منها والمبدأ مأخوذ من الفعل بدأ، يبدؤه، بدءاً، وأبداه، وبادئ، كالتواة مبدأ النخل، أو يتركب منها ومبدأ الشيء: قواعده الأساسية التي يقوم عليها، وبادئ الرأي: أوله وابتدأه⁽³⁾، وجمعه (مبادئ) وهو في الأصل مكان

(1) د. إبراهيم عبد العزيز شيخا، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 113.

(2) Jeannean-lés principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative. Thes.Paris.Ag54.

(3) جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ط1، ج1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002، ص 31-32.

البداية في الشيء وزمانه، كالحروف مَبْدَأُ الكلام وَمَبْدَأُ العِلْمِ أو الدستور أو القانون، كالطين مبدأ الإنسان، والمبدأ هو القانون أو القاعدة التي يجب القيام بها أو العادة التي ينبغي على الجميع إتباعها أو يستحسن إتباعها أو النتيجة الحتمية لشيء ما، مثل القوانين التي لوحظت في الطبيعة أو الطريقة التي يتم بها نظام معين⁽¹⁾، وفي هذا المعنى يقول سبحانه وتعالى في كتابة الكريم ﴿وَمَا يَبْدِئُ الْبَاطِلَ وَمَا يُعِيدُ﴾⁽²⁾، ويظهر لنا إن المبدأ في اللغة العربية يدل على: القاعدة الأولى أو الافتراض الأول للشيء، وفي اللغة الفرنسية فالمبادئ العامة للقانون تقابل مصطلح (Principes généraux du droit) واصل الفعل (Principe) يعني الأساس الذي يقوم عليه تنظيم شيء ما⁽³⁾.

2- تعريف المبادئ العامة للقانون فقها واصطلاحا:

لم نثر على نص قانوني يعرف المبادئ القانونية بصورة صريحة في التشريعات الموضوعية أو الإجرائية في العراق المتعلقة بالقضاء الإداري، ولعل السبب في ذلك إن المشرع من النادر أن يورد تعريفات في النصوص القانونية وهي خطوة حسنة تحسب للمشرع لان تعريف المصطلحات أو المفاهيم أمر غير مرغوب لقبليتها للتغيير من وقت إلى آخر الأمر الذي يصعب على المشرع مواكبة التطور⁽⁴⁾.

(1) أبو الحسين احمد بن فارس بن زكريا، معجم اللغة العربية، ط1، أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2005، ص212.

(2) من سورة سبأ الآية (49).

(3) منشور على الموقع الإلكتروني، تاريخ اخر زيارة في 2019 /8 /2 الساعة الخامسة مساءً.

www.toup.org/DictionnaireIpgd.htm.

(4) قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 وتعديلاته؛ قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل؛ قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 المعدل؛ قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 المعدل؛ وقانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 المعدل.

لذا حاول الفقه الفرنسي بيان المعنى الاصطلاحي للمبادئ العامة للقانون في مجال القضاء الإداري فعرفه الفقيه الفرنسي (أندريه دي لوبادير) في مؤلفه عن القانون الإداري بأنها المبادئ غير المدونة في نصوص تشريعية ولكن يقر بها القضاء بوصفها واجبة الاحترام من جانب الإدارة وتمثل مخالفتها انتهاكاً لمبدأ المشروعية⁽¹⁾، وعرفها الفقيه (بيسكاتوري) بأنها (مجموعة من المبادئ التي تستعمل في توجيه النظام القانوني من حيث تطبيقه وتنميته، ولو لم يكن لهما دقة القواعد الوضعية وانضباطها فهي تعد المصدر غير المكتوب الأكثر أهمية لقواعد المشروعية)⁽²⁾.

أما الفقه المصري فقد اختلف في تعريف المبادئ العامة للقانون إذ ذهب رأي في الفقه إلى تعريفها بأنها (مجموعة القواعد القانونية غير المكتوبة التي يعمل القضاء الإداري على اكتشافها واستنباطها ويعلنها في أحكامه، ويجبر الإدارة على احترامها عن طريق إلغاء القرار أو أبطال أي إجراء يصدر منها مخالفاً لهذه المبادئ)⁽³⁾، وعرفها أيضاً بأنها (مبادئ غير مكتوبة يكتشفها القضاء من قواعد التنظيم في الدولة والمقومات الأساسية للمجتمع ويقررها في أحكامه ويعدها قواعد ملزمة للإدارة وعلى هذا الأساس تعد من عناصر المشروعية، وفي حال مخالفتها يعد خروجاً على مبدأ المشروعية)⁽⁴⁾.

(1) د. إبراهيم عبد العزيز شيجا، مصدر سابق، ص 112-113.

(2) نقلاً عن فارس حامد عبد الكريم، دور المبادئ العامة في تطوير النظام القانوني والقضائي مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.akhbaar.org/mob12014171172744.html.

(3) د. مصطفى محمود عفيفي، المبادئ العامة للإجراءات الإدارية غير القضائية، مطابع البيان، دبي، 1990، ص 3.

(4) صلاح الدين فوزي، المبادئ العامة غير المكتوبة في القانون الإداري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 19.

كما عرفها بعض الفقه الإداري بأنها (مجموعة القواعد القانونية غير المكتوبة التي يستنبطها القاضي من المبادئ العامة التي تحكم المجتمع في بلد معين وفي زمن معين، ويقرها في أحكامه فتكتسب قوة إلزامية وبالتالي يتعين الالتزام بها وعدم الخروج عليها)⁽¹⁾، وعرفت المبادئ العامة للقانون أنها (مجموعة القواعد القانونية غير المكتوبة التي يستنبطها القاضي من ضمير الجماعة وروح التشريع ومبادئ العدالة والإنصاف، عندما لا تسعفه النصوص القانونية المدونة التي تحكم المنازعات المعروضة أمامه)⁽²⁾، ويظهر من ذلك إن التعريفات المتقدمة أنها أقرت مبادئ عامة بصدد تعريف المبادئ العامة للقانون تختلف من حيث الصياغة والأسلوب ولكنها متشابهة من حيث المضمون، تقضي بعدم وجود أساس تشريعي لها فلا يوجد نص قانوني يقضي بإلزامية المبادئ العامة للقانون ويرجع الفضل في وجودها إلى القضاء الإداري كمصدر من مصادر المشروعية.

أما الفقهاء والباحثين في العراق فقد سايروا الفقه الفرنسي والمصري في تعريف المبادئ العامة للقانون، فقد عرفه أحد الفقهاء بأنها (تلك المبادئ التي يستنبطها القضاء ويعلن ضرورة التزام الإدارة بها والتي يكشف عنها القاضي من خلال الضمير القانوني العام في الدولة ويطبّقها على المنازعات المعروضة عليه ولا يشترط ورودها في نص قانوني مكتوب فقد تكون خارجة عنه يستخلصها من طبيعة النظام القانوني وأهدافه الاقتصادية والاجتماعية والسياسية السائدة في المجتمع)⁽³⁾.

(1) د. أشرف اللمسوي، الشريعة الدستورية في التشريعات المختلفة ودور القضاء الدستوري في رقابة المشروعية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2007، ص38.

(2) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1987، ص62.

(3) د. مازن ليلو راضي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2017، ص24_25.

وعلى هذا الأساس فإن القضاء الإداري يبتدع أو يكتشف المبادئ القانونية التي يمكن أن تضع الحلول المناسبة للنزاع بين الإدارة في تسيرها للمرافق العامة والأفراد عندما لا يجد من مصادر القانون الإداري المكتوبة وغير المكتوبة ما يعالج به النزاع من خلال مهمته في الكشف عن ضمير الجماعة أو روح التشريع داخل الدولة، كما يستوحىها من تفسيره لإرادة المشرع، مستهدياً بالمبادئ الواردة في فروع القانون الأخرى ومن قواعد القانون الطبيعي ومبادئ العدالة ويعمل القاضي الإداري على تقريرها وتطبيقها بالإعلان عنها في أحكامه، فالقاضي الإداري يمارس دوراً في غاية الأهمية لإرساء مبدأ المشروعية.

لذا يمكن تعريف المبادئ العامة للقانون بأنها (مجموعة من القواعد القانونية غير المشرعة يستنبطها القاضي من الضمير القانوني للمجتمع والتنظيم القانوني في الدولة، فيختار أثناء ممارسته نشاطه القضائي المبادئ التي يراها ضرورية ويتولى توضيحها وتحديد معالمها وحدودها وفروضها في أحكامه باعتبارها قواعد قانونية ملزمة، يترتب على مخالفتها انتهاكاً لمبدأ المشروعية).

وفي ضوء دراستنا سنضع تعريف لمصطلح توحيد المبادئ القانونية بأنه (هو المبدأ أو الحل القانوني الذي تنشئه المحاكم الإدارية العليا في تفسير القانون أو في حالة سكوت القانون، بعد تأكيده بقرار أو قرارات لاحقة للبت في جميع القضايا المتشابهة، وذلك لتحقيق المساواة بين المتقاضين في تطبيق المبادئ القانونية عليهم والسرعة والاقتصاد بتسوية منازعاتهم بينهم في بيئة يمكن التنبؤ بها)

3- التعريف القضائي للمبادئ العامة للقانون:

إن أهم تعريف للمبادئ العامة للقانون لا نجده في كتاب ومقالات الفقه بل في تقارير مفوضي مجلس الدولة الفرنسي وأشهر التعريفات جميعاً وأهمها هو ما قدمه احد

مفوضي الحكومة الذي جاء فيه (إلى جانب القوانين المكتوبة ثمة مبادئ أساسية لا محيص لنا من إقرارها حتى يكتمل الإطار القضائي الذي من المفترض أن تتطور فيه الأمة، مع الأخذ بالاعتبار القوانين السياسية والاقتصادية الخاصة بها، ففي حال انتهاكها يعتبر انتهاكاً للقانون المكتوب)⁽¹⁾.

وعرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر في احد أحكامها بأنها (تلك القواعد غير المدونة والمستقرة في ذهن وضمير الجماعة يعمل القاضي على كشفها، بتفسير الضمير الجماعي للأمة وهذه القواعد مستقرة في الضمير تمثلها العدالة المثلى ولا تحتاج إلى نص يقررها)⁽²⁾.

ويرجع الفضل في استنباط المبادئ القانونية إلى مجلس الدولة الفرنسي حيث اخذ بإنشاء وابتكار النظريات والمبادئ ويعلن عنها في أحكامه، وظهر ذلك الاتجاه منذ سنة 1940 بعد انهيار الجمهورية الفرنسية الثالثة على يد النازيين الألمان وقيام الحكومة المؤقتة برئاسة المارشال يتيان تحت سلطة الاحتلال الألماني، والتي أدت إلى انهيار النظم والمبادئ الدستورية القائمة قبل الاحتلال، والتي أجبرت هذه الأوضاع والأزمات مجلس الدولة الفرنسي إلى التصدي للدفاع عن حقوق الأفراد وحررياتهم فظهرت نظرية المبادئ العامة للقانون التي تعد مصدراً أساسياً للمشروعية التي تلتزم به السلطات في

(1) أنظر: رأي مفوض مجلس الدولة الفرنسي (Letourneur) من خلال مراجعة التالي :

Discours du président Bauffandean, cité par Latourneur, Les principes généraux du droit dans La jurisprudence du conseil d'État, article précité, Et, Doc.c.E, 1951.p, 99.

(2) نقلاً عن د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص 113؛ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مصدر سابق، ص 62؛ د. علي عبد الأمير، كشف وابتكار المبادئ العامة في القانون والقضاء الإداري، ط1، المركز القومي، القاهرة، 2018، ص 25.

الدولة لحين صدور قانون يلغيها أو يعدلها⁽¹⁾، ويرى مجلس الدولة الفرنسي بإمكان المشرع إن يحدد نطاق المبادئ العامة للقانون بالتوسيع أو التضييق وان يتبنى حدودها، فمجلس الدولة يستخلص المبادئ العامة للقانون في جو قانوني ناشئ من تقاليد وأعراف الموقف القائم ومن وجهة النظر السياسية والاجتماعية والتنظيمية⁽²⁾.

ثانيا: الخصائص الأساسية للمبادئ العامة للقانون:

نجد من خلال تعريف المبادئ العامة للقانون عدد من الخصائص الأساسية مجمعة وتمثل الطبيعة الداخلية للمبادئ العامة للقانون بوصفها مجموعة قانونية متميزة، ومن أهم الدراسات الفقهية حول أيجاد الخصائص للمبادئ العامة للقانون التي قدمها مفوضو الحكومة في فرنسا سنة 1951 في مجلس الدولة الفرنسي فهي تتصف بالمرونة فهي قاعدة تحكم الروابط بين الإدارة والإفراد، وكما تتصف بالتفسيرية لأنها مستوحاة من روح النصوص القانونية والنظام القانوني، والتي تصف بالتكميلية لأنها تكمل سكوت النصوص التشريعية القانونية والنظام القانوني، ومن خلال ذلك نصل إلى إن هناك خصائص للمبادئ العامة للقانون ويمكن تلخيصها بما يأتي:

1- المبادئ العامة للقانون نظرية قضائية:

إن نظرية المبادئ العامة للقانون هي نظرية قضائية بالمعنى الكامل، فهي تعد أقوى نظريات مجلس الدولة الفرنسي على الإطلاق لأهميتها والوظائف التي تؤديها، يستنبطها القضاء من واقع النظام القانوني في الدولة ويقررها في أحكامه فتكتسب قوة إلزامية،

(1) د. محمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 43 وما بعده.

(2) د. سعيد حسين علي، القضاء الإداري، ط 1، المركز العربي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018،

فهي نتاج الدور الخلاق الذي يلجأ إليه القاضي الإداري في حال وجود منازعة إدارية لم تذكر النصوص التشريعية حلاً لها⁽¹⁾، بمعنى إن هذا الفضل يعود إلى مجلس الدولة الفرنسي في استخلاصها والإعلان عنها في قواعد ملزمة ثم اعتمدت تلك المنهجية في قضاء العديد من الدول كمجلس الدولة المصري والعراقي.

وقد تجسدت هذه النظرية في إحكام قضائية منها الحكمين الشهيرين الصادرين من مجلس الدولة الفرنسي بعد الحرب العالمية حيث كرس فيها مبدأ احترام حق الدفاع حكم في سنة 1944 في قضية (Dame Veuve Trompier) فقد ألغى سحب رخصة الأستثمار كشك للجرائد بسبب أن الإدارة لم تحترم حق الدفاع⁽²⁾، وفي حكم قضية (Aramu) سنة 1945 والذي أقر فيه مجلس الدولة الفرنسي إلغاء إجراءات عزل الموظفين الصادر سنة 1944 في إطار التطهير وأستند لأول مرة أن المبادئ العامة للقانون قابلة للتطبيق حتى في غياب النص، وكان سبب إلغاء عزل الموظفين أن المعني بالقضية لم يستطع تقديم دفاعه⁽³⁾.

فنلاحظ ان دور القاضي الإداري في خلق المبادئ العامة للقانون دور إنشائي لسد النقص في النصوص التشريعية وحل المنازعات المعروضة عليه وفقاً للسلطة التقديرية للقاضي الإداري لضمان حقوق وحرريات الأفراد، وتعد ملزمة وأساس الإلزام يرجع ان

(1) د. محمد ماهر أبو العينين، تطور قضاء الإلغاء ودور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحرريات العامة وحقوق الإنسان، الجزء الثالث، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2009، ص 11 وما بعدها.

(2) Chenot, note de soto-RD.p1944.p 256 concl .chenot, note Jéze-Les Grandsm, Arrêts, Zéme éditon, p.280, Dalloz, conclusions, 1945.p.110

(3) Rec.p.213; D.1946.p.158, note Morange; E.D.C.E1947;n01, p.48, concl.odents, S1946. Ill, p.1conclent.

القضاء الإداري أستخلصها وأضفى عليها القوة في أحكامه على اعتبارات تعود إلى إرادة المشرع الضمنية حيث جعل القاضي يحل محل المشرع في المسائل التي لم يسبق معالجتها.

2- المبادئ العامة للقانون غير المكتوبة:

من أهم مميزات المبادئ العامة للقانون أنها غير مكتوبة فهي لا تستند على نصوص تشريعية مكتوبة وواضحة، فالمبادئ القانونية تستخلص من خلال نصوص توصف بالدستورية كإعلان حقوق الإنسان الصادر سنة 1789 ومقدمة دستور 1946 أو من خلال تفسير بعض النصوص التشريعية أو لائحة متناثرة، ففي نظر مجلس الدولة الفرنسي مجرد عناصر تؤيد المبدأ وتكشف عنه، مثل مبدأ حرية التجارة والصناعة الذي استند إلى المادة (7) من القانون رقم (2) الصادر في 17 لسنة 1791⁽¹⁾.

3- المبادئ العامة للقانون ذات طبيعة مستقلة:

تعد المبادئ القانونية ذات طبيعة مستقلة فالقاضي الإداري يستلهم ويستوحي في إنشائه للمبادئ العامة للقانون الأفكار الأساسية التي تكشف عنها بعض النصوص الدستورية أو التشريعية أو الفلسفية السائدة في الدولة، والقاضي الإداري مثل المشرع الرسمي الذي لا يشرع من فراغ بل من خلال الواقع السياسي والاجتماعي والمشكلات المحددة والقائمة، فلذلك لا يمكن القول أن المبادئ العامة للقانون هي امتداد للنصوص أو تطبيق للتشريع حتى وإن كان القاضي قد يستقي بعض المبادئ من روح بعض النصوص المتناثرة، لأن المبدأ العام (يحيا حياة مستقلة) جديدة بعيدة عن النصوص وخارجه.

فالقاضي الإداري يستوحي معطيات موضوعية خارجية تقدمها البيئة السياسية

(1) بشاير غنام ديكان، المبادئ القانونية العامة غير المكتوبة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2017، ص 80-97.

والاجتماعية، وبعد ذلك يمنحها التحديد، ثم يعلنها كقواعد ملزمة للخصوم بعد إن كانت أفكار عامة غير محددة وغير ملزمة⁽¹⁾، ويكفي أن نذكر أمثلة لها ليتبين مدى استقلالها كمصدر من مصادر القانون مثل مبدأ المساواة أمام القانون والمساواة أمام القضاء ومبدأ احترام الحقوق المكتسبة ومبدأ تدرج القواعد القانونية.

4- المبادئ العامة للقانون خاصة أو نسبية:

فالمبادئ القانونية يتم ابتكارها واكتشافها من قبل القاضي الإداري بمناسبة إيجاد الحلول للنزاعات المعروضة أمامه، فهذا يعني أنها تنحصر فقط في المنازعة الفردية التي لولاها لما أنشئ القاضي الإداري المبدأ، وقد تطبق على منازعات أخرى ماثلة ومع ذلك تستمر نسبيتها حتى وإن أصبحت فيما بعد سابقة قضائية، فالقاضي الإداري يرجع إلى الأحكام السابقة لا لأنها ملزمة له من الناحية القانونية ولكن لمجرد الاستئناس بها سواء صادرة عن نفس المحكمة أو محكمة أعلى منها.

إلا إن مخالفة محكمة أدنى لحكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا يكون حكمها معرض للطعن أمام المحكمة الأخيرة أما عن المحكمة الإدارية العليا فهي ليست ملزمة في أحكام سابقة بصدد نزاعات ماثلة فلها إن تعدل عن هذا الاتجاه دون حاجة من تدخل المشرع⁽²⁾، فهي تصدر لتطبق على النزاع الذي تولد في كنفه، ويمكن للقاضي العدول عنه إذا استجدت أوضاع تجبره على ذلك، فاستمرار العمل بها لا يغير من طبيعتها بوصفها تحمي مراكز قانونية معينة⁽³⁾.

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون، كمصدر للمشرعية في القانون الإداري، الدار الجامعية الإسكندرية، 1992، ص 78-79.

(2) د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، مصدر سابق، ص 221.

(3) د. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 120.

مثل مبدأ أصدرته الهيئة العامة بصفتها التمييزية في مجلس الدولة في العراق سابقاً الذي نص على انه (تناسب الجزاء الانضباطي الواقع على الموظف العام وبين المخالفة التي ارتكبتها)⁽¹⁾، فهذا المبدأ ينطبق على كل قرار إداري مشوب بتعسف الإدارة باستعمال السلطة، إلا أنه يبقى قاصر فقط على النزاع أو الحالة الواقعية المعروضة أمام القضاء، في حين تختلف المبادئ العامة للقانون التي توصف بالكبرى بدرجة كبيرة من العموم والتجريد، بالإضافة إلى الاستقرار والدوام حيث يتم تطبيقها لفترة طويلة من الزمن وحتى التطور لا يغير المبدأ ذاته وإنما يعاد رسم حدود المبدأ ليتلاءم مع الأوضاع القائمة، وان خاصية العموم والدوام للمبادئ الكبرى يمثلان خاصية واحدة وقد أكد فقهاء القانون الإداري عليها أي أن يكون المبدأ مستقر عبر الزمن وقابلاً للتطبيق من الناحية الزمنية بغض النظر عن التقلبات السياسية والاقتصادية والقانونية التي تقف في خلفيات المبادئ العامة للقانون⁽²⁾، وخير مثال على ذلك ما جرى في فرنسا عندما اقر مجلس الدولة الفرنسي مبدأ ضرورة احترام حق الدفاع بالتحديد في 20/ تموز/ 1913 في قضية السيد (تيري) وهو أستاذ في مدرسة (بلسية لاون) بعد عزلة من مجلس ليل الأكاديمي وبعد ذلك قدم استئنافه الثاني أمام المجلس الأعلى للتعليم العام اخطر السيد (تيري) رئيس المجلس انه يعالج في دار علاج ومنعوه الأطباء من الحركة ورغم ذلك رفض المجلس تأجيل الجلسة ولم يعتد بهذا الكتاب على أساس الوقائع الثانية

(1) قرار الهيئة العامة في مجلس الدولة في العراق سابقاً رقم (136/ انضباطية - تمييز/ 2012) في 2010/4/7.

(2) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مصدر سابق ص 40-42؛ د. عصام الدبس، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص58؛ انظر:

G. Vedel et p; Déléguer; Droit Administratif, Tome1, Paris, P.U.F, 2001.p.396-397.

تكفي لتبرير حكم أول درجة وعندما عرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي أدان هذا الموقف والغى الحكم لأن المجلس الأعلى لم يحترم حقوق الدفاع لكونه اصدر الحكم دون أن يسمع السيد (تيري) ودون البحث عن سبب الغياب وان نص المادة (65) من قانون (1905) الخاص بالموظفين العموميين أعطى تفسيراً واسعاً للقاضي الإداري فالحل الذي أتى به مجلس الدولة في الحكم لم يطبق النص بل المبدأ العام الذي يعلوا هذا النص مبدأ احترام حقوق الدفاع بشأن قاعدة ضرورة تسبب الأحكام وكذلك فعل مجلس الدولة المصري الذي تحدث عن حق الدفاع بقولة (فثمة قاعدة مستقرة في الضمير تمليها العدالة المثل ولا تحتاج إلى نص يقرها...)⁽¹⁾.

فالقاضي الإداري حين يخلق المبدأ القانوني ويطبقه تنتهي كامل قوتها فلاهي ملزمة له عند نظر منازعة أخرى، ولا ملزمة لغيره من المحاكم أو القضاة، وهذا يؤكد دور القاضي في اكتشاف وابتكار المبادئ العامة للقانون، فهو غير ملزم باتباع المبادئ القانونية التي ابتكرتها غيره من المحاكم، كما انه لا يلتزم بما ابتكره هو نفسه من مبادئ قانونية في قضايا ومنازعات سابقة وذلك لان حرية القاضي واسعة، وهذا يعطيه فرصة معالجة موضوعية وعملية، دون أن يكون أسير فكر سابق⁽²⁾.

5- المبادئ العامة للقانون غير مستقرة:

من أهم ما يميز المبادئ القانونية أنها قابلة للتعديل والإلغاء من قبل القاضي الإداري الذي استخلصها، ولا يوجد هناك ضمان في الدوام والاستقرار فهي ظرفية

(1) Dalloz-pratique.1931.III, p.48, concl.Etteri-Berlia-Le vice-forme et le contrôle de la légalité des administrateurs, R.D.P, 1941, p.396.

د. محمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص146.

(2) د. عمر محمد الشويكي، القضاء الإداري، ط4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص41.

تولد لحظة الفصل في النزاع المعروض أمام القضاء، فعندما لا يجد القاضي حلاً في نصوص القوانين، فيقوم بابتكار واكتشاف المبدأ القانوني ويطبقه على النزاع الذي صدرت من أجله⁽¹⁾.

6- المبادئ العامة للقانون ذات طبيعة عملية:

تعد المبادئ القانونية ذات طبيعة عملية، فهي تسد النقص التشريعي عند عدم وجود النص الذي يحكم النزاع المعروض أمام القضاء، أو سد الثغرات في النصوص التشريعية، فالقاضي ملزم بالحكم بالقضية المعروضة أمامه وإلا يُعد منكراً للعدالة، فهي ترتبط بالمشكلات العملية وضرورات الحياة الإدارية⁽²⁾.

7- المبادئ العامة للقانون ذات سلطة عامة:

ينفرد القضاء الإداري بطابع خاص يميزه عن القضاء الآخر إلا وهو السلطة العامة، فالإدارة طرفاً في المنازعة، ويشترط أن تظهر الإدارة بمظهر السلطة العامة، ومظاهر السلطة العامة تكون في خاصتين الأول: الامتيازات الواسعة في سلطات الإدارة التي لا توجد في القانون الخاص والثانية: القيود والالتزامات المفروضة على نشاط الإدارة من قبل المشرع كأتباع أسلوب الإعلان على المناقصات أو المزايدات⁽³⁾.

(1) حسن محمود محمد حسن، دور القاضي في خلق القاعدة القانونية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2015، ص 351.

(2) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مصدر سابق، ص 144.

(3) د. ثروت بدوي، مصدر سابق، ص 120 وما بعدها.

8- المبادئ العامة للقانون لا تعد قواعد وضعية:

إن مصدر التشريعات هو المشرع في الدولة ولا يمكن القول ان القاضي مشرع استناداً لمبدأ الفصل بين السلطات، فلذلك لا يمكن عد ما يصدر من القاضي قواعد وضعية، إلا أن القاضي يحاول الربط بين النصوص التشريعية وهذه المبادئ لتماسك وحدة القانون فهي تنبذ كل ما هو خارج هذه الوحدة ، وعندما يقوم القاضي بتفسير النصوص القانونية، فإنه يقوم بتفسيرها بصورة شاملة⁽¹⁾، فمجال تدخل القاضي الإداري مرهون بعدم تدخل المشرع بتشريع نصوص قانونية بخصوص النزاع او نقصها وغموضها النصوص القانونية فإذا تدخل المشرع واصدر قانوناً معيناً، فالمبدأ القانوني يتم استبعاده تلقائياً، فأن الغلبة تكون للتشريع، مادام المشرع قد عبر عن إرادته الصريحة فلا مجال لتدخل القاضي التي يقوم على أساسها حق القضاء في استخلاص هذه المبادئ وإعطاؤها القوة الملزمة فالكلمة العليا معقودة للمشرع في وضع القاعدة القانونية باعتباره صاحب السلطة الأصلية في التشريع وينبغي على القاضي أن يدعن لإرادة المشرع، فدور القاضي ينحصر في الفصل في المنازعات المعروضة أمامه وفقاً لما يصدر عن المشرع من قواعد وأحكام تشريعية، وان مجال تدخل القاضي الإداري ينهض في ابتداء واكتشاف مبدأ قانوني جديد يكون بهدف سد النقص الحاصل في التشريع فعند إصدار نصوص قانونية من المشرع تناقض المبدأ الذي سبق وأن قرره المحكمة، فأن المبدأ يكون فقط أساس وجوده، وفي النطاق الذي إرادة المشرع دون غيره⁽²⁾.

(1) د. علي حسن عبد الأمير، مصدر سابق، ص 12.

(2) د. إبراهيم عبد العزيز شبحا، مصدر سابق، ص 118.

ثالثاً: مصدر القوة الملزمة للمبادئ العامة للقانون:

يقوم القضاء الإداري باكتشاف المبادئ القانونية، ثم إعلان إلزاميتها في أحكامه تجاه الإدارة وإلا كان تصرفها مخالفاً لمبدأ المشروعية ويدفع به الى التساؤل حول مصدر القوة الإلزامية للمبادئ القانونية؟ أو ما هي الطرق والإجراءات التي تكتسب بها المبادئ القانونية خصائص القاعدة الواجبة الإلتباع؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي الرجوع إلى القاعدة التي سبق القول عنها لا تجد المبادئ العامة للقانون أساساً تشريعياً لها، فلا يوجد نص قانوني يقضي بالإلزامية للمبادئ العامة للقانون⁽¹⁾.

فالقاضي الإداري عندما يقوم بالكشف عن وجود المبادئ القانونية وإعلانها، فإنه يرجع إلى إرادة المجتمع وإرادة المشرع الذي عمل على تدوينها في نصوص قانونية، فالقاضي الإداري يعلن عن المبادئ الكامنة في الضمير القانوني للجماعة وخلجات المشرع⁽²⁾.

ويرى بعض الفقهاء⁽³⁾ أن المبادئ العامة للقانون تستمد قوتها الملزمة من المصدر المستقاة منها، فالمبادئ العامة للقانون التي يستنبطها القاضي من المبادئ المحددة في الدساتير أو الاتفاقيات الدولية التي تنظم عمل نشاط الإدارة في أعمالها اليومية ويحولها

(1) د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص53.

(2) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، مصدر سابق، ص114.

(3) د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص49؛ د. ثروت عبد العال أحمد، القانون الإداري، ج1، 1995، بدون مكان نشر، ص594؛ د. عمر محمد الشويكي، مصدر سابق، ص64.

القاضي الإداري إلى مبادئ عامة بمثابة قواعد دستورية ملزمة، إلا أنه لا يمكن التسليم بهذا الرأي لأن الدساتير لم تذكر عدداً وحسراً هذه المبادئ وإنما أكتفت بذكر البعض منها ولم يذكر مبادئ لا تقل أهمية عن ما المذكور، وترك المشرع هذه المهمة إلى القاضي لكي يستنبطها من النصوص التشريعية كمبدأ تدرج العقوبات الانضباطية وحسن سير المرافق العامة، فأن كانت هذه أساس مصدر القوة الملزمة لمبادئ النصوص الوضعية أنتفت الحاجة لاستخلاص القاضي المبادئ العامة للقانون من مجموع النصوص القانونية ويصبح التشريع هو المصدر لها⁽¹⁾، فأن مصدر القوة الملزمة ذات بعد عميق مرتبط بالمطلبات الفكرية لفلسفة كل دولة لذلك ظهرت في تحديد مصادر القانون مدرستين وكالاتي:

1- المدرسة الوضعية:

يرى أنصار هذه المدرسة أن القانون ينشأ من إرادة الدولة، فالإرادة هي المصدر الوحيد لأي قاعدة واجبة الإتياع، وهذه الإرادة أما تكون صريحة كالتشريع أو ضمناً كالعرف، وأنكر أنصار هذه المدرسة أي قيمة قانونية للمبادئ العامة للقانون، وتقتصر وظيفة المبادئ على مساعدة القاضي في الكشف عن إرادة المشرع التي لم يصرح بها في نصوص رسمية وأن التنظيم السياسي لأي دولة ينقسم إلى قسمين فئة حاكمة ومحكومة والفئة الحاكمة تمتلك بموجب نصوص تشريعية توقيع الجزاء على المحكومين وتطبيق أوامرها ونواهيها، فنظام المجتمع لأي دولة منظمة تنظيمياً سياسياً كاملاً يكون مرتباً بشكل عمودي وتنزل القاعدة من الأعلى إلى الأدنى.

(1) حسن محمود محمد حسن، مصدر سابق، ص 337.

2- المدرسة الموضوعية:

ويرى أنصار هذه المدرسة على خلاف المدرسة الوضعية أن القانون يصدر بوصفه حقيقة موضوعية يقف ورائها حقائق موضوعية أملتها ظروف تاريخية أو ضرورات اجتماعية أو عقائد، فالقانون ينشأ في ضمير الأمة بوصفها هيئة اجتماعية وليس بإرادة حكام الدولة⁽¹⁾.

ويمكن القول: إن الوجود السائد لتلك المبادئ موجودة قبل تدخل القاضي لإعلانها في أحكامه، فأن تدخل القاضي حدد المبادئ في أحكامه لا يجعل منها تعبيراً عن سلطة شبه تشريعية وإنما يمارسه القاضي استثناءً بمناسبة وجود ثغرات أو نقص في نصوص القانون عند نظره بالقضايا المعروضة عليه، ونلاحظ مما تقدم مصدر القوة الملزمة للمبادئ العامة للقانون مصدرين الأول مصدر شكلي أي ما يصدره المشرع من نصوص قانونية يكسب بموجبها القوة الملزمة للمبادئ، والثاني موضوعي والذي يعبر عن شعور الأفراد من المجتمع الذي منحها القوة.

ويرى بعض الفقهاء⁽²⁾ إن مصدر القوة الملزمة للمبادئ العامة للقانون تكمن في السلطة المنشئة للقضاء الإداري، فالقاضي الإداري يعبر في تقريره للمبادئ العامة للقانون عن إرادة المشرع التي لم يعلنها في نصوص تشريعية صريحة فيفعل ما كان يجب أن يفعله المشرع، بمعنى أن القاضي الإداري يحل محل المشرع الدستوري أو العادي

(1) د. علي حسن عبد الأمير، مصدر سابق، ص 32-33.

(2) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003 ص 74؛ محمد محمود سلامة جبر، مصدر سابق، ص 42.

بموافقة ضمنية منه في المواضيع التي سكت عنها فإذا تدخل المشرع ووضع حكماً يتعارض مع المبدأ العام الذي سبق وقرره القضاء فإن المبدأ يكون قد فقد أساس وجوده، وهناك الكثير من الموضوعات ما زالت غير منظمة بقانون من قبل المشرع فيفتح المجال لإنشاء مبادئ قانونية، حتى إذا صدر قانون فإنه إذا كان غامضاً يفسره وأن كان مخالفاً لها أمكن تفسيره تفسيراً ضيقاً على أساس انه استثناء ولا يجوز التوسع فيه.

وتتفق المبادئ العامة للقانون مع العرف في الركن المعنوي وتختلف عنه في الركن المادي فالعرف الإداري⁽¹⁾ ينشأ إذا درجت الإدارة على قاعدة معينة وتولد الاعتقاد لدى رجال الإدارة في إلزامها.

كذلك هي المبادئ العامة للقانون يستخلصها القاضي الإداري من العلاقات الاجتماعية والتقاليد فينشأ إذا درج القاضي الإداري على قاعدة معينة وتولد الاعتقاد لديه بإلزامها واحترامها، إلا أنها تختلف عنها في الركن المادي الذي لا يشترط ان تكون قديمة فهناك مبادئ قانونية طبقت مرة واحدة وأصبحت بعدها مبادئ عامة للقانون، فضلاً عن ذلك إن العرف ينشأ بعيداً عن القاضي ويطبقه بعد تكوينه في حين ان المبادئ العامة للقانون يستخلصها القاضي بنفسه ثم يطبقها⁽²⁾.

(1) العرف الإداري: هي مجموعة القواعد التي درجت الإدارة على إتباعها في أداء وظيفتها في مجال معين من نشاطها وتستمر على هذا النحو مع اعتقادها بأن هذا السلوك ملزم لها، فتصبح ملزمة لها وتعد مخالفتها مخالفة للمشرعية ويؤدي إلى أبطال تصرفاتها بالطرق المقررة قانوناً، د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 68.

(2) د. نواف كنعان، القضاء الإداري، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 25 وما بعدها.

فالقاضي يستند إلى أدلة ثابتة معتبرة تكون بمثابة حصيلة العمل القضائي والخبرة الواسعة وان القاضي هو الأقرب للسلطة التشريعية، ولذلك كان لزاماً إعطاء القاضي الإداري أهميته ومكانته في العمل الإداري، ولأجل ضمان استقرار وثبات المبادئ العامة للقانون يقوم القاضي الإداري بتكرار نفس المبدأ القانوني في القضايا المتشابهة للحالات المعروضة أمامه، فهذا التكرار يعد بمثابة إصرار القاضي الإداري على المبدأ القانوني الجديد لأنه إذا ما تكررت المبادئ القانونية في القضاء يجد الفقه والمشرع الصعوبة أن يواجه اتجاه قضائي ثابت فالقاضي يبحث عن أصل المبدأ القانوني وأصلحه في آراء كبار الفقه ونقطة القوة والضعف ثم يقوم بملائمة المبادئ العامة للقانون مع الحكم الصحيح الذي مهما حاول الفقه لم يجد له ثغرة ولن تستطع أحد أن ينقضه أو يكشف عيوبه⁽¹⁾.

وأخيراً نرى إن اقرب وأفضل رأي بخصوص القوة الملزمة للمبادئ العامة للقانون تكمن في سلطة القضاء الإداري الذي يقوم باستنباطها والكشف عنها باعتبارها موجودة في الضمير القانوني للمجتمع وإرادة المشرع، الذي يعمل على تقريرها وإعلانها في أحكامه كقواعد ملزمة وتأكيداتها في أحكام أخرى فكان تأكيد هذه المبادئ من المحاكم العليا في القضاء الإداري الدور العظيم مما جعلها تستقر وتثبت.

(1) د. علي حسن عبد الأمير، مصدر سابق، ص 32.

الفرع الثاني

الأساس القانوني لسلطة القاضي الإداري في إنشاء مبدأ قانوني جديد

إن وجود تشريعات إدارية متناثرة ومتفرقة تتعلق بالتنظيم وبالنشاط الإداري أدى إلى اعتماد القانون الإداري على أحكام القضاء بالدرجة الأولى والتي كانت المصدر الرئيسي لمبادئه ونظرياته العامة، إلا إن هذا لا يعني التقليل من أهمية المصادر الأخرى كالتشريع والعرف مثلاً، إلا إن القضاء يلعب دوراً بارزاً على تلك المصادر، لأنه صاحب الفضل في تشيد مبادئ هذا القانون فهو مصدراً رسمياً وليس تفسيرياً شأنه شأن بقية القوانين، بل أن المشرع في كثير من الأحيان قد تبنى ما توصل إليه القضاء من مبادئ قانونية فيصنفها في نصوص تشريعية⁽¹⁾.

وقد اعترف المشرع الفرنسي بالدور الإنشائي للقاضي المدني في القانون المدني الصادر سنة 1804 المعدل حيث نصت المادة (الرابعة) منه على ما يلي (القاضي الذي يمتنع عن الحكم بذريعة نقص القانون أو غموضه أو عدم كفايته يمكن أن يوجه إليه اتهام بارتكاب جريمة إنكار العدالة)⁽²⁾ يتبين من هذه المادة أن هناك إلزاماً قانونياً على القاضي بالفصل بالنزاع المعروف أمامه، إلا أنه في الوقت نفسه لم تحدد طريقة معينة لسد النقص في التشريع، وهذه القاعدة تتناقض مع المادة (الخامسة) من القانون المدني

(1) د. خلف محمود الجبوري، دور القاضي في سد القصور في القانون الإداري، بحث منشور عبر البريد الإلكتروني ص 10 وما بعدها. تاريخ آخر دخول للموقع في 18/3/2019 :

www.law.nahrainuniv.edu.iq

(2) دالوز، القانون المدني الفرنسي مترجم باللغة العربية، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، جامعة القديس يوسف يوحنا، بيروت، 2012، ص 41.

الفرنسي التي تحظر إصدارات القرارات واللوائح⁽¹⁾، والمادة (1351) التي بينت حجية الشيء المقضي فيه⁽²⁾، إلا إن بعض الفقهاء يرى أن مجيء المادة (الخامسة) من القانون المدني بعد المادة (الرابعة) تجيز للقضاة وضع قواعد قانونية للنزاعات المعروضة أمامهم تكون لها حجية نسبية في تلك النزاعات، وليس خاصية العموم والتجريد التي تتميز بها القاعدة القانونية فالمحاكم غير ملزمة رسمياً بالأحكام السابقة⁽³⁾.

أما في مصر فالمشرع منح القاضي الإداري وضع قواعد للقانون الإداري وخلق المبادئ العامة للقانون، والتي تتضمن حلولاً قضائية بالمادة (الأولى) من القانون المدني مصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل التي نصت (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص في لفظها أو فحواها 2— فإذا لم يوجد نص تشريعي تطبقه، حكم بمقتضى العرف فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) ويبرز سلطان القاضي المصري وهي الحكم بالعدل بين الناس، فالقاضي لا بد أن يحكم في محل كل نزاع يعرض

(1) انظر: المادة (5) من القانون المدني الفرنسي مترجم باللغة العربية التي نصت على انه (يمنع على القضاة أن يفصلوا بصيغة الأحكام العامة والتنظيمية في القضايا المقدمة إليهم) دالوز، مصدر سابق، ص 42.

(2) انظر: المادة (1351) من القانون المدني الفرنسي مترجم باللغة العربية التي نصت على انه (لأحجية للقضية المحكوم بها آلا في ما يتعلق بموضوع الحكم، يجب ان تكون القضية المراد البت بها هي ذاتها وان تكون الدعوى مستندة الى السبب ذاته وان تشكل الخصومة بين الأطراف ذاتهم ومقدمة من قبلهم وضد بعضهم البعض).

(3) محمد احمد رمضان، دور القاضي في إنشاء القاعدة المدنية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1985، ص 54.

أمامه ولا يستطيع أن يتعذر بحجة النقص في التشريع أو غموضه فيخلق بمجهوده الحل العادل الذي يراه اقرب للواقع ومبادئ القانون الطبيعي والفلسفة السائدة في المجتمع الذي يوجد فيه القاضي، كما اعترف المشرع المصري أيضاً بالدور الإنشائي لمجلس الدولة في ابتكار مبادئ وقواعد القانون الإداري، بالمذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم مجلس الدولة رقم (165) لسنة 1955 فقد أفصحت عن ذلك بقولها (أن القانون الإداري يفترق عن القوانين الأخرى كالقانون المدني والتجاري في أنه غير مقنن، وأنه ما زال في مقتبل نشأته وما زالت طريقة غير معبدة، لذا يتميز القضاء الإداري بأنه ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني بل هو في الأغلب قضاء إنشائي يبتدع الحلول للروابط القانونية التي نشأت بين الإدارة في تفسيرها للمرافق العامة وبين الافراد وهي روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص)، وكذلك قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 المعدل أقر بالسلطة الملزمة للأحكام الإدارية العليا وهي أعلى محكمة تمثل قمة محاكم مجلس الدولة حيث نصت المادة (22) من هذا القانون على أن الأحكام الإدارية لا يجوز الطعن فيها أمام المحكمة الإدارية العليا إلا من رئيس هيئة مفوضي الدولة في حال إذا صدر الحكم خلاف ما جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا، وإذا كان الفصل بالطعن يقتضي مبدأ قانوني جديد لم يسبق للمحكمة الإدارية تقريره و هذا يعد تسليماً من المشرع المصري بدور المحكمة الإدارية العليا في إنشاء مبادئ القانون الإداري بحكم موقعها الحالي⁽¹⁾.

وفي العراق فقد أوردت المادة (الأولى) من القانون المدني العراقي الصادر سنة 1951 المعدل خطوات سد النقص في التشريع أو في حالة غموض النص أو فقدانه فقد

(1) د. خلف محمود الجبوري، مصدر سابق، ص 5 وما بعدها.

نصت (1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص في لفظها أو فحواها 2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين فإذا لم يوجد بمقتضى قواعد العدالة 3- ... ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية) ويبدو أن المشرع العراقي سمح للقاضي في الاجتهاد وإنشاء القاعدة القانونية ، وقد أخذ بهذا النص بفقته مدرسة البحث العلمي الحر من ضرورة رجوع القاضي إلى جوهر القانون إذا لم توجد قاعدة في مصادره الرسمية، ثم في البلاد الأخرى المقارنة مع القوانين العراقية⁽¹⁾.

بالإضافة إلى هذا يمكن الاستنتاج من باب المخالفة أن المشرع العراقي أجاز للقاضي الاجتهاد على أن لا يتم في مورد النص إذ نصت المادة (الثانية) من القانون المدني النافذ (لا مساع للاجتهاد في مورد النص)⁽²⁾.

وفي المسائل الإدارية قد يحدث عدم وجود قاعدة مكتوبة تعالج القضية التي ينظرها القاضي الإداري، فلا يمكنه الامتناع عن الحكم فهو ملزم بنظرها وهو في هذا المجال

(1) نصت اغلب القوانين العربية المدنية المشتقة من مجلة الأحكام العدلية على نصوص مشابهة للمادة (الأولى) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، حيث يقابلها المادة (الأولى) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 والمادة (الأولى) من القانون الأردني رقم (43) لسنة 1976 والمادة (الأولى) من القانون السوري رقم (48) لسنة 1949.

(2) المادة (الثانية) من القانون المدني العراقي النافذ هي قاعدة فقهية إسلامية تم تقنينها أولاً في مجلة الأحكام العدلية بالمادة (14) منها التي صدرت عام 1876 وطبقت في محاكم الدولة العثمانية وفي الدول الخاضعة لها ومن ضمنها العراق.

ليس مختاراً وإنما مجبراً بنص القانون على خلق تلك القاعدة وتطبيقها على النزاع المعروف عليه في حالة عدم وجود النص التشريعي الإداري فيجب عليه أن يتدع الحل للمسائل المعروضة أمامه وليس له أن يدعي بعدم وجود القاعدة وإلا يُعد منكرًا (للعادلة)، ويجب عليه الإصغاء حتى وأن كان النص موجوداً؛ لأنه غامض ولا يدل على الحكم القانوني بشكل مباشر.

وقد وصفت القواعد القانونية التي يخلقها القاضي الإداري بأنها قواعد أصيلة، ومعنى الأصالة هنا أنها أنشأت واكتشفت بمناسبة الحكم في النزاعات القضائية والروابط الإدارية لمواجهة عدم وجود نصوص قانونية مناسبة، فهي قواعد قانونية لم تكن موجودة من قبل ولم يستعرها القاضي الإداري من نصوص قانونية أخرى وهذا النوع من القواعد القانونية يمتاز به القانون الإداري، لذلك جرى وصف القانون الإداري بالأصالة من باب التغليب أو عملاً بالغالb الأعم⁽¹⁾.

وقد منع المشرع العراقي القاضي من الاحتجاج بغموض القانون أو فقد النص أو نقصه اذ نص في المادة (30) من قانون المرافعات رقم (83) لسنة 1969 المعدل على ما يلي: (لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عدَّ الحاكم ممتنعاً عن إحقاق الحق، ويعد التأخر أيضاً غير المشروع عن إصدار الحكم امتناع عن إحقاق الحق) وكذلك الامتناع عن تطبيق القانون يعتبر إلغاء له وهذا خارج سلطة المحكمة، فإذا امتنع القاضي الإداري عن الفصل في الدعوى فإن المادة (286) من قانون المرافعات العراقي النافذ أجازت

(1) د. احمد كمال أبو المجد، الدور الإنشائي للقضاء الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 1، المجلد 32، 1963، ص 113.

الشكوى منه لدى الجهات المختصة على ما يلي (لكل من طرفي الخصوم أن يشكو القاضي أو هيئة المحكمة أو احد قضاتها في الأحوال الآتية (1) — إذا وقع من المشكو منه غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم عند قيامه بأداء وظيفته بما يخالف أحكام القانون أو بدافع التحيز أو بقصد الإضرار بأحد الخصوم. 2— إذا قبل المشكو منه منفعة مادية لمحاباة أحد الخصوم. 3— إذا امتنع القاضي عن إحقاق الحق) كما ألزمت المحكمة المشكو منه بتعويض الضرر الذي لحق المشتكي وهذا ما نصت عليه الفقرة (3) من المادة (291) من قانون المرافعات العراقي النافذ إذا نصت على ما يلي (إذا أثبت المشتكي صحة شكواه قضت المحكمة بإلزام المشكو منه بتعويض الضرر الذي حل بالمشتكي وأبلغت الأمر إلى مجلس القضاء الأعلى لاتخاذ الإجراءات القانونية المقتضاة) كما أن قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل ضمن المادة (330) نص على أنه (يعاقب بالحبس كل موظف أو مكلف بخدمة عامة امتنع بغير حق عن أداء عمل من أعمال وظيفته أو اخل عمداً بواجب من واجباتها لرجاء أو توصيه أو وساطة أو لأي سبب آخر غير مشروع) وأن القاضي يعد موظفاً⁽¹⁾، أنيطت به مهمة عامة وهي القضاء، فإن أي مخالفة منه للقانون يعد مرتكباً لهذه الجريمة وإن امتناعه عن الفصل في الدعوى المعروضة أمامه بحجة عدم وجود القاعدة القانونية أو غموضها فإن فعله يعد إخلالاً عمدياً بواجب من واجبات الوظيفة التي حددتها التشريعات، كذلك تضيف المادة (341) من قانون العقوبات العراقي على فعله التي تتناول خطأ المرفق الجسيم الذي يكتف بالضرر

(1) المادة (2) من قانون الخدمة المدنية العراقي رقم (24) لسنة 1960 المعدل عرفت الموظف (بأنه كل شخص عهدت آليه وظيفة دائمة داخلية في الملاك الخاص بالموظفين).

بالآخرين سواء الدولة أو الأشخاص الناجم عن إخلال جسيم بواجبات وظيفية⁽¹⁾. كما أن المشرع العراقي ألزم القاضي أن يتبع التفسير المتطور للقانون بالمادة (3) من قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 التي نصت (إلزام القاضي بإتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه)⁽²⁾، وإنَّ مبدأ التفسير المتطور هو أحدث مبدأ في التفسير القانوني المعاصر وان الذي يعطي للقاضي الإداري دور ايجابي عنده تفسيره للنص وتصنيفه وفق الهدف أو الغاية من النص وإيجاد حلولاً لحالات لم ينص عليها المشرع أو يحط فيها خبراً، وهذا الأمر يفتح باب الاجتهاد أمام القاضي لتفريع النصوص وخلق حالة من المواثمة والملائمة مع النص القانوني والواقعة المعروضة على القاضي والاستفادة من وسائل التطور العلمي في الوصول إلى الحقيقة والابتعاد عن التفسير الشكلي للقانون وفصل الشكل عن المضمون وعزل المجتمع عن النص القانوني وهذا ما أكدته المادة (104) من قانون الإثبات التي تنص على أنه (للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية)⁽³⁾.

- (1) المادة (341) من قانون العقوبات العراقي النافذة (يعاقب بالحبس كل موظف أو مكلف بخدمة عامة تسبب بخطئه الجسيم في إلحاق ضرر جسيم بأموال أو مصالح الجهة التي يعمل بها أو يتصل بها بحكم وظيفته أو بأموال أو مصالح الأشخاص المعهودة بها أليه أن كان ذلك ناشئاً عن إهمال جسيم بأداء وظيفته أو عن إساءة استعمال السلطة أو عن أخلال جسيم بواجبات وظيفته).
- (2) المشرع العراقي لم ينص ما يعني بالتفسير المتطور ولم يضع معايير، فعرفه أحد الفقهاء (بإعطاء دور ايجابي للقاضي عند تفسيره، وتطبيقه وفق الهدف أو الغاية من النص) د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيزة في شرح قانون الإثبات، ط2، المكتبة القانونية، بغداد، 2007 ص 27.
- (3) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2016، ص 83.

نلاحظ مما تقدم أنّ هناك فرقاً بين النظام القانوني الفرنسي والعراقي في منح القاضي سلطة إنشاء وابتكار مبدأ قانوني جديد حيث أنّ المادة (الرابعة) من القانون المدني الفرنسي ألزمت القاضي بصيغة جوازيه من خلال عبارة (ان القاضي .. يمكن)، في حين أنّ المادة (30) من قانون المرافعات العراقي ألزمت القاضي بصيغة وجوبية وليست جوازيه، وحسناً فعل المشرع العراقي بإلزام القاضي بالفصل بالنزاع المعروض أمامه حتى لا يترك المجال أمامه ليتحجج بعدم وجود النص أو غموضه ويتهرب من الفصل بالدعوى.

ويجد البحث في ختام هذا الموضوع أنّ المشرع في القانون الفرنسي والمصري والعراقي في مواضع من القانون اعترف بوجود نقص في التشريع وأوجب على القاضي إحقاق الحق بالفصل بالدعوى المعروضة أمامه ومنعه من الاحتجاج بوجود نقص أو غموض في القاعدة القانونية أو التأخير أو الامتناع عن إصدار الحكم وقرر عقوبات جزائية، وخلاصة ذلك إنّ دور القضاء الإداري لا يقتصر على الكشف عن المبادئ العامة للقانون التي يستخلصها في أحكامه ويطبقها في المنازعات المعروضة أمامه وإنما تصل إلى حد ابتكار وابتداع هذه المبادئ وإنشائها وخلقها لذلك يوصف القانون الإداري بأنه قانون قضائي وليس قانون مقنن ومحدد.

المطلب الثاني

مدى إمكانية سلطة القاضي الإداري في إنشاء مبدأ قانوني جديد

يتصف القضاء الإداري كقضاء إنشائي من خلال ابتكار وابتداع العديد من المبادئ القانونية في أحكامه وحلول تناسقت وتفاعلت مع معطيات وحاجات النشاط الإداري واهدافه وبما يؤمن حقوق وحرريات الأفراد كحامي للمشروعية⁽¹⁾، ويواجه رجال القضاء الإداري خاصةً مشكلة النقص في النصوص التشريعية أو غموضها أو تعارضها الذي يعد ظاهرة بينة في إطار القانون الإداري بحكم طبيعته كونه غير مقنن وسريع التطور مما يضفي على أحكامه مرونة واضحة، وأن القصور لا يقتصر فقط على نقص أو غموض القواعد القانونية فقد يكون النص موجوداً وواضحاً ولا يتعارض مع نص آخر إلا أنه أصبح غير ملائم لمتطلبات تطور الحياة العامة لمروور فترة من الوقت فيصبح بعيداً عن العدالة، ويلعب القاضي الإداري دور صعب جداً خلال حسم النزاعات المعروضة أمامه فيقوم بتفسير إرادة المشرع وتحديد النص العام وتطويره ليتفق مع المبادئ القانونية بالبحث عن وسائل لسد القصور فإنه يساهم في خلق قواعد القانون من خارج التشريع ومصادر القانون الأخرى، ويجعلها تنسجم مع مكان وزمان النظام القانوني في الدول.

إلا إن ولاية القضاء الإداري لن تكون مستقلة أو متحررة أو متعافية مادامت أسيرة بالعديد من الاستثناءات والقيود التي تقييد وتحجم الدور الرقابي للقضاء الإداري أو بالأحرى الانتقاص من حق التقاضي المصون دستورياً لذا سنقسم هذا

(1) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة 1961، ص15.

المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

- الفرع الأول: أسباب إنشاء القاضي الإداري مبدأ قانوني جديد
- الفرع الثاني: حدود سلطة القاضي الإداري في إنشاء مبدأ قانوني جديد

الفرع الأول

أسباب إنشاء القاضي الإداري مبدأ قانوني جديد

إنَّ قصور القانون الإداري لا يقتصر على نقص القواعد القانونية أو غموضها أو تعارضها فقط وإنما يكون النص موجود وواضحاً ولا يتعارض مع قانون آخر إلا انه أصبح غير ملائم لمتطلبات تطور الحياة العامة لمرور فترة من الوقت فيصبح بعيداً عن العدالة، والدور الذي يلعبه القاضي الإداري صعب جدا خلال حسم النزاع الإداري المعروض أمامه فيسهم باجتهاده في إنشاء وتطوير القانون الإداري من خلال بحثه عن الحلول المناسبة وأن من واجبه خلق قاعدة أمرّة لتسوية النزاع ويؤدي بالتالي إلى إصلاح العمل الإداري، فيقوم بتفسير إرادة المشرع وتحديد النص العام وتضيقة ليتفق مع المبادئ العامة للقانون، بل أن للقاضي الإداري الدور الإيجابي الضمني في حالة وجود نص وهو ما يؤدي في النهاية إلى إسهام القاضي الإداري مع المشرع في تحويل الاختصاص التقديري للإدارة إلى اختصاص مقيّد قضائياً ، ويتضح أن أسباب سلطة القاضي الإداري في خلق المبادئ القانونية يمكن إرجاعها إلى ثلاثة أسباب وهي:

أولاً: سلطة القاضي الإداري في حالة وجود النص القانوني:

تعد العمومية والتجريد من خصائص القاعدة القانونية، فالقانون يشرع لمعالجة موضوع أو موضوعات معينة في حقل الاختصاص فيصاغ النص إجمالاً بشروط ومحددات عامة دون ذكر التفاصيل الدقيقة للموضوع، وذلك لان من المستحيل على

المشرع الإحاطة بالموضوع وهذا يعني الحكم على النص أو عموم القانون بالقصور بالإضافة إلى ذلك لا يمكن للنصوص التشريعية ان تحوي كل الجزئيات بين حيثياتها وهذا يستلزم على القاضي عند نقل النصوص من الناحية النظرية إلى التطبيقات العملية تفكيك النص إلى أجزاء وعبارات وفقرات وهذه المعالجة تكمن في التفسير فهي الأداة للتنفيذ وبث الروح في النصوص المجردة في حالة عدم وجودها في النظام واللائحة والتعليقات⁽¹⁾.

فالتفسير القضائي الذي يقوم به القاضي يلعب دوراً هاماً في حسم القضايا، فليس هدفاً في حد ذاته بل تفسير واقعي للنصوص القانونية ومحتواها الحقيقي في ضوء تأثير الظروف الواقعية المحيطة بالدعوى مما يساعد في استجلاء إرادة المشرع الحقيقية الكامنة التي ابتغاها في النصوص القانونية، خصوصاً إذا كان التفسير القضائي صادر من محكمة عليا في القضاء فإنه يساهم في إرساء المبادئ القانونية التي تسترشد بها قضاة الموضوع ويحاولون السير على هداها، مما يساهم في توحيد تفسير القانون وتطبيقه على نسق واحد في جميع محاكم الدولة، وهو مقتضى العدل التناسق بين الأحكام القضائية الصادرة في مواضيع متماثلة وقضايا متشابهة الأمر الذي يكفل توحيد المبادئ القانونية⁽²⁾.

فهناك ترابط وثيق بين القانون الإداري والقانون المدني حيث يخضع الجانب الأكثر

(1) د. علي يوسف الشكري، التعديل القضائي، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي، كلية القانون، جامعة بابل، العدد 3، المجلد 7، 2015، ص 18.

(2) د. صالح محسوب، السوابق القضائية ودورها في الاستقرار القضائي، مجلة القضاء، بغداد، العدد 1، 4، 1999، ص 35.

لنشاط الإدارة لقواعد القانون المدني، فنلاحظ العديد من التنظيمات الخاصة بالسلطة الادارية لا تتعارض مع القواعد الخاصة في القانون المدني، كما لها إن تنسقها وتطورها وفقاً لاحتياجات سير المرافق وتوفيقها مع حقوق الأفراد⁽¹⁾.

ويملك القاضي الإداري تفسير القاعدة القانونية تفسيراً ضيقاً يجعلها تتفق مع المبادئ العامة للقانون، فعندما يواجه قاعدة قانونية غير محددة أو عامة المعنى فإنه يحدد لها مضموناً يجعلها تتفق مع المبادئ العامة للقانون ويحرص بعدم خروج المعنى خروجاً صريحاً عن النص أو يتعارض معه ويؤدي هذا إلى خلق قانون جديد يختلف عن القاعدة الأصلية⁽²⁾، ولا يسمح للقاضي أن يعيد صياغة التشريع أو أن يغير عبارات النصوص القانونية ليصحح أخطاء المشرع، فتلك ليست مهمة القاضي وإنما تقع مهمته في تقويم أخطاء الإدارة والأفراد وذلك كون مهمة التشريع مهمة سياسية تقع من اختصاص سلطات أخرى وتقع وظيفته في تطبيق القانون الذي تقوم السلطة التشريعية بإصداره على النزاعات التي تعرض أمامه، وتعد هذه النظرية تصوير آلي للوظيفة القضائية⁽³⁾.

ومن هنا يقوم القاضي الإداري باستخلاص الحل المناسب في النزاع المعروض عليه لأول مرة من روح نص قانوني معين أو مجموعة من النصوص القانونية كقانون المرافعات المدنية وقانون الإجراءات الجنائية والتي غالباً ما تكون من القانون المدني وذلك لأسباب عديدة منها لأنه يحتوي على مجموعة قانونية متكاملة صادرة عن المشرع

(1) د. حسين عثمان محمد حسين، مصدر سابق، ص 79 وما بعدها.

(2) حسن محمود محمد حسن، مصدر سابق، ص 263.

(3) محمد احمد رمضان، دور القاضي في إنشاء القاعدة المدنية (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص 82.

وان اغلب إحكامه متلائمة مع القضاء الإداري ومنسجمة مع مقتضيات المصلحة العامة فضلاً عن ذلك إن القانون المدني اسبق بها في القانون الخاص، وهذا يحتاج إلى جهد كبير من القاضي الإداري في تفسير النص أو استنباط المبدأ العام من روح القانون وجوهره وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا الأسلوب في انشاء العديد من النظريات الإدارية⁽¹⁾.

فقد وسع القاضي الإداري الفرنسي من نطاق النصوص القانونية عندما ساوى بين السلطة المهنية والسلطة العامة بغية إخضاع أعمال السلطة المهنية للرقابة القضائية وفي ذات الاتجاه سار القضاء الإداري المصري في مجال التأديب مما عد إلغاء امتحان طالب عقوبة تأديبية يستوجب فرضها مراعاة كافة حقوق الدفاع⁽²⁾، وذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر في مجال التأديب بأن نقابة الأطباء من أشخاص القانون العام حتى لا تكون القرارات التي تصدرها في موضوع التأديب وفي مسائل غيرها بمنأى عن الطعن⁽³⁾.

ومن تطبيقات المحكمة الإدارية العليا في العراق التي أعطت معنى أوسع للنصوص القانونية قرارها المؤرخ في 15/6/2017 الذي جاء فيه (إن إعادة تعيين المدعي بنفس

(1) كـنظريـة (مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، مبدأ احترام حق الدفاع، الحق في الملكية... الخ) بشاير غنام سليمان، مصدر سابق، ص 138.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن رقم (1028)، لسنة (30) قضائية في 18/1/1986.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن رقم (1315) في 11/6/1983 نقلاً عن د. عبد العظيم عبد السلام حميد، تأديب الموظف العام في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 32.

المرتبة التي كان عليها قبل تركه الخدمة يعني احتساب خدماته السابقة⁽¹⁾، وما جاء بقرارها المؤرخ في 2017/10/19 (لا يشترط لصحة إجراءات اللجنة التحقيقية توقيع رئيس وأعضاء اللجنة على إفادات الموظف المحال إليها للتحقيق)⁽²⁾.

ومن تطبيقاتها أيضا التي أعطت معنى ضيق في مجال تفسير النصوص القانونية قرارها المؤرخ في 2017/7/23 الذي نص (أن حصول الموظف على شهادة عليا خلافاً لأحكام القانون يترتب عليه حرمانه من الحقوق والامتيازات المترتبة على هذه الشهادة)⁽³⁾.

ثانياً: سلطة القاضي الإداري في حالة غموض النص القانوني:

يقصد بغموض النص أنه غير واضح الدلالة فهو لا يدل على المراد منه بصيغته ذاتها، ويتوقف فهم المراد منه على أمر خارج عن عباراته، أي ما يحتمل أكثر من معنى واحد لسبب يعود إلى ألفاظ النص وعباراته في مجموعها⁽⁴⁾ مما يقتضي جهداً من القاضي لتحديد المعنى المقصود، فالنصوص التشريعية تحتوي على صياغة وتركيب من الجمل والمصطلحات ما يجعل منه صعب تطبيقها فتحتاج إلى عناية خاصة ليخلق معنى معيناً

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا في العراق بالطعن رقم (169/قضاء إداري / تمييز/ 2015) في 2017/6/15 منشور.

(2) قرار المحكمة الإدارية العليا في العراق رقم (1739/قضاء الموظفين - تمييز/ 2017) في 2017/10/19 منشور في قرارات وفتاوى مجلس الدولة، 2017، ص 517.

(3) قرار المحكمة الإدارية العليا في العراق رقم (506/قضاء الموظفين - تمييز/ 2015) في 2017/2/23 منشور في قرارات وفتاوى مجلس الدولة، 2017، ص 411.

(4) د. عبد القادر الشخيلي، فن الصياغة القانونية تشريعاً وفقهاً وقضاءً، مكتبة دار الثقافة والتوزيع، عمان، ص 42_43.

للقاعدة القانونية فتصبح بذلك المعنى قاعدة قانونية ملزمة للإدارة والإفراد، وتتنوع الأساليب والإجراءات في عملية خلق القاعدة القانونية فلا تتم بطريقة واحدة أو بأسلوب واحد بحسب الغموض وأسبابه، ويعد التفسير من أهم وظائف القاضي عندما يجد نفسه مضطراً لإيجاد حل للنزاع المعروض أمامه، وتختلف أسباب الغموض فقد يكون نتيجة خلل في الصياغة أو نتيجة مهارة في الصياغة وهذا ما تقتضيه السياسة التشريعية (فن الصياغة التشريعية)⁽¹⁾.

وقد يرجع الغموض بسبب اللغة كون اللغة العربية زاخرة بالألفاظ والعبارات المشتركة وقد يأتي الغموض نتيجة مرونة النص ليوافق الظروف السائدة والمستجدات اللاحقة ليترك حرية واسعة للقاضي عند التطبيق ومن أمثلة ذلك ما يضعه المشرع من قواعد عامة ومرونة مثل النظام العام والآداب العامة والضرر المألوف والضرر غير المألوف أو يبدأ النص بفكره واضحة ويختمها بنهايات سائبة ليهدف ترك مساحة للقاضي أو يكون الغموض نسبياً فالنص حين تشريعه واضحاً سهلاً وميسراً لكن الغموض ينتابه لاحقاً نتيجة تغيير الظروف التشريعية أو السياسية⁽²⁾، وهنا نضع التساؤل الآتي هل يستطيع القاضي الإداري أن ينشئ قواعد قانونية في حالة غموض النص التشريعي أو بمناسبة ذلك؟ نستطيع القول أن القاضي يلعب دوراً انشائياً مهماً لا

(1) فن الصياغة التشريعية: مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية والأحكام التشريعية بطريقة تيسر تطبيق القانون من الناحية العملية وذلك باستيعاب واقع الحياة في قوالب لفظية لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية. د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول التشريع، دار الشؤون والثقافة العامة، بغداد، 1999، ص 53.

(2) د. علي يوسف الشكري، المحكمة الاتحادية العليا في العراق بين عهدين، ط 1، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، 2016، ص 180.

يدخل تحت المفهوم الضيق للتفسير، فالقاضي لا يعتمد على التفسير العادي المعروف للوصول إلى نية المشرع الحقيقية أو المفترضة ففي مثل تلك الحالات الطرق مغلقة للتعرف عليها لان قواعد القانون الإداري غير مقننه، لذلك يلجأ القاضي الإداري إلى إعطاء القاعدة القانونية المعنى الذي يريده بإرادته الحرة واختياره فيخلق بذلك قاعدة جديدة تختلف عن القاعدة القانونية المأخوذ منها، فيؤدي ذلك إلى أكثر من مجال للتفسير والتطبيق تصل إلى حد الخلق للقواعد القانونية ويتأثر القضاة كثيراً بالظروف الواقعية للمنازعات المعروضة عليهم مما ينعكس ذلك على التفسير الذي يعطونه للقواعد القانونية الوضعية ويطلق على هذا المفهوم مصطلح (تفسير إنشائي للتشريع)⁽¹⁾.

وإنَّ القاضي هو الضمانة الأكبر وحجر الأساس لبناء دولة القانون وتطبيق القانون بالمعنى الواسع وليس له سلطة في تطبيق بعض القوانين وترك البعض الآخر وتعطيها دون مسوغ مشروع ليتحقق بذلك وحدة النظام القانوني وتكامله وتناسقه وانسجامه، وليس للقاضي أن يحتج بوجود قاعدتين متناقضتين ومتعارضتين أو تطبيق أحد القواعد دون الأخرى بل يقع عليه توقيف هذه القواعد وحل الإشكال القانوني الحاصل وبخلافه يُعد منكرًا للعدالة⁽²⁾.

وغموض النص أو وضوحه يختلف من قاضٍ لآخر بمعنى إذا كان النص غامضاً لأحدهم قد يكون واضحاً لآخر، أو قد يكون النص واضح لكلا الشخصين، إلا أن فهمهما للنص يختلف وبالتالي يمكن القول: إن غموض النص أو وضوحه يختلف من

(1) د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، مصدر سابق، ص 246-247.

(2) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ وإحكام القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، 1994، ص 187.

قاضي لآخر استناداً إلى الملكية الفكرية والعقلية لكل قاض، لذلك فإن غموض النص يعني خفاء معناه، ولإظهار المعنى لابد من الاستعانة بالتفسير للوقوف على التفسير الأصلي للنصوص القانونية، وهنا تقع مهمة القاضي الإداري من خلال تطويع هذه النصوص واستنباط المبادئ القانونية منها بما يخدم النزاع المعروض أمامه⁽¹⁾.

وهناك مبادئ قانونية استخلصها مجلس الدولة الفرنسي من روح نص القانون الخاص وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا الأسلوب واستخلص عدة مبادئ عامة للقانون من روح النصوص كما هو الشأن بـ (مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية) ويقصد به أن أي قرار إداري لائحي أو فردي لا يطبق إلا من تاريخ صدوره وتنشأ آثاره بعد نفاذه وليس الفترة السابقة على نفاذه، ويعد هذا المبدأ من مبادئ القانون العام واستخلصه مجلس الدولة الفرنسي من روح نص المادة (2) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على (القانون لا ينطبق إلا بالنسبة للمستقبل ولا يمكن أن يكون له أي أثر رجعي)، وكذلك أقرّ مجلس الدولة الفرنسي لمبدأ قوة الشيء المقضي به الذي استخلصه من نص المادة (350) من القانون المدني الفرنسي التي نصت (حجية الأحكام القضائية فيما فصلت بين الخصوم في الدعوى) وقد أقرّ هذا المبدأ ضماناً لاستقرار الحقوق المكتسبة من الأحكام النهائية لتمنع إعادة بحث النزاع الذي حسمه الحكم ما عدا محكمة النقض، وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي مبدأ (عدم جواز فصل موظفة في حالة حمل) وهو أحد المبادئ غير المكتوبة التي استخلصها مجلس الدولة الفرنسي حيث جاء فيه (أن المبدأ العام من قانون العمل المادة (299) من الكتاب الأول لتقنين العمل

(1) عمار حسين علي المرسومي، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية في العراق (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2019، ص 103 وما بعدها.

والذي طبقاً له كل رب عمل لا يستطيع فصل عامله في حالة حمل ينطبق على النساء العاملات في المرافق العامة حينها لا تتعارض مقتضيات هذه المرافق مع تطبيق المبدأ⁽¹⁾.

وفي ذات الاتجاه سار مجلس الدولة المصري بالبحث عن إرادة المشرع الحقيقية بإقرار مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية وذلك في الحكم الصادر الذي جاء فيه (حظر المساس بالحقوق المكتسبة أو المراكز القانونية التي تمت إلا بقانون تختص السلطة التشريعية وحدها بصدوره لما فيها من ضمانات، وعليه إلا تسري القرارات الإدارية واللوائح بأثر رجعي إلا بحدود معينة، فيشترط أن يكون القرار الإداري تنفيذياً لأحكام صادر من مجلس الدولة المصري بإلغاء قرارات إدارية وقعت مخالفة للقانون أو الترخيص للجهة الإدارية على تقرير الرجعية، وما تقتضيه المصلحة العامة لما يترتب على الإلغاء من أثره في الحوادث السابقة)⁽²⁾.

وعلى ذات النهج سارت المحكمة الإدارية العليا في العراق في تقرير مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية وهو أحد المبادئ غير المكتوبة، وعبرت عنها في قراراتها

(1) C.E 8 juin 1973.Rec.p.406.

ذكر مفوض الحكومة (chenot) في أحد الأحكام القضائية (مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية من خلق القضاء واستقر هذا المبدأ في أحكام مجلس الدولة وعلى أساس هذا القضاء لا يجب البحث عنه في المادة (الثانية) من القانون المدني الفرنسي بمعنى حماية الحقوق الفردية من الاعتداء عليها لا يجد سنداً في نص القانون).

Conclusion sur L'affaire (Delacommmne). Dr.soc.1949.p315.

نقلاً عن بشاير غنام ديكان، مصدر سابق ص 188.

(2) حكم مجلس الدولة المصري بالطعن الصادر بتاريخ 10/3/1945، السنة الثانية، نقلاً عن د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص 706-707.

بشكل صريح، حيث جاء بقرارها المؤرخ 2014/7/3 (يخضع القرار الإداري لقاعدة عدم الرجعية)⁽¹⁾، وما جاء بقرارها المؤرخ في 2017/1/19 حيث قضت فيه (يكون نفاذ القرار الإداري من تاريخ صدوره ولا يسري بأثر رجعي)⁽²⁾.

ثالثاً: سلطة القاضي الإداري في حالة عدم وجود النص القانوني:

إنَّ مسألة نقص⁽³⁾ النصوص القانونية أثارت جدلاً واسعاً بين الشراح الوضعيين⁽⁴⁾، وأن دور القاضي الإداري يتميز عن دور القاضي العادي فإن دور الأخير مقتصر على تطبيق النصوص القانونية في النزاعات المعروضة أمامه وله في حالات قليلة أن يضع القواعد القانونية في حين أن مجال القاضي الإداري أوسع لحدائته النسبية ومرونته وعدم تقنينه⁽⁵⁾، أكثر أهمية وأبعد مدى بالنسبة للقوانين الأخرى والقضاء العادي

- (1) قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (446/ قضاء الموظفين / تمييز/ 2013) في 2014/7/3 منشور.
- (2) قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (94/ قضاء الموظفين / تمييز/ 2015) في 2017/1/19 منشور.
- (3) النقص في التشريع: يقصد به الفراغ الذي يحقق عند عدم وجود شيء يتطلب واقع حال وجوده وفكرة الفراغ بالمعنى المتقدم تعبر عن حالة من حالات عدم الكمال. د. حيدر ادهم عبد الهادي، أصول الصياغة القانونية، ط1، مطبوعات دار الجامعة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص103.
- (4) ظهرت الخلافات بين القضاة حول وجود نقص في التشريع أنصار نظرية (كمال التشريع) والاتجاه الآخر يعرف بوجود نقص في التشريع وهؤلاء أنصار نظرية (إنكار كمال التشريع)، ينظر: د. ضمير حسين المعموري، الفراغ التشريعي، بحث منشور في مجلة فلسفة القانون، للشهيد الصدر، المعارف للمطبوعات، بيروت، 2010، ص207.
- (5) ابتسام فاطمة الزهراء شقاف، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القضائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والسياسة، جامعة أبو بكر بلقايد _ تلمسان، جزائر، 2016، ص35 وما بعدها.

وذلك أنه بعد استبعاد أحكام القانون الخاص عموماً والقانون المدني خصوصاً من التطبيق يكون القاضي أمام فراغ تشريعي ضخم يجب على القاضي الإداري أن يملؤه ومن هنا يكون دوره خلق للقانون بقصد مواجهة أوضاع لم يتناولها المشرع بالتنظيم وربما تركها قصداً للقضاء ليعمل بنفسه على التصرف بها⁽¹⁾.

فإن المشرع مهما كان واسع الخيال ثاقب البصر يبقى قاصر عن الإحاطة بكل الموضوعات والحوادث، فالكمال من صفات الإله والقصور من طبع البشر وليس لمتناهي أن يحيط بالأمتناهي أو يحكمه، وهنا لا بد للقاضي الإداري ابتداءً وخلق الحلول وإكمال النقص في القانون وهو لا يخلق هذا الحل إنما يستوحيه من قاعدة عامة توضح له عن طريق الرجوع إلى جوهر القانون أو إلى المبادئ العامة للقانون النابعة من الفلسفة السائدة في الدولة التي يباشر فيها القاضي وظيفته، وتكرار الأخذ بهذا الحل في المنازعات يخلق مبادئ عامة للقانون يسير عليها القاضي الإداري والتي قد تجبر المشرع بضرورة تلقف هذه الحلول والتسليم بها وصياغتها في نصوص تشريعية ولهذا يعد القضاء مصدراً أصلياً وليس احتياطياً⁽²⁾.

فالقاضي الإداري وهو ينظر في المنازعات الإدارية وبعد إكمال قواعد التكييف القانوني يجد نفسه إمام فرضيتين إما القانون قد تطرق إليها بتشريعات إدارية متشابكة لكنه لم يستوعب كافة جوانبها بشكل مطلق، لذلك وجب على القاضي سد الفراغات في التفاصيل والجزئيات التي غفل المشرع عن إيراد حكم بشأنها أو تعمد تركة للقضاء لإيجاد الحلول المناسبة والأقرب للصواب، فهنا يظهر دور القاضي الإداري في استنباط

(1) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، مصدر سابق ص 36.

(2) د. علي يوسف الشكري، التعديل القضائي، مصدر سابق ص 19.

المبدأ القانوني الواجب التطبيق على النزاع المعروض إمامه دون أن يكون مقيداً بتلك النصوص وفي حدود المجال المتروك من قبل المشرع، أو لا يجد إمامه نصوص تشريعية لان القانون لم يتطرق لمعالجتها بشكل مطلق فلا مفر من الخلق والابتكار فينشئ مبدأ قانوني بمناسبة الحكم في النزاع المعروض إمامه وكأنه موجه لطرفي النزاع فقط، وبهذا الذي يفعله لا يصدر قانوناً أو لائحة، ولكن يستطيع الباحث المتخصص إن يدرك هذا الحكم الصادر في النزاع من الأحكام ذات المبادئ القانونية الذي انشأ مبدأ قانوني جديد أو أكدت على مبدأ قانوني سابق⁽¹⁾.

ومن المبادئ المعروفة أن القاضي ملزم بالحكم بالقضية المعروضة أمامه حتى في حال عدم وجود نص قانوني يعالجها وإلا عدّ منكرًا للعدالة، فالخطوة الأولى التي يقوم بها القاضي تكييف الواقعة محل النزاع والتأكد من وجود قصور في القانون مما يجعله صعب التطبيق على الواقعة ثم الخطوة الثانية يعمل على سد القصور وفق وسائل الاجتهاد وأن المادة (الرابعة) من القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 المعدل فرض على القاضي الفصل في النزاع دون بيان الطريقة التي يتبعها في سد القصور في القانون وألقى على القاضي واجب تحقيق العدالة، وأن المشرع لو أراد أن يمنع ذلك لنص عليه صراحة، وهناك العديد من القوانين التي تبين للقاضي وسائل الاجتهاد التي يجب الرجوع إليها لسد الفجوات في القوانين لعدم قدرة المشرع على تقديم وسائل علاجية لكل قضية لأنه من غير الممكن من الناحية العملية وهذا ما يطلق عليه (بالفن القضائي)⁽²⁾.

(1) د. حسين عثمان محمد عثمان، اصول القانون الإداري، مصدر سابق، ص 218.

(2) د. حسن محمود حسن، مصدر سابق، ص 287.

فيلجأ القاضي الإداري إلى العرف ليحكم في النزاع في حالة عدم وجود نص ثم إلى أحكام الشريعة الإسلامية فمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وأن القاضي الإداري يعد العرف الإداري الذي يستقر عليه العمل بمثابة القاعدة التنظيمية التي لا يجوز مخالفتها⁽¹⁾، وقد اخذ بذلك المشرع المصري في الفقرة (الثانية) من المادة (الأولى) من القانون المدني الصادر سنة 1948 المعدل، والمشرع العراقي بالقانون المدني الصادر سنة 1951 المعدل بالمادة الأولى منه التي بينها بالمطلب السابق، كما أن التطور السريع للحياة والتقدم العلمي الهائل وظهور التقنيات الحديثة أدى إلى ظهور حالات لم تكن بالحسبان عند وضع النصوص مثل المعاملات التجارية والعقود التي تنظم بوسائل تكنولوجيا (عقد نقل التكنولوجيا) فبالتالي قصرت النصوص عن مواكبة التطور فلم يكن أمام القضاء إلا الاجتهاد لإيجاد الحلول المناسبة حين تدخل المشرع أن اقتضت الحاجة⁽²⁾.

ومن أهم ما يؤكد هذا الدور الإنشائي للقضاء الإداري أن غالبية نظريات القانون الإداري تعود الى مجلس الدولة الفرنسي منذ نشأته سنة 1946 على سبيل المثال نظرية عدم رجعية القرارات الإدارية ونظرية الظروف الاستثنائية ونظام المسؤولية المدنية للإدارة التي أحرزت مبدأ يسمى فوق التشريع العادي⁽³⁾، ويعود الفضل إلى مجلس الدولة الفرنسي في تقرير مسؤولية الإدارة عن نشاطها والتي تسببت فيها الإدارة

(1) خلف محمود الجبوري، مصدر سابق، ص 10 وما بعدها.

(2) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، مصدر سابق، ص 36.

(3) د. عبد الغني بسيوني، مصدر سابق، ص 325؛ د. جورج شفيق ساري، المبادئ العامة للقانون الإداري، ط 4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 341.

بأعمالها في إلحاق ضرر ببعض الأفراد دون خطأ منها وبمجرد أن يثبت الأفراد علاقة سببية بين نشاط الإدارة الخطر والضرر الذي وقع عليه ويقيم صاحب الشأن دعوى مطالباً بالتعويض من الإدارة (مبدأ المسؤولية على أساس الخاطر)، وقد جاء ذلك أيضاً بعبارة واضحة في حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادرة في 15/6/1950 ثبات مسؤولية الإدارة عن فصل موظفيها بغير الطريق التأديبي أو غير مشروع⁽¹⁾.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في العراق بهذا المبدأ في منازعات عديدة معروضة عليها في هذا المجال، ومنها قرارها المؤرخ في 15/11/2018 جاء في حيثياته في أنه (وحيث إن المدعي عين بتاريخ 15/11/2009 نائباً لرئيس هيئة استثمار محافظة بغداد وقد أقيـل من منصبه بتاريخ 12/7/2011 وأعيد بحكم قضائي صادر في 21/6/2012 بعد إلغاء قرار الإقالة لثبوت مخالفته للقانون، وحيث إن قرار الإلغاء ينسحب بإثارة إلى تاريخ صدور قرار الإقالة ويلغي أثره ويعيد الحال إلى ما كان عليه، وحيث إن وجود المدعي (المميز) خارج الوظيفة خلال مدة الإقالة كان لأمر خارج عن إرادته وكان خلالها مهياً للعمل وبذلك فإنه يستحق رواتبه ومخصصاته عن تلك المدة وفق القانون، وحيث إن محكمة قضاء الموظفين قضت بخلاف ذلك دون ملاحظة ما تقدم مما اخل بصحة القرار المميز لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى إلى محكمتها للسير فيها وفق الأصول على إن يتم التحقق من مدة عضوية المدعي ليكون تاريخ صرف المخصصات من تاريخ الإقالة إلى تاريخ انتهاء مدة العضوية المقرر في الفقرة (ب) من

(1) د. صعب ناجي و م. م. حسام علي محمود، الآلية المتبعة من قبل القاضي في خلق القاعدة القانونية، مجلة الحقوق، جامعة النهدين، العدد 2، المجلد 3، 2017، ص 18 وما بعدها.

البند (ثانياً) من المادة (5) من قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 المعدل⁽¹⁾، وفي نظرنا حسناً فعل القاضي الإداري في العراق حيث سار على خطى القضاء الإداري الفرنسي والمصري بالنظر بالمنازعات باهتمام ليصل إلى حكم منصف وعادل. خلصنا من معرفة، أنه لا ينبغي تأويل النص عند وضوحه بدعوى الاستهداء إلى الحكمة من التشريع فإذا كانت النصوص القانونية واضحة جلية المعنى فإن البحث عن الحكمة والغاية من التشريع ودواعيه لا محل لها، وظهرت سلطة القاضي الإداري في حالة غموض النص واضحة ليتدارك الخطأ في عبارات النص واستلهاً لإرادة المشرع وقام بدور مكمل للنصوص وذلك يعني خلق قواعد قانونية من قبل القضاء، وهذه سمة أو ميزة اختص بها هذا الفرع عن غيره من فروع القانون الأخرى.

الفرع الثاني

حدود سلطة القاضي الإداري في إنشاء مبدأ قانوني جديد

تعد الرقابة القضائية من أكثر الوسائل المخصصة لحماية مبدأ المشروعية والدفاع عن الحقوق والحريات العامة، وهي من الأساسيات التي تتطلع الدول المعاصرة للاهتمام بها في ضمان حقوق الأفراد في مواجهة الإدارة التي تمتلك سلطات واسعة والوسائل الكفيلة على تنفيذ إجراءاتها وقراراتها باتجاه الأفراد، مما قد يؤدي إلى التعسف في استعمال الحق وإساءة استعمال السلطة⁽²⁾.

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا بالرقم (106/قضاء موظفين/ تمييز/ 2017) في 15/11/2018 منشور.

(2) د. عبد اللطيف نايف عبد اللطيف، تخصص القضاء الإداري في العراق بين الإطلاق والتقييد، بحث منشور في مجلة الحقوق، المستنصرية، العدد 31، المجلد 2، 2017، ص 2.

وبالنسبة لتنظيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة انقسمت الدول باتجاهين دول تأخذ بالقضاء الموحد ودول تأخذ بالقضاء المزدوج، فالقضاء الموحد (العادي) يقوم على مبدأ وحدة القضاء ويختص بالفصل بين جميع المنازعات التي نشأت بين الأفراد أنفسهم أو بين تلك التي تنشأ بين الأفراد من جهة والدول من جهة أخرى أم التي تنشأ بين الدولة والأشخاص العامة الأخرى بعضها مع بعض الأخر، سواء كان العمل الصادر من الدولة أم الأشخاص العامة الأخرى محل النزاع وسواء كان متسماً بمظاهر السلطة العامة أم لم يكن كذلك ويرتبط هذا النظام بالدولة الانكلوسكسوني والتي تعد انكلترا مهداً لها⁽¹⁾.

ويمتاز هذا النظام بأنه الأوثق قراباً والأكثر اتفاقاً مع مبدأ المشروعية الذي بمقتضاه يخضع كل من الحكام والمحكومين لقانون واحد وبذلك يقيم مبدأ المساواة بينهم امام القانون، فمن الناحية العملية لا يمكن تطبيق قوانين خاصة بالإدارة ليمنحها امتيازات تتفوق بها على الأفراد، وكذلك إجراءات القضاء تكون يسيره إذا ما قورنت بالإجراءات في نظام القضاء المزدوج، أما من الناحية النظرية فإنه يكفل احترام مبدأ الفصل بين السلطات لان الدستور يوزع الاختصاصات على هيئات منفصلة تستقل كل منها عن الأخرى بمباشرة مهام وظائفها وتختص السلطة القضائية بالوظيفة القضائية إذ لا يمكن لجهة أخرى غير القضاء العادي القيام بها إذ يعد ذلك خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات⁽²⁾.

(1) د. مازن ليلوراضي، القضاء الإداري (دراسة الأسس ومبادئ القضاء الإداري في الأردن)، ط1، دارقنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص60.

(2) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، توزيع الاختصاصات بين القضاء العادي والقضاء الإداري

أما القضاء المزدوج ويقصد به إن يتكون النظام القضائي في الدولة من جهتين قضائيتين مستقلتين القضاء العادي الذي يختص بالفصل في المنازعات الناشئة بين أشخاص القانون الخاص أو عندما تتصرف الهيئات الإدارية وفق أساليب القانون الخاص، والقضاء الإداري الذي يقتصر اختصاصه على الفصل في المنازعات الإدارية التي تنشأ بين الأفراد والسلطات والهيئات الإدارية أو بين الهيئات الإدارية ذاتها، أي أن يكون احد أشخاصها أو كلاهما من أشخاص القانون العام، ويتكون القضاء الإداري من محاكم متخصصة ومتدرجة بحسب أنواع المنازعات وطبيعتها والتي تعد فرنسا مهدياً للنظام المزدوج الذي يطبق في العديد من الدول العربية مثل مصر والعراق⁽¹⁾.

لاشك أن وجود النظام القضائي المزدوج يثير في العراق كما أثار في فرنسا من الناحية العملية الكثير من الصعوبات في تحديد القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص بنظر المنازعات التي تدخل الإدارة طرفاً فيها⁽²⁾، وغالباً تنص الدساتير على تنظيم السلطات في الدولة ورسم حدود اختصاصاتها لتنظيم حقوق وحرريات الأفراد وضمانتها، فهي أما تنظم عمل السلطات بصورة مفصلة بصلب الدستور ولا تترك من التنظيم إلا القليل، أو تنص على أن تنظم من السلطة التشريعية سواء قوانين عادية تصدر من المشرع على أن يلتزم الأخير بالمبادئ والضمانات والحدود التي رسمها

==
وحسم إشكالات التنازع بينها، سلسلة المائدة الحرة، بيت الحكمة، بغداد، 1999، ص 5 وما بعدها.

(1) د. عبد اللطيف نايف عبد اللطيف، مصدر سابق، ص 5.

(2) د. سمير سهل ذنون، النظريات الأساسية في المنازعات الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان،

2009، ص 12

الدستور لتنظيم هذه السلطة والتي تصبح حدوداً أو قيوداً وهي بصدد تنظيم القضاء الإداري، ولعل اخطرها التي تحاول إلغاؤها أو تقليصها إلى أدنى حد⁽¹⁾.

ويقصد بها القيود التي تتعلق بتحسين بعض الأعمال والقرارات الإدارية من الطعن القضائي فيها بإلغاء أو تعويضاً أو الاثنين معاً، ولا يمكن للقضاء الإداري ممارسة الاختصاص العام بالنظر في المنازعة الإدارية الناشئة من القرارات منعاً كلياً أو جزئياً، وهذه الحدود منها ما هو سياسي وما هو قضائي.

أولاً: الحدود السياسية:

وتتمثل الحدود السياسية التي ترد على دور القاضي الإداري في إنشاء وابتكار المبادئ العامة للقانون بما اسماه الفقه بنظرية أعمال السيادة والقضايا المتعلقة بأعمال السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية⁽²⁾ وستناول ذلك في البنود الآتية:

1- نظرية أعمال السيادة:

طائفة من أعمال السلطة التنفيذية تتمتع بحصانه ضد رقابة القضاء بجميع صورها وتكون بمنجاة من أي رقابة له سواء رقابة الإلغاء أو التعويض، وبالتالي لا يمكن أن تكون محلاً للطعن بها أمام القضاء، سواء كانت بالظروف العادية أم الاستثنائية مما يعني استثنائها من الخضوع لرقابة القضاء الإداري⁽³⁾.

(1) عبد الناصر علي عثمان، استقلال القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 18 وما بعدها.

(2) عادل حسين شبع، القيود الواردة على اختصاص القضاء الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2005، ص 7.

(3) د. فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 105.

ويقر القضاء ويجمع الفقه أن نظرية أعمال السيادة، هي نظرية واقعية وليدة السياسة القضائية لمجلس الدولة الفرنسي، بمعنى إن مجلس الدولة الفرنسي أول من أنشأها وقرر أحكامها وأرسى قواعدها وإن الفقه ساهم بنصيب باستخلاص مبادئها وقواعدها وتحديد نظامها.

فنظرية أعمال السيادة في فرنسا نظرية قضائية، وبها تكتسب بعض أعمال السلطة التنفيذية حصانة من الرقابة القضائية بحيث تخرج عن نطاق رقابة قاضي المشروعية، وتتصف أعمال السيادة بصفات معينة تتمتع من خلالها بحصانة لا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً لدعوى قضائية وبالتالي تخرج عن ولاية القضاء العادي والإداري على الرغم من تمتعها بنفس خصائص القرارات الإدارية الأخرى التي تخضع لرقابة القضاء، ويؤدي ذلك أن الأفراد لا يملكون دفع الضرر الذي لحق بهم جراء أعمال السيادة لا بطريق الإلغاء ولا التعويض وهذا العمل غلبت عليه الصبغة السياسية على الصبغة القانونية وهذه الأعمال تمثل برأي أغلبية الفقه من أخطر امتيازات الإدارة على الإطلاق لعدم خضوعها لقواعد المشروعية وأصبح للسلطة التنفيذية إصدار القرارات الإدارية بحرية مطلقة وأن هذه الأعمال سلاحاً تتسلح به السلطة الأخيرة كلما أرادت التحرر من قواعد المشروعية فهي نظرية قضائية من تقرير وإنشاء مجلس الدولة الفرنسي⁽¹⁾، واستقرت نظرية أعمال السيادة في فرنسا بنص المادة (26) من قانون (24) حزيران لسنة 1872 المنظم لمجلس الدولة التي اعتبرها البعض النص القانوني الوحيد الذي تسند إليه النظرية في النصوص التشريعية، الخاص بمحكمة التنازع وبمجلس

(1) د. رائد المالكي، الوجيز في القضاء الإداري، مبادئ وأحكام القضاء الإداري وتطبيقاتها في العراق، ط1، دار إحياء التراث العربي، بغداد، 2014، ص69.

الدولة التي نصت انه (للوزراء الحق في أن يرفعوا إلى محكمة تنازع الاختصاص القضائي المقدمة إلى القسم القضائي في مجلس الدولة والتي لا تختص بنظرها المحاكم الإدارية)⁽¹⁾. أما في مصر أولى المشرع اهتماماً بأعمال السيادة ، وحظر على المحاكم النظر في المنازعات التي تكون من أعمال السيادة، دون أن يضع تحديداً لها تاركاً ذلك للقضاء فنص بالمادة (190) من الدستور المصري لسنة 2014 الذي منه (مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية والدعاوى والطعون التأديبية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بأحكامه) الذي جعل القضاء الإداري في مصر صاحب الاختصاص الأصلي في المنازعات الإدارية ونص في المادة (97) منه (التقاضي حق مصون ومكفول للكافة، ولكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا، ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء).

إلا إن أعمال السيادة استبعدت من رقابة القضاء في مصر، فالقرارات التي تصدر عن رئيس الدولة أو مجلس الوزراء في مزاولتهم لاختصاصاتهم الدستورية تجاه البرلمان تخرج عن رقابة مجلس الدولة وتعد من أعمال السيادة التي نص عليها بالمادة (11) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 المعدل التي منح القضاء كامل الحرية في تحديد أعمال السيادة التي نصت (لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة) كما نصت المادة (17) من قانون السلطة القضائية رقم (46) لسنة 1972 المعدل على تحقيق أعمال السيادة التي نصت (ليس للمحاكم أن تنظر

(1) فواز خلف ظاهر محسن، استقلال القضاء الإداري في العراق (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تكريت، 2016 ص 43.

بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة) وان خروج أعمال السيادة من رقابة القضاء الإداري ليس محل اتفاق في الفقه، وانتقد المشرع المصري بتحسين أعمال السيادة بالنصوص القانونية المشار إليها آنفاً، التي أكتفي بالنص على مبدأ منع القضاء في النظر بأعمال السيادة دون تحديد أو وصف لها وترك ذلك للقضاء⁽¹⁾.

أما في العراق فإن نظرية أعمال السيادة مصدرها التشريع، فقد ورد النص على منع القضاء من النظر في أعمال السيادة في المادة (10) من قانون السلطة القضائية رقم (160) لسنة 1979⁽²⁾ ثم تأكد النص قبل التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل⁽³⁾.

وبعد تغيير النظام السياسي في العراق سنة 2003 وصدور دستور العراق لسنة 2005 النافذ عزف المشرع العراقي عن تبني نظرية أعمال السيادة بموجب المادة (100) منه التي نصت انه (يحظر النص في القوانين على تحصيل أي عمل أو قرار أداري من الطعن) إذ يمكن الطعن أمام القضاء العادي أو الإداري بجميع القرارات الصادرة من السلطة التنفيذية أو التشريعية وعدم تحصيل أي عمل أو قرار أداري من الطعن أمامه، وبهذا يعد كل تشريع يمنع المحاكم من النظر في قائمة من أعمال الإدارة أو قراراتها

(1) محمود عبد علي الزبيدي، النظام القانوني لانقضاء الدعوى الإدارية دون الحكم بالموضوع (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، 2015، ص 24.

(2) انظر: المادة (10) من قانون السلطة القضائية رقم (160) لسنة 1979 المعدل (لا ينظر القضاء في كل ما يعتبر من أعمال السيادة).

(3) ينظر: المادة (7/ الفقرة خامساً) من قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل التي نصت (لا تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما يأتي: 1- أعمال السيادة وتعتبر من أعمال السيادة المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية).

مخالفة للدستور ويمكن الطعن بها أمام المحكمة الاتحادية العليا بدعوى عدم الدستورية⁽¹⁾.

وكذلك اصدر المشرع العراقي قانون إلغاء النصوص القانونية التي تمنع المحاكم من سماع الدعاوى رقم (17) لسنة 2005 إذ نص في المادة (الأولى) منه (تلغى النصوص القانونية أينما وردت في القوانين والقرارات الصادرة من مجلس قيادة الثورة (المنحل) اعتباراً من 1968 /7 /17 ولغاية 2003 /3 /4 التي تقضي بمنع المحاكم من سماع الدعاوى الناشئة عن تطبيق القوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل) الذي عدل بموجب القانون رقم (3) لسنة 2015 المتضمن إلغاء الاستثناءات الواردة بالقانون المذكور انفاً وبأثر رجعي وهذا ما جعل المشرع لا يذكر هذه الأعمال في قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (17) لسنة 2013 في نصوص تمنع الرقابة القضائية عليها⁽²⁾.

في حين نجد إن المشرع في إقليم كردستان قام باستبعاد المنازعات المتعلقة بأعمال السيادة من اختصاص القضاء الإداري في المادة (16) من قانون مجلس شورى الإقليم

(1) د. غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري، ط3، مكتبة دار السلام القانونية، النجف الأشرف، العراق، 2017، ص85-86.

(2) انظر: المادة (3) من قانون رقم 17 لسنة 2005 المعدل التي نصت على انه (تستثنى المحاكم من سماع الدعاوى قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ووزارة التربية وقانون الضرائب وقرارات التجاوز على أراضي الدولة من الرقابة القضائية) المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (4011) في 2005 /12 /22، إلا إن المشرع بموجب القانون رقم (3) لسنة 2015 التعديل الأول للقانون أعلاه عدل عن ذلك وألغى الاستثناء بأثر رجعي، المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (4354) في 2015 /3 /2.

رقم (14) لسنة 2008⁽¹⁾، وهذا يعد قانون غير دستوري لمخالفته الصريحة للمادة (100) وبدلالة المادة (13/ ثانياً) من دستور جمهورية العراق⁽²⁾.

نجد حسناً فعل المشرع العراقي بعدم إخراج أعمال السيادة من رقابة القضاء الإداري في ظل دستور 2005 ليوفر ضماناً للحقوق وحرية الأفراد وتعزيز استقلال القضاء الإداري تجاه السلطة التنفيذية واحترام مبدأ المشروعية عكس موقف المشرعين الفرنسي والمصري والتي مازالت أعمال السيادة تخضع لرقابة القضاء إلغاءً وتعويضاً وهذه الأعمال تعد قيود فعلية تحد من اختصاص القضاء الإداري في ممارسة الرقابة على القرارات الإدارية كافة.

2- القضايا المتعلقة بأعمال السلطة التشريعية:

هي القضايا التي يمكن أن تنشأ بسبب النشاط التشريعي سواء أكان قانوناً أم عملاً برلمانياً، وسواء أكان هذا القانون قواعد عامة أم خاصة بحالة أو حالات معينة بالذات وبالتالي لا تخضع لرقابة القضاء الإداري كقانون الموازنة الذي لا يعد قانوناً إلا من حيث الشكل ولكنه من حيث الموضوع عملاً إدارياً أو التأخير في مناقشة مشروع قانون أو الخطأ الذي يمكن أن يحصل في احتساب أصوات النواب أثناء التصويت على

(1) انظر: المادة (16/ أولاً) من قانون مجلس شورى إقليم كردستان العراق رقم (14) لسنة 2008 التي نصت على انه (لا تختص محكمة القضاء الإداري في الطعون المتعلقة فيما يأتي أولاً أعمال السيادة وتعتبر من أعمال السيادة صلاحيات رئيس الإقليم المنصوص عليها في المادة (العاشرة) من قانون رئاسة الإقليم رقم (1) لسنة 2005).

(2) انظر: المادة (13/ ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 النافذ التي نصت على انه (لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الإقليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه).

مشروع قانون باستثناء القرارات الصادرة من البرلمان التي تمس الموظفين الإداريين بمراكزهم القانونية تعد أعمال إدارية عادية تخضع لرقابة مجلس الدولة من حيث الإلغاء والتعويض⁽¹⁾.

كذلك منح المشرع العراقي بالفقرة (ثانياً) من المادة (4) من القانون رقم (30) لسنة 2005 المحكمة الاتحادية العليا صلاحية النظر بدستورية القرارات والأوامر الصادرة من أي جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض مع أحكام الدستور⁽²⁾.

وفيما يتعلق بموقف المشرع الفرنسي فهو يمنع القضاء الإداري عن الفصل بالأعمال الصادرة من البرلمان والتي تكون على شكل قانون، فهو يرفض التصدي لتخصص دستورية القوانين ويحكم بعدم اختصاصه بنظرها كالطعون المقامة ضد الإجراءات التمهيدية للاستفسار على قانون بداعي إن القانون سبق وان حصلت الموافقة عليه بالاستفتاء، وقد ساير القضاء الإداري في مصر ذات الاتجاه في فرنسا بعدم اختصاصه بإلغاء القوانين وان كانت مخالفة للدستور، وان مجلس الدولة في العراق لا ينظر في دستورية القوانين وتعد من اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا المشكلة بموجب المادة (92) من دستور 2005 بدلالة المادة (93/أولاً) من الدستور التي نصت انه تخصص المحكمة بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة⁽³⁾.

(1) د. سمير سهيل ذنون، مصدر سابق، ص 399.

(2) انظر: الفقرة (ثانياً) من المادة (4) من قانون المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم (30) لسنة 2005.

(3) د. عصمت عبد المجيد بكر، معضلة القيود على اختصاصات القضاء الإداري (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جيهان اربيل العلمية، العدد 1، المجلد 1، 2017 ص 25.

وتمتلك السلطة التشريعية العديد من الوسائل التي من خلالها يمكن إن تؤثر على استقلال القضاء الإداري والتي تؤدي إلى سلب اختصاص أصيل ممنوح للقضاء والفصل فيها وكأنها جهة قضائية ومن بين تلك المواضيع قيام السلطة التشريعية بالفصل في صحة أعضاء المجالس النيابية، ففي فرنسا منح اختصاص الفصل في صحة عضوية أعضاء السلطة التشريعية للمجلس الدستوري بالمادة (59) من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسي لسنة 1958 المعدل ، وفي مصر فأن المادة (211) من دستور 2012 أوكل مهمة الفصل في صحة العضوية لأعضاء مجلس السلطة التشريعية إلى القضاء الإداري من خلال المحكمة الادارية العليا، أما دستور 2014 النافذ بالمادة (107) فقد أوكل مهمة الفصل في صحة عضوية أعضاء مجلس الشعب إلى محكمة النقض، وفي العراق فأن دستور 2005 بالمادة (25/ أولاً) أسند مهمة الفصل في صحة العضوية إلى مجلس النواب ذاته⁽¹⁾، ونرى أن المشرع العراقي لم يكن موفقاً وكان الأفضل إسناد مهمة الفصل بصحة العضوية لأعضاء البرلمان للقضاء كونه من صميم اختصاصات القضاء ومن واجبه حسم المنازعات لما يتمتع به من حياد واستقلالية ويساهم في تحقيق العدالة بين جميع الأعضاء في المجالس والمكونات وخاصة من الأحزاب ذات الأغلبية في البرلمان.

3- القضايا المتعلقة بأعمال السلطة التنفيذية:

يستثنى من اختصاص القضاء الإداري المنازعات المتعلقة بأعمال السلطة الإدارية

وهي:

(1) انظر المادة (25/ أولاً) من دستور العراق لسنة 2005 التي نصت (بيت مجلس النواب في صحة عضوية أعضائه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيل الاعتراض بأغلبية ثلثي أعضائه).

(أ) السلطة التقديرية للإدارة:

ويقصد عدم فرض سلوك معين تلزمه الإدارة في تصرفاتها، وهي تمارس اختصاصاتها القانونية ولا تستطيع الخروج عليه، بل إعطاء الإدارة قدر من حرية التقدير لاتخاذ القرار أو عدم اتخاذه وكذلك تقدير ملائمة التصرف واختيار الوقت المناسب لذلك⁽¹⁾، كما عرفها احد الفقهاء حرية الإدارة في اتخاذ التصرف أو في الامتناع عنه وحررة في اختيار الوقت الذي تراه مناسباً للتصرف⁽²⁾.

ويراقب القضاء الإداري ما يصدر من الإدارة من قرارات إدارية مختلفة الأوجه ليتأكد من تنفيذ الإدارة لكل ما يتطلب القانون من أحكام وشروط لان رقابة القضاء الإداري تنصب على المشروعية كقاعدة عامة، والسلطة التي يمنحها المشرع للإدارة أما سلطة مقيدة فيكون دور الإدارة مقيداً بالتنفيذ الآلي للقانون كسلطة ترفيع الموظفين حسب قانون الخدمة المدنية أو منح الإجازات المرضية للموظفين أو تكون سلطة تقديرية عندما تترك للإدارة حرية في أداء أعمالها أو أن يكون لها سلطة في اتخاذ التصرف أو عدم اتخاذه أو اختيار الوقت والسبب الملائم في تحديد محلة⁽³⁾.

والأساس القانوني لهذه السلطة أما وجود نص صريح في القانون أو الأنظمة والتعليمات أو ضمنى من خلال انتفاء القواعد القانونية التي تحدد اختصاص الإدارة في ممارسة عملها الإداري ومن خلال ذلك يتم رسم حدود ما تتمتع به الإدارة من

(1) د. سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص59.

(2) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص135.

(3) القاضي د. يعقوب يوسف الحمادي، القضاء ومراقبة السلطة التقديرية للإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2012، ص40 وما بعدها.

سلطة تقديرية مثل قبول استقالة موظف أو منح الأوسمة أو كتب الشكر والتقدير⁽¹⁾.
أن السلطة التقديرية استثناء لمبدأ المشروعية، وهي سلطة خطيرة حين تسيء الإدارة استعمالها وتؤثر على الحقوق والحريات للإفراد والمراكز القانونية، وعند ممارسة الإدارة للسلطة التقديرية لا يعني تحريرها من قيود القانون ورقابة القضاء ويتجاوز حدود المشروعية بل أن الإدارة ملزمة باحترام أوجه المشروعية المختلفة وموافقة قراراتها للقانون أيًا كان مصدرها حتى القواعد القضائية أضف لذلك أنها مقيدة بمراعاة المصلحة العامة وملزمة باتباع قواعد الاختصاص والشكل المحدد بالقانون وتكون رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة في حالة السلطة التقديرية رقابة على المشروعية من دون التدخل في الجانب التقديري للإدارة الذي يدخل في نطاق الملائمة لان تدخل القضاء الإداري في مثل هكذا حالات يعد خروج على مبدأ الفصل بين السلطات باستثناء بعض الحالات الخاصة بأعمال الضبط الإداري كقرار فرض حظر التجوال والإجراءات التأديبية الصادرة بحق الموظفين إذ تمارس محكمة قضاء الإداري رقابة ملائمة على أعمال الإدارة بين العقوبة المفروضة وجسامة المخالفة المرتكبة⁽²⁾.

وكذلك القضاء اخذ يتدخل فيراقب مدى تناسب العقوبة الانضباطية للمخالفة المرتكبة ونلاحظ أنها قد عدلت عن قضائها السابق في إحكامها الحديثة وامتدت على إخضاع جميع تصرفات الإدارة المقيدة والتقديرية إلى رقابة القضاء وأبطال القرارات

(1) د. رائد المالكي، مصدر سابق، ص 39-40.

(2) د. سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2014، ص 111.

المخالفة لمبدأ المشروعية انشاء مبادئ قانونية تخص السلطة التقديرية للإدارة⁽¹⁾.

(ب) نظرية الظروف الاستثنائية:

قد تواجه حياة الدول أخطار وأزمات التي تهدد وجودها وكيانها فتحتاج السلطة التنفيذية إلى صلاحيات جديدة تعارض مصلحة احترام القانون للقيام بواجباتها في الحفاظ على كيان الدولة، ولتحقيق الموازنة بين المصالح ابتدع الفكر القانوني نظرية الظروف الاستثنائية وهي نظرية قضائية تعد كقيد على المشروعية، وان المصدر الحقيقي لهذه النظرية هو قضاء مجلس الدولة الفرنسي خلال الحرب العالمية الأولى، وتمثل هذه النظرية خروجاً على مبدأ المشروعية وتتفق اغلب الدساتير على ان نظرية الظروف الاستثنائية تجد أساسها في دساتير وتشريعات الدول ففي فرنسا اصبحت المادة (16) من دستور فرنسا لسنة 1958 من اشهر التشريعات الخاصة بالظروف الاستثنائية⁽²⁾، كذلك تجد سند في دستور 2014 النافذ نصت المادة (154) منه لرئيس الجمهورية

(1) انظر: قرار الهيئة العامة في مجلس الدولة العراقي سابقاً رقم (241/انضباطية/تميز/2006) بتاريخ 2006/2/6 الذي نص (السلطة التقديرية ليست مطلقة وتخضع لرقابة القضاء الإداري للتأكد من خلو القرارات من التعسف باستعمال السلطة)، وقرار المحكمة الإدارية العليا في العراق المرقم (703/قضاء موظفين -تميز/2015) في 2017/4/6 الذي نص (لا يجوز لمحكمة قضاء الموظفين تصديق العقوبة لأنها لا تتناسب مع مخالفة الموظف) منشور.

(2) انظر: المادة (16) من دستور فرنسا 1958 المعدل التي نصت على انه (إذا أصبحت أنظمة الجمهورية واستقلال الوطن أو سلامة أراضيه أو تنفيذ تعهداته الدولية مهددة بخطر جسيم وحال نشأ عن ذلك انقطاع السلطات العامة الدستورية عن مباشرة مهامها كالمعتاد يتخذ رئيس الجمهورية الإجراءات التي تقتضيها الظروف بعد تشاور مع الوزير الأول ورؤساء المجالس والمجلس الدستوري بصفة رسمية).

إصدار قرارات لها قوة القانون في حالة الضرورة⁽¹⁾.

أما في العراق فقد نص البند (تاسعاً) من المادة (61) من دستور العراق لسنة 2005 النافذ على حالة الطوارئ وعلى أساس ذلك فالمرجع العراقي أشرك السلطتين التشريعية والتنفيذية في تنظيم إعلان حالة الطوارئ مع حصر الموافقة النهائية بيد مجلس النواب ولم يبين مسوغات إعلان حالة الطوارئ في العراق⁽²⁾، ونجد ان المرشح الفرنسي المنظم لهذه النظرية قيدها بشروط حتى لا تصبح وسيلة بيد السلطة التنفيذية لتحقيق مصالح شخصية وهي وقوع الظروف الاستثنائية واستحالة مواجهة الظروف الاستثنائية باتباع أحكام القواعد القانونية المعمول بها وان يكون الهدف من النظام القانوني الاستثنائي تحقيق المصلحة العامة، وتحديد مدة زمنية لتطبيق النظرية حسب الظروف الطارئة⁽³⁾.

فالحكومة في ظل الظروف الاستثنائية يمكن أن تصدر لوائح تشريعية (لوائح

(1) انظر: المادة (154) من الدستور المصري 2014 التي نصت (يعلم رئيس الجمهورية بعد اخذ رأي مجلس الوزراء حالة الطوارئ على النحو الذي ينظمه القانون ويجب عرض الإعلان على مجلس النواب خلال سبعة أيام التالية ليقرر ما يراه بشأنه..)

(2) انظر: البند (تاسعاً) من المادة (61) من دستور جمهورية العراق 2005 التي نصت على انه (أ- الموافقة على إعلان الحرب وحالة الطوارئ بأغلبية الثلثين بناء على طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ب - تعلن حالة الطوارئ لمدة ثلاثين يوماً قابلة للتمديد وبموافقة عليها في كل مرة ج - يحول رئيس مجلس الوزراء الصلاحيات اللازمة التي تمكنه من إدارة شؤون البلاد في أثناء مدة إعلان الحرب وحالة الطوارئ وتنظم هذه الصلاحيات بقانون بما لا يتعارض مع الدستور...).

(3) د. علي نجيب حمزة، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017، ص218.

ضرورة) توقف أو تعدل أو تلغي قوانين نافذة وتستند إلى الضرورة مخالفة بذلك القواعد التي حددها الدستور وخارجة على الشرعية، ويشترط شرط جوهري هو مصادقة البرلمان ويعد هذا الشرط الأساس للكشف عن نية الحكومة بأنها لجأت إلى إصدار اللوائح تحت ضغط الضرورة لتواجه الظروف الاستثنائية الموجودة في البلاد، وتعد هذه قرارات إدارية صادرة عن السلطة التنفيذية التي أجازها البرلمان لأسباب موضوعية أهمها أولاً: مسؤولية الإدارة في الحفاظ على النظام العام وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد سواء في الظروف العادية أو الغير العادية، ثانياً: مسؤولية الإدارة في الحفاظ على أمن الدولة وسلامته⁽¹⁾.

وان مجلس الدولة الفرنسي اخذ يطور قضائه فلا يشترط لتحقيق نظرية الظروف الاستثنائية وجود أزمة عامة أو فترة حرجة بل حتى إذا كانت الدولة تواجه حالة غير عادية من شأنها أن تهدد مرفق عام يؤدي خدمة عامة مكلفة بها الإدارة، فلذلك يعد القضاء المصدر الحقيقي لهذه النظرية فيعمل على استبدال المشروعية العادية بأحكام المشروعية الاستثنائية التي ترتب عليها وضع سلطة واسعة في يد رئيس الجمهورية الذي يصبح فيه الفصل بين السلطات غير وارد إلا أنها اشترطت لتوفرها شروط وجود خطر جسيم وان يكون الخطر حالاً⁽²⁾.

فقضى مجلس الدولة الفرنسي بمشروعية ممارسة مواطن عادي ليست له صفه الموظف العمومي مهام الوظيفة العامة فيقوم بممارسة الوظائف الممنوحة للموظف

(1) عادل حسين شبع، مصدر سابق، ص 212.

(2) م. أمير حسن جاسم، نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد 8، المجلد 14، 2007، ص 240 وما بعدها.

الأصيل خلافاً لقواعد الاختصاص المقررة في الظروف الاعتيادية لتسيير المرافق العامة بانتظام وحماية النظام العام وتسمى (نظرية الموظف الفعلي) على الرغم من إن عمل الموظف يعد اغتصاب للسلطة⁽¹⁾ مثال ذلك في حكم قضية (courrent) الصادرة في 1941/7/5⁽²⁾، كما اقر مجلس الدولة الفرنسي في قضية (laugler) الصادرة في 1948/4/16 بصحة مشروعية منشور لائحي صادر من إدارة الحرب في الحكومة الفرنسية المؤقتة رغم انه من اختصاص المشرع العادي (البرلمان) في الظروف العادية⁽³⁾.

ولم يصدر المشرع العراقي قانون ينظم صلاحيات رئيس مجلس الوزراء أثناء الظروف الاستثنائية استناداً للمادة (61) المذكورة آنفاً وهذا يعني إن أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (1) لسنة 2004 المنظم لحالات الطوارئ والحروب الذي انشأ بموجب قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 لازال ساري المفعول الذي منح سلطات واسعة للسلطة التنفيذية⁽⁴⁾، وي مارس القضاء الإداري رقابة ملائمة على

(1) د. ماهر صالح الجبوري، مبادئ القانون الإداري، كلية القانون، جامعة بغداد، 1996 ص 174-175.

(2) حكم مجلس الدولة الفرنسي لسنة 1941 القاضي (بمشروعية القرار الصادر في قيام احد مديري الأقاليم بإيقاف احد العمد عن العمل من دون مراعاة الإجراءات والشكليات القانونية المنصوص عليها قانوناً بشأن التأديب والتي تضمن حق الدفاع التي قررها قانون الإدارة المحلية) نقلاً عن عادل حسين شيع، مصدر سابق، ص 220.

(3) نقلاً عن د. إبراهيم عبد العزيز شبيحا، مصدر سابق، ص 137.

(4) انظر: المادة (1) من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (1) لسنة 2004 التي نصت على انه (نظراً للظروف الأمنية الخطيرة والتداعيات العصبية التي ما برحت تعصف بالعراق في هذه المرحلة

القرارات الإدارية التي تصدر في الظروف الاستثنائية، فتنصب رقابة القضاء الإداري بالدرجة الأولى على عنصر السبب وعنصر الغاية للتحقق من وجود الظروف الاستثنائية الذي يبرر الخروج على قواعد المشروعية والتأكد من صحة الواقعة التي دفعت الإدارة إلى استخدامها ليتحقق من قيام الحالة الواقعية التي دعت إلى تطبيق نظرية الضرورة وكانت السبب بالخروج على قواعد المشروعية العادية ويجب أن يكون الهدف أو الغاية منه تحقيق المصلحة العامة فقط والتناسب بين الإجراءات المتخذة مع الظروف التي واجهتها وللقضاء الحكم بالإلغاء والتعويض، وقد جرى تطبيق حالة الطوارئ في العراق⁽¹⁾.

ثانياً: الحدود القضائية:

إن الدستور في الدول المعاصرة هو الذي يحدد اختصاصات السلطات الثلاث في الدولة ويقوم بتثبيت المسائل العامة ويترك التفاصيل للسلطة التشريعية التي تنظم المسائل التي نص عليها الدستور، ومن تلك المسائل التي يتولاها المشرع بالتنظيم هو القضاء فعن طريق التشريع البرلماني يجعله قادراً على مباشرة المهام المنوط به وقد نص

==

وضرورة التصدي الحازم للإرهابيين والعابثين بالقانون، وانطلاقاً من التزام الحكومة المؤقتة بحماية حق المواطن في الحياة الحرة الكريمة وضمان حقوقه السياسية والمدنية والالتزام بتهيئة الأجواء الأمنية المناسبة لإجراء انتخابات حرة ديمقراطية كما يمليه قانون إدارة الدولة للفترة الانتقالية، وتدعيماً لسيادة دولة القانون وللاستقلالية القضاء وفاعليته ورقابته، ومنعاً للتعسف في استخدام القوة في الظروف الاستثنائية ولغير ذلك من الأسباب المعروفة أصدرنا هذا الأمر).

(1) استناداً إلى قانون أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (1) لسنة 2004، اصدر رئيس الوزراء د. أياد هاشم علاوي بيان رقم صادر استناداً إلى المادة (1) من القانون المذكور بتاريخ 7/ 11/ 2004 الذي طبق قانون الطوارئ على مدينتي الفلوجة والرمادي؛ د. رائد المالكي، مصدر سابق، ص 66.

على هذا المبدأ بالمادة (34) من الدستور الفرنسي لسنة 1958⁽¹⁾، والدستور المصري نص على اختصاص السلطة التشريعية في تنظيم القضاء بالمادة (184) لسنة 2014 نص على اختصاص السلطة التشريعية بتنظيم القضاء⁽²⁾، وقد سائرهم بذات الاتجاه المشرع العراقي بالمادة (89) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 التي تضمنت إن أعمال تنظيم تعيين القضاة وانتدابهم وترقيتهم وإنشاء الجهات القضائية من اختصاصات السلطة التشريعية وكذلك تضمنت المادة (96) منه على انه (ينظم القانون تكوين المحاكم وأنواعها ودرجاتها...)، ونص دستور 2005 على قيام السلطة التشريعية بتنظيم القضاء الإداري في المادة (101) التي نصت (يجوز بقانون إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصيغة وتمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة أمام جهات القضاء، إلا ما استثني منها بقانون)⁽³⁾.

بالإضافة إلى ذلك يقوم المشرع بتحديد موضوعات اختصاصات محاكم القضاء الإداري فيختص مجلس الدولة الفرنسي في المنازعات الإدارية كافة⁽⁴⁾، وقد أخذ المشرع

(1) انظر: المادة (34) من الباب الخامس لدستور فرنسا 1958 المعدل التي نصت (تحديد القانون القواعد المتعلقة بما يلي.. تحديد الجنايات والجنح وكذلك العقوبات المقررة بشأنها الإجراءات الجزائية والعقود وإنشاء الهيئات القضائية الجديدة والقانون الأساسي لأفراد السلطة القضائية)

(2) انظر: المادة (184) من دستور 2014 المصري النافذ التي نصت (السلطة القضائية مستقلة تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر احكامها وفقاً للقانون وبيين القانون صلاحياتها والتدخل في شؤون العدالة أو القضايا جريمة لا تسقط بالتقادم).

(3) بموجب القانون رقم (71) لسنة 2017 أصبح مجلس الدولة العراقي هيئة مستقلة.

(4) بمقتضى المرسوم رقم (30/ سبتمبر/ أيلول/ 1953) أصبح لمجلس الدولة الفرنسي ولاية النظر بالمنازعات الإدارية كافة.

المصري في تحديد اختصاص محاكم القضاء الإداري بطريقة التعداد على سبيل الحصر، ثم اخذ يوسع من صلاحيات القضاء الإداري ولحين صدور القانون رقم (47) لسنة 1972 الذي جعل فيه اختصاص القضاء الإداري شاملاً لسائر المنازعات الإدارية، أما في العراق فأن المشرع حدد اختصاصات محاكم القضاء الإداري على سبيل الحصر وهي هيئة مستحدثة بالقانون رقم (106) لسنة 1989 قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 وتم تعديله بعدة قوانين كان آخرها القانون رقم (17) لسنة 2013، وتخرج عن اختصاص القضاء الإداري إلغاءً وتعويضاً عدد من المنازعات القضائية بحجة عدم المساس بسيادة الدولة واستقلالها عن الحكومة وضمان سير العدالة⁽¹⁾ لذا سنتناولها كالآتي:

1- القضايا المتعلقة بالسلطة القضائية:

لا يختص القضاء الإداري بالنظر في جميع أعمال السلطة القضائية للمحاكم العادية والتي يمكن تقسيمها بالإعمال المتعلقة بتنظيم مرفق القضاء وسير مرفق القضاء، فالقرارات الإدارية المتعلقة بتنظيم مرفق القضاء كإنشاء المحاكم وتنظيمها وتعيين القضاة وطريقة اختيار القضاة ونقلهم وتحديد رواتبهم وإحالتهم إلى التقاعد فتعد قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري، أما الأعمال المتعلقة بسير القضاء كتسجيل قيد الدعوى والأعمال الإدارية كالأمر بفرض الحراسة أو وضع الأختام والإجراءات

(1) انظر: البند (رابعاً) من المادة (7) من التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم 17 لسنة 2013 التي نصت (تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في صحة الأوامر والقرارات الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام... التي لم يعين مرجع للطعن فيها).

التي يسبق صدور الحكم والأوامر الولائية أو الأعمال الضبطية كالقبض والحجز فهذه تخرج عن ولاية القضاء الإداري وتدخل في ولاية القضاء العادي في فرنسا⁽¹⁾. أما قانون مجلس الدولة المصري فقد نص صراحة بعدم اختصاصه بالنظر بالمنازعات في أعمال السلطة القضائية سواء الأعمال الفنية أو الأعمال الصادرة عن النيابة العامة في مجال سلطة الضبط بصفقتها سلطة قضائية المخول لهم بالقانون إلغاء أو تعويضاً⁽²⁾، وفي العراق فأن قانون التنظيم القضائي رقم (106) لسنة 1979 المعدل نظم أمور الخدمة للقضاة وقد نصت المادة (34) منه على تأليف لجنة شؤون القضاة من ثلاث قضاة يتم اختيارهم من مجلس القضاء الأعلى من بين القضاة تختص بالنظر في الدعاوي والحقوق الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون وتكون قرارات اللجنة قابلة للطعن أمام الهيئة العامة الموسعة لمحكمة التمييز واخرج القضايا المتعلقة بالسلطة القضائية التي تشمل الأعمال التمهيديّة السابقة قبل الفصل في موضوع النزاع في المحاكم الأخرى من ولاية القضاء الإداري ولا يجوز أن ينظر فيها إلغاءً أو تعويضاً⁽³⁾.

2- القضايا المتعلقة بالعقود الإدارية:

ويقصد بالعقد الإداري العقد الذي تبرمه الإدارة بقصد إنشاء أو تنظيم أو تسيير مرفق عام وتطبق فيه الإدارة أحكام القانون العام فليس كل ما تبرمه الإدارة مع الأشخاص الطبيعية أو المعنوية يطلق عليه (عقد إداري)، بل هناك شروط يجب توافرها في

(1) د. سمير سهيل ذنون، مصدر سابق، ص 400.

(2) د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة الفرنسي، منشورات مطابع السعدني، القاهرة، 2007، ص 395 وما بعدها.

(3) د. عصمت عبد المجيد بكر، القضاء الإداري بين التقييد والإطلاق، مصدر سابق، ص 28.

العقود الإدارية هي أن يكون أحد طرفي العقد الجهة الإدارية وموضوع العقد يتعلق بتسيير مرفق عام، وأن يتضمن العقد بنود خارجة عن المؤلف في القانون الخاص، أي تلك التي لا يستطيع الأفراد أن يضمونها في عقودهم⁽¹⁾ وتتبنى أغلب الدول نظام القضاء الإداري بإيكال مهمة الفصل في منازعات العقود الإدارية إلى القضاء الإداري دون القضاء المدني كما هو الحال في فرنسا ومصر⁽²⁾، أما في العراق أخرج المشرع جميع منازعات العقود الإدارية من ولاية القضاء الإداري إلى ولاية القضاء العادي متمثلاً (بمحكمة البداية)⁽³⁾، حيث لم ينص بصريح العبارة في قانون التعديل الثاني رقم (106) لسنة 1989 لقانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل ولا في قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (17) لسنة 2013 على هذا الاختصاص ضمن اختصاصات محكمة القضاء الإداري، إذ أبقى المشرع هذا الاختصاص بعيداً عن القضاء⁽⁴⁾.

إلا أن العقد يمر بعدة مراحل وفي كل مرحلة تصدر قرارات إدارية مرحلة أبرام العقد ومرحلة تنفيذه فإذا كانت هذه القرارات قابلة للانفصال ينظر بها أمام مجلس الدولة بالإلغاء ويطعن بالعقد الإداري بصورة كاملة أمام المحاكم المدنية⁽⁵⁾.

(1) فاروق احمد خماس ومحمد عبدا لله الدليمي، الوجيزة في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1992، ص52.

(2) انظر المرسوم رقم (30/ سبتمبر/ أيلول/ 1953)، والمادة (العاشرة) من قانون مجلس الدولة المصري النافذ رقم (47) لسنة 1972 المعدل التي نصت (تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل بالمسائل الآتية... المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الإشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد آخر).

(3) انظر: المادة (3) من قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (160) لسنة 1979 المعدل.

(4) انظر: البند (د/ ثانياً) من المادة (7) من التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (13) لسنة 2017.

(5) انظر: البند (د/ ثانياً) من المادة (سابعاً) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل،

وبعد سنة 2004 صدر أمر سلطة الائتلاف المنحلة رقم (87) الخاص بالعقود العامة إذ أشار في القسم (12) منه بتسوية المنازعات وتشكيل محكمة إدارية متخصصة تنظر في بعض منازعات العقود الإدارية، إلا إن هذه المحكمة شكلت بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) في سنة 2008 من وزير التخطيط⁽¹⁾، وبعد صدور القانون رقم 18 لسنة 3013 قانون التعديل الأول لأمر سلطة الائتلاف بشأن العقود العامة تم إلغاء المحكمة الإدارية وأعاد إلى القضاء العادي بموجب المادة (2) منه النظر في المنازعات التي كانت تتولاها المحكمة الإدارية⁽²⁾.

ونجد إن المشرع العراقي لم يجعل القضاء الإداري مختصاً بنظر العقود الادارية، إلا أن القضاء الإداري اتجه للنظر ببعض منازعات العقود الادارية واختط لنفسه طريقاً سكت عنه المشرع وكان موفقاً في ذلك عندما أبقى على بعض من منازعات العقود الإدارية ضمن اختصاصه كالعقود التي تخص الطلبة والأساتذة التي ترمها الإدارة استناداً لقانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم (40) لسنة 1988 المعدل وانشأ مبادئ قانونية بخصوصها، كما يتضح لنا إن إخراج منازعات العقود الإدارية من اختصاص القضاء الإداري هو إضعاف لدور القضاء الإداري وتجاوز على صلاحياته واختصاصاته ونأمل من المشرع العراقي أن يجعل القضاء الإداري هو جهة الاختصاص الوحيدة بنظر المنازعات العقود الإدارية كاملاً لأهميتها في مجال الاختصاص العام للقضاء الإداري.

==
م.نسرين جابر هادي، القضاء الاداري المستعجل، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة 2017، ص 95.

(1) منشور في الوقائع العراقية بالعدد (4075) في 19 / 5 / 2008.

(2) منشور في الوقائع العراقية بالعدد (4283) في 29 / 7 / 2013.

3- القضايا المتعلقة بالتعويض:

أما منازعات التعويض⁽¹⁾ فالأصل أن الاختصاص يعقد للقضاء الإداري بالنظر بقضايا التعويض عن الأضرار التي تسببها تصرفات الإدارة غير المشروعة، وينظر القضاء الإداري دعوى التعويض بصفة أصلية وبعريضة مستقلة عن دعوى الإلغاء أو بصفة تبعية تبعاً لطلب إلغاء القرار وبعريضة واحدة وفي كلتا الحالتين تدخل في اختصاصات مجلس الدولة وسار بهذا الاتجاه القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر⁽²⁾، بخلاف المشرع العراقي الذي يشترط أن يقدم طلب التعويض بصورة تبعية تبعاً لطلب الإلغاء أو التعديل⁽³⁾، أو المطالبة بالتعويض بصفة أصلية أمام القضاء العادي بعد أن يتم إثبات الضرر حقيقيةً ومسؤولية الإدارة عن القرار غير مشروع⁽⁴⁾.

4- القضايا المتعلقة بالمرافق الاقتصادية:

في فرنسا تختص محاكم القضاء العادي بالنظر بدعاوى المسؤولية عن الأضرار التي تسببها المرافق الاقتصادية للغير أو المنتفعين بخدماتها أو العاملين فيها فتخضع العقود أو المنازعات الخاصة بهذه المرافق إلى ولاية القضاء العادي ما عدا العقود التي ينطبق

(1) يقصد بدعوى التعويض: هي دعوى قضائية يطلب فيها المدعي من القضاء تقدير مشروعية تصرفات الإدارة وتقييمها وإلغائها أو تعديلها والتعويض عنها وسميت دعوى القضاء الكامل، انظر د. غازي فيصل و د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري في العراق، مصدر سابق، ص 218.

(2) انظر: البند (14) من المادة (العاشرة) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972؛ د. ده شتي صديق محمد، القضاء الإداري وتنازع اختصاصه مع القضاء الإداري، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، لسنة 2016 ص 87.

(3) البند (ثامناً/أ) من المادة (7) من قانون مجلس الدولة العراقي النافذ.

(4) البند (سابعاً) من المادة (7) من قانون مجلس الدولة العراقي النافذ.

عليها وصف العقد الإداري والمنازعات المتعلقة بكبار الموظفين العموميين العاملين فيها فتخضع إلى ولاية القضاء الإداري، أما صغار الموظفين والعاملين بأجر أو عمال فتخضع منازعاتهم إلى ولاية القضاء العادي، وقد ذهب مجلس الدولة المصري إلى إخضاع منازعات المرافق الاقتصادية التي في حالة إضرارها بالآخرين إلى ولاية القضاء الإداري ويعد جميع موظفي المرافق العامة الاقتصادية المدارة بطريقة المؤسسة العامة أو الإدارة المباشرة موظفين عموميين⁽¹⁾، وفي العراق فالمرشع اخضع المنازعات المتعلقة بالمرافق الاقتصادية لولاية القضاء الإداري وهذا يحسب له لأنه صاحب الاختصاص الأصيل للنظر فيها والأكثر حماية لحقوق الأفراد وحررياتهم⁽²⁾.

5- قضايا التعدي والاستيلاء:

يقصد بأعمال التعدي قيام الإدارة بأعمال مادية غير مشروعة تضر الأفراد في ممتلكاتهم الفردية أو حررياتهم تفقد فيها صفتها الإدارية سواء تعلق بالمنقول أو بالعقار وقد تستند الإدارة بهذا العمل أو الإجراء إلى قرار مشوب بمخالفة جسيمة أي بالانعدام، وقد لا يكون هناك قراراً أصلاً أو أن الإدارة قد اتخذت القرار دون الشروع في التنفيذ فلا يعد عمل تعدي إلا بعد التنفيذ أي أن يكون العمل غير المشروع واقعاً وجسيمياً وظاهراً، ففي هذه الحالة يعقد الاختصاص للمحاكم العادية الفرنسية النظر بمطالبات الأشخاص بالتعويض وإيقاف الاعتداء على ملكياتهم⁽³⁾، أما في مصر فأن الفقه والقضاء الإداري اخذ بالضرر المفترض وأصبح من اختصاص القضاء العادي

(1) د. محمد ميرغني خيري، القضاء الإداري ومجلس الدولة إلغاء التعويض، ج2، مصر، 2000، ص98.

(2) انظر المادة (4) من التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (17) لسنة 2013النافذ.

(3) د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، مصدر سابق، ص120 وما بعدها.

الحكم بالتعويض عن الإضرار التي تسببت بها الإدارة، ولمجلس الدولة الحق بفحص مشروعية القرار الإداري الذي أصدرته الإدارة ولها أن توجه الأوامر للإدارة للقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل ويجوز للمحاكم اللجوء إلى التهديد المالي والحكم على الإدارة بالغرامة⁽¹⁾، وفي العراق لا تنظر محكمة القضاء الإداري لدعاوي التعويض بصفة أصلية إذ تقع من اختصاصات القضاء العادي⁽²⁾.

وأما بالنسبة للاستيلاء على العقارات يقصد به أن تضع الإدارة يدها خلافاً للقانون على عقار مملوك للإفراد مؤقتاً أم نهائياً، ففي فرنسا يختص القضاء العادي في المنازعات وتعريض أصحاب الشأن عن الإضرار التي تلحق بهم وأعطى مجلس الدولة الفرنسي الحق له لفحص مشروعية القرار الإداري الذي استندت إليه الإدارة بالتنفيذ إذا كان من شأنه تحقيق المنفعة العامة برقابة متقدمة تقف على حدود الملائمة لفحص مشروعيته وكان بمناسبة قضية فندق وكازينو مدينة نيس⁽³⁾.

وقد نظم المشرع المصري في قانون نزع الملكية للمنفعة العامة رقم (10) لسنة 1990 شروط وإجراءات نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة لتحقيق الموازنة بين مصالح الأفراد والنفع العام في إطار الضمانات ومقابل التعويضات التي يكفلها القانون، أما إذا صدر تعدي أخرجها من اختصاص القضاء الإداري إلى اختصاص القضاء العادي،

(1) د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، من دون سنة النشر، ص 307-308.

(2) د. عصمت عبد المجيد، القضاء الإداري بين التقييد والإطلاق، مصدر سابق، ص 32.

(3) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الاتجاهات الحديثة للقضاء الإداري في الرقابة على ملائمة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، ط 2، 2006، ص 50.

وفي العراق يختص القضاء العادي بنظرها بموجب قانون الاستملاك رقم (12) لسنة 1981 أجاز فيها بالمادة (26/أولا) الاستيلاء المؤقت للإدارة على أي عقار على إن لا تتجاوز (ستين) من تاريخ القرار على إعادته إلى المالك بالحالة التي كان عليها سابقاً أو التعويض لصاحب الشأن وفقاً لأحكام قانون الاستملاك المشار إليه آنفاً⁽¹⁾.

6- القضايا المستثناة بنصوص قانونية:

مما لأمرأه فيه طبقاً للقاعدة العامة هو خضوع كافة القرارات الإدارية الصادرة من الإدارة لرقابة القضاء الإداري، وتعدد الولاية العامة للقضاء الإداري للنظر في جميع المنازعات الإدارية الناشئة عن تلك القرارات إلغاءً أو تعويضاً أو بالاثنتين معاً، إلا أن المشرع لسبب أو لآخر يقوم بتحصين بعض المنازعات الإدارية من نطاق رقابة القضاء الإداري وذلك بموجب نصوص تشريعية مانعة وإسنادها إلى جهة قضائية خاصة أو القضاء العادي أو لجان شبه قضائية أو لجان أو مجالس إدارية، الأمر الذي يؤدي إلى المصادرة أو الانتقاص من حق التقاضي الذي يعد من الحقوق الطبيعية اللصيقة بالإنسان والتي أكدت عليه الدساتير والمواثيق الدولية⁽²⁾، فالمشرع الفرنسي أخرج العديد من المنازعات من اختصاص القضاء الإداري وأخضعها إلى اختصاص القضاء العادي، ومن أمثلة ذلك المنازعات المتعلقة بالضرائب المباشرة والنقل عن طريق البريد العادي

(1) م. علي نجيب حمزة، اكتساب المال العام في القانون الإداري، بحث منشور على الموقع الإلكتروني، تاريخ الزيارة بتاريخ 2019/1/15 :

<http://www.uobabylon.edu.iq>

(2) أنظر: المادة (19/ثالثاً) من الدستور العراقي لسنة 2005 التي نصت على أنه (التقاضي حق مصون ومكفول للجميع)، أنظر المادة من دستور 2014 المصري النافذ التي نصت إن (التقاضي حق مصون ومكفول للكافة...).

بموجب القانون رقم (12) لسنة 1952 النافذ، ودعاوى التعويض عن الإضرار الناجمة عن سيارات الإدارة ما لم يترتب أضرار بالمال العام ودعاوى التعويض عن أعمال الشغب والمظاهرات المرفوعة ضد الدولة.

أما في مصر زحرت بالعديد من التشريعات المحصنة لبعض القرارات الإدارية التي لا تنتمي الى طائفة أعمال السيادة ، فقد بادر المشرع إلى استثناء قوانين خاصة باستبعادها من رقابة القضاء من حيث الإلغاء أو إيقاف التنفيذ أو التعويض أو التعرض لها بأي شكل، مما وضعها بمرتبة أعلى من أعمال السيادة، ونعتقد أن هذا الاتجاه غير موفق ومن ثم تعد مثل هكذا قوانين مانعة أو مقيدة غير دستورية لمخالفتها للدستور الأسمى كالمنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الأفراد والحكومة أو الهيئات العامة بشأن عقار أو منقول والمنازعات الإدارية المتعلقة بضباط القوات المسلحة بموجب القانون رقم (96) لسنة 1971 النافذ والقرارات المتعلقة بشؤون القضاء ووظائفهم القضائية والرسوم الكمركية⁽¹⁾.

ونجد بالنظام التشريعي العراقي جملة من القرارات الإدارية تخرج عن ولاية القضاء الإداري في حين أنها تعد من صميم هذا القضاء، وبالرجوع إلى قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 وتعديلاته نجد أن المشرع أورد الكثير من الاستثناءات عندما أشرط أن تكون القرارات لم يعين مرجع للطعن فيها⁽²⁾، فقد أنشأ المشرع العراقي محكمة مختصة للنظر في القرارات والأوامر الإدارية الصادرة من البنك المركزي العراقي بموجب

(1) د. حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، مبدأ المشروعية وتنازع الاختصاص، منشورات دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص 200.

(2) أنظر: الفقرة (رابعاً) المادة (7) من قانون التعديل الخامس لمجلس الدولة رقم (17) لسنة 2013.

قانون البنك المركزي العراقي رقم (56) لسنة 2005⁽¹⁾، وقانون التقاعد الموحد رقم (9) لسنة 2014 الذي بموجبه أسند مهمة الطعن في القرارات التي تصدرها الهيئة الى مجلس تدقيق قضايا المتقاعدين⁽²⁾، وقانون الهيئة الوطنية العليا للمساءلة والعدالة رقم (10) لسنة 2008⁽³⁾ وقانون إعادة المفصولين السياسيين رقم (24) لسنة 2005⁽⁴⁾.

ويجد البحث في نهاية هذا المطلب، إن دور القضاء الإداري في الأنظمة القانونية للبلدان ذات النظام اللاتيني التي يعد العراق من ضمنها في إنشاء المبادئ العامة للقانون هو دور مكمل للسلطة التشريعية في غياب أو غموض النصوص القانونية في التشريع، إلا إن دور القاضي ليس تطبيقاً من القيود أو الحدود فما زال المشرع يخرج العديد من المنازعات من ولاية هذا القضاء، لذا نهيب بالمشرع العراقي إعادة النظر بتوسيع اختصاص هذا القضاء ليمسك رقبته على المنازعات الإدارية كافة لان هذا الانتقاص أو المصادرة ينال من استقلال القضاء ويمثل خرقاً لمبدأ المشروعية وبالإضافة إلى ذلك يعد حماية للإدارة نفسها لتتوخى جانب الصواب عند أداء أعمالها.

(1) أنظر: الفقرة (الثانية) من المادة (64) من قانون البنك المركزي الصادر بأمر سلطة الائتلاف رقم (56) لسنة 2004.

(2) منشور في جريدة الوقائع العراقية رقم (4314) في 10/3/2014.

(3) أنظر: المادة (5) من قانون الهيئة الوطنية للمساءلة والعدالة رقم (10) لسنة 2008 النافذ، بموجبه منحت محكمة التمييز النظر بالطعن التمييزي بقرارات الهيئة الوطنية للمساءلة والعدالة.

(4) منشور في جريدة الوقائع العراقية رقم (4015) في 26/12/2005.

المبحث الثاني

عدول القاضي الإداري عن مبدأ قانوني سابق

تعد أحكام القضاء الإداري الحصن المنيع للحريات العامة من خلال الدور الذي تلعبه في حسم المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والإدارة، ويهدف من خلاله الحفاظ على مبدأ المشروعية ويكتسب القضاء الإداري في العراق أهمية كبيرة خصوصاً مع التحولات الكبيرة التي شهدتها العراق بعد سنة 2003، وذلك للعبء الثقيل الذي يقع على عاتق الإدارة العامة والتي تتمتع بامتيازات السلطة العامة وما ينجم عن ذلك من منازعات تتعلق بحقوق الأفراد وحرياتهم⁽¹⁾، لذلك يتبنى القضاء الإداري فكرة العدول في أحكامه وقراراته، ولا يتقيد القاضي الإداري بالقرارات والأحكام السابقة (السوابق القضائية) فهو يعمل على تعديل القواعد الاجتهادية بما يضمن تحقيق الأمن القانوني على نحو يضمني للمراكز القانونية للأفراد نوعاً من الثبات والاستقرار النسبي وزيادة الثقة بأحكام القانون والقضاء، والعدول عن مبدأ قانوني سابق إلى مبدأ قانوني جديد له أهمية لان المشرع مهما توخي الدقة والكمال في صياغة القاعدة القانونية لا يستطيع الإحاطة بكل التغيرات الحاصلة في المجتمع لينسجم مع التطور الهائل في مجالات الحياة المختلفة، وهذه المهمة تتولاها المحاكم الإدارية العليا لتعدل عن اتجاه سبق وأن استقرت عليه لفترة من الزمن إلى اتجاه آخر جديد، ليوفق القاضي الإداري من خلاله بين النصوص القانونية الثابتة وأوضاع المجتمع المتغيرة ليصل إلى هدف

(1) م. د. سامي حسن نجم، القضاء الإداري في العراق بعد التحولات الجديدة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، كلية القانون، جامعة تكريت، العدد 28، المجلد 7، 2015، ص 254-255.

المشروع، وإعطاء القاعدة الجديدة معنى جديد⁽¹⁾.

وبناءً على ما تقدم سنبحث عدول القاضي الإداري عن مبدأ قانوني سابق في مطلبين سنعرض مفهوم العدول عن مبدأ قانوني سابق وأهميته وضوابط تطبيقه فضلاً عن القيود التي تحد من فكرة العدول على النحو الآتي:

- المطلب الأول: مفهوم العدول عن مبدأ قانوني سابق وضوابط تطبيقه.
- المطلب الثاني: القيود المحددة للعدول عن مبدأ قانوني سابق في قرارات المحكمة الإدارية العليا.

المطلب الأول

مفهوم العدول عن مبدأ قانوني سابق وضوابط تطبيقه

إن العدول عن مبدأ قانوني سابق في أحكام القضاء الإداري عمل أراذي يقوم به القاضي الإداري ليحل حكم أو مبدأ قانوني جديد محل مبدأ قانوني سابق أو قديم في قضايا متشابهة الوقائع فالقاضي الإداري حامي مبدأ المشروعية، ووظيفته تفسير النصوص التشريعية لإزالة ما اكتنفها من الغموض وإكمال النقص منها أو رفع التناقض بين نصوصها، إلا أن فكرة العدول مبهمة وغامضة، لأنها لم تكن مقبولة من قبل فقهاء القانون، لذلك لم يتناولها الفقه بالبحث والكتابات إلا نادراً، لأنها تثير المشاكل من الناحية العملية، ولا ننكر صعوبة وضع تعريف جامع مانع له، فهو على وصف علم القانون من اشد الأمور وأصعبها.

(1) د. حامد شاكر محمود، العدول في الاجتهاد القضائي، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة،

ولما كان العدول عن مبدأ قانوني سابق يشترط أن يكون وفق ضوابط معينة تفرض على القاضي الإداري عند العدول عن مبدأ قانوني سابق، والعدول لم يقتصر على نظام معين وإنما عرفته نظم القانون العام والخاص فهو موجود في الدول التي تتبع النظام الانكلوسكسوني فلم تقف السوابق القضائية حائلاً أمام القضاء، وكذلك الدول التي تتبع النظام اللاتيني التي لا تطبق السوابق القضائية، فالمبدأ القانوني السابق غير ملزم لها أو لبقية المحاكم إلا من الناحية الأدبية لغرض تحقيق الاستقرار.

ومن هنا نطرح التساؤل، هل مفهوم العدول واضح أم يختلط مع مفاهيم أخرى؟ وهل يعد خروج القاضي الإداري عن مبدأ قانوني سابق عدولاً قضائياً؟ وهل العدول على العدول جائز؟ وهل يحتاج العدول عن مبدأ قانوني سابق إلى تأكيد لاحق؟ وهل الإكثار من العدول أمر مستساغ في القضاء الإداري؟ وهذا ما سنتعرف عليه في الفرعين الآتيين:

- الفرع الأول: تعريف العدول عن مبدأ قانوني سابق وأهميته.
- الفرع الثاني: ضوابط عدول المحكمة الإدارية العليا عن مبدأ قانوني سابق.

الفرع الأول

تعريف العدول عن مبدأ قانوني سابق وأهميته

أولاً: تعريف العدول لغةً: عدل عن الشيء يعدل عدلاً وعدولاً، ومعناها عدل عن رأيه عدولاً: حاد ورجع عنه، وعدل في المحمل أي ركب معه⁽¹⁾، وعدل الشيء: نظيره والعدل أن تعدل الشيء عن وجهه فتميله وعدلت الدابة إلى كذا: أي عطفتها

(1) جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، مصدر سابق، ص 589.

فأنعدلت، والانعдал: الانعراج، عدل: العين والبدال واللام صحيحان لكنهما متقابلان متضاربان أحدهما يدل على الاستواء والأخر يدل على الاعوجاج⁽¹⁾، وفي هذا المعنى يقول سبحانه وتعالى ﴿ثُمَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بِرَبِّهِمْ يَعْدِلُونَ﴾⁽²⁾.

ويظهر لنا مما تقدم إن العدول في اللغة العربية يدل على معنى: تغيير مسار الشئ أو الرأي من الاتجاه السابق إلى اتجاه جديد عكس الاتجاه الأول.

والعدول في اللغة الفرنسية يقابلها مصطلح كلمة (Revierement) وأصل الفعل (rivière) وتعني التحول أو التغيير المفاجئ والكامل في الرأي والسلوك⁽³⁾.

تعريف العدول اصطلاحاً:

جاءت التشريعات القانونية خالية من تعريف العدول، وأن فكرة العدول ذات أصل قضائي، فالعدول في الأحكام توسد إلى الواقع، فليس من مهمة المشرع أن يعرف المصطلحات القانونية إلا للضرورة القصوى، فلا يوجد تعريف محدد للعدول في النصوص القانونية أو في القضاء وترك تلك المهمة للفقهاء، ولذا حاول الفقه بيان المعنى الاصطلاحي للعدول في الأحكام القضائية فهناك من عرفه بأنه (كل حكم يفرض مبدأ أو قاعدة جديدة مختلفة عن المتبع في القضية السابقة، والمبدأ الذي يتم العدول عنه جاء نتيجة سياسة قضائية ناتجة عن اتجاهات حكومية أو فقهية)⁽⁴⁾.

(1) أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم اللغة، مصدر سابق، ص 462.

(2) سورة الأنعام من الآية (1).

(4) <https://www.dictionnairejuridue.com>.

(4) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 21.

ونعتقد أن هذه التعريف تناول الجوانب الظاهرية لمعنى العدول دون الدخول في تفاصيله وضوابطه، ويعرفه آخرون على أنه (عدول المحكمة عن مبدأ أو مجموعة من المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في أحكامها السابقة)⁽¹⁾.

وآخر عرفه (عدول المحكمة عن قرار قديم مشهور كسابقة قضائية وإحلال قرار جديد مكان الأول فيقال عدول عن السوابق القضائية ولا تكون بعد ذلك كحجة معتبرة ملزمة)⁽²⁾ ولم يختلف هذا التعريف عما سبقه من حيث عدم التحديد وذكر شروط العدول الأساسية ومبرراته فمجرد الإشارة إلى عدول المحكمة الإدارية العليا عن مبدأ قانوني سابق، وهناك من يعرفه بأن (القرارات القضائية يعدل عنها إذا ما صنع القرار اللاحق من المحكمة نفسها أو من محكمة أعلى منها فتصدر الحكم في ذات المسألة القانونية الذي تعارض القرار السابق وبتلك الوسيلة يعدل عنه وينتزع منه حجتها كسابقة قضائية)⁽³⁾، ويؤخذ على التعريفات المتقدمة بأنها عامة تتناسى شروط وضوابط العدول كما إنها لم تشر إلى الهدف أو الغرض من العدول، أو ذكر للدور الإرادي للقاضي الإداري في العدول عن مبادئه السابقة التي تبناها في المنازعات التي سبق وأن عرضت عليه فاكتفت بالإشارة باستبدال مبدأ محل مبدأ آخر.

بينما ذهب رأي آخر لتعريف العدول بأنه (التغيير في السابقة القضائية بإرادة

(1) د. احمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1958، ص14 وما بعدها.

(2) C.Mouly; Le revirement pour l'avenir, J.C.P, 1994, n 377, p328.,p328.

(3) د. ميثم حنظل شريف وصبيح وحوح حسين، أثر تفسير نصوص الدستور على تحول احكام القضاء الدستوري، بحث منشور في مجلة بابل العلوم الإنسانية، جامعة بابل، العدد 3، المجلد 25، 2017، ص1192.

القاضي الإداري نفسه، ليتحرر من حكم سابق يتحول منه إلى آخر جديد، وبذلك يكون الحكم الجديد متناقض ومتعارض مع الحكم القديم أو السابق ويقصد به هجر أرادي بوساطة القاضي لحل قضائي سابق لصالح حل قضائي جديد يتعارض معه⁽¹⁾، ويؤخذ على هذا التعريف أنه أشار إلى الدور الإرادي للقاضي الإداري في العدول عن الحكم السابق واشترط وجود تناقض بين الحكمين القديم أو السابق والحكم الجديد، إلا أنه لم يشر إلى التأكد اللاحق على المبدأ في القرارات التي سوف تصدرها المحكمة بعد ذلك، وهناك من يعرفه في فقه القانون الخاص بقوله (هو العمل الذي يصدر من القاضي طبقاً لإجراءات قضائية والذي يحسم النزاع أو المسألة المتنازع عليها)⁽²⁾، وهناك من يعرف العدول بمثابة إجراء قضائي بأنه (إجراء قضائي تقوم به المحاكم العليا، مقتضاه تغيير الاجتهادات القضائية من اتجاه سبق وأن استقرت عليه لفترة زمنية معينة إلى اتجاه آخر جديد، وذلك بسبب التغييرات في تفسير القانون)⁽³⁾ ونلاحظ أن هذا التعريف يشتمل على ثلاث عناصر الأول: هجر المحاكم ذاتها مبدأ سبق وأن أخذت به، والعنصر الثاني: تبني مبدأ جديد مناقض ويتعارض مع المبدأ السابق الذي قررته في أحكامها والعنصر الثالث: تغيير كلي وجذري في المبدأ السابق، ونرى أن هذه التعريفات لا تفرق بين العدول الإرادي والعدول الإجباري والذي يكون بناءً على تغيير وتعديل النصوص القانونية وتقع خارج إرادة القاضي

(1) هديل محمد حسن المياحي، العدول في أحكام القضاء الدستوري، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النهرين، 2015، ص 63.

(2) H.vlzoz, Études de procédure, éditions Bière, Bordeaux, 1956.p244.

(3) د. حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي، مصدر سابق ص 75.

الإرادي، ويمكن تعريف العدول في المبادئ العامة للقانون بأنه (تغيير القاضي الإداري بصورة إرادية مبدأ قانوني قديم والتحول منه إلى مبدأ قانوني آخر جديد، يتعارض ويتناقض معه، مع وجود نية عدم الرجوع للمبدأ القانوني السابق، ودون أن يكون ذلك التغيير راجعاً لتعديل النصوص القانونية في موضوع الدعوى نفسها أو حيثياتها السابقة).

ثانياً: موقف التشريعات من العدول عن مبدأ قانوني سابق

بيننا سابقاً، أن للقاضي الإداري دور متميز في خلق وابتكار القواعد القانونية في القانون الإداري وبناء نظرياته، إلا أن هذا الدور يختلف بين محاكم القضاء الإداري، وهذا يؤدي إلى تناقض الأحكام واختلاف الحلول التي تلجأ إليها المحاكم في الدول التي تتبع النظام الانكلوسكسوني التي يعد الحكم القضائي المصدر الرسمي الأساسي للقانون فالقضاة هم الصناع الحقيقيون للقانون من خلال اجتهاداتهم، حيث تمثل الأحكام القضائية سوابق قضائية يجب على المحاكم الأدنى الالتزام بها وتطبيقها على المنازعات المعروضة⁽¹⁾.

أما الدول التي تتبع النظام اللاتيني، فالأحكام القضائية لا تعد قاعدة قانونية واجبة التطبيق، وإنما مصدراً تفسيرياً غير رسمي للقانون⁽²⁾، هذا وأن نطاق العدول يكون في القرارات التمييزية التي تصدر من المحاكم العليا إذ تتولى الهدف الأكبر في إصلاح العيوب والقصور الذي يتخلل الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم الأدنى

(1) محمد محمد بدران، القانون الانكليزي، دراسة في تطوره التاريخي ومصادره القانونية وانعكاساتها على التفرقة بين القانونين العام والخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 127.

(2) د. رياض القيسي، علم أصول القانون، ط 1، بيت الحكمة، بغداد، 2002، ص 219.

وتحقيق مصلحة العدالة، ففي فرنسا فهي من الدول التي تتبع النظام اللاتيني، نجد إن المشرع الفرنسي نظم العدول عن مبدأ قانوني سابق ويطلق في فرنسا على المبدأ القانوني السابق مصطلح الاجتهاد القضائي (Jugement).

بموجب المادة (12) من القانون رقم 87-1127 الصادر بتاريخ 31/8/1987 بشأن إصلاح نظام القضاء الإداري⁽¹⁾، والتي تأكدت بالمادة (ل-1-113) من قانون المحاكم العدلية الادارية التي نصت على انه (يمييز للمحاكم الإدارية ومحاكم القضاء الإداري قبل الفصل في موضوع الدعوى أن تقرر إحالة الدعوى إلى مجلس الدولة بقرار غير قابل للنقض، لإبداء الرأي في التساؤلات القانونية المتعلقة بموضوع الدعوى، وإبداء الرأي خلال ثلاثة أشهر) فقد أجاز للمحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستئنافية إحالة الدعوى المنظورة إمامها إذا تطلب تقرير مبدأ قانوني جديد أو هناك صعوبة جديده ماثلة في نزاعات عديدة أو العدول عن اجتهاد قضائي مستقر إحالته إلى جمعية المنازعات في القسم القضائي في مجلس الدولة كهيئة استشارية بناءً على طلب يقدم من نائب رئيس مجلس الدولة أو رئيس القسم القضائي أو من رئيس الغرفة الفرعية المختصة بنظر الدعوى او مفوض الحكومة في مجلس الدولة⁽²⁾، لذلك نجد ان

(1) أنظر المادة (12) من القانون رقم (87-1127) الصادر في 31/12/1987 بشأن إصلاح القضاء الإداري التي نصت على انه (قبل تصدي مجلس الدولة للفصل في طعن يثير مسألة قانونية جديده يشكل حلها صعوبة جديده ماثلة في منازعات عديدة تستطيع المحكمة الإدارية أو محكمة الاستئناف الإدارية وذلك بحكم غير قابل للطعن فيه بأي وجه إحالة ملف المنازعات إلى مجلس الدولة الذي يتولى الفصل في موضوع النزاع حين إصدار مجلس الدولة لفتواه أو حين انتهاء فترة الثلاثة أشهر).

(2) د. على خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، مصدر سابق، ص 180.

مجلس الدولة الفرنسي قد عدل عن الكثير من المبادئ العامة للقانون السابقة في العلاقة التي تحكم الأفراد والإدارات الحكومية، ومن تطبيقاتها في هذا الشأن، ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي على عدم خضوع تقدير القرارات التي تكون ضمن المسائل العلمية والفنية لرقابة القضاء الإداري، وذلك لتمتع الإدارة بشأنها بسلطة تقديرية واسعة بما لديها من إمكانيات فنية وبشرية تمكنها من القيام بتلك المهام فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في احد أحكامه الصادر بتاريخ 16/3/1955 في الدعوى التي تتلخص وقائعها في تقدم إحدى شركات الأدوية (Sariens des Laboratoires) بطلب إلى وزارة الصحة بالتصريح لها بإنتاج دواء لعلاج حالات الضعف الجنسي، إلا أن اللجنة الفنية المختصة بالوزارة قد رفضت هذا الطلب معللة ذلك بأن أنتاج هذا الدواء قد يسبب تأثير على الناحية الجنسية والمعنوية للأفراد، إلا أن الشركة أقامت دعوى تطلب فيها إلغاء هذا القرار الإداري، فرفض مجلس الدولة الفرنسي هذه الدعوى على أساس ان قرار اللجنة لا يمكن مناقشته قضائياً أمامه⁽¹⁾، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي ظل لفترة طويلة يرفض خضوع تلك القرارات لرقابته، إلا انه خطى خطوة جريئة كعادته وعدل عن هذا الاتجاه فقرر حقه في رقابة القرارات التي تصدرها جهة الإدارة حتى وأن كانت تتضمن مسائل فنية وعلمية.

حيث قضى في أحد أحكامه الصادرة بتاريخ 30/9/1987 بإلغاء قرار وزير الشؤون الاجتماعية برفض السماح بافتتاح مختبر للتحاليل استثناء من القواعد المنظمة لمثل هذه المسائل، وذلك لتقييمه لكافة الظروف الاقتصادية التي استندت إليها الإدارة لتبرير هذا الرفض، ومنها عدد الأفراد الذين سيستفيدون من هذا المختبر وكذلك

(1) C.E 16 March 1955, Laboratoires Sariens, Rec p.806 .

مساحة القرية المراد بناء المختبر فيها بالإضافة إلى المسافة بين تلك القرية وأقرب مختبر تحاليل ليست بعيدة، بالإضافة إلى العديد من الأسباب الأخرى ، لذلك انتهى المجلس في قضائه إلى القول بأن (تقييم الوزارة هذه الوقائع الاقتصادية كان مشوباً بخطأ بين ومن ثم قرارها كان جديراً بالإلغاء)⁽¹⁾.

ونجد كذلك أن المشرع المصري قد عالج العدول عن مبدأ قانوني سابق في قانون السلطة القضائية رقم (46) لسنة 1972⁽²⁾، ويتبنى المشرع المصري النظام اللاتيني فالقاضي الإداري غير ملزم بأن يحكم بالاستناد إلى أحكام قضائية سابقة متى لو كانت الأحكام صادرة من ذات المحكمة أو محكمة أعلى وكذلك لا يعد ملزم للمحاكم الأدنى، فنص المادة (54) مكرر من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 والمعدلة بالقانون رقم (136) لسنة 1984 على أنه (أذا تبين لإحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا عند نظر أحد الطعون، أنه أصدرت منها أو من إحدى دوائر المحكمة أحكاماً سابقة يخالف بعضها البعض، أو رأت العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة صادرة من المحكمة الإدارية العليا، يتعين عليها إحالة الطعن إلى هيئة تشكلها الجمعية العامة لتلك المحكمة في كل عام قضائي من احد عشر مستشاراً، برئاسة رئيس

(1) C.E.30 Sep,1987,COHE,Rec,p.296.

(2) أنظر: إلى المادة (4) من قانون السلطة القضائية المصري رقم (46) لسنة 1972 (تشكل الجمعية العامة... وإذا رأت إحدى دوائر المحكمة العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة أحالت الدعوى إلى الهيئة المختصة بالمحكمة للفصل فيها وتصدر الهيئة أحكامها بالعدول بأغلبية سبعة أعضاء على الأقل، وإذا رأت إحدى الدوائر العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة صادرة من دوائر أخرى أحالت الدعوى إلى الهيئتين مجتمعتين للفصل فيها، وتصدر الأحكام في هذه الحالة بأغلبية أربعة عشر عضواً على الأقل).

المحكمة أو الأقدم فالأقدم من نوابه، ويجب على سكرتارية المحكمة أن تعرض ملف الدعوى خلال ثلاثة أيام من صدور قرار الإحالة على رئيس المحكمة، ليعين تاريخ الجلسة التي ستنظر فيها الدعوى ويعلن الخصوم بهذا التاريخ قبل حلوله بأربعة عشر يوماً على الأقل، وتصدر الهيئة المذكورة أحكامها بأغلبية سبعة أعضاء على الأقل)، ونعتقد أن منط الإحالة إلى هذه الهيئة للعدول عن قرار سابق وفق المادة المشار إليها أعلاه يقتضي أن يكون هناك حكم قضائي سابق صادر من إحدى دوائر المحاكم الإدارية العليا في وقائع معينه، ثم تعرض ذات الوقائع أو أخرى تماثلها أو ترتبط بها ارتباطاً لا يقبل التجزئة بمناسبة نزاع آخر، وترى المحكمة بعد دراسة النزاع الأخير أنها ستتخذ اتجاه آخر مناهض لما سبق لها القضاء به وحرصاً على عدم تعارض الأحكام وتناقضها في ذات المسألة يتم الإحالة لدائرة توحيد المبادئ للبت في أمر هذا العدول⁽¹⁾.

وهو الأمر الذي أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (136) لسنة 1984 بنصها على نص المادة (54 مكرر) جاء علاجاً لحالات اختلاف الأحكام الصادرة من دوائر المحكمة الإدارية العليا أو تلك التي ترى فيها هذه المحكمة العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة صادرة منها، فقد أستحدثت المشرع الأحكام التي ينبغي أتباعها في مثل هذه الحالات⁽²⁾، وتطبيقاً لذلك عدلت دائرة المبادئ في العديد من أحكامها على

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا، دائرة توحيد المبادئ القانونية بالطعن رقم (16473) لسنة (60) قضائية عليا الصادر بتاريخ 2018/2/3.

(2) د. اسلام توفيق الشحات، الأحكام الكبرى في دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا، بدون مكان نشر، 2018، ص4.

مبادئ قررتها احكام سابقة، فقد جاء في احد أحكامها الصادرة بتاريخ 27/4/1986 على انه (عدم التزام محاكم مجلس الدولة بالفصل في الدعاوى المحالة إليها من جهة قضائية أخرى طبقاً لنص المادة (110) من قانون المرافعات المدنية والتجارية إذا كانت هذه الدعاوى تخرج عن الاختصاص الولائي المحدد قانوناً لمحاكم مجلس الدولة، أما في الدعاوى المرفوعة ابتداءً أمامها فلها أن تحيلها إلى المحكمة المختصة إذا تبين لها عدم اختصاصها بنظرها)⁽¹⁾، وتتحصل مضمون المبدأ على أنه نطاق تطبيق المادة (110) من قانون المرافعات المدنية والتجارية⁽²⁾.

أمام محاكم مجلس الدولة القانون هو الذي يحدد اختصاص جهات القضاء طبقاً لنص المادة (167) من دستور 1971 الملغى⁽³⁾، ولا يجوز تعديل الاختصاص أو الانتقاص منه أو الإضافة إليه إلا بقانون بدلالة المادة (172) من الدستور التي حددت اختصاصات مجلس الدولة وتركت اختصاصاته الأخرى للقانون، وحددت المادة (10) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم (47) لسنة 1972 اختصاصات القسم القضائي بالمجلس ولا يجوز الخروج عنها إلا بذات الأداة، مفاد ذلك أنه لا يجوز إلزام محاكم

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا، دائرة توحيد المبادئ القانونية بالطعن رقم (1845) بالجلسة القضائية 27/4/1987.

(2) انظر المادة (110) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ الذي نص على انه (على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها إن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة، وكان عدم الاختصاص متعلقة بالولاية ويجوز لها عندئذ تحكيم بغرامة لا تتجاوز أربعمائة حينها وتلزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها).

(3) انظر: المادة (167) من دستور 1971 الملغى الذي نص على انه (يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها ويبين شروط وإجراءات تعيين أعضائها ونقلهم).

المجلس بالنظر في دعاوى ومنازعات تخرج عن الأصل الدستوري مما يؤدي ذلك أن يكون اختصاص كل جهة قضائية متروكاً لقضاء الجهة الأخرى حسبما تراه في تكييف الدعوى المطروحة أمامها حتى لو ترتب على ذلك مخالفة ما حدده الدستور والقانون من اختصاص محاكم مجلس الدولة.

إلا أنه يترتب على تطبيق نص المادة (110) من قانون المرافعات المدنية والتجارية بإلزام محاكم مجلس الدولة بالفصل بالدعاوى المحالة إليها من محكمة محدد لها والقواعد التي حددها القانون في توزيع الاختصاص بين جهات القضاء، تابعة لجهة القضاء العادي يؤدي إلى نتائج شاذة إذا ما طعن بالنقض في الحكم الصادر بعدم الاختصاص إذ يترتب على النقض طبقاً لحكم المادة (271) من قانون المرافعات إلغاء جميع الأحكام أيّاً كانت الجهة التي أصدرتها والأعمال اللاحقة للحكم المنقوض متى كان الحكم أساساً لها وبذلك يتوقف مصير حكم جهة القضاء الإداري على ما تقرره محكمة النقض وهذه النتيجة تخالف نص الدستور والقانون، وإطالة أمد التقاضي دون مبرر، الأمر الذي دفع دائرة توحيد المبادئ القانونية للعدول عن هذا الاتجاه بالحكم الصادر بتاريخ 6/6/1992 الذي يقضي (بالتزام محاكم مجلس الدولة بالفصل بالدعاوى المحالة إليها من جهة قضائية أخرى طبقاً للمادة (110) من قانون المرافعات ولو كانت تخرج عن الاختصاص الولائي المحدد قانوناً لمحاكم مجلس الدولة)⁽¹⁾.

وفي العراق اقر المشرع العراقي رخصة العدول وكان مصدر الالهام الوحيد نص

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا، دائرة توحيد المبادئ القانونية بالطعن رقم (3803) لسنة 35 قضائية الصادر بتاريخ 6/6/1992 د. عبد الفتاح مراد، الأحكام الكبرى للمحكمة الإدارية العليا، ط1، بدون مكان او سنة نشر، ص60.

المادة (13/ أولاً/ 1 /1) من قانون التنظيم القضائي رقم (106) لسنة 1979 المعدل التي نصت على أن (ما مجال عليها من إحدى الهيئات إذا رأت العدول عن مبدأ قررته إحكام سابقة).

وفي ظل التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (17) لسنة 2013 تم إنشاء المحكمة الإدارية العليا التي تقع في قمة التنظيم القضائي الإداري وتمارس الاختصاصات التي تمارسها محاكم التمييز⁽¹⁾، إلا إن التنظيم القانوني للمحكمة جاء خالياً من نصوص قانونية ينظم العدول عن مبدأ قانوني سابق⁽²⁾، وعلى الرغم من عدم وجود أساس قانوني يخول المحكمة الإدارية العليا حق إنشاء المبادئ العامة للقانون أو العدول عنها، فإن قضاء المحكمة من الناحية العملية اخذ به حسب ما تقضي المصلحة وطبيعة الأوضاع فلها النظر بإمكانية العدول عن مبدئها السابق لمبدأ آخر لعدم ملائمة للأوضاع المتجددة والمتغيرة وعلى صعيد القوانين الإجرائية فقد تبنى المشرع العراقي مبدأ العدول عن أحكامه السابقة، إذ نصت المادة (155) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) منه لسنة 1969 المعدل على أن (للمحكمة أن تصدر قبل الفصل في النزاع ما تقتضيه

(1) انظر البند (ب) الفقرة (رابعاً) من المادة (2) التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة العراقي رقم (17) لسنة 2013

(2) نظم المشرع العراقي إنشاء مبدأ قانوني جديد والعدول عن مبدأ قانوني سابق في مجال المبادئ التي تضمنها مشروع القانون، بموجب الفقرة (ثانياً) من المادة (17) التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم 17 لسنة 2013 التي نصت على انه (لرئيس المجلس إحالة القضية على الهيئة العامة في الأحوال الآتية: أ- إذا أقرت احد الهيئات مبدأ جديد ب - إذا كان للمجلس رأي سابق يخالف الرأي الجديد ج - إذا أوصت الهيئة المكلفة بدراسة القضية بذلك د - إذا رأى المجلس إن القضية ذات أهمية أو تشكل مبدأ مهماً).

الدعوى من قرارات ولها أن تعدل عن هذه القرارات... وتأكيداً على ذلك نصت المادة (17/ ثانياً) من قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 المعدل (للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب ذلك في محضر الجلسة) وبذلك أن فكرة العدول أخذها المشرع العراقي وضمنها في النصوص القانونية.

وفي ضوء عدم وجود أساس قانوني للعدول عن مبدأ قانوني سابق في التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة، لا يوجد مانع قانوني يحول دون أن يتراجع القاضي عن تفسيره السابق في قضية مشابهة حتى وأن أستقر عليه مدة طويلة من الزمن، ونرى من خلال التطبيقات العملية من النادر إن نجد العدول في المبادئ القانونية الصادرة من المحكمة الادارية العليا، إلا إنه بالإمكان إن نذكر لها حكم قضائي في هذا الشأن فقد أستقر القضاء الإداري في العراق، على تعويض الموظف براتبه كاملاً (الراتب والمخصصات) للفترة التي أنقطع فيها عن عمله وكان خارج عن الخدمة لسبب لا دخل لإرادته فيه ونتيجة خطأ الإدارة بأبعاد الموظف بقرار يتضمن عزله أو فصله أو إقصائه أو أحالته إلى التقاعد دون بلوغه السن القانوني للإحالة على التقاعد خلافاً للقانون، فذهبت المحكمة الإدارية العليا في أحد قراراتها الصادرة بتاريخ 2015/1/22 وأصدرت المبدأ القانوني (لا يتحمل الموظف الأخطاء التي وقعت بها الإدارة)⁽¹⁾.

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (15/ أداري/ تمييز/ 2014) في 2015/1/22 في قضية تتلخص وقائعها أن المميز عليه (المدعي) (ج، ك، ن) يطعن بالأمر المتضمن رد التظلم المقدم منه في شأن مطالبته بالرواتب ما بين فترة أحالته إلى التقاعد ولغاية مباشرته، وذلك لان دأثرته قامت بحذف أسمه كونه مؤشر (سن قانوني) للإحالة على التقاعد وذلك لأنه من مواليد 1951، في حين إن المدعي عليه مشمول بالفصل السياسي وان إحالته حصلت خطأ في الوقت الذي كان المدعي عليه

إلا إن المحكمة الإدارية العليا لم تستمر على هذا الاتجاه فقد عدلت في قرراها الصادر في 2018 / 11 / 15 في قضية تتخلص وقائعها إن المدعي يطعن بالأمر الإداري المتضمن الامتناع عن صرف رواتبه للفترة ما بين أقالته في 2011 / 7 / 12 وأعادته إلى الوظيفة في 2014 / 3 / 11، لأن الموظف أعيد إلى الوظيفة بحكم قضائي بعد إلغاء قرار الإقالة لثبوت مخالفته للقانون، لذا قررت المحكمة صرف تعويض للمدعي عن رواتبه للفترة التي أبعدها عن الوظيفة بما يساوي رواتبه دون المخصصات⁽¹⁾، ونرى أن هذا التحول الكبير في قضاء المحكمة الإدارية العليا يرجع إلى الأزمات المالية التي مر بها العراق بسبب الحرب على الإرهاب وانخفاض أسعار النفط، فتعويض رواتب الموظف كاملة (راتب ومخصصات) يرهق ميزانية الإدارة.

ثالثاً: تمييز العدول عن مبدأ سابق عن مفاهيم أخرى مشابهة به
هناك تشابه وتقارب يربط العدول في أحكام المحكمة الإدارية العليا أو القضاء، ومفاهيم قانونية أخرى تختلف عنه من النواحي الجوهرية والأساسية، وتتشابه مع العدول من الناحية الشكلية وهذا ما سنوجزه بالآتي:

1- تمييز العدول عن مبدأ قانوني سابق من مفهوم تصحيح الأحكام القضائية:
الحكم القضائي قد يشتمل في بعض الأحيان على خطأ مادي بحت أو يقع في

==
مهياً للعمل وإحالته على التقاعد كانت خارجة عن إرادته، لذا قررت المحكمة الإدارية العليا بإلزام المميز (وزارة الدفاع) بصرف رواتب المميز عليه للفترة من 2011 / 8 / 1 ولغاية 2012 / 4 / 3 منشور.

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا رقم الإعلام (2018 / 1266) الصادرة بالدعوى المرقمة (106 / قضاء موظفين / تمييز / 2017) في 2018 / 11 / 15 غير منشور.

منطوق الحكم لبس أو غموض، فيجوز للمحكمة التي أصدرت الحكم بناءً على طلب الخصمين أو أحدهما تصحيح ما يقع في قرار الحكم، وتنحصر سلطة المحكمة في كشف اللبس أو الغموض دون المساس بذاتية ولا حجيته أو إعادة تغيير الواقع من جديد، وفقاً لما نصت عليه المادة (167) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل على أن (لا يؤثر في صحة الحكم ما يقع فيه من أخطاء مادية بحته كتابية أو حسابية وإنما يجب تصحيح هذا الخطأ من قبل المحكمة بناءً على طلب الطرفين أو أحدهما)⁽¹⁾.

لذلك يجب أن لا نخلط بين العدول القضائي وبين مفهوم تصحيح الأحكام القضائية، فالعدول يعني التحول من مبدأ قانوني سابق إلى مبدأ قانوني جديد، أما مسألة تصحيح الأحكام فأنها تقتصر على تصحيح الأخطاء المادية فقط الواردة في الحكم دون العدول عنه، ويشترط في العدول وجود حكمين قضائيين مختلفين في منازعات متشابهة في الوقائع احدهما يقر مبدأ قانوني جديد والآخر يعدل عن مبدأ قانوني سابق.

2- تمييز العدول عن مبدأ قانوني سابق من مفهوم عدول الإدارة في المرحلة اللاحقة للتعاقد:

ويقصد بعدول الإدارة عن التعاقد تصرف قانوني يقع بالإرادة المنفردة للإدارة في المرحلة اللاحقة للتعاقد ويجد مصدره وأساسه في اتفاق المتعاقدين أو في نصوص القانون، فهو أما عدول اتفاقي أو عدول تشريعي، فبالنسبة للأول باتفاق المتعاقدين على إعطاء خيار العدول عن العقد أو لكليهما أو لأحدهما بالإرادة المنفردة دون أن يتوقف على إرادة الطرف الثاني.

(1) القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969، وتطبيقاته العملية، ط2، موسوعة القوانين العراقية، بغداد، 2008، ص224.

أما العدول التشريعي فيكون بموجب نص خاص في القانون⁽¹⁾، ويكون عدول الإدارة عن المشروع موضوع التعاقد أو إيقاف البدء في تنفيذ العقد أو وقف الإدارة موضوع العقد مدة طويلة دون مبرر مشروع أو توقيع عقوبات بالغة الجسام على المتعاقد دون خطأ⁽²⁾.

ويختلف العدول القضائي تماماً عن مفهوم عدول الإدارة في المرحلة اللاحقة للتعاقد، فالعدول عن مبدأ قانوني سابق يشترط وجود حكمين قضائيين مختلفين في منازعات متشابهة صادرة من القضاء الإداري بينما العدول في المرحلة اللاحقة للتعاقد يكون بالإرادة الحرة للإدارة ويجد أساسه في بنود العقد أو في النصوص القانونية، في حين يجد العدول القضائي أساسه في التشريع كما في فرنسا ومصر أو في القضاء كما في العراق، ويكون موضوع العدول القضائي الحكم القضائي في حين يكون موضوع عدول الإدارة عن المرحلة اللاحقة للعقد مشروع بناءً أو مقاولات.

2- تمييز العدول عن مبدأ سابق من الأحكام المتناقضة:

يهدف القضاء إلى إصدار أحكام قضائية تنهي الخصومة أمام القضاء وتمنع عرض النزاع مجدداً لاستقرار الأحكام وقرينة على صحة الإجراءات المتبعة في إصدار الحكم، إلا أنه قد يصدر القضاء أحكام متناقضة ويقصد بتناقض الأحكام صدور حكمين قضائيين مكتسبين درجة البتات يخالف أحدهما الآخر أو صادرين من ذات الجهة

(1) د. منصور حاتم محسن وأسراء خضير مظلوم، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، بحث منشور في مجلة المحقق الخلي، كلية القانون، جامعة بابل، العدد 42، المجلد 4، 2012، ص 55.

(2) د. زكريا المصري، العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع العملي، ط 1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، القاهرة، 2014، ص 68.

القضائية أو إن يكون احدهما صادر عن جهة قضائية أخرى بشكل يؤدي إلى استحالة التنفيذ وإنكار العدالة، وجعل المشرع تناقض الأحكام سبباً من أسباب الطعن التمييزي وذلك لوجود نظام قضائي متكامل يمنع تعارض وتناقض الأحكام⁽¹⁾.

وبموجب الفقرة (2/ج/ رابعاً) من المادة (2) من التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة العراقي رقم (17) لسنة 2013 أنيطت للمحكمة الإدارية العليا منع تناقض وتعارض الأحكام التي نصت (التنازع الحاصل حول تنفيذ حكمين مكتسبين درجة البتات متناقضين صادريين من محكمة القضاء الإداري أو محكمة قضاء الموظفين في موضوع واحد بين الخصوم أنفسهم أو كان أحدهم طرفاً في هذين الحكمين وترجيح أحد الحكمين وتقرر تنفيذه دون الحكم الآخر).

ويشترط لقبول الطعن بسبب التناقض في الأحكام في نطاق القانون الإداري الآتي:
أ - أن يكون الحكمان المتناقضان صادران عن إحدى جهات القضاء الإداري (محكمة قضاء الموظفين أو محكمة القضاء الإداري) فيتم إحالة تنازع الاختصاص إلى هيئة تعيين المرجع⁽²⁾.

(1) استاذنا د. عامر زغير محيسن، تنازع الاختصاص في مجال القضاء الإداري، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد 1، المجلد 8، 2016، ص 12 وما بعدها.

(2) أنظر المادة (7/ثاني عشر) من التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (17) لسنة 2013 المعدل التي نصت على انه (إذا تنازع اختصاص محكمة القضاء الإداري أو محكمة قضاء الموظفين مع اختصاص محكمة مدنية فيعين المرجع هيئة تسمى (هيئة تعيين المرجع) قوامها ستة أعضاء ثلاثة يختارهم رئيس محكمة التمييز الاتحادية من بين أعضاء المحكمة وثلاثة آخرون يختارهم رئيس مجلس شورى الدولة من بين أعضاء المجلس وتجتمع الهيئة برئاسة رئيس محكمة التمييز الاتحادية ويكون قرار الهيئة الصادر بالاتفاق أو بالأكثرية باتاً وملزماً).

ب- وحدة موضوع الدعوى ولأجل تحقيق تناقض الأحكام يشترط إن يكون هناك اتحاد في موضوع الدعوتين ولو بشكل جزئي ووحدة الخصوم أو أحدهما أن يكون طرفاً في الحكمين المتناقضين.

ج- صدور حكمين مكتسبين درجة البتات متناقضين في موضوع واحد، وأن يكون الحكم قد حاز درجة البتات أي أستنفذ كل طرق الطعن، فتوحيد الأحكام المتناقضة لا يعد عدولاً وإنما توحيد تطبيق الأحكام القضائية في قضية واحدة.

والتناقض في الأحكام مصطلح تشريعي يتردد استعماله في العديد من النصوص القانونية، حيث ورد بالمادة (13/أولا / ب / 1) من قانون التنظيم القانوني رقم (160) لسنة 1979 المعدل التي نصت على انه (النزاع الحاصل حول تنفيذ حكمين مكتسبين درجة البتات متناقضين صادرين في موضوع واحد إذا كان بين الخصوم أنفسهم، وترجيح احد الحكمين وتقرر تنفيذه دون الحكم الآخر ولرئيس محكمة التمييز وقف تنفيذ الحكمين المتناقضين حين صدور القرار التمييزي)، وكذلك بالفقرة (4و5) من المادة (203) في قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل التي نصت (4- إذا صدر حكم يناقض حكماً سابقاً صدر في الدعوى نفسها بين الخصوم أنفسهم أو من قام مقامهم وحاز درجة البتات 5- إذا وقع في الحكم خطأ جوهري ويعتبر الخطأ جوهرياً إذا أخطأ في فهم الوقائع... أو كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه البعض) وكذلك المادة (217) من قانون المرافعات المذكور آنفاً⁽¹⁾ ونلاحظ إن تناقض الأحكام

(1) انظر المادة (217) من قانون المرافعات المدنية النافذ التي نصت (يجوز للخصوم ولرؤساء دوائر التنفيذ أن يطلبوا من محكمة التمييز النظر في النزاع الناشئ عن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادرين في موضوع واحد بين الخصوم أنفسهم وتفصل الهيئة العامة لمحكمة التمييز في هذا الطلب وترجح أحد الحكمين وتأمّر بتنفيذه دون الحكم الآخر وذلك بقرار مسبب).

لا يقتصر على حالة التناقض بين حكّمين صادرين من جهة قضاء واحداً أو جهات قضائية مختلفة بل هناك صور لتناقض الأحكام منها التعارض بين أجزاء منطوق الحكم الواحد أو بين المنطوق والأسباب أو بين الأسباب بعضها مع البعض أو يكون بين أدلة الإثبات أو قد يتعارض نص قانوني مع نص قانوني آخر.

كما ورد مصطلح التناقض في قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 بالمادة (64) التي نصت على انه (1- يشترط في الإقرار إلا يكذبه ظاهر الحال 2- أ- إذا ناقض المقر ما كان قد أقر به سابقاً، كان هذا التناقض مانعاً من سماع دعواه أو دفعة ب- يرتفع التناقض بقرار من المحكمة أو بتصديق الخصم أو بالتوفيق بين الإقرارين ج- يغتفر التناقض إذا ظهر عذر للمقر كان محل خفاء) فالتناقض في أدعاء المدعي يسبب بطلان الدعوى، كما أنه ورد التناقض في قانون التنفيذ العراقي رقم (45) لسنة 1980⁽¹⁾، فيتاحتم إزالة الغموض والتناقض في الحكم الواجب التنفيذ في مديرية التنفيذ، وفي النهاية لا يجب أن نخلط بين العدول القضائي والإحكام المتناقضة فيشترط التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (17) لسنة 2013 أن يكون الحكمان المتناقضان مكتسبين درجة البتات صادران من إحدى جهات القضاء الإداري (محكمة القضاء الموظفين أو محكمة القضاء الإداري) في حين العدول يكون بين حكّمين متناقضين صادران من محكمة واحدة هي المحكمة الإدارية العليا، كذلك يشترط في الإحكام المتناقضة وحدة موضوع الدعوى ووحدة الخصوم أو أحدهما في الحكّمين المتناقضين بينما يشترط في العدول وحدة الموضوع والحديث ولا يشترط وحدة الخصوم بالإضافة إلى ذلك أن تناقض الإحكام ينشئ نتيجة تنازع حاصل حول تنفيذ الحكّمين أما

(1) انظر: المادة (10) من قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980.

العدول فناشئ عن تغيير في قناعة القاضي الإداري.

4- تمييز العدول عن مبدأ قانوني سابق من الخروج الاستثنائي عن المبدأ:

يعد تكرار المبدأ القانوني الجديد في القرارات اللاحقة للمحكمة الإدارية العليا أمر إلزامي على القاضي الإداري لتكون أمام عدول عن مبدأ قانوني سابق وذلك لأن إنشاء المبدأ القانوني الجديد يحتاج إلى الثبات والاستقرار لفترة من الزمن لتكون أمام إرادة التغيير والعدول النهائي عن المبدأ القانوني السابق أو القديم، أي أن يصدر القاضي الإداري مبدأ قانوني مشابه للمبدأ الجديد الذي تم من خلاله العدول عن المبدأ القانوني السابق في منازعات مشابهة لها من حيث الموضوع والحيثيات⁽¹⁾، وبالتالي فأن العودة إلى المبدأ القانوني الأول أو القديم في القرارات اللاحقة لا يعد عدول، فالعدول على العدول أمر غير جائز، وهنا يجب التفريق بين فرضيتين:

الفرضية الأولى: عدم وجود دعوى جديدة معروضة أمام القضاء الإداري بموضوع وحيثيات الدعوى السابقة المعدول فيها عن المبدأ القانوني السابق، فهنا لم يحصل تأكيد للمبدأ القانوني الجديد لسبب خارج عن إرادة القاضي وفي هذه الفرضية لا يوجد ما ينفي وجود العدول عن مبدأ قانوني سابق.

الفرضية الثانية: وجود دعوى جديدة معروضة أمام القضاء الإداري بالموضوع والحيثيات نفسها للحكم المعدول عنه، فإما أن يصدر القاضي الإداري مبدأ قانوني مشابه للمبدأ الذي تم العدول فيه وهنا لا تثار أي مشكلة، لكن لو اصدر القاضي الإداري مبدأ قانوني جديد يختلف عن المبدأ القانوني الذي تم العدول فيه أي بصيغة

(1) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص 40 وما بعدها.

ثانية فتشور عدة مشاكل⁽¹⁾، وهذه المسألة تحتل ثلاث حالات:

الحالة الأولى: إن الخروج عن المبدأ القانوني السابق أو القديم كان بصورة استثنائية أي لم يقصد منها العدول، ولا شك أن الخروج الاستثنائي عن مبدأ قانوني قديم ينفي وجود العدول لأن من عناصر العدول إن يكون واضحاً ومؤكداً، ونلاحظ أن الخروج الاستثنائي عن المبدأ القانوني القديم استقر العمل به لسبب استثنائي ومن ثم الرجوع إلى العمل به مرة أخرى يؤدي إلى عدم تحقيق العدالة بين المتقاضين.

الحالة الثانية: إن الخروج عن المبدأ القانوني السابق أو القديم كان الغرض منه العدول لكن تبين انه حصل خطأ في التفسير من قبل القاضي الذي عدل المبدأ القانوني السابق لان من طبيعة البشر القصور والخطأ، فيعدل عن هذا المبدأ القانوني الجديد إلى المبدأ القانوني القديم.

الحالة الثالثة: إن الخروج عن المبدأ القانوني السابق أو القديم كان الغرض منه تحقيق مصلحة عامة فيعرض القاضي الإداري مسألة العدول فأما أن تلقي قبولاً فيتمسك به أو تواجه بالاعتراض فيعدل عنه⁽²⁾.

وهناك عدة شروط لتكون أمام عدول حقيقي منها أولاً: ليعد العدول حقيقي عن مبدأ قانوني سابق يجب إن يكون هناك وحدة بموضوع الدعوى بين المبدأ القانوني الجديد والمبدأ القانوني القديم الذي تم الفصل فيه وثانياً: مرور فترة زمنية تكفل الثبات والاستقرار على المبدأ القانوني الجديد والتأكد من عدم رجوع القاضي على المبدأ القانوني القديم وثالثاً: أن تكون لدى القاضي الإرادة للتغيير والعدول عن المبدأ القانوني السابق

(1) هديل محمد حسن المياحي، مصدر سابق، ص 71.

(2) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق ص 33.

والقديم وبالتالي عدم العدول والعودة إلى المبدأ القانوني الأول القديم⁽¹⁾.

رابعاً: أهمية العدول عن مبدأ قانوني سابق

إن العدول عن مبدأ قانوني سابق وإن كان له آثار سلبية ويستعمل في حدود ضيقة وضرورية، إلا أنه لا يمكن إن نكر ما للعدول عن مبدأ قانوني سابق من أهمية في القضاء بصورة عامة والقضاء الإداري بصورة خاصة، تتجلى في دعمه للحقوق والحريات العامة للإفراد، فالثبات والاستقرار مطلوب وبعكسه تتولد حالة عدم الاستقرار للمراكز القانونية للإفراد وانعدام الأمن القانوني وسواء بين الأفراد بعضهم مع بعض أو بينهم وبين الدولة وسواء كانت أطرف هذه العلاقات من الأشخاص الطبيعية أم من الأشخاص المعنوية إلا أن هذا لا يعني أن تبقى جامدة وإلا تتعرض مطلقاً للتغيير، وإنما إلا يفعل ذلك بطريقة المباشرة والمفاجئة أو أن تعدل عن مبادئ قانونية سابقة تمس الحقوق المكتسبة للإفراد التي تتمتع بدرجة كبيرة من الأهمية أو أن تصطدم مع توقعاتهم المشروعة⁽²⁾.

فالقاضي الإداري حينما يجتهد في الكشف عن مبدأ قانوني جديد يجري موازنة بين ما يصدره من مبادئ وبين الظروف الواقعية المحيطة بالنزاع، والمصالح المتشابكة لذلك يتميز القاضي الإداري عند إنشائه المبادئ العامة للقانون بالمرونة والواقعية وإن لا تكون قيدياً على المستقبل لا في مواجهة الإدارة ولا في مواجهة القضاء، فهو دائم الاتصال

(1) سجاد حسين عبد الشيباني، العدول في قرارات المحكمة الاتحادية العليا، رسالة ماجستير، معهد العلمين، 2015، ص 49.

(2) د. محمد يسري العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 244.

بالحياة العملية فالقاضي الإداري يتأثر بالضرورة بالمناخ السياسي وبحالة الرأي العام⁽¹⁾.
ويعد العدول دعامة لتفادي فكرة إنكار العدالة، فهو يصحح موقف القاضي الإداري، كامتناع القاضي عن النظر في المنازعة المعروضة أمامه بسبب عدم الاختصاص، فيستطيع فيما بعد أن يعدل عن موقفه وينظر الدعوى، ويبارس صلاحياته للحكم بالموضوع ويصحح مسار القضاء ويكون دعامة للنصوص القانونية، كما أن أحكام القضاء الإداري قد يشوبها الخطأ والقصور لان كل ما يصدر من البشر يتسم بالنقص وعدم الكمال، فيقوم القضاء الإداري بتصحيح هذه الأخطاء في أحكامه وتطويرها ليتماشى مع التطور الحاصل في الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، ولكون أحكامه وقرارات القضاء الإداري تتمتع بالحجية النسبية كانت الداعم الرئيسي في أهمية العدول عن مبدأ سابق⁽²⁾.

ومنذ توقيع فرنسا على الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في 4 / 11 / 1950، قرر مجلس الدولة الفرنسي إن المبادئ العامة للقانون المستمدة من قانون الاتحاد الأوروبي ملزم للقانون وبالتالي للسلطة التنظيمية لذلك يجب على القضاء في مجلس الدولة الفرنسي احترام المبادئ العامة للقانون للاتحاد عند إصدار مبدأ قانوني جديد، وقد قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان انه يمكن العدول عن مبدأ قانوني سابق في احد أحكامها حيث جاءت فيه (فمثل هذا العدول يمكن تبريره على سبيل المثال إذا أريد له أن يكفل أن يكون تفسير الاتفاقية متسقاً مع تطور المجتمع وان يظل

(1) عمار حسين الموسوي، مصدر سابق، ص 129.

(2) د. احمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 123.

مطلقاً للظروف الراهنة)⁽¹⁾.

وفي ضوء ما تقدم مارس مجلس الدولة الفرنسي العدول عن مبدأ قانوني سابق في العديد من قراراته، بعد أن انتهج القاضي الإداري منهج المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومنها على سبيل المثال المطالبة بحقوق السجناء الذين هم قبل كل شيء مواطنين، الأمر الذي دفع القاضي الإداري إصدار العديد من القرارات التي وسعت رقابة القاضي الإداري على أعمال المؤسسات العقابية فقد عمل القاضي الإداري على التخلي عن أحد المبادئ التي أستقر عليها فترة طويلة وهو (مبدأ الخطأ الظاهر على قدر من الجسامة)⁽²⁾، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه بأنه (في حالة انتحار أحد السجناء فإن أثبات الخطأ البسيط يكفي لقيام مسؤولية الإدارة)⁽³⁾.

إما بالنسبة للعراق فقد نوهنا سابقاً من النادر أن نجد عدول في المبادئ العامة للقانون الصادرة في قرارات المحكمة الإدارية العليا، وذلك باعتقادنا أن المحكمة حديثة النشأة فضلاً عن توجه القاضي الإداري بالمحكمة الإدارية العليا بالالتزام بالسوابق القضائية من الناحية العملية، وحتى تتضح الرؤية في موضوع أهمية العدول بالإمكان الاستئناس بالقرارات الصادرة عن مجلس الدولة العراقي في مجال الرأي والمشورة القانونية على سبيل المثال كون موضوع الرسالة يخص الأحكام وليس الفتاوى والآراء الاستشارية، فقد عدل مجلس الدولة في أكثر من قرار لتصحيح الأحكام

(1) DALLOZ Etudiant-Actualité: La CEDH en question actu. Dalloz- etudiant.fr.

(2) Rakotoarinovy Conseil d'Etat français dans sa décision du 3 octobre 1958 dans l'affaire du.

(3) Le Conseil d'Etat français, dans sa décision du 23 mai 2003 dans l'affaire Chabba.

الخاطئة او لتحقيق المساواة والعدالة بين الأفراد، حيث اصدر مبدأ قانوني بتاريخ 2007/12/31 نص على أنه (1- الجرائم المخلة بالشرف محددة في القانون 2- لا يقبل المتقدم للدراسة في المعهد القضائي إذا كان قد سبق الحكم عليه بعقوبة الحبس عن جريمة أهانه وتهديد المحكمة وفق المادة (229) من قانون العقوبات)⁽¹⁾، وتتلخص وقائع الحكم أن وزارة العدل طلبت الرأي والمشورة القانونية من مجلس الدولة لبيان الجهة التي تحدد كون الجريمة مخلة بالشرف كالسرقة والاختلاس وخيانة الأمانة وهتك العرض والاحتيال والرشوة والتزوير حيث وردت على سبيل المثال لأنها مسبقة بحرف (الكاف) لا الحصر وأن قانون العقوبات قد كرس مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) في المادة (1) منه (حيث أن من نتائج مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص أن الجريمة تكتسب أوصافها القانونية من نص القانون لا من أرادة من يطبقه، وأن المستوضح عنهم محكوم عليهم بالحبس مدة ستة أشهر وفق المادة (229) من قانون العقوبات العراقي النافذ المذكور آنفاً، دون أن يرد نص يعد هذه الجريمة مخلة بالشرف وتأسيساً لذلك أصدر المجلس المبدأ أعلاه وعدها من الجرائم المخلة بالشرف وأعتبر أن هذه الجرائم محددة بالقانون، فممنع المستوضح عنهم من التقديم للدراسة في المعهد القضائي، إلا أن مجلس الدولة عدل عن هذا الاتجاه في قضية أخرى مماثلة في القرار الصادر بتاريخ 2017/4/6 وأصدر مبدأ قانوني جديد خلاف المبدأ القانوني السابق وقد نص على أنه (أولاً: الجرائم المخلة بالشرف قد وردت من الفقرة (أ) من المادة (21) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 على سبيل المثال وثانياً: لا

(1) قرار مجلس الدولة العراقي في مجال الرأي والمشورة القانونية رقم (2007/89) في 2007/12/13، منشور في قرارات وفتاوى مجلس الدولة، وزارة العدل، 2007، ص 251.

تعد حيازة المخدرات أو تعاطيها المنصوص عليها في قانون المخدرات رقم (68) لسنة 1968 من الجرائم المخلة بالشرف⁽¹⁾.

تبين لنا مما تقدم إن المشرع العراقي لم ينظم العدول في قرارات المحكمة الإدارية العليا بنصوص قانونية كما فعل المشرع المصري باستثناء بعض النصوص العادية التي أكتفت فقط بالإشارة إليه من دون بيان معناه أو شروطه وأسبابه، ونرى أن للعدول عن مبدأ قانوني سابق أهمية بالغة تتجسد بتجنب تطبيق المبادئ التي لم تعد تتلاءم مع الظروف الموجودة في المجتمع سواء من الناحية القانونية والاجتماعية أو السياسية أو غيرها، وتطبيق المبادئ القانونية التي تزيد من الحماية القانونية للحقوق والحريات للأفراد، مما يتطلب أن يعدل القاضي عن رأيه السابق، فضلاً عن ذلك يعد العدول وسيلة رئيسية لتصحيح الأحكام القضائية الخاطئة، وندعو المشرع العراقي إلى وضع نصوص قانونية في قانون مجلس الدولة لتنظيم العدول عن مبدأ قانوني سابق.

الفرع الثاني

ضوابط عدول المحكمة الإدارية العليا عن مبدأ قانوني سابق

إن الهدف والغاية من إنشاء المحكمة الإدارية العليا ليكون لها القول والفصل في ترسيخ المبادئ العامة للقانون، وتناسق الأحكام ومبادئ القضاء الإداري واستقرارها ومنع التناقض فيها، وقد حدد المشرع اختصاصات المحكمة باختصاصات قضائية وولاية نظر خاصة بها لا تشاركها فيها أي جهة أخرى، فقد أناط بها مهمة التعقيب

(1) قرار مجلس الدولة العراقي في مجال الرأي والمشورة القانونية رقم (55/2017) في 6/4/2017، منشور في قرارات وفتاوى مجلس الدولة، 2017، ص 162.

النهائي على الأحكام ليربط شتاتها ربطاً متكيفاً مع التطور في سير المرافق العامة، ويمنع صدور أحكام تتضمن مبادئ عامة متعارضة ومتناقضة بين أحكام القضاء الإداري، ويلقي أي حكم يخالف مبدأ سبق وأن أستقر عليه قضاء المحكمة لتحقيق الاتساق والاستقرار والثبات⁽¹⁾، وبسبب ارتباط القضاء الإداري بالحقوق والحريات الأساسية للإفراد من جهة وحماية المصلحة العامة من جهة أخرى للحفاظ على مبدأ المشروعية، وضعت شروطاً من خلالها إن يعدل القضاء الإداري عن مبادئه السابقة، ولا بد من التنويه إلى إننا اعتمدنا على مصر في الكشف عن هذه الشروط وذلك لان التنظيم القانوني في العراق جاء خالياً منه و نظم العدول عن مبدأ قانوني سابق في قانون مجلس الدولة المصري بموجب المادة (54 مكرر) المضافة بالقانون رقم (136) لسنة 1984 كل ذلك إذا توفرت الشروط الآتية:

أولاً: إن يكون العدول يتعارض مع ما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا
حتى يكون هناك عدول قضائي حقيقي وأكد يجب أن يكون المبدأ القانوني السابق والمستقر عليه واضحاً وغير غامض، كما يجب أن يكون المبدأ القانوني الجديد واضح وغير غامض ومتناقض مع المبدأ القانوني السابق على الرغم من وحدة موضوع الدعويين وأسبابهما مع عدم وحدة الخصوم أنفسهم أي أن الخصوم في الدعوى السابقة ليس طرفي الدعوى نفسها عند إقرار المبدأ القانوني القديم والمبدأ القانوني الجديد، فلا يعد عدولاً في أحكام القضاء الإداري مجرد التطوير في حيثيات المبدأ دون أن يخالف مبدأ قانوني سبق وأن أستقر عليه وعلى سبيل المثال في العراق لا يعد عدولاً عن مبدأ

(1) د. محمد عبد الكريم العيسى وشاكر بن علي الشهري، المحكمة الإدارية العليا في نظام ديوان المظالم السعودي، ط 1، مكتبة، القانون والاقتصاد، الرياض، 2011، ص 104.

قانوني سابق عندما اصدر القضاء الإداري مبدأ قانوني في احد قراراتها الصادر بتاريخ 2006 /1 /23 نص على انه (أن أثبات الخدمة المطلوب احتسابها من الوقائع المادية التي يجوز أثباتها بطرق الإثبات كافة)⁽¹⁾.

في حين نجد المحكمة الإدارية العليا أصدرت مبدأ قانوني جديد في قرارها الصادر بتاريخ 2017 /5 /25 نص على انه (لا يجوز أثبات الخدمة الوظيفية بالبيئة الشخصية ما لم يثبت تلف إضرابه الشخصية)⁽²⁾ كما أنه لا يعد عدولاً في أحكام القضاء الإداري عند استبدال العبارات او تغير الأسباب في الحكم القضائي، ولا نكون أمام عدول عند إضافة عبارات أو مفاهيم للمبدأ السابق دون المساس بمحتواه، فضلاً عن ذلك يجب أن يكون المبدأ القانوني السابق سهل القراءة لا غموض أو لبس فيه وهذا شرط أساسي وضروري لأنه يساعدنا لمعرفة العدول الحقيقي والغير الحقيقي⁽³⁾.

ثانياً: إن يكون العدول القضائي إرادياً وغير مفروض

إن استقلال القضاء هو الضمانة الأولى لتحقيق العدالة في المجتمع، فالقضاء يعد الملاذ الآمن للمواطنين، للحفاظ على حقوقهم وحررياتهم من الاعتداء عليها، فالقاضي بدون الاستقلال لا يستطيع أن يؤدي رسالته في الفصل بالمنازعات المعروضة عليه، واستقرار الأحكام القضائية وأن أي تدخل في عمل القضاة وخاصة من جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية وبالأخص السلطة الأخيرة يخل بتوازن العدل ويقوض دعائم

(1) قرار الهيئة العامة في مجلس الدولة سابقاً المرقم (17/ انضباط / تمييز/ 2006) في 2006 /1 /23 منشور.

(2) قرار المحكمة الادارية المرقم (787/ قضاء الموظفين/ تمييز/ 2017) في 2017 /5 /25 منشور.

(3) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص 30-31.

الحكم، لذلك كفلت النظم القانونية في أغلب الدول نزاهة القضاء واستقلاله بعيداً عن المؤثرات الأخرى⁽¹⁾. وللقاضي الحرية في توليد قناعته الذاتية والعدول عن مبدأ قانوني سابق، إلا أن ذلك لا يعني أن تكون قناعاته مؤسسة على حدسه وإنما اعتماده على اقتناع عقلي لا العاطفة، حتى وأن كانت أحكام المحكمة الإدارية العليا ملزمة وغير قابلة للطعن، إلا أنه يشترط أن يسند القاضي حكمه إلى أسباب معينه يقرأها الناس⁽²⁾.

أما إذا تدخل المشرع وعدل في النصوص القانونية فأصبح لازم على القاضي الإداري العدول عن مبدأ قانوني سابق لان القاضي ملزم باتباع أرادة المشرع وإلا أصبح مخالف للقانون، وهنا لا يعد عدول حقيقي بإرادة القاضي وإنما عدول قانوني بقوة القانون⁽³⁾.

ونجد إن كثرة التشريعات القانونية التي صدرت في فرنسا ومصر والعراق أدى إلى زيادة التراجع عن المبادئ العامة للقانون التي كانت تحكم مسيرة القضاء الإداري لفترة طويلة من الزمن منذ أنشاء مجلس الدولة الفرنسي سنة 1872، وهناك العديد من المبادئ التي عدل عنها القضاء الإداري لصدور نصوص تشريعية أجبرت القاضي الإداري على تغيير مبدئه وعلى سبيل المثال فالمبدأ القانوني الذي نص على انه (يعد سكوت الإدارة قراراً ضمناً بالرفض) الذي أصدره مجلس الدولة الفرنسي استناداً للمرسوم رقم (26) لسنة 1969 الذي نص (أن الصمت لمدة شهرين من قبل الإدارة على الطلب

(1) د ماجد نجم عيدان الجبوري و أ. م. د. فرات رستم أمين الجاف وانتصار فيصل خلف الجبوري، استقلال القضاء وضمائنه وأثرها في تعزيز مبدأ القاضي الطبيعي، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، مجلد 6، العدد 23، 2018، ص 4.

(2) د. رمزي عوض، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 230.

(3) سجاد حسين عبد الشيباني، مصدر، سابق ص 58.

بمثابة رفض) والذي عدل عنه بالمرسوم رقم 3013 /1005 الذي نص على أنه (سكوت الإدارة قبول ضمنى ويتصف بالمشروعية)⁽¹⁾ فهذا لا يعد عدول قضائي بالإرادة الحرة للقاضي وإنما عدول قانوني لصدور تشريعات أجبرت القاضي الإداري على العدول، ومن تطبيقاتها أيضا المبدأ القانوني الذي نص على انه (عدم وجوب تسبب القرارات الإدارية ما لم يوجد نص يوجب ذلك) وهو أحد المبادئ غير المكتوبة الذي طبق في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ردحاً من الزمن منذ إصدار حكمه في قضية (Harrouel) بتاريخ 1880 /8 /30⁽²⁾، ولحين العدول عنها في قضية (Billard) الصادرة بتاريخ 1950 /1 /27 والذي كان عدول بالإرادة الحرة للقاضي بعد ما قدم مفوضي الحكومة الأستاذ (لوترنير) تقريره بهذه القضية، والذي ألزم عمل لجان ضم الأراضي الزراعية (وهي هيئات إدارية ذات اختصاص قضائي) بتسبب قراراتها حتى في حال عدم وجود نص يلزم بذلك حتى يتسنى للقاضي الإداري بسط رقابته في شأنها⁽³⁾، وقد أكد القاضي هذا المبدأ بعد مرور عشرين سنة على هذا الحكم في حكمه الصادر في قضية (Agence Maritime Marseille-Fret) بتاريخ 1970 /11 /27 وقد أخذ بهذا المبدأ في القرارات الإدارية العامة (التنظيمية أو اللائحية) ولم يؤخذ بها بالنسبة للقرارات الفردية⁽⁴⁾.

(1) استأذنا. عامر زغير محيسن، الاتجاه الحديث في تفسير سكوت الإدارة، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، كلية القانون، جامعة القادسية، العدد 2، المجلد 8، 2017، ص 15.

(2) د. محمد عبد اللطيف، تسبب القرارات الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 80.

(3) C. E27 January 1950, sirey.p.41 conclusion Letourneur.

(4) C.E.27 novembre 1970, Rec, p.704.

وفي مصر أصدرت المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ القانونية في هذا الشأن العديد من الأحكام، منها المبدأ القانوني في الطعن المرقم (9854) لسنة (50) قضائية الصادر بتاريخ 29/4/2007) والطعن المرقم (42458) لسنة (57) قضائية والصادر بتاريخ 18/2/2014 الذي نص على انه (أن سعر صرف الدولار الذي يتخذ أساساً لحساب جميع المستحقات المالية للعاملين خارج جمهورية مصر العربية ممن يتقاضون مستحقاتهم المالية من موازنة الدولة يتحدد بسعر الصرف وقت الوفاء)، إلا إن المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ القانونية عدلت عن المبدأ القانوني السابق إلى مبدأ قانوني جديد بالطعن الصادر بتاريخ 2/6/2018 الذي نص (1- عدول المحكمة الإدارية العليا عن الاتجاه السائد في إحكام المحكمة الإدارية العليا واعتبار سعر صرف الدولار وقت الاستحقاق أساساً لحساب جميع المستحقات المالية للعاملين خارج جمهورية مصر العربية ممن يتقاضون مستحقاتهم المالية من موازنة الدولة 2- توجيه لجان التوفيق في بعض المنازعات أو قرارها وأن ذيل بالصيغة التنفيذية له قوة السند التنفيذي لا يكتسب حصانة أمام القضاء إذا ما طرح عليه النزاع على النحو المبين بالأسباب)⁽¹⁾، وبناءً على هذا التعديل الأخير للقانون باتت قرارات لجان التوفيق واجبة النفاذ في حق الجهة الإدارية متى ما كانت قيمة المنازعة لا تتجاوز أربعين ألف جنيه أو تعلقت المنازعة بالمستحقات المالية للعاملين خارج جمهورية مصر العربية.

وفي العراق اصدر القضاء الإداري مبدأ قانوني مفاده (لا تسمع دعاوى الطلبة التي

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا، دائرة توحيد المبادئ القانونية بالطعن المرقم (3001) لسنة (56) قضائية في 2/6/2018؛ د. إسلام توفيق، مصدر سابق، ص 195 وما بعدها.

تقام على وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بالقبول والانتقال⁽¹⁾ الذي عدلت عنه بعد صدور القانون رقم (3) لسنة 2015 وأصدرت المبدأ القانوني بتاريخ 22/6/2017 الذي نص على أنه (أن الحكم القاضي بمنع سماع الدعاوى المتعلقة في شؤون طلبة التعليم العالي والبحث العلمي قد تم إلغاؤه بأثر رجعي)⁽²⁾، وذلك بسبب إلغاء الفقرة (2) من المادة (38) في قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم (40) لسنة 1988 التي تضمنت منع المحاكم من النظر في دعاوى تقييم الشهادات العلمية والدرجات العلمية ودعاوى منح الألقاب والشهادات العلمية الفخرية بموجب قانون إلغاء النصوص القانونية التي تمنع من سماع الدعاوى رقم (17) لسنة 2005 الذي ألغى النصوص القانونية كافة أينما وردت في القوانين والقرارات الصادرة من مجلس قيادة الثورة (المنحل) من 17/7/1968 ولغاية 9/4/2003 التي تقضي بمنع المحاكم من سماع الدعاوى الناشئة من تطبيق القوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل) وأستثنى من ذلك قوانين وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ووزارة التربية والضرائب وقرارات منع التجاوز على أراضي الدولة التي تم إلغاؤها بالمادة (1) من القانون رقم (3) لسنة 2015 الذي ألغى جميع الاستثناءات المنصوص عليها بالقانون رقم (17) لسنة 2005، فهذه التطبيقات العملية التي قام بها القضاء الإداري في فرنسا ومصر والعراق لا يمكن أن نصفها بالعدول القضائي لأنها لم تكن بإرادة القاضي وإنما بإرادة المشرع الذي تدخل وعدل النصوص القانونية الأمر الذي دفع

(1) قرار الهيئة العامة في مجلس الدولة سابقاً بالقرار المرقم (42/ انضباطية / تمييز / 2008) في 6/3/2008 منشور.

(2) قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (883/ قضاء موظفين / تمييز / 2015) في 22/6/2017 منشور.

المحاكم الإدارية بالعدول عن مبدأ قانوني سابق الى مبدأ قانوني جديد لان القاضي لا يمكن أن يخالف إرادة المشرع .

ثالثاً: إن يكون العدول عن مبدأ سابق كلياً

من شروط العدول لتكون أمام عدول حقيقي عن مبدأ قانوني سابق في أحكام القضاء الإداري ينبغي أن يكون كلياً أو كاملاً، أي أن التغيير يكون شاملاً على المبدأ القانوني الذي قرره المحكمة، فإذا كان التغيير جزئي أو مشروط بشروط فلا نكون أمام عدول، ولهذا الشرط أهمية كبيرة لأنه يؤدي إلى نفي العدول في العديد من المبادئ وقرارات المحكمة الإدارية العليا⁽¹⁾.

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية الموظف (Heyries) بتاريخ 1918/7/28 الذي فصل من الوظيفة دون أن تمكنه الإدارة من الاطلاع على ملف خدمته ، والذي طعن أمام مجلس الدولة في دستورية القرار الخاص بإيقاف المادة (65) لأن الحكومة لا تملك إصدار مثل تلك القرارات، فأصدر المجلس حكمه بدستورية المادة وأيد موقف الحكومة مقرأً لها تلك الضمانة، وذلك لأنه بتاريخ 1914/9/10 أصدر رئيس الجمهورية الفرنسية قراراً بإيقاف المادة أعلاه من القانون الصادر بتاريخ 1905/4/22 الخاص بضمانات الموظفين واعتبر المجلس أن هذه الضمانة مشروعة خلال فترة الحرب، ويعتبر هذا الحكم يستند إلى نظرية الضرورة، إلا أن هذا الحكم أنتقد من الفقه الفرنسي، الأمر الذي دفع مجلس الدولة بالتراجع عن مثل هذه الحجة واستعان بظروف الحرب باعتبارها صورة من صور الظروف الاستثنائية في قضية (Dames Dol Etaurent) في سنة 1919 حيث نص على أنه (أن حدود السلطة العامة

(1) هديل محمد حسن المياحي، مصدر سابق ص 68.

للبوليس التي تمتلكها الحكومة للمحافظة على الأمن العام لا يمكن أن تكون في حالة السلم هي نفسها في حالة الحرب حيث يتطلب مصالح الدفاع القومي التوسع في هذه السلطة ويتحتم وسائل أشد لحفظ الأمن العام⁽¹⁾. فتغيير أسباب الحكم أو الظروف التي يستند عليها القاضي الإداري لا يعد عدولاً.

وفي العراق استقر القضاء الإداري على إمكانية إعادة الموظف المعزول من الوظيفة أيها، فقد قضى في احد قراراته الصادر بتاريخ 2008 / 6 / 10 (تمتد آثار عقوبة العفو العام لتزيل عقوبة العزل المفروضة على الموظف بعد انقضاء الدعوى ومحو حكم الإدانة وسقوط جميع العقوبات طبقاً للمادة (153) من قانون العقوبات الأمر الذي يتطلب إعادة الموظف إلى وظيفته أو أي وظيفة أخرى)⁽²⁾، ثم أصدرت المحكمة الادارية العليا مبدأ قانوني بتاريخ 2017 / 9 / 24 جاء فيه (لا يجوز تعيين الموظف المعزول)⁽³⁾، ونرى أن هذا لا يعد عدول عن مبدأ قانوني سابق لان المبدأ القانوني السابق يشمل من فرضت عليه عقوبة العزل بصورة تبعية لجريمة مرتكبة من قبله، ثم صدر قرار العفو العام بحقه بخلاف المبدأ القانوني الجديد التي تخص من فرضت بحقه عقوبة العزل كعقوبة انضباطية.

(1) د. كاظم علي الجنابي، سلطات رئيس الدولة التشريعية في ظل الظروف الاستثنائية، ط1، المركز القومي القاهرة، 2015، ص32.

(2) قرار الهيئة العامة في مجلس الدولة سابقاً بالقرار المرقم (133) انضباطية / تمييز / 2008 في 2008 / 6 / 10 منشور.

(3) قرار المحكمة الادارية العليا رقم (1388) قضاء موظفين / تمييز / 2017 في 2017 / 9 / 24 منشور.

رابعاً: التأكيد اللاحق للعدول عن مبدأ قانوني سابق

كما أسلفنا أن من شروط العدول إن يكون إرادياً وليس إلزامياً، وبالتالي فإن العدول عن مبدأ قانوني سابق يجب أن يرتكز على تغيير الظروف من حيث الواقع وليس من حيث القانون، وتكرار المبدأ القانوني الجديد يعني تأكيد الاتجاه الإرادي للقاضي الإداري نحو العدول، وتأكيد المبدأ القانوني الجديد الذي تم العدول من خلاله عن المبدأ القانوني أو القرار السابق يعد شرط مهم وأساسي لصحة التأكيد اللاحق للعدول القضائي، وذلك بأن يصدر مبدأ قانوني مشابه للمبدأ القانوني السابق الذي تم العدول من خلاله في دعوى قضائية أو مشورة قانونية مشابهة لها من حيث الموضوع والأسباب أي أن يتم صدور مبدأ قانوني نفسه المعدول إليه ويؤكد العدول⁽¹⁾.

فتأكيد العدول عن مبدأ قانوني سابق من جانب القاضي الإداري يعد وسيلة أساسية لصحة تفسير القاضي الإداري الجديد، فالتأكيد القضائي يعد دليلاً غير قابل للدحض على وجود عدول قضائي عن مبدأ قانوني سابق، ولا يعني تكرار المبدأ القانوني الجديد مجرد تبني لهذا المبدأ كما أعلن عنه القاضي الإداري في المرة الأولى وتأكيدة فحسب، بل يكون التكرار لتنقية أو تكملة المبدأ القانوني الجديد فنكون إمام فكرة ثانية وهي الفائدة من تكرار المبدأ القانوني الجديد⁽²⁾، إلا أنه يجب التفرقة بين حالات التأكيد على المبدأ القانوني الجديد⁽³⁾.

(1) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص 35 وما بعدها.

(2) د. ميثم حنظل شريف وصبيح وحوح حسين الصباح، مصدر سابق، ص 1193.

(3) لمزيد من التفاصيل ينظر: المبحث الأول، المطلب الأول ص 113 وما بعدها من الفصل.

خامساً: إن يكون العدول عن مبدأ قانوني سابق لتحقيق المصلحة العامة يعد وجود قضاء إداري متخصص ضماناً أكيدة لحماية حقوق وحرية الأفراد، كونه يمارس مهمة أساسية وفعالة من خلال الرقابة على أعمال الإدارة لتكون تصرفاتها تتطابق مع القانون وأنيطت به حل النزاعات الإدارية الناشئة بين الأفراد والإدارة، فأن رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة تحقق التوازن بين المصلحة العامة والخاصة وبه تكتمل عناصر الدولة القانونية، وكلما تعددت حاجات الناس كلما زاد تدخل الإدارة في تنظيم المجتمع كل ذلك يستدعي وجود القضاء الإداري الذي يتمتع بولاية الفصل في المنازعات المعروضة عليه⁽¹⁾.

وإن المؤكد استقرار المحكمة الإدارية العليا ومجلس الدولة على اجتهاداتها القضائية يعطي لها القوة، إلا أن في الوقت نفسه التراجع عن الاجتهاد أو إقرار مبدأ قانوني جديد غير المبدأ القانوني السابق، يعد إجراء قضائي حيوي وضروري جداً لأنه يساعد على تجنب تطبيق القوانين البالية خصوصاً بعد التطور السريع في المجتمع الذي يكون فيه التقدم التكنولوجي أسرع بكثير من التغييرات في التشريع⁽²⁾.

كل هذا دفع القاضي الإداري للعدول تماماً عن قراراته السابقة وتبني قرارات جديدة تكون أكثر حماية لحقوق الأفراد وحريةهم والمصلحة العامة، والقاضي الإداري يقوم بدور ايجابي لتحقيق العدالة، فجوهر حكم الدولة هو أن يعطي كل إنسان حقه

(1) رمسيه يتطاون، دور القضاء الإداري في حماية مبدأ المشروعية، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والسياسة، جامعة محمد خضير بسكرة، الجزائر، 2016، ص24.

(2) د. بوشير محمد امقران، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، بحث منشور في مجلة المحاماة، الجزائر، العدد 2، 2004، ص5.

والتوازن بين المصالح المتعارضة، ويكمن دور القاضي في الترجيح العادل بين المصالح المتنازعة عليها وتوجيهها نحو المعنى الحقيقي للخير ويسعى القاضي إلى إيجاد حل وسيطاً ورحيماً ومن هذه الجوانب الأخلاقية يصدر القاضي حكمه لتحقيق العدالة، والقاضي الإداري هو الذي أنيطت به مهمة تطبيق القانون، والعدل الذي يحكم به هو عدل مصنوع باعتبار أن القانون مصنوع من الإنسان نفسه، فلذلك القاضي لا يطبقه بصورة حرفية فهو ليست آلة وإنما يجب عليه التقريب بين هذا العدل المصنوع الذي وضعه المشرع والعدل المطلق الذي يأمل بتحقيقه وينبغي عليه أن يتعد عن الدور السلبي من خلال مد يد العون إلى الأشخاص الذين يلجئون إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم، ولا نقصد بذلك الانحياز إلى أحد أطراف الدعوى لان من مستلزمات وظيفة القضاء الرئيسية التزام الحياد⁽¹⁾.

ومن التطبيقات العملية في مجلس الدولة الفرنسي في العدول عن مبدأ قانوني سابق لتحقيق المصلحة العامة في ما يتعلق بالتعيين في الوظائف العامة، فقد أستقر مجلس الدولة برفض مناقشة مدى صحة تقدير الإدارة شروط القبول في المسابقات التي تعقد لشغل أحد الوظائف العامة⁽²⁾ إلا أن تطور قضائه دفع مجلس الدولة للعدول عن الاتجاه السابق وأخذ بالرقابة خاصة في ما يتعلق بالكفاءة المطلوبة في المرشح لكي يدخل ضمن قائمة المقبولين في المسابقة⁽³⁾.

(1) د. أكرم محمود حسين، إسماعيل إبراهيم محمد، الدور الايجابي للقاضي في المهلة القضائية بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الموصل، العدد 25، المجلد 7، 2018، ص30.

(2) C.EI6 april 1973, Jacques, Rec, 1973.p.288.

(3) C.EI9 Juin 1981, Renault de la Mother Tables, p.177.

ومن تطبيقاتها أيضاً، عندما عدل مجلس الدولة الفرنسي عن الاتجاه التقليدي، حيث قضى في أكثر من قضية مبدأ قانوني نص على أنه (أن نطاق رقابة مجلس الدولة يقف عند التحقق من صحة الوجود المادي للوقائع فقط دون مناقشة درجة الجزاء المطبق)⁽¹⁾.

وأتمجه مجلس الدولة الفرنسي نحو أعمال رقابة الخطأ ويمكن للقضاء الأخذ به في مراقبة مدى تناسب وخطورة الجزاء التأديبي على الموظف مع المخالفة المرتكبة، وهذا ما نجده في قضية (Lebon) والذي كان يعمل مدرساً بأكاديمية (تولوز) وأتهم بارتكابه أفعالاً مخللة بالآداب مع طالباته في الفصل، لذلك قررت الإدارة أحالته للتقاعد، إلا أنه طعن بالآمر أمام مجلس الدولة على أساس عدم تناسب الجزاء التأديبي مع الفعل المنسوب إليه، إلا أن مجلس الدولة رفض الطعن وأصدر مبدأ قانوني جديد نص على أنه (لا يتضح من الأوراق ما يفيد على أن هذا الجزاء يقوم على خطأ بين في التقدير)⁽²⁾.

سادساً: إن يكون العدول عن مبدأ سابق محدوداً

ينبغي على القاضي الإداري إلا يكثر في العدول عن المبادئ القانونية السابقة، لأنه يؤدي إلى عدم الاستقرار والثبات في المراكز القانونية، وأن لجوء القاضي إلى العدول القضائي إذا كان محدوداً وقليل سيكون مقبولاً، فالأصل هو استقرار المبادئ والقرارات القضائية والاستثناء هو العدول القضائي عنها⁽³⁾، وسبق أن بينا أن أحكام القضاء تمتاز بالمرونة والتطور على أساس أنها قواعد تحكم سلوك الأفراد في المجتمع استجابة للتطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، إلا أنه يجب أن لا يؤثر على اليقين

(1) C.E. 12 march 1985, A cquava, Rec, p.156.

(2) C. E.9 Juin 1978, Sieu lebon, Rec., P. 245, AJ: p.1978, p.575.

(3) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص 94.

القانوني الموجود لدى الأفراد والعاملين مع الإدارة الذين تولد لديهم الثبات النسبي للقاعدة القانونية التي تطبق على المنازعات، فإن المرونة بالقواعد لا تعني تغييرها دون مبرر أو سبب ويؤدي بالتالي إلى انعدام الأمن القانوني⁽¹⁾ الذي ستتطرق له في نهاية بحثنا.

مما تقدم تبين إن التشريعات في العراق والدول المقارنة قد أخذت بفكرة العدول عن مبدأ قانوني سابق في أحكام مجلس الدولة، إلا أنها لم تورد تعريف لهذا المصطلح القانوني مع اختلاف آلية العدول التي تبناها المشرعون في تلك الدول، وللعُدول أهمية في تأكيد دور القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية وتطوير اجتهاده وإخراجها من حالة الجمود والركود تحت ذريعة تحقيق الأمن القانوني، لتجعلها تواكب التطورات المختلفة في المجتمع.

المطلب الثاني

القيود المحددة للعدول عن مبدأ قانوني سابق في قرارات المحكمة الإدارية العليا

توجد العديد من العوامل المؤثرة سواء كانت داخلية أو خارجية تدفع القاضي الإداري للعدول عن مبدأ قانوني سابق، فالقاضي الإداري لا يمارس عمله بمعزل عن الظروف المحيطة به كأن تكون سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، لا بل حتى العوامل داخل المحكمة ذاتها، حتى وأن كان العدول عن الأحكام القضائية مسألة إرادية للقاضي الإداري، إلا أن الأسباب أو العوامل كافية لإلزام القاضي بالعدول أو التحول عن

(1) محمد محمد بدران، مصدر سابق، ص 95.

قضائه السابق، كما أن التطور الحاصل في المجتمع يؤدي إلى ما كان مناسباً بالأمس قد لا يكون مناسب في الوقت الحاضر، مما يتطلب الإحاطة بالظروف المتغيرة التي تحكم نشاط الإدارة وينظم علاقتها بالإفراد على نحو يصون حقوق الأفراد وحياتهم من تعسف الإدارة، إلا أن سلطة القاضي بالعدول عن مبدأ قانوني سابق لا تكون مطلقة فتوجد هناك موانع أو قيود تحد من سلطة القاضي في العدول عن أحكامه السابقة، فما هي العوامل المؤثرة على القاضي الإداري للعدول عن مبدأ قانوني سابق؟ وهل بإمكان القاضي الإداري تجاهل هذه العوامل في أحكامه؟ وما هي القيود التي تمنع القاضي الإداري بالعدول عن مبدأ قانوني سابق؟ وهل منعت أو قيدت القاضي الإداري من العدول؟ وللإجابة عن هذه التساؤلات، سنتناول ذلك بالتفصيل في الفرعين الآتيين:

- الفرع الأول: دواعي العدول عن مبدأ قانوني سابق

- الفرع الثاني: الموانع القانونية لعدول المحكمة الإدارية العليا عن مبدأ قانوني سابق

الفرع الأول

دواعي العدول عن مبدأ قانوني سابق

إن القاضي الإداري يراعي عدة عوامل في الروابط القانونية الخاضعة لاختصاصه والتي تجبره على العدول، ولأن مهمة القاضي الرئيسية هي أن يجعل أحكام القانون متفقة مع الوقائع الحديثة والمتطورة مع سير العدالة، منسجمة مع التشريع والتخلص من حالات إنكار العدالة ولا يمكن أن يكون القاضي بمعزل عن التطور الحاصل في المجتمع، أو عن الحياة الواقعية، فلذلك يبتكر القاضي مبدأ قانوني عاماً يتلاءم مع الروابط التي تعتبر الإدارة العامة طرفاً فيها، أو يقوم القاضي الإداري بتفسير النصوص القانونية تفسيراً واسعاً من أجل مواجهة ظروف معينة أو العدول عن مبدأ سابق

لوجود تباين واختلاف في التفسير داخل المحكمة نفسها، وتغيير في أفكارها واتجاهاتها القضائية السابقة⁽¹⁾.

والعدول وسيلة فنية تساعد القاضي الإداري في التخلص من أحكام سابقة لم يعد لها فائدة (فلا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان)⁽²⁾، لذا سيتم تقسيم تلك المتغيرات إلى قسمين نتناول في الأول العوامل الداخلية المؤثرة، ثم نُعرج في القسم الثاني على بيان العوامل الخارجية المؤثرة وكما يلي:

أولاً: العوامل الداخلية المؤثرة: قد يحصل العدول عن مبدأ قانوني سابق والتي يكون نطاقها في القرارات الإدارية الصادرة من المحاكم الإدارية العليا بسبب الأحكام غير الصحيحة السابقة نتيجة الدراسة السيئة للوقائع في حينها، أو نتيجة ضغط العمل على المستشارين، فالقضاة هم من البشر ومعرضون للوقوع في القصور والخطأ كما أن من واجب القاضي الفصل في المنازعات المعروضة عليه، والتخلص من حالات إنكار العدالة وهذا ما سنتناوله في الفقرات الآتية:

1- العدول وسيلة تصحيح مبدأ قانوني سابق:

يعد العدول عن المبادئ القانونية الخاطئة التي شابت الأحكام السابقة، أداة أو وسيلة قانونية تصحح الأخطاء السابقة، فالقاضي الإداري شأنه شأن القضاة في الجهات القضائية الأخرى يقع في الخطأ والقصور، فهذه الصفة من طبيعة البشر فيجب على المحاكم الإدارية تصحيح هذه الأحكام والعدول عنها حتى لا يتسع نطاق تطبيقه بالرغم من تبرير إنشاء المبدأ القانوني الجديد إلى تغيير الظروف الاجتماعية والاقتصادية

(1) د. يسري محمد العصار، مصدر سابق، ص 28.

(2) انظر: المادة (5) من القانون المدني العراقي لسنة 1959 النافذ.

والسياسية في المجتمع، إلا أن هذا لا يغير حقيقة الأمر بأنه عدول قضائي، ويعد العدول عامل رئيسي لتصحيح المذاهب الخاطئة التي أعتمدها القاضي الإداري في أحكامه⁽¹⁾. وتنص الأنظمة القانونية أن قرارات المحكمة الإدارية العليا لا تكون ملزمة إلا في القضية موضوع النزاع بالذات دون غيرها، فيجوز للمحكمة التي أصدرت القرار أن لا تتبع نفس الحكم في قضية أخرى، وأن كانت مماثلة لها في الموضوع والسبب والحيثيات، كما أن للمحاكم الأخرى أن تخالف هذا الحكم في أي قضية أخرى مماثلة، فتكون حجية القرار حجية نسبية تلزم الخصوم في الدعوى، لذلك نجد أن المبدأ القانوني الذي يصدر نتيجة الخصومة يمكن أن يلغى بمبدأ قانوني لاحق، أو بصدور قانون يتعارض مع ما جاءت به المبادئ العامة للقانون⁽²⁾.

وكما هو معروف إذا كانت الدول تأخذ بالنظام اللاتيني لا تلتزم (بالسوابق القضائية)، فبالإمكان بسهولة أن تصحح القرارات والمبدأ القانوني السابق الذي يتتابه الخطأ من خلال العدول عنه وفي فرنسا لا يستخدم مصطلح السوابق القضائية فيقابلة مصطلح الاجتهاد القضائي (Jugement)⁽³⁾ أما بالنسبة للدول التي أتبع النظام الانكلوسكسوني فتعد (السوابق القضائية) مصدر رسمي للقانون وله صفة الإلزام، فهناك مبدأ احترام سيادة القانون يمنع المحاكم من مخالفة الأحكام السابقة ومن

(1) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص 129.

(2) د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة 1979، ص 131.

(3) د. حامد شاكر محمود، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العدد 31، المجلد 2، 2017، ص 22.

الصعوبة العدول عن مبدأ قانوني سابق، وإذا كانت الدول التي تأخذ بالسوابق القضائية تستهدف استقرار النظام والثبات واستقرار الحقوق والمركز القانونية عند تطبيق المحاكم للقانون، إلا أنه يعاب عليه بأنه يؤدي إلى عدم المرونة وأستمر مجلس اللوردات ومحاكم الاستئناف الالتزام بقراراتها السابقة حتى سنة 1966 عندما عدل مجلس اللوردات البريطاني أخيراً، عن سوابق قضائية سابقة لتحقيق مصلحة العدالة، فأصبح القاضي غير ملزم بقراراته السابقة ويستطيع العدول عنها كل ما اضطر إلى ذلك ولكن في حالات استثنائية لأنها لم تعد ملائمة أو غير عادلة⁽¹⁾.

2- العدول أداة لتفادي إنكار العدالة:

من خلال العدول عن مبدأ قانوني سابق يستطيع القاضي التخلص من حالات إنكار العدالة، بأن ينشئ مبدأً جديداً أكثر عدالة للإفراد وترك المبدأ القانوني السابق الذي يحمل بين طياته مساساً بحقوق الأفراد وحررياتهم، فما هي فكرة إنكار العدالة في القضاء؟ يقصد بإنكار العدالة امتناع القاضي عن إصدار الحكم بحجة سكوت القانون لان من واجبه أن يفصل فيما يعرض عليه من منازعات⁽²⁾.

ويرى الفقه الفرنسي أن إنكار العدالة في القضاء له صور متعددة فيكون امتناع المحكمة في الحكم بحجة غموض النصوص القانونية أو فقدان أو نقص النصوص، ويعد التأخير غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق⁽³⁾ وقد رسم المشرع العراقي طريقاً خاصاً لإثبات امتناع القاضي عن الحكم والفصل بالدعوى بعد

(1) د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 158.

(2) د. احمد السيد الصاوي، مصدر سابق، ص 125.

(3) FAVOREAU (L) 'DVL' enide justice eu droit public francaisopcit .p5et suir.

إن تهيئة للحكم ولا يوجد عذر قانوني لإصدار أوامر أو قرار بالطلب المقدم له سواء بالرفض أو القبول بالمادة (286) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ⁽¹⁾.

فإذا تم رفض النظر بنزاع معروض أمام القضاء بحجة عدم الاختصاص فتستطيع المحكمة أن تعدل عن رأيها السابق وتنظر بالدعوى، لأنها تقع ضمن اختصاصها وهذا العدول يعد دعامة لمبدأ المشروعية لأنه يصحح الأحكام القضائية غير الصحيحة المنكرة للعدالة، كما هو الحال في مفهوم الفصل بين الإدارة والقضاء يعني حصر دور القاضي الإداري في نطاق رقابة مشروعية العمل الإداري دون ملائمته، وقد سادت في فرنسا والدول التي سايرتها مثل مصر والعراق أن القاضي الإداري قاضي مشروعية يقضي بصحة الأوامر الادارية قانوناً، ولا يتصدى لفحص ملائمتها فلا يكون للقضاء الإداري عند رقابته على أعمال الإدارة، وله أن يقضي بصحة القرار أو بإلغائه لمخالفته للقانون دون تجاوز ذلك إلى تقدير الملائمات التي تركها القانون لحرية تقدير الإدارة، لان القاضي الإداري مهما قام بأبحاث وتحريات حول موضوع النزاع، إلا انه يبقى بعيد عن مكان الوقائع التي دفعت الإدارة إلى إصدار قرارها، كما أنه يصدر الحكم في النزاع المعروض أمامه بعد مرور فترة طويلة بعد وقوع تلك الأحداث فمن المستحيل معه أن

(1) انظر: المادة (286) من قانون المرافعات العراقي النافذ التي نصت على انه (لكل من طرفي الخصوم ان يشكو القاضي أو هيئة المحكمة أو احد قضاتها 1- إذا وقع من المشكو منه غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم عند قيامه بأداء وظيفته بما يخالف أحكام القانون أو بدافع التحيز أو بقصد الإضرار بأحد الخصوم ويعتبر من هذا القبيل بوجه خاص تغيير أقوال الخصوم أو الشهود أو إخفاء السندات أو الأوراق الصالحة للاستناد إليها في الحكم 2-إذا قبل المشكو منه منفعة لمحابة أحد الخصوم 2- إذا أمتنع القاضي عن إحقاق الحق).

يكون بنفس الصورة التي وقعت فيها⁽¹⁾، إلا ان هذا الاتجاه لم يستمر طويلاً فنلاحظ أصبح قضاء ملائمة لصحة الوقائع.

ومن تطبيقات المحكمة الإدارية العليا في العراق في هذا الشأن والتي عدلت عن مبدأ قانوني سابق إلى مبدأ قانوني جديد وتصدت للفصل في موضوع الدعوى بعد رفض الحكم لعدم الاختصاص، قرارها المؤرخ في 2017/3/2 حيث جاءت فيه (إن علاقة الموظف المجاز دراسياً بوزارة التعليم العالي والبحث العلمي هي علاقة طالب بوزارة مختصة في شؤون الطلبة ولا تختص محكمة قضاء الموظفين بالدعوى الناشئة عنها)⁽²⁾ ومما تجدر الإشارة إليه إن الفقرة (2) من المادة (38) من قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم (40) لسنة 1988 التي تضمنت منع المحاكم من النظر في الدعوى التي تخص الطلبة قد تم إلغاؤها بموجب المادة (1) من القانون رقم (3) لسنة 2015 الذي ألغى جميع الاستثناءات المنصوص عليها بالقانون رقم (17) لسنة 2005 لكن المحكمة الإدارية العليا لم تلاحظ ذلك عند إصدارها المبدأ القانوني، الا انها سرعان ما عادة وعدلت إلى مبدأ قانوني جديد بموجب قرارها المؤرخ في 2017/6/22 الذي جاءت فيه (ان الحكم القاضي بمنع سماع الدعوى المتعلقة في شؤون طلبة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي قد تم إلغاؤه وبأثر رجعي)⁽³⁾.

(1) د. محمد رضا النمر، مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة، 2010، ص140.

(2) قرار المحكمة الادارية العليا رقم (352/ قضاء موظفين / تمييز / 2017) في 2017/3/2 منشور.

(3) قرار المحكمة الادارية العليا رقم (883/ قضاء موظفين / تمييز / 2015) في 2017/6/22 منشور.

3- العدول لاختلاف اتجاه المحكمة:

يعد العدول جزءاً من السياسة القضائية للمحاكم، إذ يجب أن يعبر العدول عن رغبة صانعي القرار أو المبدأ، فأن المهمة النبيلة لرسالة القضاء هي تطبيق القانون على الوقائع الحادثة والمتطورة فعلاً، فالتفسير القضائي يجب أن يكون استجابة للمصالح المتجددة وتكيف مع الحوادث الطارئة.

فسوح القضاء هي محارب مقدسة لإحقاق الحقوق، فالقاضي لا بد أن يتأثر حين يفسر التشريع بالظروف المحيطة به والحاجات العملية والذي يكون نتائج في واقع الحياة⁽¹⁾، كما أن عدول المحكمة عن مبدأ قانوني سابق إلى مبدأ قانوني جديد يجب أن يبقى ضمن إطار مبدأ المشروعية فتبقى السيادة للقانون، وأن لا تقلل من حماية الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي تكونت واستقرت فنجد القاضي الإداري يجري موازنة بين المبدأ القانوني القديم أو السابق والمصلحة العامة ومصلحة الأفراد، بما له من سلطة أو أدوات قانونية تحول له عقد الموازنة بين المصالح من حيث حجمها وسعتها وتأثيرها من حيث بقائها ودوامها من حيث تيقنها وتوهمها، وأن يقدم أحدهما على الآخر وبالتالي التضحية بإحدهما⁽²⁾.

فأن اختلاف المنهج التفسيري للمحكمة عن المنهج الذي اتبعته عند إصدارها القرار أو المبدأ القانوني السابق نتيجة لاختلاف الايدلوجيا السائدة في المحكمة عند التفسير الجديد، يعد احد أسباب العدول عن الأحكام والقرارات القضائية السابقة،

(1) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، مصدر سابق، ص12.

(2) أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنترسي، دور قاضي الإلغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الامن القانوني، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017، ص25.

وبالتالي الاختلاف في التفسير يؤدي تبعاً لذلك اختلاف في المبادئ القانونية الصادرة والعدول عن المنهج السابق للمحكمة⁽¹⁾.

وسبق القول أن القاضي الإداري يمارس دوراً إنشائياً بابتكار مبادئ قانونية جديدة تتسجم مع الروابط التي تعتبر الإدارة طرفاً فيها، وتختلف عن القواعد التي تنظم علاقة الأفراد أو الأشخاص القانونية الخاصة، وذلك من خلال إعطاء النصوص القانونية تفسيراً واسعاً ويعود السبب إلى جهود القاضي الإداري نتيجة تأثره بالسياسة العامة والتي تتطلب منه التوفيق بين هدفين الهدف الأول: تمكين الإدارة من القيام بواجباتها وممارسة صلاحياتها في إدارة المرفق العام وإشباع الحاجات العامة بقدر كبير من الحرية، والهدف الثاني: ضمان الحماية لحقوق وحرية الأفراد وعدم المساس بها، فقد أجاز القضاء الإداري للإدارة ممارسة أنشطتها بقدر كبير من الحرية في الظروف الصعبة أو الاستثنائية وهذا دفعه إلى ابتكار نظرية الضرورة، وبالرغم من ذلك فإنه سيستمر في بسط رقابته على أعمال الإدارة، فهو لا يعني الإدارة من الرقابة بصورة مطلقة عند حدوث ظروف استثنائية⁽²⁾.

4- الانتماءات السياسية للقضاة داخل المحكمة:

يمارس القاضي الإداري دوراً واسعاً في حماية مبدأ المشروعية، حيث تخضع جميع السلطات للقانون والتي تعتبر قمة الضمانات الأساسية الفعالة للحقوق وحرية الشعوب، ويعد حياد أعضاء المحاكم الإدارية من أهم الأسس التي تعزز استقلال القضاء.

(1) سجاد حسين عبد الشيباني، مصدر سابق، ص 76.

(2) يسري محمد العصار، مصدر سابق ص 30.

ويقصد بحياد القاضي الإداري قدرته على الحكم بالدعوى المعروضة أمامه دون التحيز مسبقاً قبل إصدار الحكم لصالح أحد أو ضد أحد الخصوم وأن يكون متحرراً من المؤثرات عدا حكم القانون وأن يقتصر دوره على ما يقدمه أطراف النزاع من أدلة بعيداً عن التحيز أو الانتماءات أو الميول السياسية، فهو من يقدر المصالح القانونية للخصوم بالعدل⁽¹⁾، فلا يجوز للقضاة أن ينتموا للأحزاب السياسية سواء التعددية الحزبية أم للحزب الواحد لان انتهاء القضاة للأحزاب قد يجعلها أداة تنفيذية لسياسة الحزب الذي ينتمي إليه، وبالتالي ينعكس على القرارات المتخذة داخل المحكمة فيكون العدول عن مبدأ قانوني سابق الوسيلة لتحقيق مصالح الحزب الذي ينتمي إليه القاضي الإداري، وقد نص قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 المعدل على عدم جواز انتماء أعضاء القضاء الإداري إلى الأحزاب السياسية⁽²⁾.

أما قانون مجلس الدولة العراقي فلم يتطرق إليه، فأن انتهاء القضاة للأحزاب سيكون عامل لانقسام توجهات المحكمة وكل قاضي يوجهها لوجهة معينة تبعاً للميول الشخصية لهم، الا ان المشرع العراقي أدرك ذلك وان كان في وقت متأخر ومنع انتماء أعضاء السلطة القضائية للأحزاب السياسية وخيرهم بين الاستقالة من الحزب أو الوظيفة بموجب الفقرة (ثالثاً) من المادة (10) من قانون الأحزاب السياسية رقم

(1) د. عدنان عاجل عبيد، أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون، ط1، مطبعة سومر، الديوانية، العراق 2008، ص 55 وما بعدها.

(2) أنظر: المادة (95) من قانون مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972 نص على انه (يحضر على أعضاء مجلس الدولة الانشغال بالعمل السياسي، ولا يجوز لهم الترشيح لانتخابات مجلس الشعب، أو الهيئات المحلية إلا بعد تقديم استقالتهم، وتعتبر الاستقالة في هذه الحالة مقبولة بمجرد تقديمها)

(36) لسنة 2015⁽¹⁾. كما أن تعيين أعضاء القضاء الإداري من قبل السلطة التنفيذية وبدون إن يكون للقضاء الإداري دخل في تعيين أعضائه، الأمر الذي يؤثر سلباً على قرارات القاضي الإداري وتحديد اتجاه السلطة التنفيذية، لأن أغلب المنازعات تكون تلك السلطة طرفاً فيها، الأمر الذي دفع المشرع العراقي إلى معالجته في قانون مجلس الدولة رقم (71) لسنة 2017 والذي بموجبه أصبح مجلس الدولة هيئة مستقلة⁽²⁾، والتأثير في القضاة يصل فيه الأمر إلى الاعتداء عليهم كما حدث في مصر سنة 1954 عندما دفعت الحكومة جمعاً من المتظاهرين للاعتداء على رئيس مجلس الدولة (عبد الرزاق السنهوري) أو تهديدهم بالنقل أو العزل أو الإحالة إلى مجلس تأديبي⁽³⁾.

نلاحظ أن مجلس الدولة المصري في سنة 1967 خلال حكم جمال عبد الناصر أصدر حكم جاء فيه (بعدم اختصاص مجلس الدولة بدعوى إلغاء قرارات وزارة الداخلية بتسجيل بعض الأفراد في سجل الخطرين على الأمن العام بحجة انتفاء صفة القرار الإداري فيها، واعتبارها مجرد إجراءات داخلية يقصد بها تسهيل مهمة مصلحة الأمن العام في مقاومة الجريمة)⁽⁴⁾.

- (1) منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (4383) الصادر بتاريخ 2015/10/12.
- (2) انظر المادة (1) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (71) لسنة 2017 النافذ التي نصت على انه (ينشأ بموجب هذا القانون مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصيافة ويعد هيئه مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية فيه يمثلها رئيس المجلس ويتم اختياره من قبل رئاسة المجلس على ان يكون من بين المستشارين ويعين وفقاً للقانون)
- (3) د. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، دار المؤلف للنشر والطباعة والتوزيع، بغداد، العراق، 1999، ص 50.
- (4) حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم (308) بتاريخ 1976/3/2 السنة القضائية العشرون.

في حين أن القضاء الإداري في مصر قد أستقر في أحكامه بعد نهاية حكم جمال عبد الناصر على اعتبار (أن قرار التقييد في سجل الخطرين على الأمن يعتبر قراراً إدارياً يختص مجلس الدولة بنظر دعاوى الإلغاء المرفوعة ضده، لأنه يتضمن جميع أركان القرار الإداري)⁽¹⁾ ومن تحليل ذلك نجد أن القضاء الإداري قد بني حكمه الأول على أسباب سياسية وليست قانونية، وخلال فترة عهد الرئيس جمال عبد الناصر التي عرفت بالتقييد الشديد للحقوق وحرية الأفراد في مصر، فقد أصدرت المحكمة الإدارية العليا في سنة 1958 حكم جاء فيه (التسليم بالمعلومات الواردة في التقارير الأمنية دون مناقشة لمدى صحتها)⁽²⁾.

وبعد انتهاء فترة حكم جمال عبد الناصر وشيوع الحرية واحترام حقوق الأفراد وسيادة القانون، عدل مجلس الدولة المصري على المبدأ القانوني السابق، وأصدر حكمه في سنة 1986 الذي جاء فيه (يخضع محتوى تقارير الجهات الأمنية لرقابته وتخصه، وإذا أقدر عدم سلامة ما جاء بها فإنه يقضي بإلغاء القرار الإداري المستند إليها)⁽³⁾ وبالرغم من إن مجلس الدولة المصري بعد ثورة 1952 أتسمت سياسته بالمرونة بالرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، إلا أن نظام الحكم لم يقدر المجهود الكبير الذي يبذل من قبل القضاة في مجلس الدولة، الأمر الذي أدى إلى توتر العلاقة بين الحكومة والقضاة في مجلس الدولة إلى أن أتخذ جمال عبد الناصر في سنة 1969 إجراءات ضد السلطة

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا بالطعن رقم (977) بتاريخ 12/12/1981، السنة القضائية الخامسة والعشرون.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا بالطعن رقم (178) بتاريخ 1/3/1958 السنة القضائية الثالثة.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن (2115) و (2156) بتاريخ 19/4/1986 السنة القضائية (35).

القضائية سميت (بمذبحة القضاة) وتم استبعاد العديد من القضاة الذين عرفوا بالجرأة والمواقف الصلبة في مواجهة تجاوز السلطة التنفيذية والاعتداءات على حقوق وحرريات الأفراد.

وبعد انتهاء حكم الرئيس جمال عبد الناصر وصدور دستور 1971 الملغى الذي تضمن نصوصاً في مجال الحقوق والحريات، أعاد الرئيس أنور السادات جميع القضاة الذين تم استبعادهم إلى وظائفهم في سنة 1969، وكان لهذا الحدث انعكاس إيجابي على تطور السياسة القضائية في مجلس الدولة المصري، فازدادت قوة وصلابة القضاة في إرساء مبدأ المشروعية وسيادة القانون فأصبحت أحكام مجلس الدولة المصري مثلاً لحماية الحقوق وحرريات الأفراد وضد اعتداءات الإدارة⁽¹⁾.

ثانياً: العوامل الخارجية المؤثرة:

تتخذ العوامل المؤثرة في إطار القضاء الإداري صوراً عديدة، وتكتسب أهمية تفوق الأهمية التي تحضي بها في فروع القانون الأخرى، فقد ساعد القاضي الإداري في ابتداع الحلول الجديدة لأنه غير مقيد بقواعد قانونية محددة وغير ملزم باتباع قواعد القانون الخاص التي لا تتفق مع متطلبات النشاط الإداري، ونلاحظ أن أغلب المبادئ التي أبتكرها القضاء الإداري تقوم أساساً على الاعتبارات العملية، وأن القاضي لا بد أن يكون على تماس من التفاعل الإنساني والاحتياجات الاجتماعية قبل اتخاذ قرار معين وتختلف هذه الأسباب، فقد تكون قضائية أو آراء الفقه أو الواقع الاجتماعي الذي يعيش فيه والتي ينبغي على القاضي الإداري أن يراعيها في أحكامه، وبالتالي تجبره على العدول عن مبدأ قانوني سابق تبناه في قضية مماثلة والتي سنعرضها في الفقرات الآتية:

(1) يسري محمد العصار، مصدر سابق ص 28 وما بعدها.

1- العدول كأداة للتقارب بين القضاء الإداري والجهات القضائية الأخرى

لا يقضي القاضي الإداري في عزلة عن القضاء الدستوري أو العادي، وإنما لكثير من الموضوعات التي طرحت على القاضي الإداري سبق وأن تم طرحها على القاضي الدستوري أو العادي، فأن اختلاف الأحكام بين القضاء الدستوري أو العادي أو الإداري يولد حالة من التشعب أو التباعد بين القضاة في الجهات القضائية المختلفة، فينبغي على القاضي الإداري العدول عن مبدأ قانوني سابق إلى مبدأ قانوني جديد من أجل تحقيق وحدة التطبيق القانوني⁽¹⁾، والأصل إن القاضي غير مقيد بالاجتهاد السابق صادر منه أو من محكمة أخرى أو محكمة عليا، إلا انه ليس حر في إنشاء مبدأ قانوني جديد لان هذا يضعف ثقة الناس بالقانون والقضاء، وان نظام السوابق القضائية وان كان متبعاً في الدول الانكلوسكسوني، إلا انه متبع بشكل أو بآخر في الدول الأخرى⁽²⁾، وذلك يعني إن المحاكم تسترشد بأحكام القضاء باعتباره مصدراً تفسيرياً في القضايا المتشابهة لكي يكون لها حل واحد وهذا ما نصت عليه الفقرة (3) من المادة (الأولى) من القانون المدني العراقي النافذ⁽³⁾، ومن خلال الاطلاع على الأحكام والقرارات القضائية نلاحظ كثيراً ما تتكرر عبارات في حيثياتها تدل استقرار الأحكام وتوحيدها مثل عبارة (وهذا ما سار عليه قضاء هذه المحكمة).

فالمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان لها تأثير قوي للغاية على القانون الوطني للبلدان

(1) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق ص 137.

(2) د. صالح محسوب، مصدر سابق، ص 40.

(3) انظر: الفقرة (3) من المادة (الأولى) من القانون المدني العراقي النافذ التي نصت (تسترشد المحاكم في ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القانون العراقي).

الموقعة على الاتفاقية، ففي فرنسا غالباً ما يتم الاستشهاد بقرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان واستخدامها كقواعد من قبل المحاكم الوطنية لتجنب الإدانات الجديدة للدولة، وهناك حالات تكون فيها قرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مهمة جداً إلى حد تحدث تغييرات في مبادئ قانونية استقر عليها قضاء مجلس الدولة الفرنسي وقد تؤدي إلى إعادة صياغة القانون الوطني⁽¹⁾، وعلى الرغم من أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لا تتمتع بسلطة تعديل قانون الدولة مباشرة ولا تستخدم القوة القسرية إذا لم تتخذ التدابير اللازمة لتنفيذ الحكم الصادر من المحكمة⁽²⁾، فالإحكام الصادرة من المحكمة الأوروبية هي أحكام تصريحية فقط، لكن بشكل غير مباشر من خلال إدانة الدولة عليها الالتزام بتطبيق أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والذي ينطوي أحيانا على تغيير المبادئ القانونية السابقة، وعلى سبيل الاستئناس نذكر حكم صدر حديثاً من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان غير المبادئ القانونية التي استقر عليها قضاء محكمة النقض لأبل عدل حتى القانون الوطني وكان لها الأثر البالغ في فرنسا، حيث قضت في احد أحكامها في قضية مشهورة عائلة (Mennesson) بعد استبعاد العائلة من محكمة النقض الفرنسية وهي اعلى سلطة

(1) انظر: نص المادة (46) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950 ودخلت حيز النفاذ سنة 1953 في مجلس أوروبا التي نصت على انه (تتعهد الدول بالامثال للحكم النهائي للمحكمة في إي قضية تكون طرفاً فيها).

(2) إذا خالفت الدول المنضمة تنفيذ قرارات الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان من الممكن إن تستبعد من قبل لجنة وزراء مجلس أوروبا إلا أنها لم تستخدم هذا الإجراء إطلاقاً، وبموجب المادة (41) من الاتفاقية ألزمت المحكمة الدول المنضمة عند انتهاكها الاتفاقية أو بروتوكولاتها بالتعويض العادل لمقدمي الطلب.

قضائية في فرنسا حيث جاء فيه (الحظر التام لإقامة البنوة بين الأب وأبنائه البيولوجيين) وتتحصل الوقائع إن العائلة طلبت من المحكمة الحصول على جنسية للاعتراف بتسجيل أبنائهم في سجل الأحوال المدنية الفرنسية واللذان أنجباهم من (إلام البديلة) بمساعدة طبية تمارس من قبل الأزواج وتحصل إلام على جنين ناتج عن إخصاب لم تشارك فيه في الحمل والتي يمكن للأزواج المثليين اللجوء إليها، والمادة (332) من القانون المدني الفرنسي النافذ تنص على أن الأم القانونية هي التي تلد، وتعتبر المعالجة القانونية للحمل والإنجاب من إلام البديلة امرأ طبيعياً في داخل الدولة (ذات الجنسية)، إلا أنه في حالات إلام البديلة الدولية عندما تحصل من خارج الدولة (جنسيات مختلفة) تنشأ مشاكل كثيرة بسبب الاختلاف في النظم القانونية بين الدول مما يجبر البلدان على اتخاذ المواقف التي تنشأ بشكل غير صحيح فرفضت محكمة النقض في فرنسا تسجيل شهادة الميلاد الأجنبية في سجلات الأحوال المدنية الفرنسية والاعتراف بالبنوة الأجنبية على أراضيها⁽¹⁾، الأمر الذي دفعهم للجوء إلى المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان والتي وجدت إن فرنسا انتهكت المادة (8) من الاتفاقية فيما يتعلق بحق أطفال (Mennesson) في احترام حياتهم الخاصة، مما اجبر مجلس الدولة بإصدار

(1) ذهب الزوجان الفرنسيان (مينسون) إلى الولايات المتحدة الأمريكية للإنجاب من أم بديلة وفي سنة 2000 ولد توّمان واعترفت المحكمة العليا في كاليفورنيا بأن الزوجين مينسون هما الأب الشرعي والأم القانونية للأطفال المولودين وعند العودة إلى فرنسا لتسجيلهم في سجل الأحوال المدنية رفضت محكمة النقض بتسجيل الأطفال في حكمها الصادر بتاريخ 13/9/2013 لأن القانون المدني الفرنسي في المادة (332) النافذ ينص أن الأم القانونية هي التي تلد الطفل، وعند اللجوء للمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان أصدرت المحكمة قرارها في 26/6/2014 بأن فرنسا خالفت الاتفاقية ومن حق أطفال مينسون الحصول على الاعتراف لهم بالجنسية.

مبدأ قانوني جديد والاعتراف بالبنوة من إلام البديلة⁽¹⁾.

2- أثر الاعتبارات الاجتماعية في القاضي الإداري

بداية لا يمكن لأي مشرع أن يحدد بشكل جامد في النصوص القانونية جميع الحلول المناسبة للنزاعات والوقائع، فأن التحديد يتنافى مع مقتضيات العدالة، وينبغي إعطاء القاضي قدر من الحرية لاختيار الحل المناسب الذي يتلاءم مع الظروف وملابسات الوقائع، فيراعي القاضي الاعتبارات العملية في أحكامه، فالقانون في الواقع هو ترجمة حقيقية للفكر السائد وللظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يمر بها المجتمع في مرحلة معينة، وعلى ذلك فأن القاضي ملزم بالموازنة بين المصلحة العامة وحقوق وحرريات الأفراد، وأن القاضي الإداري باعتباره دائماً يفصل في منازعات غير متساوية الأطراف فإنه دائماً يضع في نصب عينه أن الفرد يحتاج حماية أكثر من الإدارة لما لها من امتيازات ووسائل لتنفيذ أوامرها، فالقاضي الإداري ملزم بمراقبة أعمال الإدارة وفحص مشروعيتها قراراتها، وقد أبتكر القاضي الإداري عدد من المبادئ العامة للقانون، وذلك لان قواعد القانون الخاص لا تتلاءم مع نشاط الإدارة، ومن أمثلة ذلك منح الإدارة العامة سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد عند أبرام العقود في تعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة، إلا أنه في الوقت نفسه منح المتعاقد مع الإدارة امتيازات أفضل وأوسع من العقود في القانون الخاص مثل إجبار الإدارة على التعويض إذا حدثت ظروف طارئة غير المتفق عليها في العقد أو صعوبة مالية⁽²⁾.

(1) انظر: الفقرة (1) من المادة (8) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي نصت على انه (لكل إنسان حق احترام حياته الخاصة والعائلة ومسكنه ومراسلاته).

(2) دحاس وفاء، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحرريات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمن ميره - بجاية، جزائر، 2015، ص 26 وما بعدها.

ويستدل الفقه الفرنسي على وجود عوامل اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية دفعت القاضي الإداري إلى العدول عن مبدأ قانوني سابق إلى مبدأ قانوني جديد يتلاءم مع المجتمع وأنها تعد مبرر لتحول القاضي، فالقاضي مترجماً قانونياً بطريقة أوتوماتيكية ولا شعورية للواقع⁽¹⁾، فقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي تقسيم أنشطة المرفق الصحي إلى ثلاثة أقسام هي عمل طبي وعمل علاجي وعمل تنظيمي، وظل هذا التقسيم قائم إلى أن عدل عنه مجلس الدولة الفرنسي في سنة 1992 بعد أن تعرضت سيدة إلى مضاعفات صحية بسبب سلسلة من الأخطاء الطبية أثناء إجراء عملية قيصرية لها أدت إلى إصابة المريضة بالجهاز العصبي فكانت ناتجة عن إهمال لم يتصف بالجسامة فبالرغم من استقرار القضاء الإداري بعدم مسألة الإدارة، لأنها تعتبر أخطاء بسيطة إلا أن مفوض الحكومة أقترح على مجلس الدولة إسقاط صفة الجسامة عن الخطأ القابل لانعقاد المسؤولية الإدارية في مجال الأعمال الطبية.

فأصدر مجلس الدولة حكمه بإلزام المستشفى بالتعويض للمريضة لما لحقها من أضرار⁽²⁾، ونعتقد إن مجلس الدولة الفرنسي قد خطا خطوة فعالة لحماية المرضى ضد إدارة المستشفى فأصبح الخطأ البسيط كافي لنهوض مسؤولية الإدارة وذلك للنظرة البعيدة للمضاعفات التي تصيب المتعاملين لمن وقع عليه الضرر، كما أن القرارات الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي أثبتت تأثير المحكمة بالواقع الاجتماعي ووقفت مع

(1) د. عبد الحفيظ الشيمي، مصدر سابق، ص 161.

(2) CE, 10/04/1992 madame cité par Jacques moreau extrait du droit de la santé publique, souvenirs Dalloz expose une journée d'information sur la responsabilité de l'hôpital médical, organisée par le ministère de la santé et de la population depuis le 24 octobre 1999. Gilles Lebreton, op. Cit., P. 108, Guy braibant, Bernard Stimn, op, cit., P. 294.295

الإفراد في مواجهة الإدارة، كذلك أستقر القضاء الفرنسي على اعتبار الخطأ الناتج عن جريمة جنائية يرتكبها الموظف (خطأ شخصي) يلزم بتعويض الضرر بسببه من أمواله الخاصة ولا علاقة للإدارة بذلك، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي عدل عن حكمه السابق في قضية (La paz) الشهيرة في سنة 1935 بعد أن صدم أحد الجنود التابعين لحشد عسكري أثناء سيره أحد الأفراد وقتله خطأً، فأصدر المجلس حكمه على اعتبار هذا الخطأ (خطأ مرفقي) وليس خطأ شخصي لأنها ارتكبت أثناء الخدمة ولم يكن الخطأ الذي ارتكبه السائق عمدياً، لأنه كان يسير وفق حشد من السيارات العسكرية⁽¹⁾.

كما أن القضاء الفرنسي أثبت تأثير المحكمة بالواقع الاجتماعي في العديد من قراراتها، ففي حكم مجلس الدولة الفرنسي سنة 1934 الذي تعلق بهدم عمدة مدينة فرنسية لسور أحد الكنائس، فبالرغم من أن القضية تتعلق باعتداء مادي، التي أستقر القضاء الفرنسي على اعتبار الاعتداء المادي والأخطاء الناتجة عنه وتلحق ضرر بالآخرين هي أخطاء شخصية، إلا أنه أعتبر ذلك خطأ مرفقي فكان هذا الحكم نقطة التحول عن الأحكام السابقة التي اعتبرت الاعتداء المادي أخطاء شخصية لأنها ترى أن التحولات جاءت لتتلاءم مع الواقع وتلبي الاحتياجات وتمنع المساس بحقوق الأفراد وحررياتهم⁽²⁾.

3- أثر الابتكارات الفقهية في القاضي الإداري

يلعب الفقه دوراً أساسياً بوصفه مصدراً فعالاً في القضاء سواء أكان القضاء العادي أو القضاء الإداري، بمعنى آخر أن القاضي سيواجه عند الفصل المنازعات أو

(1) E.C. 14.1435, le paze, 3,1935, p, 17 etenet Alibort.

(2) د. محمد بن براك الفوزان، مسؤولية الدولة عن الأعمال الغير مشروعة وتطبيقاتها الإدارية، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2009، ص317.

بمناسبة تقديم الرأي والمشورة نصوص قانونية غامضة، سيثير في نفس القاضي عند التفسير دوافع إلى الأخذ بدراسات فقهية تناولت نفس الموضوع، إذ وجد أنها اقرب للصواب وسيتخلى تدريجياً عن مبدأ قانوني سابق من خلال اتخاذ قرارات في نفس الاتجاه وبذلك تنشئ سوابق قضائية، فقد عمل القاضي الإداري على ترجمة رأي الفقه كقاعدة عامة، وليس هناك ما يمنع من تبني نفس الرأي إذا كان الحل المقدم يعالج النزاع المعروض عليه⁽¹⁾، ولا أحد يشكك في الدور الإبداعي للقاضي بالحق، فأن المشرع لا يشترط دائماً بالقدر الكافي في المعرفة أو يخشى أن يكون تشريعه سريعاً عفا عليه الزمن بسبب التقدم العلمي السريع جداً، وبالعودة إلى الدور (التشريعي) للقاضي، يجب أن نتذكر أن قرارات المحكمة الإدارية العليا في النظام اللاتيني لها سلطة نسبية لا ينطبق الحل المعطى إلا على أطراف الخصومة التي يصدر بها الحكم وقد تكون مطلقة يحتج بها على الكافة وهو الاستثناء كما هو الحال بإلغاء القرارات الادارية، ويمكن لنفس المحكمة في اليوم التالي اتخاذ قرار مختلف في قضية مماثلة مهما كانت مرتبة المحكمة عالية⁽²⁾.

وعلى الرغم من أن الاجتهادات أو الابتكارات الفقهية وان كانت غير ملزمة فهي للاسترشاد في تفسير القانون إلا إن لها قيمة معنوية واعتبارية للقاضي والمفسر للقانون، فالاسترشاد برأي الفقه يدعم المبدأ القانوني ويقويه، فالفقيه عالم في القانون وتقتصر مهمته على شرح القانون وعرض كلياته وجزئياته واستخلاص أراء عملية يتبين ما يجب أن يكون عليه القانون، فيتهدي بها القاضي ويستوحىها في عملة دون أن يكون

(1) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق ص 145 وما بعدها.

(2) د. عمر محمد الشويكي، مصدر سابق ص 41.

مقيداً، فالفقيه ليست له سلطة في إنشاء القواعد والمبادئ العامة للقانون⁽¹⁾.

ومن أمثلة ذلك أن المحكمة الإدارية تهتم بشكل خاص أولاً وقبل كل شيء بحماية الخصوصية بجميع أشكالها، سواء الحياة الخاصة العائلية أو البيانات الشخصية التي تحصل عليها الإدارة في مناسبات متعددة، فيستأنس القاضي بالدراسات الفقهية بهذا المجال كونها أكثر تطور وإلمام من النصوص التشريعية في هذا المضمار، فأن التعمق المستمر بالدراسات أثرت القاضي الإداري، فالعدول في القضاء الإداري قد يكون نتيجة ضغط من الفقه على القاضي للعدول عن مبدأ قانوني سابق وبعد دراسة نقاط الضعف والقوة في قرارات القاضي السابقة ووفقاً لهذا فقد سبق وأن أستقر القضاء على أن القاضي الإداري هو قاضي مشروعية وليس قاضياً للملائمة فالقاضي لا يستطيع أن يمد رقابته إلى الجانب التقديري من نشاط الإدارة، فإنه يتعذر عليه الإلمام بالوقائع التي دفعت الإدارة إلى إصدار قراراتها، لذلك دفع الفقهاء القضاء الإداري إلى العدول عن ذلك بإدخال ملائمة هذه القرارات في إطار المشروعية ومحاولة توفير السند القانوني للقضاء لتبرير ملائمته للمشروعية وسيادة القانون وحرصاً على مبادئ العدالة والإنصاف⁽²⁾.

ويتضح من ذلك أن الفقه أحدث تأثيراً بالقضاء الإداري مما لديه من وسيلة أقناع لا يستهان بها، و دفع بالتالي القاضي الإداري للعدول عن مبدأ قانوني سابق بعد أن

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2012، ص232.

(2) محمد جلال محمد العيسوي، دور القاضي الاداري في المنازعة الادارية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2014، ص139.

أخذ بالرأي الفقهي الذي يبقى سيد الموقف في تحقيق الموازنة بين النصوص القانونية والمجتمع، وأنه في الكثير من المواقف نجده يمتنع عن العدول حفاظاً على مبدأ المشروعية. ومن تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن، استمر مجلس الدولة يرجح مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد على حق العامل في الإضراب⁽¹⁾، حيث يعتبر الإضراب عمل خطير وغير مشروع يشل حركة المرافق العامة مما يجوز فصل الموظف، الأمر الذي لم يستحسنه الفقه⁽²⁾، ومما تجدر الإشارة إليه إن دستور 1946 الفرنسي الملغى قد احتوى على نصوص تبيح للعمال حق الإضراب لذلك عدل مجلس الدولة الفرنسي عن المبدأ القانوني السابق معتقاً التوفيق بين مبدئين من نفس الدرجة ومتعارضين في التطبيق إلا وهما (مبدأ استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد ومبدأ حق الإضراب المنصوص عليه في دستور 1946 الفرنسي) وكان هذا بتاريخ 1950/1/7 في قضية (Dehacne) حيث تتخلص وقائعها اصدر وزير الداخلية منشور أعلن بمقتضاه وقف رؤساء مكاتب محافظات البوليس الذين يضربون عن العمل وقد اضرب في حينها ستة مكاتب في مقاطعة (Indre-et-Live) وكان السيد (Dehacne) من ضمنهم فطعن بالقرار استناداً إلى حق الإضراب حق دستوري ولا يجوز معاقبته إن مارسه، إلا إن مجلس الدولة ذهب أن حق الإضراب حق دستوري يمارس وفق القوانين المنظمة له، وبما إن لم يصدر قانون ينظم ممارسته فأن الاعتراف به لا يعني انه خالي من القيود لتجنب إساءة استعمال السلطة أو مخالفة لمتطلبات النظام العام، وانتهى مجلس الدولة إلى إن الإدارة لم تتجاوز سلطتها في التأديب المطعون فيه

(1) C.E: 18 April, 1947, Jarrigion, R.D.p, 1950, p. 691, Voir. auai, C.E, 5. Dec, 1949, sillier, R.D.P.1950, p.691.

(2) Rolland: Précis de administrative, 1945, p.81. Voir abuse, Jeze: Les Principe's généraux du droit administrative, 1930, p.379.

واصدر المبدأ القانوني الجديد الذي جاء فيه (اعتراف الدستور بحق الإضراب يكون مفهومة إجراء التوفيق بين حق الدفاع عن المصالح المهنية والإضراب احد وسائل هذا الدفاع وبين المصلحة العامة التي يمكن ان تتأثر بسبب الإضراب)⁽¹⁾.

ونستنتج مما سبق بأن هناك العديد من الدواعي والأسباب القضائية أو الاعتبارية العملية الأخرى أثرت على القاضي الإداري ودعته للعدول عن قراراته ومبادئه السابقة، وكونت قناعات ضرورية لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم والمصلحة العامة في إطار مبدأ المشروعية.

الفرع الثاني

موانع عدول المحكمة الإدارية العليا عن مبدأ قانوني سابق

بيننا فيما سبق مفهوم العدول عن مبدأ قانوني سابق، بأنه إجراء قضائي تقوم به المحاكم الإدارية العليا فتتحول بموجبه من مبدأ قانوني سابق وأن أستقر العمل عليه لمدة زمنية معينة إلى اتجاه أو مبدأ قانوني جديد، وذلك نتيجة للتغيير في تفسير القانون على الرغم من تماثل القضية السابقة بالحيثيات والأسباب نفسها، وذلك لمواكبة التطور الحاصل في المجتمع سواء من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية، إلا أن عدول المحكمة الإدارية العليا عن مبدأ قانوني سابق ليس بالطريق البسيط الخالي من الموانع أو القيود الذي يجد من سلطة القاضي الإداري في العدول عن أحكامه فما هي موانع العدول عن مبدأ قانوني سابق في القضاء الإداري؟ وهل بإمكان القاضي الإداري تجاوزها والتخلص منها؟ تفصيل ذلك سنوضحه تباعاً فيما يلي:

(1) C.E:7 July 1950, Dehaene, J.C.p.1950, p.681.

أولاً: تعارض العدول مع حجية أحكام المحكمة الاتحادية العليا كمانع للتحويل القضائي

إن وجود هذا المانع لا يخلو من غرابه حيث أن وجود قضاء دستوري متخصص للرقابة على دستورية القوانين يفرض رقابة مركزية يتميز بها حصراً ويسلبها من أي جهة قضائية أخرى سواء كانت قضاء عادي أو إداري، فدستورية القوانين ليست مجالاً مشتركاً يثار بشأنه نزاع بين القضاء الإداري والقضاء الدستوري، فالمحاكم الدستورية تمارس رقابة دستورية وتصدر أحكاماً ذات الحجية المطلقة في مواجهة الكافة، فلا يحصل تعارض بين أحكامها وبين أحكام المحاكم القضائية الأخرى⁽¹⁾.

يقصد بحجية الأحكام القضائية هي قرينة قانونية، لا تقبل أثبات العكس بصحة الحكم شكلاً وموضوعاً، وهي قاعدة مقررة في مختلف التشريعات حسماً للمنازعات واحتراماً لأحكام القضاء ومنعاً لتضاربها، واستقراراً للمراكز القانونية، وفيها أيضاً انتفاء المنازعات ومنع الخصومات فأنها تكون حجة فيما فصلت فيه من حقوق، فينبغي احترامها والالتزام بها سواء كان أمام المحكمة التي أصدرته وأمام الحاكم الأخرى⁽²⁾.

إن إجراء العدول قد يتعارض مع حجية وأحكام القضاء الدستوري، لما تتمتع به أحكامه من الحجية المطلقة وهذا ما أكدته دستور فرنسا لسنة 1958 المعدل عند ما نص في المادة (62) على أنه (1- لا يجوز إصدار أو تطبيق حكم أعلن عن عدم دستوريته على

(1) د. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985، ص 288.

(2) ستار عبد الله الغزالي، الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، ص 221.

أساس المادة (61) 2- يبطل إصدار الحكم الذي أعلن عن عدم دستوريته على أساس المادة (6-1) بدءاً من تاريخ صدوره من المجلس الدستوري واعتباراً من تاريخ لاحق يحدده القرار المشار إليه يقوم المجلس الدستوري بتحديد الشروط والقيود التي يجوز فيها إعادة النظر بالآثار المترتبة على هذا الحكم 3- قرارات المجلس الدستوري غير قابلة لأي طعن وهي ملزمة للسلطات العامة ولجميع السلطات الإدارية والمحاكم)، فقد ألزم المشرع الفرنسي السلطات العامة (الإدارية و القضائية) بأحكام المجلس الدستوري، ولا يقبل الطعن بأي طريقة من طرق الطعن، وتمتد حجية أحكام المجلس لتشمل الكافة، فهي أحكام مطلقة وليست نسبية، وقد حرص القضاء الإداري عند ممارسته لدوره في حسم المنازعات المعروضة أمامه أو تقديم الرأي والمشورة القانونية للجهات الإدارية، بالالتزام بأحكام المحاكم الدستورية، كما أستطاع المجلس الدستوري إثراء جوانب القانون الإداري، لان تفسيره يكون في مواجهة الكل وأن القرارات التي تصدر من القضاء الدستوري التي تعد في أعلى هرم القواعد القانونية تجد احترامها وتطبيقها من قبل القضاء العادي والإداري، لذلك فإن مجلس الدولة سواء في تقديم الرأي والمشورة أو الوظائف القضائية، يجب أن تتفق قراراته مع فقه المجلس الدستوري، فإذا تبين لمجلس الدولة الفرنسي عند نظر الدعوى المعروضة أمامه أن القانون الذي صدر أو لم يصدر بعد استناداً للمادة (61-1) من الدستور لسنة 1958 المعدل ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور⁽¹⁾ مثال ذلك عندما أرسل مجلس الدولة في

(1) انظر المادة (61/1) من دستور فرنسا لسنة 1958 المعدل التي نصت على انه (إذا ثبت أثناء النظر في دعوى جهة قضائية أن نصاً تشريعياً يخرق الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور جاز إشعار المجلس الدستوري بناءً على إحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض بهذه المسألة ضمن اجل محدد).

سنة 2016 بالطعن المرقم (190) الترتيبات الضريبية إلى المجلس الدستوري (التقرير السنوي لمجلس الدولة 2017)⁽¹⁾.

بالإضافة إلى ذلك أن النصوص التشريعية قد لا تتسم بالمثالية في البعض منها، وهناك لا بد من تحولات يجب القيام بها، خاصة فيما يتعلق بالانتقال من القطاع العام إلى القطاع الخاص أو بالعكس، ومن هنا يجد القاضي حدوداً جديدة لا يمكن حل هذه المسألة، فمن هناك يحتاج لفتح ساحة تشريعية جديدة، فعندما يتحول المجلس الدستوري الفرنسي عن بعض القرارات التي يتبناها عند ممارسته لتفسير النصوص الدستورية، سيفتح الباب أمام القاضي الإداري للعدول عن مبادئ قانونية سبق وأن أستقر عليها تماشياً مع تفسير القاضي الدستوري⁽²⁾.

ومن نصوص الدستور المصري لسنة 2014 نصت المادة (195) أن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية تكون لها حجية مطلقة ينصرف هذا الأثر إلى الكافة، وتلتزم فيه جميع السلطات الثلاثة (التشريعية، التنفيذية، والقضائية) احترام تلك الحجية والعمل بمقتضاها⁽³⁾، ففي حال صدور حكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة إلغاء هذا النص أو تعديله بما يتلاءم وأحكام الدستور، بل ويجب على السلطات

(1) <https://www.cairn.info/revue-les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel-2017-2-page-245.htm>

(2) صلاح الدين فهمي عبد الغني، أثر الواقع السياسي في تفسير النصوص الدستورية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2010، ص 201.

(3) انظر المادة (195) من دستور جمهورية مصر لسنة 2014 النافذ التي نصت على انه (تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا وهي ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة وتكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم، وينظم القانون ما يرتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من اثار).

مراعاة حكم المحكمة الدستورية فيما تقرره مستقبلاً من تشريعات حتى تأتي متطابقة لأحكام الدستور، كما أنه يتحتم على السلطة القضائية بجميع محاكمها الالتزام بالحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا وذلك بأن يمتنع عن تطبيق نص القانون أو اللائحة غير الدستوري في جميع الدعاوى المعروضة أمامها حتى بالنسبة للمستقبل⁽¹⁾.

فلا شك أن تطور القضاء الدستوري فيما يصدره من أحكام وعدولة عن أحكامه السابقة فيما يتعلق بتعديل القوانين القديمة أو إلغائها، وبعد أن وجد الحلول القديمة أصبحت غير مفيدة مع التطور العام للقضاء، فهذه الأحكام لها حجية مطلقة على القضاء الإداري، فيما يصدره من أحكام، وأثرها على عدول القاضي الإداري، فإذا تمسك القاضي الدستوري باتجاه السابق فنجد القاضي الإداري مضطراً للتمسك بنفس الاتجاه وأن كانت دون إرادته ورغبته، فالقاضي الإداري مقيد بما يقضي به القاضي الدستوري في تفسيره للقوانين وأحكامه الصادرة بدستورية القوانين وعدم الدستورية، وفي هذا المجال نجد العديد من التطبيقات التي ألزمت القاضي الإداري بعدم العدول عن مبدأ سابق لوجود أحكام قضائية دستورية حسمت المنازعات فيه، وبالتالي أصبح لزاماً على القاضي الإداري العمل بموجبه، ومن ثم فأنها تبقى بعيدة عن هذه القرارات الدستورية التي لا تملك المحكمة الإدارية العدول عنها، فأنها تملك العدول عن الأحكام التي تمتاز بمرونتها في القضاء، ولعل من أهم الأدلة على ذلك أن أغلب التقارير التي ترفعها هيئة مفوضي الدولة في الطعون المقدمة إليهم إلى دائرة توحيد المبادئ في مجلس الدولة المصري، الجهة المختصة بالعدول عن مبدأ سابق تتضمن عدم العدول أو العدول عن مبدأ قانوني سبق وأن قرره المحكمة الإدارية

(1) ستار عبد الله الغزالي، مصدر سابق، 211 وما بعدها.

العليا أو إحدى دوائر المحكمة لوجود إحكام دستورية صادرة في نفس الموضوع لا يجوز مخالفتها⁽¹⁾.

وتلتزم المحكمة بمبدأ سبق وأن قرره استناداً إلى حكم صادر من المحكمة الدستورية العليا في نفس الموضوع، فنذكر في أحد إحكام المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ القانونية في مجلس الدولة المصري الصادر بتاريخ 2018/2/3 الذي وضع صراحة المنع من نظر الدعوى⁽²⁾ والقضاء مجدداً بعد اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى، وأحالتها إلى لجنة انضباط القوات المسلحة المنعقدة بصفة هيئة قضائية للاختصاص، وتتلخص وقائع الدعوى أقام الطاعن بصفته ولياً طبيعياً على نجله القاصر الدعوى إمام محكمة القضاء الإداري لإعادته إلى الكلية الحربية بعد صدور قرار بترقين قيده حيث تم قبوله بالكلية الحربية وأجتاز جميع الاختبارات المقررة بكفاءة ومنها اختبار المستوى الطبي الدقيق في جميع التخصصات الطبية ليكون بدنياً (لائق) وثبت خلوه من جميع الأمراض ومنها (عرق اليدين والقدمين)، وبعد تسديد الأجور الدراسية والرسوم المقررة وباشراً بالدراسة واجتاز الامتحانات، وأثناء طابور اللياقة شاهد الضابط المشرف عليه بأن به نسبة عرق أثناء التمرين (تمرين ضغط)، وبعد عرضه على لجنة طبية تخصصها جلدية قررت اللجنة أنه يعاني من مرض إفراز العرق باليدين والقدمين، وأنها عاهة مستديمة غير مستقرة وغير قابلة للشفاء وبناءً على

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ القانونية بالطعن رقم (2382) لسنة 32 قضائية عليا بجلسة 1991/4/21 والطعن رقم (12220) لسنة 52 قضائية عليا بجلسة 2011/3/23 والطعن رقم (16473) لسنة (60 قضائية عليا) بجلسة 2018/3/3.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ القانونية بالطعن رقم (16473) لسنة (60) قضائية عليا في 2018/2/3.

ذلك صدر قرار مجلس الكلية بفصله من الكلية لعدم اللياقة الطبية للخدمة العسكرية فطعن بالقرار أمام محكمة القضاء الإداري التي ردت الدعوى وحكمت بعدم الاختصاص ولائياً بنظر الدعوى، وباختصاص لجنة ضباط القوات المسلحة كهيئة قضائية، فأن المحكمة سبق وأن قضت بما قضت به المحكمة الدستورية العليا في ظل دستور 1971 الملغي بحكمها الصادر بجلسته 7/ 5/ 2006 في القضية رقم (199) لسنة (25) قضائية دستورية برفض دعوى عدم دستورية الفقرة (الثانية) من المادة (1) من القانون رقم (99) لسنة 1983 بشأن الطعن في قرارات مجالس الكليات والمعاهد العسكرية المعدل بالمادة (الثانية) من القانون رقم (152) لسنة 2002، المحالة أليها بقرار الإحالة الصادر من محكمة القضاء الإداري بالقاهرة بالدعوى المرقمة (9842) لسنة (54) قضائية الصادر بجلسته 27/ 5/ 2003 ، كما قضت المحكمة الدستورية العليا في ظل دستور مصر لسنة 2014 النافذ في القضية رقم (168) لسنة 36 قضائية دستورية بجلسته 6/ 5/ 2017، برفض الدعوى الدستورية المقامة طعنًا في دستوريته عجز المادة(3) من القانون رقم (71) لسنة 1975 والمعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم (11) لسنة 2014 الذي وسد المشرع للجان ضباط القوات المسلحة الاختصاص بالفصل في المنازعات الإدارية المتعلقة بقرار الكليات والمعاهد العسكرية، ولما كانت حجية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا حجية مطلقة تمتد إلى جميع السلطات في الدولة بما في ذلك المحاكم على اختلاف أنواعها.

فكان لزاماً على دائرة توحيد المبادئ القانونية في مجلس الدولة أن يقضي بما قضت به المحكمة الدستورية أن ينحصر الاختصاص الولائي لمحاكم مجلس الدولة بهيئة القضاء الإداري وبالفصل بالمنازعات في القرارات الإدارية النهائية الصادرة من مكتب تنسيق القبول بالكليات والمعاهد العسكرية وينعقد للجان ضباط القوات المسلحة المشكلة

بصفة هيئة قضائية⁽¹⁾.

كما أصدرت المحكمة الدستورية العليا في سنة 2013 حكم تضمن بإسناد النظر بالمنازعات الضريبية لمحاكم مجلس الدولة بدلاً من القضاء العادي، وسبق وأن قضت دائرة توحيد المبادئ في مجلس الدولة (بعدم جواز نظر محاكم مجلس الدولة للمنازعات الضريبية التي صدرت بشأنها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضي به من محاكم القضاء العادي) إلا أنها عدلت عن ذلك بناءً على حكم المحكمة الدستورية وأصدرت حكم في سنة 2014 في الطعن رقم (5371) لسنة 47 قضائية (أن الاختصاص بنظر المنازعات الضريبية معقود لمحاكم مجلس الدولة، فأحكام التي لن تصدر من المحاكم المدنية لا تحوز حجية إمام مجلس الدولة باعتبارها صادرة من جهة غير مختصة)⁽²⁾.

أما بالنسبة إلى العراق نصت المادة (49) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على انه (قرارات المحكمة الاتحادية العليا باثة وملزمة للسلطات كافة) وان فكرة عدول القضاء الدستوري عن المبادئ القانونية السابقة ترددت في قرارات المحكمة الاتحادية العليا، كأن تعدل عن قضائها بعدم دستورية قانون معين فتقول دستوري وان تعدل عن حكمها بدستورية قانون معين فتقضي بعدم دستورية، مثال ذلك عندما طلب احد مجالس المحافظات تفسير الفقرة (ثانياً) من المادة (122) من الدستور بصلاحيات مجالس المحافظات بالتشريع ففسرت النص انه لم يمنح مجالس المحافظات صلاحيات

(1) د. إسلام توفيق الشحات، مصدر سابق، ص 58 وما بعدها.

(2) حكم منشور على الموقع الإلكتروني، اخر زيارة للموقع بتاريخ 2019/2/22.

تشريعية⁽¹⁾، بعد ذلك عدلت في حكم آخر ومنحت مجالس المحافظات صلاحيات تشريعية⁽²⁾، ونرى عدول المحكمة الاتحادية من شأنه إن يؤثر على قرارات المحكمة الإدارية العليا باختصاصها في نظر الطعون⁽³⁾.

أضف الى ذلك إن التنظيم القانوني لاختصاص مجلس الدولة بالنظر إلى الطعون التمييزية قد مر بمراحل، فكانت قرارات محكمة القضاء الإداري، قابلة للطعن فيها تمييزاً لدى الهيئة العامة لمجلس الدولة سابقاً بموجب المادة (7/ ثالثاً) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة، وبعد سنة 2005 وبموجب الفقرة (ثالثاً) من المادة (4) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 اختصت المحكمة الاتحادية العليا النظر في الطعون المقدمة على الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري⁽⁴⁾.

(1) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (13/ اتحادية / 2007) الصادر في 16/7/2007 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية.

(2) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (16/ اتحادية / 2008) الصادر في 28/4/2008، منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية.

(3) اصدر مجلس شوري الدولة في مجال الرأي والمشورة مبدأ قانوني بخصوص تفسير الفقرة (ثانياً) من المادة (122) من الدستور بالقرار رقم (54/ 2007) الصادر في 19/7/2007 جاء فيه لم يعطي الدستور مجالس المحافظات سلطة تشريعية، إلا إن المجلس عدل عن المبدأ القانوني السابق إلى مبدأ قانوني جديد بالقرار رقم (1972/ 2009) في 25/10/2009 جاء فيه بصلاحيات مجالس المحافظات في إصدار التعليقات و القرارات وجاءت بصيغة تفصيله أفضل من قرارات المحكمة الاتحادية العليا في هذا الشأن.

(4) أنظر: الفقرة (ثالثاً) من المادة (4) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 التي نصت على انه (النظر في الطعون المقدمة على الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري).

وصدرت عن المحكمة الاتحادية العليا العديد من الأحكام والقرارات، ونرى ان
المشرع أقحم المحكمة الاتحادية العليا في اختصاص بعيد كل البعد عن وظيفتها
الاساسية، وزاد أعباء المحكمة بمنازعات خارجة عن اختصاصاته، وبالتالي أثر سلباً
على قضاء مجلس الدولة في تطوير أحكامه ومبادئه أو العدول عنها، فأصبح مقيد
بقرارات المحكمة الإدارية العليا، إلا أن المشرع لاحظ الخلل التشريعي الذي تسببه،
وبعد صدور قانون التعديل الخامس لمجلس الدولة رقم (17) لسنة 2013 الذي
بموجبه أستحدث المحكمة الإدارية العليا وأسند إليها اختصاص الطعن التمييزي
بقرارات محكمة القضاء الإداري إلى جانب الطعن بقرارات محكمة قضاء الموظفين،
وحسناً فعل المشرع بإخراج الطعن التمييزي المعتصب من اختصاص المحكمة
الاتحادية العليا وأعادته إلى مجلس الدولة، وذلك لضرورة وجود محكمة إدارية عليا
تعلق قمة هرم التنظيم القانوني في مجلس الدولة والنظر في الطعون في أحكام المحاكم
الإدارية العليا، لأهمية ذلك في توحيد المبادئ القانونية وتطوير المبادئ ونظريات
القانون الإدارية، ومن الناحية العملية نجد أن بعض الأحكام والقرارات التي صدرت
من المحكمة الاتحادية العليا نصت فيها على عدم اختصاصها بالنظر في إلغاء القرارات
الإدارية فأن نطاق عملها إلغاء القرارات التي تتصف بالصفة التشريعية ومنها القرار
رقم (28/ اتحادية/ 2008) الصادر بتاريخ 2008 /9 /15⁽¹⁾.

(1) حكم المحكمة الاتحادية العليا المرقم (28 / اتحادية / 2008) في 2008 /9 /15 الذي تتحصل
وقائعه (طلب وكيل المدعي (م. ح. ر) في عرضة دعواه إلغاء كتابي المدعي عليه (الأمين العام
لمجلس الوزراء) / إضافة لوظيفته المعنويين إلى وزارة المالية / دائرة عقارات الدولة والى القاضي
الدكتور وائل عبد اللطيف الفضل عضو مجلس النواب والذي أرسلت نسخته منه إلى مديرية
التسجيل العقاري يطلب فيها بعدم تسجيل العقارات الواقعة في المنطقة الدولية (المنطقة الخضراء)

==

ثانياً: تعارض العدول مع المبادئ القانونية الكبرى كمانع للتحويل القضائي: هناك العديد من المبادئ القانونية الأساسية المكتوبة التي أصدرتها بعض الدول التي تشكل مرتكزات المجتمع السياسي والقانوني والاجتماعي والتي يتعين على السلطات العامة احترامها والتقييد بها أو على الأقل الاهتداء بها، وتتمثل بالمبادئ الواردة في إعلان الحقوق والمواطن فهي مبادئ استخلصها الفلاسفة ورجال القانون العام باعتبارها أسس معقولة وعادلة للتنظيم السياسي والتي أضفى عليها القضاء الإداري والدستوري الفرنسي القوة الإلزامية⁽¹⁾، وتتضمن بعض الدساتير مبادئ مهمة في مقدمة وبداية الدستور التي تنظم أسس الحياة الاجتماعية والسياسية فقد تضمن دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية لسنة 1958 المعدل على العديد من الحقوق مثل حق الانتماء النقابي والتكافل الاجتماعي والتي اعترف المجلس الدستوري ومجلس الدولة الفرنسي بالطابع الإلزامي وافر بأن المبادئ الواردة بها تتمتع بقيمة القواعد الدستورية، فقد قضى في أحد أحكامه الصادرة بتاريخ 25/7/1979 على انه (إن حق الإضراب يمارس في إطار القوانين التي تنظمه وانه حق ذو قيمة دستورية)⁽²⁾.

==

وبعد الاطلاع وجدت المحكمة إن الكتب المذكورة تتضمن طلبات إدارية ليس لها صفة تشريعية فيكون النظر في إلغائها خارج اختصاص المحكمة الاتحادية العليا المحددة في المادة (4) من القانون رقم 30 لسنة 2005 والمادة (93) من دستور جمهورية العراق وتقع ضمن اختصاص القضاء الإداري استناداً لإحكام المادة (7/ ثانياً/ د) من قانون مجلس شوري الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل وكان قرار الحكم الصادر من المحكمة برد الدعوى لعدم الاختصاص).

- (1) كمبدأ مساواة الأفراد إمام القانون والمادة (السابعة عشر) التي نصت على حق الملكية.. الخ.
- (2) د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، مصدر سابق، ص 36 وما بعدها.

وهناك المبادئ العامة للقانون غير المكتوبة التي يصفها بعض الفقهاء الفرنسيين (المبادئ القانونية الكبرى) أو (المبادئ العليا) أو (الفلسفة السياسية للأمة)⁽¹⁾، بعد أن قاموا بتحليل وتأصيل أهم الأحكام الكبرى في تاريخ القضاء الفرنسي قيوداً ترد على سلطة القاضي الإداري للعدول عن مبدأ قانوني سابق، فلا يستطيع القاضي الإداري تفسير النصوص القانونية على نحو معين يغاير تلك المبادئ القانونية الكبرى فيثار التساؤل هل توجد مبادئ عامة للقانون يعطيها القاضي الإداري قيمة معينة، ولا يملك تغييرها في المستقبل لكونها مبادئ قانونية عليا؟ أو هل توجد تفسيرات أعطتها القاضي الإداري لبعض النصوص القانونية لا يجوز مسها؟ وهل المبادئ العامة للقانون بمنزلة واحدة؟ وللإجابة عن هذه التساؤلات لابد لنا من عرض مسألة القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون وخلاف الفقه الإداري حول هذه المبادئ، وبيان التدرج القانوني لها وهذا ما نستعرضه على النحو التالي:

1- الاتجاهات الفقهية المؤيدة في الاعتراف بالقيمة التشريعية للمبادئ العامة للقانون:

أثفق الفقه الفرنسي قبل صدور دستور جمهورية فرنسا لسنة 1958 المعدل على أن القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون تعادل قيمة التشريع العادي، أساسيدهم في ذلك أن القاضي الإداري يستخلص هذه المبادئ من مجموعة القواعد القانونية الموجودة في داخل الدولة، فالقاضي الفرنسي يراقب دستورية القوانين قبل صدور القانون⁽²⁾،

(1) د. محمد ماهر أبو العينين، تطور قضاء الإلغاء ودور القاضي الإداري في حماية الحقوق والجهات العامة وحقوق الإنسان، مصدر سابق، ص 110.

(2) Pierre Brunet; professeur à l'Université de Paris X-Nanterre Centre de (Théorie Analyse de Normes), LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT ET LA HIÉRARCHIE DES NORMES UMR CNRS 7074 en L architecture du droit.

==

وحتى بعد صدور دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لسنة 1958 يرى البعض من الفقه الإداري الفرنسي، أن هذه المبادئ لها قيمة معادلة للتشريع العادي، وأستخدم مجلس الدولة الفرنسي بعد تطبيق المادة (37) من الدستور الفرنسي⁽¹⁾ عبارة (أن من حق المشرع وحده أن يحدد أو يوسع أو يضيق من نطاق المبدأ وحتى اللوائح المستقلة تبقى نوعاً من القرارات الإدارية خاضعة لاحترام المبادئ العامة للقانون) اما بالنسبة للقرارات بقانون بناءً على تفويض البرلمان طبقاً للمادة (38) من الدستور⁽²⁾ قد يكون الاعتراف بالقيمة الدستورية للمبادئ ذات ضرورة ملحة وذلك لان القرارات بقوانين في إطار قانون التفويض، يمكنها أن تعدل أو تلغي أية نصوص تشريعية مخالفة، إلا أنها لطالما كانت القرارات بقوانين تصدر بناءً على تفويض البرلمان تبقى مجرد قرارات إدارية وبالتالي لا توجد ضرورة لأرقاء المبادئ العامة للقانون للمستوى الدستوري ويكفي لها قيمة معادلة للتشريع⁽³⁾.

==

Melanges en l'honneur de Michel Troper, Etudes accordées par D. de Bechillon; V. Champeil-Desplats; et E. Millard., paris, Economica, 2006. p, 207-221

نقلاً عن بشاير غنام سليمان، مصدر سابق ص 150.

(1) أنظر: المادة (37) من الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل التي نصت (تختص الحكومة بإصدار اللوائح المستقلة على وجه الاستقلال وبشكل كامل في البرلمان ورقابته، للحكومة تعديل القوانين التي سبق صدورهما لمجرد لائحة تصدر من السلطة التنفيذية).

(2) أنظر: المادة (38) من الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل التي نصت (يجوز للحكومة إصدار القرارات بقانون في شكل مراسيم موقعة من رئيس الجمهورية بناءً على تفويض تشريعي من البرلمان).

(3) حسن محمود محمد حسن، مصدر سابق، ص 179 وما بعدها.

أما القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون في الفقه المصري⁽¹⁾، فقد ذهب رأي أن حدها الطبيعي أدنى من التشريع، وأسانيدهم في ذلك أن المبادئ تفقد قوتها الإلزامية إذا تعارضت مع نص تشريعي صريح⁽²⁾، ويرى البعض الآخر من الفقه الإداري المصري⁽³⁾ أن القيمة القانونية للمبادئ تحتل مرتبة أدنى من الدستور، فهي لا تعلق النصوص الدستورية ولا تساويها، بل تعادل قوة القانون فحسب، أما الرأي الغالب من الفقه المصري يرى إن القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون أدنى من التشريع وأعلى من اللائحة، لان من غير المعقول إعطاء تلك المبادئ التي قام بوضعها القضاء قيمة دستورية أو تشريعية، وأن هذه المبادئ لا تستطيع أن تخالف القواعد المكتوبة لأنها تفقد قوتها الإلزامية⁽⁴⁾.

- (1) د. محمود حافظ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، 1973، ص42؛ د. ماجد راغب الحلوة، القانون الإداري، مطبعة الإسكندرية، مصدر سابق، ص68؛ د. محمد رفعت عبد الوهاب، مصدر سابق، ص179، 185؛ د. عبد الغني بسيوني، مصدر سابق، ص77، 87.
- (2) د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ واحكام القانون الاداري في ظل الاتجاهات الحديثة، بدون مطبعة نشر، القاهرة، 1975، ص98.
- (3) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وإحكام القانون الإداري، مصدر سابق 113؛ د. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، تنظيم القضاء الإداري)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992، ص65.
- (4) د. جورج شفيق ساري، قواعد القضاء الاداري، مصدر سابق، ص41؛ د. عبد الغني بسيوني، مصدر سابق ص77، 87.

2- الاتجاهات الفقهية المؤيدة في الاعتراف بالقيمة الدستورية للمبادئ العامة للقانون:

بعد صدور دستور جمهورية فرنسا لسنة 1958 المعدل أتفق أغلبية فقهاء القانون، وبعض مفوضي مجلس الدولة الفرنسي إلى الاعتراف بالقيمة الدستورية للمبادئ العامة للقانون التي يكون مصدرها الدستور أو إعلانات حقوق الإنسان أو مقدمات الدساتير لان أساسها مستمدة من روح الدستور فيصف بعض من مفوضي الحكومة بأن المبادئ القانونية التي قررها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1789 ومقدمة دستور الجمهورية الفرنسية الرابعة لسنة 1946 ذي قيمة دستورية كمبدأ حقوق الدفاع ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ومبدأ المساواة⁽¹⁾، وهناك عدة اعتبارات أو أسباب من خلالها أسست رأيهم في أرقاء المبادئ العامة للقانون إلى مرتبة النصوص الدستورية، منها أن الاعتراف بالقيمة الدستورية للمبادئ العامة ضرورة لا بد منها لضمان رقابة مجلس الدولة على اللوائح المستقلة التي نصت عليها المادتين (37) و (38) من الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل فموجب تلك المواد قيدت البرلمان من التشريع، وأعطت الحكومة صلاحية التعديل أو إلغاء أي قانون أو مبدأ قانوني عام فإذا كانت القيمة القانونية للمبادئ معادلة للتشريع العادي فلا يوجد ما يمنع الحكومة من مخالفتها أو تعديل هذه اللوائح، لذلك دعت الحاجة والضرورة إلى ارتقاء هذه المبادئ إلى مرتبة القواعد الدستورية⁽²⁾، كذلك النص بعبارات صريحة في بعض أحكام مجلس الدولة على إعطاء المبادئ العامة للقانون

(1) د. محمد ماهر أبو العينين، تطور قضاء الإلغاء ودور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان، مصدر سابق، ص 110؛ د. وفاء سيد رجب، مستقبل القانون الإداري، مطبعة العشري، مصر، 2007 ص 326 وما بعدها.

G. vedel et p, Delvole ; Droit administratifop.cit. P.336.398.

(2) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مصدر سابق، ص 145-153.

مرتبة موازية للقواعد الدستورية على سبيل المثال في حكم Syndicat gcnicurs (conseils) (général des in) في سنة 1959، وحكم مجلس الدولة في قضية (Mme.Lamotte) سنة 1950.

أما في مصر فقد قام القضاء بممارسة الرقابة على دستورية القوانين، بعد أن أعطى لنفسه هذا الحق في سنة 1948 وخلال ذلك أصدرت المحكمة أحكاماً كبرى ذات مبادئ دستورية، على سبيل المثال حكمها الذي جاء فيه (منع سماع الدعوى في أي تصرف أو قرار صدر عن سلطة عامة معينة هو إعفاء لهذه السلطة من أية مسؤولية تترتب على تصرفاتها من المخالفة للقانون - قانون الإحكام العرفية) فحرمان الناس من اللجوء للقضاء بأية وسيلة من شأنه الإخلال بحقوق الناس في حرياتهم التي كفلها لهم الدستور⁽¹⁾، وحكمه الذي جاء فيه (أن رقابة القضاء هي دون غيرها الرقابة الفعالة التي تكفل للناس حقوقهم الطبيعية وحرياتهم العامة، وبها يبقى النظام في حدود الدستورية المشروعة) ووضع القانون قواعد الخضوع لسيادة القانون ثم رقابة القضاء⁽²⁾.

ويرى بعض فقهاء القانون الإداري في مصر أن القيمة للمبادئ ليس لها قيمة دستورية، وإنما قيمة تعلق القانون دون أن تصل إلى مرتبة الدستور، لان الدستور يجوز له مخالفتها وقد تعرض هذا الرأي للانتقاد⁽³⁾.

(1) د. احمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مصدر سابق، ص 605.

(2) د. عبد الفتاح مراد، مصدر سابق ص 38.

(3) د. محمد راغب الحلو، القانون الإداري، مصدر سابق، ص 38؛ د. وفاء سيد رجب محمد، مستقبل القانون الإداري، مصدر سابق ص 327؛ د. محمود حافظ، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص 40.

أما بالنسبة العراق فنجد أن القضاء الإداري حديث النشأة، ونلاحظ عدم التطرق إلى القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون، ولا يجوز القول بأن قيمة المبادئ تستمد من مستوى القاضي بين السلطات التشريعية أو التنفيذية التي تنشئ استنادا للدستور والقوانين، ولكون حجية أحكام القضاء الإداري غير ملزمة إلا في حدود القضية المعروضة أمام القضاء فهي لا ترتقي إلى القيمة التشريعية وبالإمكان اعتبارها قرارات ذات طابع عملي تلزم طرفي النزاع.

3- الاتجاهات الفقهية التي قسمت المبادئ العامة للقانون على أساس مصدرها
يضم هذا الفريق عدد كبير من فقهاء القانون الإداري الفرنسي والمصري⁽¹⁾، اذ يفرق هذا الاتجاه بين طائفتين من المبادئ القانونية تختلفان بالقيمة القانونية يسند هذا الاتجاه القيمة الدستورية لبعض المبادئ العامة للقانون والتي يجد أساسها في نصوص لها قيمة دستورية وملزمة للمشرع، وهي المبادئ المستمدة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن ومقدمة دستور 1946 أو من قوانين جمهورية الفرنسية وتعد المصدر الأول وتتقدم هذه المبادئ على كافة القواعد القانونية ولها نفس القوة الإلزامية للنصوص الدستورية، مثل مبدأ حرية تأسيس الجمعيات المستمدة من قانون الجمهورية الصادر سنة 1971⁽²⁾، ومبدأ حق الإضراب المستمد من مقدمة الدستور

(1) Georgés.Vedel et p.Delvolve; Dorit administratif,Tome 1, op. Cit., 2001, p.396-397.

د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص 49 وما بعدها؛ د. سليمان الطحاوي، مبادئ القانون الاداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص 47.

(2) قرار مجلس الدستوري الفرنسي الصادر بتاريخ 16 / 7 / 1971.

الفرنسي الصادر سنة 1946⁽¹⁾، ومبدأ المساواة أمام القانون المستمدة من المادة (6) من إعلان حقوق الإنسان، فتعتبر ملزمة كما هو الحال بالنسبة للدستور وأسانيدهم في ذلك ان القاضي لم ينشأ مبدأ قانوني جديد وإنما كشف عن المقصود من النصوص الدستورية خلال تفسيره بوصفه مكماً ومفسراً للنص الدستوري.

والطائفة الثانية يعطيها قيمة تشريعية في حالة رجوع القاضي الى النصوص التشريعية العادية، وتعد مماثلة في القوة الملزمة للنصوص التشريعية وأسانيدهم في ذلك أن المبادئ القانونية يمكن ان تعدل بتشريع عادي واذا استحال تعديلها بنص تشريعي فأنها تعد قواعد قانونية يلزم احترامها ويقع على عاتق السلطة التنفيذية اتباعها وعدم الخروج عنها⁽²⁾.

فكرة المبادئ القانونية الكبرى التي تكون قيمتها مساوية لقيمة النصوص الدستورية لان مصدر القوة الملزمة مستمدة من روح الدستور أو من تفسير النصوص القانونية، أبتكرها القاضي الإداري لحماية حقوق وحرريات الأفراد فالمبادئ التي أكدها مجلس الدولة والتي أستخدمها لاحقاً المجلس الدستوري أيضاً في سنة 1969 الملغى كمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، واستخدم في سنة 1972 مبدأ احترام حقوق الدفاع، وهذا يؤكد أن هذه المبادئ لا يجوز تجاوزها أو العدول عنها، وتقرير مبدأ قانوني جديد مغاير لها وأن مجلس الدولة الفرنسي لا زال يعامل تلك المبادئ القانونية بأنها أحكام كبرى لا يمكن العدول عنها إلا في حالة تعديل النصوص الدستورية، أو كان في العدول

(1) قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر بتاريخ 25 / 7 / 1979.

(2) د. محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام، دون ذكر اسم المطبعة، القاهرة، 1985، ص 80؛ جمال عثمان جبريل، الوسيط في القانون العام القضاء الإداري، القاهرة، 2001، ص 77.

محافظة على حقوق وحرريات الأفراد دون مخالفة الدستور أو النصوص القانونية⁽¹⁾. وعلى الرغم من ذلك النقاش سالف الذكر نجد أن المبادئ العامة للقانون لا يمكن أن تلغى إلا بحكم قضائي وبصدور مبدأ قانوني جديد من المحكمة التي أصدرته أو من محكمة أعلى أي تكتسب هذه المبادئ قوة قانونية، إذ لا يمكن إن تلغى إلا بقانون يأتي بتنظيم قواعد حقوقية جديدة ذات المنشأ القضائي بمعنى يتكرر المشرع قانوناً جديداً رداً على هذه المبادئ، وحين تقف المبادئ العامة للقانون وراء المشرع فهي تشبه مصدر قانوني غير مباشر.

وفي نهاية هذا المبحث وفي اطار ما يتعلق بدراستنا، نجد إن الأصل تقييد المحكمة الإدارية العليا بالمحافظة على استقرار القضايا الإدارية والمراكز القانونية ومنع تضارب الأحكام للحفاظ على الأمن القانوني، وان يكون العدول عن مبدأ قانوني سابق الاستثناء مادام الهدف منه تحقيق المصلحة العامة وزيادة الحماية لحقوق والحرريات العامة للأفراد، ولمواكبة التغيير على الصعيد الاجتماعي والسياسي والاقتصادي، ومن الأسلم وضع ضوابط للعدول على إن يكون العدول صريح وليس ضمنياً الذي يكون غير واضح للإفراد.

(1) د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، مصدر سابق، ص52.

الفصل الثاني

القواعد المنظمة
لدور المحكمة الإدارية العليا
في توحيد المبادئ القانونية

ويشتمل هذا الفصل على المبحثين التاليين:

✍ المبحث الأول: إجراءات توحيد المبادئ القانونية

✍ المبحث الثاني: الآثار المترتبة على سلطة المحكمة الإدارية العليا في توحيد المبادئ القانونية

الفصل الثاني

القواعد المنظمة لدور المحكمة الإدارية العليا

في توحيد المبادئ القانونية

لما كان الاجتهاد القضائي أحد الحلول القانونية لتلافي القصور التشريعي بسبب النقص في مصادر القانون الأخرى الذي يعود بالفائدة على المحكمة الإدارية العليا ذاتها من خلال اختصارها الوقت والجهد في حسم القضايا المنظورة، الأمر الذي ينطبق على محكمة الموضوع بل يعود بالفائدة على الخصوم أيضاً للوصول إلى الحكم القضائي العادل الذي يضمن العدالة والمساواة في تطبيق القانون وتفسيره الصحيح، لا بل ولذات المحكمة التي أصدرت المبدأ ما لم يتم العدول عنه.

والاجتهاد القضائي تتولاه المحاكم الإدارية العليا لأنها لا تعطي رأياً إلا بعد دراسة وتدقيق وتأصيل مما يجعل قضاءها يتمتع بالاستقرار والثبات، انسجاماً مع المبدأ الذي يقتضي بوجوب أن يكون الاجتهاد القضائي مستقراً، ولتحقيق ذلك الهدف (توحيد المبادئ القانونية) لا بد أن تكون محكمة بشروط أو ضوابط معينة، ويشهد الواقع العملي، أن الدور الإنشائي والخلاق والمتطور الذي يتميز به القضاء الإداري، يدفع المحكمة الإدارية العليا والمحاكم الإدارية الأخرى أن تصدر أحكاماً يخالف بعضها البعض، أو ترى المحكمة العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة لتواكب التطور التكنولوجي الهائل الذي أسرع بكثير من التغيير الذي يطرأ على التشريع، الأمر الذي دفع المشرع في الدول محل المقارنة إلى إنشاء دوائر أو هيئة مختصة لتوحيد المبادئ

القانونية الأمر الذي يجعل لها دور حيوي يسهم في تحقيق الأمان القانوني لمراكز الأفراد القانونية على نحو يضيف عليها نوعاً من الثبات النسبي وهداً من الاستقرار مما يحقق الأمان القانوني والقضائي.

وبناءً على ما تقدم هناك مجموعة من القواعد التي يجب على المحكمة مراعاتها لتوحيد المبادئ القانونية من جهة، ومن جهة أخرى هناك مجموعة آثار يرتبها الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا، ولبيان ذلك نقسم دراستنا في هذا الفصل إلى مبحثين وكما يلي:

المبحث الأول

إجراءات توحيد المبادئ القانونية

إن لأحكام القضاء أهمية في أي نظام قانوني، وتتعدى أهميتها كونها فاصلة في خصومة بين متنازعين إلى كونها تمثل سوابق قضائية، وتتفاوت النظم القانونية في الدول بمدى الاستفادة منها التزاماً أو استرشاداً، وذلك لان القانون الإداري قضائي النشأة أصلاً، وللسوابق القضائية أهمية أكبر ودور أبرز في نطاقه.

وقد فطن المشرع في فرنسا ومصر إلى أهمية إيجاد آلية لوضع هذه السوابق موضعها الحق خاصة بعد تعدد دوائر المحكمة الإدارية العليا واختلاف الأحكام الصادرة عنها، فأنشأت جهات مختصة لتوحيد المبادئ القانونية في أحكام القضاء الإداري.

فما لا شك فيه، إذا كانت الطبيعة القضائية للقانون الإداري تستلزم مرونته وتطوره واختلاف المبادئ التي تقررها المحكمة، وذلك لاختلاف الظروف والتطورات الاقتصادية والاجتماعية والإدارية والقانونية، أوجد المشرع في الدول محل المقارنة آلية تكفل تطور القضاء الإداري وتوحيد مبادئه في ذات الوقت، والمهارة في استخدام السابقة القضائية التي تعتبر فناً أكثر منها علماً.

وبذلك يكون لزاماً علينا أن نتناول الجهة المختصة في توحيد المبادئ القانونية في المحكمة الإدارية العليا في العراق والدول محل المقارنة وكيفية تنظيمها وتشكيلها وأحوال اتصالها بالطعن معززة بالأحكام القضائية التي صدرت عنها، لذا فإن دراستنا لإجراءات توحيد المبادئ القانونية سوف نتعرض لها في مطلبين وعلى النحو التالي:

- المطلب الأول: الجهة المختصة بتوحيد المبادئ العامة للقانون.
- المطلب الثاني: أساليب توحيد المبادئ القانونية في المحكمة الإدارية العليا.

المطلب الأول

الجهة المختصة بتوحيد المبادئ العامة للقانون

من المسلم به في مختلف النظم القانونية ذات النظام المزدوج، وجود محكمة عليا تتولى التعقيب النهائي على الأحكام القضائية الإدارية، تقع على قمة التنظيم القضائي الإداري، فأن هذا التنظيم يجب أن يكفل منع التضارب بين المبادئ التي تقررها المحكمة الإدارية العليا، فضلاً عن تنظيم كيفية العدول على مبدأ سبق وان قررته أحكام سابقة، لضمان تحقيق اليقين القانوني للإفراد، وينظم أحكام القضاء للاستفادة منها لأنها اجتهادات عظيمة القيمة.

وإن الغاية التي قصدها المشرع في إنشاء المحكمة الإدارية العليا هو تحقيق العدالة من خلال إصدار أحكام متماثلة على الوقائع المتشابهة التي تفرض عليهم، وليست مجرد هيئة قضائية يقتصر عملها وضع الحلول في المسائل القانونية المتنازع فيها دون أن يكون لهذا الحكم أثر إيجابي في مراكز المتقاضين وحقوقهم.

ولا شك أن التعريف بالجهة المختصة بتوحيد المبادئ القانونية في العراق، يقتضي معرفة الجهات المختصة بتوحيد المبادئ القانونية في القضاء الإداري في فرنسا ومصر ومن هنا نتساءل هل المحكمة الإدارية العليا في العراق هي المختصة بتوحيد المبادئ القانونية؟ وهل تقتصر ولايتها على توحيد الأحكام الصادرة في المنازعات الإدارية والمنازعات الانضباطية، أم لها اثر على القرارات الاستشارية في مجلس الدولة؟ وهل للقرارات الاستشارية في مجلس الدولة تأثير على قرارات المحكمة الإدارية العليا؟ وهذا ما نتعرف عليه في الفرعين الآتيين:

- الفرع الأول: الجهة المختصة في توحيد المبادئ القانونية في القانون المقارن
- الفرع الثاني: الجهة المختصة في توحيد المبادئ القانونية في العراق

الفرع الأول

الجهة المختصة بتوحيد المبادئ القانونية في القانون المقارن

بالنظر الى تقارب النظام القضائي في العراق مع كل من فرنسا ومصر، فسنبحث في موقفهما من مسألة توحيد المبادئ القانونية في مجلس الدولة والجهة المختصة بالتوحيد تبعاً وعلى النحو التالي:

أولاً: الجهة المختصة في توحيد المبادئ القانونية في مجلس الدولة الفرنسي
يعلو مجلس الدولة الفرنسي قمة القضاء الإداري، فهو قاضي المنازعات الإدارية ومستشار الإدارة العامة، ويقوم بمهام المحكمة الإدارية العليا إزاء جميع المحاكم الإدارية الأخرى، وأحكامه لا تتزحزح قرينة الصحة التي تلازمها إلا بحكم يصدر عنها في دعوى بطلان أصلية⁽¹⁾.

ويؤدي مجلس الدولة الفرنسي دوراً أساسياً في توحيد المبادئ القانونية وضمان أن يكون تفسير النصوص مماثلاً للحالات المشابهة وتطوير المبادئ القانونية، فهو يضمن وحدة التفسير من خلال توحيد المبادئ، فالقرارات الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي تسمو بقوتها على بقية القرارات في المحاكم الإدارية الأخرى⁽²⁾.

ولا تشكل الوظيفة القضائية النشاط الوحيد لمجلس الدولة، فهو في نفس الوقت يمارس وظيفة أخرى استشارية، ويستمد مجلس الدولة قوته وتأثيره من الجمع بين هاتين الوظيفتين، فيمارس مجلس الدولة كهيئة قضائية اختصاصات تدخل بطبيعتها

(1) د. حمدي القبيلات، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 91.

(2) د. أحمد محمود جمعة، الطعون الاستثنائية أمام محاكم مجلس الدولة، منشأة المعارف، القاهرة، 1986،

ومفهومها مع الوظيفة الاستشارية⁽¹⁾.

وينظم الاختصاص الاستشاري لمجلس الدولة بوصفها هيئة قضائية بموجب المادة (12) من القانون رقم (87-1127) الصادر في 31/12/1987 بشأن إصلاح القضاء الإداري التي نصت (قبل تصدي مجلس الدولة للفصل في طعن يثير مسألة قانونية جديدة يشكل حلها صعوبة جدية ماثلة في منازعات عديدة، تستطيع المحكمة الإدارية أو محكمة الادارية الاستئنافية وذلك بحكم غير قابل للطعن فيه بأي وجه، إحالة ملف المنازعة إلى مجلس الدولة الذي يتولى الفصل في موضوع النزاع لحين إصدار مجلس الدولة لفتواه، أو لحين انتهاء فترة الثلاثة أشهر).

والتي تأكدت بالمادة (ل-1-113) في قانون المحاكم العدلية الادارية التي نصت على انه (يميز للمحاكم الإدارية ومحاكم قضاء الإداري وقبل الفصل في موضوع الدعوى أن تقرر إحالة الدعوى إلى مجلس الدولة بقرار غير قابل للطعن لإبداء الرأي في التساؤلات القانونية المتعلقة بموضوع الدعوى وإبداء الرأي خلال ثلاثة أشهر) ويتولى مجلس الدولة توحيد الاجتهادات في الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية التابعة لمجلس الدولة، وينعقد الاختصاص لجمعية المنازعات في الجمعية العمومية في القسم القضائي في مجلس الدولة الفرنسي (Société de litige) التي تعد أعلى هيئة في القسم القضائي وتتألف من سبعة عشر عضواً، إذ يتولى نائب رئيس مجلس الدولة رئاسة الجمعية وعضوية رئيس القسم القضائي بمجلس الدولة ورؤساء الأقسام ونواب رئيس قسم التقاضي الثلاثة ومن رئيس الغرفة الفرعية أو رؤساء الغرف الفرعية

(1) R. DRAGO, Contentieux des attributions des conseillers du conseil, Mélanges, M.WALINE, juge et juge public, T, 11, paris, LEPS, 1974, p. 379.

الذين حققوا في الدعوى والمقرر الذي يحضر انعقاد الجلسة دون أن يبدي رأيه أو يكون له الحق بالتصويت⁽¹⁾.

ويتم توزيع المنازعات الإدارية بين الهيئات القضائية بالنظر لمعيار وأهمية النزاع القانوني، فإذا ظهر أمام المحكمة الإدارية والمحاكم الإدارية الاستثنائية أن النزاعات المعروضة عليها ينطوي الفصل فيها إلى تقرير مبدأ قانوني جديد أو يمثل حسمها صعوبة قانونية جدية أو العدول عن اجتهاد قضائي مستقر فتقرر الغرفة الفرعية أحالت الدعوى إلى جمعية المنازعات في القسم القضائي في مجلس الدولة بناءً على طلب من نائب رئيس مجلس الدولة أو رئيس القسم القضائي في المجلس أو من رئيس الغرفة الفرعية المختصة بنظر الدعوى أو من مفوض الحكومة لإبداء رأيه فيها قبل صدور الأحكام⁽²⁾، ومن استقراء هذا النص يتبين أن حالات طلب الرأي من مجلس الدولة يتطلب توافر ثلاث شروط مجتمعة يجب توافرها حتى يمكن للمحاكم الإدارية والمحاكم الاستثنائية طلب رأي مجلس الدولة في المنازعات المعروضة ويمكن أجمالها كما يلي:

- 1- إن يثير النزاع مسألة جديدة لم يسبق لمجلس الدولة أن تعرض عليه وأقر بشأنها مبدأ قانوني جديد.
- 2- إن يكون حسم النزاع من الأهمية بالنسبة للمحاكم الإدارية أو المحاكم الاستثنائية، وتثير صعوبة جدية.

(1) د. علي خطار شطناوي، مصدر سابق، ص 178.

(2) جمعية المنازعات في مجلس الدولة الفرنسي منشور على الموقع الإلكتروني، تاريخ اخر زيارة في 2019 / 2 / 14.

3- إن تكون المسألة محل الخلاف ماثلة في كثير من المنازعات، وهذا يعني أن لا تكون من المسائل الفردية ذات الطابع الخاص.

ويرجع تبني نظام الإحالة قبل إصدار الحكم من محكمة الموضوع جملة من المسوغات أهمها تخفف العديد من الأعباء الملقاة على كاهل الهيئات القضائية في مجلس الدولة الفرنسي، والإسهام في توحيد المبادئ القانونية وإصدار آراء في مسائل مهمة تتسم بالصعوبة بما يسهل حسم المنازعات العالقة أمام المحاكم الإدارية أو محاكم الاستئناف عن طريق الاستئناس بآراء مجلس الدولة، كذلك بساطتها وعدم تعقيدها فالدور المهم الذي يلعبه القاضي الإداري في الحفاظ على حقوق الأفراد فيقطع دابر النزاع، وانزال الحل القانوني عليه بما يتفق مع سير العدالة وتوحيد تطبيق المبادئ القانونية مما يوفر الوقت والجهد للقضاة والمتقاضين على حد سواء⁽¹⁾.

وعلى الرغم من فوائد نظام الإحالة إلا أنه لا يخلوا من المآخذ عليه منها عدم وجود أُلزام قانوني لمحكمة الموضوع بإحالة ملف النزاع إلى مجلس الدولة لطلب رأيه فيها، فأن للمحكمة الإدارية أو لمحكمة الادارية الاستئنافية سلطة تقديرية في مجال الإحالة، وليس من حق الخصوم في المنازعة أن يقترحوا على القاضي القيام بالإحالة، وهي مكنته اختيارية يترك تقديرها إلى محكمة الموضوع، ولم يضع المشرع الفرنسي آليه لتصدي جمعية المنازعات لإحكام محكمة الموضوع في حال عدم عرضها عليها رغم توفر شروط الإحالة مما يفوت فرصة توحيد المبادئ القانونية، ولم يمنح المشرع الفرنسي الأفراد

(1) د. إسماعيل صعصاع ومجيد مجهول درويش، دور الهيئات الاستشارية بمجلس الدولة في دعم الاختصاص القضائي، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، كلية القانون، جامعة ذي قار، العدد 10، 2015، ص9.

صلاحية الطعن أو تقديم الطلب بإحالة قضاياهم إلى جمعية المنازعات وإنما حصرها بيد القاضي ومفوض الحكومة، ويترتب على صدور قرار الإحالة وقف الفصل في القضايا المعروضة أمام محكمة الموضوع لحين إصدار الرأي وفي ضوء الأساس القانوني المتقدم نلاحظ أن المشرع الفرنسي وضع فترة محددة لصدور رأي مجلس الدولة لا تزيد عن ثلاثة أشهر، وإلا كان لمحكمة الموضوع بعد انتهاء الفترة أعلاه كامل حريتها بالفصل في النزاع من الناحية الموضوعية وكان الأفضل إن يجعل إصدار الفتوى ملزم على جمعية المنازعات حتى لا يترك المجال للقاضي للتهرب من إصدار آراء استشارية في بعض المنازعات وبالتالي تؤدي إلى عدم توحيد المبادئ القانونية، كما إن الآراء والفتاوى الاستشارية غير ملزمة من الناحية القانونية لمحكمة الموضوع طالبة الإحالة مما يصعب إلزام المحاكم بتطبيقها⁽¹⁾.

ومن الأحكام التي نجدتها في هذا الصدد حكم مجلس الدولة الفرنسي التي قضت (بمسؤولية الدولة في تعويض الأضرار التي أصابت الشركة بسبب احتلال بعض المزارعين لمنشآت تابعة لأحد محطات السكك الحديدية، وهي مؤسسة عامة)⁽²⁾ التي تتخلص وقائعها في انه بتاريخ 6/4/1990 قدمت الشركة الوطنية للسكك الحديدية الفرنسية طعن إلى المحكمة الإدارية في مدينة باريس للمطالبة بالتعويض عن الخسائر التي تكبدتها المؤسسة، جراء إعاقة حركة سير القطارات مما ألحق بها أضراراً تجارية تمثلت في زيادة النفقات ونقص الإيرادات، وفي دعوى أخرى أثير نفس النزاع تتخلص

(1) د. حسين عثمان محمد عثمان، طبيعة العلاقة بين الوظيفتين الاستشارية والقضائية لمجلس الدولة، ط2، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2016، ص15 وما بعدها.

(2) C.E., Avis d'assemblée, 6 / 411990, Société nationale des émeutiers de fer, Le grands arrières de la justice administrative, Paris, 1990, p756etss .

وقائعها في قيام بعض المتظاهرين باحتلال مراكز تحصيل الرسوم الواقعة على بعض الطرقات السريعة، مما أدى إلى عبور سائقي السيارات دون دفع رسم العبور مما أصاب الشركة الملتزمة باستغلال هذا الطريق أضرار مادية في فقدان الإيرادات⁽¹⁾ فأقامت دعوى أمام المحكمة الإدارية في باريس طالبت الدولة فيه بالتعويض عن هذه الأضرار وكانت المطالبة بالتعويض وفقاً لنص المادة (92) من القانون الصادر في 1983 / 1 / 7 الذي تضمن (المسؤولية المدنية للدولة عن الأضرار والخسائر الناجمة عن الجرائم والجنح المرتكبة علناً أو عن طريق العنف بواسطة تظاهرات أو تجمعات مسلحة كانت أم غير مسلحة ضد الأشخاص أو الأموال) وبعد رفض الدولة دفع التعويضات كون القانون المذكور يخص الأضرار المادية فقط دون الأضرار التجارية، وترتيباً على ذلك أحالت المحكمة الإدارية لمدينة باريس الطعن إلى مجلس الدولة الفرنسي كون النزاع أثير في أكثر من منازعة وللفصل في هذه المنازعات يتطلب إزالة الغموض الذي شاب المادة المشار إليها آنفاً، وأن المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن فعل المتظاهرين أو المشاركين في الاجتماعات العامة كانت خاضعة لنصوص خاصة وتقع ضمن ولاية القضاء العادي إلا في حالات التي تكون الدولة هي المدعي عليه .

وبعد صدور القانون بتاريخ 1986 / 1 / 9 الذي قرر اختصاص القضاء الإداري بالولاية العامة على المنازعات الإدارية، تحولت المسؤولية عن الأضرار من الأشخاص العامة المحلية إلى الدولة التي أصبحت مسؤولة عنها مباشرة، وهذا النزاع أثار ناحيتين الأولى: الجهة المسؤولة مباشرة عن التعويض وكانت في السابق تقع المسؤولية على الأشخاص الخاصة إلا أنها بعد صدور القانون أعلاه أصبحت مسؤولة الدولة،

(1) C.f.Avis d, assemble, 6/4/1990, Cofiroute J.c.p, 1990, IV.p.197 .

والثانية: اختصاص القضاء الإداري في نظر النزاع بعد أن كان يقع ضمن ولاية القضاء العادي.

ثانياً: الجهة المختصة بتوحيد المبادئ القانونية في مجلس الدولة المصري تظهر الحاجة إلى إنشاء هيئة قضائية مختصة كلما تعددت دوائر محكمة القضاء الإداري، لذلك خلى قانون مجلس الدولة المصري رقم (112) لسنة 1941 الملغى من أي نص يوحد المبادئ القانونية لأن كان تنظيم محكمة القضاء الإداري ذات اختصاصات محددة، وبعد تعدد دوائر المحكمة وازدياد عدد القضايا المعروضة أمام القضاء أصبح من المتوقع اختلاف الأحكام وتعارضها، وجاء القانون رقم (9) لسنة 1949⁽¹⁾ فأجاز ولاية دائرة من دوائر محكمة القضاء الإداري أن تجدد المرافعة في الدعوى وأحالتها إلى دوائر المحكمة مجتمعة إذا رأت أن النقطة القانونية التي يتطلب البت فيها سبق صدور جملة أحكام نفس في الموضوع يناقض بعضها بعضاً.

أو كان من رأيها العدول عن اتباع مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة وكانت الإجابة اختيارية للدوائر عند النظر بالمنازعات المعروضة أمامها⁽²⁾، وبعدها صدر القانون رقم (165) لسنة 1955 الذي أستحدث هيئة مفوضي الدولة والمحكمة الإدارية العليا التي

(1) أنظر: المادة (27) من قانون مجلس الدولة رقم (112) لسنة 1946 التي نصت على أنه (إذا رأت دائرة من دوائر المحكمة لدى النظر في إحدى الدعاوى أن النقطة القانونية المتضمن البت فيها سبق صدور جملة أحكام من شأنها يخالف بعضها بعضاً، وأن كان من رأيها العدول فيها عن اتباع مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة جاز لها أن تتأخر بتجديد المرافعة في الدعوى وأحالتها إلى دوائر المحكمة مجتمعة)

(2) د. جابر جاد نصار، دائرة توحيد المبادئ وتأكيد الطبيعة القضائية للقانون الإداري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص49.

تقع على قمة القضاء الإداري في مصر وبوصفها محكمة عليا تستأنف أمامها أحكام محكمة القضاء الإداري، مما يسهم في توحيد المبادئ القانونية من خلال إلغاء أحكام القضاء الإداري أن خالفت المبادئ القانونية المستقرة التي سبق إن قررتها المحكمة⁽¹⁾.

ويكون لذوي الشأن ولرئيس هيئة مفوضي الدولة الطعن في تلك الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري أو المحاكم التأديبية خلال ستين يوماً من تاريخ صدور الحكم، وذلك مع مراعاة الأحوال التي يوجب عليه القانون فيها الطعن في الحكم، أما الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري في الطعون المقامة أمامها في أحكام المحاكم الإدارية فلا يجوز الطعن فيها أمام المحكمة الإدارية العليا إلا من رئيس مفوضي الدولة خلال ستين يوماً من تاريخ صدور الحكم، وذلك إذا صدر الحكم على خلاف ما جرى عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا⁽²⁾.

وبعد تعدد دوائر المحكمة الإدارية العليا وازدياد عدد مستشاري المحكمة أصبح من الصعوبة أن تجعل مداولتهم بمكان واحد وذلك لتفرق الآراء بحسب اختلافهم في وجهات النظر، فضلاً عن كون القضاء الإداري بطبيعته قضاءً إنشائياً، فإنه يناط بالمحكمة الإدارية العليا بالإضافة إلى كونها محكمة طعن وضع المبادئ القانونية التي تعد ملزمة لمحاكم القضاء الإداري والمحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية وللمحكمة

(1) د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، مصدر سابق ص 354 وما بعدها.

(2) انظر: المادة (23) من قانون مجلس الدولة النافذ رقم (47) لسنة 1972 المعدل التي نصت على انه (يجوز الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا في الأحكام الصادرة من القضاء الإداري أو المحاكم التأديبية في الأحوال الآتية: 1- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله. 2- إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات اثر في الحكم. 3- إذا صدر الحكم خلاف حكم سابق حاز قوة الشيء المحكوم فيه سواء دفع بهذا الدفع أو لم يدفع).

الإدارية نفسها التي أقرت المبدأ القانوني ما لم يتم العدول عنه، حيث شهد الواقع العملي تضارب الأحكام ومخالفة بعضها البعض⁽¹⁾.

ومن أجل ذلك أنشأ المشرع دائرة خاصة لتوحيد المبادئ القانونية بموجب المادة (54) مكرراً من قانون مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972 المضافة بالقانون رقم (136) لسنة 1984 والتي نصت على أنه (إذا تبين لإحدى دوائر المحكمة الإدارية عند النظر في إحدى الطعون أنه صدرت منها أو من إحدى دوائر المحكمة أحكاماً سابقة يخالف بعضها البعض، أو رأت العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة صادرة في المحكمة الإدارية العليا يتعين عليها إحالة الطعن إلى هيئة تشكلها الجمعية العامة لهذه المحكمة في كل عام قضائي من أحد عشر مستشاراً برئاسة رئيس المحكمة أو الأقدم فالأقدم من نوابه، ويجب على سكرتارية المحكمة أن تعرض ملف الدعوى خلال ثلاثة أيام من صدور قرار الإحالة إلى رئيس المحكمة ليعين تاريخ الجلسة التي تنظر فيها الدعوى، ويعلن الخصوم بهذا التاريخ قبل حلوله بأربعة عشر يوماً على الأقل، وتصدر الهيئة المذكورة أحكامها بأغلبية سبعة أعضاء على الأقل).

إن النص القانوني يشير إلى تشكيل هذه الدائرة في المحكمة الإدارية العليا من أحد عشر مستشاراً وتعد برئاسة رئيس المحكمة الإدارية العليا أو الأقدم فالأقدم من نوابه ورؤساء دوائر المحكمة الخمسة ورؤساء دوائر فحص الطعون فيها، فيشترط أقدم المستشارين بالمحكمة، فإذا كان أحد أعضاء الدائرة هو الأقدم فإنه يدخل في تشكيل دائرة توحيد المبادئ حتى لو لم يكن رئيساً للدائرة أو رئيساً للفحص فيها، وهذه الدائرة

(1) المذكرة الإيضاحية لقانون مجلس الدولة المصري رقم (136) لسنة 1984 والذي أضاف المادة (54) مكرر إلى أحكام القانون رقم (47) لسنة 1972 المعدل.

تشكلها الجمعية العمومية في تلك المحكمة في كل عام قضائي⁽¹⁾.

ويلاحظ أن المشرع المصري أراد أن تكون هذه الهيئة على مستوى عال من شيوخ قضاة مجلس الدولة ولهم في العمل باع طويل وجعلها في قمة التشكيل القضائي بمجلس الدولة، للتناسب مع أهمية الأعمال التي يبحثها، كما يضيف قيمة كبيرة على المبادئ التي تقررها، الأمر الذي يجعل من الصعوبة العدول عن مبدأ قانوني سابق مما يضمن استقرار الأمن القانوني والأمن القضائي من توافر اليقين بالنسبة للمتقاضين، ويؤدي إلى التقليل من اللجوء للقضاء، ويشجعهم على إنهاء منازعاتهم دون إقامة الدعوى على ضوء المبادئ المستقرة في القضاء ويكون لديهم اليقين أن اللجوء للقضاء لن يضيف لهم جديداً بل بالعكس يحملهم أعباء مادية ومعنوية وتكون في نهاية الأمر بلا فائدة⁽²⁾.

وتأسيساً على ذلك هناك أسباب يجب مراعاتها عند إحالة الطعن إلى دائرة توحيد المبادئ في المحكمة الإدارية العليا هي:

1- صدور أحكام سابقة من إحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا تخالف بعضها البعض

يرجع تضارب الأحكام من المحكمة الإدارية العليا إلى تعدد دوائر المحكمة وتداخل في الاختصاصات بين هذه الدوائر، ويؤدي سرعة تغير رئيس وأعضاء هذه الدوائر احتمال تغيير في المبادئ التي تصدر عن المحكمة، فضلاً أن المحكمة الإدارية العليا تعد محكمة قانون وواقع احياناً، فقد لا يقتصر عملها على مجرد التحقيق في تطبيق

(1) د. سامي جمال الدين، مصدر سابق، ص 354.

(2) جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص 56-57.

القانون تطبيقاً صحيحاً، وإنما تتعدى اختصاصها للحكم في الطعن بوصفها محكمة موضوع وواقع⁽¹⁾، الأمر الذي يضمن التزام المحاكم الأدنى بالمبادئ التي استقرت عليها المحكمة الإدارية العليا لأنه في حال مخالفة حكمها سوف يلغى عند الطعن أمام هذه المحكمة⁽²⁾، ومن التطبيقات القضائية لدائرة توحيد المبادئ القانونية في المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن، ذهب الاتجاه القضائي في قضاء المحكمة الإدارية العليا تارة إلى الأخذ بعدم جواز قيام الشخص الذي لم يكن طرفاً أو ممثلاً في الدعوى ومس الحكم الصادر فيها مصلحة له بالطعن عليه مباشرة لدى المحكمة الإدارية العليا فقضت في احد أحكامها المؤرخ في 28/10/1980 الذي جاء فيه (عدم جواز لجوء من لم يكن طرفاً في الخصومة إلى الطعن على الحكم الصادر فيها إلى القضاء الإداري مباشر إنما ينبغي أن يسلك طريق الطعن بالتماس إعادة النظر أمام المحكمة التي أصدرت الحكم)⁽³⁾، إلا إن المحكمة الإدارية العليا نهجت نهجاً مغايراً في حكمها الصادر في 22/8/1983 حيث قضت (ولئن كان الطاعن في هذا الطعن لم يكن طرفاً في الدعوى الصادر فيها الحكم المطعون فيه إلا أن له صفة ومصلحة تقوية مباشرة في الطعن على هذا الحكم باعتباره من ذوي الشأن الذين عناهم المشرع في المادة (44) في القانون رقم (47) لسنة 1972 الذين أجاز لهم الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري أمام المحكمة الإدارية العليا متى توافر في شأنه شرط المصلحة عن طريق

(1) انظر: المادة (3) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 النافذ، والفقرة (4) من المادة (269) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968 المعدل.

(2) محمد جلال محمد العيسوي، مصدر سابق، ص 29.

(3) أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ بالطعن رقم (3155) لسنة (31) قضائية عليا الصادر بتاريخ 28/10/1980.

الطعن خارج الخصومة⁽¹⁾ عرض الطعن على دائرة توحيد المبادئ في المحكمة الإدارية العليا بعد أن أحيلا إليها من دوائر الموضوع استناداً للمادة (54 مكرر) من القانون رقم (47) لسنة 1972 التي رجحت احد المبادئ فقضت بالطعن رقم (3387) لسنة 29 قضائية في 12/4/1987 (بعدم قبول طعن الخارج عن الخصومة أمام المحكمة الإدارية العليا، وعليه أن يسلك طريق الطعن بالتماس إعادة النظر أمام ذات المحكمة التي أصدرته).

2- العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة صادرة عن المحكمة الإدارية العليا

يتحقق العدول إذا رأيت إحدى الدوائر في المحكمة الإدارية العليا العدول عن مبدأ قانوني سابق قرره المحكمة، وهو أمر متوقع وغير مستبعد، فحتى السوابق القضائية أخذت تتعدل وتبديل مهما بلغت أهميتها إذا ما تغيرت الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية في البلاد، وهذا أصبح معمول في النظام الانكلوسكسوني⁽²⁾.

وهذه الآلية التي أوجدها المشرع المصري كفلت تطور القضاء الإداري وتوحيد مبادئه في ذات الوقت⁽³⁾، يحدث العدول في أحكام دائرة توحيد المبادئ في المحكمة الإدارية العليا في حالتين الأولى عندما تخالف محكمة القضاء الإداري لمبدأ سابق استقرت

(1) أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ بالطعن رقم (3382) لسنة (29) قضائية عليا الصادر بتاريخ 22/8/1983.

(2) د. رياض القيسي، علم أصول القانون، مصدر سابق، ص 208.

(3) د. محمود حمدي عباس عطية، دور دائرة توحيد المبادئ القانونية بمجلس الدولة في كفالة الأمن القضائي، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 85.

عليه المحكمة الإدارية العليا وإصرارها على هذا العدول أو المخالفة، فإذا لم تعترض إحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا على المبدأ القانوني الجديد الذي أقرته محكمة القضاء الإداري واقتنعت بصحة أسباب الحكم أيدت هذا المبدأ القانوني الأخير وأن تحيله إلى دائرة توحيد المبادئ القانونية لإقراره في أحكامها، والثانية: إذا أرادت إحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا العدول عن أحد المبادئ القانونية التي سبق وأن قررتها المحكمة، فعليها أن تحيل الأمر إلى دائرة توحيد المبادئ في المحكمة الإدارية العليا طبقاً للمادة (54) مكرر من قانون مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972⁽¹⁾.

ويعد هذا الإجراء ضماناً أساسية لتوحيد واستقرار المبادئ القانونية، وإنزال كلمة الحق والعدل والقانون وإقرار المبدأ بعد دراسة مستفيضة ومتأنية للأسباب التي قامت عليها تلك الأحكام المتعارضة، أو للأسباب الجديدة التي بناءً عليها تم العدول عن مبدأ قانوني مستقر عليه، فإن سلطة المحكمة لم تفصل في النزاع بين الطرفين فقط، وإنما تحسم أمر اتجاهات متعددة لفهم وتفسير وتطبيق النصوص القانونية⁽²⁾، وبهذا المعنى قضت المحكمة الإدارية العليا- دائرة توحيد المبادئ في مصر بالطعن المؤرخ في 10/1/2009 الذي جاء فيه (جواز كتابة مسودة الأحكام القضائية بواسطة جهاز الكمبيوتر إذا تمت كتابة المسودة بمعرفة أحد أعضاء الدائرة متى تضمنت البيانات الأساسية ومنطوق الحكم بخط اليد...)⁽³⁾.

(1) جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص 63-64.

(2) أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ رقم (41768) لسنة (57) قضائية عليا بتاريخ 6/1/2018.

(3) أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ رقم (18006) لسنة 53 قضائية عليا بتاريخ 10/1/2009.

وعدلت المحكمة عما سبق أن قررته بالطعن المؤرخ في 3 / 12 / 2011 حيث جاء في أحد قراراتها (يجوز كتابة مسودة الأحكام القضائية كاملة بواسطة جهاز الكمبيوتر على أن توقع نهاية المسودة من الدائرة التي أصدرت هذه الأحكام، وأمرت بإعادة الطعن إلى الدائرة المختصة للفصل فيه)⁽¹⁾.

ويتضح من خلال الأساس القانوني المادة (54) مكرراً من قانون مجلس الدولة المضافة بالقانون رقم (136) لسنة 1984، أنه بمجرد إحالة الطعن إلى المحكمة الإدارية العليا يعرض الموضوع خلال ثلاثة أيام على رئيس المحكمة الذي يكون هو رئيس دائرة توحيد المبادئ، ليحدد تاريخ الانعقاد للجلسة التي ستنظر الدعوى، ويعلن الخصوم بهذا التاريخ قبل أربعة عشر يوماً على الأقل وتصدر الهيئة أحكامها بأغلبية سبعة أعضاء على الأقل، فنرى أن إصدار الهيئة أحكامها بأغلبية تزيد عن ضعفي الأغلبية التي تصدر بها أحكام الأوامر الأخرى للمحكمة الإدارية العليا يعد ضمانة أساسية لاستقرار وتوحيد المبادئ، لان هذا الرأي يمثل رأي أعلى جهة في القضاء الإداري المصري لان هدفها تحقيق العدالة والمساواة المطلقة بين المتقاضين في تطبيق المبادئ القانونية عليهم⁽²⁾.

ولعل من المناسب أن نبين، إن المشرع المصري قد أحسن صنفاً عندما أنشأ دائرة مختصة لتوحيد المبادئ القانونية لأسباب كثيرة أهمها كأنه اخذ بالسوابق القضائية من

(1) أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ رقم (1208) لسنة (54) قضائية عليا بتاريخ 3 / 12 / 2011.

(2) إبراهيم عبد العزيز شلبي، القضاء الإداري مبدأ المشروعية والتنظيم القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 337.

ناحية، ومن ناحية أخرى وضع إليه خاصة لتوحيد المبادئ القانونية وشروط العدول عن مبدأ قانوني سابق، وأعطى الأفراد صلاحية الطعن بأحكام القضاء الإداري في حال مخالفة مبدأ قانوني مستقر أو طلب العدول عن مبدأ قانوني سابق مما يساهم في تحقيق العدالة والمساواة بين المتقاضين، إلا انه لا يخلو من المآخذ السلبية فيؤدي أسلوب الطعن إلى إطالة أمد التقاضي ويزيد من أعباء القضاء مما يحتاج إلى وقت وجهد لحسم الدعاوى ولأريب إن الإطالة في هذه الإجراءات سوف يؤثر ويضر بالمصلحة العامة، كما انه لم يعطى الأفراد إمكانية الطعن مباشرة إمام هذه الدائرة فهي ليست دائرة من دوائر التقاضي حتى وان كانت لديهم مصلحة جدية في ذلك ، ولأتعد إحكامها سوى اجتهاد أسسته على أدلة وبراهين حيث لم يجعل المشرع المصري لإحكامها قوة إلزام قانوني.

الفرع الثاني

الجهة المختصة بتوحيد المبادئ القانونية في القانون العراقي

إن التنظيم القضائي في العراق لم ينشأ قضاءً إدارياً بالمعنى الفني المتعارف عليه في فرنسا ومصر الا بعد صدور القانون رقم (106) لسنة 1989 التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979، أما قبل هذا التاريخ فقد كان التنظيم القضائي في العراق هو النظام القضائي الموحد وهو ما يميل إليه اغلب الفقه⁽¹⁾، وهذا لا يعني عدم وجود تطبيقات للقضاء الإداري متمثلاً بإنشاء مجلس الانضباط العام الذي أنشأ

(1) د. عصام البرزنجي، مصدر سابق، ص31-32؛ د. مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، مطبعة جامعة دهوك، العراق، 2010، ص94 وما بعدها.

بموجب قانون انضباط موظفي الدولة رقم (41) لسنة 1929، الذي يتولى النظر في المنازعات بين الإدارة وموظفيها الناشئة عن تطبيق قانون انضباط موظفي الدولة وقانون الخدمة المدنية⁽¹⁾، وبعد صدور قانون التدوين القانوني رقم (49) لسنة 1939 أنيطت اختصاصات مجلس الانضباط العام إلى ديوان التدوين القانوني بموجب المادة (6) منه⁽²⁾، وحتى بعد صدور قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 بقي الحال على ما هو عليه الذي نص على المادة (6) المشار إليه أعلاه أيضاً، وبعد سنة 1981 أعيد تشكيل مجلس الانضباط العام وفك ارتباطه بديوان التدوين القانوني، وأصبحت قراراته يتم الطعن بها أمام الهيئة العامة لمحكمة التمييز خلال (30) يوماً من تاريخ التبليغ به، وبذلك يكون لزاماً علينا لدراسة دور المحكمة الادارية العليا في توحيد المبادئ القانونية أن تستبق بدراسة موجزة عن الوضع قبل أنشائها وذلك على النحو التالي:

اولاً : الوضع قبل أنشاء المحكمة الادارية العليا:

أخذ العراق بنظام القضائي المزدوج بعد صدور التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة رقم (106) لسنة 1989، حيث أنشأ لأول مرة قضاءً إدارياً مستقلاً إلى جانب القضاء

(1) أنظر: المادة (1/59) من قانون الخدمة المدنية رقم (24) لسنة 1960 المعدل التي نصت (لا تسمع من المحاكم الدعاوى التي يقيمها على الحكومة الموظف أو المستخدم الذي يدعي بحقوق نشأت من هذا القانون أو بموجب قانون الخدمة المدنية رقم (55) لسنة 1956 وتعديلاته نظام صدر بموجبها، بل يكون البت في مثل هذه القضايا وما يتفرع عنها في مجلس الانضباط العام).

(2) أنظر: المادة (6/أ) من قانون التدوين القانوني رقم (49) لسنة 1933 الملغى التي نصت (يعهد إلى ديوان التدوين بوظائف مجلس الانضباط العام ويكون رئيسه رئيساً للمجلس المذكور والمدونون أعضاء طبيعيين فيه).

العادي، وبموجب هذا القانون أنشأت محكمة القضاء الإداري لتختص بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية إلغاءً وتعويضاً، وأعيد مجلس الانضباط العام إلى تشكيلات مجلس الدولة ليصبح هيئة من هيئاته⁽¹⁾ ويمارس الاختصاصات المنصوص عليها في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام وقانون الخدمة المدنية، بالإضافة إلى إنشاء هيئة تنازع الاختصاص، وهي هيئة قضائية تختص بالنظر بتنازع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري وأصبحت قراراتها يمكن الطعن فيها أمام الهيئة العامة في مجلس الدولة سابقاً التي عهد أليها بالنظر تمييزاً في أحكام وقرارات القضاء الإداري أو مجلس الانضباط العام وخلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ في الحكم أو اعتباره مبلغاً⁽²⁾.

ويبدو وأن المشرع لم يبين الشروط اللازم توفرها في الطعن أمام الهيئة العامة لمجلس الدولة سابقاً، واكتفى بالإحالة على أحكام قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل، وعد القرارات بالطعن تمييزاً أمام الهيئة العامة بآلة⁽³⁾.

وتتألف الهيئة العامة في مجلس الدولة سابقاً من الرئيس ونائبيه والمستشارون، وتعد برئاسة الرئيس أو أقدم نائبيه عند غيابه، ويحضر المستشارون المساعدون جلسات الهيئة العامة ويشاركون في النقاش من دون حق التصويت⁽⁴⁾، ولم يحدد القانون النصاب لاجتماع الهيئة، إلا أن المشرع عالج موضوع تحقق النصاب في حالات أتحاذ الرأي في المادة

(1) يتكون مجلس الدولة العراقي من هيئات (الهيئة العامة، هيئة الرئاسة، الهيئة الموسعة، وعدد من الهيئات المتخصصة حسب الحاجة).

(2) أنظر: المادة (7/ أولاً/ ج) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة رقم (106) لسنة 1989.

(3) أنظر: المادة (7/ أولاً/ د) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة رقم (106) لسنة 1989.

(4) أنظر: المادة (ثانياً/ ثالثاً/ أ) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة رقم (106) لسنة 1989.

(3/17) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة الذي نصت على أن (تتخذ الهيئة العامة قراراتها بأغلبية عدد الحاضرين) لذلك يجب حضور نصف المستشارين زائد واحد لصحة انعقاد جلسة الهيئة العامة وتتخذ القرارات في الهيئة العامة بأغلبية عدد الأعضاء الحاضرين، وإذا تساوت الأصوات رجح كفة الجانب الذي فيه الرئيس⁽¹⁾.

ويمكن القول: إن هذه الهيئة تكون مهمة سواء من حيث التشكيل أو من حيث وجودها في قمة أجهزة وتشكيلات مجلس الدولة، وتباشر الهيئة العامة اختصاصات متنوعة تشمل قضايا الفتوى وقضايا التشريع⁽²⁾، بالإضافة إلى الاختصاصات القضائية باعتبارها تمارس اختصاصات محكمة التمييز عند النظر في الطعون في أحكام مجلس الانضباط العام ومحكمة القضاء الإداري، وكان على المشرع العراقي في حينها أن ينشئ محكمة إدارية عليا تربع على قمة التنظيم القضائي كما فعل المشرع المصري، وقد لعبت الهيئة العامة لمجلس الدولة دور مميز في توحيد المبادئ والأحكام واستقرارها في مجال التقنين وإبداء الرأي في الأمور القانونية ومن خلال مراجعتها النهائية لمشروعات القوانين التي تنجزها الهيئات المتخصصة، ومن خلال ما يحيله الرئيس إليها من القضايا التي تنجزها الهيئات المتخصصة طبقاً للمادة (9) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة رقم (108) لسنة 1989 والتي تنص على أنه (لرئيس المجلس إحالة القضية على الهيئة العامة في الأحوال الآتية:

1- إذا قررت إحدى الهيئات مبدأً جديد.

2- إذا كان للمجلس رأي سابق يخالف الرأي الجديد.

(1) علي سعد عمران، القضاء الإداري العراقي والمقارن، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011، ص117.

(2) أنظر: المادة (17/أولاً هـ) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة رقم (106) لسنة 1989.

3- إذا أوصت الهيئة المكلفة بدراسة القضية بذلك.

4- إذا رأى رئيس المجلس أن القضية ذات أهمية أو تشكل مبدءاً مهماً.

ولوزير العدل أن يطلب من الهيئة العامة إعادة النظر في قرارها مع بيان الأسباب الموجبة لذلك وله في هذه الحالة أن يرأس الهيئة العامة⁽¹⁾ ويبدو مما تقدم أن مجلس الدولة آنذاك في العراق أخذ بتوحيد المبادئ القانونية في مجال الرأي والتقنين⁽²⁾، والأصل في أن مجلس الدولة كهيئة قضاء أداري غير ملزم بما يصدر عن التشكيلات الاستشارية للمجلس من فتاوى وآراء لاستقلال الوظيفة القضائية في القضاء الإداري، ثم لا تتمتع الفتاوى أو الآراء القانونية بما تتمتع بها الأحكام القضائية من حجية الأمر المقضي به، وعلى الرغم من عدم وجود أساس قانوني أو دائرة مختصة لتوحيد المبادئ القانونية في القضاء الإداري العراقي كما هو موجود في القضاء الإداري المصري، إلا أن القاضي الإداري في العراق أخذ بالسابقة القضائية من خلال إعطاء هذا النزاع ذات الحل الذي أعطى في الماضي لنزاع مشابه له، وتتنوع السوابق القضائية في النظام الانكلوسكسوني والذي لا مثيل له في دول النظام اللاتيني ومنها فرنسا ومصر والعراق⁽³⁾، فقد أنطوى تشكيل الهيئة العامة في مجلس الدولة سابقاً على علاج

(1) أنظر: المادة (18) من قانون التعديل الأول رقم (17) لسنة 1988 لقانون مجلس الدولة، ثم عدلت المادة وعاد النص كما كان في البداية.

(2) عاد النص كما كان في المادة (17/ ثانياً) من التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (17) لسنة 2013 وانيطت إلى الهيئة العامة في المجلس توحيد المبادئ القانونية في مجال الرأي والتقنين ومشروعات القوانين.

(3) السوابق القضائية على نوعين سوابق قضائية ملزمه وسوابق قضائية غير ملزمة (مقنعة)، د. رياض القيسي، علم أصول القانون، مصدر سابق، ص 211.

وقائي لتوحيد المبادئ التي تستقر عليها دوائر محكمة القضاء الإداري. ومن تطبيقات مجلس الدولة التي أفصحت فيها عن تبني الأقسام الاستشارية مضمون الأحكام الصادرة من الأقسام القضائية، حيث نصت في قرارها إلى أنه (حيث أن الفقه والقضاء قد أستقر على أن ما يميز العقد الإداري عن عقد القانون الخاص ليس المعيار الشكلي المتمثل في كون أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيه، بل يلزم بالإضافة إلى ذلك توافر عنصرين أساسيين يتصلان بموضوع العقد من حيث وجوب اتصال العقد بمرفق عام وأن تستخدم الإدارة وسائل القانون العام في شأن العقد)⁽¹⁾، ومن تطبيقاتها أيضاً قرارها في 20/2/2006، حيث جاء فيه (حيث أن الفقه والقضاء الإداري دأباً على مراعاة الإجراءات القانونية التي تسبق إصدار القرار الإداري وفي حالة إغفالها فإنه يترتب على ذلك عيباً في القرار، وتأسيساً على ما تقدم من أسباب يرى المجلس أن التعيين في وظيفة وكيل وزارة أو مستشار أو بدرجة خاصة يتطلب ترشيحاً من الوزارة المعنية وموافقة مجلس الوزراء وإقراراً لمجلس الرئاسة وصدور مرسوم جمهوري)⁽²⁾.

فأن هناك عدة عوامل وأسباب تؤدي إلى وحدة الرؤية ومنها التنقل الدائم لأعضاء مجلس الدولة بين هيئات المجلس (القضائية والاستشارية)، وأن الهيئة العامة في مجلس الدولة سابقاً تضم الأعضاء جميعاً، سواء كانوا من العاملين في المجال القضائي أو المجال الاستشاري، حتى وأن لم يكن لهم الحق في التصويت إلا أن الهيئة ناقشت آرائهم، وأخيراً فإن الوظيفتين القضائية والاستشارية بينها تكامل ووحدة هدف،

(1) قرار مجلس الدولة رقم (38/2006) الصادر بتاريخ 18/5/2006 منشور.

(2) قرار مجلس الدولة رقم (18/2006) الصادر بتاريخ 20/2/2006 منشور.

لذلك نلاحظ كثيراً ما يتبنى القضاء الإداري في أحكامه ما ورد في الفتاوى القانونية الصادرة من القسم الاستشاري في المجلس، أو يتبنى الأحكام القضائية في الفتاوى القانونية الصادرة في القسم الاستشاري في المجلس⁽¹⁾.

ويمتنع مجلس الدولة عن أبداء الرأي والمشورة القانونية في القضايا المعروضة أمام القضاء وفي القرارات التي لها مرجع قانوني للطعن استناداً للمادة (8) من القانون رقم (106) لسنة 1989 التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة، وبعد سنة 2005 صدر قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005⁽²⁾، أصبح اختصاص نظر الطعون التمييزية المتعلقة بأحكام وقرارات محكمة القضاء الإداري من نصيب المحكمة الاتحادية العليا، واستمرت الهيئة العامة في مجلس الدولة سابقاً هي المختصة بأحكام وقرارات مجلس الانضباط العام، وأقحم المشرع المحكمة الاتحادية العليا في غير اختصاصها، بلحاظ أن العراق ومنذ سنة 1989 يتبنى رسمياً وعملياً نظام القضاء المزدوج فمن غير المنطق أناطت قضاء الدرجة الأولى للقضاء الإداري والدرجة النهائية للقضاء الدستوري⁽³⁾.

(1) تبنت المحكمة الإدارية العليا في قرارها المرقم (478/ قضاء الموظفين - تمييز / 2013) قرار مجلس الدولة في مجال الرأي والمشورة رقم (4/ 2011) في 18/1/2011 الذي جاء فيه (لا تحتسب الشهادة للموظف الحاصل عليها قبل التعيين ما لم يصرح بها)، وتبنى مجلس الدولة في مجال الرأي والمشورة في القرار المرقم (307/ 2017) في 22/3/2017 قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (133/ انضباط - تمييز/ 2018) في 10/6/2008 الذي جاء فيه (تمتد آثار العفو لتزيل حكم عقوبة العزل على الموظف وسقوط جميع العقوبات التبعية والتكميلية) منشورات .

(2) أنظر: المادة (4/ ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005، منشور في جريدة الوقائع العراقية عدد (3996) في 17/3/2005.

(3) د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، مصدر سابق، ص 322.

ونظرت المحكمة الاتحادية العليا بالعديد من القرارات الصادر من محكمة القضاء الإداري وتمييزها وصدرت العديد من الأحكام والقرارات⁽¹⁾، ونلاحظ أن المحكمة الاتحادية العليا تقيدت بالاختصاصات المحددة لها بالنظر تمييزاً وألزمت نفسها بقانون مجلس الدولة وتعديلاته وإعادة الدعوى لمحكمة القضاء الإداري لغرض الحكم بردها لا أكثر.

ثانياً: إنشاء المحكمة الإدارية العليا في العراق

تدخل المشرع العراقي لتوحيد جهة الطعن تمييزاً في أحكام وقرارات القضاء الإداري، وأصدر قانون رقم (17) لسنة 2013 التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979، فأنشأ محكمة جديدة وأناط بها الطعن التمييزي أطلق على تسميتها (المحكمة الإدارية العليا)، إذ جاء فيه (تشكل المحكمة الإدارية العليا في بغداد وتنعقد برئاسة رئيس المجلس أو من يخوله من المستشارين وعضوية ستة مستشارين وأربعة مستشارين يسميهم رئيس المجلس)⁽²⁾.

ويتضح أن عدد أعضاء المحكمة أحد عشر عضواً من بينهم رئيس المحكمة، لقد كان إنشاء المحكمة الإدارية العليا أمراً لا محيص عنه، بعد أن اتسع حجم المنازعات الإدارية وتنوعت موضوعاتها وتعددت دوائرها فأن المحكمة وفقاً للقانون رقم (17)

(1) منها قرارات المحكمة الاتحادية العليا المرقمة (20/ اتحادية/ تمييز/ 2006) في 14/12/2006، (1/ اتحادية/ تمييز/ 2007) في 26/4/2007، (12/ اتحادية / تمييز/ 2007) في 11/9/2007 منشورات.

(2) أنظر: الفقرة (أ) من البند (رابعاً) من المادة (2) من القانون رقم (17) لسنة 2013 من التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1989 المعدل.

لسنة 2013 سوف تتسلم الطعون من أربع جهات هي (المنطقة الشمالية، المنطقة الوسطى، ومنطقة الفرات الأوسط، والمنطقة الجنوبية)، وكل منطقة تتألف من (محكمة القضاء الإداري، ومحكمة قضاء الموظفين) إذا تم فعلاً مباشرة تلك الجهات القضائية لمهامها مستقبلاً.

وتختص المحكمة الإدارية العليا بالاختصاصات التي تمارسها محكمة التمييز الاتحادية المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل⁽¹⁾، عند النظر في الطعون بقرارات محكمة القضاء الإداري ومحاكم الموظفين، وبموجب التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (17) لسنة 2013 حلت المحكمة الإدارية العليا محل المحكمة الاتحادية العليا باختصاص النظر بالظعن تمييزاً بالأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري بعد أن كانت المحكمة أعلاه تتمتع بها وفقاً لقانونها الصادر بالأمر رقم (30) لسنة 2005⁽²⁾.

كذلك ان المحكمة الإدارية العليا قد حلت محل الهيئة العامة في مجلس الدولة سابقاً باعتبارها جهة ظعن تمييزي بالأحكام الصادرة من محكمة قضاء الموظفين ومحكمة القضاء الإداري⁽³⁾، ولم يحدد المشرع إجراءات الظعن أمام المحكمة الإدارية العليا ومن

(1) أنظر: المادة (2/ رابعاً / ب) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (17) لسنة 2013 على أن تمارس المحكمة الإدارية العليا الاختصاصات التي تمارسها محكمة التمييز الاتحادية المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 عند النظر في الظعن بقرارات محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين).

(2) أنظر البند (ثالثاً) من المادة (4) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (3996) في 17/3/2005.

(3) انظر: البند (ب / رابعاً) من المادة (2) من التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (17) لسنة

لهم الحق بالطعن فقد حال ذلك إلى قانون المرافعات المدنية⁽¹⁾.

ونجد أن المشرع العراقي لم يوزع العمل على أعضاء المحكمة من خلال تقسيمها إلى دوائر أو غرف أو هيئات لتختص كل هيئة أو دائرة بنوع معين من الطعون كما هو الحال في محكمة التمييز الاتحادية في العراق⁽²⁾، وتختص المحكمة الإدارية العليا بموجب البند (ج/ رابعاً) من المادة (2) من قانون رقم (17) لسنة 2013 من التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة بالنظر في ما يلي:

- 1- الطعون المقدمة على القرارات والأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري ومحاكم قضاء الموظفين.
- 2- النزاع الحاصل حول تعيين الاختصاص في نظر الدعوى الذي يقع بين محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين.
- 3- النزاع الحاصل حول تنفيذ حكمين مكتسبين درجة البتات متناقضين صادرين عن محكمة القضاء الإداري أو محكمة قضاء الموظفين في موضوع واحد، إذا كان بين الخصوم أنفسهم أو كان أحدهم طرفاً في هذين الحكمين وترجع أحد الحكمين وتقرر تنفيذه دون الحكم الآخر.

==

2013، كما تم استبدال أسم (مجلس شوري الدولة) باسم (مجلس الدولة) بموجب القانون رقم (71) لسنة 2017.

(1) أنظر: المادة (214) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل.

(2) أنظر: المادة (13) من قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 المعدل الذي عدد هيئات محكمة التمييز الاتحادية كالتالي: (الهيئة العامة، هيئة الرئاسة، الهيئة الموسعة، الهيئة المدنية، هيئة الأحوال الشخصية الهيئة الجزائية).

فلاحظ جاء قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 وتعديلاته وأخرها قانون رقم (17) لسنة 2013 خالياً من أي نص قانوني ينضم الوسيلة التي تمنع تضارب الأحكام، أو إنشاء مبدأ قانوني جديد أو العدول عن مبدأ قانوني سابق لتوحيد المبادئ القانونية وهو أمر يخل باليقين القانوني الذي يجب أن يتوافر للمتقاضين، إلا إنه من الناحية العملية نجد إن القضاء الإداري قد استقر على تطبيق الحلول على المنازعات المشابهة لما كان معروضاً على المحكمة الإدارية العليا وفي ذلك تحقيق لأولويات العدالة المطلقة وهي المساواة بين المتقاضين في تطبيق المبادئ القانونية عليهم وسرعة حسم الدعاوى.

ويجد البحث أن المشرع عندما منح هذه المحكمة مجموعة من الاختصاصات في مراقبة صحة تطبيق القانون، وتشخص المعيب منها، وإكمال ما نقص، باعتبارها المعقب النهائي على أعمال المحاكم ليتمكنها من إرساء المبادئ القانونية وتوحيد تطبيق القانون في البلاد كافة.

وعلى الرغم من عدم وجود أساس قانوني في قانون مجلس الدولة العراقي وتعديلاته لتوحيد المبادئ القانونية، إلا أن المحكمة الإدارية العليا استطاعت توحيد المبادئ القانونية بعد نقض الحكم، فإذا صدر حكم من المحكمة الإدارية العليا ينقض قرارات المحاكم الأدنى لمخالفتها مبادئها، فأن المحاكم ملزمة بذلك أن تعيد النظر فيه مرة أخرى على ضوء ملاحظات المحكمة الإدارية العليا طبقاً للبند (ج/ ثامناً) من المادة (7) من قانون مجلس الدولة رقم (17) لسنة 2013 والتي نصت أنه (يكون قرار المحكمة غير المطعون فيه وقرار المحكمة الإدارية نتيجة الطعن باتاً وملزماً).

وتعد هذه الأحكام من القرائن القانونية الناطقة التي لا يجوز قبول دليل ينقص

حجيتها، لذا فهي أقوى أنواع الأحكام القضائية⁽¹⁾.

لذا نستطيع أن نقول أن المحكمة الإدارية العليا هي الجهة المختصة في توحيد المبادئ القانونية في مجلس الدولة العراقي، وهذا ما استقر عليه القضاء في هذه المحكمة، حيث قضت في أحد قراراتها الذي جاءت فيه (أن قضاء هذه المحكمة قد أستقر على أن قرار تثبيت التعيين هو كاشف للمركز القانوني للمدعي ومن ثم يسري على قرار التعيين أو إعادة التعيين منذ لحظة صدوره ويرتب آثاره من تلك اللحظة، ومن ثم لا يجوز أن يعاد تعيين المدعي بالعنوان الذي كان عليه قبل استقالته ومن ثم احتساب المدة التي أداها قبل الاستقالة لأنها احتسبت عند منحه المرتبة التي كان عليها قبل الاستقالة، وحيث أن الحكم المميز صدر خلافاً لما تقدم، لذا قرر نقضه وإعادة إضبارة الدعوى إلى محكمة القضاء الإداري للسير وفقاً لما تقدم)⁽²⁾.

ومن تطبيقاتها قرارها المؤرخ في 25 / 5 / 2017 الذي جاء فيه (ولا تحتسب الخدمة السابقة على الشهادة التي يحصل عليها الموظف أثناء الخدمة ترفيعات على العنوان الذي يقابل الشهادة، لان مناط الترفيع قضاء الخدمة المقررة قانوناً في ظل العنوان الوظيفي الأدنى، وهذا ما أستقر عليه قضاء هذه المحكمة، وحيث أن المحكمة حكمت بخلاف ذلك لذا يكون حكمها غير صحيح)⁽³⁾.

ومن تطبيقاتها أيضاً قرارها المؤرخ في 19 / 10 / 2017 الذي قضت فيه (.. وقد لاحظت المحكمة قيام اللجنة بأعداد محضر أصولي بإجراءاتها واستنتاجاتها وتوصياتها

(1) أنظر المادة (105) و (106) من قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 المعدل

(2) قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (169/ قضاء أداري/ تمييز/ 2016) في 15 / 6 / 2017 منشور.

(3) قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (966/ قضاء الموظفين/ تمييز/ 2016) في 25 / 5 / 2017 منشور.

موقع من جميع أعضائها وهو المعمول عليه لإتمام الشكلية التي أوجبهها المشرع وليس البحث عن شكليات مفترضة لا طائل منها سوى الغلو في تعقيد الإجراءات وشل عمل الإدارة، وهو ما استقرت عليه أحكام هذا القضاء، وحيث أن محكمة قضاء الموظفين لم تلتزم بما تقدم وأصدرت قرارها بإلغاء الأمر المطعون فيه مما أحل في حالة الحكم المميز لذا قررت نقض الحكم المميز⁽¹⁾.

ومن تطبيقاتها قرارها المؤرخ 2018 / 11 / 15 الذي جاء فيه (... وهو مبدأ أستقر عليه قضاء هذه المحكمة، لذا كان على محكمة قضاء الموظفين مراعاة ما تقدم عند إصدار حكمها والالتزام بوحدة المبادئ القضائية التي يستقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا، لاسيما أن محكمة قضاء الموظفين لا تملك صلاحية الإصرار على حكمها المنقوض استناداً إلى حكم المادة (7 / تاسعاً د) من قانون مجلس الدولة، لذا يكون الحكم المميز غير صحيح قرر نقضه وحيث أن موضوع الدعوى صالح للفصل فيه لذا قررت المحكمة إلغاء الأمر الإداري، الصادر من المدعي عليه وصراف تعويض للمدعي بما يساوي رواتبه دون المخصصات للفترة من أقالته في 2011 / 7 / 12 وأعادته إلى الوظيفة في 2014 / 3 / 11)⁽²⁾.

كذلك قضت في أحدث قراراتها الصادر بتاريخ 2019 / 4 / 4 الذي جاء فيه (... وما يشترط في اشتغال هذه الوظيفة من سمعة حسنة، من شأنها إن تجعل الوسط الذي

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (1739 / قضاء الموظفين / تمييز / 2017) في 2017 / 10 / 19 منشور.

(2) قرار المحكمة الإدارية العليا رقم الإعلام (1266 / 2018) في الدعوى رقم (106 / قضاء الموظفين / تمييز / 2017) في 2018 / 11 / 15 غير منشور.

يتعامل معه يطمأن إليه، إما استشهاد المحكمة بالمبدأ القضائي الذي قرره المحكمة الإدارية العليا بالعدد (2013 /79) في 1 / 2 / 2013 بان العنوان الوظيفي للموظف لا يجوز المساس به، ولا يجوز التذرع بالمصلحة العامة بالمساس بحقوق كانت قد اكتسبت في أوضاع قانونية سليمة، فهو استشهاد في غير محله لان المبدأ لا يتعلق بتغيير عنوان الموظف إلى عنوان آخر بالدرجة التي تقابله إذا فقد الموظف شرطاً جوهرياً من شروط الوظيفة التي يشغلها، ودون إن يرتب ذلك تنزيلاً بعنوان الموظف الذي اكتسبه في ظل أوضاع قانونية سليمة، مع إن المبادئ القضائية التي تقرها المحكمة الإدارية العليا واجبة الإلتباع لما للمحكمة من دور في توحيد هذه المبادئ، وان إلتباع محكمة قضاء الموظفين هذه المبادئ هو مسلك محمود في قضاء هذه المحكمة، لكن يتعين إن يكون تفسير هذه المبادئ على وفق المعنى الذي قرره المحكمة الإدارية العليا، وحيث إن المحكمة حكمت بخلاف ذلك يكون حكمها غير صحيح ويمثل خرقاً للقانون تتوافر فيه شروط الطعن لمصلحة القانون المنصوص عليها في المادة (7) من قانون الادعاء العام رقم (49) لسنة 2017 لذا تقرر قبول الطعن شكلاً ورد موضوعاً وإعادة الإضبارة إلى محكمة قضاء الموظفين لإصدار حكم جديد⁽¹⁾.

وهذا يعني إن المحكمة الإدارية العليا من الناحية العملية تعمل على توحيد المبادئ القانونية في أحكامها، وتأخذ بالسوابق القضائية على سبيل الاستئناس والاسترشاد بمبادئها، فضلاً عن ذلك المبادئ القانونية الصادرة من المحكمة الإدارية العليا ملزمة للمحاكم الأدنى.

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا رقم الإعلام (2019 /1) في الدعوى رقم (1266/ طعن لمصلحة القانون / 2019) في 4 / 4 / 2019 غير منشور.

ويلاحظ على القرارات أعلاه أن المحكمة الإدارية العليا بالطعن التمييزي قد وحدت المبادئ القانونية في القضاء الإداري عندما وجدت تعرض مراكز الأفراد المستقرة للمساس نتيجة خروج محكمة قضاء الموظفين فجأة على قواعد ومبادئ مستقرة دون أتباع السوابق القضائية السابقة، كما أن المحكمة تصدت للفصل في موضوع الدعوى، فالإحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا في العراق عند تصديها للفصل بالدعوى يثبت لها حجية الأمر المقضي به وقوة الأمر المقضي به معاً لان أحكامها باتة ونهائية وحاسمة للنزاع.

أما الرأي الاستشاري لمجلس الدولة، فيعنى بالمسائل القانونية البحتة كتفسير نص قانوني غامض أو إزالة التناقض، ويختص مجلس الدولة باختصاص إبداء الرأي والمشورة لدوائر الدولة والقطاع العام، وهو نوع من التخصص اقتضته طبيعة تقسيم وظائف الدولة وأداء مهامها، وتؤكد بالتعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (17) لسنة 2013⁽¹⁾، فقد أجاز للوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة أن تطلب من المجلس الاستيضاح في شأن الأحكام القانونية، وعلى الرغم من أن المشرع لم يسبغ على الجهات الإدارية طلب المشورة على وجه الإلزام لكنها ملزمة بالأخذ بها إزاء المشورة التي تقدمها أليها، ونلاحظ صياغة مجلس الدولة لفتاويه القانونية والتي تتأثر بصياغة الأحكام القضائية في أغلب الأحيان، فالقاضي الإداري لا يعطي الرأي القانوني دون دراسة الوقائع والحجيات، وأدى هذا إلى التشابه بالصياغة بين الرأي القانوني والأحكام القضائية⁽²⁾.

(1) أنظر: المادة (6) من قانون رقم (17) لسنة 2013 التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة.

(2) د. ثروت بدوي، القانون الإداري، مصدر سابق، ص 108-109.

ولنفرض أن المحكمة الإدارية العليا توحد الأحكام القضائية عند ممارستها لدورها في الطعن التمييزي، فهل يحق لها أن تفرض أحكامها على القسم الاستشاري لتوحيد المبادئ في الأحكام القضائية والآراء الاستشارية معاً؟

وللإجابة عن ذلك نجد أن المشرع العراقي أشرط على منع أبداء الرأي والمشورة في القضايا المعروضة على القضاء، طبقاً للمادة (الثامنة) من قانون المجلس رقم (65) لسنة 1979 المعدل⁽¹⁾.

وقد يعدل القسم الاستشاري في مجلس الدولة عن آرائه السابقة ويأخذ باتجاه أحكام القضاء الإداري أي بمعنى أن الاختصاص الاستشاري لمجلس الدولة يدعم الاختصاص القضائي ويقويه من خلال التعرض لمسائل صدرت بها أحكام قضائية، لكي لا تكون وسيلة للتشكيك بالأحكام القضائية ويلاحظ أن مجلس الدولة في مجال الرأي والمشورة ألزم نفسه بالأحكام القضائية⁽²⁾.

بالإضافة إلى ما تقدم، نجد إن المحكمة الإدارية العليا تبنت قرارات مجلس الدولة في مجال الرأي والمشورة في أحكامها، منها قرارها المؤرخ في 11/1/2016 الذي جاء فيه (فلا يعاد تعيين المدير العام إلا بقرار من مجلس الوزراء وفي هذا المعنى جاء قرار مجلس شوري الدولة المرقم (2015/16) في 11/2/2015 والذي أفتى بجواز إعادة تعيين عضو مجلس النواب المنتهية عضويته إلى وظيفته السابقة قبل انتخابه وفقاً للقانون بحيث قيد هذا الرأي إعادة التعيين بعبارة وفقاً للقانون مما يعني إذا كان الموظف

(1) أنظر: المادة (8) من قانون مجلس الدولة (يمتنع المجلس عن أبداء الرأي والمشورة القانونية في القضايا المعروضة على القضاء وفي القرارات التي لها مرجع قانوني للطعن).

(2) د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، مصدر سابق، ص 400.

المنتخب دون مستوى مدير عام فأن القانون يجيز إعادة تعيينه بقرار من الوزير المختص أما إذا كان مدير عام فيكون إعادة تعيينه تكون بقرار من مجلس الوزراء وإذا كان من أصحاب الدرجات الخاصة فأن إعادة تعيينه تكون بقرار من مجلس النواب وصدور مرسوم جمهوري بإعادة التعيين، وحيث إن المحكمة لم تراعى ذلك مما اخل بصحته الحكم لذا قررت المحكمة الإدارية العليا نقض الحكم وإعادة الدعوى إلى محكمة قضاء الموظفين للسير فيها وفق ما تقدم⁽¹⁾.

وفي ضوء هذه المعطيات أن وجود أساس قانوني لتوحيد المبادئ القانونية أو جهة مختصة بذلك داخل مجلس الدولة العراقي أمر تقتضيه المصلحة العامة، فصدور أحكام يخالف بعضها بعضاً في قضايا متشابهة أمر محتمل، والعدول عن مبدأ قانوني سابق أمر تحتمه الحياة العملية وصولاً إلى توفير الأمن القانوني.

وفي نهاية هذا المطلب، يتضح لنا أن مجلس الدولة الفرنسي قد فرض إجراء وقائي لتوحيد المبادئ القانونية دون أن تمتد إلى إصدار حكم قضائي، وجعلها من اختصاص هيئة استشارية مختصة في القسم القضائي داخل مجلس الدولة الفرنسي، أما المشرع المصري فقد أنشأ دائرة لتوحيد المبادئ في المحكمة الإدارية العليا، وهي تشكيل خاص يتضح ذلك جلياً في الإجراءات وكيفية سيرها ويضمن تحقيق العدالة والمساواة بين المتقاضين، أما المحكمة الإدارية العليا في العراق فهي حديثة العهد في إنشائها، وقد منحها المشرع الاختصاصات ذاتها الممنوحة لمحكمة التمييز الاتحادية، لذلك بسطت رقابتها على توحيد المبادئ القانونية تجاه أحكام محكمة قضاء الموظفين ومحكمة القضاء

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا رقم الإعلام (11) بالدعوى رقم (1212/قضاء موظفين/تمميز/2015) في 11/1/2016 غير منشور.

الإداري فانتزعت لنفسها اختصاص توحيد المبادئ القانونية دون سند في القانون يخولها، لذلك نقترح أن يضمن المشرع العراقي نصاً بهذا الشأن في قانون مجلس الدولة لتوحيد المبادئ القانونية من خلال تشكيل هيئة أو جهة مختصة تتألف من نخبه من القضاة الذين تتوفر فيهم الخبرة والكفاءة ولهم باع طويل بهذا المجال كما فعل نظيره الفرنسي والمصري ، فينبغي أن لا تختلف تطبيق المبادئ القانونية بين النزاعات المشابهة المعروضة أمام القضاء الإداري، لذلك يكون من العدل والإنصاف للأفراد أن تتولى المحكمة استقرار الاجتهاد القضائي في المجتمع، وفي ضوء ذلك تقرر إرساء المبادئ القانونية التي نرى أنها تتفق مع مجريات العدالة الإدارية.

المطلب الثاني

أساليب توحيد المبادئ القانونية في المحكمة الإدارية العليا

يعد توحيد المبادئ القانونية من المبادئ الحديثة التي لم يتطرق إليها في قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل، أهم الوسائل لتوحيد احكام القضاء الاداري والاختلاف في اتجاهات دوائر المحكمة بعضها مع البعض وتوفيق أوضاع الإدارة والأفراد وترتيب الحقوق وتوفير الحماية اللازمة للمركز القانونية، ويتجسد في المنارة الهادية التي يستقيم بها العمل القضائي داخل دوائر ومحاكم مجلس الدولة، الأمر الذي يجعل لها دور حيوي وهام في تحقيق الأمن والطمأنينة داخل القضاء الإداري، وذلك لكل من القاضي والمتقاضى على حد سواء.

وتباينت مواقف التشريعات للدول المقارنة التي أخذت بفكرة توحيد المبادئ القانونية في مجال القضاء الإداري، فمنها من جعل طريق الطعن أمر لا مناص للأخذ به لتدارك أخطاء محاكم الموضوع لتقوم هي بتصحيحه كما هو الحال بمصر والعراق.

أما في فرنسا فالأمر يختلف من حيث أسلوب توحيد المبادئ القانونية، فالمرشع أخذ بصورة أكثر تأثير في الحياة العملية وأوسع نطاقاً من خلال إنشائه ما يعرف بنظام الإحالة، الذي أجاز للقضاء أن يطلب رأي مجلس الدولة في الصعوبات القانونية التي يمكن أن تثار في المنازعات أو العدول عن اجتهاد قضائي مستقر وتأجيل الفصل في الدعوى لحين البت فيها.

وللوقوف على طرق توحيد المبادئ القانونية التي تحكم المحكمة الإدارية العليا عند النظر في الطعون ينبغي علينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وهذا ما سنحاول بيانه كما يلي:

- الفرع الأول: توحيد المبادئ القانونية بأسلوب الإحالة.
- الفرع الثاني: توحيد المبادئ القانونية بأسلوب الطعن.

الفرع الأول

توحيد المبادئ القانونية بأسلوب الإحالة

بيننا فيما سبق، إن إحالة الدعوى القضائية هي إحدى الوسائل الفنية التي أستخدمها مجلس الدولة الفرنسي والتي يسعى بمقتضاها إلى توحيد الاجتهاد القضائي عند بداية تكوينه بقصد إيجاد الحل في موضوعها وتوافق الأحكام الصادرة من محاكم الموضوع في الموضوع لذات النزاع، لقيام ارتباط بين نزاعات متعددة مرتبطة بوحدة الموضوع معروضة أمام المحاكم الإدارية وذلك لحسن سير العدالة ومنعاً لتكرار الأحكام وتناقضها⁽¹⁾، وتعد الإحالة القضائية وسيلة وقائية تقي من صدور أحكام

(1) د. علي أبو عطية هيكال، الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص.3.

متناقضة أو متكررة لها أثر سلبي على فعالية النظام القضائي، وتتميز الإحالة القضائية للدعوى بأنها وسيلة ناقلة لأنها تنقل النزاع من جهة قضائية إلى جهة قضائية استشارية أخرى، حيث أتاحت للقاضي تأجيل الفصل في الدعوى لغرض طلب رأي مجلس الدولة الفرنسي.

وحتى تحيل المحكمة الإدارية أو المحكمة الإدارية الاستثنائية ملف الدعوى إلى مجلس الدولة لطلب رأيه فيها، لا بد أن يكون الفصل فيها مرتين بتقرير مبدأ قانوني جديد لم يسبق للمحكمة تقريره لوجود صعوبة قانونية جديدة أو العدول عن اجتهاد قضائي مستقر، وأن يكون موضوع الدعوى ماثلة في منازعات عديدة لكي يتوجب على مجلس الدولة التعرض لها، وهنا نتساءل هل محكمة الموضوع ملزمة قانوناً بإصدار قرار الإحالة للدعوى إلى مجلس الدولة الفرنسي؟ وهل يشترط توافر هذه الشروط مجتمعة ليكون لمجلس الدولة سلطة التصدي للمنازعة وإبداء رأيه أو فتواه بشأنها؟

والإجابة على هذا التساؤل هي بالنفي، فالإحالة نابعة من السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ويقصد بها المحكمة الإدارية أو المحكمة الإدارية الاستثنائية، فهي لا تمارس في هذا المجال اختصاصاً مقيداً وإنما سلطة تقديرية⁽¹⁾.

والمرجع الفرنسي بموجب نص المادة (12) من القانون رقم 87-1127 الصادر بتاريخ 31/8/1987 بشأن إصلاح نظام القضاء الإداري التي نصت على أنه (قبل تصديها للفصل في طعن يثير مسألة قانونية جديدة يشكل حلها صعوبة جديدة ماثلة في منازعات عديدة، تستطيع المحكمة الإدارية أو المحكمة الإدارية

(1) د. حسين عثمان محمد عثمان، دراسات في قانون القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 273.

الاستثنائية وذلك بحكم غير قابل للطعن فيه بأي وجه، إحالة ملف المنازعة إلى مجلس الدولة الذي يتولى الفصل في موضوع النزاع لحين إصدار مجلس الدولة لفتواه أو لحين انتهاء فترة ثلاثة أشهر) والتي تأكدت بالمادة (ل - 1-113) من قانون المحاكم العدلية الإدارية التي نصت على انه (التي تميز للمحاكم الإدارية ومحاكم القضاء الإداري قبل الفصل في موضوع الدعوى أن تقرر إحالة الدعوى إلى مجلس الدولة بقرار غير قابل للطعن ، لإبداء الرأي في التساؤلات القانونية المتعلقة بموضوع الدعوى وإبداء الرأي خلال ثلاثة أشهر).

فالمشرع الفرنسي منح محكمة الموضوع صفة جوازيه وليست وجوبية على وجه الإلزام، بإحالة ملف النزاع أو جزء معين من أجزاء النزاع إلى مجلس الدولة لإبداء رأيه فيها⁽¹⁾ وبهذا الشأن نرى من جانبنا أن تكون الإحالة وجوبية لملف النزاع إلى مجلس الدولة، وان تكون الإحالة من المحكمة الإدارية فقط دون المحكمة الإدارية الاستثنائية، وذلك للتقليل من عدد الطعون والمنازعات الإدارية والإحالة إلى مجلس الدولة كهيئة استشارية، وتبسيط إجراءات توحيد الاجتهاد القضائي، والسرعة والاقتصاد في حسم الغموض في النصوص القانونية.

وجعل المشرع الفرنسي الإحالة من صلاحيات القاضي وليس من حق أطراف المنازعة طلب الإحالة وأن كان لهم الحق أن يقترحوا على القاضي القيام بذلك، لان هذه المرحلة ليست من مراحل صدور الحكم وأن كانت تتعلق بمنازعة أدت إلى الطعن بالإلغاء في قرار أداري أو رفع دعوى القضاء الكامل⁽²⁾.

(1) د. إسماعيل صعصاع، مجيد مجهول درويش، مصدر سابق ص6.

(2) د. حسين عثمان محمد عثمان، دراسات في قانون القضاء الإداري، مصدر سابق ص273.

أما بالنسبة لتوافر الشروط التي يطلبها القانون في المسألة القانونية المثار بشأنها النزاع في موضوع الإحالة، فالأصل أن المشرع الفرنسي أوجب على مجلس الدولة التعرض له إذا ما تحققت شروط الإحالة، إلا أن المتتبع لقرارات مجلس الدولة الفرنسي يجد أنها جعلت من سلطتها مرنة في الالتزام بحرفية النصوص، وأحالت محكمة الموضوع إلى مجلس الدولة مسائل قانونية لا يتوافر بشأنها شرط الإحالة، وهذا ما قضت به في أحد أحكامها على طلب الرأي المقدم من المحكمة الإدارية المدنية (باتس) الخاص برجعية قانون الضريبة وبالرغم من أن هذا الرأي سبق للمجلس وأن أجاب عليه في أحكام حديثة صادرة إلا أن مجلس الدولة أصدر فتواه بهذا الشأن⁽¹⁾، ولقد تأكدت مرونة مجلس الدولة في نظر طلبات الإحالة حيث منح لنفسه سلطة الإجابة الواسعة تتجاوز المسألة القانونية المستفسر عنها في قرار الإحالة، ومن الأحكام الشهيرة لمجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن طلب الإحالة المقدم من المحكمة الإدارية لمدينة (Versailles) والتي طلبت بيان شرعية الفقرة (الثانية) من المادة (الثانية) من المرسوم الصادر في 2/5/1983 حول بدل إقامة المعلمين، فقد كان النزاع في الأصل خاضعاً لنص الفقرة (الأولى) من هذه المادة وليس الفقرة (الثانية)، وبالرغم من ذلك فقد أجاب مجلس الدولة على طلب الرأي معلناً عدم مشروعية أحكام الفقرة الأولى⁽²⁾.

وقد عالج المشرع الفرنسي إجراءات الإحالة المنصوص عليها في المادة (12) من قانون 31/8/1987 من قبل المحاكم الإدارية والمحاكم الاستثنائية في الأحكام المنظمة لمجلس الدولة بصفته هيئة قضائية، والقاضي الإداري في مجلس الدولة الفرنسي ملزم

(1) C.E, Avis dassemblé, 7/7/1989 Compagnie financière et industrielle des autoroutes, R. F.D.A, 1989, pgog, conclusions ph.martin.

(2) C.E Avis d'assemblee, 7/7/1989, mlle.cale, R.F.D.A, 1989, p.897.

بالرجوع إلى قانون القضاء الإداري لسنة 2000 الخاص بالإجراءات أمام المحاكم الإدارية من ناحية والقواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات من ناحية أخرى، والمصادر القضائية الأخرى⁽¹⁾.

ويأخذ قرار الإحالة صورة الحكم الذي لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، فإذا صدر من قبل المحكمة الإدارية فإنه لا يلزم أن يمر عبر المحكمة الإدارية الاستئنافية، حيث لا يقبل الطعن فيه أمام المحكمة الأخيرة، ويترتب عليه وقف الفصل في النزاع المعروض أمام القضاء من الناحية الموضوعية، وإحالة المنازعة إلى مجلس الدولة الفرنسي لإقرار مبدأ قانوني جديد، أو للعدول عن اجتهاد قضائي سابق، أو لحسم الغموض في النصوص القانونية⁽²⁾.

وفي ضوء الأساس القانوني فقد حدد المشرع مدة ثلاثة أشهر كحد أقصى لإصدار الفتوى في شأن المسألة القانونية بالنزاع المعروض عليه، وإلا كان لمحكمة الموضوع حريتها في الفصل في النزاع من الناحية الموضوعية، ولا ريب أن الإطالة في إصدار الفتوى أو الرأي سوف يؤثر سلباً ويضر بالمصلحة العامة، وبالعكس فإن الاقتصاد والبساطة في إصدارها سوف ينعكس بالإيجاب على تحقيق حماية سريعة للحقوق وحرية الأفراد خصوصاً في المنازعات الإدارية التي تمس حقوق الأفراد وحياتهم⁽³⁾.

والآراء التي يصدرها مجلس الدولة كهيئة قضائية لا يمكن أن توصف بصفة الأحكام القضائية، بل تعد آراء استشارية فهي لا تفصل في النزاع المعروض بل تعطي

(1) Code de justice administrative, poste du conseil franc, du site de l'Etat.

(2) [www.cairn.info/revue française-d'administration-publique-zoof.1-page-93.htm](http://www.cairn.info/revue-française-d'administration-publique-zoof.1-page-93.htm).

(3) D.IABEToulLE, Ni moustre , op.cit, p.12.

رأي ومشورة في المسألة القانونية في موضوع النزاع بصرف النظر عن الخصومة أو الدعوى التي صدرت بشأنها، فلا يقرر مجلس الدولة الفرنسي الإلغاء أو الإيداع بل يأخذ شكل الإعلان الذي يصدر عن الدوائر الإدارية في المجلس، وعلى الرغم من افتقارها القوة الإلزامية لقوة الشيء المقضي به، فالمحاكم التي تطلب الرأي قد دأبت على الالتزام به ومن النادر أن تخرج فيما تصدره من أحكام عن مضمون الآراء الصادرة عن المجلس، وإلا تعرض الحكم للنقض.

فالنقض هو البوابة الرئيسة لمجلس الدولة الفرنسي نحو التصدي للفصل في موضوع الدعوى لأن مجلس الدولة الفرنسي لا يستطيع التصدي إلا بعد نقض الحكم، فإذا صدر حكم من المحكمة الإدارية أو المحكمة الإدارية الاستئنافية يخالف الرأي الذي صدر في موضوع الإحالة يتعرض الحكم للنقض في مجلس الدولة الفرنسي وتعيد الدعوى إلى محكمة التي أصدرت الحكم لتفصل فيه مجدداً أو تحكم برفض الدعوى⁽¹⁾.

وعلى الرغم من عدم وجود أساس قانوني يخول مجلس الدولة الفرنسي (النقض) الفصل في موضوع الدعوى سواء في قانون القضاء الإداري أو في قانون المرافعات، إلا أن مجلس الدولة منح لنفسه سلطة في الفصل بموضوع الدعوى في مجال الطعن بالنقض، وهذا ما قضت به محكمة النقض في مجلس الدولة الفرنسي عندما نقضت حكم المحكمة الإدارية في مدينة (ليون) بعد أن صدر خلاف رأي مجلس الدولة الفرنسي⁽²⁾.

(1) د. شادية إبراهيم المحروقي، إجراءات في الدعوة الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 355.

(2) د. إسماعيل صعصاع، مجيد مجهول درويش، مصدر سابق، ص 9.

وتجدر الإشارة إلى أن ما يصدر من مجلس الدولة تعد أحكاماً قضائية، وتخضع لكل ما تخضع له أحكام مجلس الدولة من قواعد وإجراءات، أما القرارات المتعلقة بإحالة الطعون إلى مجلس الدولة الفرنسي لطلب الرأي والمشورة في مسألة قانونية أثارت صعوبة جدية أو تطلب إقرار مبدأ قانوني جديد ماثلة في منازعات عديدة أمام القضاء، أو العدول عن اجتهاد قضائي مستقر فهي لا تعد أن تكون قرارات قضائية استشارية.

ومن تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن قرارها المؤرخ في 1/7/2016 بطلب الاستطلاع المحال من محكمة (Gergy-pontoise) في قضية أمر بالتفتيش في ظل قانون الطوارئ فبموجب المادة (ل-1-113) من قانون المحاكم العدلية الإدارية، أحالت كل من المحكمة الإدارية لمدينة (melon) والمحكمة الإدارية المدنية (Gergy pontoisc) إلى مجلس الدولة لإبداء رأيه في أوامر التفتيش الصادر في ظل حالة الطوارئ، وذلك لبيان ما مدى إلزام تسبب أوامر التفتيش، وبيان سلطات القاضي الإداري التي يمارسها تجاه أوامر التفتيش، وتحديد الأساس القانوني لمسؤولية الدولة عن تلك القرارات، فهل تتركن إلى الخطأ البسيط أم الجسيم، ومدى مسؤولية الدولة عن تلك الأوامر بدون خطأ، وهل تؤخذ في الاعتبار لاستنهاض مسؤولية الدولة حيث أجاز المشرع الفرنسي إعلان حالة الطوارئ سواء على كامل إقليم البلاد أو جزء منه، وفقاً للضوابط والشروط المنصوص عليها في القانون الصادر في 3/4/1955 وألزم مجلس الدولة على ضوء أحكام المجلس الدستوري⁽¹⁾ تسبب تلك القرارات وأن يكون التسبب مكتوباً.

(1) المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، منشور على الموقع الإلكتروني، تاريخ آخر زيارة 2019/8/12.

بتاريخ 16-17-24/11/2015 بناءً على القانون الصادر في 3/4/1955 التي تضمنت تصريح بتفتيش أماكن السكن الخاصة بالطاعنين وإلزام الدولة بدفع التعويض عما لحقهم من ضرر وهي ذات المسألة التي أثرت أمام المحكمة الإدارية بمدينة (melon) للفصل في طلبات المدعين في إلغاء قرارات ممثلي الدولة في مقاطعتين (la seinèe marnc, de morhe val) الصادرة بتاريخ 25/11/2015 و 3/12/2015 بناءً على قانون الطوارئ المشار إليه آنفاً ، الذي تضمن ما تضمنته القرارات أعلاه بتفتيش أماكن السكن الخاصة بالطاعنين ودفع تعويض عما لحقهم من ضرر ولوجود مسألة قانونية تثير بشأنها صعوبة جدية ماثلة في منازعات عديدة لم يسبق لمجلس الدولة أن تعرض لها وأقرها مبدأ قانوني إحالة النزاع إلى مجلس الدولة لوجود أسئلة متشابهة، وبالتالي ضم الأحكام لإصدار رأي واحد فيها، وقد أصدر مجلس الدولة الفرنسي رأيه حول الأسئلة المتعلقة برقابة مشروعية أوامر التفتيش، وحيث أن التسبب المقرر يتعين أن يكون مكتوباً ومشتماً على المبررات القانونية والأسباب الجدية، والأسئلة المتعلقة بمسؤولية الدولة ففي حال ثبوت الخطأ فأن القاضي الإداري يختص بالنظر بتعويض الأضرار وتنهض مسؤولية الدولة.

الفرع الثاني

توحيد المبادئ القانونية بأسلوب الطعن

بعدما أسلفنا أن دائرة توحيد المبادئ القانونية في المحكمة الإدارية العليا في مصر، والمحكمة الإدارية العليا في العراق هي الجهات المختصة في توحيد المبادئ القانونية في القضاء الإداري وأنه حتماً تختلف تلك الجهات في الشروط والوسائل لتوحيد المبادئ وتحديد قواعدها، لذا سوف نتناول توحيد المبادئ القانونية بأسلوب الطعن في مصر والعراق تبعاً وعلى النحو الآتي:

أولاً: توحيد المبادئ القانونية بأسلوب الطعن في مصر

تعد دائرة توحيد المبادئ القانونية من الدوائر المهمة في المحكمة الإدارية العليا التي جاءت في المادة (54 مكرر) من قانون مجلس الدولة⁽¹⁾، وبين المشرع المصري إن الطعن بأحكام دوائر المحكمة الإدارية العليا يقبل من ذوي الشأن أو رئيس هيئة مفوضي الدولة وللطالب إن يقدم مع العريضة مذكرة يوضح فيها أسانيد الطلب⁽²⁾، ويقدم الطعن من ذوي الشأن إذا كان لهؤلاء الأفراد مصلحة جديده في ذلك يتعلق بتضارب واختلاف أحكام المحكمة الإدارية العليا بتقرير يودع في قلم المحكمة الإدارية العليا موقع من محام من المقبولين أمام المحكمة الإدارية العليا⁽³⁾، ويجب على قلم كتاب المحكمة ضم ملف الدعوى المطعون في الحكم الصادر فيها قبل إحالتها إلى هيئة مفوضي الدولة.

وتطبق أمام المحكمة الإدارية العليا القواعد والإجراءات المنصوص عليها في المادة (44) من قانون مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972 المعدل⁽⁴⁾، فقد ألزم المشرع

(1) أنظر: القانون رقم (136) لسنة 1984، منشور بالجريدة الرسمية في مصر بالعدد (31) في 22 / 7 / 1984.

(2) انظر: المادة (23) من قانون مجلس الدولة المصري النافذ.

(3) انظر: المادة (25) من قانون مجلس الدولة المصري النافذ.

(4) أنظر: المادة (44) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 المعدل على أن (ميعاد رفع الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا ستون يوماً من تاريخ صدور الحكم المطعون فيه، ويقدم الطعن من ذوي الشأن بتقرير يودع لدى قلم كتاب المحكمة موقع عليه من محام من المقبولين أمامها، ويجب أن يشتمل التقرير علاوة على البيانات العامة المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم ومواطن كل منهم، على بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه والأسباب التي يبنى عليها الطعن وطلبات الطاعن، فإذا لم يحصل الطعن على هذا الوجه جاز الحكم بطلانه).

المصري تقديم الطعن خلال ستين يوماً من تاريخ صدور الحكم المطعون فيه، طبقاً لما هو معمول به بالنسبة للمواعيد أمام مجلس الدولة المصري، إما الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري والطعون المقامة أمامها في أحكام المحاكم الإدارية فلا يجوز الطعن فيها إلا من رئيس هيئة مفوضي الدولة خلال ستين يوماً من تاريخ صدور الحكم والأصل أن الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري بصفتها الاستثنائية لا يجوز الطعن فيها، إلا إن المشرع المصري أستثنى ذلك لرئيس هيئة مفوضي الدولة على الرغم أن هذا الاختصاص لا يجوز التفويض فيه وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا⁽¹⁾ وهذا يدل على أن هذه الطعون تكون لمصلحة القانون، فلا يستطيع أحد سوى رئيس هيئة المفوضين تقديم تلك الطعون في الأحوال التي حددها المشرع⁽²⁾.

ولمفوض الدولة أن يعرض على الطرفين تسوية النزاع على أساس المبادئ القانونية التي أستقر عليها قضاء المحكمة الإدارية العليا خلال مدة يحددها، فإذا تمت التسوية يثبت في محضر يوقع عليه الخصوم ووكلائهم ويكون للمحضر قوة السند التنفيذي⁽³⁾، وأن لم تتم التسوية يودع المفوض تقريراً يحدد فيه الوقائع والمسائل القانونية التي يثيرها النزاع ويبيد رأيه فيه مسبباً، وتتمثل فيه الخبرة لصالح القانون، وقد خول مجلس الدولة هيئة مفوضي الدولة في مباشرة مهامه اختصاصات واسعة لتحضير الدعاوى، كل ذلك لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، تستوجبها مقتضيات النظام الإداري

(1) أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ رقم (78) لسنة (36) قضائية الصادر في 1997/3/22.

(2) أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ بالطعن رقم (9582) لسنة 48 ق في 2007/3/24.

(3) انظر: المادة (28) من قانون مجلس الدولة المصري النافذ.

وحسن سير المرافق العامة⁽¹⁾.

وبعد أن يتم تحضير الطعن من قبل هيئة مفوضي الدولة مجال إلى دائرة فحص الطعون للنظر فيه وقد منح المشرع المصري في قانون مجلس الدولة بموجب المادة (54 مكرر) لإحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا، ويقصد بها دوائر الموضوع إحالة الطعن إلى دائرة توحيد المبادئ القانونية في المحكمة الإدارية العليا⁽²⁾، وليس دائرة فحص الطعون بهذه المحكمة وذلك لان صدور أحكام من دوائر المحكمة الإدارية العليا يخالف بعضها البعض أو العدول عن مبدأ قانوني سابق لا يكون صادر إلا من دوائر الموضوع، وغني عن البيان إذا رأت دائرة فحص الطعون⁽³⁾ عند نظر الطعن أنه صدر من دائرة الموضوع أو من إحدى دوائر المحكمة أحكام سابقة يخالف بعضها البعض أو أن الأمر يقتضي العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة صادرة من المحكمة الإدارية العليا فإن الطعن يكون جدير بالعرض على دائرة من دوائر الموضوع بالمحكمة

(1) انظر: المادة (29) من قانون مجلس الدولة المصري النافذ التي نصت (تقوم هيئة مفوضي الدولة خلال ثلاثة أيام من تاريخ إيداع التقرير المشار إليه في المادة (27) بعرض ملف الأوراق على رئيس المحكمة لتعيين تاريخ الجلسة التي تنظر فيها الدعوى).

(2) أنظر: المادة (4) من قانون مجلس الدولة المصري النافذ (يكون مقر المحكمة الإدارية في القاهرة ويرأسها رئيس المجلس وتصدر أحكامها من دوائر من خمسة مستشارين وتكون بها دائرة أو أكثر لفحص الطعون وتشكل من ثلاثة مستشارين).

(3) أنظر: المادة (136) من قانون مجلس الدولة المصري الذي نص (تنظر دوائر فحص الطعون بعد سماع إيضاحات مفوضي الدولة وذوي الشأن أن رأي رئيس الدائرة وجهاً لذلك، وإذا رأت دائرة فحص الطعون أن كان الطعن جدير بالعرض على المحكمة الإدارية العليا، أما لان الطعن لم يسبق تقريره أصدرت قراراً بإحالته إليها، أما إذا رأت بالإجماع أنه غير مقبول شكلاً أو باطل أو غير جدير بالعرض على المحكمة حكمت برفضه).

الإدارية العليا، ولا تمتلك دائرة فحص الطعون إحالة الطعن مباشرة إلى دائرة توحيد المبادئ لان ذلك يعد تجاوز على اختصاص دائرة الموضوع بالمحكمة الإدارية العليا⁽¹⁾.

ويثور التساؤل ماذا لو أصدرت دائرة فحص الطعون قرار بإحالة الطعن إلى دائرة توحيد المبادئ دون عرض الطعن على دائرة الموضوع بالمحكمة الإدارية العليا؟

أن الثابت إذا أصدرت دائرة فحص الطعون قرارها بالإحالة إلى دائرة توحيد المبادئ عد قرارها معدوماً ولا يجوز لدائرة توحيد المبادئ نظر الطعن في هذه الحالة، بل يجب عليها إعادة الطعن إلى دائرة الموضوع لتحويله إلى دائرة توحيد المبادئ، فإذا فصلت دائرة توحيد المبادئ رغم ذلك بالطعن فإن حكمها يعد معدوماً لعدم عرضه على دوائر الموضوع بالمحكمة الإدارية العليا⁽²⁾، إلا أن الواقع العملي أثبت خلاف ذلك، حيث تصدت دائرة توحيد المبادئ وفصلت بالطعون المحالة إليها من دائرة فحص الطعون دون أحالته لدوائر الموضوع بالمحكمة الإدارية العليا⁽³⁾.

ونعتقد بالإمكان إحالة الطعن من دائرة فحص الطعون إلى دائرة توحيد المبادئ دون أحالته لدائرة الموضوع بالمحكمة الإدارية العليا، لكن في حدود ضيقة بالنسبة

(1) د. محمد أحمد عطية، إجراءات التقاضي أمام محاكم مجلس الدولة والمحكمة الدستورية العليا، ط2 دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2017، ص583.

(2) د. محمود حمدي عباس عطية، مصدر سابق، ص66.

(3) أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ بالطعن رقم (18006) لسنة 53 قضائية الصادر في 2003/2/1، وحكم المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ للطعن رقم (3823) لسنة 45 قضائية الصادر في 2009/1/10 أحالت دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا - الطعون إلى دائرة توحيد المبادئ دون أحالته إلى دائرة الموضوع وتصدت دائرة توحيد المبادئ للطعن وفصل به دون أحالته إلى دوائر الموضوع.

لدائرة الموضوع، وفي ضوء الأساس القانوني للمادة (54 مكرر) لا بد أن لا يرفع الطعن مباشرة إلى المحكمة الإدارية العليا وأن يعرض على دائرة فحص الطعون، ويترك لدائرة فحص الطعون تقدير جدية من عدم جديتها لذلك وتسري القواعد المقررة لنظر الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا على دائرة فحص الطعون، لان هذه الدائرة أحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا، وفي حالة رفض دائرة فحص الطعون الطعن فلا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن لان حكم هذه الدائرة يجوز حجية الشيء المقضي فيه⁽¹⁾.

أما إذا تبين لدائرة فحص الطعون أن الطعن مقبول من الناحية الشكلية وجدير بالعرض على المحكمة الإدارية العليا من الناحية الموضوعية، لان الطعن مرجح القبول أو لان الفصل في الطعن يقتضي تقرير مبدأ قانوني جديد لم يسبق للمحكمة تقريره وجب في هذه الحالة بقبول الطعن وأحاله إليها وقرار دائرة فحص الطعون في هذه الحالة لا ينهي النزاع بل ينقله تلقائياً إلى دائرة المحكمة الإدارية العليا المشكلة من خمسة مستشارين، لتكمل نظر المنازعة التي بدأت مرحلتها الأولى أمام دائرة فحص الطعون ثم انتقلت إلى الدائرة الخامسة إلى أن تنتهي الخصومة بحكم يصدر فيها⁽²⁾.

ونلاحظ أن إجراءات نظر المنازعة في مرحلتها متكاملة ومتصلة، فإذا شاب أحد الإجراءات عيب أمام دائرة فحص الطعون يجوز تصحيحه أمام الدائرة الأخرى، ويصدر قرار الإحالة بالأغلبية بينما يصدر قرار الحكم بالرفض بالإجماع، ولعل ذلك يرجع أن قرار الإحالة لا يقيد المحكمة عند النظر في الطعون، فلها أن ترفض الطعن شكلاً أو موضوعاً حسب الأحوال، لكن قرار الرفض يعتبر حكماً يجوز حجية الأمر

(1) د. جورج شفيق ساري، قواعد وأحكام القضاء الإداري، مصدر سابق، ص 678.

(2) جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص 70.

المقضي به، ولا يجوز الطعن فيه، وألزم المشرع المصري قلم كتاب المحكمة أن يخطر هيئة مفوضي الدولة وذوي الشأن بقرار الإحالة ليتمكن لهم متابعة الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا⁽¹⁾.

ويجب على دائرة فحص الطعون أن ترفض الطعون إذا لم يكن مرجح القبول أو كان الفصل فيه لا يقتضي تقرير مبدأ قانوني جديد، ويدون قرار الحكم بالرفض أو الإحالة بمحضر الجلسة فدائرة فحص الطعون غير ملزمة بتسبيب قرارها بالرفض وإنما مخيره في ذكر الأسباب، ولكن القضاء الإداري قد أستقر على توضيح الأساس الذي أستند إليه الطعن⁽²⁾.

أذا تمت إجراءات الإحالة إلى دائرة توحيد المبادئ القانونية وكانت موافقة للقانون، فإنه تصبح ولاية إرساء المبدأ القانوني المختلف عليها لدائرة توحيد المبادئ في المحكمة الإدارية العليا، والإجراءات أمام دائرة توحيد المبادئ لا تختلف عن الإجراءات المتبعة أمام المحكمة الإدارية العليا إلا أنها ألزمت بالمادة (54 مكرر) سكرتارية المحكمة أن تعرض ملف الدعوى خلال ثلاثة أيام من صدور قرار الإحالة على رئيس المحكمة ليحدد تاريخ الجلسة التي ستنظر الدعوى، ثم يعلن الخصوم بالتاريخ المحدد للجلسة قبل أربعة عشر يوماً على الأقل⁽³⁾.

(1) د. إسماعيل إبراهيم البدوي، طرق الطعن في الأحكام الإدارية، ط1، دار الفكر، الإسكندرية، 2012، ص310.

(2) د. محمد أحمد إبراهيم المسلماني، الوسيط في القضاء الإداري، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2016، ص989.

(3) د. إسماعيل إبراهيم البدوي، مصدر سابق، ص312.

ولدائرة توحيد المبادئ القانونية السلطة التقديرية فلها أن تقتصر في حكمها على البت في المسألة القانونية وتحيل الطعن بعد ذلك إلى دائرة المحكمة الإدارية المختصة لتفصل في موضوع الطعن، كما لها أن تفصل في الطعن أن كان صالحاً للفصل فيه طبقاً لنص المادة (54 مكرر)⁽¹⁾.

وقد منح المشرع المصري في قانون المرافعات المدنية الذي يمثل الشريعة العامة للإجراءات الإدارية أمام محاكم مجلس الدولة المصري المحكمة الإدارية العليا (محكمة النقض) سلطة الفصل في موضوع الدعوى إذا نقض الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه، أو كان الطعن للمرة الثانية ورأت المحكمة الإدارية العليا نقض الحكم المطعون فيه ويجب عليها أن تحكم في الموضوع⁽²⁾.

أما إذا لم يكن الطعن صالحاً للفصل فيه أعادته إلى دائرة الموضوع المختصة بالمحكمة الإدارية العليا للفصل فيه مجدداً، ومن التطبيقات القضائية التي عبرت فيه المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ برفض التصدي لموضوع الدعوى في هذا الشأن حكمها الصادر في 3/7/2003 التي قضت فيه (بعدم مشروعية القرار المطعون فيه على النحو المبين بالأسباب وقررت إحالة الطعن إلى الدائرة المختصة بالمحكمة الإدارية العليا لتفصل فيه وفقاً لذلك)⁽³⁾، ومن تطبيقاتها أيضاً حكمها الصادرة بتاريخ

(1) د. محمد أحمد عطية، مصدر سابق، ص 585.

(2) أنظر: المادة (3) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 المعدل والمادة (4/269) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (83) لسنة 1986 المعدل.

(3) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ بالطعن رقم (7402) لسنة (44) قضائية عليا في 3/7/2003.

15/1/2013 والتي قضت فيه (لا يجوز طلب أثبات ترك الخصومة أمامها - هذا الطلب يقدم إلى المحكمة التي تنظر موضوع الطعن، وليس أمام دائرة توحيد المبادئ التي تضع المبدأ القانوني فقط)⁽¹⁾،

وأيضاً قرارها الصادر بتاريخ 6/1/2018 حيث نصت (بترجيح الاتجاه بعدم جواز قيد التلميذ بالصف الأول الابتدائي بمرحلة التعليم الأساسي بالمدارس الرسمية للغات، ما لم يسبق ذلك قيده برياض الأطفال بها لمدة سنتين، وذلك على النحو الموضح بالأسباب، وإعادة الطعن إلى الدائرة المختصة بالمحكمة الإدارية العليا للفصل في موضوعه على ضوء ما تقدم)⁽²⁾.

وقد منح المشرع المصري المحكمة الإدارية العليا سلطة ملزمة في الفصل بموضوع الدعوى إذا ما توفرت شروطه، فيكون لها مراقبة القرارات الإدارية لتعرف مدى مشروعيتها من حيث مطابقتها أو عدم مطابقتها للقانون في مسائل الواقع أو مسائل القانون، ومن التطبيقات القضائية التي عبرت فيها دائرة توحيد المبادئ في المحكمة الإدارية العليا في مصر عن الفصل في موضوع الدعوى، فقد قضت في أحد أحكامها الصادرة في 9/4/1988 الذي جاء فيه (على المحكمة الإدارية العليا إذا ما تبينت بطلان الحكم المطعون فيه إلى إلغائه أن تفصل في موضوع الدعوى متى كان صالحاً للفصل فيه والذي رسم حدود واضحة ومميز للرقابة الإدارية التي تمارسها المحكمة

(1) أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا- دائرة توحيد المبادئ بالطعن رقم (10193) لسنة (55) قضائية عليا في 15/1/2013.

(2) أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا- دائرة توحيد المبادئ بالطعن رقم (14711) لسنة (62) قضائية عليا في 6/1/2018.

الإدارية العليا وبين رقابة النقض المدنية التي تتولاها محكمة النقض لاختلاف طبيعة المنازعات التي تنشأ بين الأفراد في مجالات القانونين المدني والتجاري وتلك التي تنشأ بين الأفراد والإدارة في مجالات القانون الإداري وما يتطلب ذلك من حسن سير العدالة الإدارية بما لا يتعارض مع حسن سير وانتظام المرافق والمصالح العامة، الأمر الذي يستوجب التصدي للموضوع متى كان صالح للفصل في موضوعها كلما كان هذا التصدي من المحكمة الإدارية العليا لا يخل بحق الدفاع ولا يهدد درجات التقاضي للخصوم ولا يخالف نصاً صريحاً في القانون⁽¹⁾.

ومن تطبيقاتها أيضاً، قرارها الصادر في 3/6/1990 الذي جاء فيه (أن النص كما يميز للدائرة المنصوص عليها فيه أن تقتصر في حكمها الذي تصدره بعد اتصالها بالطعن على البت في المسألة القانونية التي كانت محلاً لتناقض الأحكام أو إقرار مبدأ قانوني على خلاف أحكام سابقة، ثم تحيل الطعن بعد ذلك إلى دائرة المحكمة الإدارية العليا المختصة لتفصل في موضوعه وفقاً للمبدأ الذي أرست بحكمها على ذلك النحو الذي أضطر عليه قضاء هذه الدائرة، فأن هذا النص أيضاً لا يحول بين هذه الهيئة والفصل في الطعن الذي اتصلت به بقرار الإحالة بحكم منه للنزاع دون الوقوف عند القضاء بالمبدأ القانوني الذي يطعن على هذا النزاع، ما دام أن الطعن قد استقامت عناصره وكان صالحاً للفصل فيه على نحو ما هو ثابت بالنسبة للطعن المعروض)⁽²⁾.

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ بالطعن رقم (1352) لسنة 33 قضائية في 14/5/1988.

(2) قرار المحكمة الإدارية العليا - توحيد المبادئ بالطعن رقم (3564) لسنة 52 قضائية بتاريخ 3/6/1990

ومن تطبيقاتها أيضاً في هذا الشأن، حكمها الصادر في 2006 / 7 / 2 حيث قضت (يجوز للدائرة عند نظر في دعوى بطلان أصلية في أحد أحكام المحكمة الإدارية العليا أن تتعرض للموضوع وتفصل فيه، وهذا المعنى يخالف مبادئها السابقة في عدم جواز التعرض لموضوع الدعوى المطعون على الحكم الصادر فيها متى كانت المحكمة التي أثير أمامها الطعن قد انتهت لبطلان الحكم لعدم صلاحية المحكمة أي أنها في الحقيقة وفي القضاء الضمني لها رجحت فكرة ضرورة الفصل متى كانت الدعوى مهياً للفصل فيها، وكان سبب البطلان في الحكم أنها شككت في صحة المداولة لوجود ورقتين رسميتين خاصتين بمسودة ومنطوق حكم واحد وكان بينها مفارقة المنطوق)⁽¹⁾.

وما جاء في حكمها الصادر بتاريخ 2010 / 4 / 3 حيث قضت (ترجيح الاتجاه السائد في أحكام المحكمة الإدارية العليا، الذي من مقتضاه عدم الأخذ بقريئة النكول في الطعون الخاصة بقرارات التعيين في الوظائف القضائية، إلا إذا كان المستند الذي لم يقدم في الدعوى هو المستند الوحيد المؤثر واللازم للفصل في الدعوى وذلك على النحو الوارد بالأسباب وأمرت بإعادة الطعن إلى الدائرة المختصة بالمحكمة الإدارية العليا للفصل فيه على هدى ما تقدم)⁽²⁾.

فلاحظ أن دائرة توحيد المبادئ في المحكمة الإدارية العليا هي محكمة قانون

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ بالطعن رقم (14113) لسنة 50 قضائية في 2006 / 7 / 2.

(2) قرار المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ بالطعن رقم (27412) لسنة 52 قضائية في 2010 / 4 / 3.

ووقائع معاً، لبيان وجه الحق وتوحيد كلمة القانون ووضع الأمور في نصابها وتحقيق العدالة ونزولاً على سيادة القانون.

ثانياً: توحيد المبادئ القانونية بأسلوب الطعن في العراق

أوضحنا في ما سبق، أن المشرع العراقي في قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 وتعديلاته لم يقر هيئة أو دائرة في القضاء الإداري في توحيد المبادئ القانونية منذ السنوات الأولى لتأسيسه ولغاية صدور قانون رقم (17) لسنة 2013 التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة، والذي أنشأ بموجبه المحكمة الإدارية العليا، وعلى الرغم من عدم وجود نص قانوني يعطيه ذلك الحق سواء في القوانين المنظمة لعمل مجلس الدولة، أو في قانون المرافعات، فأن المحكمة الإدارية العليا في العراق تضمنت توحيد المبادئ ووحدة تطبيق القانون عندما تمارس الاختصاص التمييزي إزاء الطعون المقدمة على الأحكام الصادرة من محاكم القضاء الإداري باعتبارها المعقب النهائي على أحكام كل من محكمة قضاء الموظفين ومحكمة القضاء الإداري، وتدقيق ما يعترض الحكم من عيب أو خطأ أو أي وجه آخر، والتي تدور في محور عدم مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله، أو أي سبب آخر حددها المشرع على سبيل الحصر يستوجب نقض الحكم⁽¹⁾.

وإن الهدف أو الغاية من الطعن في الأحكام القضائية الصادرة في القضاء الإداري هو الوصول إلى الحكم الصحيح الذي يتفق مع مقتضيات العدالة ويضمن حقوق الأفراد والمصلحة العامة وإنزال الحكم القانوني السليم⁽²⁾.

(1) د. أحمد مليحي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، ط8، المركز القانوني للإصدارات القانونية، مصر، 2010، ص86.

(2) د. عباس العبودي، شرح قانون المرافعات، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2015، ص103.

وقد أنشأ المشرع المحكمة الإدارية العليا لتكون على قمة التشكيل القضائي لمجلس الدولة لضمان عدم تعارض المبادئ القانونية التي تلتزم بها محاكم مجلس الدولة عند الفصل في المنازعات الإدارية وتحقيق المساواة والعدالة وسيادة الدستور والقانون ومنع التضارب واختلاف المراكز القانونية للمتقاضين وتوحيد التفسير الصحيح لإعلاء المشروعية⁽¹⁾.

فالطعن بالتمييز أمام المحكمة الإدارية العليا في العراق لا يجوز إلا في الأحوال المحددة في القانون ومجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 وتعديلاته أحال ذلك إلى قانون المرافعات المدنية وقانون أصول المحاكمات الجزائية اللذان يعدان مرجعاً عاماً للإجراءات التي تتبعها المحكمة الإدارية العليا⁽²⁾.

وأسباب الطعن بالتمييز ترد على سبيل الحصر، لان طريق غير عادي لا يكون جائز إلا ضد الأحكام النهائية وفي حالات محددة بالقانون، لان الغرض من الطعن مخصصة الحكم النهائي لذلك يلزم أن تكون أسبابه محصورة في حالات معينة⁽³⁾.

وتعد المادة (203) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1968 المعدل هي الأساس القانوني للطعن في أحكام القضاء الإداري أمام المحكمة الإدارية

(1) د. محمود حمدي عباس عطية، مصدر سابق، ص 68.

(2) أنظر: المادة (7/ الحادي عشر) من التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (17) لسنة 2013 التي نصت (تسري أحكام قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 وقانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 وقانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 وقانون الرسوم العدلية رقم (114) لسنة 1981 في شأن الإجراءات التي تتبعها المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري ومحكمة الموظفين في ما لم يرد فيه نص خاص في هذا القانون).

(3) د. سيد أحمد محمود أحمد، النقض الجزئي للأحكام، ط 1، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 36.

العليا⁽¹⁾ والتي تعد الوسيلة التي تباشر بها المحكمة الإدارية العليا توحيد المبادئ القانونية في العراق، وهناك جملة من الشروط التي تتبعها المحكمة الإدارية العليا لتوحيد المبادئ القانونية وسوف نستعرض هذه الشروط وفق الآتي:

1- إن يكون المبدأ القانوني السابق صادر من المحكمة الإدارية العليا:

لكي يكون المبدأ القانوني السابق سابقة قضائية يجب أن يكون صادراً من جهة قضائية، أي أن يكون صادراً عن المحكمة الإدارية العليا باعتبارها الجهة التي يحددها القانون للبت بالطعن التمييزي وبموجب سلطتها الأصلية⁽²⁾، فالقرارات التي تصدر من المحكمة الإدارية العليا ترسي مبادئ قانونية، وأن استقرار المحاكم واطرادها على مبدأ قانوني معين ثابت مستقر تطبقه جميع المحاكم كما تطبق القانون يؤدي إلى توحيد المبادئ القانونية⁽³⁾.

فالقضاء هو قلعة المشروعية الذي يحمي بها كل إنسان لإرساء حكم القانون

(1) أنظر: المادة (203) من قانون المرافعات المدني العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل والتي تنص على أنه (للخصوم أن يطعنوا تمييزاً لدى محكمة التمييز في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف أو محاكم البداية أو محاكم الأحوال الشخصية وذلك في الأحوال التالية 1- إذا كان الحكم قد بني على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله. 2- إذا كان الحكم قد صدر على خلاف قواعد الاختصاص. 3- إذا وقع في الإجراءات الأصولية التي أتبع عند رؤية الدعوى خطأ مؤثر في صحة الحكم. 4- إذا صدر حكم يناقض حكماً سابقاً صدر في الدعوى نفسها بين الخصوم أنفسهم أو من قام مقامهم وحاز درجة البتات. 5- إذا وقع في الحكم خطأ جوهري).

(2) أنظر: المادتين (205) و(153) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل.

(3) د. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 240.

العادل بصورة سليمة، وان يظل القضاء محافظاً على الخط الأساسي الذي تبنيه المحكمة منذ نشأتها وان لا تعدل عنه إلا في حدود استثنائية لا علاء كلمة القانون وان تضع نصب عينها الصالح العام⁽¹⁾ لتنزل حكم القانون على القضية محل النزاع ، وأن الأصل أن المحكمة الإدارية العليا هي محكمة قانون وينحصر اختصاصها على فحص وتدقيق أوراق الدعوى وليست محكمة جلسات ومرافعات بين الخصوم⁽²⁾.

إلا إن المشرع العراقي قد منحها على وجه الاستثناء سلطة الفصل في موضوع الدعوى في المادة (214) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل والتي تنص على أنه (إذا رأت محكمة التمييز نقض الحكم المميز لمخالفته للقانون أو للخطأ في تطبيقه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه وجب عليها أن تفصل فيه، ولها في هذه الحالة دعوة الطرفين وسماع أقولهما أن وجدت ضرورة لذلك، ويكون قرارها قابلاً للطعن فيه بطريق تصحيح القرار في مدته القانونية....) وعلى الرغم من وضوح موقف المشرع العراقي في مسألة وجوب تصدي المحكمة الإدارية العليا لموضوع الدعوى إذا تحققت شروطه، إلا أنه من الناحية العملية في المحكمة الإدارية العليا نجد أن المحكمة جعلتها سلطة تقديرية في التصدي لموضوع الدعوى، أو أعادته القضية إلى المحكمة التي أصدرته للفصل فيه مجدداً على ضوء قرار المحكمة الإدارية العليا⁽³⁾.

- (1) د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، القاهرة، دار الشروق، ص 603.
- (2) أنظر: الفقرة (1) من المادة (209) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي نصت على أنه (تنظر المحكمة المختصة بنظر الطعن في الطعن بأجراء التدقيق على أوراق الدعوى دون أن تجمع بين الطرفين، ولها أن تتخذ أي اجراء يعينها على البت في القضية).
- (3) استاذنا د. عامر زغير محيسن ، اختصاص المحكمة الادارية العليا بالنظر تمييزاً في أحكام القضاء الاداري في العراق، مصدر سابق، ص 151.

وهذا يعني أن يكون قرار المحكمة الإدارية العليا الذي نشأ بموجبه المبدأ القانوني السابق قد حاز حجية الأمر المقضي به، وهي فكرة فحواها أن الحكم القضائي يجوز احترام المحكمة التي أصدرته والمحاكم الأخرى، فما قضي به الحكم وجب التسليم به من غير بحث جديد وتفرض احترامها على الكافة، وبمقتضاها تمنع مناقشة ما حكم به في دعوى جديدة ما دام صادر عن المحكمة الإدارية العليا⁽¹⁾.

وبالإضافة إلى ما تقدم، يجب على المحكمة الإدارية العليا أن تصدر المبدأ القانوني الجديد وأن يكتسب درجة البتات، فيكون بذلك المبدأ القانوني السابق هو الأساس لتكوين السابقة القضائية وفي هذا المعنى نريد الوصول إلى فكرة مفادها إذا صدر المبدأ القانوني السابق من المحكمة الإدارية العليا وتأكد بصدر المبدأ القانوني الجديد بالمحاكم الإدارية في القضاء الإداري (محكمة قضاء الموظفين، والقضاء الإداري) فلا نكون أمام سابقة قضائية، وإنما يجب أن يصدر المبدأ القانوني الجديد من ذات المحكمة التي أصدرتها في قضايا متشابهة، فأن تكرار المبدأ القانوني السابق في القضايا المتشابهة يؤدي بالتالي توحيد المبادئ القانونية في المحكمة الإدارية العليا.

ومن تطبيقات المحكمة الإدارية العليا في العراق، والتي عبرت عن أنشاء مبدأ قانوني مستقر قرارها المؤرخ في 26/9/2013 الذي جاء فيه (لا يستحق الموظف مخصصات الشهادة التي حصل عليها أثناء الخدمة إلا إذا كانت لها علاقة بالعمل الذي يمارسه الموظف)⁽²⁾، وقرارها المؤرخ في 21/8/2014 الذي جاء فيه (لا يستحق

(1) د. إسماعيل إبراهيم البدوي، حجية الأحكام القضائية الإدارية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، ص9.

(2) قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (35/قضاء موظفين - تمييز/ 2013) في 26/9/2013 منشور.

الموظف مخصصات الشهادة إذا كانت لا علاقة لها بوظيفته⁽¹⁾، والذي تأكد لاحقاً بالقرارات المرقمة (304/ قضاء موظفين/ تمييز/ 2014) الصادر في 2015 / 11 / 2 و (520/ قضاء موظفين / تمييز/ 2014) الصادر في 2016 / 3 / 3 و (824/ قضاء موظفين / تمييز/ 2015) في 2017 / 5 / 25.

2- شروط تتعلق بالمبدأ القانوني السابق:

يشترط في اكتساب المبدأ القانوني السابق قوة القانون وإلزاميته للمحاكم الأخرى في القضايا المتشابهة للقضية التي صدر فيها المبدأ، إلا يكون المبدأ عملاً للقاعدة القانونية المستقرة، أي أن لا يكون مشابه للنصوص القانونية المراد تطبيقها لان كلمة سابقة تعني أنها لم يسبق لها مثيل في القضاء كما يشترط في المبدأ القانوني السابق أن تلتزم به المحاكم الأدنى، وترى بعض المذاهب الفقهية إذا أستقر العمل بالمبدأ القانوني السابق صارت أصلاً قاعدة يلزم العمل بها طبقاً للقاعدة الفقهية (ما جرى به العمل) ولا يجوز للقضاة الخروج عنها إلا بأسباب معتبرة⁽²⁾.

وهناك العديد من الفوائد للمبدأ القانوني السابق، فهو يوفر حلول جاهزة للوقائع المتشابهة مما يسهم في سرعة حسم النزاعات والاقتصاد في الإجراءات كلما عرضت قضية، كما أن المبدأ القانوني السابق أكثر موضوعية لان المحكمة الإدارية العليا تستشعر بأن حكمها سيكون أساساً لأحكام لاحقة وأكثر عمومية وتتعلق بمصالح عدد كبير من الأفراد، فضلاً عن ذلك بأن المبدأ القانوني السابق يوفر الأمن القانوني إذ أنه يحيط

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (499/ قضاء موظفين - تمييز/ 203) في 2014 / 8 / 21 منشور.

(2) د. عبد العزيز بن سعد الدغثير، حجية السوابق القضائية، مجلة العدل، المملكة العربية السعودية، العدد 34، 2016، ص 183.

الإفراد والمؤسسات في الدولة بمتطلبات القانون، فمعرفة ما قرره المبدأ القانوني السابق يجعل الأفراد والمؤسسات مطمئنين إلى ما يريده منهم القانون وما سيطبق عليهم⁽¹⁾.

ومن تطبيقات المحكمة الإدارية العليا والتي عبرت عن إنشاء مبدأ قانوني سابق لم يكن انعكاساً للنصوص القانونية، قرارها المؤرخ في 5/2/2015 الذي جاء فيه (تخفيض العقوبة إذا كانت شديدة لا تتناسب مع المخالفة المرتكبة)⁽²⁾.

والذي تأكد بالمبدأ القانوني اللاحق المؤرخ في 15/4/2015 الذي جاء فيه (أذا وجدت المحكمة أن العقوبة المفروضة على الموظف شديدة فلها أن تخفض العقوبة)⁽³⁾، ونلاحظ أن المبدأ القانوني السابق أسس قاعدة قانونية غير منصوص عليها في نصوص قانونية وتم تأكيدها بمبدأ لاحق وأن أختلف بالصياغة والأسلوب إلا أنها تحمل نفس المضمون أو المعنى.

3- وحدة الموضوع والسبب بين الدعوتين (المبدأ القانوني السابق والمبدأ القانوني الجديد):

يشترط القضاء الإداري لتحقيق وحدة المبادئ القانونية، وحدة الدعوى بين الحكمين اللذان أسسا المبدأ القانوني السابق والمبدأ القانوني الجديد أو اللاحق، أي أن يكون الموضوع والسبب واحد ولم يوجب وحدة الخصوم، وموضوع الدعوى هو الحق أو المركز القانوني الذي يسعى الطاعن لحمايته في عريضة دعواه، سواء كان فائدة مادية

(1) د. حسين جبر الشويل، قرينة دستورية التشريع، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، 2014، ص 145-146.

(2) قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (849/ قضاء موظفين - تمييز/ 2014) في 5/2/2015 منشور.

(3) قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (1266/ قضاء موظفين - تمييز/ 2014) في 15/4/2015 منشور.

أو معنوية، فبيان موضوع الدعوى أمر ضروري حتى تتمكن المحكمة من إصدار الحكم، كما يشترط وحدة السبب في الحكمين (المبدأ القانوني السابق والمبدأ القانوني الجديد) والسبب هو الحق المنشئ في موضوع الدعوى، والسبب في الدعوى قد يكون نصاً قانونياً أو قراراً إدارياً، فلا مجال للتعارض لاختلاف السبب في كلا الدعوتين الذي أنشأ المبادئ القانونية⁽¹⁾، ونلاحظ أنه يلزم في توحيد المبادئ القانونية وحدة الموضوع ولم يوجب وحدة الخصوم ويعد السبب من المقومات الأساسية للدعوى، وتتكامل فكرة السبب مع فكرة الموضوع في تحديد الأمر المطلوب من القضاء للفصل فيه من الناحية الموضوعية، والسبب هو مجموع الوقائع التي أدت إلى قيام حالة النزاع والتي أستند إليه المدعي في طلباته⁽²⁾.

ومن تطبيقات المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن ، قرارها المؤرخ في 28/11/2013 الذي جاء فيه (لا يجوز نقل الموظف من محافظة إلى أخرى إذا ترتب على النقل ضرراً بالموظف)⁽³⁾، وتتحصل وقائع الدعوى أن المدعي طعن بالأمر الإداري المتضمن نقله من مقر كلية الإمام الكاظم للعلوم الإسلامية الجامعة في محافظة بغداد إلى أقسام الكلية في محافظة ميسان وحيث أن المدعى يسكن هو وعائلته في محافظة بغداد وأن نقله لحق ضرراً مادياً به فيما يتعلق بتكاليف السفر ومصاريف العيش وضرر

(1) د. ياسر باسم ذنون السبعوي و د. اجياد ثامر نايف، التعارض بين الأحكام القضائية المدنية، ج 6، بحوث ودراسات في القانون الخاص، مكتبة الجيل العربي، الموصل، العراق، 2009، ص 245 وما بعدها.

(2) د. إسماعيل إبراهيم البدوي، حجية الأحكام القضائية الإدارية، مصدر سابق، ص 119.

(3) قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (345/قضاء موظفين — تمييز/ 2013) في 28/11/2013 منشور.

معنوي بالابتعاد عن عائلته، وأن النقل هو سلطة تقديرية للإدارة إلا أنها تخضع لرقابة القضاء وأن المدعي عليه (المميز) قد تجاوز حدود سلطته التقديرية، وعليه قررت محكمة قضاء الموظفين إلغاء أمر النقل لذا قررت المحكمة الإدارية العليا تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي.

والذي أكدته بمبدأ قانوني لاحق بقرارها المؤرخ في 14/8/2014 الذي جاء فيه (أن نقل الموظفة من محافظة إلى أخرى بعد معاقبتها بعقوبة انضباطية هو عقوبة مبطنة)⁽¹⁾ حيث تتحصل وقائع الدعوى أن المدعية موظفة بعنوان (معاون - مخدر) وطعنت بالأمر الإداري المتضمن نقلها من مدينة الطب إلى دائرة صحة ميسان بناءً على توصيات لجنة تحقيقه الذي أقترن بعقوبة (التوبيخ) لإعطائها دم غير مطابق إلى إحدى المريضات مما أدى إلى وفاتها، وحيث أن المدعية من سكنة محافظة بغداد وأن نقلها إلى محافظة ميسان ألحق ضرراً جسيماً بالمدعية، وأن دائرة المدعية قد فرضت عقوبة انضباطية منافية مع الفعل المرتكب والتي لم تطعن بها، فلا يجوز أن تتخذ العقوبة غير صورة العقوبات الانضباطية التي حددها القانون، وحيث أن محكمة قضاء الموظفين قد قررت إلغاء أمر النقل، لذا قررت المحكمة الإدارية العليا تصديق القرار ورد الطعن التمييزي، فنلاحظ أن الدعوتين متطابقة من حيث الموضوع والسبب، فلذلك نجد أن المحكمة وحدت المبادئ القانونية في الدعوتين.

4- تبني المحكمة الإدارية العليا المبدأ القانوني السابق في القضية المشابهة:

إن الحكم القضائي هو عنوان الحقيقة، وهذا يعني أن ما ينطق به الحكم القضائي هو ما يؤخذ به ولا يعتد بسواه، كما أن المبدأ القانوني الذي نشأ في نطاق الحكم القضائي

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (487/قضاء موظفين - تمييز/ 2013) في 14/8/2014 منشور.

يشكل سابقة قضائية تعتمد عليها المحكمة الإدارية العليا عند التصدي للحكم في الوقائع المتشابهة معه، وأصبح خزين يثري معرفة القضاة، وتمثل اختزان واكتناز للمعلومة الواردة في الأحكام مما يساهم في توحيد المبادئ القانونية لفترة طويلة من الزمن⁽¹⁾.

ونعتقد أن دعم توحيد المبادئ القانونية بأساس تشريعي ينظم توحيد المبادئ القانونية يجعل للمبادئ القانونية قيمة أكبر من الناحية العملية.

فإن الأحكام تنشأ بقضائها مبدأ قانوني قد يشكل بالمستقبل سابقة قضائية إذا تم تطبيقه على القضايا المتشابهة التي تقام في المستقبل غالباً، مما يقضي فيها بالطريقة ذاتها، وهذا يعني يشترط لتوحيد المبادئ القانونية أن تأخذ المحكمة الإدارية العليا بنفس المبدأ القانوني السابق الذي نشأ في قضايا مماثلة ويطلق على هذا المبدأ أسم لاتيني (Stare decisi) وتعني وجوب دعم الأحكام وعدم الإخلال بالمبادئ المستقرة⁽²⁾.

ولا يخفى على أحد إن المبدأ القانوني السابق في النظام اللاتيني هي مصدر تفسيري، والمبادئ القانونية المستنبطة من قبل القضاة مهما أستقر العمل بها لا تعد ملزمة للقضاء الإداري الذي له السلطة في العدول عنها متى ارتأى ذلك بسبب تغير الظروف التي دعت إلى الأخذ به سابقاً، إلا أنها لها قوة أفتناع لدى القضاة فيما يعرض عليهم مستقبلاً، كما يتولد الميل لدى القضاة الى تبني المبدأ القانوني السابق الذي صدر بإمعان وتروي ممن بلغوا مبلغاً متقدماً من التحصيل العلمي والخبرة في تطبيقها على الوقائع، مما يغلب

(1) القاضي سالم روضان المرسومي، مقالة (هل يشكل الحكم القضائي قيمة معرفية؟) أخر زيارة للموقع 2019 / 7 / 7.

<https://www.hjc.iq/view.2081>

(2) آلن فرانسويرت، ترجمة محمد لبيب شنب، المدخل إلى النظام القضائي في الولايات المتحدة، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، بدون سنة نشر ص 68.

أنها صدرت صحيحة وموافقة للقانون فتطمئن النفس للأخذ به، فضلاً أنها تعد وسيلة لتوحيد المبادئ القانونية ووحدة الحلول في القضايا المتشابهة والتناسق بينها الأمر الذي يكفل تحقيق الأمن القانوني⁽¹⁾.

ونرى أن ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في العراق عندما تبنت مبدأ قانوني سابق في القضايا المتشابهة هو مذهب صحيح وموفق يحسب لصالحها في منع اختلاف المبادئ القانونية في أغلب أحكامها.

ومن تطبيقات المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن، قرارها المؤرخ في 5/9/2013 الذي جاء فيه (أن العنوان الوظيفي حق للموظف لا يجوز للإدارة المساس به)⁽²⁾، وهذا ما تبنته في قرارها المؤرخ في 16/3/2017 الذي جاء فيه (العنوان الوظيفي الممنوح للموظف وفق أحكام القانون حق مكتسب لا يجوز المساس به)⁽³⁾، ومن تطبيقاتها أيضاً في قضايا أخرى، قرارها المؤرخ في 9/7/2014 الذي جاء فيه (أن شمول الموظف بالعمو العام لا ينصرف إلى العقوبة الانضباطية إلا إذا كانت تبعاً للعقوبة الجزائية)⁽⁴⁾، والذي تبنته في قضايا مشابهة لاحقاً، منها قرارها المؤرخ في 4/2/2016 الذي جاء فيه (لا يسري قانون العفو العام على العقوبة الانضباطية ما لم تكن من العقوبات التبعية أو نص على خلاف ذلك)⁽⁵⁾.

(1) د. صالح محسوب، مصدر سابق، ص 35.

(2) قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (20/ قضاء موظفين - تمييز/ 2013) في 5/9/2013 منشور.

(3) قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (158/ قضاء موظفين - تمييز/ 2017) في 16/3/2017 منشور.

(4) قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (444/ قضاء موظفين - تمييز/ 2013) في 9/7/2014 منشور.

(5) قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (1031/ قضاء موظفين - تمييز/ 2015) في 4/2/2016 منشور.

ونرى في معرض تعليقنا على ذلك أن ثمة اعتبارات نظرية بررت للمحكمة الإدارية العليا تبني المبدأ القانوني السابق أولاً: أن القاضي لا يخلق أو يبتكر المبدأ القانوني السابق وإنما هو يكشف عن وجود نص قانوني موجود وترتب على ذلك أثر منطقي مفاده وجب على جميع القضاة أتباع ذلك الحكم في الدعاوى المماثلة، ثانياً: أن الأخذ بالمبدأ القانوني السابق يعكس احتراماً لإحكام القضاء ومنع تضارب الحلول وتناقضها وهذا يعزز الثقة بالقضاء، ثالثاً: أن توقع الحل الذي يمكن أن يطبق على المتقاضين من خلال اللجوء للقضاء يدفعهم إلى تسوية منازعاتهم خارج القضاء مما يخفف العبء عن كاهل المحاكم والسرعة والاقتصاد في حسم القضايا مما يوفر عدالة سريعة وناجزة.

5- التكرار اللاحق للمبدأ القانوني السابق في القضايا المتشابهة:

لتوحيد المبادئ القانونية في المحكمة الإدارية العليا يشترط أن يصدر مبدأ قانوني جديد لاحق مشابه للمبدأ القانوني السابق في دعوى قضائية مشابهة لها من حيث الموضوع والوقائع، فالتأكيد اللاحق للمبدأ القانوني يؤكد تبني القضاء الإداري للمبدأ القانوني كسابقة قضائية وذلك لصفة الطابع العملي للمبدأ القانوني السابق لأنها خلقت من رحم المشاكل العملية التي وجدت في قضايا كثيرة، وتواتر الأخذ بها مدة طويلة من الزمن هو ما جعلها أكثر اتفاقاً وملائمة لهذا الواقع بدرجة لا يمكن للنصوص القانونية أن تصل إليها، لان القواعد التشريعية تواجه مشاكل مفترضة، لكن السابقة القضائية تواجه مشاكل واقعية مما يجعلها أكثر حكمة ودقة⁽¹⁾.

فالمبدأ القانوني لا يكون مبدأ مستقر في القضاء الإداري ويشكل سابقة قضائية إلا إذا تكرر في قضايا عديدة مشابهة لاحقة فهذا يدل على نية المحكمة إن تجعل من المبدأ

(1) د. جابر جاد نصار، مصدر سابق ص 11-12.

سابقة قضائية، فالقاضي ينظر في وقائع النزاع المعروض أمامه ويقارنها بوقائع المبدأ القانوني السابق، فإذا وجد هناك اختلافاً في الوقائع ففي هذه الحالة يجوز له الخروج على المبدأ القانوني السابق وأن يحكم بالقضية المعروضة عليه بما يراه مناسباً، لكن الأصل أن يتم فيها القاضي محافظاً على الخط الأساسي الذي تبنته المحكمة منذ تكوين المبدأ القانوني الأول أو السابق والذي ينبغي أن لا تعدل عنه لإعلاء كلمة القانون وحماية مبدأ المشروعية وحماية الصالح العام⁽¹⁾.

ومن تطبيقات المحكمة الإدارية العليا بهذا الصدد والذي أنشأت بموجبه مبدأ قانوني ثابت ومستقر في المحكمة قرارها المؤرخ في 28/11/2013 الذي جاء فيه (يشترط لصحة فرض العقوبات وجود أسباب تبرر فرضها)⁽²⁾، وقرارها المؤرخ في 5/12/2013 الذي جاء فيه (لا يجوز فرض عقوبة انضباطية ما لم يثبت ارتكابه فعل يعاقب عليه القانون أو تقصير في أداء الواجب)⁽³⁾، والذي تؤكد في قرارات عديدة لاحقة منها قرارها المؤرخ في 10/8/2014 الذي جاء فيه (يشترط لصحة فرض العقوبة وجود أدلة كافية على ارتكاب الموظف للمخالفة المنسوبة إليه)⁽⁴⁾ وقراراتها لاحقة أخرى⁽⁵⁾.

(1) د. أحمد كمال أبو المجد، مصدر سابق ص 234.

(2) قرار المحكمة الإدارية العليا الرقم (245/ قضاء موظفين - تمييز/ 2013) في 28/11/2013 منشور.

(3) قرار المحكمة الإدارية العليا الرقم (452/ قضاء موظفين - تمييز/ 2011) في 5/12/2013 منشور.

(4) قرار المحكمة الإدارية العليا الرقم (457/ قضاء موظفين - تمييز/ 2013) في 10/8/2014 منشور.

(5) تؤكد هذا المبدأ القانوني بموجب قرارات المحكمة الإدارية العليا المرقمة (403/ قضاء موظفين / تمييز/ 2013) في 26/6/2014، و(516/ قضاء موظفين / تمييز/ 2013) في 14/9/2014، و(1242/ قضاء موظفين/ تمييز/ 2014) في 23/11/2015 و(809/ قضاء موظفين/ تمييز/

وفي نهاية هذا الموضوع نلاحظ إن القاضي الإداري في المحكمة الإدارية العليا عمل على تبني نظام السابقة القضائية التي تعزز من استقرار القضاء على مبدأ معين، وتطبيقه على سائر الوقائع المشابهة المعروضة أمام المحكمة، وذلك لتحقيق العدالة المطلقة والمساواة بين المتقاضين في تطبيق المبادئ القانونية عليهم، فيعرف المتقاضين مسبقاً الحكم القانوني الذي استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا أو محكمة القضاء الإداري بالنسبة لموضوع النزاع المثار أمامها، وقد أسلفنا سابقاً أن الطعن التمييزي كان يتم أمام الهيئة العامة لمجلس الدولة⁽¹⁾ الأمر الذي جعل منها درجة من درجات التقاضي، فيكون لها مراقبة الدعوى وتوحيد المبادئ القانونية، وحرصت المحكمة الإدارية العليا بعد أنشاؤها بموجب قانون رقم (17) لسنة 2013 على الالتزام بالسوابق القضائية والعمل بما استقر عليه القضاء العراقي من مبادئ قانونية سابقة، حيث جاء في أحد أحكامها (وحيث إن القضاء استقر على انتظار طرفي الدعوى حتى انتظار انتهاء الدوام الرسمي... لذا قرر نقض الحكم وإعادة الدعوى إلى القضاء الإداري للسير فيه وفق القانون)⁽²⁾.

وقرارها المؤرخ في 10/11/2016 حيث جاء فيه (حيث إن القرار المذكور يشمل الأخطاء الإدارية في تقييم الاستحقاق للموظف من رواتب ومخصصات وليس في احتساب مدة الفصل السياسي وهو ما استقرت عليه أحكام هذا القضاء، حيث إن محكمة قضاء الموظفين لم تلتزم بوجهة النظر القانونية هذه.. لذا قرر نقضه وإعادة

==
(2014) في 14/4/2016، و(137/138/قضاء موظفين/تميز/2015) في 15/6/2017 منشورات.

(1) انظر: المادة (6/هـ) من القانون رقم (106) لسنة 1989 التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة العراقي.

(2) قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (197/قضاء إداري - تميز/2015) في 12/5/2015 منشور.

الدعوى إلى محكمة قضاء الموظفين للسير فيها وإصدار القرار في ضوء ما تقدم⁽¹⁾. وفي نهاية هذا المبحث يتضح مما تقدم أن التشريعات قد تباينت في معالجة موضوع توحيد المبادئ القانونية، فمجلس الدولة الفرنسي قد أخذ بنظام الإحالة للقسم القضائي في مجلس الدولة الفرنسي وهو إجراء وقائي يعود تقديره للمحكمة الإدارية وللمحاكم الإدارية الاستثنائية، بينما موقف المشرع العراقي يكاد يتشابه مع موقف المشرع المصري على الأخذ بنظام الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا إلا أن المشرع المصري حسناً فعل عندما أنشأ دائرة توحيد المبادئ القانونية في المحكمة الإدارية العليا، وأوضحنا بأن المشرع العراقي لم يضع تنظيم قانوني لتوحيد المبادئ القانونية كما هو الحال في الدول محل المقارنة إلا إن القاضي الإداري في المحكمة الإدارية العليا عمل على توحيد المبادئ القانونية بطريقة الطعن التمييزي وكان له الدور الايجابي في ذلك على الرغم أنها لا تتناسب مع القضاء الإداري وذلك لصعوبة توحيد المبادئ القانونية في حال عدم الطعن في الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري أو محكمة قضاء الموظفين أو باستنفاذ الميعاد القانوني للطعن.

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (482/ قضاء موظفين/ تمييز/ 2016) في 10/11/2016

منشور.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على سلطة المحكمة الإدارية العليا في توحيد المبادئ القانونية

يعد القضاء أحد أهم الركائز الأساسية في بناء النظم القانونية المعاصرة في المجتمعات، فالتشريع ليس المصدر الوحيد للقانون، حيث أن وظيفة القاضي الإداري يتعدى مجرد تطبيق نصوص القانون وتفسيرها في حالة غموضها، إلى تكملة أي نقص باستخلاص القواعد القانونية الواجبة التطبيق على المنازعة الإدارية عن طريق اجتهاده وأصبحت لحجية السوابق القضائية الدور الفاعل في أعانة القاضي على إيجاد الحلول القانونية في حال أخفاق مصادر القانون الأخرى .

وعلى الرغم من أن العراق ومصر وفرنسا تعد من دول النظام اللاتيني التي لا يقرر نظامها القانوني مبدأ حجية السوابق القضائية المعروفة في النظام الانكلوسكسوني، إلا أنه من الناحية العملية أخذ به، ما دام لا يوجد سند قانوني يحول دون الأخذ بالمبادئ القانونية التي قررتها الأحكام السابقة للقضاء، وإلزام المحاكم بكافة درجاته على الالتزام بها، وذلك أن كلمة القضاء والفقهاء قد اتفقت على الإنسان غاية كل تنظيم قانوني وقضائي، فيحتاج إلى ثبات القانون ووحدة تطبيقه.

فالحكم القضائي يقطع الخصومة، ويجوز حجية الحكم المقضي به مما يمنع من نظرها مرة أخرى، وبالتالي يؤدي إلى استقرار المعاملات، لكن قد ترفع دعوى جديدة بموضوع الدعوى نفسها مع تغير أطراف الخصومة، فتصدر المحكمة مبدأ قانوني جديد مغاير للمبدأ القانوني السابق، فهذا سيؤثر على الاستقرار القانوني والقضائي في المجتمع. وتأسيساً على ذلك سيكون هذا المبحث محوراً لأهم الآثار المترتبة على سلطة المحكمة الإدارية العليا توحيد المبادئ القانونية، وسوف يقسم إلى مطلبين:

- المطلب الأول: الأثر المترتب على إنشاء مبدأ قانوني جديد
- المطلب الثاني: أثر العدول عن مبدأ قانوني سابق

المطلب الأول

الأثر المترتب على إنشاء مبدأ قانوني جديد

إن الأحكام القضائية الصادرة من المحكمة الإدارية العليا عند الفصل في موضوع الدعوى لا بد أن يكون لها آثار، تتعدى كونها فاصلة في المنازعات لتتلاقى في أخطاء القضاة في تطبيق وتفسير القانون كونها تمثل سوابق قضائية، ولهذه السوابق فوائد جمة منها إيجاد درجة من العلم القانوني لدى الخصوم في القضايا الإدارية، يكون له الأثر في حل النزاعات القانونية دون اللجوء إلى القضاء وتحقق الثقة لدى الأفراد في قضائهم واليقين في عدلهم، إذ ليس بمستساغ أن يجد المواطن العادي حكيمين متناقضين في ذات المسألة القانونية، لمجرد اختلاف المحكمتين اللتين أصدرتهما، وكذلك تسهيل أداء القضاة لأعمالهم دون الحاجة إلى بحث المسألة القانونية والتي سبق إقرار مبدأ قانوني بشأنها.

وما دام المشرع العراقي لم ينظم إليه تكفل التزام المحكمة الإدارية العليا ودوائرها أو المحاكم الإدارية الأخرى بهذه السوابق أو توحيد المبادئ القانونية، فالقاضي الإداري وجد من الأنسب التزام كافة محاكم مجلس الدولة بهذه الآلية وعدم الخروج عليها، ولا بد أن نتعرف من خلال الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة الإدارية العليا ومجلس الدولة الفرنسي على مدى التزامها بالمبدأ القانوني الجديد أو توفيقها بين هذه المبادئ القانونية، فأن توحيد المبادئ القانونية لا بد أن ترتب آثارها على الحكم المطعون فيه في مواجهة أطراف الدعوى وكذلك المحكمة التي أصدرته والمحاكم

الأخرى، لذا فإن دراستنا للأثر المترتب على توحيد المبادئ القانونية في هذا المطلب سوف نتعرض له في فرعين وكما يأتي:

- الفرع الأول: مدى التزام المحكمة الإدارية العليا بالمبدأ القانوني الجديد
- الفرع الثاني: مدى التزام المحاكم الإدارية الأخرى بالمبدأ القانوني الجديد

الفرع الأول

مدى التزام المحكمة الإدارية العليا بالمبدأ القانوني الجديد

حاول الفقه بيان المعنى الاصطلاحي للسوابق القضائية، فمنهم من عرفها إلى أنها (قضية قانونية سابقة أنشأت مبدأ أو قاعدة يكون للمحكمة، أو أي جهاز قضائي آخر الحق في الاستفادة منها عند وجود قضية مشابهة في المسائل والوقائع)⁽¹⁾، وهناك من عرفها بأنها (قاعدة قانونية وضعت للمرة الأولى من قبل المحكمة لقضية من نوع خاص وتم تطبيقها على قضايا مشابهة)⁽²⁾.

ومن استقراء التعريفات الفقهية اعلاه فأنا نرى ان السابقة هي من يتأسس وفقها مبدأ قانوني جديد من قبل القضاء ويتم الاستفادة منها من خلال تطبيقها على قضايا مشابهة في الوقائع من قبل المحكمة ذاتها أو المحاكم الأخرى، ويؤخذ على هذا التعريفات أنها تقوم على أمرين أنشاء القضاء المبدأ القانوني الجديد بمناسبة إيجاد حل قانوني للمنازعة التي لم يسبق أن تم الفصل فيها، والتشابه في الوقائع بين المنازعة السابقة والمنازعة الحالية.

(1) د. أحمد كمال أبو المجد، مصدر سابق، ص 230.

(2) د. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص 9.

ويعرفه آخرون أنها(حكم تصدره محكمة في قضية لأول مرة فيؤسس قاعدة قانونية، تأخذ بها ذات المحكمة والمحاكم الأخرى المساوية لها والأدنى منها درجة والواقعة في نطاق اختصاصها للحكم في قضايا مشابهة للقضية الأولى)، كما عرفها آخر على أن (كل محكمة قضائية تلتزم بالمبادئ القانونية التي تكون قد ابتكرتها في قضية سابقة، كما أن المحاكم الأدنى درجة تكون ملزمة بجميع القرارات التي أصدرتها المحاكم الأعلى منها درجة)⁽¹⁾.

نجد أن هذه التعريف لا يختلف عما سبقه من حيث أن الحكم القضائي ينشأ مبدأ قانوني جديد يترك آثاراً معيارية يتعدى نطاق القضية الصادر منها، ويصبح معياراً للقضايا اللاحقة، كما أن هذا التعريف أشار إلى ناحية أخرى وهي وجوب التزام المحاكم بأحكام سابقة، والتزام المحاكم الأدنى درجة بأحكام المحاكم التي تعلوها ضمن الترتيب التدريجي للمحاكم القضائية.

ويختلف مدى إلزامية السوابق القضائية، فقد نجد هذه الأحكام تتمثل بشروط معينة سوابق قضائية يتعين الالتزام بها ولا يجوز مخالفتها في النظام الانكلوسكسوني التي تعد مصدراً رسمياً من مصادر القانون⁽²⁾، أو أن النظام الذي تتبناه الدول هو اللاتيني الذي يشمل كلاً من فرنسا ومصر والعراق التي تعتمد في حل القضايا المعروضة أمام القضاء على القانون لا غير ولا يكون للقاضي الإداري أي إلزام قانوني بالسوابق القضائية⁽³⁾.

(1) د. مجيد حميد العنبيكي، السوابق القضائية في النظام القانوني الإنكليزي، مصدر سابق، ص 15.

(2) آلن فارنسويرث، ترجمة محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص 68.

(3) د. حامد شاكر محمود، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، مصدر سابق، ص 157.

وعلى الرغم من أن النظام اللاتيني لا يعتد بمبدأ القوة الملزمة للسوابق القضائية بالنسبة لأطراف النزاع، إلا أنها لها قوتها المقنعة، وأثر الحكم الصادر يقتصر على أطراف الدعوى لا غير وحكمه لا يلزم محكمة وأن كانت أدنى من التي أصدرت الحكم⁽¹⁾.

فالمبادئ القانونية التي يستنبطها القاضي مهما أستقر العمل بها لا تعد ملزمة للقاضي نفسه أو لغيره من القضاة، الذي له أن يعدل عنها متى أرتأى ذلك، فهي رهينة ببقاء الظروف التي دعت إلى الأخذ بها، فالسوابق القضائية في النظام اللاتيني تعد مصدر تفسيري لقواعد القانون يسترشد بها القضاة⁽²⁾.

وهنا نتسأل متى تكون المبادئ القانونية واجبة الإلتباع ومبادئ قانونية غير واجبة الإلتباع إذا كانت الدول ذات النظام اللاتيني لا تأخذ بمبدأ القوة الملزمة للسوابق القضائية؟ وهل يصبح للمبدأ القانوني الجديد قوة في الواقع وملزم للمحكمة التي أصدرته؟

أختلف الفقه في تحديد المبادئ القانونية واجبة الإلتباع، فذهب بعض الفقه⁽³⁾ بعدم وجود معيار للتمييز بين المبادئ القانونية الواجبة الإلتباع والمبادئ القانونية غير واجبة الإلتباع، وذلك أن الدول ذات النظام اللاتيني لا تأخذ بمبدأ السوابق القضائية،

(1) د. رياض القيسي، مصدر سابق، ص 218.

(2) د. عزيز جواد هادي، القوة الملزمة لقرارات محكمة التمييز الاتحادية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد 1، المجلد 2، 2010، ص 585.

(3) د. عبد الباقي البكري، قواعد العدالة مفهومها منزلتها ووسائل إدراكها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، بغداد، 1984، ص 487؛ د. عزيز جواد هادي، مصدر سابق، ص 592 وما بعدها.

فالمحاكم لا تلتزم بالمبادئ القانونية السابقة ولا تتقيد بها في القضايا المماثلة فمحكمة التمييز أو المحكمة الإدارية العليا حرة في العدول عن المبادئ القانونية التي قامت عليها قراراتها، إضافة انه لا يلزم على المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى المنقوض حكمها برأي المحكمة الإدارية العليا فأن قضاؤها يفترق إلى قوة الإلزام فضلاً عن العمومية والتجريد، ويرى جانب آخر من الفقهاء⁽¹⁾ الذي ميز بين المبادئ القانونية الواجبة الإلتباع وغير واجبة الإلتباع، فإذا أنشأت المحكمة الإدارية العليا مبدأ قانوني جديد في حالة عدم وجود نصوص قانونية يكون واجب التطبيق والتمسك به، كما أن المبدأ القانوني الجديد يصبح ذا قوة ملزمة في القضاء وبمجرد تأييده في سلسلة من القرارات القضائية، فحيثذ يكون قضاءً مستقراً، وعلى هذا الأساس ذهب بعض الفقه⁽²⁾ الذي يفترض أن معيار التمييز للمبادئ القانونية التي تعتبر كسابقة واجبة الإلتباع هو صدورها من محكمة التمييز أو المحكمة الإدارية العليا لأنها تصدر القرار بعد بحث وتدقيق ودراية وتنقض كل حكم يخالف وجهة نظرها فتتبعه كافة المحاكم خشية تعرض إحكامها للنقض، وبذلك يكتب لهذا القضاء الثبات لان من النادر إن تعدل المحكمة الإدارية العليا عن مبدأ قانوني قرره في إحكام سابقة مما يؤدي إلى عدم الاستقرار للمراكز القانونية.

خاصة أنها تصدر من قضاة ممن لديهم الخبرة الواسعة وعلم بالقانون كما أنها الملاذ الأيمن لاحترام القانون لأنها تشرف على صحة تطبيق العدالة إذا أخذت بها المحكمة

(1) د. حسن محمد الخطيب، مبادئ أصول القانون، مطبعة حداد، البصرة، العراق، 1963، ص 188 وما بعدها.

(2) د. سالم بن راشد العلوي، مصدر سابق، ص 50؛ د. حامد شاكر محمود، العدول في الاجتهاد القضائي، مصدر سابق، ص 225.

ذاتها أو محاكم أخرى وتواتر الاستقرار عليها في المنازعات المشابهة، فيتحول المبدأ القانوني الجديد من حكم فردي صادر عن القضاء إلى سوابق قضائية واجبة الإلتباع، ونحن بدورنا نتفق مع الرأي الأخير لان المحكمة الإدارية العليا تمارس اختصاصات محكمة التمييز ورسمت لها ضوابط أقرب إلى توحيد المبادئ القانونية.

ونجد من الناحية العملية أن المحاكم تحترم السوابق القضائية الصادرة من المحاكم العليا في النظام اللاتيني وأن كانت غير ملزمة، لما لها في الواقع من حجية عامة وقوة إقناع لدى القضاة فيما يعرض عليهم من الحالات المستقبلية، وذلك للقيمة الذاتية للأحكام لدى القضاة بالمثل لما سبق وحكم به، ووحدة الحلول والتناسق في القضايا المشابهة الأمر الذي يؤدي إلى وحدة المبادئ التي يكفلها القضاء⁽¹⁾.

وبناءً على تلك المعطيات، فالواقع أن الاعتراف بإلزامية السابقة القضائية في القضاء الإداري هو أمر بات تقيمه اعتبارات الأمن القضائي واستقرار النظام العام القضائي، والتي تفترض أن يعرف المتقاضون مسبقاً الحكم القانوني الذي استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا أو محكمة القضاء الإداري بالنسبة للنزاع المثار أمامها، ومن زاوية أخرى أن المحكمة الإدارية العليا هي محكمة قانون ووقائع معاً في بعض الأحيان، فهي تتصدى للوقائع المتعلقة بالقضايا المعروضة أمامها، مما يجعل المبدأ القانوني الصادر عنها قائم على وقائع معينة، ومن ثم ينبغي تطبيق المبدأ القانوني على سائر الوقائع المشابهة وذلك لتحقيق أولويات العدالة المطلقة وهي المساواة بين المتقاضين في تطبيق المبادئ القانونية عليهم⁽²⁾.

(1) د. صالح محسوب، مصدر سابق، ص 35.

(2) د. محمد ماهر أبو العينين، تطور قضاء الإلغاء، مصدر سابق، ص 124-125.

وفي فرنسا فإن الفتاوى الصادرة من مجلس الدولة كهيئة قضائية في المنازعات المحالة أليها من المحكمة الإدارية أو المحكمة الإدارية الاستئنافية، طبقاً للمادة (ل-1-113) من قانون المحاكم العدلية الإدارية، والتي لا تعد حكماً وإنما رأي غير ملزم من الناحية الشكلية، ولا تصدر الفتوى بأسم الشعب الفرنسي كما هو الحال في الأحكام القضائية الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي، ولا تتضمن حكماً مفصلاً بأوجه دفاع الأطراف والوقائع فتتطلبها ليس هو تنظيم الحكم القضائي، ولعل السبب في ذلك أن مجلس الدولة لا يتصدى للنزاع كما هو محدد بعناصر الواقعة بالإشارة إلى أطرافه وسببه ومحله ولا يصدر أحكاماً بالإلغاء أو بالإدانة، ولكنه يصدر فتوى أو رأياً، ومن الناحية الموضوعية يصدر مجلس الدولة رأياً وفتوى دون التقيد بالمسألة القانونية في قرار الإحالة كما يفعل القاضي الذي يتقيد بطلبات الخصوم في المنازعات المعروضة أمامه، إذا رأى أن الإجابة على هذا السؤال لن تؤدي إلى حل المنازعة، فيتصدى للصعوبة الحقيقية التي لم يثرها قرار الإحالة والتي يعتمد الفصل في النزاع على حلها⁽¹⁾.

فالأصل أن الفتوى الصادرة عن مجلس الدولة، كهيئة قضائية كغيرها من الفتاوى الصادرة عن تشكيلاته الاستشارية، لا تتمتع بحجية الأحكام القضائية، فهي غير ملزمة لمجلس الدولة الذي أصدرها ولا لمحكمة الموضوع صاحبة قرار الإحالة، كما أنها ليست ملزمة للمحاكم الأخرى من الناحية القانونية، إلا أنها تعد فتاوى ملزمة من الناحية الواقعية والعملية بالنظر لكونها تحسم مسألة قانونية أثار حلها بالنسبة لمحكمة الموضوع التي قررت الإحالة صعوبة جدية ومثارة في العديد من المنازعات القضائية أو العدول عن اجتهاد قضائي مستقر، لذلك فإن عدم خروج مجلس الدولة عما جاء بهذه

(1) د. حسين عثمان محمد عثمان، دراسات في قانون القضاء الإداري، مصدر سابق، ص 283.

الآراء إلا نادراً على اعتبار أنها صدرت لتنسيق وتوحيد الاتجاهات القضائية للهيئات المختلفة في تلك المحكمة ، فيمكن قبولها كسابقة إذا تأيدت بسلسلة من القرارات المشابهة⁽¹⁾.

ومن انعكاسات تلك الفكرة لا مكان لمبدأ السوابق القضائية في النظام القضائي الفرنسي، لوجود نصوص المادتين (5) و (1351) من القانون المدني الفرنسي، إلا أن الاجتهاد الفرنسي وبحكم الأمر الواقع لا زال يوجب أتباع الآراء والفتاوى الصادرة عن جمعية المنازعات في القسم القضائي في مجلس الدولة الفرنسي إذا تكرر تطبيقها من قبلها⁽²⁾.

ونرى من جانبنا أن المشرع الفرنسي وبالاتناد إلى مفهوم المخالفة لنص المادة (12) من القانون الصادر في 1978 /12 /31 والمادة رقم (ل 1 - 113) من قانون المحاكم العدلية الإدارية، إذا كانت الدعوى المقامة أمام المحاكم الإدارية أو المحاكم الإدارية الاستثنائية أقر بشأنها مبدأ قانونياً ولم يثر حسم النزاع بالنسبة لمحكمة الموضوع صعوبة جدية، ولم تكن المسألة القانونية ماثلة في منازعات عديدة أو العدول عن اجتهاد قضائي مستقر، فأن مجلس الدولة لا يصدر فتواه بشأنها ولم يبقى ما يقال فيها أو يطرح

(1) M.Boulanger, Rôle du juge dans le silence ou l'insuffisance de la loi. Travaux de l'Association Henri Capitant, Pour la culture juridique française. Bd.tome V, 1949, S.61.Paris, Dalloz.1950.

(2) انظر: المادة (5) من القانون المدني الفرنسي ترجمة دالوز التي نصت على انه (يتمتع القضاة أن يفصلوا بصيغة الأحكام العامة والتنظيمية في القضايا المقدمة إليهم)، والمادة (1351) من القانون المدني الفرنسي ترجمة دالوز التي نصت على انه (لاحجية للقضية المحكوم بها إلا في ما يتعلق بموضوع الحكم، يجب أن تكون القضية المراد البت بها هي ذاتها وان تكون الدعوى مستندة إلى السبب ذاته وان تشكل الخصومة بين الأطراف ذاتهم ومقدمة من قبلهم و ضد بعضهم البعض).

للنقاش ولا تتطلب أي إجراء تكميلي آخر، وهذا المعنى الذي أراده المشرع الفرنسي في الأساس القانوني لنظام الإحالة لتستقر المبادئ القانونية والقرارات الصادرة من مجلس الدولة وتكون عادةً قضاءً مستقراً على الرغم من مجرد القوة الملزمة للآراء الاستشارية فتصدر بذلك قرارات ذات طبيعة لائحية تتضمن قواعد عامة ومجردة، حيث أن الفتوى الصادرة عنه صالحة للتطبيق على جميع المنازعات المعروضة أمام القضاء أو التي قد تنشأ في المستقبل ويمتنع مجلس الدولة الفرنسي عن التصدي للمسألة القانونية وإعطاء فتوى أو رأي استشاري سبق وأن تعرض له في نزاعات مشابهة لذلك تكون الفتاوى الصادرة من جمعية المنازعات في مجلس الدولة الفرنسي ملزمة من الناحية الأدبية لجميع المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستثنائية.

وفي مصر نجد أن المشرع بإنشائه دائرة توحيد المبادئ القانونية في المحكمة الإدارية العليا بموجب المادة (54 مكرر) من قانون مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972 المضافة بالقانون رقم (136) لسنة 1984 أعترف بالقضاء كمصدر رسمي للقانون الإداري وهذا المصدر يجد أساسه من المبادئ العامة للقانون والسوابق القضائية، وحتى تتضح الرؤية من الملزم نشر المبادئ القانونية الجديدة كوسيلة إلى التعريف بهذا الاجتهاد وتعميمه داخل المجتمع، فالعبرة ليست في كمية الأحكام المنشورة ولكن بالموضوع الذي تعالجه والحل القانوني الذي تقدمه، والمبادئ الجديدة هي تلك الأحكام التي تتضمن اجتهاداً قضائياً يفسر نصاً غامضاً أو يملأ فراغاً تشريعياً أو يكمل نصاً في القانون، فأنها لا تعتبر ملكاً للدائرة التي يصدر عنها ولا للمتقاضين الذين كانوا السبب في وجودها وإنما ملك للدولة، ويعد نشرها ضماناً للمتقاضين ولإعلام المواطنين، والإعلان عن كل تغيير في الاجتهاد القضائي يفرض ضمان توحيد

الاجتهاد القضائي⁽¹⁾.

وقد عبرت دائرة توحيد المبادئ القانونية في المحكمة الإدارية العليا عن هذا المبدأ في أغلب أحكامها لا بل تعتمد الدائرة على ذكر أحكامها السابقة الصادرة في قضايا مشابهة في الحكم الجديد وأوضح في إحدى أحكامها والذي قضت فيه (فأنه بالنظر إلى طبيعة هذه الدائرة واختصاصها حسبها أورده نص المادة (54 مكرر) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم (47) لسنة 1972 وتعديلاته بالبت في المسألة القانونية التي كانت محلاً للتعارض وتناقض الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة الإدارية العليا، أو إقرار مبدأ قانوني على خلاف أحكام سابقة أو العدول عنه وبتشكيل خاص، وصدور أحكامها بأغلبية تزيد على ضعفي الأغلبية التي تصدر بأحكام دوائر المحكمة الإدارية العليا بما يشكله ضماناً أساسية لتوحيد واستقرار المبادئ القانونية، فتنزل كلمة الحق والعدل والقانون في المسألة القانونية المطروحة عليها، بعد تمحيص ودراسة متأنية للأسباب التي قامت عليها تلك الأحكام المتعارضة، أو للأسباب الجديدة التي بني عليها قرار العدول عن مبدأ قانوني معمول به فأنها بهذه المثابة لا تفصل في نزاع بين الطرفين وإنما حسم أمر اتجاهات متعددة لفهم وتفسير وتطبيق النصوص القانونية... ونزولاً على ما تقدم يتعين ترجيح الاتجاه السائد في أحكام المحكمة الإدارية العليا بأحقية مبعوثي الأزهر إلى الخارج للتدريس ونشر الثقافة الإسلامية وتعليم اللغة العربية في معاملتهم مالياً طبقاً لقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (579) لسنة 1992 طوال مدة أبتعائهم دون نظر لمسمى الجهة المبتعثين إليها، وبإعادة الطعن إلى الدائرة

(1) د. جابر جاد نصار، مصدر سابق ص 41.

المختصة بالمحكمة الإدارية العليا للفصل في موضوعه على هدى ما تقدم (1).
وذهبت كذلك في أحد أحكامها إلى المعنى ذاته فنصت (وفضلاً عن ذلك فأن قضاء هذه المحكمة قد أستقر على أن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، لا يعني أن تعامل فتاتهم على ما بينهما من تفاوت في مراكزها القانونية معاملة قانونية متكافئة، كذلك لا يقوم هذا المبدأ على معارضة صور التمييز جميعها، وذلك أن من بينها ما يستند إلى أسس موضوعية ولا ينطوي على مخالفة نص المادة (40) من دستور 1971 الملغى، والمادة (53) من دستور 2014 النافذ... فإنه يتعين على القضاء بترجيح الاتجاه باعتبار الإقامة للطالب في الدولة التي حصل منها على شهادة الثانوية العامة المعادلة لطول مدة الدراسة وفقاً لإحكام قرار وزير التعليم العالي رقم (2802) لسنة 2007 وما تلاه من قرارات في هذا الشأن، شرطاً لقبول الطالب بالجامعات المصرية، وبإعادة الطعن إلى الدائرة المختصة بالمحكمة الإدارية العليا للفصل في موضوعه على مدى ما تقدم (2).

ومن تطبيقاتها أيضاً قرارها المؤرخ في 5 / 5 / 2018 حيث قضت فيه (وهو ما يتفق مع ما سبق وأن جرى عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا في موضوع مشابه يتعلق بتطبيق بعض أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات وحيث أن مقتضى ما تقدم هو ترجيح الاتجاه الذي مفاده أن قرارات هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة برفض أو عدم تخصيص الوحدات السكنية أو قطع أراضي تابعة لها هي قرارات إدارية

(1) حكم دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا بالطعن رقم (41768) لسنة 57 قضائية عليا في 6 / 1 / 2018.

(2) حكم دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا بالطعن رقم (9004) لسنة (62) قضائية عليا في 3 / 3 / 2018.

تسري في شأنها مواعيد وإجراءات دعوى الإلغاء، أما بعد التخصيص بأخطار ذوي الشأن به فأن المنازعات التي تنشأ بعد هذا التخصيص هي منازعات عقدية لا تتقيد بمواعيد وإجراءات دعوى الإلغاء⁽¹⁾.

أما المشرع العراقي وكما ذكرنا منح المحكمة الإدارية العليا ذاتها الاختصاصات الممنوحة لمحكمة التمييز في قانون المرافعات المدنية، باعتبارها المعقب النهائي على الأحكام الصادرة في محاكم القضاء الإداري، فنرى صحة الأحكام ومدى موافقتها للقانون وتضمن توحيد المبادئ القانونية ووحدة تطبيق تفسير القانون، وقد أجمع الفقه العراقي⁽²⁾ على أن محكمة التمييز هي محكمة قانون وليست درجة من درجات التقاضي، فهي محكمة تدقيق وليست محكمة جلسات ومرافعات بين الخصوم وهذا ما أكدته المادة (1/209) من قانون المرافعات المدنية⁽³⁾.

وللمحكمة الإدارية العليا خاصيتان أخريان تميزها عن باقي المحاكم، من حيث

(1) حكم دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا بالطعن رقم (32155) لسنة (57) قضائية عليا في 2018/5/5.

(2) د. مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، ط4، المكتبة القانونية، بغداد، 2011، ص293؛ د. عبد الرزاق عبد الوهاب الطعن في الأحكام بالتمييز، دار الحكمة، بغداد، 1991، ص230؛ د. منصور حاتم محسن، د. هادي حسين الكعبي، الأثر الإجرائي للواقع والقانون في وصف محكمة التمييز، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد 1، 2009، ص35.

(3) أنظر: المادة (1/209) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل التي نصت (تنظر المحكمة المختصة بنظر الطعن في الطعن بأجراء التدقيق على أوراق الدعوى دون أن تجمع بين الطرفين ولها أن تتخذ أي إجراء يعينها على البت في القضية).

أنها محكمة التمييز الوحيدة التي تختص بالنظر في الطعون الإدارية التمييزية في جمهورية العراق، حيث مكنها ذلك من توحيد الاجتهاد القضائي وضمان أن يكون تفسير النصوص مماثلاً في كل المحاكم الإدارية في جمهورية العراق، وتطوير الاجتهاد الذي يجب أن يكون ذا سلطة فأن وحدانية المحكمة وعملية توحيدها للتفسير مرتبطان ببعضها البعض، اذف الى ذلك أن المحكمة الإدارية ليست درجة من درجات التقاضي فهي محكمة قانون وليس هدفها الأساسي الحكم في المنازعة، بقدر التعقيب على تطبيق القانون بشكل صحيح⁽¹⁾.

واعتبرت أن ما صدر خلافاً لما أستقر عليه القضاء مخالف للقانون⁽²⁾، ولا يوجد نص قانوني يلزم المحكمة الإدارية العليا بالمبدأ القانوني الجديد سواء في التشريعات الموضوعية أو الإجرائية في العراق⁽³⁾، ولعل السبب في ذلك يعود أن العراق من دول النظام اللاتيني كما ذكرنا سابقاً الذي لا يعتد بالسوابق القضائية وترك حرية للقاضي الإداري للموازنة بين ما يصدره من أحكام، وبين الظروف الواقعية المحيطة بالنزاع والمصالح المتشابكة فيه، حتى لا تكون قيدياً على المستقبل لا في مواجهة الإدارة ولا في مواجهة القضاء، وهذا راجع إلى أن مزية القضاء، باتصاله بالحياة العملية ويستمد قواعده منها، ويطبق أفضيته عليها فلا يكاد يميل عنها حتى يعود إليها فهو دائم التحديث، يستقي من النزاعات أساسيات الحلول، والدور الذي يقوم به القاضي

(1) د. عبد الرزاق عبد الوهاب الطعن في الأحكام بالتمييز، مصدر سابق، ص 287.

(2) د. عزيز جواد هادي، مصدر سابق، ص 587.

(3) قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 وتعديلاته؛ قانون المرافعات المدنية رقم (83) 1969 المعدل؛ قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 المعدل؛ قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1971 المعدل؛ وقانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 المعدل.

الإداري، هو دور محوري أساسي في الحياة القانونية للبشر⁽¹⁾.

وعلى الرغم من عدم وجود أساس قانوني يلزم المحكمة الإدارية العليا بالأحكام السابقة، فقد أراد المشرع عندما لم ينص على قانون يلزم المحاكم بالسوابق القضائية ترك سلطة تقديرية للقاضي الإداري في استخلاص المبادئ القانونية بمراعاة أحوال وظروف كل قضية، وهنا تثار مشكلة مدى ألتزام المحكمة الإدارية العليا بالمبدأ القانوني الجديد، لان المشرع في هذا الشأن يعطي حلاً عاماً فمن النادر أن يكون المبدأ الجديد ينطبق على عدد كبير من الحالات أو المراكز التي تكون مشتركة في صفات معينة، وعلى من يقوم بالتكييف القانوني أن يسعى إلى استخلاص مبادئ تطبيقية من النص العام والمجرد عن طريق استخلاص معنى أكثر تحديداً وأقل عمومية⁽²⁾.

وترتيباً على ما تقدم، نجد أن المحكمة الإدارية العليا بحكم وظيفتها تهدف إلى وحدة تطبيق القانون وتوحيد اتجاهات القضاء في أنحاء البلاد كافة وبها ينسجم مع روح القانون، حتى لا تختلف حقوق الأشخاص ومراكزهم القانونية باختلاف أحكام القضاة، الأمر الذي يحقق المساواة أمام القانون، ولا يتحقق ذلك إلا إذا ألتزم القاضي الإداري بالمبادئ القانونية التي قررتها الأحكام السابقة، وإلا تضاربت وتناقضت الأحكام وأصبحت مخالفة للقانون.

ووفق تلك الرؤية، نجد إن الواقع العملي للمحكمة الإدارية العليا لا يختلف عما هو عليه في القضاء الفرنسي والمصري، فالأصل في القانون أن المحكمة الإدارية العليا غير ملزمة بالسوابق القضائية إلا أنها حولت نفسها سلطة كاملة في توحيد أحكام

(1) عمار حسين علي المرسومي، مصدر سابق، ص 129-130.

(2) د. محمد محمد بدران، القانون الإنجليزي، مصدر سابق، ص 135.

القضاء الإداري، خاصة وأن قرارات المحكمة تصدر بالاتفاق، فنجد أنها تصدر بعد دراسة مستفيضة من كبار قضاة المحكمة الإدارية العليا، ومن النادر أن نجد المحكمة الإدارية العليا تتراجع عن مبدأ قررته أحكام سابقة بالإرادة الحرة للقاضي، فقد رسمت المحكمة الإدارية العليا لنفسها مذهباً في الخلق والإبداع والالتزام بالسوابق القضائية، وهذا ما نلاحظه من خلال ذكر عبارة تدل على استقرار المبدأ عند تسيب الأحكام في قرارات عديدة من خلال ذكر العبارات (وقد سار قضاء هذه المحكمة) (وقد استقر قضاء هذه المحكمة) (وهذا ما قضت به المحكمة في العديد من قراراتها)⁽¹⁾، فقد نصت في قرارها المؤرخ في 2017/5/25 الذي جاءت فيه (لا تحتسب الخدمة السابقة على الشهادة التي يحصل عليها، وفي المرتبة الدنيا من هذا العنوان، ولا تحتسب الخدمة السابقة على الشهادة التي يحصل عليها الموظف أثناء الخدمة ترفيعات على العنوان الذي يقابل الشهادة لان مناط الترفيع قضاء الخدمة المقررة قانوناً في ظل العنوان الوظيفي الأدنى وهذا ما أستقر عليه قضاء هذه المحكمة، وحيث أن المحكمة حكمت بخلاف ذلك لذا يكون حكمها غير صحيح، لذا قررت المحكمة الإدارية العليا نقض الحكم المميز وإعادة الاضبارة إلى محكمة قضاء الموظفين للسير فيها على وفق ما تقدم وإصدار الحكم في ضوئه)⁽²⁾.

وفي حكم حديث عبرت فيها المحكمة الإدارية العليا في العراق عن التزامها بالسوابق القضائية، فقد نصت في أحد أحكامها (ترى المحكمة الإدارية العليا طالما أن الموظف أقيّل من منصبه بقرار إداري، وأعيد إلى الوظيفة بحكم قضائي بعد إلغاء قرار

(1) محمد احمد رمضان، مصدر سابق، ص 339.

(2) قرار المحكمة الإدارية العليا في العراق المرقم (966/ قضاء الموظفين / تمييز / 2016) في 2017/5/25 منشور.

الإقالة لثبوت مخالفته للقانون، فأن قرار الإلغاء ينسحب بآثاره إلى تاريخ صدور قرار الإقالة ويعاد الحال إلى ما كان عليه، ويستحق الموظف التعويض عن رواتبه للفترة التي أبعده عن الوظيفة، وهو مبدأ أستقر عليه قضاء هذه المحكمة، لذا كان على محكمة قضاء الموظفين مراعاة ما تقدم عند إصدار حكمها والالتزام بوحدة المبادئ القضائية التي يستقر عليها قضاء المحكمة الإدارية العليا، لا سيما وأن محكمة قضاء الموظفين لا تملك صلاحية الإصرار على حكمها المنقوص استناداً إلى حكم المادة (7/تاسعاً/د) من قانون مجلس الدولة، لذا يكون الحكم المميز غير صحيح قرار نقضه، وحيث أن موضوع الدعوى صالح للفصل فيه لذا قررت المحكمة إلغاء الأمر الإداري (...)(1).

وبناءً على ذلك يتضح لنا وبالشكل الواضح والجلي، أن هناك العديد من الأسباب التي تبرر للمحكمة الإدارية العليا تصديها للفصل في موضوع الدعوى، فتكون محكمة قانون ووقائع في ذات الوقت، مما يؤدي إلى سرعة حسم القضايا من خلال وضع حد للنزاع وإنهاء الخصومة، أفضل مما لو قامت المحكمة الإدارية العليا بإعادة القضية إلى محكمة الموضوع للنظر فيها من جديد واحتمال الطعن فيها مرة أخرى أمام المحكمة الإدارية العليا، فضلاً عن ذلك توحيد المبادئ القانونية الذي يحقق مبدأ المساواة أمام القضاء، فأن تعدد درجات التقاضي في المنازعات الإدارية من شأنه أن يعد دعامة أساسية لحقوق المتقاضين، فلا يكفي أن تكون المساواة نظرياً فقط، ولكن لابد أن تجدد مجالاً في التطبيق العملي(2).

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا رقم الإعلام (2018/1266) الصادر بالقرار المرقم (106/ قضاء موظفين/ تمييز/ 2017) الصادرة بتاريخ 15/11/2018 غير منشور.

(2) د. أحمد عبد الوهاب أبو وردة السيد، حق الإنسان في التقاضي بين مقتضيات الاحترام ومواطن الإخلال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 145.

فقد حرص دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على تأكيد مبدأ المساواة أمام القضاء والقانون حيث نصت المادة (14) منه (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي) وكذلك المادة (19/سادساً) التي نصت (لكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية).

الفرع الثاني

مدى التزام المحاكم الإدارية الأخرى بالمبدأ القانوني الجديد

حين تمارس المحكمة الإدارية العليا سلطتها التي منحها القانون للفصل في موضوع الدعوى كبقية الاختصاصات القانونية، لا بد أن يكون لها آثار من خلال صدور حكم نهائي بات في النزاع ويترتب على رقابة المحكمة الإدارية العليا على أحكام محاكم القضاء الإداري تلافي أخطاء القضاة في تفسير وتطبيق القانون وضمانه توحيد المبادئ القانونية، فيعد نقض الحكم الطعين، متى ما كان جديراً بالطعن هو الوسيلة الرئيسية للمحكمة الإدارية العليا للفصل في موضوع الدعوى، لان المحكمة لا تستطيع الفصل فيها إلا بعد نقض الحكم، ويترتب على ذلك إنهاء النزاع ووضع حد للخصومة بشكل نهائي، فلا يجوز للمحكمة الإدارية العليا أن تعيد النظر بالحكم مرة أخرى، أو إعادة طرحه أمام القضاء الإداري بدعوى جديدة مرة أخرى⁽¹⁾.

وتعرف الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا أو محكمة النقض بالحكم

(1) د. احمد مليجي، مصدر سابق، ص 87.

المقضي، فالمقصود به أن الحكم القضائي حينما يطبق أرادة القانون في القضية يجوز احترام المحكمة التي أصدرته وأمام المحاكم الأخرى، فإذا رفع أحد الخصوم ذات الدعوى التي حكم فيها مرة أخرى، وجب عدم قبولها، وإذا أثير ما حكم به أمام القضاء وجب التسليم به من غير بحث جديد⁽¹⁾.

ويوجد فرق بين حجية الأمر المقضي به وقوة الأمر المقضي به، فالحجية تثبت لكل حكم قطعي حاسم للنزاع بصورة كلية أو جزئية وأن لم يكن نهائياً، أما قوة الأمر المقضي به، فثبتت للحكم النهائي دون غيره، فهو يقبل الطعن بالطرق غير العادية كالطعن بالنقض أو (أعادة المحاكمة) كما يطلق عليها المشرع الفرنسي والمصري (أعادة التماس النظر).

أما حجية الأمر المقضي به هي ما تجعل الحكم متضمناً قرينه قانونية قاطعة، وأنه قد صدر صحيحاً في إجراءاته، وأن ما قضى به هو الحق في موضوعه لا ريب فيه، يمنع من النظر في دعوى أخرى مماثلة للدعوى الأولى التي صدر فيها الحكم، وحجية الأمر المقضي به تقوم على فكرتين رئيسيتين الفكرة الأولى هي ضرورة حسم النزاع ووضع حد لإنهاء الخصومة ما دام صدر في النزاع حكم قضائي.

والفكرة الثانية نظر التناقض في الأحكام القضائية لاستقرار المراكز القانونية ووصول الحقوق لأصحابها، وعلى المحكمة التي يعرض عليها أن لا تعيد مناقشة صحته أو عدله وإنما يجوز الطعن في هذا الحكم وإعادة طرحه على محكمة أعلى درجة إذا جاز القانون ذلك⁽²⁾.

(1) د. إسماعيل إبراهيم البدوي، حجية الأحكام القضائية الإدارية، مصدر سابق، ص 237.

(2) د. محمد ماهر أبو العينين، إجراءات الدعوى الإدارية والدفوع أما مجلس الدولة بين قضاء النقض

وعلى هذا الأساس، فإن الشروط الواجب توافرها لحيازة الحكم القضائي لقوة الأمر المقضي، أن الحكم السابق لا يجوز قوة الأمر المقضي بالنسبة للدعوى اللاحقة إلا إذا أتحد الموضوع والسبب ووحدة الخصوم في الدعوتين، فهم الأطراف الحقيقيين في النزاع دون النظر إلى الأشخاص الممثلين في الدعوى، كما يجب أن يكون هناك أتحاد في المحل وهو الحق أو المصلحة التي يسعى المدعي إلى تحقيقها بالالتجاء إلى القضاء، وبالإضافة إلى هذا الاتحاد والسبب وهو الأساس القانوني الذي سبني عليه الحق وما يتولد عنه من حقوق، ويعتبر المشرع أن عدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها من النظام العام غير قابلة لإثبات العكس⁽¹⁾.

ويختص مجلس الدولة الفرنسي بالنظر بالطعن بالتمييز (النقض) ضد الأحكام الصادرة عن محكمة آخر درجة، فالمشرع الفرنسي سمح لمجلس الدولة كقاضي نقض أن يباشر رقابته على مشروعية الحكم المطعون فيه دون بحث كامل الدعوى من جديد، لأن قاضي التمييز هو المعني بتوحيد التفسير للقواعد القانونية وتوحيد المبادئ القانونية وتطبيقها بصورة متماثلة على كل الحالات المشابهة فإذا تبين أن الحكم المطعون فيه لم يطبق القانون بالشكل الصحيح إحالة النزاع مرة أخرى للمحكمة التي أصدرت

==
وقضاء المحكمة الإدارية العليا وفقاً لتعديلات قانون المرافعات وأحكام المحكمة الدستورية العليا، دار أبو المجد للطباعة، مصر، 2010، ص 598؛ د. إسمايل إبراهيم البدوي، الحكم القضائي في الدعوى الإدارية، ط 1 دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص 245؛ د. أحمد جلال الدين الهلالي، قضاء النقض والتمييز في المواد المدنية والتجارية في التشريعين المصري والكويتي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 364.

(1) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضوابط إصدار الأحكام الإدارية والطعن عليها، ط 1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2013، ص 70 وما بعدها.

الحكم فيه مرة أخرى مع ألتزام المحكمة بالتطبيق الصحيح للقانون طبقاً للتفسير الذي حدده مجلس الدولة، فمجلس الدولة محكمة تمييز بالنسبة لإحكام المحاكم الإدارية الاستثنائية⁽¹⁾.

وقد يشابه دور مجلس الدولة الفرنسي كقاضي التمييز (النقض) مع محكمة التمييز في القضاء العادي في أحكامها في أن كليهما يحيل الدعوى إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم في حالة إلغاء الحكم المطعون فيه ويلزمها بالمبدأ القانوني الذي ارساه، إلا أن المادة (11) من القانون رقم 1989/12/31 أجازت لمجلس الدولة بعد إلغاء الحكم أن يحكم في الموضوع لحسن سير العدالة⁽²⁾.

ومن الطبيعي إن القاضي يسعى لتنسيق احكامه مع بعضها لكي تكون متماشية مع بعضها البعض وفق تناسق منطقي بحيث لا يصدر حكماً بشكل معين ثم يعقبه بحكم مخالف له في قضية لاحقة متشابهة للقضية الأولى ورغم إن الحكم الذي أصدره القاضي تقتصر آثاره من الناحية المبدئية على القضية التي صدر فيها الحكم، إلا إن القاضي يكون ملزماً من الناحية الأدبية بالالتقيد بالقرارات السابقة فهو يدرك إن الاستمرار على نسق واحد شرط من شروط العدالة إلا إذا كانت السابقة غير صحيحة⁽³⁾.

مثلما من حق المجتمع على القضاة إن تكون الحلول للقضايا ذات قرار واستقرار لا يتغير إلا بتغيير الزمن والظروف المحيطة به لتكون للمبادئ القانونية ما للقواعد القانونية من خصائص الثبات والاستقرار والرسوخ لتصبح صالحة لان ترتفع إلى

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، مصدر سابق، ص 295.

(2) د. أحمد محمود جمعة، مصدر سابق، ص 25.

(3) صالح محسوب، فن القضاء، مطبعة العاني، بغداد، 1982، ص 64 وما بعدها.

مستوى القانون⁽¹⁾.

يبقى السؤال المهم الذي يتبادر إلى الذهن، هل المحكمة الإدارية أو المحكمة الإدارية الاستثنائية ملزمة بالأخذ بفتوى مجلس الدولة التي قررتها بناءً على الإحالة من قبل تلك المحاكم؟ وهل بالإمكان لمجلس الدولة الفرنسي أن يلزم محاكم الموضوع على الأخذ بها؟

وللإجابة عن هذا السؤال أن رأي جمعية المنازعات في القسم القضائي في مجلس الدولة وأن كان غير ملزم من الناحية القانونية، إلا أنه من الناحية الواقعية يكون له قيمة أدبية عليا في مواجهة محكمة الموضوع التي قررت الإحالة كونها مضطرة للأخذ به، لان حل النزاع المائل أمامها آثار صعوبة جدية، ومثارة في العديد من المنازعات القضائية الأخرى الماثلة أمام القضاء، كما يصعب كما لاحظ الفقيه (Labetou Ile) أن تطلب محكمة الموضوع رأي مجلس الدولة كهيئة قضائية، ثم تهمله دون الأخذ به فهذا يعد أمر غير منطقي، وقد حدد المشرع الفرنسي بموجب المادة (12) من قانون 1987/12/31 والمادة (ل 1-113) من قانون المحاكم العدلية الإدارية مدة ثلاثة أشهر لمجلس الدولة الفرنسي لإصدار فتواه وإلا أصبح لمحكمة الموضوع كامل حريتها في الفصل في القضية من الناحية الموضوعية فالحلول التي يقدمها مجلس الدولة كهيئة قضائية لا تفصل في النزاع وإنما تتضمن إزالة غموضاً ينتاب الوقائع في القضية المعروضة أمام القضاء، فهذه الفتوى كغيرها من الفتاوى الصادرة عن أقسامها الاستشارية لا تتمتع بحجية الأحكام، فهي غير ملزمة لا لمجلس الدولة الذي أصدرها

(1) حسين الظريفي، تعليقات على الفقه والقضاء، مجلة القضاء، بغداد، العدد 4، المجلد 1، 1953، ص82.

ولا لمحكمة الموضوع صاحبة قرار الإحالة، فمن باب أولى غير ملزمة للمحاكم الأخرى⁽¹⁾.

أن المشرع الفرنسي تبنى هذه الآلية (نظام الإحالة) رغبة منه في توحيد تفسير المبدأ القانوني الجديد التي تثير لبساً في التطبيق من قبل محاكم الموضوع بطريقة أسرع دون انتظار الطعن أمام محكمة النقض، وان تبنى المشرع الفرنسي لنظام الإحالة هذا لا يعني انه ليس بإمكانه وضع مبادئ قانونية جديدة عن طريق الطعن التمييزي، وعلى الرغم من القيمة أو السلطة المعنوية لهذه القرارات الصادرة من جمعية المنازعات في مجلس الدولة والتي تمثل آراء مجلس الدولة حول تلك القضايا إلا أنها تسمح بتوحيد تفسير القانون بطريقة أسرع وأدق مما يضمن سرعة الفصل في الدعوى دون بطء إجراءات التقاضي وهذا يسهم بلا شك في تحقيق العدالة⁽²⁾.

اضف الى ذلك يصعب إيجاد مبرر مقبول بالترقية من الناحية الواقعية بين الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة كهيئة قضائية المتمتعة بحجية الأمر المقضي به، وبين الرأي أو الفتوى التي يقدمها مجلس الدولة، من حيث إعطائها قيمة قانونية أقل من القوة التي يكتسبها القرار القضائي، ويبدو أن إصرار محكمة الموضوع على خلاف رأي مجلس الدولة يكون حكمها معرض للنقض، فلا يجوز لمحكمة الموضوع مخالفة قرار مجلس الدولة الصادر من أعلى هيئة قضائية في المجلس فالمحكمة الإدارية المختصة تلتزم باتباع

(1) د. حسن عثمان محمد عثمان، دراسات في قانون القضاء الإداري، مصدر سابق، ص 284.

(2) د. سحر عبد الستار أمام، آليات تدعيم دور محكمة النقض الفرنسية في تحقيق العدالة، الاختصاص بإبداء الرأي، الطعن لتجاوز السلطة، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 1، 2014، ص 54.

المبدأ القانوني الجديد الذي أقره مجلس الدولة كقاضي نقض فور صدور النقض في الحكم الأول أما غيرها من القضايا فهي حرة في أن تتبع أو لا تتبع ما أقره مجلس الدولة من مبادئ قانونية، إلا أن الواقع يفرض عليها التزاماً أدبياً باتباع تلك المبادئ فيما يعرض عليها من قضايا مستقبلاً⁽¹⁾.

ويجد البحث أن الفتوى الصادرة بناءً على قرار الإحالة من محكمة الموضوع واجبة الالتزام بها من المحكمة التي أصدرت قرار الإحالة أو المحاكم الإدارية الأخرى، لأنها صادرة من أهم دوائر مجلس الدولة بالإضافة إلى ذلك إن المسألة القانونية التي أثارت صعوبة جدية، مثارة في منازعات أخرى، فلا يكون من المنطقي أن تلتزم إحدى المحاكم الإدارية التي قررت الإحالة إلى مجلس الدولة، دون المحكمة أو المحاكم الأخرى التي أثير أمامها نفس المسألة القانونية في القضية المعروضة أمامه والتي صدرت بشأنها رأي استشاري صادر عن مجلس الدولة، وبالتالي لا يكون لمحكمة الموضوع الإصرار على مخالفة رأي جمعية المنازعات إذا ما تعرضت الدعوى للنقض وأعيدت إليها أو لمحكمة أخرى، ولم نعثر على أي قرار صادر من مجلس الدولة ينقض حكم محكمة الموضوع لعدم التزامها بالفتوى الصادرة عن مجلس الدولة، ورغم ذلك فإن إصرار محكمة الموضوع على مخالفة رأس مجلس الدولة والحكم بخلاف ما أقره المجلس سوف يدفع مجلس الدولة إلى الحكم في موضوع الدعوى وعدم إعادتها إلى محكمة الموضوع.

أما المشرع المصري فقد كان أدق وأحرص باستحداثه دائرة توحيد المبادئ القانونية

(1) د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوجيز في القضاء الإداري، ج1، من دون أسم مطبعة، بدون أسم دار نشر القاهرة، 1988، ص138.

في المحكمة الإدارية العليا لمنع التضارب والاختلاف بين دوائر المحكمة الإدارية العليا عند إصدارها لإحكامها لتعدد دوائر المحكمة الإدارية العليا ووجود اختصاصات مشتركة بين هذه الدوائر، وتنظيم عدول إحدى هذه الدوائر عن مبدأ قانوني سابق للمحكمة الإدارية العليا، أي دائرة توحيد المبادئ تعد خطوة نحو توحيد واستقرار المبادئ، إلا أن التنظيم القانوني الذي جاءت به المادة (54 مكرر) من قانون مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972 والمضافة بالقانون رقم (136) لسنة 1984 لم يبين مدى التزام دوائر المحكمة الإدارية العليا أو المحاكم الإدارية الأخرى بالمبادئ القانونية الصادرة من دائرة توحيد المبادئ القانونية في المحكمة الإدارية العليا⁽¹⁾.

وهذا التنظيم يسمح لدوائر الموضوع بأن تهجر حكم دائرة توحيد المبادئ، وتفرد من لدنها بوضع رأي في الحالة المعروضة عليه، مما يشكل خطورة على استقرار المعاملات، وذلك بما يتصور أن يتضمنه من مساس بالمراكز القانونية⁽²⁾.

وهنا نتساءل عن مدى التزام أحد دوائر المحكمة بإصدار حكم مخالف لإحكام مستقرة في المحكمة دون الإحالة إلى دوائر توحيد المبادئ؟ وهل تعتبر مخالفة إحدى دوائر المحكمة للمبادئ المستقرة فيها سبب من أسباب دعوى البطلان؟

للإجابة على ذلك، لا بد أن نبين أن الأحكام الصادرة من دوائر المحكمة الإدارية العليا هي أحكام قضائية تتمتع بحجية الأمر المقضي به، وأن حكم إحدى دوائر المحكمة بما يخالف مبدأ من المبادئ المستقرة في المحكمة دون الإحالة إلى دائرة توحيد المبادئ القانونية، لا يعد سبباً من أسباب دعوى البطلان فدوائر المحكمة غير ملزمة

(1) د. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص 73.

(2) د. محمود حمدي عباس عطية، مصدر سابق، ص 123 وما بعدها.

بالإحالة ، فالحكم القضائي متى ما صدر صحيحاً يظل منتجاً لآثاره فيمنع بحث ما قد يلحقه من عيب جوهري جسيم يصيب كيان الحكم ويفقده صفته كحكم والتي حددها القانون على سبيل الحصر، فإذا كان الطعن غير جائز أو صحيحاً، فلا سبيل لإقامة دعوى البطلان الأصلية لمساس ذلك بحجتيه⁽¹⁾.

فلدعوى البطلان الأصلية طريق استثنائي للطعن في الأحكام الصادرة بصفة نهائية، التي ينطوي الحكم فيها على عيب جسيم يفقد الحكم فيها وظيفته القضائية ويكون حكماً معدوماً غير موجود وغير منتج لأي أثر قانوني، وهو الذي يجوز الطعن فيه بدعوى البطلان الأصلية، إلا أن هذا الاستثناء شأنه شأن أي استثناء لا يتوسع فيه، لأنه لا يرد سوى في غير الحالات التي نص عليها المشرع في المادة (147) من قانون المرافعات المدنية والتجارية النافذ⁽²⁾.

بالإضافة إلى ما تقدم، يكاد يجمع القضاء والفقهاء لا بطلان إلا بنص، وإذا خلا نص المادة (54 مكرر) من قانون مجلس الدولة من تقرير أي بطلان للأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة الإدارية العليا دون التزام بما ورد في النص من وجوب الإحالة إلى دائرة توحيد المبادئ، فالمشرع إذا أراد تقرير مثل هذا البطلان لذكره في النص القانوني كأثر مترتب على الخروج على النص وعدم الالتزام بأحكامه الوجوبية، لكن المشرع لم يقدم على تقرير هذا البطلان حفاظاً على هيئة القضاء وقدسيتها أحكامه وما تتمتع به من حجية ما قضت به وهو ما يجعلها واجبة التنفيذ ويجعل الامتناع عن هذا التنفيذ أو

(1) د. عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانه، إجراءات الخصومة الإدارية، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014، ص 181.

(2) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص 276.

تعطيله جريمة يعاقب عليها القانون⁽¹⁾، وفق المادة (72) من دستور 1971 الملغى⁽²⁾.
فالأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة الإدارية العليا على خلاف مبادئ وأحكام صادرة عنها أو عن دوائر أخرى بالمحكمة دون أن تستنهض ولاية دائرة توحيد المبادئ هي أحكام صحيحة مطابقة للقانون لم يعترها أي عيب يفقدها صفتها كأحكام أو يفقدها أحد أركانها الأساسية الواجب توافرها في الحكم، الأمر الذي ينتفي معه دعوى البطلان الأصلية، ولا مجال لقبول الطعن بهذه الأحكام.

ومن تطبيقات المحكمة الإدارية العليا في مصر بشأن عدم التزام إحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا بالإحالة إلى دائرة توحيد المبادئ وإصدارها حكماً يخالف حكم سابق لنفس المحكمة لا يعد من حالات الطعن بدعوى البطلان الأصلية، حكمها المؤرخ في 3/9/1990 الذي قضت فيه (بطلان الحكم لعدم اختصاص المحكمة بإصداره، فقد أنشئت المحكمة الإدارية العليا مبدأ قانوني سابق في معادلة الوظائف يوجب الاعتداد بالمزايا المقررة لكل وظيفة أخرى بالكادر العام بالطعن رقم (900) لسنة 4 قضائية، (116) لسنة 7 قضائية، ولاشك في أن ما تضمن الحكم المطعون فيه من عدم الاعتداد بالمزايا المقررة قانوناً لوظيفته وكيل مجلس الدولة التي كان يشغلها المدعي عند إجراء معادلتها لوظيفة نائب الوزير، وهو مبدأ يخالف ذلك المبدأ الذي سبقت إليه

(1) د. محمد أحمد عطية، إجراءات التقاضي أمام محاكم مجلس الدولة والمحكمة الدستورية العليا، مصدر سابق، ص 594.

(2) أنظر: المادة (72) من دستور 1971 الملغى التي نصت على انه (تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب ويكون الامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين جريمة يعاقب عليها القانون وللمحكوم له في هذه الحالة حق رفع الدعوى الجنائية مباشرة إلى المحكمة المختصة)

المحكمة الإدارية العليا، الأمر الذي يتطلب الالتزام بنصوص المادة (54 مكرر) وإحالة الطعن إلى دائرة توحيد المبادئ لما يمثله من ضمانة جوهرية لإكمال المبادئ القانونية، ويجول دون المساس باستقرارها إلا بأغلبية تزيد ضعفي الأغلبية التي تصدر بها أحكام دوائر المحكمة الإدارية، وخروج حكم من هذه الأحكام على تلك الضمانة الجوهرية يهوى بالحكم الخاطئ إلى الانعدام⁽¹⁾.

ومن تطبيقاتها أيضا قرارها المؤرخ في 31/1/2007 الذي جاءت فيه (استقرت أحكام المحكمة الإدارية العليا على أن صدور حكم منها يخالف حكم سابق منها لا ينحدر بالحكم المخالف إلى درجة إنكار العدالة أو إلى درجة الانعدام الذي يبرر الطعن في هذا الحكم المخالف بطريق دعوى البطلان الأصلية الأمر الذي يتعين معه الحكم برفض هذا الطعن)⁽²⁾.

وعلى الرغم من ذلك ، فإن المحكمة الإدارية العليا لم تقف عند هذا الحد، بل أدركت الخطر الذي يحيط بحجية أحكام دائرة توحيد المبادئ وقوتها الإلزامية تجاه الدوائر الأخرى، مما يؤدي إلى تهديد الأمن القضائي للمتقاضين من اضطراب وعدم الاستقرار، فقضت في بعض أحكامها أن مخالفة تلك الأحكام لوجوب الإحالة إلى دائرة توحيد المبادئ في إحدى الحالتين الواردة بالمادة (54 مكرر) من قانون مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972 النافذ يعد من حالات الطعن بدعوى البطلان لما ينطوي

(1) حكم دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا رقم (3564) لسنة (32) قضائية عليا الصادر بتاريخ 3/9/1990.

(2) أنظر: حكم دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا رقم (4395) لسنة (52) قضائية عليا الصادر بتاريخ 31/1/2007.

على عيب جسيم يمثل إهداراً للعدالة، ويبدو أن المحكمة الإدارية العليا في مصر قد أعادة النظر بموقفها السابق فقد منعت في أحكام لها دوائر المحكمة من التصدي لموضوع الطعن دون الإحالة إلى دائرة توحيد المبادئ، ويتضح هذا الأمر في أحد تطبيقاته الذي قضت فيه (أن حالات البطلان الإجرائي تتسع عن تلك الحالات التي تظهر في حكم المحكمة الإدارية العليا عند النظر في الطعون وفي خصوص إهدار العدالة لتشمل حالات الخروج الواضح على القواعد المستقرة في قضاء المحكمة الإدارية العليا وفي حالات إهدار العدالة فأن هذه المحكمة قد مدت نطاق هذه الحالات لتشمل إصدار الحقائق الثابتة في الأوراق وكذلك مخالفة مبادئ المحكمة الإدارية العليا مما يؤدي إلى إهدار الحقوق الواضحة لأصحاب الشأن)⁽¹⁾.

وقرارها المؤرخ في 20/5/2006 والذي جاء فيه (أن المادة 54 مكرر من قانون مجلس الدولة النافذ تضمنت قاعدة ناهية أن تصدر إحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا حكماً على خلاف مبدأ قانوني سابق صادر منها أو من دوائر أخرى بالمحكمة الإدارية العليا، وقاعدة أمره تلزم الدائرة التي ترى العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة بإحالة الطعن إلى دائرة توحيد المبادئ ولا تملك الدائرة التي ترى العدول أي خيار آخر، فسلطتها في هذا الشأن مقيدة وليست تقديرية التي عبر عنها المشرع الدستوري بمبدأ المساواة في نص المادة (40) من الدستور ويقصد بالمساواة المعاملة بغير تمييز للمراكز القانونية الواحدة، وليس من شك في أن المساواة أمام القضاء يعد

(1) أنظر: حكم دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا في الطعينين رقم (7386-7393) لسنة (46) قضائية عليا في 5/9/2000 نقلاً عن د. محمود حمدي عباس عطية، مصدر سابق، ص126-127.

أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي وليس من الصالح العام أن يجد الأفراد أنفسهم أمام أحكام جديدة خرجت على قواعد ومبادئ مستقرة فجأة دون أتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة (54) آنفاً مما يؤدي إلى اهتزاز المراكز القانونية واضطراب سير العمل في الجهاز الإداري⁽¹⁾.

ونرى في معرض تعليقنا على ذلك، أن الأمر الذي دفع القاضي الإداري في جعل قرارات دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا بآلة وملزمة لدوائر المحكمة الإدارية العليا، لأن هذه الأحكام تكتسب قيمة قانونية خاصة، وذلك لصدورها عن دائرة في المحكمة الإدارية العليا ذات تشكيل خاص يتكون من أحد عشر مستشاراً وتصدر أحكامها بأغلبية سبعة مستشارين مما يجعلها تختلف عن الدوائر الأخرى في المحكمة، وتصدر أحكامها في موضوعات أثارت خلافاً عن الواقع العملي بين أكثر من

(1) أنظر: حكم دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (11445) لسنة (50) قضائية عليا في 20/5/2006 التي تتلخص وقائعها (أن الدائرة الثامنة بالمحكمة الإدارية العليا قضت في الطعن رقم (9504) لسنة (47) قضائية عليا بقبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً، وذلك أنه يشترط لاستحقاق المقابل النقدي لرصيد الإجازات الاعتيادية أن يثبت على وجه اليقين أن عدم الحصول على الإجازة راجعاً إلى أسباب حقيقية تقتضيها مصلحة العمل وهو ما لم يتوافر بالنسبة للطاعنين، حيث لم يقدموا أنها تقدمت بطلبات للحصول على إجازات اعتيادية من هذا المشتكى ورفضتها الإدارة بسبب حاجة العمل إليها، وبهذا الحكم عدلت الدائرة الثامنة على المبدأ القانوني الذي استقروا عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا والتي يلقي فيه على عاتق الإدارة عبء أثبات أن عدم حصول العمل على أجازته الاعتيادية إلى أسباب اقتضتها مصلحة العمل، فكان الأفضل من الدائرة الثامنة عدم التصدي لموضوع الطعن وأحالته إلى دائرة توحيد المبادئ عملاً بمبدأ المساواة أمام القضاء، فقد أنطوى الطعن رقم (9504) لسنة (47) قضائية عليا على عيب جسيم يمثل إهدارا للعدالة يفقد معها وظيفته مما يؤدي إلى بطلانه وهو ما تقضي به المحكمة).

دائرة، ومن زاوية أخرى أن الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا بالفصل في الطعن أمامها سواء بحسم النزاع كلياً أو جزئياً في مسألة قانونية أو واقعية متعلقة به، يعد حكماً نهائياً يجوز حجية الشيء المحكوم فيه كقرينة قانونية حاسمة فيما قضى به شأنه شأن الأحكام القطعية، كما يعد من ناحية أخرى حكماً باتاً غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن الذي يفترض الالتزام به احتراماً لحجيته القاطعة، حتى ولو صدر بعده حكم بمبدأ مغاير من الدائرة ذاتها، فدائرة توحيد المبادئ هي محكمة بكل ما تحملها هذه الكلمة من معنى، وأحكامها تحوز حجية الشيء المقضي به، وتلتزم جميع المحاكم بالمبادئ التي تقرها.

أما عندنا في العراق فلم يشر المشرع في قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 وتعديلاته إلى التزام المحاكم الإدارية الأدنى أو المحاكم الإدارية الأخرى بالأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا، وليس هناك في القانون العراقي قاعدة تلزم بأن تلتزم المحاكم بقراراتها السابقة أو بقرارات غيرها من المحاكم في القضايا المتشابهة، فلا يوجد إلزام لمحاكم الدرجة الأولى بالالتزام بقرارات محكمة التمييز إلا في حالة واحدة ذكرتها المادة (2/215) من قانون المرافعات لسنة 1969 المعدل، ومن مفهوم المخالفة لحكم هذه المادة لا تلتزم المحاكم الأدنى بقرارات المحكمة الأعلى إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة المذكورة أنفاً⁽¹⁾، وكذلك تناول المشروع موضوع حجية الأحكام في

(1) انظر: المادة (2/215) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ التي نصت على انه (إذا كان الحكم المميز صادراً من محكمة استئناف أو محكمة بداءه، يقتصر في إتباع قرار النقض على ما تضمنته من إجراءات أصولية فقط إلا إذا كان قرار النقض صادراً من الهيئة العامة، فإنه يكون واجب الإتباع في جميع الأحوال).

قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 في المادة (105) والمادة (106) منه⁽¹⁾.

وذهب احد الفقهاء إن التزام محاكم الدرجة الأولى والثانية بقرارات محكمة التمييز في القضايا المتشابهة يعزي إلى ما تتمتع به قضاء هذه المحكمة من قوة إلزام أدبية وليس قوة إلزام قانونية إما الالتزام الذي نصت عليه المادة المذكورة أعلاه، فإنه يقتصر على الدعوى المنقوض حكمها كما انه لا يلزم إلا تلك المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى⁽²⁾.

يضاف إلى هذا إن المادة (2/220) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل تنص (لا يقبل طلب التصحيح في القرارات التمييزية الصادرة من الهيئة العامة) جعل قرارات هذه الهيئة ملزمة لأتقبل التصحيح وذلك لكونها جديرة بالثقة والاعتبار كما تشير إلى ذلك الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس، إذا نقض الحكم وفصلت المحكمة الإدارية العليا في موضوعه فإن حكمها يعد باتاً وملزماً استناداً للمادة (7/ثامناً/ج) من قانون رقم (17) لسنة 2013 التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة والتي نصت على أنه (يكون قرار المحكمة غير المطعون فيه وقرار المحكمة الإدارية العليا نتيجة الطعن باتاً وملزماً)، ولا يجوز أن يطرح للنقاش مرة أخرى أمامها أو أمام أي محكمة أخرى، فتلك ضرورة تقتضيها

(1) هذا ما أكدته المادة (105) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل حيث نصت على أن (الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه في الحقوق إذا أتحدت أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً)، والمادة (106) من القانون اعلاه التي نصت (لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الأحكام الباتة).

(2) د. عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص 487 وما بعدها.

(3) انظر: المادة (2/220) من قانون المرافعات المدنية النافذ التي نصت على انه (لا يقبل طلب تصحيح القرار من قبل احد الطرفين إلا مره واحدة).

المصلحة العامة ومصصلحة الأفراد، إذ لا يعقل أن تستمر الخصومات وتتأبد المنازعات إلى ما لا نهاية، فتسود الفوضى في المجتمع، فلو فرضنا السماح بطرح النزاع نفسه أمام القضاء مستقبلاً مع وحدة الخصوم والمحل والسبب، لتناقضت الأحكام وتضاربت المبادئ الأمر الذي يخل بكرامة القضاء ويزعزع ثقة الناس بأحكامها⁽¹⁾.

وبناءً على ما تقدم، فمن خلال التعمق والتفكير في النصوص القانونية نجد إن الأمر أشبه ما يكون بالسابقة القضائية وان هذه النصوص القانونية لا تفيد فقط في دعم رأينا حول الالتزام بالمبادئ القانونية السابقة التي تقررها المحكمة الادارية العليا بل تفيدنا أيضاً إن القاضي الإداري له سلطة الاجتهاد وإقرار المبادئ القانونية.

وعند استقراء واقع العمل القضائي والقرارات الصادرة من القضاء الإداري في العراق تؤكد النقاش المذكور أنفاً يجري تطبيقه في الواقع، ولأهم أساس هذا التوجه فالناحية العملية أهم من الناحية النظرية فما يجري تطبيقه في الواقع أهم من إي نص قانوني وان الالتزام بالمبادئ القانونية لا يشكل عيباً بل بالعكس يدعم دورها التشريعي (أنشاء القاعدة القانونية وإغائها) وهذا ما يمارسه المشرع نفسه.

وعند تتبع التطبيقات القضائية لأحكام محكمة قضاء الموظفين ومحكمة القضاء الإداري نجد أنها التزمت بالمبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ولم تخالفها، ومن تطبيقاتها في هذا المعنى ما قضت به محكمة قضاء الموظفين حيث جاء في أحد أحكامها (وقد استقر قضاء الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة على هذا المبدأ مما يستوجب رد الدعوى، لذا قرر المجلس بالاتفاق الحكم برد دعوى المدعي (س. ك).

(1) د. ياسر باسم ذنون السبعواوي وأجياد ثامر نايف الدليمي، مصدر سابق، ص 295 وما بعدها.

ك) عن المدعي عليهما الأول والثاني لعدم وجود سند لها من القانون⁽¹⁾، وما جاء بأحدث قراراتها المؤرخ في 2019/2/27 حيث قضت فيه (وحيث إن الثابت قانوناً وفق لما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا في مجلس الدولة بقرارها المرقم 2018/169 في 2018/4/19 انه (لا يجوز إنهاء خدمة الموظف في جهاز المخابرات الوطني بسبب وجود مؤشرات أمنية على أشغالة الوطنية إن للمدعي عليه رئيس الجهاز إن يطلب من الجهات الأمنية نقل الموظف إلى دائرة أخرى وكان على المدعي عليه إضافة لوظيفته الكتابة إلى الأمانة العامة لمجلس الوزراء لنقل الموظف إلى خارج جهاز المخابرات وان ذلك لا يخالف الصلاحية المنصوص عليها في المادة (16) من الأمر (69) لسنة 2004) واستناداً لما تقدم قررت المحكمة الحكم بإلغاء الأمر الإداري المرقم (1399) في 2016/8/23 (ورد الدعوى)⁽²⁾.

ومن تطبيقات محكمة القضاء الإداري في العراق، والتي عبرت فيها على التزامها بالمبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا حيث قضت (وحيث أن التظلم الذي يعتد به لغرض إقامة الدعوى هو التظلم الأول وهو ما سار عليه القضاء الإداري في العراق ومنه قرار محكمة القضاء الإداري رقم (2010/148) في 2010/5/31 المصادق عليه بقرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (79/اتحادية/تميز/2010) في 2010/8/15، وحيث أن المدعي أقام دعواه بتاريخ 2011/2/16 وبذلك تكون دعواه مقامة خارج المدة القانونية المنصوص عليها في الفقرة (ز) من البند (ثانياً) في

(1) قرار محكمة قضاء الموظفين في مجلس الدولة العراقي رقم (799/انضباط/2010) في 2010/7/1 منشور.

(2) قرار محكمة قضاء الموظفين في مجلس الدولة العراقي رقم (524/2019) في 2019/2/27 غير منشور.

المادة (7) من قانون مجلس شوري الدولة رقم (65) لسنة 1979 مما يستوجب ردها من الناحية الشكلية⁽¹⁾.

ومن تطبيقاتها أيضا قرارها المؤرخ في 30/1/2013 حيث جاء فيه (وحيث إن ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة إن التظلم الذي يعتد به لإقامة الدعوى هو التظلم الأول وحيث إن المدعي أقام دعواه بتاريخ 6/5/2012 وبذلك تكون دعواه مقامة خارج المدة القانونية المنصوص عليها الفقرة (ز) من البند (ثانياً) في المادة (7) من قانون مجلس شوري الدولة رقم (65) لسنة 1979 وبالباغة ستين يوماً من تاريخ رفض التظلم حقيقة أو حكماً مما يستوجب ردها من الناحية الشكلية)⁽²⁾.

بقي السؤال المهم الذي يتبادر إلى الذهن، هل يحق لمحكمة الموضوع (محكمة القضاء الإداري أو محكمة قضاء الموظفين) أن تصدر حكماً خلاف المبادئ القانونية أو أحكام المحكمة الإدارية العليا؟ وهل لمحكمة الموضوع أن تصر على حكمها المنقوض وتخالف رأي المحكمة الإدارية العليا أو تمتنع عن تطبيقه، وما هو الحكم في ذلك؟

للإجابة على هذا السؤال هي بالنفي، ويبدو أن المشرع العراقي في قانون مجلس الدولة قد تبني موقفاً مغايراً لما هو عليه في قانون المرافعات المدنية حيث لا يجوز لمحكمة الموضوع (محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين) الإصرار على حكمها المنقوض، ولعل السبب في ذلك عدم وجود هيئات خاصة في المحكمة الإدارية العليا،

(1) قرار محكمة القضاء الإداري في مجلس الدولة العراقي رقم (188- قضاء إداري/ 2011) في 9/9/2011 منشور.

(2) قرار محكمة القضاء الإداري في مجلس الدولة العراقي رقم (173/ قضاء أداري/ 2012) في 30/1/2013 منشور.

ولعدم وجود هيئة عامة تكون قراراتها واجبة الإلتباع لذلك جعل المشرع قرارات المحكمة الإدارية العليا بائنة وملزمة⁽¹⁾.

وذهب الاتجاه القضائي في بادئ الأمر إلى قبول مخالفة أحكامها وأجاز إصدار محكمة الموضوع حكماً خلافاً على حكمها السابق ولم يرتب أثر على ذلك، وكان هذا واضح في احد أحكام المحكمة الإدارية العليا⁽²⁾، إلا إن المحكمة سرعان ما عدلت إلى اتجاه قضائي جديد فلم تقبل مخالفة أحكامها من قبل محكمة الموضوع أو الإصرار على حكمها المنقوض، وذلك لان الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية في العراق عند الفصل في الدعوى، تثبت لها حجية الأمر المقضي به وقوة الأمر المقضي به، لان أحكامها بائنة ونهائية للنزاع، على عكس احكام محكمة التمييز تكون أحكامها خاضعة للطعن بتصحيح القرار التمييزي أمام الهيئة العامة عند الفصل بموضوع الدعوى⁽³⁾.

ويتضح هذا الأمر في تطبيقاتها، منها قرارها المؤرخ في 25/5/2017 الذي جاءت فيه (لا تحتسب الخدمة السابقة على الشهادة التي يحصل عليها، وفي المرتبة الدنيا من هذا

(1) أستاذنا د. عامر زغير محيسن، اختصاص المحكمة الإدارية العليا بالنظر تمييزاً في أحكام القضاء الإداري في العراق، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد 1، المجلد 8، 2016، ص 157.

(2) قرار المحكمة الإدارية العليا في العراق رقم إضبارة الإعلام (2015/157) بالدعوى رقم (218/قضاء موظفين/ تمييز/ 2015) في 7/5/2015.

(3) أنظر المادة (214) من قانون المرافعات المدنية العراقية النافذ التي نصت (إذا رأت محكمة التمييز نقض الحكم المميز لمخالفته للقانون أو للخطأ في تطبيقه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه، وجب عليها أن تفصل فيه، ولها في هذه الحالة دعوة الطرفين وسماح أقوالها أن وجدت ضرورة لذلك، ويكون قرارها قابلاً للطعن فيه بطريق تصحيح القرار في مدته القانونية لدى الهيئة العامة).

العنوان، ولا تحتسب الخدمة السابقة على الشهادة التي يحصل عليها الموظف أثناء الخدمة ترفيعات على العنوان الذي يقابل الشهادة لان مناط الترفيع قضاء الخدمة المقررة قانوناً في ظل العنوان الوظيفي الأدنى وهذا ما أستقر عليه قضاء هذه المحكمة، وحيث أن المحكمة حكمت بخلاف ذلك لذا يكون حكمها غير صحيح، لذا قررت المحكمة الإدارية العليا نقض الحكم المميز وإعادة الاضبارة إلى محكمة قضاء الموظفين للسير فيها على وفق ما تقدم وإصدار الحكم في ضوئه⁽¹⁾.

وما جاء بقرارها المؤرخ في 2/3/2017 (أن محكمة قضاء الموظفين لم تلتزم بوجهة النظر القانونية هذه وقررت الفصل بالدعوى خلافاً لما تقدم مما يجعل من الحكم المميز قد جانب الصواب لذا قرر نقضه، وحيث أن موضوع الدعوى صالح للفصل فيه لذا قررت المحكمة الإدارية رد دعوى المعارض (م. ص. أ) ... استناداً إلى أحكام المواد (166) و(214) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969⁽²⁾.

وقرارها المؤرخ في 11/5/2017 حيث جاء فيه (ولدى وضع المحكمة الإدارية العليا موضع التدقيق وجدت أن لا يجوز لمحكمة القضاء الإداري عدم أتباع القرار التمييزي والإصرار على حكمها المنقوض، لان قرارات المحكمة الإدارية العليا باتة وملزمة استناداً إلى حكم المادة (7/ سابعاً/ ج) من قانون مجلس شوري الدولة رقم (65) لسنة 1979 وحيث أن المحكمة حكمت بخلاف ذلك قرر نقض الحكم،

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا في العراق المرقم (966/ قضاء الموظفين/ تمييز/ 2016) في 25/5/2017 منشور.

(2) قرار المحكمة الإدارية العليا في العراق بالقرار رقم (18/ قضاء موظفين/ تمييز/ 2017) في 2/3/2017 منشور.

وحيث أن موضوع الدعوى صالحاً للفصل فيه لذا قررت المحكمة الحكم بإلغاء قرار مجلس محافظة ذي قار وإعادة المدعي (أ.ع. ف) إلى منصبه (النائب الثاني لمحافظة ذي قار) استناداً إلى حكم المادتين (166) و(214) من قانون المرافعات المدنية العراقي (...)(1).

ونرى أن ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا اتجاه صحيح وموفق يحسب لصالحها في منع محكمة الموضوع مخالفة حكمها المنقوض أو الإصرار عليه، وكذلك التصدي للفصل في موضوع الدعوى إذ وجدت أن الموضوع صالح للفصل فيه، وهذه ضمانته تكفل من خلالها توحيد المبادئ القانونية وإلزام محكمة الموضوع بالالتزام بأحكامها حرصاً يحقق الأمن القضائي.

وقضت المحكمة الإدارية العليا على عدم التزام محكمة الموضوع بما أقرته المحكمة الإدارية العليا من مبادئ قانونية، والإصرار على حكمها المنقوض خطأ أو مخالفة لتطبيق القانون، وهو ما أسلفنا عنه الحديث سابقاً، وهذا ما قرره المحكمة الإدارية العليا في العراق، حيث قضت في احد أحكامها الذي جاءت فيه (حيث أن المحكمة الإدارية العليا أصدرت في هذه الدعوى حكمها المرقم (62) / قضاء موظفين / تمييز / 2014) في 25 / 12 / 2014، فكان على محكمة الموظفين أتباع القرار التمييزي كونه باتاً وملزماً استناداً إلى أحكام الفقرة (د) من البند (تاسعاً) من المادة (7) من قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979، إلا أن محكمة قضاء الموظفين أصدرت الحكم المميز خلافاً لما تقدم، لذا قرر نقضه وحيث أن موضوع الدعوى صالح للفصل فيه، لذا

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا في العراق المرقم (542) / قضاء إداري / تمييز / 2016) في 11 / 5 / 2017

قرر رد الحكم... استناداً إلى أحكام المادتين (166) و(214) من قانون المرافعات المدنية العراقي⁽¹⁾.

ومن تطبيقاتها أيضاً، قرارها الذي جاء فيه (تجد المحكمة الإدارية العليا أن محكمة قضاء الموظفين بإصرارها على حكمها المنقوض من هذه المحكمة قد ارتكبت مخالفة قانونية لأحكام القانون لان الأحكام الصادرة من هذه المحكمة الإدارية العليا باثة وملزمة استناداً الى أحكام الفقرة (خامساً) من البند (تاسعاً) من المادة (7) من قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 فكان عليها أتباع الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا والتقييد بما انتهت إليه من تطبيق لأحكام قانون رواتب موظفي الدولة والقطاع العام رقم (22) لسنة 2008، وحيث أن الحكم المميز قضى بخلاف ما تقدم مما يجعله غير صحيح ومخالف للقانون لذا قرر نقضه وحيث أن موضوع الدعوى صالح للفصل فيه، لذا قرر الحكم برد الدعوى.... استناداً لأحكام المادتين (166) و (214) من قانون المرافعات المدنية⁽²⁾.

ويبدو أن الأثر المترتب على سلطة المحكمة الإدارية العليا ومجلس الدولة الفرنسي نتيجة الفصل في موضوع الدعوى متفق عليه في تشريعات الدول المقارنة فرنسا ومصر والعراق، فهو يؤدي إلى توحيد جميع الأحكام والقرارات أياً كانت الجهة التي أصدرتها ويكون قرارها واجب الإتياع، وعلى الرغم من عدم وجود الأساس القانوني في العراق

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا في العراق المرقم (943/ قضاء الموظفين / تمييز / 2015) في 2017/7/27 منشور.

(2) قرار المحكمة الإدارية العليا في العراق المرقم (1102/ قضاء الموظفين / تمييز / 2016) في 2017/8/3 منشور.

أو الدول المقارنة لاعتبار قرارات المحكمة الإدارية العليا ومجلس الدولة الفرنسي لها قوة ملزمة على المحكمة ذاتها أو المحاكم الأخرى والمحاكم الأدنى لأنها من دول النظام اللاتيني التي لا تقر مبدأ القوة الملزمة للسوابق القضائية، والذي يكون من شأنه أن يقيد حرية القاضي في المحاكم الإدارية الأخرى والمحاكم الأدنى أو المحكمة ذاتها بالتفسير الذي لا يتفق مع خصائص النظام الإداري في ظل القانون العام، إلا أن القضاء الإداري من الناحية العملية ألتزم أدبياً باتباع تلك المبادئ فيما يعرض عليها من قضايا مستقبلاً .

المطلب الثاني

أثر العدول عن مبدأ قانوني سابق

لما كان العدول يتعلق بتحول المحاكم العليا من مبدأ قانوني ثابت ومستقر، فهو بالغ الخطورة عندما تمارسه المحاكم الإدارية العليا باعتبار أن الاجتهاد القضائي فيها يعد مصدراً رسمياً للقانون يترتب عليه آثار أيضاً ذات الآثار للاجتهاد المستقر السابق، هي حجية الشيء المقضي به، وأن يصبح له قوة تنفيذية، فضلاً عن أنه سيكون ملزم لجميع السلطات، فوجهت انتقادات لفكرة العدول في الاجتهاد القضائي، لأنها تمس مبدأ الأمن القانوني وصوره سواء كان في إطار العلاقات بين الأفراد فيما بينهم أم فيها بينهم وبين الدول والمصلحة العامة، والتي منها ضمان الحد الأدنى من الثبات والاستقرار مما يعني أن السلطات العامة عليها عند إصدارها التشريعات القانونية التي تمس مصالح الأفراد المنظمة لعلاقتهم أو الماسة لمراكزهم القانونية عليها أن لا تصدرها بطريقة المفاجئة أو المباغتة.

ومن الآثار الأخرى المترتبة على العدول كونه يؤدي إلى المساس بالاستقرار القانوني

والاستقرار القضائي أيضاً، لاسيما وأن الاجتهاد القضائي ينصرف إلى تفسير حكم القانون بأثر رجعي ويحكم الأوضاع القانونية السابقة وهذا ما سنحاول بيانه في الفرعين الآتيين:

- الفرع الأول: أثر العدول على استقرار الأمن القانوني

- الفرع الثاني: أثر العدول على استقرار الأمن القضائي

الفرع الأول

أثر العدول على استقرار الأمن القانوني

يعد العدول في الاجتهاد القضائي والذي ينشأ في ضوءها مبادئ قانونية جديدة ، بمثابة تغيير جوهري في الاجتهاد القضائي وبالمبادئ القانونية المستقرة في أحكام وقرارات المحكمة الإدارية العليا، فهو إجراء قضائي يواجه مبدأ الأمن القانوني (La sécurité juridique) وذلك لأنه يقوم بتعديل القاعدة الاجتهادية من دون أعلام المتقاضين، ومصطلح الأمن القانوني أصبح سائد في الأفكار القانونية للمجتمعات الحديثة، فهو مفهوم قانوني حضوره دائم في كل النظم القانونية المختلفة والنظام القانوني العام بشكل خاص⁽¹⁾.

ويعد الأمن القانوني أحد أهم مقومات دولة القانون، فهي فكرة قديمة النشأة تعود أصولها إلى أيام الدولة اليونانية حيث تعود إلى فكرة القانون الطبيعي، الذي يقضي بأن كل إنسان لديه حقوق فطرية متأصلة في طبيعته وهذه الحقوق وجدت قبل الدولة، وعلى الدولة ضمان احترامها، فهذا المبدأ يقتضي أن كل شخص له الحق في استقرار

(1) د. حامد شاكر محمود، العدول في الاجتهاد القضائي، مصدر سابق، ص 67 وما بعدها.

المبادئ القانونية، وأن يكون في مأمن من التعديلات المفاجئة التي يمكنها أن تؤثر على الاستقرار⁽¹⁾.

وعلى الرغم من استعمال مفهوم الأمن القانوني بصورة واسعة، إلا أنه يصعب إيجاد تعريف جامع مانع لهذا المبدأ، فهو من المبادئ المركبة، التي تتحد فيها مجموعة من المبادئ القانونية الأخرى فهو يخاطب جميع السلطات في الدولة، ويعد العنصر الأساسي في الحماية التي تحققها سيادة القانون، فالسلطة التشريعية تحقق اليقين القانوني من خلال وضوح النصوص القانونية وتحديد نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان وهو ما يفترضه الأمن القانوني، وكذلك التزام الدولة بضمان توفير العلم بالقانون لدى الأفراد، وهذا العلم يعد ضرورياً لممارسة الحقوق والحريات التي يحميها الدستور⁽²⁾.

وقد حاول بعض الفقه الأوربي تعريف مبدأ الأمن القانوني بأنه (كل ضمانه وكل نظام قانوني للحماية يهدف إلى تأمين، دون مفاجآت حسن تنفيذ الالتزامات وتلافي أو على الأقل الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون)⁽³⁾.

وعرفه آخر بأنه (المبدأ الذي يتضمن طائفتين من القواعد أولهما : القواعد التي تضمن استقرار المراكز القانونية أو الثبات النسبي واستقرارها من حيث الوقت أو الزمان، وثانيهما : القواعد القانونية المتعلقة بوضوح وتحديد القواعد القانونية

(1) د. مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، ط 1، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2020، ص 9 وما بعدها.

(2) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط 1، دار الشروق، القاهرة، 2006، ص 58.

(3) Cathy Pomart, " La magistrature familiale ": vers une consecration Légale du nouveau visage de l' office du juge de la famille. Édition L' harmattan 2004, collection logiques juridiques. p.190.

وقرارات السلطة العامة ، مما يعني توافر الجودة في هذه القواعد والقرارات⁽¹⁾ . ويرى العميد (Carbonnier) إن (عدم استقرار القانون ليس له أي نتيجة مباشرة على المتقاضي ومع ذلك فإنه يتسبب بحالة من الشعور بعدم اليقين القانوني أو القلق القانوني)⁽²⁾ .

أما بالنسبة للفقهاء العربي ، فعلى الرغم من تجاهل أغلب الفقهاء وضع تعريف محدد له ، وذلك لمفهومه واحتوائه على مبادئ مختلفة يصعب جمعها في نطاق واحد ، إلا أنه حاول منهم تعريف الأمن القانوني من خلال التقريب بين الأمن إلى القانون فعرّفه بأنه (تحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة ، بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة ، بحيث تتمكن هذه الأشخاص من التصرف باطمئنان وهدى من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيامها بأعمالها وترتيب أوضاعها على ضوء منها دون التعرض لمفاجآت أو تصرفات مباغته صادرة عن السلطة العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار)⁽³⁾ .

وتعرف فكرة الأمن القانوني بأنه هو أساس اليقين القانوني بأن (تتطلب سيادة القانون التي تسمو في الدولة القانونية أن يتحقق الاستقرار في تطبيق القواعد القانونية فيما يتعلق باحترام الحقوق والحريات، فلا معنى لسيادة القانون ما لم يتحقق الشعور

(1) Fromont, le principe de sécurité juridique, A.J.D.A, 1996..p.178.

(2) لا فرق في استخدام مصطلح الأمن القانوني (La sécurité juridique) أو مصطلح اليقين القانوني (La certitude juridique) فكلاهما في ذات المعنى ، ولكن مصطلح الأمن القانوني هو الأكثر شيوعاً في الفقه الفرنسي.

(3) د. محمد يسري العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، مصدر سابق، ص 245.

بهذا الاستقرار لدى المخاطبين بالقانون باعتبار أن تنظيم العلاقات القانونية من وظائف القانون، فاهتزاز الاستقرار في العلاقات القانونية يؤدي بالتبعية إلى اهتزاز صور القانون في أعين المخاطبين به، ولهذا كان الأمن القانوني أحد العناصر الأساسية في دولة القانون⁽¹⁾.

وذهب بعض الفقه إلى تعريفه بأنه (الإجراءات التي تتخذها السلطات العامة بهدف تحقيق التوازن بين ثبات ووضوح وسهولة الوصول إلى القواعد القانونية السائدة في وقت معين بما يحقق الثقة والاطمئنان لدى المخاطبين بها وبين التطور والتغير الطبيعي لها)⁽²⁾.

وعرفه آخر بأنه (معرفة الأفراد لمراكزهم القانونية على نحو دقيق ومؤكد وواضح إذ يمكنهم ذلك من معرفة ما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات وهو ما يتيح لهم التصرف باطمئنان استناداً لها دون خوف أو قلق من نتائج هذا التصرف في المستقبل)⁽³⁾.

أما القضاء فقد عرفه مجلس الدولة الفرنسي بأن (مبدأ الأمن القانوني يقتضي أن يكون المواطنون دون عناء في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من طرف القانون المطبق وللوصول إلى هذه النتيجة، يتعين أن تكون القواعد المقررة واضحة ومفهومة وإلا تخضع في الزمان إلى تغييرات متكررة وغير متوقعة)⁽⁴⁾.

(1) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ص 84-85.

(2) د. مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانونية في النظم القانونية المعاصرة، مصدر سابق، ص 20.

(3) د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 49.

(4) تقرير مجلس الدولة الفرنسي الصادر عام 2006.

وقد حرصت بعض الدساتير على تكريس مبدأ الأمن القانوني فيها⁽¹⁾، فهو يضمن أمن العلاقات القانونية عن طريق استقرار القواعد القانونية في الماضي، كما يضمن أمن تلك العلاقات في المستقبل عن طريق ضمان توقع القواعد القانونية في المستقبل.

ولم ينص عليه الدستور الفرنسي لسنة 1958، ولم يقره المجلس الدستوري الفرنسي كمبدأ دستوري وأن كان يضمن قراراته بهذا المبدأ، ولم ينص عليه صراحة في دساتير مصر 1971 الملغى ودستور 2014 النافذ ودستور 2005 لجمهورية العراق إلا أنه نص على صور الأمن القانوني فإنه لا يعتبر مبدأً دستورياً مستقلاً قائماً بذاته، وإنما يحتوي هذا المبدأ على صور عديدة بعضها فقط تتمتع بقيمة دستورية بينما لا يمكن إضفاء الصفة الدستورية على بعضها الآخر⁽²⁾، ولبدأ الأمن القانوني خمس صور:

أولاً: عدم رجعية القوانين:

تعد قاعدة عدم رجعية القوانين أحد أهم القواعد التي يلزم المشرع بمراعاتها لحماية الأمن القانوني، لان التشريع يتأثر بعامل الزمن فيجب حماية الأوضاع والمراكز القانونية الناشئة، وتعد فرنسا من أسبق الدول التي نصت على مبدأ عدم سريان القانون على الماضي فالمادة (2) من القانون المدني الفرنسي الذي جاءت فيه (لا يسري القانون الا على أحكام المستقبل وليس له أثر رجعي)، فلا يجوز للمشرع أن يخرج على هذه القاعدة ويجعل للقوانين أثراً رجعياً إلا من خلال حالات معينة (استثناء من القاعدة) لأنه

(1) منذ عام 1961 قررت المحكمة الدستورية الفدرالية بألمانيا ترسيخ مبدأ الامن القانوني وقضت بأنه (بالنسبة للمواطن بأن الأمن القانوني يتجلى قبل كل شيء في حماية الثقة)، والمادة (4/282) من دستور البرتغال لعام 1976.

(2) د. محمد يسري العصار، مصدر سابق، ص 249.

طريق غير عادي يمس باعتبار الأمن القانوني ويهدده، فالأثر الرجعي يتناقض مع اعتبار الأمن القانوني، ونلاحظ أن المشرع الفرنسي جعل هذا المبدأ ذو قيمة تشريعية وليست دستورية، وكذلك لم يشر إلى مبدأ عدم رجعية الاجتهاد القضائي، فالأصل رجعية الاجتهاد القضائي، لان تفسير القانون هو وظيفة القضاء الأساسية.

ونص دستور 2005 العراقي على مبدأ عدم رجعية القوانين في البند (تاسعاً) من المادة (19) منه والذي نص على أنه (ليس للقانون أثر رجعي ما لم ينص على خلاف ذلك ، ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم)، ولاشك في أن سريان القانون على الماضي فيه أهدار للثقة بالقانون، لأنه يجعل عمل مشروع في وقت سابق محرماً في وقت لاحق، فيتولد القلق في نفوس الناس، بسبب عدم اطمئنانهم على ما اكتسبوا من حقوق، فتسود الفوضى وعدم الاستقرار في الجماعة والقلق في النفوس، فالقاعدة القانونية التي رتبوا الأفراد معاملاتهم على أساسها والتزموا بما أتت به، ليس للقاعدة القانونية الجديدة أن تحاسب الناس على ما قاموا به سابقاً لان ذلك يعد من قبيل معاقبة الالتزام بالقانون ومن العدل أن تسري القواعد القانونية على المستقبل، وتم تأكيد عدم مشروعية الأثر الرجعي للقانون في التشريعات المالية والضريبية في العراق والدول المقارنة⁽¹⁾.

وقد أقرت الهيئة العامة في مجلس الدولة سابقاً في أكثر من حكم مبدأ عدم الرجعية ومن ذلك قرارها المؤرخ في 16/9/2010 الذي جاء فيه (عدم رجعية الأحكام المالية

(1) أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر بالدعوى رقم (232) لسنة (26) قضائية الصادرة بتاريخ 15/أبريل/2007، أنظر قرار حكم المحكمة الاتحادية العليا بالعراق المرقم (16) اتحادية / (2012) الصادر بتاريخ 2/5/2012، أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا بالرقم (68) اتحادية / (2015) الصادرة بتاريخ 19/10/2015، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا.

سواء بالمدة أو بالاسترجاع بعد مضي سنتين على تقاضيتها ومضي هذه الفترة يعطي الموظف حقاً مكتسباً لا يجوز المساس به⁽¹⁾.

ومن تطبيقات المحكمة الإدارية العليا في هذا المعنى، قرارها الذي جاء فيه (وحيث إن المنع جرى في ظل أوضاع قانونية صحيحة وفقاً للأمر (30) لسنة 2003 وان الرجوع عنه وتصحيح القرار لا يستقيم واستقرار المراكز القانونية والحق المكتسب للمدعي ويجعل الأمر محل الطعن مجانباً للصواب مما يستدعي إلغائه)⁽²⁾.

ثانياً: مبدأ العلم بالقانون:

إن التزام الدولة بضمان علم المخاطبين بالقانون يعد مبدأ ذا قيمة دستورية يتبع مبدأ المساواة إمام القانون، وهو مبدأ يقوم على قرينة معرفة القاعدة القانونية من قبل الخاضعين لها ولا يقبل عدم علمه أو جهلة بالقانون استناداً إلى قاعدة (عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون) لأن ذلك يمنع تطبيق القوانين واستقرار المراكز القانونية وهذا يتعارض مع مبدأ الأمن القانوني⁽³⁾، بمعنى أن مجرد نشر القانون في الجريدة الرسمية ومضي المدة اللازمة لسريانه يصبح قرينة على علم الناس كافة بالقانون، فلا يدعي أحد الجهل بالقانون.

(1) قرار الهيئة العامة في مجلس الدولة العراقي سابقاً المرقم (453/ انضباط - تمييز/ 2010) الصادر في 2010/9/16 منشور.

(2) قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (35/ قضاء الموظفين - تمييز/ 2014) الصادر في 2015/1/22 منشور.

(3) د. مازن ليلو راضي، اليقين القانوني من خلال وضوح وسهولة الوصول إلى القانون، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد 1، 2019، ص 22.

فهذا حق مفترض بمجرد نشره في الجريدة الرسمية، ونجد إن فرنسا حرصت على نشر الأحكام في مجموعات رسمية كمجموعة (هنري كابتان) في الأحكام المدنية، ومجموعة (العميد والين) في أحكام القضاء الإداري، ومجموعة (لوبون) المشهورة في نشر أحكام مجلس الدولة الفرنسي، وقد تبنى المشرع الفرنسي في المرسوم رقم (973) في سنة 2005 حجية المحررات الالكترونية كطريق من طرق نشر التشريعات بالوسائل المتاحة كالجريدة الرسمية ووسائل الاتصال الحديثة والتقنيات الالكترونية، ويعد الموقع الالكتروني الخاص بالحكومة الفرنسية (www.legifrance.gouv.fr) من أكبر المواقع لما تحتويه من تشريعات وتقنيات، وقد أخذ المشرع الفرنسي على ترصين النشر الالكتروني والورقي، فضلاً عن ذلك نشر القرارات والأحكام القضائية على الموقع الالكتروني لتصبح هذه المصادر القانونية في متناول الجميع مجاناً.

أما في مصر فقد نصت المادة (225) من دستور 2014 الحالي على أن (تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إصدارها، ويعمل بها بعد ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ نشرها، إلا إذا حددت لذلك معيار آخر)، وهذا يعني صياغة القاعدة القانونية بطريقة واضحة تسمح للمواطنين بإدراك حقوقه وموجباته وأحكامه وقد أوضحت التجربة أن مصلحة الأفراد والجماعات لا تكمن فقط في تشريع القوانين أو النصوص التنظيمية، بل أن الأمر يتعدى ذلك إلى نشرها ونشر الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم كافة والمحكمة المستجيبة للمصالح الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لتحقيق ما يسمى بالأمن القضائي، لذلك نجد إن أحكام القضاء الإداري تصدر دورياً كمجموعة رسمية من مجلس الدولة.

وفي العراق نصت المادة (129) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على أن (تنشر القوانين في الجريدة الرسمية ويعمل بها من تاريخ نشرها، ما لم ينص على خلاف

ذلك)، وعملية النشر الغرض منها تحقيق الأمن القانوني سواء كان تشريعاً رئيساً أم تشريعاً فرعياً حتى يتمكن الناس من العلم به وإلا يكون مفاجئ لهم في تطبيقه، ليكون ملزماً للمخاطبين به، فالنشر بالجريدة الرسمية للدولة هي الطريقة الرسمية للعلم بالقانون، فالعلم بالقاعدة القانونية بوسائل أخرى كالنشر بالإذاعة أو الصحافة لا تجعله نافذاً، فمجرد النشر في الجريدة الرسمية يفترض علم الأفراد بالقاعدة القانونية حتى لو لم تؤدي إلى الإطاحة بها لأنه لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون ولا نجد ما يشير في التشريعات العراقية اعتماد التقنية الالكترونية كوسيلة لنشر التشريعات والقوانين ولا زال النشر في الجريدة الرسمية هو المعمول عليه في هذا الشأن وتشر إحكام وقرارات القضاء الإداري سنوياً كمجموعة رسمية من مجلس الدولة⁽¹⁾.

وللدور الهام والفعال في نشر أحكام الاجتهاد القضائي كوسيلة ترمي إلى توحيد الاجتهاد القضائي من خلال تعميمه داخل المجتمع، يعمل القضاء الإداري في العراق والدول محل المقارنة على نشرها، التي تتناول الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم الإدارية خلال فترة زمنية معينة وتكون عادةً سنوية، ويعتبر نشرها وسيلة لإعلام كل المواطنين في نفس الوقت مما يحقق الرغبة في تحقيق الأمن القضائي.

ثالثاً: احترام الحقوق المكتسبة للأفراد:

يقصد باحترام الحقوق المكتسبة أن لا يجوز لأي من سلطات الدولة انتهاك أو سلب حقوق أستمدها الأفراد بطريق مشروع بموجب القوانين أو الأنظمة والقرارات النافذة، متى ما كانت هذه الحقوق تتعلق بممارسة أحد الحريات العامة أو أحد الحقوق

(1) د. مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، مصدر سابق، ص 112 وما بعدها.

الأساسية التي ينص عليها الدستور مثل حق الملكية والحق في التأمينات الاجتماعية الجنسية⁽¹⁾.

ومبدأ الحق المكتسب يرتبط بعدم رجعية القرارات الإدارية على الماضي، فالحق الذي يكتسبه الفرد في ظل وضع قانوني معين ينبغي عدم المساس به في حال تغيير ذلك الوضع القانوني، فيصبح هذا الحق متكامل العناصر، فيعتبر بمثابة ميزة للشخص لها صفة قانونية، فإذا ما تعرض للانتهاك يمكن حمايته عن طريق دعوى أمام المحاكم، ومن ثم لا يمكن مصادرة هذا الحق بحجة حماية المصلحة العامة مهما كانت ملحة، وهو أحد عناصر الأمن القانوني الذي يجب أن يتمتع به هذا المبدأ وكذلك القدر الكافي من الثبات للمركز القانونية للأفراد وعدم مفاجئة السلطات للأفراد بقرارات تخالف توقعاً مشروعاً بناه على أسس مشروعة⁽²⁾.

ومن تطبيقات الهيئة العامة في مجلس الدولة في العراق سابقاً المتضمنة بأن قرار التعيين إذا صدر صحيحاً يعد حقاً مكتسباً والقرارات الإدارية لا تسري بأثر رجعي إذا اكتسب صاحب الشأن حقاً وترتب له مركز قانوني، قرارها المؤرخ في 3/4/2006 الذي جاء فيه (فأنه يكون قد اكتسب حقاً ثابتاً لهذا العنوان الوظيفي لا يجوز المساس به وحرمانه من مزاياه إذ أنه إذا كان من شأن مضي المدة المقررة للطعن في الأمر أو لقرار الإدارة ومقدارها ستون يوماً وفقاً لما قرره المادة (7/ ثانياً/ ز) من قانون مجلس شورى

(1) د. مازن ليلو راضي، من الأمن القانوني إلى التوقع المشروع، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، 2018، ص 18.

(2) د. حسين جبر الشويل، نظرية التوقع المشروع في القانون العام، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية العدد 38، المجلد 2، 2017، ص 572-573.

الدولة أن يجعله محصناً ضد هذا الإلغاء القضائي فأن مضي هذه المدة على صدور القرار الإداري دون إلغاء من الإدارة يجعله محصناً من باب أولى ضد الإلغاء الإداري ولمضي مدة تزيد على تسعة أشهر من مباشرة المميز عليه بوظيفته، وحيث أن كتاب أمانة مجلس الوزراء المرقم (5908) في 21/6/2005 قرر إلغاء قرار التعيين المميز عليه واعتبار قرار إلغاء أحوالته على التقاعد ملغياً مما يستدعي أحوالته على التقاعد بتاريخ صدور هذا الأمر ولا يجوز اعتبار أحوالته على التقاعد بأثر رجعي لان القرارات الإدارية لا تسري بأثر رجعي إذا اكتسب ذو العلاقة بها حقاً وأصبحت لهم مراكز قانونية ثابتة وهي ملزمة للإدارة كما هي ملزمة للأفراد وحيث أن مجلس الانضباط العام قد ألتمز في حكمه المميز من وجهة النظر القانونية...⁽¹⁾، ومن تطبيقات الهيئة العامة في مجلس الدولة سابقاً أيضاً، في قرارها المؤرخ 20/12/2012 الذي جاء فيه (لا يسري القانون على الحقوق المكتسبة الناشئة قبل نفاذ)⁽²⁾، كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في العراق في قرارها المؤرخ في 4/8/2013 إلى التأكيد على احترام الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية الذاتية، حيث جاء فيه (إن الحق المكتسب لا يتحصن من الإلغاء بمضي المدة إلا إذا تم في ظل أحكام قانونية سليمة)⁽³⁾.

(1) قرار الهيئة العامة لمجلس الدولة سابقاً رقم (41/ انضباط/ تمييز / 2006) الصادر في 3/4/2006 منشور.

(2) قرار الهيئة العامة لمجلس الدولة سابقاً رقم (673/ انضباط/ تمييز/ 2012) الصادر في 20/12/2012 منشور.

(3) قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (730/ قضاء موظفين/ تمييز / 2012) الصادر في 4/8/2013 منشور.

رابعاً: مبدأ حماية التوقع المشروع:

تعد فكرة التوقع المشروع أو عدم مفاجئة أو مباغطة الأفراد ومصادمة توقعاتهم المشروعة، من الأفكار الملزمة على مستوى الاتحاد الأوروبي، وهو من خلق قضاء المجموعة الأوروبية، حيث قررت مؤسسات هذا الاتحاد التزام حكومات الدول الأعضاء بتطبيق هذه القاعدة في التشريعات واللوائح التي تصدرها⁽¹⁾.

ويرى أحد الفقهاء⁽²⁾ أن التوقع المشروع هو قدرة الأشخاص على التنبؤ بما ستؤول إليه تصرفاتهم في ضوء الإرادة السائدة للسلطة الإدارية القائمة، فلا يمكن للإدارة أن تباغتهم بما يتناقض مع توقعاتهم المشروعة، بمعنى أن الإدارة إذا سبق وأن اتخذت تصرفاً قانونياً وأصبح لدى الشخص صاحب الشأن مصلحة من هذا التصرف توقع بأن هذا التصرف سيستمر، إلا أن الإدارة عدلت عن هذا التصرف بصورة خالفت توقع صاحب المصلحة، فيمكن أن يطالب بإلغاء قرار الإدارة الأخير إذا كان هناك سبباً كافياً أو ملحقاً لتحقيق المصلحة العامة.

فالتوقع المشروع هو ليس حقاً قانونياً، وإنما توقع لاستمرار منفعة أو للحصول على منفعة أو تحقيق مصلحة معينة مبنياً على سلوك أو نشاط معين للإدارة، ولكن يعد التوقع مشروعاً يجب أن يكون معقولاً ومنطقياً وصحيحاً، فأي توقع يستند إلى ممارسات إدارية متفرقة لا تشكل سلوكاً مطرداً أو يستند إلى تصرفات غير رسمية، لا يعد توقعاً معقولاً أو منطقياً، ومن ثم لا يصلح أن يكون توقعاً مشروعاً، والتوقع حتى لو كان

(1) د. محمد يسري العصار، مصدر سابق، ص 251.

(2) د. مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، مصدر سابق ص 196.

مشروعاً يخضع لتقييم المحاكم الإدارية عبر الموازنة بينه تين أهمية المصلحة العامة⁽¹⁾.
وذهب جانب من الفقه إلى الاعتراف بمبدأ حماية التوقع المشروع بوصفه جزءاً من مبدأ الأمن القانوني ويقتضي أن يكون في وسع الأفراد الاطمئنان إلى أن تصرفاتهم مطابقة للقانون النافذ، سيتم الاعتراف بها لاحقاً مع كل الآثار القانونية الناتجة عنها، إلا أن الأفراد يجدوا أن ثقتهم قد خابت حينما رتب المشرع على تصرفاتهم الناجزة آثار غير ملائمة مقارنة بتلك التي توقعها المواطن حين بادر بتصرفاته ، فلا ينهض مبدأ التوقع المشروع إلا في مواجهة قرارين أو تصرفين قانونيين التصرف الأول يخلق في ذهن الأفراد حالة من التوقع باستمرار مصلحتهم أو منفعتهم بناءً على أسس أو أسانيد معقولة، أما التصرف الثاني فيتمثل في عدول الإدارة عن قرارها أو تصرفها الأول بما يخالف هذا التوقع ويختلف هذا عن مبدأ الأمن القانوني الذي يمثل قيداً موضوعياً على السلطة التشريعية، يجب أن تتقيد به في إصدار القانون وبخلافه فإن القانون يوصف بعدم الدستورية هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن الأمن القانوني يضمن الحقوق الثابتة والمستقرة، في حين أن مبدأ التوقع المشروع يضمن احترام الوعد المقدم وأن لم يكن ذلك مقترناً بدليل قانوني⁽²⁾.

إلا أن دور القضاء بتحقيق الأمن القانوني، لا يمكن تحقيقه ما لم تكن القواعد القانونية واضحة وغير مبهمة، فلا يمكن المطالبة بتطبيق قاعدة قانونية تنتهك مبدأ الأمن

(1) د. حسين جبر الشويل، مصدر سابق، ص 57.

(2) د. عبد المجيد غميجه، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، بحث مقدم إلى المؤتمر الثالث للمجموعة الإفريقية، الدار البيضاء، 2008، ص 5. بحث منشور على الموقع الإلكتروني آخر زيارة في 2019/4/5

القانوني بسبب عدم الوضوح والدقة، وأن تكون القاعدة القانونية غير متناقضة مع غيرها من القواعد، وإلا بدأ القاضي بأعمال الاجتهاد، فيضطر القاضي إلى إنشاء قاعدة تحكم النزاع المعروض عليه عند عدم وجود قاعدة قانونية، حتى لا يُعد منكرًا للعدالة، وتظل للقاعدة التي ينشئها القاضي صفة الخصوصية ولا تكتسب صفة العمومية، فيستطيع أن يعدل عنها لاحقاً في حالات مماثلة، وهكذا فإن قابلية التوقع المشروع في الحكم القضائي ليست بالسهولة المطلوبة، فتكون محصورة في مداها أو كفاءتها فالصعوبة التي ترافق الاجتهاد القضائي وعلاقته بالأمن القانوني، لاسيما فيما يتعلق بالعدول عن اجتهاد قضائي سابق، يجعل عدم قابلية الاجتهادات القضائية للتوقع، أحد أهم المعاني والدلالات التي يحملها مبدأ الأمن القانوني، وأن تخلي القضاء على قاعدة اجتهادية سابقة تعد أفضل وأكثر ملائمة من تلك القاعدة التي تظهر قيود شديدة لدرجة أنه تخلى عنها، فوجود حالة العدول تعني أن الحل السابق أصبح غير سليم ولم يعد ذو جدوى، فيكون العدول في الاجتهاد القضائي أحد أهم الحلول التي يضعها الاجتهاد القضائي في حزمة الأمن القانون في المجتمع⁽¹⁾.

خامساً: تقييد الأثر الرجعي للاجتهاد القضائي الجديد:

يقصد بتقييد النطاق الزمني هو تحديد الوقت الذي سيدخل فيه القرار القضائي حيز التنفيذ، فلا بد من تحديد الوقت الذي سيمتد إليه القرار وترتيب آثاره القانونية، وبيان ما إذا كان القرار سيسري بأثر رجعي على العلاقات القانونية السابقة على صدور ذلك القرار وتعد باطلّة من تاريخ أنشاؤها، أم أن الحكم سيسري بأثر مباشر من تاريخ

(1) د. حامد شاكر محمود، العدول في الاجتهاد القضائي، مصدر سابق، ص 142.

صدوره وآثاره ستنفذ على العلاقات التي تنشأ من تاريخ صدور الحكم القضائي⁽¹⁾. ولا تثير مسألة الأثر الرجعي أية مشاكل قانونية في حال انتهاء مدة الطعن أو عدم قبول الدعوى أو رفضها، كون الأوضاع تبقى مستقرة على حالها، إلا أن هذه الإشكالية قد تثار في حال قبول الدعوى وإلغاء القرار الإداري وترتيب الآثار القانونية عليها، فالاجتهاد القضائي يعد أحد الحلول القانونية للقاضي، لتلافي النقص الحاصل في مصادر القانون الأخرى، ولا يوجد ما يمنع المحكمة الإدارية العليا من تغيير اجتهادها المستقر إذا رأت أن ظروف المجتمع وأوضاعه بحاجة إلى تغييره، فالعدول يحدث تغييراً في الاجتهاد القضائي، وهو بذلك غير مستقر ويؤثر لا محالة على الحقوق المكتسبة وعلى الثقة المشروعة للمتقاضين وبالتالي يترتب عليه عدم الأمن القانوني، إذ بعد اطمئنانهم لاجتهاد قضائي ثابت ومستقر، تعاملوا في ضوءه يتم التراجع عنه بشكل مفاجئ⁽²⁾.

وتقوم فكرة الأثر الرجعي على أن الحكم بإلغاء القرار أو قامت الإدارة بسحبه، فأن هذا الإلغاء أو السحب بما له من أثر رجعي وعده كأن لم يكن بعد مرور فترة زمنية على صدوره يمكن أن يمس الحقوق والمراكز التي استقرت للأفراد في فترة سريان القرار وحتى تمام إلغائه أو سحبه، الأمر الذي يستلزم وضع ضوابط تحد من سريان الأثر الرجعي للحكم الصادر بما يخدم الأفراد الذين صدر حكم الإلغاء لصالحهم وبما يضمن لهم نوعاً من الأمن القانوني.

وتجدر الإشارة إن الفقه والقضاء في فرنسا ومصر والعراق أستقر أن الإلغاء القضائي

(1) د. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2006، ص 180.

(2) القاضي عواد حسين العبيدي، إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، مصدر سابق، ص 82.

يكون مقيداً بميعاد معين، بمجرد انتهائه لا يجوز للقضاء القيام بإلغاء القرار غير المشروع، وذلك لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية المتولدة عنه مالم يكن القرار منعماً⁽¹⁾.

ويقوم مجلس الدولة الفرنسي بأجراء عملية الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني، من خلال الحد من آثار الإلغاء للقرار غير المشروع والاعتراف بآثار القرار الإداري كلها أو بعضها التي رتبها في الماضي، أو يجعل لحكم الإلغاء للقرار غير المشروع أثر مستقبلي، بأن يحدد القاضي آثار القرار التي رتبها القرار غير المشروع، بأن يعترف بآثار القرار غير المشروع قبل الحكم بإلغائه وحتى التاريخ المحدد في المستقبل من القاضي لسريان حكمه بالإلغاء⁽²⁾.

وذهب كذلك مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه إلى المعنى ذاته حيث أقرت بسلطة القاضي الإداري بأعمال الأثر المباشر لحكم الإلغاء، وذلك لاعتبارات المصلحة العامة وتفضيلها على اعتبار مبدأ المشروعية فقطت (أن إلغاء تعيين قاضي يترتب عليه طبقاً للأثر الرجعي لحكم الإلغاء وبطلان الأحكام والإجراءات التي ساهم فيها مما

(1) راجع قرار مجلس الدولة الفرنسي

C. 16 juin Zoon, N2965f8, Fédération des syndicats dentaires libéraux, ASDA 2008.p.2029.

انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بالطعن رقم (1687) لسنة (7 قضائية) في 30/5/1965 التي قضت فيه (أن القرارات تسري بأثر حال من تاريخ العمل به لضمان احترام الحقوق المكتسبة). كذلك انظر: قرار الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة رقم (453/انضباط/تميز/2010) في 16/9/2010 الذي جاء فيه (عدم رجعية الأحكام المالية سواء بالمدة أو بالاسترجاع بعد مضي سنتين على تقاضيتها ومضي هذه المدة يعطي الموظف حقاً مكتسباً لا يجوز المساس به).

(2) أحمد عبد الحسين عبد الفتاح السنتريسي، مصدر سابق، ص 85.

يؤدي إلى الإفراط في الضرر الواقع على مرفق القضاء، لذا من الضروري عدم الإعلان إلغاء قرار تعيين هذا القاضي إلا بعد انتهاء مدة شهر من تاريخ صدور قرار الإلغاء⁽¹⁾.

أما مجلس الدولة المصري لم يعد يساير التطور الحديث الذي وصل إليه نظيره الفرنسي، فقد وضع اعتبارات المصلحة العامة بدون تقرير الموازنة بين مبدأ الأمن القانوني ومبدأ المشروعية فقد أجاز للإدارة عدم تنفيذ حكم إلغاء القرار غير المشروع إذا كان يهدد الصالح العام، ففي هذه الحالة نجد أن القاضي في مجلس الدولة المصري قد أعلى اعتبارات الأمن القانوني على مبدأ المشروعية حيث أن تنفيذ الحكم بالإلغاء يجعل من هذا الحكم كأن لم يصدر من الناحية العملية على الرغم من وجوده من الناحية النظرية، ومن تطبيقات المحكمة الإدارية في مصر التي أفصحت فيه عدم تنفيذ الإدارة لحكم الإلغاء لاعتبارات الصالح العام، حيث قضت في أحد أحكامها (لا يجوز للقرار الإداري أن يعطل تنفيذ حكم قضائي نهائي إلا إذا كان يترتب على تنفيذ الحكم فوراً أضرار خطيرة بالصالح العام يتعذر تداركه كالفتننة أو تعطيل سير مرفق عام، فيرجح الصالح العام على الصالح الفردي بمراعاة أن تقدر الضرورة بقدرها، الضرورة هي الحالة الواقعية التي تجابه جهة الإدارة وتفاجئها فتجد نفسها أمام خطر حال داهم أو أخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه إلا بإصدارها القرار⁽²⁾، ومن تطبيقاتها أيضاً، ما قضت به بأن (القرار الإداري لا يجوز في الأصل أن يعطل تنفيذ حكم قضائي نهائي وإلا كان مخالفاً للقانون، إستثناءً إذا كان يترتب على تنفيذ الحكم أخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه، فيرجح حينئذ الصالح العام على الصالح الفردي

(1) (C.E, 12 décembre 2007, N296072, SIRE, AJDA2007, p.2407.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بالطعن رقم (224) لسنة (54) قضائية بتاريخ 1961/12/23.

الخاص، شرط أن تقدر الضرورة بقدرها وإلا فلا يمكن لجهة الإدارة إصدارها قرار يعطل نفاذ الأحكام النهائية التي حازت قوة الأمر المقضي به⁽¹⁾.

أما في العراق فالمادة (7/ ثامناً/ ج) من قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 وتعديلاته أشارت إلى صفات قرار المحكمة الإدارية فقط دون تحديد النطاق الزمني لسريان تلك القرارات هل يكون بأثر رجعي أم مباشر ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة للقانون نجد أن حكم الإلغاء له أثر كاشف وليس منشئاً، وبما أن اجتهادات المحكمة الإدارية العليا قد تؤدي إلى إلغاء القرار الإداري، فحكم الإلغاء يكون كاشفاً وليس منشئاً، مما يترتب عليه أن حكم الإلغاء لا بد أن يسري بأثر رجعي ومن تاريخ صدور القرار وليس بأثر مباشر، مما يعني أن الاجتهاد الجديد الذي عدل فيه القاضي الإداري سيتم تطبيقه على القضايا المقامة أمام القضاء الإداري من دون النظر إلى التاريخ الذي نشأت به الوقائع المتعلقة بتلك الدعوى وسيجد الخصوم أنفسهم مجبرين على الخضوع لقاعدة قانونية لم يكونوا على علم بها مما يهدد الأمن القانوني⁽²⁾.

ولكن من الممكن تفادي أو التقليل من تهديد العدول للاستقرار القانوني في القضاء

- (1) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بالطعن رقم (3257) لسنة (49) قضائية بتاريخ 2/2/2005.
- (2) أنظر: المادة (7/ ثامناً/ ج) من قانون رقم (17) لسنة 2013 التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة التي نصت على أنه (يكون قرار المحكمة غير المطعون فيه، وقرار المحكمة الإدارية العليا نتيجة الطعن باتاً وملزماً) يخص هذا النص محكمة القضاء الإداري، وكرر المشرع العراقي هذا النص فيما يخص قرارات وأحكام محكمة قضاء الموظفين في المادة (7/ تاسعاً/ د) من القانون ذاته، حيث نص على أنه (يكون قرار محكمة قضاء الموظفين وقرار المحكمة الإدارية العليا الصادر نتيجة الطعن باتاً وملزماً) ونرى كان الأفضل للمشروع الاكتفاء بالنص السابق تجنباً للتكرار، لأنه يمكن أن ينطبق على كلا المحكمتين.

الإداري عن طريق جعل قرارات المحكمة الإدارية العليا التي فيها عدول تسري بأثر مباشر وليس بأثر رجعي من تاريخ صدور القرار وبالتالي لا يؤثر على المراكز القانونية المستقرة والتي ترتبت في الماضي وبذلك لا يعد العدول في الاجتهاد القضائي تهديداً للأمن القانوني⁽¹⁾.

وللتحقيق من المتعارض بين فكرة تقييد الاجتهاد بأثر رجعي والأمن القانوني ينبغي توفر الشروط الآتية ليتم العدول في أحكام القضاء الإداري:

1- أن يكون العدول القضائي محدداً واستثنائياً:

يتحتم على القاضي الإداري إلا يفرط في استخدام العدول القضائي إلا عند الضرورة الملحة، وألا يساهم في عدم استقرار المراكز القانونية فالعدول سيكون مقبولاً طالما كان محدوداً، فالأصل هو عدم العدول القضائي والاستثناء هو العدول لعلاج قضايا معينة، وأن كثرة العدول سيدفع إلى المساس بالتوقيع المشروع للأفراد، كما أن مبدأ الأمن القانوني في صورة التوقع المشروع من الأفراد يفرض أن يكون القاضي الإداري قليل العدول وأن تساهم قرارات القضاء الإداري بتحقيق الثبات والاستقرار وتأكيد المراكز القانونية لا تهديدها⁽²⁾.

الأمر الذي يتعارض مع مبدأ الأمن القانوني والثقة المشروعة، فالهدف من الاجتهاد القضائي توضيح غموض القاعدة القانونية وتفسير مجمل وتقييد مطلق، فلذلك غير مستقرة فهي قابلة للتحويل وهذا يؤثر لا محالة على الحقوق المكتسبة والثقة المشروعة للمتقاضين.

(1) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص 88.

(2) هديل محمد حسن المياحي، مصدر سابق، ص 170.

مما يؤدي إلى فقدان الناس بالعدالة وسيادة القانون، إلا أن هذا لم يمنع القضاء الإداري من الاجتهاد والعدول عن مبادئه السابقة لعدة اعتبارات، منها أن المبادئ السابقة يجب أن لا تقيد سلطة القاضي في الاجتهاد ولا يجد فيها مساساً بمبدأ الأمن القانوني، والقرارات القضائية الصادرة عن المحاكم المختلفة تفرض على القضاة التقييد بأحكام القانون، ولا يوجد إلزام أن يطلب منهم اتخاذ قرار مطابقاً كما كان يمكن أن تتخذه محاكم أخرى، فالعدول عن المبادئ القانونية السابقة لا يعدل القانون، وإنما يعدل من تفسيره إذا ظهرت عدم صحته، وبطبيعة الاجتهاد تتغير بسرعة حيث يأخذ وقت طويل ليكون على غرار العرف، ووقتاً طويلاً ليتغير، فالأمن لا يعني جمود القاعدة القانونية والحجر على المحاكم في تطوير اجتهادها⁽¹⁾.

2- إن يكون العدول مشروعاً:

العدول في الاجتهاد القضائي ينبغي أن يكون مبرراً ومقبولاً، ولا يكون بسبب الإرادة الحرة للقاضي، واستبعاد أن يكون العدول من أجل العدول فقط، فالعدول دون مبرر يؤثر باعتبارات الأمن القانوني، فالعدول يجب أن يكون بسبب تغير الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية أو القانونية في المجتمع، ولا يمكن قبول العدول أو وصفه بالمشروعية إذا كان يمس أو يهدد الحريات الأساسية، وعندئذ فأن العدول لن يكون مقبولاً ولا مشروعاً إلا إذا كان يزيد حماية الحريات الأساسية أو على الأقل يزيد من فعاليتها، وهو ما يعني أنه لا يجوز للقاضي الإداري كما لا يجوز للمشرع أن يخل بالضمانات التي أعطاها الدستور للحقوق والحريات كحجبة تغير الظروف، فأن محدودية العدول القضائي سوف يجعله مقبولاً من ناحية، ويساهم في مصداقية القاضي

(1) د. مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم المعاصرة، مصدر سابق، ص 58-59.

الإداري وجودة الاجتهاد القضائي من ناحية أخرى، وعلى العكس فإن كثرة التحول في الاجتهاد القضائي قد يؤثر بالسلب على مكانة القاضي الإداري وعلى أداء مؤسسة القضاء الإداري وجودتها⁽¹⁾.

أن الأمر مختلف في العراق عن العدول محل المقارنة، فمنذ تشكيل المحكمة الإدارية العليا سنة 2013 ومارست عملها بصورة فعلية، ولغاية سنة 2018 نجد من النادر العدول في قرارات المحكمة ولم تبلغ العدد الذي بلغته تلك الدول وإنما أقل منها بكثير، فهذا يدل على أن المحكمة الإدارية العليا لا تلجأ للعدول بصورة مستمرة أو بشكل مفرط، فالقاضي الإداري بما لديه من الخبر يجعله لا يلجأ للعدول لأنه حتماً ستؤدي إلى عدم استقرار المراكز القانونية أو مساس للأمن القانوني.

وبدورنا نتفق مع الرأي الفقهي الذي يقول لتخفيف أثر العدول القضائي من خلال توحيد المبادئ القانونية، ونشره بالإعلان عنه بالظروف المتاحة، بإمكانية العلم بالقانون والفهم الحقيقي للاجتهاد القضائي وتفسيره المعتمد من المحاكم العليا وهو ما يعكس درجة اليقين التي تمكن الخصوم من معرفتها، بما يضمن حقوقهم وحررياتهم، وهو ما يلقي على القضاء الإداري مهمة إيصال الاجتهاد القضائي والعدول للمواطنين من خلال نشر أحكامها ومبادئها، لتعزيز القابلية للتنبؤ وإمكانية الوصول للمواطنين والفقهاء والعاملين بالقانون كالمحاميين على حد سواء⁽²⁾.

(1) د. عبد الحفيظ الشيمي، مصدر سابق، ص 95 وما بعدها.

(2) د. مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم المعاصرة، مصدر سابق، ص 61.

الفرع الثاني

أثر العدول على استقرار الأمن القضائي

يتفق الفقه أن مفهوم الأمن القضائي يقترب من مفهوم الأمن القانوني، إلا أن ذلك لم يمنع من وضع تعريف للأمن القضائي معرفه بأنه (ثقة الأفراد في المؤسسة القضائية والاطمئنان إلى ما يصدر عنها من أحكام عند ممارستها وظيفتها الرسمية في تطبيق القانون وفض المنازعات المعروضة أمامها، ومن المؤكد أن درجة الثقة التي تعكسها المؤسسة القضائية في نفوس الأفراد تتوقف على عدد من الضمانات القانونية التي ترتبط باستقلالية هذه المؤسسة عن بقية المؤسسات العامة وحسن أدارتها ودرجة جودة أحكامها وكفالة حق التقاضي للأفراد على جميع مؤسساته، وهي ضمانات تبعث بالنفوس الثقة بهذه المؤسسة وتضمن تحقيق الأمن القضائي)⁽¹⁾.

وتتجسد أهمية الأمن القضائي في توفير الاطمئنان للمتقاضين لدى المؤسسة القضائية، وهذا يأتي من خلال جودة الأداء بمستوى الأعمال التي تؤديها واستقرار الاجتهاد والعمل القضائيين بما يوازن روح التشريع وتحقيق العدل بين مكونات المجتمع، سواء كانوا أفراد أو أشخاص معنوية أو الإدارة والمؤسسات العمومية، فالحقيقة أن الأمن القضائي ملاذ لدرء التعسف ولتجاوزات البعض، فيكون المستفيد من هذا الدور القضائي هم المتقاضين بصفة خاصة والمؤسسة القضائية بصفة عامة، مما ينعكس بصورة إيجابية على الثقة واستقرار المعاملات، والاطمئنان للنصوص القانونية، مما يحقق الثقة في القانون والقضاء وهذه الغاية من الأمن القضائي⁽²⁾.

(1) د. عبد الحميد غميجه، مصدر سابق، ص 17.

(2) د. محمود حمدي عباس عطية، مصدر سابق، ص 20-21.

ويرتبط مفهوم الأمن القانوني بالأمن القضائي، فالأمن القضائي هو أحد أهداف القانون، لأنه يرتبط بالمبادئ القانونية التي توضع نتيجة الاجتهاد القضائي، مما يثير التساؤل حول كيفية شعور الخصوم بالأمن والثقة بأن منازعاتهم سيتم النظر بها من جهة قضائية عادلة تمكنهم من الحصول على محاكمة عادلة، في حين أن أحكام القضاء والمبادئ القانونية المستقرة بالإمكان العدول عنها بصورة مباغته تتنافى مع توقعاتهم؟

وللإجابة على هذا التساؤل أن طبيعة الدور الاستثنائي الذي يمارسه القاضي الإداري يختلف عن نظيره القضاء العادي، ليس لكون هذا القضاء حديث النشأة، أو لان موضوعاته متطورة، بل لان المصلحة العامة مرنة ومتطورة، فالقاضي الإداري هو الوحيد الذي يرسم حدود هذه المصلحة العامة ويراقبها، والقضاء هو المظهر العملي للقانون، يملك في أداء وظيفته إصدار اجتهادات قضائية تلاءم حسن تطبيق القانون، وينبغي احترام استقرار الاجتهاد القضائي بما يكفل تجنب تضارب أو العدول عن الاجتهاد القضائي التي كانت محل الاجتهاد، واعتبار كل تعديل لاحق مكمل أو حلاً إضافياً حتى لا يجرم القضاة من مرونة عملهم، وضرورة ملائمة القوانين مع المتغيرات التي تعرض عليهم في إطار العمل التشريعي، فلذلك يتعين الثبات النسبي للاجتهاد القضائي مع مراعاة تطوير الاجتهاد والعدول عن الاجتهاد القضائي الخاطئ السابق، فضلاً عن ذلك أن يصدر الاجتهاد القضائي والعدول عن هيئة قضائية عليا⁽¹⁾.

وللأمن القضائي مفهومين الأول مفهوم واسع الذي يعني بالثقة بالمؤسسة القضائية، والثاني المفهوم الضيق الذي يعنى بتوحيد المبادئ القانونية وذلك على النحو التالي:

(1) محمد محمود سلامه، مصدر سابق، ص 198.

أولاً: المفهوم الواسع للأمن القضائي: ويقصد بالأمن القضائي بمعناه الواسع الثقة في المؤسسات القضائية والاطمئنان إلى الأحكام والقرارات الصادرة عنها وهي تقوم بمهمتها في تطبيق القانون وتحقيق العدالة، للوصول إلى حكم قضائي عادل تتطابق فيه الحقيقة الواقعية مع الحقيقة القانونية أن المهمة الحمايية للقضاء هي الجانب الطاعني في النظرة إلى الأمن القضائي⁽¹⁾، لذلك يتطلب توفير مقومات تضمن حسن سير القضاء، كاستقلاليتته، وسهولة الوصول آليه، وحسن إدارته وجودة أحكامه، مقومات تبعث الثقة في المؤسسات القضائية وتضمن بالتالي الأمن القضائي لان القاعدة القانونية أداة للضبط والتنظيم، تتميز بطابع وقائي لفائدة الأشخاص ضد تجاوزات بعضهم البعض من جهة، وحائلاً دون تجاوز الإدارة على الأفراد من جهة أخرى، ولكن عند أثارها أمام القضاء تلعب دوراً بارزاً كقاعدة لحل النزاع بين الخصوم، وهنا يبرز دور القضاء الهام في حماية الأمن القانوني، وأن أي خلل في قيام القضاء بهذه المهمة، يكون له آثار سلبية تتجلى في ضعف المؤسسات القضائية، ولها مردود بالتأثير السلبي على الاستثمار والتعاقد الذي أصبح يقضي بفرض سيادة الأمن القانوني والذي يلعب القضاء فيه دور كبير في دعم هذا النجاح⁽²⁾.

ولا شك أن مقياس الدولة المعاصرة التي تكفل مفهوم العدالة من خلال توفير الضمانات القانونية الأساسية للمتقاضين، من خلال الدور الايجابي الذي يقوم به القاضي بالشكل الذي يعزز ثقة المتقاضين بالنظام القضائي الذي يحكم النزاع، فالقاضي الإداري يمارس سلطات واسعة في حسم المنازعات الإدارية، فهو يوجه الإجراءات

(1) د. محمود حمدي عباس عطيه، دور دائرة توحيد المبادئ القانونية، مصدر سابق، ص 21 وما بعدها.

(2) د. عبد المجيد غميجه، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مصدر سابق، ص 18.

ويأمر الإدارة بتزويدها بالوثائق والمستندات وقد أطلق البعض عليه — (أمير الإجراءات)، خلاف القاضي المدني الذي يوجهه الأفراد تطبيقاً لمبدأ (الخصومة ملك للخصوم) والذي يقتصر دوره على إيجاد الحل في القاعدة القانونية ثم القيام بتطبيقه على الوقائع المعروضة فالقاضي الإداري يمارس دور في غاية الأهمية، حيث يجد القاضي نفسه مجبراً في كثير من الأحيان، على ابتكار وابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة عند ممارستها نشاطها وبين الأفراد، عندما لا يجد مصادر القانون المكتوبة وغير المكتوبة ما يعالج به النزاع وهو حق مشروع كونه قاضي لقانون حديث ومتطور يصعب تقنيه في ظل مصلحة متطورة، حتى لا يعد فعله إنكاراً للعدالة، وهو ما يفعله القاضي الإداري لحماية مبدأ المشروعية⁽¹⁾.

ومن ذلك أن القاضي في تطبيقه للنصوص القانونية يراعي بإصدار أحكام واضحة وسهلة الفهم كذلك ملزم بتفسير القاعدة القانونية الغامضة للوصول إلى النية الحقيقية التي أرادها المشرع عند وضعه للقاعدة، فللقاضي سلطة تقديرية فيما يصدره من أحكام، كما أنه غير ملزم أن يصدر حكم متوقع للمحكوم عليه، بل الضرورة تكمن في أن يكون هذا الحكم واضحاً ومحددًا، وهذا ما أكدته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية (Gillow) ضد المملكة المتحدة، بموجب قرارها رقم (24) في 24/ تشرين الثاني/ 1986⁽²⁾، كما أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ترى حسب تفسيرها لنص المادة (6) من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان أنها تتضمن مبدأ المحاكمة

(1) حسن محمود حسن، دور القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية، مصدر سابق، ص 85.

(2) Convention européenne des droits de l'homme, cour européenne des droits de l'homme, tribunal, affaire Gillow c. Royaume-Uni, (requête n ° 9063180).

نقلاً عن د. مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، مصدر سابق، 46.

العادلة وهو مفهوم واسع يشمل حق الدفاع والمساواة الذي تبنته في قضائها وبالخاص فيما يتعلق بموقف الأفراد من الإدارة⁽¹⁾.

ثانياً: المفهوم الضيق للأمن القضائي:

يرتبط الأمن القضائي بعلاقة وثيقة بالاجتهاد القضائي وبمعنى أن الحاجة إلى توفير هذا الأمن تزداد كلما اتسع نطاق الاجتهاد القضائي فهناك علاقة طردية وليست عكسية، فالاجتهاد القضائي قوة ذاتية خلاقة للقاعدة القانونية تحمل قيمة معنوية وقانونية، ومن ثم أي اجتهاد قضائي يحتاج للدقة والوضوح والتوقعية والاستقرار وإلا مس مبدأ الأمن القانوني والقضائي، لذلك يصدر هذا الاجتهاد من أعلى هيئة قضائية في مجلس الدولة، لما تقوم به هذه المحاكم من دور في غاية الأهمية لرقابة مشروعية الأعمال الإدارية وحماية الحقوق وحرية الأفراد من خلال فصله في القضايا المعروضة عليه لطبيعة ووظيفة القضاء الإداري كونه الجهاز الرسمي الذي يفرض حكم القانون على جميع الدوائر والمؤسسات والهيئات أيّاً كان موقعها ومركزها وطبيعتها ويفرض كذلك حكم القانون على الأفراد وهو ما يؤدي في النهاية إلى إقامة دولة القانون ودولة المؤسسات ودولة الحقوق والحريات ولا يمكن تطبيق هذه المفاهيم عملياً دون دور القضاء الإداري⁽²⁾.

وهذا المعنى الضيق للأمن القضائي تتولاه المحاكم العليا التي تسعى إلى التوحيد في الاجتهاد القضائي وعدم العدول عن اجتهادها السابق بما يتناقض مع الاستقرار والثبات في المراكز القانونية وثقة الأفراد بالمؤسسات القضائية، التي من أهدافها منع

(1) د. مازن ليلو راضي، مصدر سابق، ص 46.

(2) د. محمود حمدي عباس عطية، مصدر سابق، ص 23.

التضارب والتناقض فيما بين الأحكام القضائية، وضبط الأحكام عن طريق الدراسة والتدقيق للحصول على التوازن والانسجام بين المبادئ القانونية للحصول على الحد الأدنى من جودة الأحكام، وتوفير الآليات التي تعمل على تحقيق ذلك عن طريق اتباع نظام المسطرة أمام المحاكم، وتوحيد الاجتهادات القضائية، وتفعيل الطعن لمصلحة القانون من قبل الادعاء العام، وتوفير القضاة الذين يتمتعون بالخبرة والكفاءة لضمان جودة ما يصدر من أحكام⁽¹⁾.

ويذهب أحد الفقهاء أن ثبات المحكمة على حكمها السابق أوفق من العدول عنه بحكم قضائي خاطئ وينقص ما كان له تعد عنصراً مهماً من عناصر استمرار القانون واستقراره وتستمد من الحاجة النفسية للاطمئنان على المستقبل، لان العدول يحدث صدمة خطيرة تنذر بتهديد الاستقرار في المعاملات والمراكز القانونية تجعل ذوي الشأن في حيرة من واقع مراكزهم القانونية، وبالتالي تسقط هيئة المؤسسات القضائية واحترامها عند الجمهور عندما يعلم أن ما قالته بالأمس لا يلزمها اليوم⁽²⁾.

وبناءً على ما تقدم، أن الأمن القضائي أو الاستقرار القضائي ليس فكرة نظرية، بل هو ممارسة يومية تقتضي وضوح المبادئ القانونية، والذي ينعكس على استقرار المراكز القانونية في معاملاتهم اليومية، فالسلطة القضائية ليست طرفاً عادياً في العلاقات القانونية، لا بل أنها تعد الطرف الأقوى الذي يكون القدوة والمثال فإذا كان القضاء غير مستقر ومتردد، يؤدي إلى الإخلال باحترام القوانين وتمييزاً في المعاملات بين الأفراد، فيسود جو من عدم احترام القوانين، فالقضاء سند القانون الأساسي يفرض

(1) <https://www.courdecassation.fr/formation-br-u/2005-2033/jurisprudentielle-secrisation-8052.html?idprec.cousulte> le 23/03/2008.

(2) د. مها هجت، مصدر سابق، ص 68.

احترامه جبراً على الأفراد، فالسلطة القضائية الناجحة هي من تستقر مبادئها نسبياً والتي تكون واضحة في تطبيقاتها ولا يتحقق ذلك إلا في دولة القانون، التي تحترم فيها المراكز القانونية والحقوق قولاً وفعلاً، كذلك تقتضي وضوح القاعدة القانونية انطلاقاً من القاعدة الشهيرة بأن (وضوح العدالة أهم من العدالة ذاتها) لذا كان القاضي محملاً دوماً بأن لا يبغي من قضائه إلا وجه الحق فلا يهتز وجدانه، لذلك القاضي مقيد في صياغة أحكامه بقيد تسببها على نحو يعكس موقفه من أتباع أو مخالفة ما أستقر عليه من مبادئ في حالات مماثلة أو قد يبدو كذلك للمتقاضي.

وعلى هذا الأساس يرى القضاء الإداري في حجية السوابق القضائية قاعدة هامة من قواعد استمرار القضاء واستقراره، وتستمد قيمتها من الحاجة النفسية إلى الاطمئنان على المستقبل استناداً إلى تكهنات أو تقديرات معقولة، فالأمن القضائي هو الغطاء الأخلاقي والعملي لحسن سير العدالة وثباتها في حماية حقوق وحرريات الأفراد في أوسع دوائرها، فالقضاء بوصفه آلية تفعيل القانون يجعل أمن القضاء من الأمن القانوني، فالقدر المتيقن منه يمثل عنصر حمائي للتوقعات المشروعة أو تأمين العلم اليقين عند تطبيق القانون، وكما يقال فإن القاعدة القانونية تلعب دور (الدواء) والقضاء هو الطبيب المعالج، فالقضاء هو كلام القانون الحي.

الخاتمة

بعد الفراغ من دراستنا لموضوع (دور المحكمة الادارية العليا في توحيد المبادئ القانونية في العراق - دراسة مقارنة) نجمل ما توصلنا اليه من نتائج وقدر تعلق الأمر بالقضاء الإداري العراقي، ثم نعرض بعدها خلاصة مقترحاتنا وتوصياتنا التي من شأنها تلافي العيوب والنواقص والمآخذ التي شابت الموقف التشريعي من هذا القضاء في ضوء المقارنة مع النظامين الفرنسي والمصري، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

1- تميز دور القضاء الإداري في ترسيخ المبادئ العامة للقانون بأنه دور إنشائي لسد نقص النصوص القانونية للوصول إلى حل للنزاع المعروض أمامه، ونقصد بالمبادئ العامة للقانون هي التي لا تسند إلى نصوص قانونية مكتوبة صادرة من سلطة مختصة بإصداره، بل مبادئ تقررها أحكام القضاء الإداري و بناءً على ذلك حددنا الخصائص التي تتميز بها المبادئ العامة للقانون، فهي نظرية قضائية فأساسها يرجع إلى القضاء الإداري في أستخلاصها وأضفى عليها القوة الإلزامية في أحكامه، ولها خاصية نسيه فهي تطبق بمناسبة أيجاد الحلول للنزاعات المعروضة أمامه، كما تتصف بالخاصية العملية وغير مستقرة حيث يصلح تطبيقها على النزاع المعروض أمام القضاء أو تعديله أو إلغائه من قبل القاضي الإداري الذي أستخلصها ، أما أساس الزاميتها يرجع إلى القضاء الإداري على اعتبار أن هذه القوة تعود إلى أرادة المشرع الضمنية حيث جعل القاضي يحل محل المشرع في المسائل التي لم يسبق معالجتها.

- 2- للقضاء الإداري أساس قانوني يسمح بإنشاء المبادئ العامة للقانون كما هو الحال في القوانين المدنية الفرنسية والمصرية، حيث ألزم القاضي على أن يحكم بالنزاع المعروف أمامه وإلا يُعد منكرًا للعدالة، والمادة (1) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل رسمت طرائق سد النقص الحاصل في التشريع أو غموضه، كما يستخلص المبدأ القانوني في حال لا يوجد نص قانوني يحكم المنازعة ووفقاً للسلطة التقديرية للقاضي الإداري يستخلصها عن طريق تعميم أحد القواعد الجزئية التي قررتها نصوص متفرقة قد تكون تشريعية أو لائحية عن طريق القياس والاستنتاج بعيداً عن النصوص.
- 3- إن دور القاضي الإداري في إنشاء المبادئ العامة للقانون ليس طليقاً من القيود أو خارج عن الحدود فما زال المشرع يخرج العديد من المنازعات الإدارية من ولاية هذا القضاء ويسندها للقضاء العادي أو محاكم خاصة أو لجان شبه قضائية لا يمكن الطعن بأحكامها أمام القضاء الإداري.
- 4- تتفق التشريعات القانونية محل المقارنة فضلاً عن التشريعات القانونية المنظمة للقضاء العادي في العراق على إقرار فكرة العدول في أحكام القضاء، إلا أنها خلت من تعريف صريح ودقيق للعدول في أحكام القضاء، باستثناء بعض القوانين العادية التي أكتفت بالإشارة إليه دون بيان معناه أو شروطه أو أسبابه، ويتميز العدول عن مبدأ قانوني سابق عن مفاهيم قانونية أخرى تختلف عنه من الناحية الجوهرية والأساسية وتشابهه من الناحية الشكلية، كما أن للعدول عن مبدأ قانوني سابق أهمية تتجسد بأنه من الوسائل لتصحيح المبادئ القانونية السابقة التي قد أُنْتَبِها أخطاء، وأداة لمواكبة التطورات في المجتمع السياسية والاجتماعية والاقتصادية وداعماً لحماية الحقوق والحريات العامة للأفراد.

- 5- توصل البحث الى أن العدول عن مبدأ قانوني سابق يكون محكوماً بضوابط أو شروط ، فلا بد أن يكون العدول بالإرادة الحرة للقاضي الإداري، وأن يكون العدول يتناقض مع المبدأ القانوني القديم أو السابق على الرغم من وحدة موضوع الدعويين وأسبابها، ولا يشترط في العدول عن مبدأ قانوني سابق وحدة الخصوم وأن يكون العدول كلياً أو كاملاً، فإذا كان التغيير جزئي أو مشروط فلا نكون أمام عدول حقيقي، ولا بد من التأكيد اللاحق له في الحالات الأخرى المشابهة مع تجنب القاضي الإداري الإكثار من العدول عن مبدأ قانوني سابق فالأصل هو استقرار المبادئ القانونية والقرارات القضائية والاستثناء هو العدول.
- 6- هناك دواعي أو أسباب مؤثرة سواء كانت داخل المحكمة نفسها أو خارجية كافية لإلزام القاضي بالعدول عن قضاؤه السابق، ومن العوامل الداخلية المؤثرة التي تدعوا القاضي الإداري للعدول عن مبدأ قانوني سابق كتصحيح المبادئ القانونية والقرارات الخاطئة السابقة، والتخلص من حالات إنكار العدالة، أو شخصية لا اختلاف الاتجاه داخل المحكمة العامل الأساسي لحماية المصالح القانونية للمتقاضين، أما العوامل المؤثرة الخارجية التي تفرض نفسها أيضاً، تقرب الجهات القضائية الأخرى مع القضاء الإداري سواء كانت وطنية أم مقارنة ومراعاة الاعتبارات الاجتماعية السائدة في المجتمع سواء كانت ظروف سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تمر بها البلاد، فضلاً عن أثر آراء الفقهاء كمصدر فعال في القضاء.
- 7- إن سلطة القاضي الإداري بالعدول عن مبدأ قانوني سابق لا تخلو من موانع أو معوقات، ومن أهم تلك الموانع القانونية تعارض العدول مع حجية أحكام المحكمة الاتحادية العليا وضرورة احترامها وعدم مخالفتها لما تتمتع أحكام القضاء الدستوري من حجية مطلقة، وكذلك تعارض العدول عن مبدأ قانوني سابق مع

المبادئ القانونية الكبرى والتي يتعين على السلطات احترامها والتقيد بها أو الاهتداء بها ولا يجوز مخالفتها.

8- إن المشرع العراقي لم يقر في قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 وتعديلاته ولا في التشريعات القانونية الأخرى مبدأ توحيد المبادئ القانونية في أحكام القضاء، في حين تباينت التشريعات في الدول محل المقارنة في تحديد الجهة المختصة في توحيد المبادئ القانونية وبالتالي اختلاف إجراءات توحيد المبادئ القانونية فيها، ففي فرنسا التي أتبع نظام الإحالة في مجلس الدولة الفرنسي أنيطت إلى جمعية المنازعات في القسم القضائي كهيئة استشارية مهمة توحيد المبادئ القانونية، فقد أجاز المشرع الفرنسي للمحكمة الإدارية والمحكمة الإدارية الاستثنائية طلب الرأي أو الفتوى منها قبل الفصل في موضوع الدعوى، أما في مصر فقد أنشأ المشرع دائرة مختصة لتوحيد المبادئ القانونية في المحكمة الإدارية العليا، حيث أجاز لأي دائرة من دوائر المحكمة عند النظر في أحد الطعون أحواله الطعن إلى تلك الدائرة إذا كان يتطلب إنشاء مبدأ قانوني جديد أو لمنع التضارب في المبادئ القانونية أو عدول القضاء عما قرره من مبادئ سابقة.

9- إن القاضي الإداري في المحكمة الإدارية العليا من الناحية العملية عمل على توحيد المبادئ القانونية عند النظر بالطعون التمييزية المقامة على أحكام محكمة الموضوع (محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين) متى ما توفرت ضوابطها وشروطها، إلا أن المحكمة الإدارية العليا في العراق اعتمدت على إرادة القاضي وسلطته التقديرية، ويتحتم تطبيق نفس المبدأ القانوني القديم أو السابق على القضايا المشابهة من حيث الموضوع والسبب ولم يشترط وحدة الخصوم.

10- إن مبدأ توحيد المبادئ القانونية قاعدة أساسية في الدول التي تتبع النظام

الانكلوسكسوني التي تعد الاحكام القضائية المصدر الرسمي للقانون، وكذلك الحال في الدول التي تتبع النظام اللاتيني، فهي تطبق المبادئ العامة للقانون ذاتها في القضايا المتشابهة في الوقائع لغرض استقرار المراكز القانونية وتحقيق الأمن القانوني، وعلى الرغم من عدم وجود نصوص قانونية في قانون مجلس الدولة العراقي وتعديلاته إلا أن المحكمة الادارية العليا قد ألزمت نفسها بالمبادئ القانونية وهذا ما نلاحظه في قرارات المحكمة، وذكر عبارات تؤكد على استقرار أحكام القضاء الإداري في حيثيات الحكم، وهذا ما أكدته واستقرت عليه أحكام المحكمة الادارية العليا في العراق.

11- توصل البحث الى أن أحكام المحكمة الادارية العليا عند الفصل في موضوع الدعوى تثبت لها حجية الأمر المقضي به وقوة الأمر المقضي به معاً لان أحكامها باتة، في حين أن المبادئ القانونية غير ملزمة للمحكمة الادارية ذاتها التي اصدرته ولا للمحاكم الادارية الاخرى او الأدنى، فللقاضي الإداري مطلق الحرية في العدول عن مبدأ قانوني سابق فهي مسألة إرادية راجعة للقاضي الإداري، إلا أن لها قوة إلزام أدبية ومعنوية.

12- المحكمة الادارية العليا في العراق ألزمت بالمبادئ القانونية التي قررتها في أحكام سابقة لتفادي التعارض في الأحكام وتحقيق المساواة والعدالة بين المتقاضين وسرعة إنجاز الدعوى والاقتصاد بالإجراءات القضائية، فهو يوفر حلول جاهزة للقضايا المتشابهة التي تعرض على القضاء مستقبلاً، كما أن المحاكم الادارية الأخرى والأدنى ألزمت بالمبادئ القانونية التي تقررها المحكمة الادارية العليا أو المحاكم الأعلى درجة وذلك لوجود جملة من الأسباب من أهمها تجنب تعرض أحكامها للنقض أمام المحاكم الادارية الأعلى التي أصدرته، وبالتالي لا فائدة من

- ذلك سوى إطالة أمد المنازعات وتأخير الفصل في الدعوى دون مبرر وهذا الأمر يتعارض مع طبيعة المنازعات الادارية التي تقضي السرعة والاقتصاد فيها.
- 13- أتضح لنا عن طريق الدراسة انه يترتب على عدول المحكمة الادارية العليا العديد من الآثار منها المساس بفكرة الأمن القانوني والاستقرار القضائي وهذا المبدأ يعد اليوم من أهم الأسس التي تقوم عليها دولة القانون، كما أن تطبيق بعض قرارات المحكمة الادارية العليا بأثر رجعي من شأنه المساس بالمراكز القانونية ومفاجئة الأفراد بخطر يهدد حقوقهم ومراكزهم القانونية، فلا بد من إشاعة الأمن والطمأنينة من خلال عدم الإكثار من العدول إلا في الحالات الاستثنائية وللضرورة القصوى، وتدعيم الحماية القانونية للحقوق والحريات العامة للأفراد.
- 14- للأمن القضائي مفهومين مفهوم واسع من خلال توفير ضمانات التقاضي وسهولة الوصول للقضاء وإعطاء حرية واسعة للقاضي الإداري يمارس دوره، والمفهوم الضيق الذي يرتبط بالدقة والوضوح والتوقعية للإحكام القضائية وفي ذلك تحقيق للعدالة والمساواة بين المتقاضين في تطبيق المبادئ القانونية عليهم.

ثانياً: التوصيات

بعد بيان أهم النتائج المتمخضة عن هذه الدراسة يبقى أخيراً اقتراح بعض التوصيات الناتجة عنها لنحاول سد الثغرات وتدارك النقص بما يقوي ويعزز دور المحكمة الادارية العليا في توحيد المبادئ القانونية في مجلس الدولة العراقي على النحو الآتي:

- 1- نوصي على مجلس الدولة الموقر تعزيز دور القاضي الإداري في تطوير المبادئ العامة للقانون، بحيث تكون أكثر مرونة من النصوص القانونية المستمدة من

عندها من خلال ترجمة النصوص القانونية وفق مفهوم متطور مراعيًا الحكمة التشريعية من النص، وذلك للمحافظة على الحقوق المكتسبة من تلك المبادئ القانونية لمدة طويلة من الزمن، وبذلك تضمن أتباع تلك المبادئ من المحاكم الأدنى درجة، لأنه من المؤكد استقرار القضاء الإداري على مبادئ قانونية متطورة واسعة المعنى يعطى لها القوة والاستقرار القضائي، على غرار الاتجاهات القضائية في الدول المقارنة ولاسيما أن المحكمة الادارية العليا لازالت حديثة النشأة.

2- نوصي على المشرع العراقي تعديل قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل وذلك بإضافة نص قانوني ينظم توحيد المبادئ القانونية، والإحكام المتعلقة بإنشاء مبدأ قانوني جديد والعدول عن مبدأ قانوني سابق ولمنع تضارب المبادئ القانونية التي تطبق على القضايا المتشابهة، من خلال أيراد نص في هذا القانون يجمع بين إيجابيات الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي عند الأخذ بنظام الإحالة كوسيلة لتوحيد المبادئ القانونية قبل الفصل في موضوع الدعوى ليحقق السرعة والاقتصاد في إجراءات حسم الدعوى وما تبناه المشرع المصري بإنشائه دائرة مختصة لتوحيد المبادئ القانونية والتي حددت أسس إنشاء المبدأ القانوني والعدول عن المبدأ القانوني ومنع التضارب بنفس المبادئ بشكل أكثر دقة ليكون النص على النحو الآتي (أذا تبين لإحدى المحاكم الادارية قبل التصدي للفصل في الدعوى أنه يتطلب إقرار مبدأ قانوني جديد، أو رأت ضرورة العدول عن مبدأ قانوني أقرته أحكام سابقة صادرة من المحكمة الادارية العليا، يتعين إحالة الطعن الى هيئة يشكلها مجلس الدولة من أحد عشر مستشاراً يرأسها رئيس المجلس، ويجب على سكرتارية المجلس أن تعرض ملف الدعوى خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدور قرار الإحالة على رئيس المجلس ليعين تاريخ الجلسة التي تنظر فيها

الدعوى ويعلن الخصوم بهذا التاريخ قبل حلوله بأربعة عشر يوماً على الأقل وتصدر الهيئة المذكورة أحكامها بأغلبية الأعضاء على الأقل، وبموافقة جميع أعضاء تلك الهيئة في العدول عن مبدأ قانوني سابق بحكم غير قابل للطعن فيه بأي درجة).

3- ندعو مجلس الدولة العراقي عند تشكيل الهيئة الخاصة لتوحيد المبادئ القانونية داخل المحكمة الادارية العليا نفسها يتم اختيارهم على أساس الخبرة والكفاءة للبت في قضايا توحيد المبادئ القانونية من أجل العمل على حسن سير العدالة وتطبيق القانون وتأويله، والمساهمة في تحقيق استقرار المعاملات وثبات المراكز القانونية.

4- ندعو المحكمة الادارية العليا عن الابتعاد من الإكثار في تفسير النصوص القانونية أكثر من مرة أو إنشاء مبادئ قانونية بنفس القضايا المعروضة أمام القضاء بصياغات مختلفة لان ذلك يعطي انطباع إلى تغير اتجاهات القضاء وصعوبة الاطلاع عليها وتؤدي الى الاختلاف في تفسير تلك المبادئ القانونية، ومن جهة أخرى منع العدول عن مبدأ قانوني سابق لأنه يزعزع الثقة والطمأنينة بأحكام القضاء ولا يكون إلا للضرورة القصوى والتي يبتغي من ورائها حماية حقوق الأفراد وحررياتهم وموازنتها مع المصلحة العامة للحفاظ على مبدأ المشروعية مع أهمية تسبب قرارات المحكمة عند العدول القضائي، لما للتسبب من أهمية فائقة وذلك بإقناع المحكمة الأقل درجة بسلامة المبدأ القانوني الجديد الذي تبنته المحكمة وللتحقق من ان القانون قد طبق تطبيقاً صحيحاً.

5- ندعو المحكمة الادارية العليا إلى تبني العدول القضائي ومعالجة إغفال ذكر العدول الصريح في قراراتها وأحكامها وتنظيمه تنظيماً دقيقاً وإزالة التناقض

الموجود بين تلك المبادئ القانونية حتى لا تستمر باستخدام العدول الضمني، والعدول الصريح هو الامر الذي تبناه المشرع المصري.

6- ندعو المشرع العراقي إلى إيراد نص في قانون مجلس الدولة يمنح القاضي الإداري بموجبه سلطة تقديرية في تحديد الأثر القانوني المترتب على قرار المحكمة الذي عدلت فيه عن حكمها السابق ليكون بأثر مباشر وليس رجعي ويكون النص على النحو الآتي (قرارات المحكمة الادارية العليا أو محكمة الموضوع التي فيها عدول عن قرار سابق تسري بأثر مباشر في حال وجود استحالة بتنفيذ الأثر القانوني بأثر رجعي) من أجل عدم المساس بالحقوق والمراكز القانونية المستقرة للمتقاضين ولتحقيق الأمن القانوني واستقرار الأمن القضائي.

7- ندعو المشرع العراقي بتبني قاعدة في قانون الادعاء العام العراقي رقم (49) لسنة 2017 تجيز للمدعي العام الطعن بأحكام محكمة الموضوع (محكمة قضاء الموظفين والقضاء الإداري) إمام المحكمة الادارية العليا مباشرة في حال إقرارها لمبدأ قانوني جديد أو الخروج عن مبدأ قانوني قرره إحكام سابقة صادرة من المحكمة الادارية العليا في قضايا متشابهة، لما يتيح من متابعة آنية لإحكام القضاء الإداري، الأمر الذي من شأنه أن يكشف التضارب بين المبادئ القانونية ويحقق هذا الطعن مصلحة القانون ويساهم في استقرار الأمن القضائي.

8- ندعو المشرع العراقي إلى تعديل قانون مجلس الدولة يتيح السبيل أمام الأفراد للجوء إلى المحكمة الادارية العليا للطعن بأحكام محكمة الموضوع في الحالات التي يرون فيها تعرض مراكزهم القانونية المستقرة للمساس نتيجة خروج محكمة الموضوع فجأة على مبادئ قانونية مستقرة دون أتباع الإجراءات المقررة قانوناً بعد تبني أنشاء هيئة مختصة لتوحيد المبادئ القانونية - كما فعل نظيره المشرع المصري،

لان هذا يتفق مع القواعد التقليدية الدستورية.

9- بالنسبة للعدول عن مبدأ قانوني سابق هناك ضرورة لوضع شروط لإعادة النظر بالمبادئ القانونية المستقرة الصادرة في قرارات المحكمة الادارية العليا بما يحقق الانسجام بينها وإكمال ما اعترافها من نقص من خلال وضع قواعد محدده وثابتة وواضحة للعدول عن مبدأ قانوني سابق مع بيان الأسباب التي دفعت القاضي الإداري للعدول عن مبدئه القانوني السابق ويسند صحته ويكون المدافع الحقيقي والواقعي للحكم كما ما معمول به في القضاء الإداري الفرنسي والمصري، ومن ناحية أخرى يعد دعامة أساسية في تحقيق العدالة ويعد مظهراً من مظاهر المساواة أمام القانون.

10- ندعوا المشرع العراقي تعديل قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل من خلال تمكين هيئة توحيد المبادئ القانونية في مجلس الدولة في العراق في حال أنشاؤها التصدي من تلقاء نفسها للمسائل القانونية التي تستدعي توحيد المبدأ القانوني فيها سواء صدرت من محكمة الموضوع أو من المحكمة الادارية العليا، وبذلك يضاف اسلوب جديد لمباشرة اختصاص الهيئة وهي التصدي إلى جانب وسيلة الإحالة.

11- نوصي مجلس الدولة العراقي العمل على نشر كافة المبادئ القانونية وقرارات المحكمة الادارية العليا وتعميمها دون الاقتصار على البعض منها فقط كما هو معمول به الآن، لما يشكله ذلك خزين قانوني وقضائي ثمين يجعل القضاة ودوائر الدولة على بينة من جميع المبادئ القانونية السابقة، مما يقلل من فرص خرق القانون ومخالفة المبادئ القانونية المستقرة، وإغناء وزيادة الثروة العلمية والفقهية في مجال القضاء الإداري.

12- ندعو القاضي الإداري في مجلس الدولة في العراق إلى تبني نظام إلزامية السابقة العملية في إحكام وقرارات القضاء الإداري والذي يعزز بوضع قواعد ثابتة تنظم الالتزام بالمبادئ القانونية وذلك لما لهذا من أهمية من ناحية سرعة الإجراءات وبساطتها على الأفراد للدفاع عن حقوقهم في مواجهة الإدارة إمام القضاء وتوفير الوقت والجهد للمحكمة ذاتها وللمتقاضين على حد سواء ، من ناحية أخرى تعد دعامة أساسية في تحقيق العدالة المطلقة والمساواة بين المتقاضين في تطبيق المبادئ عليهم ، ويعد مظهر من مظاهر المساواة إمام القانون.

قائمة المراجع

وتشتمل المراجع على :

المصادر العربية 

المصادر الفرنسية 

قائمة المراجع

بعد القرآن الكريم

المصادر العربية:

أولاً : المعاجم اللغوية

- 1- جمال الدين أبي الفضل محمد ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002.
- 2- أبو الحسين بن فارس بن زكريا، معجم اللغة العربية، ط1، إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2005.

ثانياً: الكتب القانونية

- 1- د. إبراهيم عبد العزيز شلبي، القضاء الإداري مبدأ المشروعية والتنظيم القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
- 2- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
- 3- أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- 4- د. أحمد جلال الدين الهلالي، قضاء النقض والتميز، قضاء النقض والتميز في المواد المدنية والتجارية في التشريعين المصري والكويتي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977.
- 5- د. أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنترسي، دور قاضي الإلغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017.

- 6- د. أحمد عبد الوهاب أبو ورده السيد، حق الإنسان في التقاضي بين مقتضيات الاحترام ومواطن الإخلال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 7- د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط 1، دار الشروق، القاهرة، 2006.
- 8- د. أحمد محمود جمعة، الطعون الاستثنائية أمام محاكم مجلس الدولة، منشأة المعارف، القاهرة، 1986.
- 9- د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، ط 8، المركز القانوني للإصدارات القانونية، مصر، 2010.
- 10- د. أسلام توفيق الشحات، الأحكام الكبرى في دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الادارية العليا، بدون دار نشر، القاهرة، 2018.
- 11- د. اسماعيل إبراهيم البدوي، حجية الأحكام القضائية الادارية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012.
- 12- ----- ، طرق الطعن في الأحكام الادارية، ط 1، دار الفكر، الإسكندرية، 2012.
- 13- أشرف اللمساوي، الشريعة الدستورية في التشريعات المختلفة ودور القضاء الدستوري في رقابة المشروعية، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2007.
- 14- آلن فانسويث، الترجمة للعربية محمد لبيب شنب، المدخل إلى النظام القضائي في الولايات المتحدة، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، بدون سنة نشر.
- 15- د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

- 16- د. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
- 17- د. ثروت عبد العال أحمد، القانون الإداري، الجزء الأول، بدون مكان نشر، 1995.
- 18- د. جابر جاد نصار، دائرة توحيد المبادئ وتأكيد الطبيعة القضائية للقانون الإداري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 19- جمال عثمان جبريل، الوسيط في القانون العام، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- 20- د. جورج شفيق ساري، قواعد وأحكام القضاء الإداري، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 21- ----- ، المبادئ العامة للقانون الإداري، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 22- د. حامد شاكر محمود، العدول في الاجتهاد القضائي، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.
- 23- د. حسن محمد الخطيب، مبادئ أصول القانون، مطبعة حداد، البصرة، العراق، 1963.
- 24- د. حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، مبدأ مشروعية تنازع الاختصاص، منشورات دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003.
- 25- ----- ، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
- 26- ----- ، طبيعة العلاقة بين الوظيفتين الاستشارية والقضائية لمجلس الدولة، ط1، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2016.

- 27- ----- ، دراسات في قانون القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.
- 28- د. حيدر ادهم عبد الهادي، اصول الصياغة القانونية، ط1، مطبوعات دار الجامعة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2009.
- 29- د. حمدي القبيلات، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- 30- د. ده شتي صديق محمد، القضاء الإداري وتنازع اختصاصه مع القضاء الإداري، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016.
- 31- د. رائد المالكي، الوجيزة في القضاء الإداري مبادئ وأحكام القضاء الإداري وتطبيقاتها في العراق، ط1، دار أحياء التراث العربي، بغداد، 2014.
- 32- د. رمزي رياض عوض، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- 33- د. رياض القيسي، علم أصول القانون، ط1، بيت الحكمة، بغداد، 2002.
- 34- د. زكريا المصري، العقود الادارية ما بين الإلزام القانوني والواقع العملي، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، القاهرة، 2014.
- 35- د. سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- 36- د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- 37- ----- ، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

- 38- ----- ، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، من دون سنة نشر.
- 39- ----- ، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2014.
- 40- ستار عبد الله الغزالي، الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017.
- 41- د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة، ط3، الفكر العربي، القاهرة، 1961.
- 42- ----- ، القضاء الإداري الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976.
- 43- د. سمير حسين علي، القضاء الإداري، ط1، المركز العربي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018.
- 44- د. سمير سهل ذنون، النظريات الأساسية في المنازعات الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2009.
- 45- د. سيد أحمد محمود، النقض الجزئي للأحكام، ط1، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- 46- د. شادية ابراهيم المحروقي، الاجراءات في الدعوى الادارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005.
- 47- د. صعب ناجي عبود الدليمي، الدفوع الشكلية أمام القضاء الإداري، مكتبة النهريين، بغداد، العراق، 2010.

- 48- صلاح الدين فوزي، المبادئ العامة غير المكتوبة في القانون الإداري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- 49- د. عباس العبودي، شرح قانون المرافعات، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2015.
- 50- د. عبد الحفيظ علي الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 51- د. عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في الأحكام بالتمييز، دار الحكمة، بغداد، 1991.
- 52- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضوابط إصدار الأحكام الادارية والطعن عليها، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2013.
- 53- د. عبد العظيم عبد السلام حميد، تأديب الموظف العام في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 54- د. عبد الغني بسيوني، النظرية العامة في القانون الإداري (دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- 55- د. عبد الفتاح مراد، الأحكام الكبرى للمحكمة الادارية العليا، ط1، بدون دار نشر، مصر، بدون سنة نشر.
- 56- د. عبد القادر الشبخلي، فن الصياغة القانونية تشريعاً ووقعاً وقضاءً، مكتبة دار الثقافة والتوزيع، عمان، بدون سنة نشر.
- 57- عبد الناصر علي عثمان، استقلال القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

- 58-د. عبد الناصر عبد الله أبو سهراته، إجراءات الخصومة الادارية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014.
- 59-د. عدنان عاجل عبيد، أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون، ط1، مطبعة سومر، الديوانية، العراق، 2008.
- 60-د. عصام الدبس، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- 61-د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، توزيع الاختصاصات بين القضاء العادي والقضاء الإداري وحسم إشكالات التنازع بينها، سلسلة المائدة الحرة، بيت الحكمة، بغداد، 1999.
- 62-د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول التشريع، دار الشؤون والثقافة العامة، بغداد، 1999.
- 63- -----، الوجيزة في شرح قانون الإثبات، ط2، المكتبة القانونية، بغداد 2007.
- 64- -----، مجلس الدولة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
- 65-د. علي أبو عطة هيكل، الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- 66-د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- 67-د. علي سعد عمران، القضاء الإداري العراقي والمقارن، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012.

- 68- د. علي عبد الأمير، كشف وابتكار المبادئ العامة في القانون والقضاء الإداري، ط1، المركز القومي، القاهرة، 2018.
- 69- د. علي نجيب حمزة، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017.
- 70- د. علي يوسف الشكري، المحكمة الاتحادية العليا في العراق بين عهدين، ط1، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، 2016.
- 71- د. عمر محمد الشويكي، القضاء الإداري، ط4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- 72- د. غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري، ط3، مكتبة دار السلام القانونية، النجف الاشرف، العراق، 2017.
- 73- د. غالب الداودي، المدخل إلى علم القانون، ط7، دار وائل للنشر، عمان، 2004.
- 74- فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، الوجيزة في النظرية العامة للعقود الادارية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1992.
- 75- د. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، دار المؤلف للنشر والطباعة والتوزيع، بغداد، العراق، 1999.
- 76- د. فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- 77- د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
- 78- القاضي عواد حسين ياسين، ألزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2016.

- 79- د. كاظم علي الجنابي، سلطات رئيس الدولة في ظل الظروف الاستثنائية، ط1، المركز القومي، القاهرة، 2015.
- 80- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجماعية، الإسكندرية، 1987.
- 81- د. مازن ليلو راضي، القضاء الإداري (دراسة لأسس ومبادئ القضاء الإداري في الأردن)، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
- 82- د. مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، مطبعة جامعة دهوك، العراق، 2010.
- 83- -----، موسوعة القضاء الإداري، ج1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2017.
- 84- -----، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2020.
- 85- د. ماهر صالح الجبوري، مبادئ القانون الإداري، كلية القانون، جامعة بغداد، 1996.
- 86- د. مجيد حميد العنكبي، السوابق القضائية في النظام القانوني الانكليزي.
- 87- د. محمد أحمد إبراهيم المسلماني، الوسيط في القضاء الإداري، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2016.
- 88- د. محمد أحمد عطية، مجلس الدولة تشكيله واختصاصه، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2012.
- 89- -----، إجراءات التقاضي أمام محاكم مجلس الدولة والمحكمة الدستورية، ط2، دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2017.

- 90- د. محمد بن براك الفوزان، مسؤولية الدولة عن الأعمال غير المشروعة وتطبيقاتها الإدارية، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2009.
- 91- د. محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام القضاء الإداري، بدون ذكر دار النشر، القاهرة، 1985.
- 92- د. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية)، ط1، منشورات الحلبي، بيروت، 2010.
- 93- د. محمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- 94- د. محمد رضا النمر، مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2010.
- 95- د. محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الإداري، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1992.
- 96- د. محمد صبري السعيد، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.
- 97- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الاتجاهات الحديثة للقضاء الإداري في الرقابة على ملائمة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 98- د. محمد عبد الكريم العيسى وشاكر بن علي الشهري، المحكمة الإدارية العليا في نظام ديوان المظالم السعودي، ط1، القانون والاقتصاد، الرياض، 2011.
- 99- د. محمد عبد اللطيف، تسبيب القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

- 100- د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، بدون مكان نشر، القاهرة، 1975.
- 101- د. محمد ماهر أبو العينين، إجراءات الدعوى الادارية والدفع أمام مجلس الدولة بين قضاء النقض وقضاء المحكمة الادارية العليا وفقاً لتعديلات قانون المرافعات وأحكام المحكمة الدستورية العليا، دار أبو المجد للطباعة، مصر، 2010.
- 102- د. محمد ماهر أبو العينين، تطور قضاء الإلغاء ودور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة وصفوف الإنسان، الجزء الثالث، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2009.
- 103- د. محمد محمد بدران، القانون الانكليزي دراسة في تطوره التاريخي ومصادره القانونية وانعكاساتها على التفرقة بين القانونين العام والخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- 104- د. محمد ميرغي خيرى، القضاء الإداري ومجلس الدولة (إلغاء التعويض)، ج2، مصر، 2000.
- 105- د. محمد يسري العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- 106- د. محمود حافظ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.
- 107- د. محمود حمدي عطية، دور دائرة توحيد المبادئ القانونية لمجلس الدولة في كفالة الأمن القضائي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- 108- القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، وتطبيقاته العملية، موسوعة القوانين العربية، بغداد، 2008.

- 109- د. مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، ط4، المكتبة القانونية، بغداد، 2011.
- 110- د. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985.
- 111- ----- ، الوجيزة في القضاء الإداري، ج21، دون ذكر أسم المطبعة، القاهرة، 1988.
- 112- ----- ، القضاء الإداري ومجلس الدولة الفرنسي، منشورات مطابع السعدني، القاهرة، 2007.
- 113- مصطفى محمود عفيفي، المبادئ العامة للإجراءات الادارية غير القضائية، مطابع البيان، دبي، 1990.
- 114- م.نسرين جابر هادي، القضاء الإداري المستعجل، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017.
- 115- د. نواف كنعان، القضاء الإداري، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- 116- د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- 117- د. وفاء سيد رجب، مستقبل القانون الإداري، مطبعة العشري، مصر، 2007.
- 118- د. ياسر باسم ذنون السبعواوي و د. أجياد ثامر نايف، التعارض بين الأحكام القضائية المدنية، ج6، مكتبة الجيل العربي، الموصل، العراق، 2006.
- 119- د. يعقوب يوسف الحمادي، القضاء ومراقبة السلطة التقديرية للإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2012.

ثالثا: الاطاريح والرسائل الجامعية

(أ) اطاريح الدكتوراه:

- 1- أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1958.
- 2- بشاير غنام ديكان، المبادئ القانونية العامة غير المكتوبة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2017.
- 3- حسن محمود محمد حسن، دور القاضي في خلق القاعدة القانونية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2015.
- 4- صلاح الدين فهمي عبد الغني، اثر الواقع السياسي في تفسير النصوص الدستورية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2010.
- 5- عادل حسين شبع، القيود الواردة على اختصاص القضاء الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2005.
- 6- عمار حسين علي المرسومي، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية في العراق (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2019.
- 7- فواز خلف ظاهر، استقلال القضاء الإداري في العراق (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تكريت، 2016.
- 8- محمد جلال محمد العيسوي، دور القاضي الإداري في المنازعة الادارية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2014.
- 9- محمد محمود سلامة جبر، الدور الاقتصادي للقاضي الإداري في مصر وفرنسا (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2014.

- 10- محمود عبد علي الزبيدي، النظام القانوني لانقضاء الدعوى الادارية دون الحكم بالموضوع (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، 2015.
- 11- مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تقرير دولة القانون، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2006.

(ب) رسائل الماجستير:

- 1- أبتسام فاطمة الزهراء شقاف، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والسياسة، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، 2016.
- 2- دحاس وفاء، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميره، بجاية، الجزائر، 2015.
- 3- رمسيه يتطارون، دور القاضي الإداري في حماية مبدأ المشروعية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والسياسة، جامعة محمد خضير بكرة، الجزائر، 2016.
- 4- سجاد حسين عبد الشيباني، العدول في قرارات المحكمة الاتحادية العليا، رسالة ماجستير، كلية القانون، معهد العلمين، 2015.
- 5- محمد أحمد رمضان، دور القاضي في إنشاء القاعدة المدنية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1985.
- 6- هديل محمد حسن المياحي، العدول في أحكام القضاء الدستوري، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النهريين، 2015.

رابعاً: البحوث والمقالات المنشورة

- 1- أحمد كمال أبو المجد، الدور الإنشائي للقضاء الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 1، المجلد 32، 1963.
- 2- د. إسماعيل صعصاع البديري ومجيد مجهول درويش، دور الهيئات الاستشارية لمجلس الدولة في دعم الاختصاص القضائي، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، كلية القانون، جامعة ذي قار، العدد 10، 2015.
- 3- د. أكرم محمود حسين وإسماعيل إبراهيم محمد، الدور الايجابي للقاضي في المهلة القضائية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والأساسية، جامعة الموصل، العدد 25، المجلد 7، 2018.
- 4- م. أمير حسن جاسم، نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، بحث منشور في مجلة تكريت للعلوم الإنسانية، جامعة تكريت، العدد 28، المجلد 14، 2007.
- 5- د. بوشير مخند أمقران، تفسير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، بحث منشور في مجلة المحاماة، الجزائر، العدد 2، 2014.
- 6- د. حامد شاكر محمود، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العدد 31، المجلد 2، 2017.
- 7- د. حسين جبر الشويل، نظرية التوقع المشروع في القانون العام، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية، العدد 38، المجلد 2، 2017.
- 8- د. حسن محمد الخطيب، مبادئ أصول القانون، مطبعة حداد، البصرة، العراق، 1963.

- 9- حسين الظريفي، تعليقات على الفقه والقضاء، مجلة القضاء، بغداد، العدد 4، المجلد 1، 1953.
- 10- د. سامي حسن نجم، القضاء الإداري في العراق بعد التحولات الجديدة، بحث منشور في مجلة تكريت للحقوق، كلية القانون، جامعة تكريت، العدد 28، المجلد 7، لسنة 2015.
- 11- د. سحر عبد الستار أمام، آليات تدعيم دور محكمة النقض الفرنسية في تحقيق العدالة، الاختصاص بإبداء الرأي، الطعن لتجاوز السلطة، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية العدد 1، 2014.
- 12- د. صالح محسوب، السوابق القضائية ودورها في الاستقرار القضائي، مجلة القضاء، بغداد، العدد 4، 1، 1999.
- 13- د. صعب ناجي و م. م حسام علي محمود، الآلية المتبعة من قبل القاضي في خلق القاعدة القانونية، مجلة الحقوق، جامعة النهريين، العدد 2، المجلد 3، 2017.
- 14- د. ضمير حسين المعموري، الفراغ التشريعي، بحث منشور في مجلة القانون، للشهيد الصدر، المعارف للمطبوعات، بيروت، 2010.
- 15- د. عامر زغير محيسن، اختصاص المحكمة الادارية العليا بالنظر تمييزاً في أحكام القضاء الإداري في العراق، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد 1، المجلد 8، 2011.
- 16- د. عامر زغير محيسن، تنازع الاختصاص في مجال القضاء الإداري، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد 1، المجلد 8، 2016.
- 17- د. عامر زغير محيسن، الاتجاه الحديث في تفسير سكوت الإدارة، بحث منشور في

- مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، كلية القانون، جامعة القادسية، العدد2، المجلد8، 2017.
- 18- د. عبد الباقي البكري، قواعد العدالة مفهومها منزلتها ووسائل إدراكها، مجلة العلوم القانونية والسياسة، بغداد، 1984.
- 19- د. عزيز جواد هادي، القوة الملزمة لقرارات محكمة التمييز الاتحادية، بحث منشور في مجلة المحقق الخلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد1، المجلد2، 2010.
- 20- د. عبد العزيز سعد الدغيثري، حجية السوابق القضائية، مجلة العدل، المملكة العربية السعودية، العدد34، 2016.
- 21- د. عبد اللطيف نايف عبد اللطيف، تخصص القضاء الإداري في العراق بين الإطلاق والتقييد، بحث منشور في مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، العدد3، المجلد2، 2017.
- 22- د. عصمت عبد المجيد بكر، معضلة القيود على اختصاصات القضاء الإداري (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جيهان أربيل العلمية، العدد1، المجلد1، 2017.
- 23- د. علي يوسف الشكري، التعديل القضائي، بحث منشور في مجلة المحقق الخلي، جامعة بابل، العدد53، المجلد7، 2015.
- 24- القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، اجتهاد القاضي في مورد النص بين نهي التشريع ومقتضيات العدالة، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، 2011.
- 25- د. ماجد نجم عيدان الجبوري و د. فرات رشم أمين الجاف وانتصار فيصل

- خلف الجبوري، استقلال القضاء وضماناته وأثرها في تقرير مبدأ القانون الطبيعي، بحث منشور في كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، مجلد 6، العدد، 2018.
- 26- د. مازن ليلو راضي، من الأمن القانوني إلى التوقع المشروع، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، 2018.
- 27- د. مازن ليلو راضي، اليقين القانوني من خلال وضوح وسهولة الوصول إلى القانون، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد 1، 2019.
- 28- د. منصور حاتم محسن وأسراء خضير مظلوم، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الالكتروني، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي، كلية القانون، جامعة بابل، العدد 4، المجلد 4، 2014.
- 29- د. منصور حاتم محسن و د. هادي حسين الكعبي، الأثر الإجرائي للواقع القانوني في وصف محكمة التمييز، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والإنسانية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد 1، 2009.
- 30- د. ميثم حنظل شريف وصبيح وصوح، أثر تفسير نصوص الدستور على تحول أحكام القضاء الدستوري، بحث منشور في مجلة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 25، العدد 3، 2017.

خامساً: التشريعات:

(أ) المعاهدات:

- 1- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950 دخلت حيز النفاذ سنة 1953.

(ب) الدساتير :

- 1- دستور فرنسا لسنة 1958 المعدل.
- 2- دستور جمهورية مصر لسنة 1971 الملغى.
- 3- قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية 2004.
- 4- دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
- 5- الدستور المصري لسنة 2012 المعدل في سنة 2014.

(ج) القوانين:

- 1- القانون المدني الفرنسي باللغة العربية (30/8/1816) طبعة دالوز 2009.
- 2- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل.
- 3- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.
- 4- قانون الضريبة المباشر والنقل عن طريق البريد العادي الفرنسي رقم (12) لسنة 1952.
- 5- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968 المعدل.
- 6- قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل.
- 7- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.
- 8- قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 المعدل.
- 9- قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل.
- 10- قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (160) لسنة 1979 المعدل.
- 11- قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل.
- 12- قانون التنفيذ العراقي رقم (45) لسنة 1980 المعدل.
- 13- قانون الاستملاك العراقي رقم (13) لسنة 1981.
- 14- قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية رقم (40) لسنة 1988 المعدل.

- 15- قانون نزع الملكية للمنفعة العامة المصري رقم (10) لسنة 1990.
- 16- قانون أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم (87) لسنة 2003 المعدل.
- 17- قانون البنك المركزي العراقي رقم (31) لسنة 2004.
- 18- قانون أمر الدفاع والسلامة الوطنية العراقي رقم (1) لسنة 2004.
- 19- قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم (30) لسنة 2005.
- 20- قانون اعادة المفصولين السياسيين العراقي رقم (24) لسنة 2005.
- 21- قانون إلغاء النصوص القانونية والقرارات الصادرة من مجلس قيادة الثورة المنحل العراقي رقم (17) لسنة 2005.
- 22- قانون الهيئة الوطنية العليا للمسألة والعدالة العراقي رقم (10) لسنة 2008.
- 23- قانون مجلس شورى إقليم كردستان رقم (14) لسنة 2008.
- 24- قانون التقاعد الموحد العراقي رقم (9) لسنة 2014.
- 25- قانون الأحزاب السياسية العراقي رقم (36) لسنة 2015.
- 26- قانون الادعاء العام العراقي رقم (49) لسنة 2017.

(د) التعليمات:

- 1- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقي رقم (1) لسنة 2008 الملغى.
- 2- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقي رقم (2) لسنة 2014.

(هـ) قرارات وفتاوى مجلس الدولة العراقي:

- 1- قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لسنة 2006.
- 2- قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لسنة 2007.
- 3- قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لسنة 2008.
- 4- قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لسنة 2010.

- 5- قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لسنة 2011.
- 6- قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لسنة 2012.
- 7- قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لسنة 2013.
- 8- قرارات وفتاوى مجلس الدولة لسنة 2014.
- 9- قرارات وفتاوى مجلس الدولة لسنة 2015.
- 10- قرارات وفتاوى مجلس الدولة لسنة 2016.
- 11- قرارات وفتاوى مجلس الدولة لسنة 2017.
- 12- قرارات مجلس الدولة لسنة 2018 و 2019 غير منشورة.

سادسا: المواقع الالكترونية على شبكة المعلومات العالمية:

- 1- الموقع الالكتروني، لتعريف المبادئ العامة للقانون باللغة الفرنسية اصطلاحاً
www.toup.org/DictionnaireIpgd.htm
- 2- فارس حامد عبد الكريم، دور المبادئ العامة في تطوير النظام القانوني والقضائي
مقال منشور على الموقع الالكتروني:
www.akhbaar.org/mobl2014/71172744.html
- 3- د. خلف محمود الجبوري، دور القاضي في سد القصور في القانون الإداري ،
بحث منشور عبر البريد الالكتروني:
www.law.nahrainuniv.edu.iq
- 4- م. علي نجيب حمزة، اكتساب المال العام في القانون الإداري ، بحث منشور على
الموقع الالكتروني:
<http://www.uobabylon.edu.iq>
- 5- الموقع الالكتروني تعريف مصطلح العدول اصطلاحاً باللغة الفرنسية:
[.https://www.dictionnaire-juridue.com](https://www.dictionnaire-juridue.com)

6- قرار مجلس الدولة الفرنسي بإرسال الترتيبات الضريبية إلى مجلس الدستوري في فرنسا منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://www.cairn.info/revue-les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel-2017-2-page-245.htm>

7- جمعية المنازعات في مجلس الدولة الفرنسي منشور على الموقع الإلكتروني، تاريخ آخر زيارة في 14 / 2 / 2019.

<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours->

8- 8- المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، منشور على الموقع الإلكتروني ، تاريخ آخر زيارة 12 / 8 / 2019.

<https://www.lejuriste.ma>

9- القاضي سالم روضان المرسومي، مقالة (هل يشكل الحكم القضائي قيمة معرفية؟ آخر زيارة للموقع 7 / 7 / 2019

<https://www.hjc.iq/view.2081>

10- تقرير مجلس الدولة الفرنسي الصادر عام 2006

<https://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000245/index.shtml>

11- د. عبد المجيد غميجه، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، بحث مقدم إلى المؤتمر الثالث للمجموعة الإفريقية، الدار البيضاء، 2008 منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://loiarabe.blogspot.com/2019/08/pdf-39.html?m=1>

12- الموقع الإلكتروني:

<https://www.courdecassation.fr//formation-br-u/2005-2033/jurisprudentielle-secrisation-8052.html?idprec.cousulte-le-23/03/2008>

المصادر الفرنسية:

A- (Books)

- 1- C.Mouly; Le revirement pour l'avenir, J.C.P, 1994, n ° 377, p328.
- 2- Cathy Pomart, " La magistrature familiale ": vers une consécration Légale du nouveau visage de l' office du juge de la famille. Édition L' harmattan 2004, collection logiques juridiques.
- 3- Didier Trucnet; Droit administratif, 4ème édition, mise à jour.Themis, droit.2009.
- 4- FAVOREAU (L) 'DVL' en droit public français .p5 et suiv.
- 5- Fromont, le principe de sécurité juridique, A.J.D.A, 1996.
- 6- Georges Vedel; Droit administratif. 2^{ème} édition, presses universitaires, de France, 1980.
- 7- H.vlzoz, Études de procédure, éditions Bière, Bordeaux, 1956.p244.
- 8- Gilles Lebreton; Droit administratif général, 8 ème édition, Dalloz, 2015.
- 9- IFAVOREAU(L).Duden de justice en droit public français. Paris,1964,p.534.
- 10- B Jeannean-lés principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative.Thes.Paris.Ag54
- 11- M.Boulanger, Rôle du juge dans le silence ou l'insuffisance de la loi. Travaux de l'Association Henri Capitant, Pour la culture juridique française. Bd.tome V, 1949, S.61.Paris, Dalloz.1950.
- 12- Rolland: Précis de administrative, 1945, p.81.Voir aussi, Jeze: Les Principes généraux du droit administratif, 1930, p.379.
- 13- R. DRAGO, Contentieux des attributions des conseillers du conseil, Mélanges, M.WALINE, juge et juge public, T, 11, Paris, LEPS, 1974

B-Articles

- 1- (Letourneur) Discours du président Bauffandean, cité par Latourneur, Les principes généraux du droit dans La jurisprudence du conseil d'État, article précité, Et, Doc.c.E, 1951.p, 99.
- 2- G. Vedel et p; Déléguer; Droit Administratif, Tomel, Paris, P.U.F, 2001.
- 3- Pierre Brunet; professeur à l'Université de paris X-Nanterre Centre de (Théorie Analyse de Normes), LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT ET LA HIÉRARCHIE DES NORMES UMR CNRS 7074 en L architecture du droit. Melanges en l honneur de Michel Troper, Etudes accordées par D. de Bechillon; V. Champeil-Desplats; et E. Millard., paris, Economica, 2006.

المحتويات

9	مقدمة.....
11	أهمية الدراسة.....
11	إشكالية الدراسة.....
12	أهداف الدراسة.....
12	منهج الدراسة.....
13	هيكلية الدراسة.....

الفصل الأول

مظاهر ممارسة المحكمة الإدارية العليا لدورها في توحيد المبادئ القانونية

19	المبحث الأول: سلطة القاضي الإداري في إنشاء المبادئ العامة للقانون.....
20	المطلب الأول: مضمون المبادئ العامة للقانون.....
21	الفرع الأول: تعريف المبادئ العامة للقانون..... الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة القاضي الإداري في إنشاء مبدأ قانوني جديد.....
40	جديد.....
48	المطلب الثاني: مدى إمكانية سلطة القاضي الإداري في إنشاء مبدأ قانوني جديد... ..
49	الفرع الأول: أسباب إنشاء القاضي الإداري مبدأ قانوني جديد.....
63	الفرع الثاني: حدود سلطة القاضي الإداري في إنشاء مبدأ قانوني جديد.....

- المبحث الثاني: عدول القاضي الإداري عن مبدأ قانوني سابق 92
- المطلب الأول: مفهوم العدول عن مبدأ قانوني سابق وضوابط تطبيقه 93
- الفرع الأول: تعريف العدول عن مبدأ قانوني سابق وأهميته 94
- الفرع الثاني: ضوابط عدول المحكمة الإدارية العليا عن مبدأ قانوني سابق .. 119
- المطلب الثاني: القيود المحددة للعدول عن مبدأ قانوني سابق في قرارات المحكمة الإدارية العليا 132
- الفرع الأول: دواعي العدول عن مبدأ قانوني سابق 133
- الفرع الثاني: موانع عدول المحكمة الإدارية العليا عن مبدأ قانوني سابق 154

الفصل الثاني

القواعد المنظمة لدور المحكمة الإدارية العليا في توحيد المبادئ القانونية

- المبحث الأول: إجراءات توحيد المبادئ القانونية 177
- المطلب الأول: الجهة المختصة بتوحيد المبادئ العامة للقانون 178
- الفرع الأول: الجهة المختصة بتوحيد المبادئ القانونية في القانون المقارن 179
- الفرع الثاني: الجهة المختصة بتوحيد المبادئ القانونية في القانون العراقي 193
- المطلب الثاني: أساليب توحيد المبادئ القانونية في المحكمة الإدارية العليا 210
- الفرع الأول: توحيد المبادئ القانونية بأسلوب الإحالة 211
- الفرع الثاني: توحيد المبادئ القانونية بأسلوب الطعن 218
- المبحث الثاني: الآثار المترتبة على سلطة المحكمة الإدارية العليا في توحيد المبادئ القانونية 244

- المطلب الأول: الأثر المترتب على إنشاء مبدأ قانوني جديد 245
- الفرع الأول: مدى التزام المحكمة الإدارية العليا بالمبدأ القانوني الجديد 246
- الفرع الثاني: مدى التزام المحاكم الإدارية الأخرى بالمبدأ القانوني الجديد ... 261
- المطلب الثاني: أثر العدول عن مبدأ قانوني سابق 283
- الفرع الأول: أثر العدول على استقرار الأمن القانوني 284
- الفرع الثاني: أثر العدول على استقرار الأمن القضائي 305

313 الخاتمة

- أولاً: النتائج 313
- ثانياً: التوصيات 318

325 قائمة المراجع

- المصادر العربية 327
- أولاً: المعاجم اللغوية 327
- ثانياً: الكتب القانونية 327
- ثالثاً: الاطاريح والرسائل الجامعية 339
- رابعاً: البحوث والمقالات المنشورة 341
- خامساً: التشريعات 344
- سادساً: المواقع الالكترونية على شبكة المعلومات العالمية 347
- المصادر الفرنسية 349

تَجَمُّدٌ