جامعة الشرق الأوسط
MIDDLE EAST UNIVERSITY
Amman - Jordan

دور القاضي الاداري في انشاء القاعدة القانونية
(دراسة مقارنة)

The Role of the Administrative Judge in Establishing the Legal Base (Comparative Study)

إعداد

إيمان أحمد يعكوب

إشراف

الدكتور أيمن يوسف الرفوع

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام

قسم القانون العام

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

حزيران، 2022

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ ... وَمَآ أُغۡنِي عَنكُم مِّنَ ٱللَّهِ مِن شَيۡءٍۖ إِنِ ٱلۡحُكۡمُ إِلَّا لِلَّهِۖ عَلَيۡهِ تَوَكَّلۡتُۖ وَعَلَيۡهِ فَلۡيَتَوَكَّلِ ٱلۡمُتَوَكِّلُونَ ٦٧ ﴾

صدق الله العظيم

[سورة يوسف,٦٧]

تفويض

أنا **إيمان احمد يعكوب**، أفوّض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً وإلكترونياً للمكتبات، أو المنظمات، أو الهيئات والمؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: إيمان احمد يعكوب.

التاريخ: ٢٨ / ٦ / 2022.

التوقيع:

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة والموسومة بـ : **دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية (دراسة مقارنة).**

للباحثة: إيمان أحمد يعكوب.

وأجيزت بتاريخ: 18 / 06 / 2022.

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم	الصفة	جهة العمل	التوقيع
د. أيمن يوسف الرفوع	مشرفًا	جامعة الشرق الأوسط	
د. محمد علي الشباطات	عضوًا من داخل الجامعة ورئيسًا	جامعة الشرق الأوسط	
د. بلال حسن الرواشدة	عضوًا من داخل الجامعة	جامعة الشرق الأوسط	
د. هشام حامد الكساسبة	عضوًا من خارج الجامعة	جامعة الزيتونة	

شكر وتقدير

الحمدلله والشكر له كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، عدد خلقه ورضا نفسه وزنة عرشه ومداد كلماته على ان من على بإنجاز هذه الدراسة والصلاة والسلام على اتم الخلق نبينا محمد وعلى إله وصحبة وسلم تسليماً كثيراً.

أتوجه بالشكر الجزيل والتقدير إلى الأستاذ الدكتور المشرف الفاضل الذي لم يبخل لا بوقته ولا بجهده (أيمن يوسف الرفوع) على كل ما قدمه لي من توجيهات ومعلومات قيمة ساهمت في إثراء هذه الدراسة في كافة جوانبها.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة المتمثلة بالأساتذة الاجلاء (د. محمد علي الشباطات ، د. بلال حسن الرواشدة ، د. هشام حامد الكساسبة)

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأساتذة الكرام مستشاري مجلس الدولة العراقي كل من (د. سناء طعمة مهدي ود. مازن ليلو راضي ود. حسين محمد سكر) على كل ما رفدوني به من معلومات قيمة ساعدتني في إتمام هذه الدراسة.

وجزيل الشكر موصول إلى اساتذتي وزملائي الكرام كل من (د. مرتضى كاظم شاكوس ود. بشار محيسن الامارة ود. عبد الهادي عبدالله رسن ود.عباس شبيب الشمري) على كل ما قدموه لي من نصائح وما زودوني به من مصادر.

وافر الشكر والاحترام

الإهداء

إلى الغائب الحاضر جرح القلب والروح شهيدي وشهيد الوطن والدي الغالي ...

إلى جنتي وصديقتي من سهرت لأكبر ومن دعت لأكمل امي الغالية...

إلى السند والصديق إلى السائر معي في كل طريق زوجي الحبيب دمت لي دائما ...

إلى من حاربوا معي رغم صغرهم ريحانة روحي وانجازي في هذه الحياة اطفالي ...

إلى من ازروني وقت يأسي ودفعوني بحبهم إلى الامام اهلي الأعزاء ...

إلى وطني والف اهً على وطني ....

اهديكم ثمرة جهودي

الباحثة

ايمان احمد العبيدي

فهرس المحتويات

الموضوع **الصفحة**

العنوان .....أ
تفويض ..... ب
قرار لجنة المناقشة.....ج
شكر وتقدير ..... د
الإهداء .....هـ
فهرس المحتويات ..... و
الملخّص باللغة العربية.....ح
الملخص باللغة الانجليزية.....ط

مقدمة عامة

أولاً: مشكلة الدارسة.....2
ثانياً: اسئلة الدراسة 2
ثالثاً: اهداف الدراسة.....3
رابعاً: أهمية الدراسة 3
خامساً: مصطلحات الدراسة.....4
سادساً: الإطار النظري للدارسة 4
سابعاً: منهج الدراسة.....5
ثامناً: حدود الدراسة.....6
تاسعاً: الدراسات السابقة ذات الصلة.....6

الفصل الاول: التطور التاريخي لسلطة القاضي الإداري وعلاقته بالقاعدة القانونية

المبحث الاول :دور القاضي الاداري في العراق والقضاء المقارن مع مراحل نشأته 10
المطلب الأول :تطور دور القاضي الإداري في فرنسا ومصر 10
المطلب الثاني: تطور دور القاضي الإداري في الأردن والعراق 18
المبحث الثاني: الإطار المفاهيمي للقاعدة القانونية 29
المطلب الأول: ماهية القاعدة القانونية 30

المطلب الثاني: مصادر القاعدة القانونية..... 35

الفصل الثاني: أساليب القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

المبحث الأول: التفسير القضائي كأحد اساليب القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية 42

المطلب الأول: ماهية التفسير القضائي..... 42

المطلب الثاني: مبررات لجوء القاضي الإداري إلى التفسير وطرقه 48

المبحث الثاني: دور الاجتهاد القضائي في انشاء القواعد القانونية 57

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي..... 57

المطلب الثاني: المراحل التي يمر بها القاضي الإداري للكشف عن القاعدة القانونية 78

الفصل الثالث: سلطة المحاكم الإدارية العليا على اجتهاد القاضي الإداري ودورها في العدول عنه

المبحث الأول: اعمال دور المحاكم الإدارية العليا على ما ينشئه القاضي الإداري من قواعد 85

المطلب الأول: الجهات التي تنظر القرارات القضائية قبل اعتمادها كقاعدة قانونية في فرنسا ومصر 85

المطلب الثاني: الجهات التي تنظر القرارات القضائية قبل اعتمادها كقاعدة قانونية في الأردن والعراق 95

المبحث الثاني: عدول المحاكم الإدارية العليا عن الاجتهاد القضائي واثاره 107

المطلب الأول: الاجتهاد المعكوس (العدول القضائي) 107

المطلب الثاني: مبادئ مختارة من اجتهاد القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية 112

الخاتمة، النتائج والتوصيات

النتائج 120

التوصيات.....122

قائمة المراجع 124

دور القاضي الاداري في انشاء القاعدة القانونية (دراسة مقارنة)

إعداد: ايمان احمد يعكوب

إشراف: الدكتور أيمن يوسف الرفوع

الملخّص

يصنف القاضي الإداري بكونه القاضي الأكثر ابداعاً وقدرة على انشاء المبادئ القانونية في مختلف فروع القانون حيث مارسه دوره في انشاء القواعد القانونية من خلال الاجتهاد القضائي يساعده في ذلك مرونة قواعد القانون الإداري فعمله لم يتوقف عند خلو النص من معالجة لموضوع النزاع انما ابتدع حلولاً قانونية من اجتهاده حسمت الكثير من المنازعات الإدارية، فوظيفته لم تقتصر على تفسير النصوص الغامضة وانما اتجه إلى انشاء قواعد قانونية أصبحت لاحقاً أحد أهم مصادر القانون الإداري معطية لذلك القانون صفة القضائية ، وقد توصلت الدراسة ان القاضي الإداري في العراق قد بدأ يأخذ دوره الحقيقي في انشاء المبادئ القانونية حيث اصبح له بصمات واضحة في العديد من المبادئ القانونية المستحدثة ، وتدعو الدراسة المشرع العراقي الى بسط ولاية المحاكم الإدارية على جميع المنازعات الإدارية الناشئة عن العقود الإدارية بوصف ان القاضي الإداري هو الاقدر على البت بتلك المنازعات من القاضي العادي الذي لاتزال المنازعات الإدارية قابعة تحت ولايته .

الكلمات المفتاحية: القاضي الإداري، القاعدة القانونية، التفسير القضائي، الاجتهاد القضائي.

The role of the administrative judge in establishing the legal base (Comparative study)

Prepared by: Iman Ahmed Yakoob

Supervised by: Ayman Youssef Al-Rouf'

Abstract

The administrative judge is classified as the most creative judge and the ability to establish legal principles in various branches of law. It resolved many administrative disputes, as its function was not limited to the interpretation of ambiguous texts, but rather it tended to establish legal rules that later became one of the most important sources of administrative law, giving that law a judicial status. The study calls on the Iraqi legislator to extend the jurisdiction of the administrative courts over all administrative disputes arising from administrative contracts, as the administrative judge He is better able to settle those disputes than the ordinary judge, whose jurisdiction is still administrative disputes.

Keywords: Administrative Judge, Legal Rule, Judicial Interpretation, the Jurisprudence.

مقدمة عامة

يصاحب التطور الاداري الذي يشهده العالم جملة من المنازعات التي تتطلب معالجة قانونية ملائمة وعادلة تتماشى جنباً لجنب مع هذا التطور وليسد تلك الحاجة التي اصبحت ملحة وضرورية ومن ذلك المنطلق اخذ القاضي الاداري دوره في صياغة القواعد القانونية وتفسيرها وتطويرها فيعرض موضوع الدراسة دور القاضي الإداري في تطوير القاعدة القانونية عن طريق التفسير القضائي للنصوص القانونية المبهمة والغامضة والتوفيق بين النصوص المتعارضة، أو عن طريق إنشاء قاعدة قانونية جديدة في حالة عدم وجود نص قانوني يحكم النزاع المعروض أمامه وهذا ما يعرف بالاجتهاد القضائي ويتم ذلك وفقا لشروط ومراحل محددة مسبقا، ومن أهداف هذه الدراسة هي إبراز دور القاضي الإداري في حالة تفسيره للقاعدة القانونية وأثر الاجتهاد القضائي والتفسير القضائي الإداري علي المنظومة القانونية الإدارية.

فالقاضي الإداري تعدى كونه قاضيا تطبيقيا فقط، فمهمته اصبحت الإبداع والإنشاء، للقواعد القانونية فهو يصنع القاعدة القانونية في حالة انعدام النص القانوني وفي حالة وجود نقص في التشريع القائم. فطبيعة عمله محكومة بوجود النص القانوني أو غيابه ، في حالة وجود نص قانوني صريح واضح يقتصر دور القاضي الإداري على تطبيقه، أما إذا كان النص غامضا يتولى القاضي الإداري مهمة تفسيره و تبيان مضمونه وتحديد المقصود منه مستخلصًا الحلول المناسبة لفض النزاع المعروض عليه، فالقاضي من خلال قيامه بالتفسير يتمكن من سد الثغرات التي تشوب قواعد التشريع دون مخالفتها، وعملية التفسير ليست عملية ميكانيكية تتم أوتوماتيكيا دون جهد من قبل القاضي، فهي عملية معقدة وشاقة، يبين من ثناياها مدى الدور الذي يساهم به القاضي الإداري في تحديد مضمون معين للنص. وعلى وفق ما يقوله الفقيه (كاريه دو مالبيرك) فأن وظيفة القاضي لا تقتصر على تطبيق التشريع النافذ

إذا كان صامت انما يجب عليه أن يضع أو يخلق القاعدة المطبقة على النزاع والا ارتكب جريمة إنكار العدالة، أي أن مهمة القاضي هي أن يقول كلمة القانون سواء وجدت في نص ام لم توجد.

أولاً: مشكلة الدارسة

وتتمحور مشكلة الدراسة في الوقف على حقيقة الدور الذي يمارسه القاضي الإداري في انشاء القواعد القانونية عند مواجهته لذلك القصور عند فصله في المنازعة الإدارية وذلك من خلال البحث في دور القاضي الإداري الانشائي مع نشأة القضاء الإداري في العراق ودول المقارنة ، مع بيان ماهية القاعدة القانونية ومصادرها ومتى يكون للقاضي الإداري دور في انشاءها ضمن عمل يعتبر حكراً على المشرع كما تعرض الدراسة الوسائل التي يستعين بها القاضي الإداري في عملية الكشف عن قاعدة قانونية جديدة تسير جنباً إلى جنب مع القواعد القانونية المكتوبة من حيث العمل بها في الفصل بالمنازعة الإدارية مع اختلاف القيمية القانونية لكل منها إضافة إلى ذلك تتناول الدراسة مدى إمكانية عدول المحاكم العليا عن اجتهاداتها السابقة ضمن ما يعرف بالاجتهاد المعكوس وبيان اثاره على عملية التقاضي ككل .

ثانياً: اسئلة الدراسة

يمكن اجمال اسئلة الدراسة على النحو الاتي:

1. ما هو دور القاضي في تفسير النص المبهم؟
2. كيف يساهم القاضي الاداري في خلق قاعدة قانونية جديدة؟
3. من اين يستمد القاضي المساحة في ابتداع وانشاء القواعد القانونية؟
4. متى يتعبر ما يصدر عن القاضي الإداري قاعدة قانونية؟
5. ما هو الاجتهاد المعكوس؟

ثالثاً: اهداف الدراسة

تهدف الدراسة إلى تسليط الضوء على دور القاضي الاداري في انشاء القاعدة القانونية من خلال نشأة القضاء الاداري وبيان اختصاصات القاضي الاداري مع عرض دوره في تفسير القواعد القانونية المبهمة وبيان مساهمته في خلق قواعد قانونية جديدة وعرض الآلية التي من خلالها يستمد القاضي صلاحياته في انشاء وخلق قواعد قانونية تعالج النقص الحاصل في التشريع بطريقة اثرت قواعد القانون الاداري الذي بات مجال شاسع لإبداع القاضي الاداري بصورة تواكب المنازعات الادارية الحديثة خاصة وان القانون الاداري قانون غير مقنن ويمتاز بالحرية.

رابعاً: أهمية الدراسة

تظهر اهمية الدراسة في عرض دور القاضي الاداري في حل النزاع مع غياب النص القانوني وكيف برز دور القاضي الاداري في ابتداع قواعد قانونية منها ما أصبح مقنن بالفعل اضافة إلا ان هذه الدراسة هي الاولى من نوعها من حيث عقد المقارنة بين بلدان الدراسة مع ما ستعرضه من اختلافات في ممارسة القاضي لصلاحيات تشريعية في كل من العراق والاردن ومصر وفرنسا.

خامساً: مصطلحات الدراسة

القضاء الاداري: هيئة قضائية مستقلة تقوم بأعداد وصياغة التشريعات وتقديم الفتاوى كما تفصل في المنازعات الإدارية وفق قواعد قانونية متميزة.[1]

القاعدة القانونية: هي مجموعة القواعد التي على أساسها يتنظم سلوك الافراد في الجماعة الواحدة وتعمل السلطات العامة على تطبيقها من خلال فرض الجزاءات على من يخالفها.[2]

الاجتهاد القضائي: مجموعة القواعد القانونية غير المقننة التي يستنبطها القاضي من ضمير الجماعة وروح التشريع ومبادئ العدالة عند غياب القواعد التشريعية التي تحكم المنازعات المعروضة عليه) [3]

التفسير القضائي: مجموعة المبادئ العامة التي تستخلص من احكام المحاكم عند تطبيقها للقوانين عند البت بما يعرض عليها من منازعات[4]

سادساً: الإطار النظري للدارسة

تتناول الباحثة في مقدمة هذه الدراسة نبذة عن الدراسة من حيث بيان دور القاضي الاداري في انشاء القاعدة القانونية مع غياب النص الذي يعالج المنازعة المعروضة امامه وبيان امكانياته في تطويع النصوص القانونية الموجودة عن طريق تفسيرها بصورة تلائم النزاع مع عرض لمشكلة الدراسة وطرح لاهم الاسئلة وبيان اهداف الدراسة يليها عرض للدراسات السابقة التي تناولت الموضوع وبيان ما تمتاز

---

1 الطماوي، سليمان (1957) النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص215..

2منصور، محمد حسين (2010). المدخل إلى القانون القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، ص11.

3الحلو، ماجد راغب (1996). القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية، ص627.

[4] سلطان ، أنور (1983) .المبادئ القانونية العامة ، دارالنهضة للطباعة والنشر ،ط4،ص158 .

به هذه الدراسة عن سابقاتها في حين تناولت الباحثة في الفصل الاول الذي جرى تقسيمه إلى مبحثين الاول يتناول نشأت القضاء في فرنسا ومصر والاردن والعراق والثاني لتعريف القاعدة القانونية وخصائصها ومصادرها المكتوبة اما الفصل الثاني تناول أساليب القاضي الإداري في اثراء القاعدة القانونية وذلك في مبحثين الاول من خلال التفسير القضائي للنصوص المبهمة مع طرح لاهم طرق التفسير ومدارسه والمبحث الثاني يتناول اجتهاد القاضي الإداري في حل المنازعات الإدارية في ظل غياب النص القانوني في حين يعالج الفصل الثالث سلطة المحاكم الإدارية العليا على اجتهاد القاضي الإداري في مبحثين الأول سلطة هذه المحاكم في العراق ودول المقارنة والثاني لعدول المحاكم الإدارية العليا عن اجتهادها السابق مع تضمين الدراسة بعض المبادئ التي اوجدها القضاء الإداري وتختم الدراسة بأهم النتائج والتوصيات .

سابعاً: منهج الدراسة

ان طبيعة الموضوع كدراسة فرضت اتباع أكثر من منهج وهي:

المنهج التاريخي: حيث يجرى استعراض نشأت القضاء الاداري في العراق ودول القضاء المقارن.

المنهج المقارن: حيث تتم المقارنة بين دور القاضي الاداري في انشاء القاعدة القانونية في العراق والقوانين المقارنة وفي أي نظام قضائي يجد القاضي الإداري حريته بأنشاء القواعد القانونية.

المنهج الوصفي والمنهج التحليلي: حيث سيجري وصف وتحليل بعض النصوص القانونية والوقائع القضائية التي تدخل ضمن الدراسة.

ثامناً: حدود الدراسة

الحدود المكانية : تدور دراسة الباحثة حول بيان دور القاضي الإداري في انشاء القواعد القانونية في كل من فرنسا ومصر والأردن والعراق من خلال دراسة مقارنة تتناول النصوص التشريعية التي من خلالها استمد القاضي الإداري هذه السلطة في العراق ودول القضاء المقارن.

الحدود الزمانية : تبحث الدراسة تطور دور القاضي الإداري في انشاء القواعد القانونية من خلال تتبع نشأة القضاء الإداري ومع تشكيل مجلس شورى الدولة العراقي بصدور قانون رقم 65 لسنة 1979 مع تناول ابرز التشريعات التي نظمت عمل المحاكم الإدارية في بلدان العراق وبلدان الدراسة الى تاريخ اعداد هذه الدراسة.

الحدود الموضوعية : نشاط القاضي الإداري في انشاء القواعد القانونية ومايميز دوره عن غيره من القضاة ودوره في حسم المنازعات الإدارية التي ترافق تطور الحياة الإدارية في العراق وبلدان الدراسة .

تاسعاً : الدراسات السابقة ذات الصلة

1. المرسومي ، عمار حسين (2019)، **دور القاضي الاداري في انشاء القاعدة القانونية في العراق**، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد.

تناولت هذه الاطروحة دور القاضي الاداري في العراق من حيث اعماله لسلطاته العقلية والذهنية للوصول إلى حل مناسب لفض النزاع المعروض امامه وتناولت الدراسة دور القاضي في إجراءات الدعوى وتسييرها وقد خلصت الدراسة إلى مقترح انشاء دائرة توحيد المبادئ القانونية في مجلس الدولة العراقي ترتبط بالمحكمة الادارية العليا تتبنى توحيد المبادئ التي تستقر عليها المحكمة وتتولى تحديثها.

وما يميز دراستنا عن هذه الدراسة هو تناول الاسباب التي تجعل القاضي الاداري يتجه إلى ابتداع القواعد القانونية ابتداءاً وبصورة موسعة إضافة إلى عرض أدوات القاضي الإداري وسلطته في التفسير والاجتهاد وبيان دور المحاكم العليا على هذا الاجتهاد .

2. شقاق، ابتسام فاطمة الزهراء (2016). **دور القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة أبو بكر بلقايد، تلسمان، الجزائر.

تناولت الباحثة في رسالتها الدور الانشائي للقاضي الإداري في الجزائر وفرنسا ومصر ومدى تأثر المشرع الجزائري بالفقه الفرنسي، الا ان المطلع على الرسالة يجد ان الباحثة قد اختزلت دور القضاء المقارن لتفرغ فحوى الرسالة على القضاء الإداري في الجزائر خلافاُ لعنوانها بوصفها دراسة مقارنة.

وتختلف درستنا من حيث إعطاء الدراسة حقها بكونها مقارنة حيث حرصت الباحثة على عقد المقارنة بين العراق ودول الدراسة وفي المواطن التي تستوجب المقارنة مع ابراز دور القضاء المقارن وتأثيره على بلد الدراسة العراق.

3. نور الهدى، غنيمي (2013). **دور القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية،** رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة محمد خضير بسكرة، الجزائر.

تناول الباحث في دراسته دور القاضي في المنازعة الإدارية من حيث سلطة في دعوى الإلغاء مع تسليط الضوء على قرارات الغرف الادارية في الجزائر حيث تضمنت الدراسة دور القاضي الإداري الجزائري واجتهاده في انشاء القواعد القانونية والذي تبين من خلالها بأن له دور متميز بشكل كبير الانها اقتصرت على الجزائر.

وتتميز دراستنا عنها بأنها تناولت انشاء القاعدة القانونية القضائية ومصادرها ، والمصادر التي يستعين بها القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية ومراحل صناعة القاعدة القضائية مع عرض عدة قواعد قانونية من صنع القضاء الإداري .

4. حسن، حسن محمود (2005)، **دور القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية** (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر.

يعقد الباحث من خلال اطروحته مقارنة بين القاضي الإداري والقاضي المدني والجنائي مع بيان دوره في انشاء القاعدة القانونية، حيث تضمنت الرسالة عدد كبير من قرارات الحكم الصادرة عن مجلس الدولة المصري، كما تميزت بأسلوب كتابة دقيق وبليغ لا يستهان به.

وتختلف دراستنا عن الدراسة انفاً حيث انصبت على القاضي الإداري مع التلميح احياناً بمقارنة بين ما يتميز به القاضي الإداري عن غيره من القضاة في اقسام القانون الاخرى من صلاحية في انشاء القواعد القانونية وارتكزت على دوره الانشائي في ظل غياب النصوص القانونية وغموضها.

واخيراً ومع تشابه هذه الدراسة مع سابقاتها في العنوان فأنها تختلف من حيث المضمون والمواضيع التي تناولتها حيث لم تختزل الباحثة أي جهد في سبيل كتابة هذه الدراسة بالطريقة التي تليق بصرح علمي مرموق مثل جامعة الشرق الأوسط.

الفصل الاول

التطور التاريخي لسلطة القاضي الإداري وعلاقته بالقاعدة القانونية

رافق تطور الحياة الإدارية والاقتصادية نشوء منازعات حديثة لم تكن واضحة سابقاً ، تكون السلطة العامة هي الطرف القوي فيها فظهرت فكرة مقاضاة الدولة ومساءلتها عن ما ترتكبه من أخطاء بصورة ملحة، الامر الذي اخذ دوره عند المفكرين وفقهاء القانون لإيجاد نوع من السلطة تفرض رقابتها على تصرفات الإدارة للحد من تسلطها وتعسفها في مواجهة الافراد ولما كان القضاء هو ملاذ الضعفاء على مر العصور اتجه النظام القضائي إلى إيجاد قضاء خاص مهمة مراقبة ما يصدر عن الإدارة من تصرفات تحت سيف المشروعية ، فلابد للإدارة عند اتخاذها لاي قرار ان تلتزم بقاعدة المشروعية ومن هنا بدأت معالم القضاء الإداري تظهر بصورة واضحة في فرنسا ولما كان القانون الإداري غير مقنن بمتن تشريعي ، اخذ القاضي الإداري دوره في انشاء قواعد هذا القانون ، وقبل الدخول الي اصل موضوع الدراسة وهو (دور القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية) لابد من التطرق إلى دوره عند نشأة القضاء الإداري وكيفية نشأته في كل من العراق والقضاء المقارن حيث يجري تقسم هذا الفصل إلى مبحثين يتناول المبحث الاول مطلبين الاول لنشأة القضاء الاداري في فرنسا ومصر والثاني لنشأته في الاردن والعراق في حين يتناول المبحث الثاني القاعدة القانونية (الشق الثاني من دراستنا) من حيث تعريفها وخصائصها ومصادرها .

المبحث الاول

دور القاضي الاداري في العراق والقضاء المقارن مع مراحل نشأته

يعتبر القانون الإداري احد اهم فروع القانون العام وأكثرها تميزاً ومنه اخذ القاضي الإداري تميزه عن غيره من القضاة ، حيث ان القضاء يلعب دوراً مهماً في انشاء قواعده القانونية ولذلك اقتضت خطة البحث ان يجري تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين الاول لنشأة القضاء الاداري في كل من فرنسا بوصفها مهد القضاء الاداري ونقطة انطلاقه الاولى إلى دول العالم ومنها عرف القضاء المزدوج ومن ثم نتناول نشأته في مصر التي تعد أكثر الدول العربية تأثراً بالنظام الفرنسي ومن أحد أكثر الدول العربية تقدماً في مجال القضاء الاداري وذلك في فرعين في حين يتناول المطلب الثاني نشأته في الاردن والعراق مع بيان مراحل تطور هذا القضاء في العراق وبلدان المقارنة.

المطلب الأول

تطور دور القاضي الإداري في فرنسا ومصر

عُرف القضاء الإداري في فرنسا منذ فترة طويلة حيث كان نتيجة للأفكار التي جاءت بها الثورة الفرنسية عام 1789 التي قامت على أساس الفصل بين السلطات ومنع المحاكم القضائية من البت في المنازعات الإدارية لضمان عدم تدخل السلطة القضائية في اعمال الإدارة الا ان ذلك الوضع لم يستمر حيث اخذ القضاء يمارس دوره من خلال التطور الذي شهده القضاء الإداري ومنه اخذ القاضي الإداري يمارس دوره في انشاء المبادئ القانونية وعلى أساس ذلك سيجري تقسيم هذا المطلب الى تناول دور القاضي الإداري في انشاء القواعد القانونية في فرنسا ومصر من خلال تتبع التطور التاريخي للقضاء

الإداري في كلا البلدين حيث يجري افراد فرع لدراسة نشأت القضاء الإداري في كل بلد وحسب التفصيل الاتي :

الفرع الأول: نشأة القضاء الاداري في فرنسا

تعتبر فرنسا مهد القانون الاداري والحاضن الاول له ونواة نشأته حيث بدأ هذا القانون في الظهور بعد الثورة الفرنسية عام 1789 م منذ ان تشكل مجلس الدولة الفرنسي حيث يعتبر الخطوة الاولى في بزوغ القانون الاداري بالمفهوم المعروف حالياً، غير ان هذا التطور الذي شهده هذا القانون لم يأتي بطفرة واحدة لكن مر بمراحل وتقلبات شهدتها سنوات طويلة كانت حافلة بالتغيرات السياسية والاجتماعية[1] .

فسابقاً كانت السلطات مقتصرة على الملك دون غيره ولا يمارس القاضي مهامه الا بتفويض منه حيث كان النظام الملكي في فرنسا قبل الثورة لا يعترف بمبدأ سيادة القانون ولا الفصل بين السلطات ، كل تلك العوامل جعلت من الصعوبة بمكان ان يولد قضاء اداري يلزم الدولة وينظم نشاطها اضافة إلى ان المحاكم في النظام الملكي والتي كانت تعرف ب(البرلمانات القضائية) كانت تسعى دائماً للمحافظة على امتيازاتها في مواجهة التاج واعوانه وفي سبيل ذلك كانت دائمة التدخل في اعمال الادارة الملكية بوصفها صاحبة الحق في تسجيل الاوامر الملكية قبل نفاذها الامر الذي خلق لها الدور الكبير في ايقاف اي عمل اداري يمس بمصالحها وامتيازاتها واول ما قامت به الثورة بعد قيامها هو الغاء هذه البرلمانات .[2]

1 الطماوي، سليمان محمد (2014). مبادئ القانون الاداري، دراسة مقارنة، ج1، ط10، دار الفكر العربي – القاهرة، ص20.

2 الجرف، طعيمة (1970). القانون الاداري، دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط والادارة العامة، مكتبة القاهرة الحديثة، ص39.

اما الفترة ما بعد قيام الثورة الفرنسية فقد اخذت فرنسا بمبدأ الفصل بين السلطات لكن بمفهوم ضيق يقوم على اساس الفصل المطلق بين السلطتين القضائية والتنفيذية بطريقة عدم خضوع الادارة بأي شكل من الاشكال لرقابة القضاء العادي بما يقوم به من اعمال مع ما رافق هذا النهج من عوامل تاريخية اخرى خلقت سوء الظن بالمحاكم العادية الامر الذي منعها من التصدي والرقابة على الاعمال الادارية [1] ، وعلى اساس هذا الفصل حرم على رجال القضاء ممارسة اعمال الادارة ومناقشة رجالها فيما يخص وظائفهم أو التصدي لهذه الاعمال بالتفسير أو الالغاء أو وقف التنفيذ وعلى ذلك استقلت الادارة بعد الثورة بأعمالها بعيداّ عن زاوية القضاء فأصبحت هي صاحبة الولاية في النظر بما ينشأ عن نشاطها من قضايا ومنازعات حيث جاء في قانون 16-24 أغسطس سنة 1790 والذي عد مخيباً للآمال كونه منع السلطة القضائية من التدخل في شؤون الإدارة مقابل ان تمتنع الإدارة عن المساس باستقلال القضاء ، حيث نص على ان (الوظائف القضائية تبقى دائماً مستقلة عن الوظائف الإدارية، وعلى القضاة ألا يتعرضوا بأي وسيلة من الوسائل لأعمال الهيئات والا كانوا مرتكبين لجريمة الخيانة العظمى) ،وعاد و تأكد هذا المبدأ مرة أخرى بالقول (إن القضاة لا يمكنهم التعدي على الوظائف الإدارية أو محاكمة رجال الإدارة عن اي عمل يتصل بوظائفهم ويحظر على المحاكم حظراً مطلقاً النظر في أعمال الإدارة، أيما كانت هذه الأعمال)[2] وما لحق ذلك القانون لم يختلف كثيراً عنه حيث جاء قانون 14-7 تشرين الاول من ذات العام بتخويل رئيس الدولة والوزراء النظر في المنازعات التي تقوم بين الافراد ووزاراتهم وقانون

1 بدير والسلامي والبرزنجي، علي محمد ومهدي ياسين وعصام عبدالوهاب (ب ن)، مبادئ واحكام القانون الاداري، دار العاتك لصناعة الكتاب- القاهرة، ص29 .

2 الفصل 13 من قانون التنظيم القضائي 16-24 اب 1790 ذكره قسطو ، جليل (1973) ، الرقابة الادارية على اعمال الادارة في النظام الانكليزي ، مجلة القضاء ، العدد 2 ،28 حزيران ، ص86

16-11 ايلول من ذات العام ايضاً الذي اناط بمدراء الاقاليم ولاية النظر في المنازعات التي تنشأ بين الافراد والادارات المحلية والاقليمية عن طريق تقديم الافراد تظلمات أو التماسات إلى نفس الموظف الذي اجرى التصرف أو اصدر القرار إلى رئيسه الاعلى وعرف هذا النظام باسم (الادارة القاضية) [1]، ليكون دور القضاة في تلك المرحلة مكبل بهيمنة السلطة فلا سلطان للقضاء على الإدارة واعمالها .

وفي مطلع السنة الثامنة للثورة وتحديداً في عهد امبراطورية (نابليون بونابرت) وبموجب دستور السنة الثامنة انشئ مجلس الدولة الفرنسي ومجالس الاقاليم التي كانت اختصاصاتها تتمحور بفحص المنازعات الادارية التي يختص بها مدراء الاقاليم والوزراء ووضع مشروعات احكام معدة للتصديق عليها من قبل رئيس الدولة ، وذلك يعني ان وظيفة المجلس عند حداثة نشأته كانت وظيفة استشارية اكثر من كونها قضائية ولذلك سميي هذا النظام ب(نظام القضاء المقيد أو المحجور) [2] حيث ان المجلس مسلوب الصلاحيات ليس له سوى الاقتراح والاقرار مرهون بموافقة رئيس الدولة . وبتاريخ 24 ايار 1872 صدر القانون الاساسي لنظام مجلس الدولة والذي على أثره منح المجلس ولاية القضاء التام في المنازعات الادارية بصورة نهائية دونما حاجة إلى عرضها للتصديق على رئيس الدولة [3] ، فبعد هذا التاريخ أصبح للمجلس صفة قضائية مستقلة بشكل كامل عن الادارة وتأثيرها وكذلك ابتدأ المجلس مشواره الرقابي بشكل محدود لكن ما لبث ان توسعت تلك الرقابة بصورة كبيرة ومؤثرة لم تخلو من عدة تراجعات وتوقفات صاحبة التغيرات السياسية التي طالت فرنسا.[4]

---

1 بدير واخرون (ب ن) . مرجع سابق، ص30 .

2 العاني، وسام صبار (2020). القضاء الاداري، ب ط، مكتبة السنهوري، ص104.

3 الجرف، طعيمة (1970). القانون الاداري، مرجع سابق، ص40.

4 بدير واخرون (ب ن) . مرجع سابق ، ص30.

وقد كان لنقطة التحول هذه في القانون الاداري الفرنسي اسباب منها ان مجلس الدولة لم يسلم بتطبيق القانون المدني على المنازعات الادارية بل ذهب باتجاه ان الشؤون الادارية لها طبيعة خاصة تستلزم ان تحكمها نصوص قانونية خاصة توائم مع ما يجب ان تتمتع به المصلحة العامة من رعاية وحماية ، باعتبار ان القانون المدني وبحسب وجهة النظر التقليدية قد وضُع لحماية مصالح الافراد الامر الذي جعل من قواعده صارمه وتبتغي المساواة ، وقد ذهب المجلس إلى ان مراعاة المساواة في تطبيق القواعد المدنية على المنازعات الادارية فيه ما يهدد سير المرافق العامة أو يؤدي إلى عرقلة عملها وعلى اساس ذلك ذهب قضاة المجلس باتجاه وضع قواعد قانونية جديدة يستمدها من روح القانون العام مرة ومن قواعد العدالة مرة ومن اعتبارات تقديم مصلحة المرفق العام على اية مصلحة اخرى مرة، وبمرور الزمن وكثرة التطبيقات العملية وجد قانون زاخر بنظرياته الخاصة ومتميز عن غيره من القوانين .[1]

ولم يعترف المشرع الفرنسي للقاضي الإداري بحقه في انشاء القواعد القانونية بصورة صريحة انما اخذ المجلس دوره في انشاءها من خلال نص المادة الرابعة من القانون المدني الصادر في عام 1804 التي تضمنت ان القاضي الذي يرفض الحكم بحجة غموض النص أو عدم كفايته .... يعد مرتكبا لجريمة الامتناع عن الحكم [2] .

ومن خلال ما تقدم نجد ان مجلس الدولة الفرنسي الذي يعتبر نواة القضاء الاداري في العالم المعاصر قد مر بمراحل عدة ابتدأت مع نشأته كجهاز استشاري يقدم المشورة القانونية إلى بداية ممارسة

---

1 الطماوي، سليمان محمد (2014). مصدر سابق، ص24.

2عبدالامير، علي حسن. (2018). كشف وابتكار المبادئ العامة في القانون والقضاء الإداري، المركز العربي للنشر والتوزيع، ص143

دوره الرقابي بصورة مقيدة إلى ان وصل إلى ما هو عليه في الوقت الحاضر من كونه ايقونة للقضاء الاداري وواضعاً لحجر الاساس في نشأت القضاء المزدوج من فرنسا إلى جميع دول العالم التي اخذت بهذا النهج ومنها بلجيكا بالقانون الصادر في 23 ديسمبر 1949 والذي بموجبه تأسس مجلس الدولة البلجيكي ومصر بصدور قانون رقم 112 لسنة 1946 وما تلاه من قوانين معدلة له .

الفرع الثاني: نشأة القضاء الاداري في مصر

يعتبر صدور قانون رقم 112 لسنة 1946 في مصر هو الخطوة الاولى لنشأة القضاء الاداري المزدوج المستقل حيث كان النظام قبل هذا التاريخ هو القضاء الموحد إذ تقوم المحاكم العادية بالفصل في كافة المنازعات باعتبارها صاحبة الولاية العامة.

وقبل هذا التاريخ لم يخلو الامر من العديد من المحاولات لإنشاء جهة قضائية شبيهه بمجلس الدولة الفرنسي اولها الامر العالي الذي صدر في 23 ابريل سنة 1879 الذي بموجبه أنشأ مجلس دولة منح اختصاصات متعددة في مجال الفتوى وصياغة القوانين والقضاء.

وشُكل المجلس المذكور من مستشارين مصريين واجانب وقد كلف بوظائف الصياغة والافتاء والقضاء فتولى صياغة مشروعات القوانين واللوائح الادارية التي تطلبها الحكومة وابداء الرأي في المسائل القانونية التي تتعلق بالصالح العام ولها ايضاً ولاية التعويض والغاء القرارات الادارية المخالفة للقانون ، كما كان قضاءه مفوضاً اي غير خاضع لمصادقة الحكومة الامر الذي يوحي بأنه للقاضي سلطة واسعة

في انشاء المبادئ القانونية ، الا ان هذا المجلس لم يكتب له النجاح بسبب الاضطرابات السياسية التي واجهت مصر في ذلك الوقت الامر الذي ادى إلى الغاءه بعد فتره وجيزة من انشاءه [1] .

ومع مطلع عام 1883 وتحديداً في الاول من مايو صدور القانون النظامي الذي نص في المادة 46 منه على انشاء مجلس شورى الحكومة ونظم هذا المجلس بالأمر العالي الذي صدر في 22 سبتمبر 1883 لكنه كان مجلس بدون صلاحيات قضائية واقتصرت وظيفته على قسمين الاول التشريع والذي شمل (وضع صياغة مشروعات القوانين والاوامر العالية الصادرة باللوائح العامة) والقسم الثاني الرأي والذي شمل (ابداء الرأي في كل المسائل المتعلقة بالمصلحة العامة وغيرها مما يعرض عليه الناظر الا ان هذا المجلس اوقف عمله في 13 فبراير من عام 1884.[2]

وفي عام 1939 اي بعد اعلان الاستقلال اعدت لجنة قضايا الحكومة مشروع انشاء مجلس الدولة والذي لم يمنح حق الغاء القرارات الادارية المعيبة حيث جاء اختصاصه مقيد فلم تكن احكامه نهائية حيث تخضع لمصادقة مجلس الوزراء وعلى ذات النهج المأخوذ به في فرنسا بداية نشوء مجلس الدولة الفرنسي ولم يرى هذا المشروع النور وحل محلة مشروع سنة 1941 الذي تضمن صلاحية المجلس بألغاء القرارات الادارية المعيبة دون الرجوع إلى مجلس الوزراء وكسابقه لم يجر اقراره بسبب تغير الحكومة والانتقادات التي طالت المشروع من أكثر من جهة [3] .

---

1 ابو زيد، محمد عبد الحميد (1995). القضاء الاداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية–القاهرة، ص171.

2 الطماوي، سليمان محمد (2015). القضاء الاداري ، ج1 ، قضاء الالغاء ، ط1 ، دار الفكر العربي – القاهرة ، ص95

3 الطماوي، سليمان محمد (2014) . مصدر سابق ، ص25 .

وبعد بضع سنوات وتحديداً في عام 1945 تبنى احد النواب مشروع قانون 1945 وتقدم به على مجلس النواب بصورة اقتراح قانون والذي احالة المجلس بدوره إلى لجنة الشؤون التشريعية للنظر فيه بصورة مستعجلة وعلى الصعيد ذاته قدمت الحكومة إلى مجلس النواب مشروعاً يتفق مع ما جاء بالمشروع الاول والذي احاله المجلس بدوره إلى اللجنة ذاتها والتي اتخذته اساساً للمناقشة وبعد الموافقة عليه من البرلمان ومصادقة رئيس الدولة صدر القانون رقم 112 لسنة 1946 والذي بموجبه انشأ مجلس الدولة المصري لتخرج مصر من نظام القضاء الموحد إلى نظام القضاء المزدوج ، غير ان التطبيق العملي للقانون انفاً قد اظهر عدت ثغرات في صياغته تعود ربما للسرعة في صياغته الامر الذي ادى إلى الغاءه والاستعاضة عنه بالقانون رقم 9 لسنة1949 والذي جاء بسلطات اوسع واختصاصات اكثر حيث اصبح المجلس مختص بالفصل في العقود الادارية وهي (التوريد والاشغال العامة وعقود الالتزام) [1] .

ولابد من الإشارة إلى ان المذكرة الايضاحية للقانون رقم 165 لسنة 1955 تعد اعتراف المشرع المصري الصريح للقاضي الإداري بدوره الانشائي واصفة إياه بأنه قاضي يبتدع الحلول ، ومع ما منح القانون انفاً من صلاحيات لمحكمة القضاء الاداري الا انه ظل مقيداً ومحدود الاختصاصات إلى ان جرى الغاءه وتشريع القانون رقم 55 لسنة 1959 والذي اعاد تنظيم مجلس الدولة لينسجم مع قيام الجمهورية العربية المتحدة والذي عدُل بصدور القانون رقم 47 لسنة 1972 الذي اعاد تنظيم مجلس الدولة على وفق دستور جمهورية مصر لعام 1972 الذي تضمن ان مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة

1 عكاشة ، حمدي ياسين (1987) ، القرار الاداري في مجلس الدولة ، منشأة المعارف– الاسكندرية ، ص158 .

تختص بالفصل بالمنازعات الادارية والدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الاخرى [1] ، ومع هذا النص يكون المشرع قد لبى الرغبة الشعبية التي نادت فترة طويلة بضرورة انشاء القضاء الاداري بنص دستوري لتنتهي بذلك جميع المحاولات التي كانت تدفع بعدم جدوى انشاء القضاء الاداري والانتقاص منه ومن اختصاصاته فجاء هذا النص ليعطي للقضاء الاداري استقلاله الخاص والمتميز ويحصنه من الاهواء العشوائية .[2]

المطلب الثاني
تطور دور القاضي الإداري في الأردن والعراق

يعتبر القضاء الإداري في الأردن والعراق حديث النشأة حيث مر هذا القضاء بتذبذبات كثير فرضتها عليه هيمنه المحاكم العادي وضعف المطالبة بأنشاء محاكم للقضاء الإداري إضافة إلى حداثة نشأة هذا القضاء وقلة الوعي بأهميته في تنظيم الحياة الإدارية كلها أمور أدت إلى تأخر الأردن والعراق في انشاء محاكم إدارية مختصة تمارس دورها بالفصل في المنازعات الإدارية ومن خلال هذا المطلب سيجري تناول تطور هذا القضاء في الأردن والعراق من خلال فرع لكل بلد.

الفرع الأول: نشأة القضاء الاداري في الاردن

لا تختلف بداية نشوء القضاء الاداري في الاردن عن نشأته في بقية الدول العربية حيث كانت منطقة شرق الاردن تحت الحكم العثماني وخاضعة لنظام الدولة العثماني القضائي حيث كانت المحاكم المدنية

---

1 المادة 172 من دستور جمهورية مصر لعام 1971 الملغى .

2 ابو زيد ، محمد عبدالحميد (1995) . القضاء الاداري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية–القاهرة ، ص174 .

صاحبة الولاية العامة في النظر بالمنازعات الحقوقية والتجارية والجزائية الا إذا خول القانون مرجع قضائي اخر صلاحية النظر في نوع معين من المنازعات فقد عهد إلى لجان ادارية تابعة للإدارة تبعية كاملة سلطة الفصل في بعض المنازعات التي تكون الادارة أحد اطرافها.

ومع بداية تأسيس الدولة الاردنية بوصول الامير (عبدالله بن الحسين) إلى الاردن وصدور الدستور الذي حمل اسم القانون الاساسي لشرق الاردن في عام 1928 والذي سبقه صدور قانون تشكيل المحاكم النظامية لعام 1922 الذي نظم عمل محكمة الاستئناف ومحاكم البداية على وفق القوانين المعمول بها عند نفاذ هذا القانون الامر الذي يعني استمرار الوضع كما هو عليه في عهد الدولة العثمانية و الذي ولى المحاكم المدنية النظر في جميع المنازعات بصرف النظر عن اطرافها ، وبعد صدور القانون انف الذكر وتحديداً في عام 1923 تقرر تشكيل مجلس يعرف باسم (مجلس الشورى) يرأسه قاضي القضاة وعضوية مدير الاستئناف ومدير المعارف ومدير المحاسبة ومدير البرق والبريد العام ومدير التسجيل ، يتولى اصدار القرارات الخاصة بمحاكمة الموظفين وسن مشاريع القوانين والانظمة ويتولى تفسيرها والبت بدعاوى الاستئناف المقدمة ضد قرارات المجالس الادارية ، وبذلك يمكن اعتبار المجلس جهة ادارية ذات اختصاص قضائي يفصل في المنازعات الغي في عام 1926 [1] .

ومع حلول عام 1935 أصدر المشرع الاردني قانون (دعاوي الحكومة) الذي نص على عدم سماع الدعاوى التي تقام على الحكومة الا في مجالات معينة حيث تضمن بأن لا تسمع المحاكم اية دعوى ضد الحكومة الا من اجل:

---

1 شنطاوي ، علي خطار (2011) .مرجع سابق ، ص190.

أ. الحصول على اموال منقولة أو تعويض عنها بمقدار قيمتها.

ب. تملك اموال غير منقولة أو التصرف فيها أو نزع اليد عنها أو استمرارها أو التعويض عنها بمقدار قيمتها.

ج. الحصول على نقود أو تعويضات نشأت بناء على عقد بصورة مشروعة مع الحكومة [1] .

ولابد من الاشارة إلى ان القانون لم يجز اقامة دعوى على الادارة امام القضاء العادي (المحاكم النظامية) الا بعد الحصول على اذن خطي من السلطة الادارية ، ومع ذلك فأن الاتجاه السائد في تلك الفترة ذهب مع رفض المحاكم النظر في المنازعات التي تكون الادارة طرفاً فيها بحجة ان ذلك يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات ويمكن القول بأن هذا التبرير استند اليه القضاء العادي في الاردن يماثل التعبير الخاص لمبدأ الفصل بين السلطات الذي تبناه رجال الثورة الفرنسية لمنع المحاكم من النظر في المنازعات الادارية وعلى اساس ذلك اضطر المشرع الاردني لإنشاء العديد من اللجان الادارية ذات الطابع القضائي ومنها (لجان المنازعات الضريبية) [2].

ومع صدر الدستور الثالث عام 1952 والمعمول به لغاية الان والذي معه بدأت ملامح الدولة القانونية الحديثة تظهر في الاردن [3] فأخذت التغيرات تظهر بصورة مرضية حيث تضمنت نصوص الدستور الاخير العديد من المبادئ والقواعد الاساسية التي تخص موضوعات القانون الاداري والاموال

---

1 شنطاوي ، علي خطار (2011) .مرجع سابق ، ص191.

2 الطهراوي ، هاني علي (2014) . مرجع سابق ، ص59 .

3 خلالية ، محمد علي (2020) . مرجع سابق ، ص105 .

العامة والضبط الاداري حيث تضمنت المادة (100) منه على انواع المحاكم وان اختصاصاتها تنظم بقانون وان يتضمن هذا القانون انشاء محكمة عدل عليا ، وعلى اثر ذلك صدر قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 26 لسنة 1952 والذي حدد انواع المحاكم وهي (محاكم الصلح ، محاكم البداية ، محاكم الاستئناف ، محكمة التمييز) وقد وجد المشرع في تلك الفترة صعوبات حالت دون انشاء محكمة ادارية مستقلة ومنها عدم توفر عدد كافي من القضاة المؤهلين لتولي الفصل بالمنازعات الادارية ، وعهد على اثر ذلك بهذه المهمة إلى محكمة التمييز بوصفها اعلى محكمة نظامية لتتولى وظيفة محكمة العدل العليا لذا فقد اضفى المشرع على هذه المحكمة ثلاث صفات هي (الصفة الجزائية والصفة الحقوقية واخيراً الصفة الادارية) فهي تنظر بصفتها الجزائية في الطعون الصادرة من محكمة الاستئناف في الدعاوى الحقوقية وبصفتها الادارية كمحكمة عدل عليا حيث تتولى النظر في الدعاوى الخاصة بألغاء القرارات الادارية بصفة اساسية ويقتصر قضاءها على الحكم بالإلغاء فقط دون ان يمتد إلى التعويض عن الاضرار الناشئة عن القرارات والاعمال الادارية [1] .

وظل الوضع على ما هو عليه حتى عام 1989 حيث صدر قانون محكمة العدل العليا المؤقت رقم 11 لسنة 1989 الذي بموجبه جرى انشاء محكمة العدل العليا باعتبارها جهة قضائية مستقلة عن القضاء الاداري بقانونها واجراءاتها وكوادرها ليكون بذلك تجسيداً لفكرة القضاء المزدوج في النظام القانوني في الاردن، ومع حلول عام 1992 اقر البرلمان الاردني قانون محكمة العدل العليا المؤقت مع اضافة مجموعة من التعديلات على أصل القانون ليصدر قانون رقم 12 لسنة 1992 [2] .

---

1 الطهراوي ، هاني علي (2014) مرجع سابق ، ص60 .

2 خلالية ، محمد علي (2020) . مرجع سابق ، ص106 .

والمطلع على هذا القانون يجد انه لم يضف كثيراً على القانون المؤقت الا في بعض المواد التي اناطت بالمحكمة قبول النظر في الطلبات والطعون المتعلقة بالتعويض عن القرارات الادارية التي تصدر خلافاً لمبدأ المشروعية إذا رفعت اليها بصفة اصلية أو تبعية ، وبهذا فأن محكمة العدل العليا اخذت تنظر في الطلبات والطعون المتعلقة بالقرارات الادارية النهائية المحددة على سبيل الحصر بالإلغاء والتعويض وفق احكام المادة (9/ب) من قانون محكمة العدل انفاً ، اضافة إلى التوسع في مصادر ميعاد الطعن والذي كان سابقاً 30 يوماً ليغدو بعد التعديل 60 يوماً بحسب المادة (12/أ) من ذات القانون [1] . اضافة إلى ذلك الغى هذا القانون تحصين القرارات الادارية والذي يراد به منع محكمة العدل من نظر الطعون في القرارات الادارية بنص القانون الامر الذي يعد انتهاك واضح لمبدأ المشروعية حيث يحرم على المحكمة ممارسة اختصاصاتها بالرقابة على اعمال الادارة الامر الذي يسلب الافراد ضمانة الحماية لحقوقهم وحرياتهم من تعسف الادارة ، ليكون ذلك خطوة ايجابية ومتوافقة مع نص المادة (101) من الدستور الاردني التي نصت (المحاكم مفتوحة للجميع ومصونه من التدخل في شؤونها) ، كما تضمن التعديل اجازة الطعن في القوانين المؤقتة حيث منح القانون المعدل الحق للمتضرر بالمطالبة بوقف العمل بأي قانون مؤقت مخالف للدستور واجاز كذلك الطعن بالأنظمة إذا صدرت مخالفة للقانون أو الدستور [2] .

---

1 وليد القاضي (اثر التطور التشريعي على تنظيم واختصاص القضاء الاداري الأردني) ، (الجامعة الاردنية) علوم الشريعة والقانون ، المجلد47 عدد4 ،2020 .

2 الطهراوي، هاني علي (2014). مرجع سابق، ص63 ومابعدها.

وبعد التعديلات الدستورية عام 2011 وصدور قانون القضاء الإداري رقم 27 لسنة 2014 الذي يعد نقله نوعية في نظام القضاء الإداري في الأردن حيث استحدث بموجب المادة 3 قضاء اداري مكون من محكمتين الأولى هي المحكمة الإدارية والثانية هي المحكمة الإدارية العليا[1] ليكون الأردن قد تبنى نظام التقاضي على درجتين بعد ان كان معمولاً بنظام التقاضي بدرجة واحد وستتناول الدراسة هذه المحاكم بشيء من التفصيل في الفصل الثالث.

الفرع الثاني: نشأت القضاء الاداري في العراق

بدأت محاولات انشاء القضاء الاداري في العراق منذ فترة خضوع العراق للحكم العثماني وبعد انقضاء تلك الفترة ظهرت محاولات كثيرة بهذا الصدد حيث شهدت فترة الحكم الملكي محاولات عدة هدفت إلى انشاء قضاء اداري ففي عام 1925 وبعد صدور القانون الاساسي العراقي (الدستور) تضمن نصوصاً اشارت إلى انشاء المحكمة العليا والتي اختصت بمقاضاة الوزراء وتفسير احكام القانون الاساسي والقوانين والانظمة وكذلك البت في دستورية القوانين والانظمة.

ومع انشاء ديوان التدوين القانوني بموجب القانون رقم 49 لسنة 1933 حيث ورد في الاسباب الموجبة للقانون ان الديوان يهدف إلى تدقيق اللوائح القانونية والانظمة وابداء الراي والمشورة والعمل على ازالة الغموض والتناقض في القوانين وجعل الاوامر والقرارات الصادرة عن موظفي الوزارات موافقة للقوانين والتعليمات [2] .

1قانون القضاء الإداري رقم 27 لسنة 2014.

2 شوكت ، سراج (2019) . الاختصاص النوعي لمحكمة القضاء الاداري في العراق ، دراسة مقارنة ، مكتبة القانون المقارن ، ص21.

ويتكون الديوان من اقسام مشابهه لتلك الموجودة في مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر غير انها كانت على نحو مُصغر ومع نشوء أصبح الديوان مرجعاً مهماً للأفراد والدوائر للفصل في منازعاتهم حيث أصبح لقرارات الديوان قوة الاحكام فضلاً عن اعتماد الدوائر الحكومية على القرارات والفتاوى بوصفها قرارات ملزمة ولهذا فقد امتاز الديوان بصفتين الاولى قضائية والثانية استشارية.

وبعد قيام ثورة 14 تموز عام 1958 وتغير نظام الحكم من ملكي إلى جمهوري افصح وزير العدل آنذاك عن وجود دراسة مشروع مجلس دولة ، الامر الذي لم يتحقق وبعد قيام ثورة 14 رمضان عام 1963 اعلن وزير العدل اللاحق وجود مشروع انشاء مجلس دولة معد للقراءة الاخيرة من قبل لجنة مختصة مشير إلى ان مجلس الدولة المقترح هو هيئة قضائية تتوزع اختصاصاتها بين محكمة قضاء اداري وقسم رأي وتشريع وبعد ان قدمت اللجنة لائحتها مع الاسباب الموجبة إلى المجلس الوطني لقيادة الثورة لغرض المصادقة والتي بقيت دون مصادقة لقيام ثورة تشرين الثاني عام 1963 [1] .

ومع صدور دستور 29 نيسان لعام 1964 جاءت المادة (9) لتنص بصورة صريحة على انشاء مجلس دولة حيث نصت (يشكل مجلس الدولة ويختص بالقضاء الاداري وصياغة القوانين والانظمة وتدقيقها وتفسيرها) وكانت هذه هي المرة الاولى التي يشير فيها الدستور على تشكيل مجلس دولة ليكون محلا لديوان التدوين القانوني واللجان والمجالس الانضباطية التي صاحبة الاختصاص القضائي الا ان هذا المجلس لم يشكل وبقي ديوان التدوين القانوني هو الجهة المختصة بصياغة القوانين والانظمة

1 خماس ، فاروق احمد (1990) . محكمة القضاء الاداري في ضوء قانون رقم 106 لسنة 1989، مجلة العلوم القانونية ، مجلد 9، العدد(1-2) ، ص226 .

وتدقيقها وتفسيرها ، ومع صدور دستور العراق المؤقت في 19 تموز 1970 والذي ظل نافذاً لغاية عام 2003 اشار إلى اهمية انشاء مجلس الدولة في المادة (49/أ) منه [1].

وفي عام 1977 صدر القانون رقم 140 الذي نص في المادة (1) منه على (تؤلف في منطقة استئناف بغداد محكمة ادارية أو اكثر تشكل من قاضي من الصنف الاول أو الثاني ويجوز تأليف محاكم ادارية في المناطق الاستئنافية الاخرى) وعلى اساس ذلك انشأت المحاكم الادارية الا ان هذه المحاكم لم تكن على غرار المحاكم الادارية في الدول التي تبنت القضاء الاداري كنظام مستقل إلى جانب القضاء العادي ، فلم تكن المحاكم انفاً سوى محاكم ضمن النظام القانوني للقضاء الموحد اختصت بالمنازعات التي تكون الادارة طرفاً فيها بصرف النظر عن طبيعة تلك المنازعة مدنية أو ادارية أو تجارية ، وظل الحال كم هو عليه حتى صدور قانون رقم 65 لسنة 1979 ليعلن ميلاد مجلس شورى الدولة العراقي كخطوة اولى سبقت بداية نظام القضاء المزدوج في العراق ليحل محل ديوان التدوين القانوني الذي انشئ بالقانون رقم 49 لسنة 1933 ولم يختلف عمل مجلس شورى الدولة في بداياته عن عمل الديوان حيث كان دوره استشارياً في مجال التقنين وتقديم المشورة والرأي القانوني حتى صدور التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم 106 لسنة 1989 الذي انشأ للمرة الاولى في العراق قضاء اداري مستقل عن القضاء العادي حيث تضمن هذا التعديل انشاء مجلس الانضباط العام ومحكمة القضاء الاداري [2] .

---

1 شوكت ، سراج (2019) . مرجع سابق ، ص24 ومابعدها .

2 البرزنجي، عصام عبد الوهاب (1990). مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الاداري في العراق، مجلة العلوم القانونية، مج 9، العدد (1-2)، ص114 ومابعدها.

ولابد من الاشارة إلى ان مجلس الانضباط العام لم يكن تشكيل جديد جاء به القانون انفاً حيث يعود تاريخ تشكيله إلى قانون انضباط موظفي الدولة رقم 41 لسنة 1929 ثم تولى ديوان التدوين القانوني وظيفة المجلس انفاً ومع صدور قانون انضباط موظفي الدولة رقم 69 لسنة 1936 الذي احال في تشكيل المجلس إلى ما نص عليه قانون ديوان التدوين القانوني ومن ثم صدر قانون رقم 12 لسنة 1942 والذي عدل القانون المذكور ، ومع الغاء قانون الديوان بموجب قانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 جرى استثناء المادة (6) منه والمتعلقة بتشكيل مجلس الانضباط العام من الالغاء، وفي عام 1981 اصدر مجلس قيادة الثورة قراره المرقم 1717 الذي جعل من المجلس هيئة مستقلة عن مجلس شورى الدولة ، يتكون من رئيس وعضوين يسميهم وزير العدل على ان يكون رئيس المجلس من بين قضاة محكمة التمييز أو المستشارين في مجلس شورى الدولة أو من قضاة الصنف الاول وان يكون العضوان من قضاة الصنف الثاني في الاقل والمشرفين العدليين والمستشارين المساعدين والمدراء العامين في وزارة العدل مع جواز تسمية رئيس وعضو احتياط أو اكثر ليحل محل من يغيب منهم ، واخيراً وبصدور قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة (رقم 106 لسنة 1989) اعاد ارتباط مجلس الانضباط العام بمجلس شورى الدولة ليكون هيئة من هيئاته ويمارس اختصاصاته المنصوص عليها في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام المعدل رقم 14 لسنة 1991 النافذ حالياً وقانون الخدمة المدنية ، لكن الاستحداث الاكثر اهمية الذي جاء به قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة والمشار اليه انفاً هو محكمة القضاء الاداري الذي نص القانون على تشكيلها لتكون برئاسة قاضي من الصنف الاول أو مستشار في مجلس شورى الدولة وعضوين من القضاة لا يقل صنفهما عن الصنف الثاني من صنوف القضاة أو من المستشارين المساعدين في مجلس شورى الدولة ، مع جواز انتداب

القضاة من الصنفين الاول و الثاني إلى محكمة القضاء الاداري من غير المنتدبين لعضوية مجلس الشورى وتمارس المحكمة اختصاص النظر في صحة القرارات الادارية الغاءاً وتعويضاً [1] .

ومع مرحلة انشاء مجلس الدولة، حيث نص الدستوري العراقي النافذ لعام 2005 في المادة (101) على (يجوز بقانون، انشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الاداري، والافتاء، والصياغة، وتمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة امام جهات القضاء الا ما استثني منها بقانون)[2] ولم يوفق المشرع العراقي عندما خص المجلس بتمثيل الدولة والهيئات العامة امام جهات القضاء حيث ان الدولة والهيئات انفاً تمتلك الاهلية القانونية للمثول امام القضاء من خلال رئيسها أو من ينوب عنه وبالتالي فلا يمكن ان يعهد بهذه المهمة إلى مجلس الدولة [3].

وبالاستناد إلى ما جاء بالمادة الدستورية انفاً صدر قانون مجلس الدولة رقم 71 لسنة 2017 والذي نصت المادة (1) منه على (ينشأ بموجب هذا القانون مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الاداري والافتاء والصياغة ويعد هيأة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية فيه يمثلها رئيس المجلس ويتم اختياره من قبل رئاسة المجلس على ان يكون من بين المستشارين ويعين وفقا للقانون) ثم عاد القانون انفاً في المادة (2) لينص على (يسري احكام قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979 وتعديلاته باستثناء الفقرة (رابعا) من المادة (6) منه على مجلس الدولة المنصوص عليه في المادة (1) من هذا القانون ...) .

---

1 راضي ، مازن ليلو (2017) .اصول القضاء الاداري ، ط4 ،دار المسلة للطباعة والنشر ، ص114 ومابعدها .

2 دستور العراق لعام 2005 .

3مهدي، غازي فيصل (2008). نصوص دستور جمهورية العراق لسنة 2005 في الميزان، ط1، موسوعة الثقافة القانونية، بغداد، ص23

وتجد الباحثة ان القانون انفاً لم يكن بمستوى الطموحات المرجوة قبل اصداره حيث جاء بصورة مقتضبة مكوناً من (8) مواد تناولت فك ارتباط المجلس عن وزارة العدل بعد ان كان جزءاً منها وخاضعاً لولايتها كما تناول نقل موجودات المجلس من عقارات وتخصيصات باسم مجلس شورى الدولة إلى مجلس الدولة اضافة إلى نقل الموظفين والهيئات والمحاكم وفك ارتباطه من وزارة العدل ، وغير ذلك من الامور الشكلية دون ان يتطرق إلى توسيع مهام عمل المجلس وسلطاته وصلاحياته الامر الذي يجعل من الاسباب الموجبة لإصدار القانون بعيدة بعض الشيء عن ما ورد فيه حيث نصت على (تنفيذا لأحكام المادة (101) من الدستور ، ولغرض استقلال القضاء الاداري عن السلطة التنفيذية وجعل مجلس الدولة هيأة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والذي يضم القضاء الاداري ومحاكم قضاء الموظفين والمحكمة الادارية العليا ، هو من يفصل في القضايا المعروضة عليه بصورة حيادية ومستقلة اسوة بمجالس الدولة في الدول المتمدنة .وبغية فك ارتباط مجلس شورى الدولة عن وزارة العدل ، وابدال تسميته إلى مجلس الدولة انسجاما مع الدستور .شرع هذا القانون .) والقارئ للدستور العراقي يجد ان المادة (101) قد جاءت ضمن الفصل الثالث والمعنون ب (السلطة القضائية) مما يشير إلى ان توجه الدستور تضمن ان المجلس هو جزء من السلطة القضائية في حين المادة (1) من قانون المجلس عبرت عنه بوصفه (.. هيئة مستقلة ...) في حين ان الدستور نظم الهيئات المستقلة في الفصل الرابع منه بالمواد (102 إلى 108 والمواد 135 و136) مما يشير إلى ان القانون انفاً لم يتفق حتى مع النص الدستوري الذي صدر استناداً له.

اضافة إلى ان ابقاء العمل بقانون مجلس شورى الدولة رقم 69 لسنة 1979 امر محل نظر خاصة مع التغيرات الحاصلة في شكل الدولة العراقية من مركزية إلى فيدرالية وتغير مذهب الدولة من اشتراكي

إلى ليبيرالي وتغير النظام السياسي جعلت من سن قانون جديد ينظم عمل القضاء الاداري غاية ملحة وُجهت بخيبة امل بصدور قانون مجلس الدولة رقم 71 لسنة 2017.

ومن استعراض هذا المبحث تجد الباحثة ان القاضي الإداري في فرنسا ومصر قد اخذ دوره في انشاء القواعد القانونية منذ بداية نشأته حيث أنشأ مجلس الدولة الفرنسي عدة مبادئ منها مسؤولية الإدارة عن الاضرار التي تصيب الغير بفعل مستخدميها ومبدأ سيادة القانون ومبدأ عدم رجعية القوانين، وكذلك مجلس الدولة المصري الذي مارس دور الانشاء من حداثة نشأته حيث له عدة مبادئ منها مبدأ عدم جواز الاثراء بلا سبب ومبدأ الضرورة بخلاف القضاء الإداري في الأردن والعراق الذي لم يأخذ دوره واستقلاله عن المحاكم العادية الا منذ فترة ليست بطويلة .

المبحث الثاني
الإطار المفاهيمي للقاعدة القانونية

تعتبر القواعد القانونية هي أساس دولة القانون فلا دولة بدون قواعد قانونية ولا مجتمع منظم بدون قواعد قانون تحكم سلوك افراده وتختلف قواعد القانون من حيث فرع القانون الذي تنظمه حيث نقول قواعد القانون المدني وقواعد القانون الجزائي عند الحديث عن هذين الفرعين من القانون ، الا ان ما يهمنا في هذ المبحث هو تناول القاعدة القانونية بصورة مجردة من حيث تعريفها وخصائصها ومصادرها كمدخل لدور القاضي الإداري في انشاءها ومتى بأماكنه اعمال هذا الدور ، وعلى أساس ذلك سيجري تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين الأول لماهية القاعدة القانونية وخصائصها فيما يتناول المطلب الثاني مصادر هذه القاعدة ,

المطلب الأول:
ماهية القاعدة القانونية

للتعرف على ماهية القاعدة القانونية بالمعنى الدقيق لابد من تناول تعرفيها وخصائصها وماهي الشروط الواجب توافرها حتى تصبح قاعدة قانونية ترتب اثارها ومن اين تستمد الزاميتها ولذا ارتأت الباحثة ان تتناول ذلك في فرعين الأول لتعريف القاعدة القانونية والثاني لبيان خصائصها.

الفرع الأول تعريف القاعدة القانونية:

هي مجموعة القواعد التي على أساسها يتنظم سلوك الافراد في الجماعة الواحدة وتعمل السلطات العامة على تطبيقها من خلال فرض الجزاءات على من يخالفها [1] .

كما تعرف بأنها مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم سلوك الافراد في المجتمع [2] .

وتعرف ايضاً بأنها مبدأ قانوني هدفها تنظيم السلوك الإنساني داخل المجتمع مع توجيه بصورة عامة وملزمة وفق نظام اجتماعي يتفق مع الغايات والاهداف المترسخة في ضمير الجماعة العام ضمن مجتمع معين [3] .

كما تعرف بأنها الوحدة التي يتكون منها القانون أو هي قاعدة سلوك عامة ومجردة تحكم العلاقات بين الافراد في المجتمع بصورة ملزمة [4] .

1منصور، محمد حسين (2010). المدخل إلى القانون القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، ص11.

2الرفاعي، احمد محمد (2008)، المدخل للعلوم القانونية، جامعة بنها، كلية الحقوق، ص19.

3 النية، بشرى (2017) . محاضرات في المدخل لدراسة العلوم القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، ص3.

4عبد الرحمن، حمدي (2003). مبادئ القانون، ب ط، ص36.

ومن خلال التعريفات السابقة من خلال التعريفات السابقة ، يمكن أن تعرف القاعدة القانونية بالضوابط الإلزامية المفروضة على الأفراد والتي تهدف إلى تنظيم العلاقات فيما بينهم ، والتي تحافظ عليها السلطة العامة من خلال فرض عقوبات على من ينتهكها.

الفرع الثاني: خصائص القاعدة القانونية

وتتميز القواعد القانونية بعدة خصائص نتطرق اليها حسب التفصيل الاتي:

1. القاعدة القانونية اجتماعية:

جرى التطرق في التعريفات السابقة بأن هدف القاعدة القانونية هو تنظيم العلاقات داخل المجتمع فهي اذن قاعدة اجتماعية حيث تتناول تنظيم علاقة الفرد بالفرد فلا تتناول علاقة الانسان بالحيوان أو علاقة الانسان بربه الا إذا مست الافراد من حوله، حيث يتدخل المشرع لحماية الحيوان من ظلم الانسان وتعذيبه كما يعاقب من يمارس الدجل بهدف ابتزاز أموال الناس أو الكسب إضافة إلى ذلك فأن المشرع يضع الجزاءات لمن يمس عقيدة الاخرين ويتجاوز على حرية العبادة والعقيدة [1] .

كما ان القواعد القانونية لا تعير اهتمام بالنواية والمشاعر الكامنة داخل النفس البشرية مثل الكره والحقد الا إذا رافقها تصرف خارجي مثل السرقة أو القتل فهنا تكون النية محل اعتبار بوصفها عامل تخفيف أو تشديد للعقوبة، حيث ان عقوبة القتل الخطأ تختلف عن عقوبة القتل العمد، وهذا ما يميز القانون عن الاخلاق والدين حيث تكون النواية محل اعتبار [2] .

---

1 الرفاعي، احمد محمد (2008)، مرجع سابق، ص24.

2 منصور، محمد حسين (2010) مرجع سابق، ص13

وعلى ذلك فأن وجود القاعدة القانونية يستلزم وجود جماعة من الافراد بغض النظر عن المذهب المتبع فيها، على اعتبار ان كل جماعة تستهدف العيش السلمي الامر الذي يتطلب وجود قواعد تحدد ما يجوز فعله وما لا يجوز.

2. القاعدة القانونية ملزمة

تعتبر القاعدة القانونية أداة توجيه مفروضة من قبل السلطة العامة على الافراد ، فقواعد القانون دائماً تحمل الصفة التكليفية فهي تنطوي على ما جيب فعله واتباعه بصفه الزامية وليس على سبيل النصح والترغيب فهي تقرر حقاً واجب حمايته ، وتفرض جزاءا على من يخالفها فالجزاء عنصر من عناصر القاعد القانونية وركن من أركانها الأساسية فبدونه تفقد احد صفاتها المهمة وهي (الالزام) فتكون مجرد نصيحة أو توجيه يحق للفرد اتابعه أو تجاهله وهذا هو الرأي التقليدي ، في حين يذهب الرأي الاخر إلى القول بأن الجزاء عنصر خارجي عن القاعدة القانونية يتعلق بمدى نفاذها حيث لا يشترط ان يكون للقاعدة جزاء حيث ان العنصر الأساس هو الالزام أي الامر أو التكليف دون ان ترتبط بالجزاء [1].

وتتفق الباحثة مع الرأي الأول الذي يعتبر ان الجزاء يضمن احترام القانون من خلال قيامه بدورين الأول علاجي يتمثل بتوقيع العقوبات على من يخالفه بصورة تؤدي إلى محو المخالفة وإزالة اثارها كما في حالة إلزام المخطئ بتأدية تعويض للمتضرر عما أصابه من ضرر، إضافة إلى دوره

1 الباشا، عصام الدين إبراهيم (2017). الخصائص المميزة للقاعدة القانونية عن القاعدة الدينية في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، معهد البحوث والدراسات الإسلامية، السودان، ص113.

الاخر وهو الدور الرقابي المتمثل بزجر الافراد وحملهم على احترام القواعد القانونية خوفاً من توقيع الجزاء عليهم في حال المخالفة [1] .

ويذهب جانب من فقهاء القانون الاداري إلى ان للجزاء ثلاث شروط وهي (ان يكون مادياً وحالاً ومنتظم):

فمن حيث المادية فالقصد به ان يكون له اثر ملموس فالذي يرتكب فعل ضار أو مخالف للقانون ملزم بأعادة الوضع إلى اصله اما دفع قيمته أو اصالحه فالجزاء المادي المحسوس يجعل من القاعدة قانونية وليست أخلاقية فالجزاء في الأخيرة يكون بازدراء المخالفة فقط ، اما المقصود بأن يكون حالاً أي ان يكون مباشرة وغير مؤجل فالغرض من الجزاء هو منع الأثر الذي أراد الافراد احداثه خلافاً لما تهدف اليه القاعدة القانونية ، واخيراً ان يكون الجزاء منظم المراد به ان تتولى السلطة العامة توقيع الجزاء عن طريق أجهزتها المختصة المتمثلة بالأجهزة الأمنية التي مهمتها حماية القانون في حين تتولى السلطة القضائية ضمان محاكمة عادلة وانزال العقاب الذي تضمنته القاعدة القانونية فالدولة تكفل تطبيق القانون وفرض الجزاء بغض النظر عن مصدر القاعدة القانونية [2]، ويستفاد من ذلك ان الافراد لا يجوز لهم بأي حال من الأحوال ان يتولوا بأنفسهم توقيع الجزاء بالنسبة لما يطال حقوقهم من مخالفات فالمجتمع الحديث يعارض نظام القضاء الخاص الذي كان يسمح للأفراد في المجتمعات القديمة اقتضاء حقوقهم بالوسائل الخاصة [3] .

1منصور، محمد حسين (2010) . مرجع سابق ، ص24.

2عبد السلام، سعيد سعد (2003)، المدخل في نظرية القانون، ط1، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، ص41

3عبد الرحمن، حمدي (2003) مرجع سابق، ص43.

3. القاعدة القانونية عامة ومجردة

ومعنى العمومية ان القاعدة تصدر مخاطبة لجميع الأشخاص كافة دون ان تقصد فرد معين أو مجموعة افراد كما يمكن القول بأنها تطبق على كل شخص يوجد في ذات الظروف وتتوافر فيه ذات الشروط التي تحكمها القاعدة القانونية، ومن اهم ما تحققه صفة العمومية هو مبدأ المساواة بين المخاطبين بأحكام القاعدة، ويذهب البعض إلى ان العبرة من العمومية لا يتعلق بشخص المخاطب بالذات وانما يحدد بوصفه والواقعة بشروطها ووصفها فلا يقلل من العمومية انها تخاطب فئة معينة مثل المهندسين والأطباء[1] .

اما ما يخص التجريد فأن القاعدة القانونية منذ نشأتها توجد وضعاً أو مركزاً لا ينظر فيه إلى فرد معين أو واقعة بعينها ويذهب جانب من الفقه إلى القول بأن العمومية والتجريد وصفان متلازمان .[2]

ويتحدد نطاق سريان القاعدة القانونية من خلال تعميمها من حيث الافراد و المكان والزمان ، فمن حيث الافراد يجري تطبيقها على من تتوافر فيه الفرض المجرد المراد تطبيقه عليه أي الذي يحمل الصفة التي تحددها القاعدة وتخاطبها فعلى سبيل المثال قانون السلطة القضائية يخاطب رجال القضاء فهو لا يسري عليهم بأسمائهم وذواتهم انما يحاكي كل من تتوافر فيه صفة القضاء ، فالعبرة ليست بعدد من تخاطب به هذه القاعدة انما العبرة بالصفة التي يحملها ، اما من حيث المكان فيراد به ان الدولة كوحدة سياسية لها سيادتها فوق اقليمها فهي المسيطرة على مقاليد الأمور من خلال

1 عبد السلام، سعيد سعد (2003) مرجع سابق، ص36 ومابعدها.

2 مرجع سابق، ص37.

فرض نظام قانوني يخضع له افراد الدولة الامر الذي يعبر عنه بإقليمية القواعد القانونية غير ان هذا المبدأ ترد عليه استثناءات بشأن تطبيقه خارج إقليم الدولة مثل تطبيق قانون الأحوال الشخصية على الوطنيين في الدول الأجنبية ، واخيراً من حيث الزمان فالمقصود بها ان العمومية والتجريد يؤديان إلى أضفاء صفة الدوام على القاعدة القانونية فهي لا تستنفذ بتطبيقها على واقعة معينه أو شخص واحد بل تستمر لتسري على كل الحالات المماثلة غير ان القاعدة من الممكن ان تتغير إذا ما تغيرت الظروف الموجبة لتغيرها حتى تتلاءم مع ما يستجد من ظروف[1].

المطلب الثاني
مصادر القاعدة القانونية

تقسم مصادر القاعدة القانونية إلى نوعين الأول هي المصادر المكتوبة والثاني هي المصادر غير المكتوبة وسيجري تناول المصادر المكتوبة في هذا الفصل في حين سيجري تناول المصادر غير المكتوبة عند الحديث عن مصادر القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية في الفصل القادم بوصفها مصدراً لاجتهاد القاضي.

1الباشا، عصام الدين إبراهيم (2017). مرجع سابق ص111.

اولاً : مصادر القاعدة القانونية المكتوبة

1. الدستور

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم ممارسات السلطة في الدولة وعلاقة السلطات مع بعضها وعلاقتها مع الافراد ويضمن كذلك في طياته الحقوق والحريات ويعمل على إيجاد قدر مناسب من الانسجام أو التوافق بين ممارسة السلطة وكفالة الحريات ، ويمثل الدستور قمة الهرم التشريعي في الدولة إذ يسمو على جميع القواعد القانونية شكلاً وموضوعاً [1]، فمن حيث الشكلية يتطلب تعديل القواعد الدستور إجراءات معقدة إذا ما قورنت بالقواعد العادية ومن هنا جاءت التفرقة بين الإجراءات بحسب ما إذا كان الدستور جامداً ام مرناً حيث يلزم تعديل الدستور الجامد إجراءات خاصة وصعبة في حين يكون تعديل الدستور المرن بتشريع عادي وبنفس اجراءات صدور التشريع العادي [2].

وقد ثار خلاف فقهي بسبب القيمة القانونية لمقدمات الدساتير والديباجة التي تتضمن المبادئ والمثل العليا واعلانات الحقوق المنفصلة عنه ، فمنهم من اعطاها قيمة قانونية اعلى من قيمة القواعد الدستورية ذاتها ومنهم من ذهب إلى عدها مساوية للقواعد الدستورية في حين ذهب جانب اخر إلى مساواتها مع القواعد القانونية العادية ومنح صلاحية تعديلها إلى المشرع العادي وهناك جانب جردها من أي قيمة قانونية حيث اعتبرها مجرد مبادئ فلسفية وذات قيمة أدبية لا اكثر والرأي الأخير ميز بين المبادئ التي تتضمنها اعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير فيما إذا جرى صياغتها بشكل قواعد قانونية فأنها تنشئ مراكز قانونية واضحة ومحدده لها قوة الزامية مثلها مثل النصوص الدستورية

1مهدي وعبيد ، غازي فيصل وعدنان عاجل (2020) . القضاء الإداري ، ط4 ، مكتبة دار السلام القانونية الجامعية ، ص31.

2 سيد، أشرف جابر (2007). دروس في مبادئ القانون، جامعة حلوان، كلية الحقوق، ص 66.

خلافاً لما جرى إعلانها كأهداف أو توجيهات أو مثل عليا فهي لا تصلح ان تكون قاعدة قانونية وبالتالي فلا قيمة قانونية ملزمة لها ، وتجدر الإشارة إلى ان مجلس الدولة الفرنسي قد اخذ موقفاً يمتاز بالحداثة والاختلاف عن الآراء الفقهية انفاً حيث كان له موقف سابق من هذه المبادئ والحقوق بعدها مبادئاً عرفية أو قانونية فقط الا انه اخيراً بدأ يستند إلى إعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير بصورة مباشرة بوصفها مصدراً مكتوباً للقاعدة القانونية لها قوة الزامية قانونية ينتج عن مخالفتها من قبل الإدارة بطلان ما تصدره من قرارات[1] .

وليس للقاضي الإداري في مواجهه النصوص القانونية المخالفة للدستور سوى الامتناع عن تطبيقها دون ان يكون له الحق في الغاءها فهو يمارس رقابة الامتناع ويمارس واجبه الطبيعي في تغليب القانون الأعلى على القانون الأدنى عند تعارضهما [2]حيث ان الرقابة على دستورية القوانين من اختصاص جهات حددت مهامها في الدستور حيث تتولى هذه المهمة في مصر والأردن المحكمة الدستورية وفي العراق المحكمة الاتحادية العليا.

ويظهر من موقف مجلس الدولة الفرنسي بصورة جلية وواضحة المساحة التي يتمتع بها القاضي الإداري وقدرته على انشاء القواعد القانونية حيث جعل لمقدمات الدساتير واعلانات الحقوق قيمة القواعد الدستورية بعد ان كانت لها قيمة القواعد العرفية دون ان يصدر ذلك عن طريق نص تشريعي أو دستوري انما من خلال تبنيه لهذا المبدأ قضائياً، وتتفق الباحثة مع الرأي الذي يعطي لهذه المبادئ

---

1 العاني، وسام صبار (2020). مرجع سابق، ص14.

2الخلايلة، محمد علي (2020). مرجع سابق ، ص34.

والاعلانات قيمة القواعد الدستورية بوصفها نابعة عن إرادة السلطة التأسيسية وانعكاس لمبادئ مستقرة في ضمير الامة.

2. المعاهدات والاتفاقيات الدولية :

تعرف المعاهدات الدولية بأنها اتفاق مكتوب بين اشخاص القانون الدولي ينصرف لأحداث اثار قانونية، ونتيجة لهذا الاتفاق يترتب على الدول الأطراف حقوق والتزامات تصبح جزءاً من نظام الدولة القانوني وبالتالي مصدراً من مصادر القواعد القانونية[1].

وتختلف القيمة القانونية للمعاهدات الدولية من بلد لأخير حيث هناك من منحها قيمة قانونية تفوق قيمة التشريع العادي مثل فرنسا التي منحت المعاهدة إمكانية تعديل القانون العادي والعكس غير صحيح ، اما مصر فقد ساوت بين القيمة القانونية للمعاهدة و التشريع العادي واتخذ المشرع العراق ذات المسار[2] ، اما في الأردن فلم يحدد الدستور القيمة القانونية للمعاهدات لكن باستقراء نص المادة 33 من الدستور الأردني التي اوجبت مصادقة البرلمان على المعاهدات التي لها مساس بحقوق الأردنيين أو تكلف الخزينة العامة نفقات مالية فأن المعنى يوحي بأنها لهذا النوع من المعاهدات دون غيرها قيمة التشريع العادي ، غير ان مسألة تعارض المعاهدة مع التشريع العادي بقيت دون إجابة إلى ان حسمت محكمة التمييز الأردنية ذلك بقرارات متتالية تضمنت علو المعاهدات التي يصادق البرلمان عند تعارضها مع التشريع الوطنية الداخلية [3].

---

1 مهدي وعبيد، غازي فيصل وعدنان عاجل (2020) . مرجع سابق ، ص38.

2 نفس المرجع السابق ص 39.

3 الخلايلة، محمد علي (2020). مرجع سابق ، ص36.

3. التشريعات العادية:

وهي التشريعات العادية أو القواعد القانونية العامة والمجردة التي تتولى سنها السلطة التشريعية في الدولة بهدف معالجة الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية داخل البلد على اعتبار ان الدستور يضع قواعد عامة لا تتضمن معالجة مثل هذه الأوضاع [1].

غير ان الإدارة لا تلتزم بصورة مطلقة بالقواعد القانونية جميعها، انما تلتزم بعدم مخالفة القوانين التي تخاطبها فيجوز للإدارة ان تستبعد قواعد القوانين الخاصة مثل القانون المدني والتجاري لعدم ملائمة طبيعتها مع النشاط الإداري الذي تمارسه ولها ان تلجأ إلى أي من القوانين الخاصة بمحض ارادتها إذا ارتأت ان قواعد هذا القانون تخدم الهدف المراد تحقيقه [2] .

وتظهر سلطة القاضي الإداري في التحقق من مدى مشروعية قرار الإدارة من خلال الطعون التي تقدم من قبل الافراد بالقرارات التي تصدر عن الإدارة بقصد الغاءها أو طلب التعويض عنها.

4. الأنظمة (اللوائح) – القرارات التنظيمية

ويطلق عليها التشريع الفرعي، تصدر عن السلطة التنفيذية تضم قواعد عامة ومجردة، تعتبر من وسائل الإدارة المهمة التي تمارس من خلالها نشاطها الإداري [3]

1الخلايلة ، محمد علي (2020) . مرجع سابق ، ص35 .

2 العاني ، وسام صبار (2020) . مرجع سابق ، ص18 .

3 دروس في القانون الإداري ، منشورة على موقع جامعة محمد لمين دباغين سطيف ، https://cte.univ-setif2.dz/moodle/mod/book/view.php?id=12119 تاريخ الولوج في 2022/5/7 .

ومع تشابه التشريعات الفرعية مع التشريعات العادية الا انها تختلف معها من حيث الشكلية، فالتشريع العادي يصدر عن البرلمان ولا يجوز الطعن به امام القضاء الإداري أو طلب التعويض عنها على العكس من التشريعات الفرعية التي يجري الطعن بها بالإلغاء امام القضاء الإداري والمطالبة بالتعويض عما يحدث من ضرر ناتج عنها، وتختلف تسميتها من بلد لأخر حيث تسمى في فرنسا ومصر باللوائح وفي الأردن بالأنظمة في حين يطلق عليها في العراق تسمية الأنظمة والتعليمات[1] .

ومن المقتضى قانوناً ان تكون هذه الأنظمة منسجمة مع الدستور والقوانين النافذة وغير مخالفة لها والا عدت غير مشروعة وقابلة للإلغاء، كما يقتضي ان تلتزم الإدارة والافراد بهذه الأنظمة وتلتزم بعدم مخالفتها مادامت نافذة وتعد التعليمات التي تصدر بالاستناد إلى هذه الأنظمة معيبة إذا صدرت خلافاً لها أو متعارضة معها [2].

ثانياً : مصادر القاعدة القانونية غير المكتوبة

1. العرف
2. المبادئ العامة للقانون
3. وسيجري تناولها في الفصل القادم عن الحديث عن مصادر القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية .

1 مهدي وعبيد، غازي فيصل وعدنان عاجل (2020) . مرجع سابق ، ص44.

2 الخلايلة، محمد علي (2020). مرجع سابق ، ص37.

الفصل الثاني

أساليب القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

يتميز دور القاضي الإداري في المنازعة الإدارية عن دور القاضي المدني والجزائي في الدعاوى المدنية والجزائية ، من حيث ان القاضي الإداري صاحب حرية ويمتلك مساحة وسلطة لا يمتلكها غيره من القضاة ، ان عدم تقنين نصوص القانون الإداري في متن واحد من جهة وحداثة نشأته من جهة أخرى كما مر ذكره كان لها الفضل في تطور نصوص هذا القضاء حيث ان القاضي الإداري ومع مراعاة القواعد القانونية ليس حبيساً للنص فله حرية التفسير والاجتهاد في بعض الأحيان فدوره في حسم الدعوى المعروضة امامه عند غياب النص يحتم عليه خلق قاعدة قضائية للوصول إلى حكم قضائي صحيح وملائم لا يتناقض مع القوانين النافذة ومبادئ العدالة ، ذلك ان التذرع بعدم وضوح النص القانوني أو عدم وجود نص يصلح للركون اليه في حسم المنازعة الادارية يعد انكاراً للعدالة وليس للقاضي الإداري وهو حامي المشروعية ان يكون منكرا للعدالة ، وعلى ما تقدم سيجري تقسم هذا الفصل في مبحثين الاول التفسير القضائي كأحد اساليب للقاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية عند جود نص مبهم أو وجود نص شابه عيب أو خطا مادي في حين يتناول المبحث الثاني الاجتهاد القضائي في انشاء القاعدة القانونية .

المبحث الأول

التفسير القضائي كأحد اساليب القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية

يعد القانون الوسيلة الأهم في تنظيم العلاقات القانونية بين الأشخاص طبيعية كانت ام معنوية ، وحيث ان القانون هو عبارة عن جمل تصاغ للتعبير بالألفاظ عن الصور الذهنية للمشرع تجاه الحالة التي أراد تنظميها وقد تكون هذه الصياغة قاصرة عن توضيح المعنى ويكتنفها الغموض الامر الذي يفتح المجال امام القاضي الإداري للتفسير الذي يعد احد اهم الطرق التي يلجأ اليها القاضي عند مواجهته للنص الغامض واسع المعنى أو النص الذي قد يحتوي على خطأ في احد جوانبه ، وعليه سيتم تناول موضوع التفسير الذي يتولاه القاضي الإداري من خلال مطلبين الأول لماهية التفسير القضائي واهم مدارس التفسير في مطلب اول في حين يتناول المطلب الثاني الحالات التي يلجأ فيها القاضي الإداري إلى التفسير.

المطلب الأول

ماهية التفسير القضائي

يعتبر التفسير أحد الطرق التي يلجأ اليها القاضي عند مواجهته لقاعدة قانونية يكتنفها الغموض سواء اكان هذا الغموض في عموم النص أو في جزء منه فيكون التفسير أحد طرق تقويم النص ليتلاءم مع الوقائع المراد تطبيقه عليها ، والتفسير القضائي هو أحد طرق التفسير الشائعة والمعتمدة والتي تدخل ضمن هذه الدراسة بصورة أساسية لذا سيجري تناولها في هذا المطلب الذي سيجري تقسيمه فرعين الأول لماهيه التفسير القضائي وانواعه والثاني لاهم مدارس التفسير.

الفرع الأول: تعريف التفسير القضائي وانواعه

اولاً : تعريف التفسير

التفسير في معناه المعروف هو عملية عقلية وروحية تنصب على المعنى الحقيقي الذي يحمله اصطلاح معين أو قاعدة قانونية معينة.[1]

كما ان هناك من يعرف التفسير القضائي بأنه عملية إزالة أي غموض ممكن ان يسبب لبس في حكم القواعد القانونية ، حيث ان من مظاهر حياة النص القانوني ان يجري تطبيقه ، ومن مظاهر التطبيق السليم تحديد المعنى الحقيقي له [2] ، وعرفه اخر بأنه بيان المعنى المقصود للمشرع من إيجاد القاعدة القانونية [3] فالتفسير يهدف إلى إيجاد المعنى الحقيقي للمشرع من صياغة القاعدة القانونية حيث يظهر دور القاضي في إزالة الغموض أو اللبس الحاصل في النص ليطوع القاعدة القانونية التي بين يديه ويدمجها مع الواقعة المعروضة امامه، ومعنى ذلك فأن التفسير ينصب على القاعدة القانونية الغامضة أيا كان مستوى هذه القاعدة فالتفسير يستهدف اولاً إزالة الغموض وتوضيح معنى النصوص وتحديد نطاق سريانها حتى يجعل منها ملائمة للحكم في النزاع المعروض [4]

---

1 عمر، عبد الفتاح (1987). الوجيز في القانون الدستوري، ب ط، مركز الدراسات والبحوث والنشر والعلوم السياسية، تونس، ص148.

2 عفاف العقون ووليد شريط (2020) (مساهمة القاضي الإداري في اثراء القاعدة القانونية) بحث منشور في مجلة حوليات جامعة الجزائر، مجلد 35 العدد 1، ص372

3 العجلوني، عبد المهدي محمد سعيد (2005). قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني، دراسة أصولية مقارنة، أطروحة دكتوراه ، الجامعة الأردنية، عمان، ص58 .

4 عفاف العقون ووليد شريط (2020) مرجع سابق ص372

واضافة إلى التعريفات السابقة لا بد من الإشارة إلى ان القضاء ومن خلال تفسيره للنصوص القانونية يساهم بصورة كبيرة بتفعيل هذه النصوص النظرية وتحويلها إلى واقعة عملية عن طريق الصياغة القضائية والتي لا تكتفي بفهم النص القانوني وتفسيره فقط وانما يمتد تأثير القضاء إلى الفكر القانوني للمشرع من خلال حثه على تبني احكام ومبادئ قانونية جديدة ، غير ان هذه المهمة الصعبة لا تتم من خلال اشخاص عاديين إذا انها تعهد إلى قضاة اكفاء وعلى مستوى عالي من الابداع يمارسون مهامهم في المكتب الفني لأعلى جهة قضائية في البلد والتي قد تكون محكمة التمييز أو النقض أو المحكمة الإدارية العليا أو المحكمة الدستورية فهذه الجهات تقوم بتحديد جوهر الحكم والذي يستخلص منه أخيرا مبدأ قانوني يمثل الرأي الذي استقر عليه القضاء في المنازعة القائمة امامه وعند تواتر هذا المبدأ في اكثر من نزاع يتحول إلى سياسة قضائية متخذه في نمط معين من النزاعات والخصومات مثل القيود التي ترد على العمل الإداري تحقيقا للصالح العام والذي هو هدف الإدارة في قراراتها واعمالها.[1]

ومما تقدم من تعريفات يمكن للباحثة ان تعرف التفسير القضائي بأنه عملية ذهنية يتولاها القاضي الإداري يمكن من خلالها ان يستجلي غاية المشرع من النص.

ثانياً أنواع التفسير:

اختلف علماء القانون في طبيعة التفسير فمنهم من ذهب إلى ان يكون التفسير في اضيق الحدود فيما اخذ الجانب الاخر منهم إلى التفسير الواسع للنص وسنتناول كلا الاتجاهين حسب ما مبين ادناه:[2]

---

1 الشيخلي، عبد القادر (2018). الصياغة القانونية تشريعا وفقها وقضاءا، دار الثقافة للطباعة والنشر، عمان، ص169 ومابعدها .

2العجلوني، عبدالمهدي محمد سعيد(2005) . مرجع سابق ص66 وص70

الاتجاه الأول المفهوم الضيق للتفسير

فالتفسير عند أنصار هذا الاتجاه هو إزالة الغموض من النص وايضاح ما هو مبهم من احكامه، دون ان يعني ذلك سد أي نقص أو قصور أو تعارض بين مواد التشريع فمهمة القاضي تفسير ما هو غامض ولا تتسع لأكثر من ذلك على اعتبار ان هذه الأمور من اختصاص المشرع.[1]

الاتجاه الثاني المفهوم الواسع للتفسير

حيث تبنى أنصار هذا الاتجاه توضيح ما هو غامض من ألفاظ النص القانوني وسد النقص الوارد في القانون، وتقويم عيوب النص إضافة إلى التوفيق بين أجزائه المتعارضة وتكييفه على نحو يجاري متطلبات تطور المجتمع وعلى ذلك يكون التفسير ملازماً لتطبيق القاعدة القانونية مع وضوحها وغموضها.[2]

الفرع الثاني: مدارس التفسير

ظهرت عدة اتجاهات ومدارس لتفسير القاعدة القانونية من أبرزها المدرسة التاريخية والمدرسة العلمية ومدرسة الشرح على المتون وسنتناول كل منها بالعرض وحسب الاتي:

1الرميخاني، وليد بن سليمان (2021) . تفسير القاعدة القانونية، المجلة العربية للآداب والدراسات الإنسانية، مصر ، مجلد الخامس، العدد 19، ص311 .

2 الحولي، محمد كمال (2017) . تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير ، كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية، غزة، ص10.

اولاً المدرسة التاريخية في تفسير القاعدة القانونية:

تكون عملية التفسير وفق هذه المدرسة على وفق الظروف الاقتصادية والاجتماعية في الوقت الذي تجري فيه عملية التفسير فلا تعطي هذه المدرسة أي أهمية لإرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة في الوقت الذي شرع فيه النص، انما تستهدف الإرادة المحتملة للمشرع لو انه احيط بنفس الظروف التي تحيط بالقاضي عند تفسيره للنص [1].

وعلى الرغم من الميزة الإيجابية لهذه المدرسة من حيث انها فتحت المجال امام القاضي للتفسير الواسع والاجتهاد الحقيقي بوصفها تعيد للنص الحيوية وتجعل منه متلائم مع جميع الظروف ، كما يحسب لها تأثيرها الكبير الذي ساهم بابتداع النصوص القانونية [2] ، الا ان المأخذ عليها انها تخرج التفسير من اطاره الحقيقي والذي هو الكشف عن ما يحتويه النص القانوني إلى خلق نص جديد الامر الذي يخرج القاضي عن طبيعة عمله حيث ان فسح المجال للقضاء في الخوض عن النية المحتملة للمشرع يجعل منه حراً في ابتكار قواعد جديدة مبينه على أفكاره ومعتقداته ونسبتها إلى المشرع الامر الذي يؤدي إلى عدم استقرار القواعد القانونية .[3]

ثانياً مدرسة الشرح على المتون:

تقوم هذه المدرسة على فكرة تقديس إرادة المشرع فهي ترى ان القواعد القانونية جميعها مصدرها واحد هو التشريع [4]، وأول ما ظهرت هذه المدرسة في فرنسا مطلع القرن التاسع عشر حيث كان

---

1 سعد، نبيل وآخرون (1992) المدخل إلى العلوم القانونية. (ب.ط). الإسكندرية: الدار الجامعية، ص187

2 محمود،همام محمد. (2001) المدخل إلى القانون. (ب.ط) . الإسكندرية: منشأة المعارف، ص 451.

3المرجع السابق ص451.

4بكر، عصمت عبدالمجيد(2012) . مجلس الدولة ، ط1 ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، الأردن ، ص205.

انصار هذه المدرسة من الفقهاء الفرنسيين ينظرون إلى التشريع بأنه كامل ولم يترك اية مسألة تنظيم سواء كان هذا التنظيم صراحة أو ضمناً وعليه فأن وظيفة القاضي عند تفسير النص يبحث عن الإرادة الحقيقية للمشرع في وقت تشريع النص وليس وقت تطبيقه حتى مع تغير الظروف الاجتماعية بين الحالتين[1]، ان اجبار القاضي على احترام نصوص التشريع من خلال منعه من التحكم بالتفسير امر يحقق الاستقرار القانوني للقاعدة القانونية والروابط القانونية القائمة عليها ، الا ان هذه المدرسة لم تسلم من الانتقادات التي وجهت لها حيث جعلت من التشريع المصدر الأصل للقانون وهو امر غير صحيح لوجود مصادر أخرى للقاعدة القانونية كما ان حصر القانون بالتشريع يجعل من عمل القاضي عملاً الياً يقتصر على كشف القصد من التشريع دون اتاحة الفرصة له من التأمل والبحث والتعمق في النصوص القانونية الامر الذي يحول دون تطور قواعد القانون [2] .

ثالثاً المدرسة العلمية في التفسير:

يقوم الأساس العلمي لهذه المدرسة على أساس التوفيق بين المدرسة التاريخية ومدرسة الشرح على المتون حيث تتفق مع المدرسة التاريخية في ابتعادها عن تقديس القانون فهي تذهب في حالة عدم وجود نص قانوني إلى مصادر القانون الاحتياطية واهمها العرف لإكمال نقص القانون الا انه في حال عدم وجود نص في القانون أو العرف يمكن ان يطبق على النزاع المعروض فأن هذه المدرسة لا تذهب إلى

---

1 محمود، همام محمد، مصدر سابق ص449.

2بكر، عصمت عبد المجيد(2012) . مصدر سابق، ص206.

البحث عن النية المحتملة للمشرع الذي نادت به المدرسة التاريخية وانما على القاضي اللجوء إلى المنهج العلمي الحر لإيجاد الحل المناسب[1] .

ومن اهم ما يميز هذه المدرسة انها احتفظت للمشرع بالتقدير الا انها وضعت النص القانون في حدود طبيعية حيث انها تقرر احترام النص دون ان تحيطها بالتقديس الذي رسمته مدرسة الشرح على المتون وانما تركت مجال الاجتهاد واسعاً لمجاراة ما يطرأ من تطور على المجتمع من خلال اللجوء إلى مصادر القانون الرسمية الأخرى [2] .

ومن استقراء هذه المدارس والوقوف على المناهج التي اتبعتها كل منها تجد الباحثة ان المدرسة العلمية في التفسير هي الأقرب للواقع حيث اتاحت الفرصة للقاضي بأن يجتهد واعترفت ضمناً بأن هذا الاجتهاد هو أحد مصادر القانون الإداري يمارس القاضي من خلاله دوره بعملية الموازنة بين القاعدة القانونية والتطورات التي تطال المنازعات الإدارية.

المطلب الثاني
مبررات لجوء القاضي الإداري إلى التفسير وطرقه

يعتبر التفسير القضائي للنص من الأمور التي تثير نوعاً من الخلاف فهي من الأمور الصعبة التي تتطلب خبرة قانونية ومهارة عملية حتى يكون التفسير بمعناه الصحيح الذي ابتغها المشرع عند وضعه للنص القانوني، وللتفسير مبررات تسبقه فالقاعدة القانونية الواضحة لا سبب يدعو إلى تفسيرها انما

---

1 أبو السعود، رمضان. (1985). المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني. (د.ط). الدار الجامعية الجديدة ، الإسكندرية ص203

2 رزيق، موسى. (2005). مدخل إلى دراسة القانون. ط2. الامارات العربية: جامعة الشارقة مجلس النشر العلمي، ص115 ومابعدها.

التفسير ينال من النصوص الغامضة وعلى أساس ذلك سيجري تقسم هذا المطلب إلى فرعين الأول يتناول مبررات لجوء القاضي الإداري إلى التفسير في حين يتناول الفرع الثاني طرق التفسير القضائية .

الفرع الأول: أسباب لجوء القاضي الإداري إلى التفسير القضائي

تثور امام القاضي الإداري عدة أسباب تدعوه إلى اللجوء إلى التفسير القضائي للقاعدة القانونية نتناولها تباعاً:

أ. **غموض النص** : عرف جانب من الفقه النص الغامض بأنه النص غير واضح الدلالة فهو لا يدل على ما فيه بصيغته ذاتها بل يتوقف فهم هذا المراد على امر خارجي أي امر خارج عن عبارته [1] وهي الحالة التي يكون فيها النص غامضاً أو مبهماً في احد الفاظه أو جميعها فتكون لتلك الالفاظ اكثر من معنى حيث يتعين على القاضي الإداري عند ممارسته لعملية التفسير ان يختار اكثر المعاني قرباً إلى قصد المشرع من وراء النص [2] ، وقد اعترف المشرع الفرنسي في وقت بعيد للقاضي بالدور الانشائي حيث تضمن القانون المدني الفرنسي الصادر في عام 1804 في المادة (4) منه على ان القاضي الذي يرفض ان يحكم بحجة سكوت التشريع أو غموضه أو عدم كفايته يعد مرتكب لجريمة الامتناع عن الحكم وقد ذهب المشرع العراقي في نص المادة 30 من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل (لا يجوز لأية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه والا عد

1 الشيخلي، عبد القادر (2018)، مرجع سابق ص42 ومابعدها.

2 شقاق، ابتسام فاطمة الزهراء (2016). دور القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة ابة بكر بلقايد، تلسمان، الجزائر، ص23.

القاضي ممتنعا عن احقاق الحق ، ويعد ايضا التأخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعا عن احقاق حق) مما تقدم نجد ان القاضي ملزم باستجلاء المعنى الحقيقي للنصوص الغامضة والغاية التي يبتغيها المشرع من وضعه للنص .

ب. الخطأ في النص:

يختلف الخطأ الذي يلحق النص القانوني فقد يكون خطأ مادي يجعل من النص غامضاً وقد يكون الخطأ قانونياً بما يعرف بالخطأ المعنوي [1].

اما الخطأ المادي فيراد به ان يرد لفظ أو حرف زائد أو ان تسقط كلمة سهواً منه بصورة لا يستقر معها النص الا مع تصحيح الخطأ بالاستعانة اما بالمصدر التاريخي للنص أو الاعمال التحضيرية التي سبقت تشريعه أو القواعد اللغوية أو الحكمة من التشريع إذ يأتي الخطأ المادي نتيجة تقديم لفظ محل لفظ اخر، في حين يعبر عن الخطأ القانوني بأنه الخطأ الواضح غير المقصود الذي تشير اليه القواعد العامة والذي لابد من تصحيحه [2] .

1الحولي، محمد كمال (2017)، مرجع سابق 74.

2 نورالهدى، غنيمي (2013). دور القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة محمد خضير بسكرة، الجزائر، ص60.

ج. النقص في النص :

يكون النص ناقص إذا جاء خالياً من لفظ أو الفاظ لا يكتمل النص بدونها كأن يغفل المشرع عن ذكر لفظ أو حالة لا يستقيم معنى النص من دونها فيكون لزاماً على القاضي سد هذا النقص لأعمال النص[1]

د. التعارض في النصوص:

يراد به وجود تعارض وتناقض بين نصين قانونيين لكل واحد منها حكم مخالف للحكم الاخر الامر الذي يجعل من المستحيل الجمع بينهما ، وقد يرد هذا التناقض بين نصوص في ذات التشريع أو بين تشريعين أو اكثر ، فعند وجود التناقض بين نصين من ذات التشريع يكون القاضي امام اختيار احد النصين واهمال النص الاخر ، اما حين يكون التناقض في نصين كل نص منها في تشريع فلابد في هذه الحالة ان يتجه القاضي الإداري إلى احدى الضابطتين ، الأولى ان يعتبر واحد من النصين عاماً فيطبق بوصفه الأصل العام ويعتبر الثاني خاصاً يطبق على حالات خاصة استثناءاً من الأصل ، اما الضابطة الثانية فهي اعتبار ان احد النصين ناسخاً للأخر وملغياً له بأن يعتبر النص الاحدث ملغياً للنص الاقدم ، إضافة إلى ذلك فقد يكون التعارض بين نصين تشريعيين متفاوتين في القوة فيتجه القاضي إلى مراعاة تدرج القاعدة القانونية فيكون التطبيق للقاعدة الأعلى والاسمى [2] .

---

1 شقاق، ابتسام فاطمة الزهراء (2016) ، مرجع سابق ص23.

2 شقاق، ابتسام فاطمة الزهراء (2016) ، مرجع ص23 .

الفرع الثاني: طرق التفسير القضائي

للتفسير طرق عديدة ومختلفة ارتأه الباحث ان يأخذ منها الأكثر فاعلية واستخداما وهي التفسير اللغوي والتفسير المنطقي.

أ. التفسير اللغوي للقاعدة القانونية (التفسير الداخلي)

عادة ما يتجه القاضي الإداري عند مواجهته لنص غامض إلى تفسير الالفاظ التي صيغت منها القاعدة القانونية المراد تفسيرها، ويتطلب للتفسير اللغوي الوقوف على ما يحتويه النص من الفاظ وعبارات ودلالات وتحديدها من حيث المفهوم والمنطق، وحيث ان النص القانوني هو عبارة عن صياغة لفظية الهدف منها استيعاب هدف المشرع وهو نتاج فكر وتأمل من واضعيه وعلينا ان نفترض ان المشرع حين صاغ القاعدة القانونية انما جاءت حصيلة لفكر واعي ومتأمل وان ما اختاره من الفاظ انما تعبر بأخلاص وامانة عن فكره وارادته [1] .

اما حين ما تكون الالفاظ والمصطلحات غامضة ومبهمة بحيث لا يمكن استنباط معناها اللغوي والاصطلاحي أو يكون المعنى المستخرج بعد عملية تنسيق وتجريب الالفاظ والجمل التي يتكون منها النص متناقض يتجه القاضي إلى الانتقال إلى مرحلة استعمال التفسير المنطقي وهو (الاستنتاج بمفهوم المخالفة والقياس والقياس من باب اول) [2].

ويعني الاستنتاج بمفهوم المخالفة: إعطاء حالة لم يرد عليها نص حكماً عكس حكم الحالة التي ورد عليها نص بسبب اختلاف العلة في الحالتين، كأن تكون الحالة المنصوص عليها هي احدى جزيئات

---

1 بكر، عصمت عبد المجيد. (2012).مرجع سابق، ص 210.

2الرميخاني، وليد بن سليمان (2021)، مرجع سابق ص314.

الحالة غير المنصوص عليها، فيكون للحالة الأخيرة عكس الحكم الذي انفردت به الجزئية المنصوص عليها فالمنطق يستوجب تطبيق عكس هذا الحكم على الحالات التي لا يشملها الحكم.[1]

اما القياس فهو عكس الاستنتاج بمفهوم المخالفة (وقد يسمى الاستنتاج بمفهوم الموافقة) فهو استخراج حكم غير منصوص عليه من حكم اخر ورد عليه نص لاتحاد العلة بين الحالتين فالحكم هنا وجد مع وجود العلة، ويختلف القياس من باب أولى (مد الحكم من باب أولى) عن القياس فهو تطبيق حكم حالة ورد عليه نص على حالة أخرى بدون نص ليس لاتحاد العلة وانما لتوافر العلة في الحالة الثانية بصورة أكبر من توافرها في الحالة الأولى[2] .

ب. التفسير المنطقي للنصوص القانونية (التفسير الخارجي)

يتجه القاضي الإداري إلى التفسير الخارجي للنص في حال قصرت طرق التفسير اللغوية عن إيجاد تفسير منطقي للقاعدة القانونية يتلاءم مع النزاع المعروض امامه، حيث تهدف هذه الطريقة للوصول إلى روح النص من خلال الرجوع إلى حكمة المشرع وإيجاد نوع من التقارب بين النص القانوني والمصدر التاريخي له وبين الاعمال التحضيرية وكذلك مذكرات التفسير[3] ، ونتناول كل منها على النحو الاتي:

1. الحكمة من التشريع:

تتناول هذه الطريقة في التفسير البحث عن الغاية الحقيقية التي ابتاغها المشرع من صياغة النص القانوني فمن المعلوم ان لكل نص غاية معينة هدف المشرع إلى تحقيقها ويطلق عليها (

1الشاعر، رمزي طه (1983) النظرية العامة للقانون الدستوري، ط3 ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ص340

2مرجع سابق ص339

3بكر، عصمت عبد المجيد (2012). مرجع سابق ص218.

الحكمة من التشريع) وهي مختصر للمصالح والاعتبارات الأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية التي استهدف النص حمايتها لتكون مهمة القاضي عند تناوله للنص تفسيراً البحث عن الحاجات التي جاء النص القانوني لإشباعها وعلى القاضي دراسة هذه الحاجات دراسة عميقة ودقيقة ، غير ان الحكمة من التشريع تتغير مع مرور الزمن فالقاضي عند بحثه عن السبب الذي دفع المشرع إلى وضع قاعدة معينة لابد ان يجد أساسها العقلي في وقت تفسير النص بوصف ان الحكمة من التشريع هي القوة الحية المتحركة التي تعطي للنص الحياة مادام النص موجوداً ولابد من القول ان هذا النوع من التفسير لا يلجأ اليه القاضي الا إذا دعت الأسباب إلى ذلك فاذا دلت الفاظ النص على معاني واضحة وقطعية بعد عملية التفسير ليجعل مفهوم النص مفهوماً بصورة كاملة فعلى القاضي الالتزام بالمعنى الذي استخلصه من النص [1] .

2. الاعمال التحضيرية والمذكرات التفسيرية:

وهي المذكرات التفسيرية ومناقشات المجالس التشريعية واعمال اللجان القانونية التي تصاحب عادة التشريعات عند تحضيرها والوثائق الرسمية المعترف بها كحجة، تتضمن كذلك التقارير والمناقشات، وعرض وبيان الأسباب ومحاضر الجلسات ، وتتضمن ايضاً وقائع ونتائج العمليات والتحقيقات والخبرة الفنية والقانونية والإجرائية الخاصة، إضافة إلى حيثيات الأحكام القضائية ومسببات القرارات [2] ، غير ان الرجوع إلى الاعمال انفاً يجري على سبيل الاستئناس بوصف انها لا

1 بكر، عصمت عبد المجيد(2012) . مرجع سابق، ص219 وما بعدها

2 الشاعر، رمزي طه، مرجع سابق. ص344.

تفيد القاضي للوصول إلى إرادة المشرع الحقيقية [1] . وتعرف :" هي مجموعة الوثائق الرسمية والمعترف بها كحجية والتي تتضمن التقارير والمناقشات و عرض وبيان الأسباب و محاضر الجلسات و كذا وقائع ونتائج عمليات الخبرة والتحقيقات الفنية القانونية و الإجرائية الخاصة، وكذلك حيثيات الأحكام القضائية و قرارات العقوبات الإدارية وسلبيات القرارات الإدارية " ، فعملية الرجوع الجوازي لهذه الأعمال لتكوين وإصدار وإبرام التصرفات القانونية تساعد على انجاز العملية التفسيرية مادامت هذه الأعمال التحضيرية هي التي كونت و حققت الوجود المادي والفني النهائي للتصرفات القانونية وحضرت لعملية الإصدار والوجود القانوني لهذه التصرفات القانونية [2] .

3. تقريب النص القانوني:

ويسمى هذا النوع من التفسير بالعامل التنسيقي فمن العناصر المهمة التي تساهم في التفسير المنطقي البحث الشامل لكل النظام القانوني حيث لا توجد قاعدة قانونية منفصلة أو مستقلة عن غيرها من القواعد القانونية بل ان هناك ترابط وثيق بينهما كون القانون يمثل قواعد مترابطة ومنظمة تجعل منه كيان منسق، الامر الذي يلزم القاضي عند تفسيره للتشريع وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة وان مدى كل نص يتحدد بالمقارنة مع النصوص الأخرى[3] .

حيث ان تقريب النصوص مع بعضها لا ينتج عنه بيان المعنى من النص الغامض فقط انما يشمل النص السليم الواضح بوصف ان النصوص القانونية التي تدور حول موضوع واحد تعتبر

1رضوان، امينة، (حدود سلطة القاضي في التفسير)، بحث منشور في مجلة القانون والاعمال الدولية، جامعه الحسن الأول،المغرب www.droitetentreprise.com/18716/ تاريخ الولوج 2022/4/1 الساعة 2:06 ص.

2نورالهدى، غنيمي (2013)، مصدر سابق ص70.

3بكر، عصمت عبد المجيد(2012) . مصدر سابق، ص220 وما بعدها.

جزءاً يكمل أحدها الاخر إذ يوضح بعضها ما خفي من النص الاخر وقد تكون مقيده لنص جاء مطلقاً أو مخصصه لنص جرى على عمومتيه، فالنص الذي يثور بشأنه عيب ما لا ينظر اليه وحده ولكن ينظر اليه بالظروف التي أحاطت به والنظام القانوني الذي نشأه في ظله [1] .

4. المصادر التاريخية للنص القانوني:

يتجه المفسر عند عملية التفسير إلى المصدر التاريخي للقاعدة القانونية فمن الضروري الرجوع إلى الأصل التاريخي للنص الامر الذي يؤدي إلى فهم المضمون منه بصورة كاملة وعميقة على أساس الوضع النهائي الذي استقر عليه النص عند عملية التفسير ، حيث ان الرجوع إلى المصادر التاريخية يساعد القاضي على بيان قصد المشرع في حال عجزت طرق التفسير سالفة الذكر ، وقد اخذ كل من المشرع الفرنسي والمصري بهذا الطريقة في التفسير حيث كثيرا ما يعود شراح القانون الفرنسي إلى العرف القديم والقوانين القديمة والرجوع إلى احكام القانون الروماني بوصفه مصدر القانون الفرنسي التاريخي [2] .

---

1 الحولي، محمد كمال (2017) مرجع سابق، ص124 .

2 المرجع سابق ، ص123.

المبحث الثاني
دور الاجتهاد القضائي في انشاء القواعد القانونية

يظهر دور القاضي الإداري في صنع القاعدة القانونية عند مواجهته لفراغ تشريعي مع نزاع واجب الحسم فوظيفة القاضي الإداري تلزمه حسم النزاع والا عد ناكراً للعدالة ، ومن اجل الإحاطة بهذا الدور سيجري تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين الأول يتناول مفهوم الاجتهاد كوسيلة لأنشاء القاعدة القانونية في حين يتناول المطلب الثاني مراحل انشاء القاعدة القانونية القضائية .

المطلب الأول
مفهوم الاجتهاد القضائي

لازال الخلاف قائم بين فقهاء القانون عن الدور الذي يمارسه القاضي الإداري هل هو دور تطبيقي للقاعدة القانونية ام يتعدى ذلك إلى أنشائها وفي حالة الاعتراف له بالدور الانشائي فلابد ان يكون ذلك من خلال الاجتهاد الذي يسخر فيه القاضي كل ما يمتلكه من خبرات ومهارات في مجاله مستعيناً بالعرف ومبادئ العدالة بوصفها من مصادر القانون ، وقد اقر الفقه بأن مجال الاجتهاد في صناعة القواعد القانونية ما كان ليأخذ مثل هذا المجال لو صب القانون الإداري في تشريع مقنن حيث ان الاجتهاد يجد أساسه بعدم تقنين نصوص القانون ، الا ان الاجتهاد القضائي لاقى معارضة كبيرة عند بداياته حيث انكر العديد من الفقهاء دور القاضي في الاجتهاد وحصره بكشف الغموض عن النصوص القانونية وقد تأكد هذا النهج بعد قيام الثورة الفرنسية ومن ابرز المعارضين لدور القاضي في الاجتهاد المفكر (مونتسكيو) حيث قال (

إن قضاة الوطن ليسوا سوى الفم الذي ينطق كلمات التشريع ، وهم إزاء هذا التشريع كائنات لا حياة فيها ولا قوة لها على تخفيف قوتها أو شدته) [1]وستتناول الباحثة هذا الموضوع في فرعين الأول التعريف بالاجتهاد القضائي والثاني لمصادر هذا الاجتهاد .

الفرع الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي واسبابه

اولاً: تعريف الاجتهاد القضائي

يعرف الاجتهاد في اللغة بأنه بذل الجهد في استنباط الحكم من مصادره في حين يسمى من كان اهلاً لاستنباط الاحكام من مصادرها بالمجتهد [2] .

وعرفه الرازي في المحصول بأنه "استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه لوم، مع استفراغ الوسع فيه) لقد أوضح هذا التعريف أن حقيقة الاجتهاد المتمثلة في استفراغ الوسع، فمن لم يستفرغ ويبذل وسعه فيما بين يديه من موضوع يعد مقصر ولايكون قد حقق الاجتهاد المطلوب [3] .

ويعرف الفقه الفرنسي الاجتهاد بأنه (عملية توحيد التفسير في القانون المقدم من قبل المحاكم أو هو مجموعة الحلول التي تصدر عن المحاكم عند تطبيقها للقانون أو عند تفسيرها له عندما

- مقال بعنوان الاجتهاد القضائي كمصدر من مصادر القانون، ص 1، منشور بالموقع الإلكتروني www.elawpedia.com تاريخ الولوج 2022/5/2.

2بخوش، مفتاح، مصطفى وعبد الجليل (2006). دور القاضي الإداري وضع القاعدة القانونية ام تطبيقها؟، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم والسياسة، جامعة بسكرة، الجزائر، ص116.

3 خالدي، المهدي (2018). الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الجزائر، أشار اليه في ص23.

يعتريه الغموض) [1]، كما يعرف بأنه (مجموعة القواعد القانونية غير المقننة التي يستنبطها القاضي من ضمير الجماعة وروح التشريع ومبادئ العدالة عند غياب القواعد التشريعية التي تحكم المنازعات المعروضة عليه) [2] .

اما **القضاء** : في اللغة فهو (الحكم) والقاضي هو (القاطع في الأمور) حيث يقال (استقضى فلان فلانا أي جعله قاضيا بين الناس ، والقضايا هي الاحكام) [3]اما القضاء في الفقه فقد اورد الدكتور عاطف البنا (للقضاء عدة معاني، ولا نقصد بالقضاء كمصدر للقانون المعنى العضوي الذي ينصرف إلى أعضاء الهيئات القضائية وانما المقصود هو القضاء بمدلولاته الموضوعية ، التي تتصرف من ناحية الحكم في نزاع معين معروض على القاضي وينصرف من ناحية أخرى إلى اطراد الاحكام واستقرارها) [4] كما يعرف بأنه الحارس الأمين لحقوق الافراد وحرياتهم من خلال حيادتيه ونزاهته وخبرته القانونية [5] .

ويعرف الاجتهاد القضائي في القانون بأنه مجموعة المبادئ العامة المستخلصة من احكام المحاكم عند تطبيقها للنصوص القانونية عند الفصل فيما يعرض عليها من منازعات ويسمى

---

1 الديكان، بشاير غنام (2014) . المبادئ القانونية العامة غير المكتوبة باعتبارها مصدراً من مصادر القانون الإداري، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 8، ص227.

2الحلو، ماجد راغب (1996). القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية الكبيرة ، الإسكندرية، ص627

[3] لسان العرب ، ابن منظور ، ج15 ، ص186 .

4 البنا، محمود عاطف ، (1992) . الوسيط في القانون الإداري ، ط2 ، دار الفكر العربي ، ص83.

5 خالدي، المهدي (2018). مرجع سابق ص25.

الاجتهاد عاماً حين ما يمثل مجموعة من القرارات والاحكام الصادرة عن المحاكم ويسمى بالاجتهاد الخاص عندما يمثل حل لقضية معينة ويجري تطبيقها على قضايا مشابها [1] .

ويمارس القاضي الإداري الاجتهاد اما من ضمن ما تحتويه القاعدة القانونية التي يلتزم بتطبيقها أو من خارج هذه القاعدة حيث يكون القاضي في موضوع الاجتهاد في حالتين الأولى عند غموض النص أو ابهامه من جهة أو عند سكوت النص عن بعض المسائل من جهة أخرى ، والغموض يشير إلى ان النص ليس له معنى محدد وواضح فهو يحتمل اكثر من تفسير وعلى القاضي في هذه الحالة ان يجتهد في فهم ما يحتويه النص وان يحدد معناها وبذلك يكون قد حدد الحكم الذي احتواه النص [2] . وهو ما جرى تناوله في المبحث السابق في حين يشير سكوت النص إلى ضرورة انشاء قاعدة قانونية تساهم في حسم النزاع .

وعلى ذلك يكون القاضي الإداري صاحب مهمة تشريعية المحتوى قضائية المظهر فهو يمارس دوره كقاضي اداري فيما يعرض امامه من نزاع الا ان الحقيقية الواضحة التي يحاول انكارها من يعارض سلطة القاضي الإداري التشريعية هي ان القاضي يمارس دور المشرع فيما يعتري النص من نقص مستعيناً بذلك بالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة، وهو ما ستتعرض له الدراسة لاحقاً.

ثانياً: مبررات لجوء القاضي الإداري إلى الاجتهاد القضائي

---

1 أسماء، عوامرية (2015) . دور الاجتهاد القضائي كمصدر للقانون الإداري في الجزائر، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر، ص11.

2المرسومي، عمار حسين علي (2019). دور القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية في العراق، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون جامعة بغداد، ص127.

تظهر عدة أسباب تدعو القاضي الإداري إلى الاجتهاد لإيجاد حل للمنازعة المعرضة امامه منها النقص في التشريع وعدم المساواة بين افراد المنازعة الإدارية وحسب التفصيل الاتي:

1. النقص في التشريع

تضمنت اغلب التشريعات على ان التشريع غالباً لا يغطي كل المنازعات التي قد تظهر ، حيث اقر المشرع بذاته على ان التشريع لابد وان يشوبه نوع من النقص قد يعود إلى التطور الذي يصاحب المجتمعات أو اختلاف الأنظمة السياسية أو الظروف المجتمعية بالمجمل واعطت للقاضي مساحة للاجتهاد لتغطية هذا النقص باعتباره ملزماً بالفصل بالمنازعة المعروضة امامه حيث نصت المادة (4) من القانون المدني الفرنسي الصادر في 21 مارس 1804 المعدل (ان القاضي الذي يرفض الحكم تحت ادعاء سكوت أو غموض أو نقص التشريع يمكن ان يوجه اليه اتهام بارتكاب جريمة انكار العدالة) فهو ملزم بالفصل بالنزاع المعروض امامه [1] ، ويقابل هذا النص المادة (2/1) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) كما نصت المادة (2/2) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976على (فاذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه

1الديكان، بشاير غنام(2014) . مصدر سابق، ص230.

الاسلامي الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فان لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية) ونصت الفقرة 3 من ذات المادة (فان لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فان لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة ، ويشترط في العرف أن يكون عاما وقديما ثابتا ومطردا ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب. أما إذا كان العرف خاصا ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد) ، كما نصت المادة (2/1) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951(فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة) .

وقد حدث ان بينت الباحثة بأن دور القاضي الإداري يختلف بطبيعته عن دور القاضي المدني من حيث إمكانية الأول من انشاء قواعد قانونية في حين ينحصر دور الأخير على تطبيق القاعدة القانونية كما هي ، الا ان سلطة القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية تنعدم في حال وجود نص قانوني يكيف الواقعة المعروضة امامه فلا مسوغ للاجتهاد في مورد النص ، وعلى ذلك فأن مساحة القاضي في الانشاء تجد مكانها عند وجود نقص في التشريع الامر الذي يتحقق في المنازعات الإدارية بصورة اكثر من غيرها من المنازعات لأسباب أولها ان القانون الإداري قانون غير مقنن ، حيث ان الطبيعة الخاصة للقاعدة القانونية الإدارية من حيث عدم تقنينها والظروف المصاحبة لنشأتها إضافة إلى تعدد مجالات النشاط الاداري أدت إلى ان يكون للقضاء الإداري دور يتجاوز القضاء العادي لملاحقة

متطلبات الحياة الإدارية فيتجه إلى انشاء مبادئ واحكام قانونية فيكون القضاء مصدر رسمي بل ومن اهم مصادر القانون الإداري فيتعدى دوره التشريع في كثير من الأحيان [1] .

2. عدم المساواة بين أطراف الدعوى امام القضاء الإداري:

تتميز الدعوى الإدارية بإجراءات قضائية تميزها عن الدعاوى المدنية حيث يلعب القاضي الإداري دوراً ايجابياً في توجيه إجراءات الدعوى وحمل عبء السير فيها ، فقد يلجأ إلى اتخاذ اجراء معين بغية خلق نوع من التوازن بين حماية حقوق الافراد وحرياتهم وحقوق الإدارة ، حيث من المعلوم انه لا توجد مساواة بين اطراف المنازعة الإدارية من حيث المركز القانوني والصفة والهدف ، فالإدارة لها الكفة الأعلى بوصفها صاحبة الامتيازات القانونية التي لا تتوفر في خصومها الامر الذي يجعل منها في مركز اعلى من خصومها العاديين ، فيظهر دور القاضي الإداري من حيث امكانيته توجيه اطراف الدعوى وخاصة الإدارة ان تقدم الأدلة والوثائق والبراهين التي يرى انها ذات نفع للفصل في المنازعة المعروضة امامه كذلك بأماكن القاضي الإداري استدعاء من يراه مناسباً من أعوان الإدارة لجلسات المرافعة لسماع شهاداتهم ، ويمكن القول ان القاضي الإداري يتمتع بهذه المساحة لزاماً لإعادة التوازن بين اطراف المنازعة الإدارية وبالأخص عند امتناع الإدارة عن تقديم الوثائق محل النزاع

1 راضي، مازن ليلو (2020). المبادئ العامة للقانون في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط1، ص44

بذريعة السرية المهنية فيصعب على المدعي اثبات وتبرير موقفه [1] ، وهذا ما سار عليه مجلس الدولة الفرنسي وسايره في ذلك مجلس الدولة المصري حيث جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في الطعن المرقم (1059) لسنة 30ق المؤرخ في 1986/12/2 (... ومن حيث ان قضاء هذه المحكمة قد استقر على ان الاصل أن عبء الأثبات يقع على عاتق المدعي الا ان الاخذ بهذا الأصل على اطلاقه في مجال المنازعات الإدارية والطعون التأديبية لا يستقيم مع واقع الحال بالنظر إلى احتفاظ الإدارة والجهة التي يتبعها العامل في غالب الامر بالوثائق والملفات ذات الأثر الحاسم في المنازعات ، لذا فأن من المبادئ المستقرة في هذا المجال ان الجهة التي يتبعها العامل تلتزم بتقديم سائر الأوراق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع والمنتجة في اثباته إيجابياً ونفياً متى طلب ذلك ، فاذا نكلت تلك الجهة عن تقديم الأوراق المتعلقة بموضوع النزاع فأن ذلك يقين قرينة لصالح المدعي تلقي عبء الاثبات على عاتق الجهة المذكورة)[2]، فيظهر دور القاضي الإداري في الاجتهاد واضحاً حيث خرج عن قاعدة (يقع عبء الاثبات على من ادعى) وهي القاعدة المعمول بها في المرافعات المدنية حيث يخرج القاضي الإداري عنها بحكم طبيعة المنازعات الإدارية والتي اتاحت له لعب مثل هذا الدور الإيجابي على خلاف القاضي المدني الذي يكون حبيساً للنصوص القانونية .

الفرع الثاني: مصادر الاجتهاد القضائي في انشاء القاعدة القانونية

---

1 المرسومي، عمار حسين علي (2019) مرجع سابق، ص27

2 نقلاً عن الموسوعة القانونية لشبكة المحامين العرب المنشور على الموقع الالكتروني شبكة المحامين العرب (mohamoon.net) وقت الولوج 2022/4/12 الساعة 2:15 ص.

سبق ان جرت الإشارة إلى ان حداثة نشأة القانون الإداري وعدم تقنينه جعلت منه قانون ذو خصائص مختلفة عن غيره من فروع القانون وهذا ما اشارت اليه المذكرة الايضاحية لقانون مجلس الدولة المصري حيث نصت (ان القانون الإداري يفترق عن القوانين الأخرى كالقانون المدني أو التجاري في انه غير مقنن وانه مازال في مستهل نشأته ومازالت طرقه وعرة غير معبدة لذلك يتميز القضاء الإداري بأنه ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني بل هو في الاغلب قضاء انشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسيرها للمرافق العامة وبين الافراد وهي روابط تختلف في طبيعتها عن روابط القانون الخاص) [1] ، وبطبيعة الحال فأن القاضي الإداري عند انشاءه للقاعدة القانونية لابد ان يلجأ إلى مصادر قانونية موجودة فالقاعدة القانونية لا تنشأ من العدم ، وهذه المصادر ما جرت الإشارة اليها ضمن التشريعات المدنية التي جرت الإشارة اليها انفاً وهي التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية واخيراً قواعد العدالة ، ولما كان موضوع هذا المطلب عن دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية في حالة غياب النص التشريعي فسيجري التطرق إلى المصادر الاحتياطية وهي العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة حسب التفصيل الاتي :

1. العرف:

تقتضي وظيفة القاضي ان يفصل بين الناس بالعدل مطبقاً في ذلك النصوص القانونية الملائمة على ما ينشئ بينهم من منازعات ، والاصل ان وظيفة القاضي هي وظيفة تطبيقية جوهرها تطبيق

---

1 قانون مجلس الدولة المصري الملغى رقم (165 لسنة 1955) منشور في جريدة الوقائع المصرية العدد 25 مكرر (غير اعتيادي) في 29 مارس 1955 .

القانون غير ان هذا الأصل لم يخلو من الاستثناءات التي اتاحت للقاضي دوراً انشائياَ أساسه النقص في التشريعات فلا يتصور ان يكون القانون كاملاً لا نقص فيه خاصة مع ما يتمتع به القضاء الإداري من خصائص جرى الحديث عنها ضمن هذه الدراسة ، وعلى ذلك فقد أتاح القانون للقاضي اللجوء إلى مصادر احتياطية لسد النقص التشريعي وأول هذه المصادر بحسب التشريعات الفرنسية والمصرية والعراقية هو العرف في حين احتل المرتبة الثانية في التشريع الأردني ويمكن تعرفيه بأنه سنة يتبعها الناس لشعورهم بإلزامها قانوناً أو هو العمل بين الناس وفقا لسلوك معين مع اقترانه بأحساسهم بوجود جزاء قانوني يضمن احترام هذا السلوك ، وللعرف ركنين الأول مادي يتمثل بالوقائع المادية والثاني معنوي أساسه الشعور بإلزامية هذه الوقائع وضرورة اتابعها وعند تواتر هذه الواقعة واتحاد الركنين تصبح قاعدة قانونية عرفية [1] .

وما يهم في هذه الدراسة هو العرف الإداري والذي يمكن تعريفه بأنه مجموعة القواعد القانونية الناشئة عن سلوك الإدارة بخصوص موضوع معين بصورة معينة ومطردة حتى ساد الاعتقاد بأن هذا السلوك اصبح ملزماً لها ، كما يمكن تعريفه بأنه اتباع سلوك معين من قبل السلطة الإدارية بوتيرة منتظمة خلال فترة من الزمن توحي بالإلزامية ، كما عرفته المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه (تعبير اصطلح اطلاقه على الأوضاع التي درجت الجهات الإدارية على اتباعها في مزاولة نشاط معين وينشأ باستمرار الإدارة في التزامها بهذه الأوضاع والسير على سننها في مباشرة هذا النشاط إلى ان تصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الاتباع مالم تعدل بقاعدة أخرى مماثلة هذا السلوك) [2] ويكون العرف اما مكملاً للتشريع

1 خالدي، المهدي (2018). مرجع سابق ص271.

2 قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 177 نقله خالد، المهدي، (2018). مرجع سابق، ص284

فيأتي ليسد فراغاً تشريعياً ويسمى بالعرف التشريعي أو يكون عرفا مساعداً للتشريع حيث يستعين القاضي بالقواعد العرفية من اجل تطبيق نص قانوني ليكون اكثر ملائمة مع النزاع المعروض مثال ذلك ما جاء بالقانون المدني الأردني (نفقات تسليم الثمن وعقد البيع وتسجيله تكون على المشتري، ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع، كل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو نص قانون أو عرف يخالفه) [1] .

2. مبادئ الشريعة الإسلامية

تضمنت القوانين المدنية في كل من مصر والأردن والعراق ان الشريعة الإسلامية هي احد المصادر الاحتياطية التي بأماكن القاضي الاستعانة بها في حالة غياب النص التشريعي، مع اختلاف في قوتها بحسب ترتيبها بين بقية المصادر حيث جاءت في التشريع الأردني قبل العرف وهو امر يحسب للمشرع الأردني خاصة وان احكام الشريعة الإسلامية لابد ان تكون هي الأصل في مجتمع إسلامي مثل مجتمعاتنا فالواجب ان تطبق قبل غيرها من المصادر الأخرى، في حين حلت بالمرتبة الثانية بعد العرف في كل من التشريعين المصري والعراقي.

وعرف الفقهاء المعاصرون الشريعة بأنها مجموعة الأوامر والاحكام العملية والاعتقادية التي يوجب الدين الإسلامي تطبيقها لتحقيق اهداف الإصلاح، وحيث ان الشريعة الإسلامية مليئة بالمصطلحات ذات المعاني المتداخلة فقد أدى الامر إلى تعدد التفسيرات لما هو مقصود من مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية ، فالدكتور السنهوري لا يفرق بين مصطلحي المبادئ والاحكام

1بحث قانوني منشور على شبكة الموسوعة السياسية https://political-encyclopedia.org/dictionary/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D9%81%20%D9%81%D9%8A%20%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86 تاريخ الولوج يوم 2022/4/18 .

حيث يستخدمها كمرادفات لبعضها الا انه يفرق بين المبادئ أو الاحكام الشرعية ذات المصادر الاصلية مثل القران الكريم والسنة النبوية فهي ملزمة ولا يجوز مخالفتها وقد اسماها (المبادئ العامة) وبين المبادئ والاحكام التي يكون مصدرها مذاهب الفقه الإسلامي حيث لا يجد ضرورة للتقيد بمذهب معين وبالإمكان اللجوء إلى اية مذهب وهذا ما سارت عليه المحكمة الدستورية في مصر حيث جاء في قرار لها (.. فلا يجوز لنص تشريعي ان يناقض الاحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها باعتبار ان هذه الاحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعا لأنها تمثل الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية واصولها الثباتة التي لا تحتمل تأويلا أو تبديلا ومن غير المتصور بالتالي ان يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان إذ هي عصية على التعديل ولايجوز الخروج عليها أو الالتواء بها عن معناها..) [1] ، كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر (.. لما كان الدستور في مادته الثانية يقضي بأن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع كما تنص المادة عشرة منه بأن تكفل الدولة المساواة بين المرأة والرجل في ميادين الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية دون اخلال بأحكام الشريعة الإسلامية وان كان قانون مجلس الدولة لم يتضمن نصا صريحا يمنع تعيين المرأة في وظائفه الفنية ... الا انه كذلك لم يورد نصا بوجوب مساواتها بالرجل في شغل هذه الوظائف ولما كانت مذاهب الفقه الإسلامي فيما يتعلق بوظائف القضاء على التحديد من لا يجيز تقليد المرأة القضاء ومنها من يجيزه ولكل من الرأيين حججه واسانيده ، فأنه يجوز لجهة الإدارة في هذه الحالة اعمالا لسلطتها

1مجموعة الاحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية المصرية ، قرارها بالقضية المرقمة 5 لسنة 8 قضائية 1996 .

التقديرية في هذا المجال ان تترخص في الاخذ بأي من الرأيين المذكورين بما تراه اكثر ملاءمة لظروف الحال في الزمن الذي أصدرت فيه قرارها) [1]

3. المبادئ العامة للقانون:

واخيراً يلجأ القاضي إلى المبادئ العامة أو ما يعرف بمبادئ العدالة من اجل انشاء مبادئ قانونية يؤسس عليها قرار الحكم الذي يحسم النزاع، ونظراً لأهمية الموضوع وعلاقته الوثيقة بالاجتهاد القضائي الذي يصنع القاعدة القانونية سيتم تناوله بشكل موسع.

أ. ماهية المبادئ العامة للقانون

عرف الفقيه الفرنسي (دي لوبادير) المبادئ العامة بأنها (عدد من المبادئ التي لا تظهر مصاغة في نصوص مكتوبة ولكن يعترف بها القضاء باعتبارها واجبة الاتباع من الإدارة وان مخالفتها تمثل انتهاكاً للمشروعية) [2]، حيث يظهر دورها بعد ان يلجأ القاضي الإداري إلى العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية دون ان يصل إلى حل للمنازعة المعروضة امامه فلا يكون امامه سوى البحث في المبادئ العامة للقانون ، والتي تعتبر فضاء القاضي الإداري الإبداعي والذي من خلاله يبتدع القواعد القانونية حيث اكدت المحكمة الإدارية المصرية على ان (القضاء الإداري قضاء انشائي لا مندوحة له من خلق الحل المناسب ، وبهذا ارسى القضاء الإداري القواعد لنظام قانوني قائم بذاته ينبثق من طبيعة روابط القانون العام واحتياجات المرافق العامة ومقتضيات حسن سيرها ، وإيجاد مركز التوازن والموائمة

---

[1] قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية المرقم طعن 63 في 3 يونيو 1979 .

2 أندريه دو لوبدير (1980) ، رسالة ابتدائية عن القانون الإداري ، الطبعة السادسة ، ص260 .

بين ذلك وبين المصالح الفردية ، فأبتدع نظرياته التي استقل بها في هذا الشأن أو سبق بها القانون الخاص) [1] ، وتمثل المبادئ العامة نتاج مجهود القضاء الإداري إذ يقوم القاضي باستنباطها من إعلانات حقوق الانسان ومقدمات الدساتير والنصوص التشريعية المختلفة بالقاضي الإداري يملك ليس كغيره من القضاة فهو يمتلك حرية قصوى لا يمتلكها القاضي المدني أو الجنائي أو غيرهم [2] ، وقد اخذ مجلس الدولة الفرنسي بعدة أساليب للكشف عن المبادئ العامة نتناولها حسب التفصيل الاتي :

اولاً: تعميم جزئية معينة من نص قانوني موجود واسقاطها على موضوع النزاع

فيكون ذلك من خلال تعميم احدى الجزئيات التي تضمنتها نصوص قانونية متفرقة تشريعية أو لائحية حيث يقوم القاضي باستنتاجها وتطبيقها وقد اعتبر غالبية الفقه ان هذا الأسلوب هو الأمثل للكشف عن القواعد القانونية ، حيث أورد الأستاذ (فيدال) في مقالة الذي تناول فيه انشاء المبادئ العامة غير المكتوبة بأن (المبدأ العام لا ينشأ بطريق الابتكار ولكن بطريق الاكتشاف بواسطة القاضي) كما أشار مفوض الحكومة الفرنسي الأستاذ (جيانيو) في معرض رسالته عن دور القاضي الإداري (يبدو ان التحليل المتأني للقضاء انه من خلال التطبيق المتكرر لنصوص مختلفة ولكن تقرر حلولاً متطابقة يأخذ المبدأ العام مصدره الحقيقي في اغلب الحالات) [3] ، وقد جاء الاثنين بمثال واحد عن استخلاص القاضي الإداري للمبادئ العامة الا

---

1 عبدالامير، علي حسن. (2018). مرجع سابق، ص119.

2 الشيخلي، عبد القادر (2018)، مرجع سابق ص178.

3الديكان، بشاير غنام (2014) . مرجع سابق، ص238 ومابعدها

وهو (مبدأ احترام حق الدفاع) حيث أوضح بأنه يتولد عن طريق ملاحظة نصوص تشريعية ولائحية تضمن حق الدفاع في فروض متعددة فيفترض ان هذه النصوص ليست سوى تطبيق لمبدأ عام يمثل مصدرها جميعاً ، مثال ذلك ما نص المشرع الفرنسي في المادة 65 من القانون الصادر في 22 ابريل 1905 على (تمكين كل موظف أو مستخدم عام في اية إدارة حكومية من الاطلاع على ملف خدمته وما يتضمنه من مستندات قبل اتخاذ أي اجراء تأديبي حتى يتمكن من تقديم أوجه دفاعه) وقد فسر المجلس هذا النص تفسيراً واسعاً حيث الزم اتباعه قبل الاخذ بأي اجراء تأديبي بحق الموظفين أو المستخدمين العموميين حيث اعتبره من النصوص الكاشفة لمبدأ احترام حقوق الدفاع . وقد سار المشرع المصري على ذات النهج حيث نص في المادة 85 من نظام موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951 على (وجوب سماع اقوال الموظف وتحقيق دفاعه قبل توقيع الجزاء عليه)[1] ، وبالتعرض إلى موقف المشرع الأردني والذي لم يذهب بعيداً عن هذا المبدأ حيث تضمن نظام الخدمة المدنية الأردني رقم 9 لسنة 2020 المعدل في المادة 2/146/ب : (يراعى لدى إجراء التحقيق ما يلي : اطلاع الموظف المحال إلى التحقيق على جميع الأوراق المتعلقة بالمخالفة أو الشكوى التي يتم التحقيق معه بشأنها، والسماح له بتقديم دفوعه واعتراضاته كتابة أو شفاهه ومناقشة الشهود المطلوبين فيها واستدعاء أي شخص للشهادة، كما يسمح له بضم أي وثائق أو تقارير أخرى ذات علاقة إلى ملف التحقيق، ويشترط أن لا تسمع أقوال أي شاهد إلا بعد أداء القسم القانوني)[2] الا ان اتجاه القضاء الإداري

---

1 نظام موظفي الدولة المصري رقم 210 لسنة1951 المنشور في جريدة الوقائع المصرية العدد 98 مكرر الصادر في 28 أكتوبر 1951 .

2نظام الخدمة المدنية الأردني رقم 9 لسنة 2020 المعدل.

في الأردن امتاز بالتذبذب في هذا الموضع حيث اتجه تارة إلى ان العقوبات الخفيفة لا تستوجب اطلاع الموظف على الاوراق الخاصة بالمخالفة ومنها قرار المحكمة (محكمة العدل العليا) بالقضية المرقمة 98/329 الصادر في 1998/1/14 حيث نص إلى (ان المشرع اوجد ان عقوبات توقيع الإنذار والحسم من الراتب والحرمان من الزيادة السنوية هي عقوبات خفيفة ترك امر توقيعها للوزير أو لوكيل الوزارة بناء على تقرير خطي يقدمه رئيس الموظف المباشر دون حاجة إلى توجيه سؤال للموظف المشكو منه) الا انها عدلت عن هذا الاجتهاد في احكام أخرى منها حكمها في القضية المرقمة 98/12 الصادر في 1998/5/30 حيث اوجبت سماع سؤال الموظف ومواجهته في ما اسند اليه حتى في العقوبات الخفيفة كالتنبيه وان عدم مراعاة هذه الضمانة يجعل من القرار محلاً للإلغاء [1] . وفي الحديث عن المشرع العراقي نجد انه نص في المادة (10/ثانياً) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 المعدل (تتولى اللجنة التحقيق تحريريا مع الموظف المخالف المحال عليها ولها في سبيل اداء مهمتها سماع وتدوين اقوال الموظف والشهود والاطلاع على جميع المستندات والبيانات التي ترى ضرورة الاطلاع عليها، وتحرر محضرا تثبت فيه ما اتخذته من اجراءات وما سمعته من اقوال مع توصياتها المسببة، اما بعدم مساءلة الموظف وغلق التحقيق أو بفرض احدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون، وترفع كل ذلك إلى الجهة التي احالت الموظف عليها)[2] واعتبرت المحكمة الإدارية العليا العراقية في اجتهاد قانوني لها بأن (عدم

1العندلي. محمد مقبل (2019). مبدأ حق الدفاع في تأديب الموظف العام في التشريع الأردني، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 46، ع1، ملحق 1، ص449.

2 قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 المعدل.

تدوين افادة الموظف امام اللجنة التحقيقية اجراء جوهري يترتب على عدم مراعاته بطلان إجراءات اللجنة) .

ويتضح مما تقدم ان جميع النصوص التشريعية التي جرت الإشارة اليها لم تنص على بطلان إجراءات التحقيق الا ان القاضي الإداري باجتهاداته وما يتمتع به من حرية أرسى هذا المبدأ كقاعدة عامة ضمنت حق الدفاع للموظف جرى الاخذ بها مع اختلاف بسيط في التطبيق غير أن المبدأ واحد وان كانت قد اخذت مداها الواضح والصريح في القضاء الإداري الفرنسي والمصري وظهرت بصورة خجولة في الأردن والعراق.

ثانياً: ما يستخلصه القاضي من روح القانون ومعتقدات الامة وضميرها

حيث يلجأ القاضي الإداري إلى استخلاص المبدأ من جوهر القانون ويبحث في تفسير نص معين وهذا ما اخذ به القضاء الإداري في فرنسا ومصر والعراق والأردن ومن هذه المبادئ عدم رجعية القرارات الإدارية ومبدأ قوة الشيء المقضي به المستخلصة من نص المادة (350) من القانوني المدني الفرنسي تقابلها المادة (101) من قانون الاثبات المصري رقم 15 لسنة 1968 والمادة (41) من قانون البينات الأردني رقم 30 لسنة 1952 والمادة (105) من قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل والتي تضمنت حجية الاحكام القضائية فيما فصلت فيه بين الخصوم حيث جاء هذا المبدأ لضمان استقرار المعاملات بشرط اتحاد الخصوم والمحل والسبب.

ومن المبدأ المستخلصة ايضاً من روح القوانين مبدأ عدم جواز فصل الموظفة الحامل وهو أحد المبادئ التي لم ينص عليها القانون الا ان القاضي الإداري الفرنسي قد استنبطها من نصوص قانون العمل وللمجلس انفاً قول في أحد قضاياها نص على (.. حيث ان المبدأ العام الذي تستوحيه المادة (29) من الكتاب الأول لتقنين العمل والذي طبقاً له كل رب عمل لا يستطيع فصل عاملة في حال الحمل ينطبق على النساء العاملات في المرافق العامة حينما لا تتعارض مقتضيات هذه المرافق مع تطبيق المبدأ..) [1] .

ومع ان المبدأ جاء لحماية حق المرأة الحامل من تعسف الإدارة الا ان القاضي الإداري حاول إيجاد نوع من الموازنة بين ما يحتويه المبدأ وبين المصلحة العامة حيث رهن تطبيق المبدأ بعدم تعارضه مع مقتضيات المرفق العام الامر الذي قد يعطي للإدارة ذريعة الاحتجاج بهذه المصلحة عند اتيانها مثل هذا العمل.

وللقاضي الإداري استخلاص مبادئ قانونية من روح الامة وضميرها ومن المعتقدات الراسخة لدى الشعوب والتي تكون مستقرة في ذهن وضمير الجماعة مستنده إلى العقل والحدس وطبيعة الأشياء والأخلاق وقواعد العدالة دون حاجة إلى نص قانوني يقررها، فيعمل القاضي على استلهامها والكشف عنها وتقريرها من روح التشريع والدستور ومنها الحق في التفكير والضمير ومبدأ حرية التعبير والنشر والنقد ومبدأ ان لا تتقيد الحريات العامة الا بقانون ومبدأ عدم التعسف في استعمال الحق[2] .

1الديكان، بشاير غنام، (2014) مصدر سابق، ص244.

2عبد الكريم، فارس حامد (2014) دور المبادئ العامة للقانون في تطوير النظام القانوني والقضائي http://www.alnoor.se/article.asp?id=249693 وقت الولوج 2022/4/21.

ب: القيمة القانونية للمبادئ العامة وقوتها الإلزامية

على الرغم مما قدمته المبادئ القانونية العامة للقانون الإداري من حلول وقواعد أضحت كخطوط عريضة في القضاء الإداري ساهمت وبشكل كبير في حل العديد من المنازعات الإدارية الا انها لازالت محل خلاف من حيث قوتها الإلزامية ومرتبتها بين القواعد القانونية الامرة ومع ما لاقته فكرة ان ينشأ القاضي الإداري قاعدة قانونية بالاستناد إلى قواعد العدالة من معارضه من جانب بعض الفقه[1] الذي يرى بأن داعي العدالة الذي يوجب انشاء قاعدة قانونية يقابله داعي الاستقرار في الاحكام القضائية والذي لا يقل اهمية عن دواعي العدالة خاصة وان الاحكام القضائية لابد ان تتسم بالتجريد والعمومية فلابد من ان يحظر على القاضي انشاء قاعدة قانونية مختلفة للقضايا المتشابهة ، ورغم هذه الانتقاد الا ان الجانب الاخر من الفقه كان مع ضرورة منح القاضي مساحة ودور في انشاء القواعد القانونية والذي يجد مساحته في مبادئ العدالة والوجدان السليم والتضامن الاجتماعي [2] .

وقد ذهب الفقه الفرنسي في هذا المجال إلى ثلاث اتجاهات اعطى كل اتجاه منها قيمة مختلفة لهذا للمبادئ [3]نتناولها حسب التفصيل الاتي

الاتجاه الأول المبادئ العامة ذات قيمة دستورية:

1علي، راقية عبد الجبار (2015). تأصيل دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء، ، ع46، القاهرة ، ص 71.

2المرجع سابق، ص 71.

3 مهدي وعبيد، غازي فيصل وعدنان عاجل (2020). القضاء الاداري، ط4، منشورات مكتبة دار السلام القانونية الجامعة، ص51 ومابعدها

حيث اعطى انصار هذا الاتجاه قيمة دستورية للمبادئ العامة وحجتهم في ذلك ان هذه المبادئ قد وردت في ديباجة دستور عام 1958 وان المحكمة الاوربية لحقوق الانسان عند حديثها عن هذه المبادئ تستخدم تعبير المبادئ الدستورية ، وقد سار مجلس الدولة الفرنسي على ذات النهج حيث اكد القيمة الدستورية للمبادئ العامة حيث جاء في قرارها الصادر في 26 يونيو 1959 الصادر في قضية النقابة العامة للمهندسين الاستشاريين بأن (صاحب السلطة التنظيمية ملزم باحترام المبادئ العامة للحق الذي يفرض ، خاصة نتيجة ديباجة الدستور على اية سلطة تنظيمية حتى في حالة عدم وجود احكام تشريعية)[1] .

ويرى جانب من الفقه الفرنسي ان الباعث من وراء إعطاء هذه المبادئ قيمة اعلى من قيمة التشريع العادي هو الرغبة في الحد من سلطة الحكومة عند وضعها للوائح المستقلة والتي لا تخضع الا للقواعد الدستورية [2] .

الاتجاه الثاني المبادئ العامة ذات قيمة تشريعية:

ويعطي أنصار هذا الاتجاه للمبادئ العامة للقانون ذات القيمة القانونية للتشريع العادي وهذا هو الاتجاه السائد في فرنسا قبل صدور دستور عام 1958 وهو الاتجاه الأكثر اقناعاً ومنطقية باعتباره يفسح للقاضي معالجة أوجه القصور وسد النقص الذي يعانيه التشريع، ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى ان القاضي عند إصداره للحكم لابد ان يكون محترما لمبادئ العدالة، الا ان هذا الرأي منتقد حيث ان

1راضي، مازن ليلو (2020)، مرجع سابق ص36.

2عبود ومحمود، صعب ناجي وحسام على (2021)، مرجع سابق ص14.

القانون دائما ما يعلو على المبادئ العامة، وان للمشرع ان يخالف أي مبدأ قانون بنص تشريعي[1] . وهو ما ايده الفقه المصري.

الاتجاه الثالث المبادئ العامة ذات قيمة أدنى من القانون العادي :

ويضع انصار هذا الاتجاه المبادئ العامة في منطقة ادنى من القانون العادي واعلى من الأنظمة ، الامر الذي يتيح للقاضي الإداري الغاء اللوائح الإدارية التي تصدر مخالفة للمبادئ العامة دون ان يكون له سلطة الغاء القوانين ، فالقاضي الإداري هو قاضي مشروعية مسؤوليته الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية حيث بأمكانه الغاءه إذا كان مخالفاً للقانون .[2] وهو ما استقر عليه المشرع الأردني حيث جاء في احد قرارات محكمة العدل العليا (ان المبادئ العامة للقانون كمصدر من مصادر المشروعية الإدارية لا ترقى إلى درجة النصوص القانونية ...) .

وفي قرار صادر عن المحكمة الإدارية في الأردن خلصت المحكمة إلى إعطاء المبادئ العامة قيمة القواعد الدستورية إذا ما مست مبدأ دستوري حيث نص قرارها على (... ان القضاء الإداري هو قضاء منشئ للقواعد وان المبادئ العامة للقانون هي أحد مصادر المشروعية وتتمتع بقيمة قانونية معادلة للقواعد

---

1 المرجع سابق ، ص15.

2راضي، مازن ليلو (2020)، مصدر سابق ص39.

الدستورية إذا كانت تمس مبدأ دستوري كمبدأ المساواة الوارد في المادة (6) من الدستور الاردني، وما استقرت عليه المواثيق والعهود الدولية لحقوق الإنسان .....) [1] .

المطلب الثاني

المراحل التي يمر بها القاضي الإداري للكشف عن القاعدة القانونية

يمر القاضي الإداري قبل إعلانه عن ما توصل اليه من قاعدة قانونية حسمت المنازعة الإدارية بعدة مراحل تختلف بصورة اكيده عن مراحل البت بالدعوى التي تجد لها نصاً قانونياً ، حيث يكون دوره في الأخيرة دور كاشف لا اكثر يتجلى بتطويع نص قانوني نافذ وموجود ليلائم نزاع قائم ، في حين يكون دوره في الدعوى التي لا تجد لها نصاً يقابلها دوراً انشائياً سخر من خلاله كل ما يملك من ملكات فكرية ومعلومات وخبرات فالدور الذي يقوم به اصبح دوراً تشريعياً اكثر من اعتباره دوراً قضائياً ، ونتناول هذه المراحل بحسب التفصيل الاتي :

اولاً: مرحلة الكشف عن القاعدة القانونية

1. المرحلة الحسية (مرحلة اكتشاف النقص التشريعي)

يلجأ القاضي الإداري في هذه المرحلة إلى حواسه من اجل التمعن وفهم النصوص القانونية وتحليل النزاع المطروح امامه من خلال تدقيق المادة القانونية والأدلة المقدمة له، فهذه المرحلة هي مرحلة الوصف للحالة والبحث عن النص القانوني الذي يقابلها دون ان تكون مرحلة إيجاد حل ، وتوصف هذه

1قرار المحكمة الإدارية العليا الاردنية بالعدد 243 المؤرخ في 2015/2/22 منشور على صفحة نقابة المحاميين الأردنيين موقع قرارك https://qarark.com/ تاريخ الولوج 2022/5/20

المرحلة بأنها العدو اللدود للمبادئ العامة فهي لا تعير المبدأ العام اية أهمية إذ انها تتمحور مع النص القانوني فقط فلا تبحث بإمكانية تطبيق المبدأ العام[1] .

وقد ذهب جانب من الفقه بتسمية المرحلة الأولى من الاجتهاد بمرحلة الاكتشاف المزدوج حيث ان القاضي الإداري يكون امام اكتشافين الأول خلو المصادر الرسمية من معالجة للنزاع والثاني إيجاد الحل المكمل للنقص الحاصل في المصادر الرسمية والذي يكون نتاج تفكير طويل وتمحيص من قبل القاضي الإداري، ومن الأمثلة على ذلك استبعاد اعمال السيادة عن رقابة القضاء لتجنب المواجهة مع الحكومة ومن ثم إقرار المبدأ القضائي الذي جعلها بمعزل عن الرقابة القضائية [2] .

الا ان الباحثة تتفق مع الرأي الأول الذي صنف هذه المرحلة للفحص والبحث دون ان تكون مرحلة اكتشاف الحل والذي لابد له ان يكون نتاج بحث وتدقيق في المصادر الرسمية للقانون دون ان يكون مرحلة اكتشاف للحل بصورة مباشرة.

2. المرحلة العلمية (التجريبية):

وهي المرحلة التي يبدأ معها القاضي الإداري بربط المسببات بعضها مع البعض الاخر بصورة موضوعية مع تحليل المعلومات المتوفرة التي تخص المنازعة المعروضة امامه من اجل الوصول إلى الحل وتجريبها مع القوانين والنظريات والمبادئ للاستفادة منها في عمله القضائي وإيجاد الحل المنشود[3] . لينتج عن هذه المرحلة قاعدة قانونية في مجال التجريب فتخرج طابعها السري فاتحة المجال للفقه

1عبدالامير، علي حسن. (2018). مصدر سابق ص152.

2الزين، عزري (2006). القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، ع 2، ص109.

3 عبدالامير، علي حسن. (2018). مرجع سابق ، ص153.

الإداري لأبداء ما لديه من ملاحظات حول القاعدة الاجتهادية الجديدة، والتي تسمى في هذه المرحلة بالحل القضائي.

3. مرحلة الادماج:

وهي المرحلة الأهم والتي يسعى القاضي الإداري من خلالها إلى دمج ما توصل اليه من حل قضائي ضمن القواعد العامة للقانون ، الا ان ذلك لا يتم بسهولة فلابد من تناول المختصين لهذا الحل بالتعليق والنقد خاصة من جانب الفقه وعرض الصيغة الأمثل لهذه القاعدة من خلال توعية القاضي بالصورة والشكل الذي يجب ان تكون عليه القاعدة المعدة لتكون نص قانوني معالج للفراغ التشريعي ، ويظهر دور القاضي الإداري في هذه المرحلة بالإشارة في احكام متعددة للقاعدة الجديدة في المنازعات التي تكون بذات الموضوع وبعد مرور مدة زمنية كافية يعلن القضاء الإداري تبنيه القاعدة المنشأة بصورة صريحة والركون اليها من اجل تصحيح عنصر من عناصر المشروعية [1] .

ثانياً: مرحلة صياغة القاعدة القانونية الجديدة

تظهر صياغة القاعدة القانونية من صياغة قرار الحكم الصادر عن القاضي، ولابد لهذه الصياغة ان تكون على مستوى عالي من الدقة والمهارة اللغوية الكتابية، فالصياغة لا تجري بصورة ارتجالية حيث لابد ان تصب وفق ضوابط منهجية وعلمية، ان المجهود الذي يبذله القاضي يظهر بصورة جلية من

1الزين، عزري (2006).مرجع سابق، ص109.

خلال صياغته للقاعدة التي استند قرار حكمه عليها فهذا الجهد سيعاب عليه بالنقص إذا ما شابه عيب من العيوب الشكلية أو الموضوعية وحتى تكون الصياغة سليمة لابد من مراعاة الجوانب الاتية:

1. المنطق العلمي

يفرض الواجب على القاضي تنجب الاسراف في اصدار المبادئ القانونية وتنجب فكرة تضاربها مع المبادئ القانونية الأخرى حيث ان المبدأ العام الجيد أو القاعدة العامة الجيدة تكون نتاج دراسة علمية محكمة ، فلابد ان تكون دواعي اعداد المبدأ القانوني أو (القاعدة القانونية) هي الحاجة الماسة لهذا القاعدة إضافة إلى القيود التي لابد للقاضي من مراعاتها وهي (دستورية ومشروعية المبدأ وتنقيته من كافة الشبهات والتأكد مدى مطابقة المبدأ الجديد وانسجامه مع المبادئ والتأكد من وضوح العبارات وعدم تكرارها كل ذلك ولابد ان يسبقه هذه الشروط ان يكون المبدأ قد صدر بعد دراسة مستفيضة للأثار التي قد تنتج عنه مع مراعاة السياسية التشريعية للدولة مع عدم جواز ان تتضمن القاعدة القانونية اكثر من موضوع) [1] .

2. حرفية القاضي:

تعد صياغة القاعدة القانونية من اهم الوسائل التي لابد للقاضي من معرفتها والتمكن منها واتقان فنونها باعتبارها صناعة احترافية تتكون من خلال معرفة الأدوات الرئيسية للبناء الفني للقاعدة القانونية ومن اهم ما يجب مراعاته عند الصياغة عدم استخدام الكلمات المثيرة للالتباس وتنجب الكلمات الغامضة

1عبدالامير، علي حسن. (2018). مرجع سابق، ص166.

وعدم استخدام الكلمات غير الضرورية ومحاولة ادخال الكلمات الواردة في النص الأصلي [1] . ولابد للقاضي من انتقاء مصطلحات شرعية وقانونية ممن جرى الاستقرار عليها في التعامل السائد ومفهومة من قبل المجتمع ، فلابد من ان يكون القاضي حريصاً على استخدام ماهو شائع وتنجب الكلمات والتعبيرات غير المألوفة ، واستخدام الجمل الصغيرة عوضاً عن الكبيرة ويضيف فقهاء الصياغة القانونية ان تكون الصياغة باستخدام الكلمات الملموسة بدلا عن المجردة والمفردة بدلا عن الجمع كما يفضل ان تستعمل الكلمات الاصلية في اللغة بدلاً من الكلمات المستعارة ويجب ان تؤدي الكلمات إلى تحسين ووضوح في النص ،[2] للخروج بقاعدة قانونية رصينة كفيلة بسد النقص التشريعي .

وقد توصلت الدراسة إلى ان القاضي الإداري يؤدي دوراً ايجابياً يتصف بالجرأة والجدية حيث ان دوره في الاجتهاد يجعل منه يمارس دوراً تشريعاً من خلال صناعة القواعد القضائية التي تكاد تصبح بمثابة القواعد التشريعية من حيث الزاميتها وهو الامر الذي اعترف به الفقه بعد جدل طويل عندما اقر بأن القانون الإداري قضائي النشأة.

وفي ختام هذا الفصل تجد الباحثة ان دور القاضي في صناعة القاعدة القانونية أساسه عدم تقنين القانون الإداري الامر الذي يحتمل جانبين الأول إيجابي والأخر سلبي فمن حيث الجانب الإيجابي فأن للقاضي الإداري صلاحية تغطية جميع ما ينشئ عن المنازعات الإدارية وهي امر صعب الحصر ضمن تشريع مقنن خاصة وان الحياة الإدارية في تطور مستمر وسريع الامر الذي يطلب تعديلاً دائماً لمواكبة النشاط الإداري، اما الجانب السلبي الذي ينتج عن الاجتهاد القضائي فللمحاكم العدول عن اجتهادات

---

1 مرجع سابق، ص 168.

2الشيخلي، عبد القادر (2018). مرجع سابق ص193.

سابقة تبنتاها في فترة زمنية معينة بحجة التطور والمصلحة العامة دون مسائلة وهو اتجاه ليس مستحيلاً حتى في ارقى نظم القضاء الإداري الامر الذي يولد عدم ثقة بالنظام القضائي ويخرج النظام القضائي من مبتغاها وهو المحافظة على مبدأ المشروعية، ولابد من الإشارة إلى ان مجلس الدولة الفرنسي هو الأول في صناعة القواعد القضائية يله مجلس الدولة المصري واخيراً مجلس الدولة العراقي الذي اخذ في السنوات الأخيرة يمارس دوراً انشائياً بدأ بالتطور بصورة ملحوظة ويظهر القضاء الإداري في الأردن متأخر في مسألة انشاء القواعد القانونية ولازال يمارس دوره باعتباره قضاء كاشف بعيد عن الانشاء .

الفصل الثالث

سلطة المحاكم الإدارية العليا على اجتهاد القاضي الإداري ودورها في العدول عنه

تمر القرارات القضائية قبل اعتمادها كبمدأ قانوني الى التدقيق من قبل المحاكم الإدارية الأعلى درجة حيث تتولى هذه المحاكم النظر في الطعون المقدمة من اطراف الدعوى في القرارات انفاً ، ويختلف نوع الرقابة التي تمارسها المحاكم الإدارية العليا من بلد الى اخر فقد تكون الرقابة رقابة على تطبيق القانون او قد تكون رقابة على تطبيق القانون والوقائع ، ولكون هذه الرقابة تصب على اجتهاد القاضي والقاعدة القانونية التي صبها بالقرار فقد جرى تناولها في هذا الفصل حيث سيجري تناول التدقيق على اجتهاد القاضي من قبل المحاكم الأعلى درجة ، في المبحث الأول حيث يتضمن الجهات التي تنظر قرار الحكم قبل اعتماده كمبدأ عام من خلال التطرق إلى دور المحاكم الإدارية على اجتهاد القاضي في العراق ودول الدراسة ، ويتناول المبحث الثاني عدول المحاكم عن اجتهادها السابق بما يعرف بالاجتهاد القضائي المعكوس والذي تأخذ به المحاكم الإدارية العليا بعد استقرارها على مبدأ قانون فترة من الزمن وبيان مخاطر هذا العدول مع عرض لبعض القواعد التي انشأها القضاء الإداري.

المبحث الأول

اعمال دور المحاكم الإدارية العليا على ما ينشئه القاضي الإداري من قواعد

يتناول هذا المبحث المحاكم الإدارية العليا في العراق وبلدان المقارنة من خلال تشكيلاتها ومدى ولايتها على ما تصدره محاكم القضاء الإداري من قرارات بالتصديق أو الالغاء إضافة إلى سلطتها في النظر بتلك القرارات من حيث نظرها بوصفها محكمة موضوع ام قانون وتسليط الضوء على دورها المهم في انشاء القواعد القانونية من خلال مطلبين الأول يتناول مجلس الدولة الفرنسي والمصري بما فيهما من تشكيلات ومحاكم ودورهما في انشاء القواعد القانونية لتشابه طبيعة القضاء الإداري في البلدين والمطلب الثاني يتناول دور المحاكم العليا ومحاكم القضاء الإداري في كل من الأردن والعراق .

المطلب الأول

الجهات التي تنظر القرارات القضائية قبل اعتمادها كقاعدة قانونية

في فرنسا ومصر

يتميز القضاء الإداري الفرنسي بتعدد المحاكم الإدارية من حيث التشكيلات والاختصاصات حيث يتكون مجلس الدولة من مجموعة محاكم جعل لكل منها نوع معين من الدعاوى للنظر فيها وتختلف حجية الاحكام بين هذه المحاكم إضافة إلى اختلاف حجية الحكم الذي تصدره ذات المحكمة حسب نوع المنازعة التي تنظرها الامر الذي يتطلب الوقوف على دور القاضي الإداري في كل منها وسيكون ذلك في الفرع الأول من هذا المطلب في حين سيجري دراسة سلطات المحاكم الإدارية العليا على اجتهاد القاضي الإداري في قضاء مجلس الدولة المصري في الفرع الثاني.

الفرع الاول: المحاكم الإدارية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي

اولاً: مجلس الدولة

يعتبر مجلس الدولة اعلى سلطة قضائية ادارية في فرنسا فهو يعلو على كل المحاكم الادارية، ولابد لمن يكون عضواً في المجلس ان يمتلك مؤهلات عالية، يتولى رئاسة المجلس رئيس الوزراء أو الوزير الاول وينوب عنه عند غيابه وزير العدل ويكون تقسيم المهام في المجلس على وفق السن حيث يتولى الاعضاء الاصغر سناً تهيئة الملفات والقضايا بينما يكون اتخاذ القرارات من الاعضاء الاكبر سناً [1].

ولا يتمتع اعضاء المجلس من حيث المبدأ بالحصانة من العزل من الناحية القانونية الا ان ذلك المبدأ مطبق من الناحية العملية حيث ان الحكومة لم تستغل امكانية عزل رجال القضاء الاداري فلا يوجد ثمة فرق من الناحية العملية بينهم وبين رجال القضاء العادي [2].

ويكون تشكيل المجلس هرمي يحتل قمته المستشارون بكل ما لديهم من خبرات وفي قاعدته ما يعرف بالمستمعون وهم من فئة الشباب الخريجين حديثاً من المدرسة الوطنية للإدارة ويخضعون جميعهم لقانون موظفي الدولة مع بعض الامتيازات ولا يطبق بحقهم قانون القضاة لأنهم ليسوا كذلك.[3]

اما اختصاصات المجلس القضائية فيمكن اجمالها بثلاث اختصاصات:

---

1 راضي، مازن ليلو (2017). مرجع سابق ، ص89 ومابعدها.

2 الحلو، ماجد راغب (1996). القضاء الاداري، ب ط، دار المطبوعات الجامعية– الاسكندرية، 84.

3 الخلايلة، محمد علي (2020). مرجع سابق ، ص76.

أ. المجلس باعتباره محكمة اول واخر درجة:

حيث يتولى المجلس البت في المنازعات باعتباره درجة حكم ابتدائية ونهائية في حالات:

1. دعاوى الغاء قرارات الوزراء بسبب تجاوز السلطة والغاء القرارات الادارية التنظيمية والفردية الصادرة بشكل مراسيم.
2. الدعاوى التي تخص الموظفين المعينين بمراسيم فيما يخص وظائفهم.
3. الدعاوى التي تتعلق بالقرارات الادارية التي يمتد نطاقها إلى أكثر من محكمة ادارية واحدة.
4. المنازعات الادارية التي تنشأ في مناطق لا تدخل في اختصاص محاكم ادارية.

وهنا قرارات المجلس تصدرت بصورة نهائية غير قابلة للطعن الامر الذي يجعل من القاضي الإداري في هذه الصورة صاحب حرية انشائية فالقاعدة التي ينشئها عدت محصنه قبل صدورها بوصف ان القرار غير قابل للطعن بحكم القانون.[1]

ب. مجلس الدولة باعتباره محكمة استئناف:

يقوم المجلس بالنظر في الاحكام الصادرة من المحاكم الادارية فيما يخص الطعون بالمنازعات الانتخابية ودعاوى الغاء الانظمة.[2]

1راضي، مازن ليلو (2017). مرجع سابق، ص94.

2 مهدي وعبيد، غازي فيصل وعدنان عاجل (2020). مرجع سابق، ص160 ومابعدها.

حيث يقوم المجلس مقام محاكم الاستئناف في المحاكم العادية فيتولى النظر في القرارات الصادرة عن المحاكم الإدارية بوصفه محكمة موضوع لها إعادة النظر بما جاء في حيثيات الدعوى غير ان هذا الدور لا يقوم في كل المنازعات فهو محدد بالمنازعات الانتخابية وإلغاء الأنظمة كما مر ذكره.

ج. مجلس الدولة باعتباره محكمة نقض: يتولى مجلس الدولة اختصاص محكمة نقض فيما يخص الاحكام الصادرة عن محكمة المحاسبات والمجالس التي تنظر القضايا المتعلقة بالتجنيد والتعليم والمحكمة الخاصة بالإشراف على تنفيذ الميزانية ومحكمة المحاسبات وعدد كبير من المنظمات التي أُنشئت في السنوات الأخيرة بصورة دائمة أو مؤقتة [1] .

حيث يتولى المجلس فحص القرار الصادر عن المحاكم الإدارية من كافة جوانبه فهو يتولى بحث القواعد القانونية والجوانب الموضوعية التي استند اليها القاضي الإداري عند الفصل في النزاع دون ان التدخل في صحة الوقائع من عدمها فهي محكمة نقض مهمتها الأولى اما قبول القرار وتصديقه أو نقضه واعادته إلى المحكمة التي أصدرته للنظر فيه على حسب ما جاء في قرارها ، فالقاضي الإداري حر بحدود ما يبديه من اسانيد تؤيد سلامة قراره ويذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى ان رقابة محكمة النقض هي رقابة على الأساس الذي يقوم عليه القرار أو طريقة تكوينه وليست رقابة على النتيجة التي انتهى اليها القاضي الإداري [2] .

ثانيا: المحاكم الادارية ومحاكم الاستئناف الادارية:

1الطماوي، سليمان محمد (2015). مرجع سابق، ص36.

2 المرسومي، عمار حسين علي (2019) مرجع سابق، ص192.

تعرف المحاكم الإدارية في فرنسا بكونها المحاكم المختصة بنظر المنازعات الإدارية الناشئة ضمن اختصاصها فهي تمارس وظيفة قضائية ووظيفة استشارية في وقت واحد فهي تقوم بتقديم المشورة التي يطلبها المحافظون في الأقاليم، بوصفها وريثة مجالس الأقاليم التي انشأها نابليون بونابرت سنة 1779 حيث تحولت بعد عام 1953 تاريخ الإصلاح الأول للتنظيم القضائي الفرنسي من كونها مجالس مديريات إلى محاكم إدارية [1] .

وبالنظر إلى المواد L211-1 و L311-1 من قانون القضاء الاداري الفرنسي لعام 2000 نجد ان المحاكم الادارية هي صاحبة الولاية العامة في النظر بالمنازعات الادارية بوصفها محكمة درجة اولى باستثناء المنازعات التي اشار اليها ذات القانون في بعض المواد حيث جعل الفصل فيها من اختصاص مجلس الدولة حصرا باعتباره قاضي اول واخر درجة ومن ابرز هذه القضايا ما يتعلق بالاعتراض على تغيير الالقاب استناداً إلى القانون المدني والطعون الموجهة ضد اوامر رئيس الجمهورية والطعون المتعلقة بتعيين وتأديب الموظفين الذين جرى تعيينهم بمراسيم جمهورية صادرة عن رئيس الجمهورية [2] .

وفي ما يخص المحاكم الاستئنافية فقد تضمنت المواد L211-2 و L321-1 من القانون انفاً اختصاص هذه المحاكم والتي تضمنت النظر بالطعون الاستئنافية المقدمة ضد القرارات الصادرة عن المحاكم الادارية والتي صدرت عنها بصفة ابتدائية ماعدا الطعون التي تقتضي العدالة الادارية ان ينظرها مجلس الدولة بصفته قاضي استئناف مثل الطعون المتعلقة بانتخابات البلديات والمقاطعات ، ولابد من

1الطماوي، سليمان محمد (2015). مرجع سابق ص82.

2الخلايلة، محمد علي (2020). القضاء الاداري، مرجع سابق، ص80.

الاشارة إلى ان مجلس الدولة الفرنسي يعتبر الجهة الادارية الوحيدة التي لها الحق بنظر الطعون المقدمة ضد القرارات التي تصدر عن المجالس الاستئنافية والمحاكم الادارية بصفة ابتدائية ونهائية [1] .

وخلاصة ما تقدم تجد الباحثة ان مجلس الدولة الفرنسي قد اخذ بالرقابة القضائية على ما تصدره المحاكم الإدارية من قرارات حيث يتولى النظر بهذه القرارات تارة باعتباره محكمة استئناف (محكمة موضوع) وتارة أخرى باعتباره محكمة نقض (محكمة قانون) ، الا ان هذه الرقابة لم تكن قيداً على سلطة القاضي في انشاء القوانين حيث اخذ دوره في إرساء مبادئ القضاء الإداري ، فهذه الرقابة لاتعد تجاوزاً على حرية القاضي الإداري في تقدير وقائع الدعوى لسببين الأول انها تنصب على الوقائع الغامضة دون ان تتدخل في تقدير القاضي الشخصي حيث ان المجلس كقاعدة عامة لا يضع اعتقاده مكان اعتقاد قاضي الموضوع ولا يفرض رقابته على المسائل الفنية مثل خطورة وصف بعض الوقائع من جهة ومضمون القرار الصادر من جهة ، اما السبب الثاني فأن الرقابة لا تتعدى حدود ملف الدعوى فلا ينظر أي دفع جديد يتقدم به احد الخصوم في الطعن امام المجلس بوصفه محكمة نقض ولا يجري المجلس ايضاً تحقيق جديد لم يكن قاضي الموضوع قد اجراه ، حيث جاء في احد قرارته انه من الممتنع تقديم مستند جديد امام قاضي النقض انما يتعين النظر بالحالة التي فصل فيها قاضي الموضوع [2] .

---

1 الخلايلة، محمد علي (2020). القضاء الاداري، مرجع سابق، ص80.

2العبودي، جاسم كاظم (2016) سلطة القاضي الإداري في تقدير عيوب الإلغاء في القرار الإداري، بحث منشور على موقع المرجع الالكتروني للمعلومات، تاريخ الولوج 2022/5/1 https://almerja.com/reading.php?idm=50340

الفرع الثاني: المحاكم الإدارية في قضاء مجلس الدولة المصري

تتضوي المحاكم الادارية في مصر تحت قبة مجلس الدولة فهي جزء من القسم القضائي للمجلس وهي بحسب الترتيب انفاً :

محاكم مجلس الدولة:

نصت المادة الأولى من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 المعدل بأن المجلس هيئة قضائية مستقلة حيث جاءت هذه المادة لتعطي للمجلس ضمانات احقاق الحق والعدالة ولتبعده عن أي ضغوطات ممكن ان تمارس ضده في حال جرى الحاقه بأي جهة حكومية حيث كان سابقاً تابع لوزارة العدل الامر الذي واجهة العديد من الاعتراضات [1] ، ويتكون القسم القضائي في مجلس الدولة من عدة محاكم وهي على التفصيل الاتي:

1. المحكمة الادارية العليا

وهي المرجع الاعلى للقسم القضائي في مجلس الدولة جرى استحداثها بالقانون رقم (165) لسنة 1955 يرأسها رئيس المجلس وتصدر احاكمها من دوائر مكونه من خمسة مستشارين كما جرى انشاء دوائر من ثلاث مستشارين من اعضاء المحكمة الادارية العليا ومقرها في القاهرة ، تتولى النظر في الطعون المقدمة ضد الاحكام الصادرة عن محكمة القضاء الاداري أو من المحاكم التأديبية في حالات :

1 الطماوي، سليمان محمد (2015). مرجع سابق ص97 ومابعدها.

أ. إذا بني الحكم المطعون فيه على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه وتفسيره.

ب. إذا وقع في الحكم المطعون فيه بطلان في الاجراءات إثر على صحة الحكم.

ت. إذا صدر الحكم على خلافاً لحكم قضائي سابق كان قد حاز قوة الشيء المحكوم فيه سواء جرى الدفع بهذا ام لم يدفع، فيكون لذوي الشأن أو رئيس هيئة مفوضي الدولة المبادرة إلى الطعن في هذه الاحكام خلال ستين يوم من تاريخ صدور قرار الحكم [1].

وقد اكدت المحكمة إلى ان دورها في النظر بالطعون الإدارية يتعدى كونها محكمة قانون فهي تتولى النظر في موضوع المنازعة الإدارية بوصفها محكمة وقائع فقد اكدت في اكثر من قرار ان سلطتها تمتد إلى الوقائع التي جرى بحثها من قبل محكمة الموضوع حيث بينت في اكثر من حكم ان لها ذات السلطة الممنوحة للمحكمة التي أصدرت القرار من حيث رقابتها للمشروعية فلا تقتصر رقابتها على الجانب القانوني انما تتعدى إلى الوقائع التي جرى بحثها من قبل محكمة الموضوع وقد جاء في قرارها الصادر بتاريخ 1963/11/24 الذي تضمن ان سلطة المحكمة الإدارية أو محكمة القضاء الإداري في دعوى الإلغاء ليست سلطة قطعية تقصر عنها سلطة المحكمة الإدارية ، قياساً على نظام النقض المدني مع الفارق ، حيث ان نشاط المحكمة الإدارية العليا (مع اختلاف المراتب) يتطابق مع نشاط محكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية من حيث الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية ومدى موافقتها للقانون حيث ان سلطة المحاكم الأخيرة تبحث في مشروعية القرارات في حين تبحث المحكمة الإدارية العليا في مشروعية القرارات ومن ثمة الاحكام [2] .

---

1 المادة 23 من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972.

2 المرسومي، عمار حسين علي (2019) مرجع سابق، ص195.

2. محكمة القضاء الاداري:

كانت محكمة القضاء الاداري المحكمة الادارية الوحيدة ضمن تشكيلات المجلس عند انشاءه في عام 1946 ونتيجة لزيادة اعباءها وكثرة القضايا المعروضة عليها جرى استحداث اللجان القضائية التي الغيت عام 1954 لتحل محلها المحاكم الادارية، ولهذه المحكمة نوعين من الاختصاصات:

أ. اختصاصها بوصفها محكمة اول درجة:

تنظر بالمنازعات الادارية التي لم يجعلها المشرع من ضمن اختصاصات المحاكم الادارية أو المحاكم التأديبية.

ب. اختصاصها بوصفها محكمة استئناف: تنظر المحكمة بالطعون التي تقدم اليها ضد الاحكام الصادرة من المحاكم الادارية بوصفها محكمة استئناف أو محكمة ثاني درجة.[1] فيقتصر حق الطعن في هذه القرارات على رئيس هيئة مفوضي الدولة خلال مدة 60 يوم من تاريخ صدور الحكم في حالتين الأولى إذا كان الحكم الصادر عن المحكمة خلافاً لما جرى عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا والحالة الثانية إذا كان البت في الطعن ينتج عنه تقرير مبدأ قانون جديد لم يسبق للمحكمة تقريره[2] .

وبذلك تكون سلطة القاضي الإداري عند مزاولته لكلا الاختصاصين خاضعة لرقابة المحكمة الإدارية العليا التي لا تكتفي بالنظر في مدى مشروعية الاحكام الصادرة ومدا مطابقتها للقانون وانما تمتد للبحث في مشروعية القرار محل الطعن كما أسلفنا، الامر الذي يوحي بأنها تقيد من سلطة القاضي الاداري

---

1 راضي، مازن ليلو، القضاء الإداري، نسخة الكترونية، موقع https://www.bibliotdroit.com/2020/04/blog-post_164.html ، تاريخ الولوج 2022/2/22 ص77.

2 العبودي، جاسم كاظم (2016). مرجع سابق.

التقديرية من خلال هذا التنظيم. وتوجد ضمن التنظيم القضائي في مجلس الدولة محاكم أخرى مثل المحاكم الإداري فتنظر هذه المحاكم في بعض المنازعات الخاصة بشؤون الموظفين من المستوى الاول والمستوى الثاني ومنازعات العقود الادارية إذا لم تتجاوز قيمتها (خمسمائة جنيه) [1] والمحاكم التأديبية ولا يسع المجال لتناولها ضمن هذه الدراسة.

3. هيئة مفوضي الدولة:

تعد هذه الهيئة جزء من القسم القضائي في مجلس الدولة حيث جرى استحداثها بموجب القانون رقم (165) لسنة 1955 ، وتتكون الهيئة انفاً من احد نواب رئيس المجلس رئيسا وعدد كافي من المستشارين والمستشارين المساعدين والنواب والمندوبين [2] ، تتولى هذه الهيئة الفصل في طلبات الاعفاء من الرسوم القضائية اضافة إلى توليها تحضير الدعاوى وتهيئتها للمرافعة والعرض على الخصوم تسوية النزاع ، وكذلك الطعن في الاحكام امام المحكمة الادارية العليا ، وتمارس هذه الهيئة دورا مهما في الوقت الحاضر حيث تتولى الدفاع عن القانون والصالح العام وفقا لضمير المفوض واقتناعه الشخصي ومن الممكن ان يتبنى قرار في مواجهة الإدارة فهو يبحث عن نقطة توازن بين المصالح العامة والخاصة ، ويعد المجلس سلطة قضائية مستقلة يتشكل من رئيس وعدد من نواب الرئيس ومستشارين مساعدين ومستشارين ومندوبين مساعدين ومندوبين وامين عام يحظى أعضاء المجلس من هم برجة مندوب فما فوق بعدم قابليتهم على العزل [3].

1بكر، عصمت عبد المجيد (2012). مرجع سابق، ص302

2 المرجع السابق، ص304.

3مهدي وعبيد، غازي فيصل وعدنان عاجل (2020). مصدر سابق، ص164.

المطلب الثاني

الجهات التي تنظر القرارات القضائية قبل اعتمادها كقاعدة قانونية

في الأردن ومصر

يتناول هذا المطلب في فرعين المحاكم الإدارية العليا والأولى في الأردن والعراق من حيث اختصاصاتها وما تمارسه المحاكم العليا من رقابة التدقيق على اجتهاد القاضي الإداري من حيث تدقيق الاحكام الصادرة عن محاكم القضاء الإداري وتناول نوع هذا التدقيق إذا ما كان تدقيق قانون ام تدقيق قانون وموضوع حيث يختلف هذا المطلب عن الأول لاختلاف دور القاضي الإداري وسلطاته في الأردن والعراق عنه في فرنسا ومصر، حيث ان التقاضي في الأردن والعراق يكون على درجتين في جميع ما ينظره القضاء الإداري من منازعات فسلطة القاضي مقيده بتدقيق المحاكم العليا وسيكون الفرع الأول للمحاكم الإدارية في الأردن والفرع الثاني للمحاكم الإدارية في العراق .

الفرع الأول: المحاكم الادارية في القضاء الإداري الأردني

مر تنظيم المحاكم الادارية في الاردن بمراحل متعددة جرى التطرق اليها ضمن هذه الدراسة، كان اخرها صدور قانون القضاء الاداري المرقم 27 لسنة 2014 حيث نصت المادة (3) منه على (ينشأ في المملكة قضاء يسمى (القضاء الاداري) يتكون من: –

أ. المحكمة الادارية.

ب. المحكمة الادارية العليا.[1]

1 قانون القضاء الاداري الأردني رقم 27 لسنة 2014.

سيجري تناول اختصاصات كل منها في فقرتين:

اولاً المحكمة الادارية:

بموجب المادة (4) من قانون القضاء الاداري الجديد تتشكل المحكمة انفاً من رئيس وعدد من الاعضاء لا تقل درجة اي منهم عن الثانية، يكون مقرها في عمان ويجوز لها بموافقة رئيسها عقد جلساتها في اي مكان اخر داخل المملكة، تنعقد هذه المحكمة من هيئة أو أكثر يألفها رئيسها تتشكل كل منها من رئيس وعضوين على الاقل وإذا لم يكن رئيس المحكمة مشتركاً في اي هيئة من هيئاتها فيتولى القاضي الاعلى درجة أو الاقدم في الدرجة رأستها[1] .

وقد ميز المشرع بين تشكيل المحكمة الادارية والمحكمة الادارية العليا حيث نصت المادة (4/أ) على أن: "تنشأ محكمة إدارية في عمان ويجوز لها بموافقة رئيسها عقد جلساتها في أي مكان آخر في المملكة" ونصت المادة (22/أ) على أن "تنشأ محكمة تسمى (المحكمة الإدارية العليا) يكون مقرها في عمان" ومن الملاحظ أنه قد جرى استبدال عبارة (محكمة العدل العليا) بعبارة (المحكمة الإدارية) وهذه العبارة اكثر دقة ودلالة من حيث اللفظ والمعنى، اضافة إلى أن استحداث المحكمة الإدارية العليا بوصفها درجة ثانية للتقاضي يعد نقلة نوعية مهمة في تطور القضاء الإداري في الأردن ، فمحكمة العدل العليا كانت أول وأخر درجة ولم تكن تعرف طريقًا للطعن بالاستئناف كما هو الحال في القانون الجديد [2] .

---

1 الخلايلة، محمد علي (2020)، مرجع سابق ، ص107.

2 القاضي، وليد (2020). اثر التطور التشريعي على تنظيم واختصاص القضاء الاداري الاردني، علوم الشريعة والقانون، ملجد 47، ع4، الجامعة الاردنية، ص299.

اما اختصاصات المحكمة انفاً فقد نظمتها المادة (5/ أ) من ذات القانون حيث نصت (تختص المحكمة الادارية دون غيرها بالنظر في جميع الطعون المتعلقة بالقرارات الادارية النهائية بما في ذلك :1.. الطعون في نتائج انتخابات مجالس غرف الصناعة والتجارة والنقابات..... [1].

ومن الواضح ان عبارة (بما في ذلك) الواردة بعد عبارة (جميع الطعون المتعلقة بالقرارات الادارية) ان ما جاء في المادة انفاً هو على سبيل المثال وليس الحصر حيث ان نص المادة صريح في جعل ولاية المحكمة على جميع الطعون المتعلقة بالقرارات الادارية.

كما نصت المادة (7) من القانون انفاً والمتعلقة بأسباب الإلغاء على أن:

"تقام الدعاوى على صاحب الصلاحية في إصدار القرار المطعون فيه أو من أصدره بالنيابة عنه، ويشترط أن تستند الدعوى على سبب أو أكثر من الأسباب التالية: ...2 .مخالفة الدستور أو القوانين أو الأنظمة أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها" [2]

وقد نصت الفقرة (ب) من ذات المادة على اختصاص المحكمة بالنظر في طلبات التعويض عن الاضرار اللاحقة التي نتجت عن القرارات والاجراءات الواردة في الفقرة (أ) من ذات المادة شرط ان ترفع إلى المحكمة تبعاً لدعوى الالغاء، مما يعني ان طلبات التعويض لا تقام كدعوى مستقلة انما تقام بصفة تبعية باعتبارها جزء من طلبات المدعي عند اقامته لدعوى الالغاء.

ومن ضمن اختصاصات المحكمة ما جاء بنص المادة (6 / أ) من ذات القانون حيث تضمنت اختصاص المحكمة النظر في الطلبات المتعلقة بالأمور المستعجلة والتي تقدم اليها بشأن الطعون

---

1 المادة (5) من قانون القضاء الاداري الاردني رقم 27 لسنة 2014

2 القاضي، وليد (2020). مرجع سابق، ص300.

والدعاوى الداخلة ضمن اختصاصها بما في ذلك وقف تنفيذ القرار المطعون فيه مؤقتاً إذا ارتأت المحكمة ان ما ينتج عن تنفيذه قد يتعذر تداركه.

ثانياً المحكمة الادارية العليا:

نصت المادة (22) من قانون القضاء الاداري رقم 27 لسنة 2014 على:

أ. تنشأ محكمة تسمى (المحكمة الادارية العليا) يكون مقرها في عمان تتألف من رئيس وعدد من القضاة.

ب. يعين رئيس المحكمة الادارية العليا بقرار من المجلس على ان يقترن القرار بالإرادة الملكية السامية.

ج. يكون رئيس المحكمة برتبة وراتب رئيس محكمة التمييز كما يكون القاضي ورئيس النيابة العامة الادارية فيها برتبة وراتب قاضي محكمة التمييز[1] .

ويتضح من النص انفاً ان المشرع الاردني قد اتجه إلى اضفاء نوع من الخصوصية والاهمية على المحكمة الادارية العليا باعتبارها اعلى محكمة ادارية حيث وازى رئيس المحكمة انفاً برئيس محكمة التمييز التي تعد اعلى جهة قضائية في هرم القضاء العادي من حيث الراتب والرتبة كما اتجه ذات الاتجاه مع اعضاء المحكمة بشأن مساواتهم مع قضاة محكمة التمييز، الامر الذي يؤكد جدية المشرع الاردني في افساح المجال للقضاء الاداري بممارسة دوره عن طريق المحكمة الادارية والمحكمة الادارية العليا.

1 المادة (22) قانون القضاء الاداري الاردني رقم 27 لسنة 2014.

وتضمنت المادة (24) من ذات القانون على آلية انعقاد المحكمة حيث تنعقد من هيئة أو اكثر يشكلها الرئيس وتتكون كل منها من رئيس واربعة قضاة على الاقل ، يحيل الرئيس الدعاوى المعروضة على المحكمة إلى الهيئات ، واذا لم يكن رئيس المحكمة مشتركاً في اية هيئة فيرأسها القاضي الاقدم بالتدرج ، وتنعقد المحكمة بكامل اعضائها باستثناء الغائب منهم وفي حال رأت احدى هيئاتها الرجوع عن مبدأ قانوني أو قرار قد قررته هي أو احدى هيئاتها الاخرى إذا وجدت مبدأ قانوني مستحدث ومهم أو لأي سبب اخر وتنظر في الدعوى وتصدر حكمها وذلك بناء على طلب من الرئيس [1] .

وتتخذ المحكمة لنفسها ذات النهج الذي اتخذته المحكمة الإدارية العليا في مصر حيث تنظر في الطعون المقدمة امامها من الناحيتين الموضوعية والقانونية وقد حددت المادة 27 من قانون القصاء الإداري انف الذكر شروط قبول الطعن امام المحكمة الإدارية العليا الامر الذي اصبح محل نقد من الناحية العملية حيث ان المحكمة اقرت لنفسها بحق النظر في الطعون من الناحية الموضوعية والقانونية وجعلت أسباب الطعن على سبيل الحصر مما يجعل منها محكمة قانون فقط ويفرغ الغاية من جعلها درجة ثانية للتقاضي[2] .

ومن حيث سلطتها على اعمال القاضي الإداري فأن للمحكمة سلطة واسعة على ما تصدره المحكمة الإدارية من قرارات فيظهر ذلك من خلال دورها في القرارات التي تجدها مخالفة للقانون حيث تقوم المحكمة بنقضها وتتولى اصدار القرار لحسم الدعوى باستثناء الحالات التي تنقض فيها المحكمة انفاً القرار الصادر عن المحكمة الإدارية لأسباب شكلية حيث يجري إعادة الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت

---

1 الخلايلة، محمد علي (2020). القضاء الاداري، ص107.

2 المرجع نفسه، ص309.

القرار للنظر في الدعوى من جديد للأسباب الواردة في قرار النقض ، الا ان لها موقفاً اخر في قرار صدر مؤخراً بالدعوى المرقمة 2022/207 القرار (12) المؤرخ في 2022/4/6 حيث نص (... وبالرجوع إلى البينات المقدمة نجد أن الطاعن حصل على شهادة البكالوريوس في طب الأسنان عام 1991 وشهادة الدكتوراة في طب الأسنان عام 2005 وممارسته لمهنة طب الأسنان منذ عام 1991 في اليونان، وحصل على شهادة الاختصاص (البورد الأردني) من المجلس الطبي بعد استيفاء متطلباتها القانونية والتي تعتبر أعلى شهادة مهنية للاختصاص في المملكة وفقاً لنص المادة (16/أ) من قانون المجلس الطبي الأردني.(وطالما أن الطاعن قد حصل على شهادة الاختصاص (البورد الأردني) كما تم تبيانه آنفاً فإن ذلك يقتضي استبعاد الفقرتين (ب) و (ج) من المادة (7) من قانون نقابة أطباء الأسنان والتي استند إليها المطعون ضده في قراره المشكو منه ، كونها تتعارض مع أحكام قانون المجلس الطبي والاستعاضة عنها بشهادة الاختصاص من المجلس الطبي الأردني والتي حصل عليها الطاعن، وبالتالي فإن الطاعن لا يخضع لدخول امتحان مزاولة المهنة لغايات تسجيله في سجل النقابة ، وكان يتعين على المطعون ضده قبول طلب تسجيل الطاعن في نقابة أطباء الأسنان لتوافر شروط التسجيل ، الأمر الذي يجعل من القرار الطعين (المشكو منه) مخالفاً للواقع والقانون ولا يستند إلى سبب صحيح ومستوجب الإلغاء ، وحيث توصلت المحكمة الإدارية بقرارها المطعون فيه إلى نتيجة مغايرة لما توصلنا إليه فإن أسباب الطعن تكون واردة على الحكم المطعون فيه فنقرر قبولها ، مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه والحكم بإلغاء القرار الطعين (المشكو منه) لذلك نقرر قبول الطعن موضوعاً ونقض الحكم المطعون

فيه وإلغاء القرار الطعين (المشكو منه) وتضمين المطعون ضده الرسوم ومبلغ خمسين ديناراً أتعاب محاماة) [1] .

لتكون المحكمة الإدارية العليا الأردنية في هذا القرار قد اخذت لنفسها دور محكمة الموضوع حيث حسمت الدعوى من جانبها دون ان تكتفي بنقض قرار الحكم واعادته إلى المحكمة الإدارية للنظر فيه وانما قضت بألغاء الامر محل الطعن ايضاً ، وعلى الرغم من نص المادة (24) من القانون انفة الذكر التي جعلت للمحكمة صلاحية النظر في مبدأ قانوني مستحدث أو العدول عن اجتهاد سابق الا ان القضاء الإداري في الأردن ابتعد عن انشاء القواعد القانونية فأغلب القرارات التي تصدر عن محاكم القضاء الإداري في المملكة هي قرارات كاشفة وبعيدة عن انشاء مبادئ جديدة ونأمل في السنوات القادمة ان يكون هناك تطور في هذا القضاء اسوة بالقضاء الإداري في العراق الذي بدأ بالأونة الأخيرة يحذو حذو القضاء الإداري في فرنسا ومصر .

الفرع الثاني: المحاكم الادارية في القضاء الإداري العراقي

تتمثل المحاكم الإدارية في العراق بمجلس الدولة العراقي الذي يضم في تشكيلاته محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين والمحكمة الإدارية العليا التي تعتبر اعلى جهة قضاء اداري في العراق، وستتناول الدراسة بشيء من التفصيل اختصاصات هذه المحاكم ودور القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية من خلالها.

1قرار قضائي منشور على صفحة نقابة المحاميين الأردنيين موقع قرارك https://qarark.com/ تاريخ الولوج 2022/5/12 .

اولاً محكمة قضاء الموظفين:

تعتبر محكمة قضاء الموظفين الوريث الشرعي لمجلس الانضباط العام الذي أنشئ بموجب قانون انضباط موظفي الدولة رقم 21 لسنة 1929 كما جرت الاشارة اليه ضمن هذه الدراسة، الحق المجلس بمجلس شورى الدولة بالقانون رقم 106 لسنة 1989، وينعقد المجلس برئاسة رئيس مجلس شورى الدولة وعضوية اثنين من اعضاءه ويجوز للرئيس ان ينيب عنه أحد نوابه أو أحد اعضاء المجلس، كما يمكن انتداب القضاة من الصنف الاول أو الثاني لعضويته من غير المنتدبين لعضوية مجلس شورى الدولة [1].

وبعد صدور قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم 17 لسنة 2013 جرى استحداث محكمة قضاء الموظفين لتكون محلاً لمجلس الانضباط العام وتتشكل المحكمة انفا من نائب رئيس المجلس لشؤون القضاء الاداري أو مستشار رئيساً وعضوية عضوين من المستشارين أو المستشارين المساعدين في المناطق الشمالية والوسط والفرات الاوسط والمنطقة الجنوبية.

اما ما يتعلق باختصاصات المحكمة فهي تتولى النظر في الدعاوى المقامة من الموظف على دوائر الدولة والقطاع العام في الحقوق التي تنشأ عن الخدمة المدنية أو القوانين أو الانظمة التي تحكم العلاقة بين الموظف والدائرة التي يعمل فيها.

---

1 مهدي وعبيد، غازي فيصل وعدنان عاجل (2020). مصدر سابق، ص180. والمادة (7/ اولا) من قانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل.

ويتمثل هذه النوع من الدعاوى بحسب ما جاء بأحكام المادة (7/تاسعا) من قانون رقم 17 لسنة 2013 التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 بالمنازعات الخاصة بالرواتب والمخصصات المستحقة للموظفين واعادة التعيين وكذلك الدعاوى التي يقيمها الموظف للطعن في الأوامر الإدارية واحتساب القدم للترفيع والقرارات الإدارية الصادرة بالتعيين والترفيع ومنح العلاوات والاستغناء عن خدمة الموظف في مدة التجربة ونقل الموظفين وغيرها، اضافة إلى اختصاصها في النظر بالطعون المقدمة من الموظف بالعقوبات الانضباطية والواردة في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 المعدل.

ولابد من الاشارة إلى ان الدعاوى الناشئة عن الخدمة المدنية لا تسمع بعد مضي 30 يوم من تاريخ تبلغ الموظف بالأمر الاداري أو القرار محل الطعن إذا كان داخل العراق و60 يوم إذا كان خارجه [1] .

وجدير بالذكر ان هذا التوجه يخالف ما سار عليه القضاء الإداري في العراق حيث ان دعاوى قضاء مجلس الدولة العراقي استقر على النظر في دعاوى التعويض الناتجة عن الوظيفة العامة بصورة اجتهادية حيث لم يتضمن قانون المجلس اختصاصه بنظر دعاوى التعويض انفاً انما اخذ به كمبدأ من صنع مجلس الدولة العراقي تفسيراً من نص المادة(1/59) من قانون الخدمة المدنية رقم 24 لسنة 1960 التي جعلت المنازعات الإدارية الناشئة عن الخدمة المدنية من اختصاص المحاكم الإدارية (مجلس

1 ناصر، احمد حمزة (2019). التنظيم القانوني لمحكمة قضاء الموظفين، مجلة بابل للدراسات الانسانية، مج9، العدد 3، ص160.

الانضباط العام سابقاً) [1] ، على ان تكون في دعوى مستقلة وسيجري ايراد تطبيق قضائي عن هذا المبدأ ضمن هذا الفصل .

ومن الجيد احلال (محكمة قضاء الموظفين محل مجلس الانضباط العام) فهي أكثر ملائمة مع المقتضيات التنظيمية لمجلس الدولة فوجود مصطلح (مجلس) داخل الهيكل التنظيمي لمجلس الدولة امر غير مستساغ شكلاً.

ثانياً محكمة القضاء الاداري:

انشأت محكمة القضاء الاداري بموجب قانون التعديل الثاني رقم 106 لسنة 1989 لقانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 وهذه تعد نقطة تحول العراق من نظام القضاء الموحد إلى نظام القضاء المزدوج، وتتشكل المحكمة برئاسة نائب رئيس المجلس لشؤون القضاة الاداري أو مستشار وعضوين من المستشارين أو المستشارين المساعدين [2].

وتختص المحكمة بموجب المادة (7/رابعاً) من قانون التعديل الخامس لقانون المجلس (بالفصل في صحة الاوامر والقرارات الادارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناءً على طلب من ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة ...) ويعد اختصاص محكمة القضاء الاداري بالنظر في الطعون (الفردية

1 نصت المادة (1/59) انفاً على (لا تسمع في المحاكم الدعاوى التي قيمها على الحكومة الموظف أو المستخدم الذي يدعي بحقوق نشات من هذا القانون أو بموجب قانون الخدمة المدنية رقم (55) لسنة 1956 وتعديلاته أو اي نظام صدر بموجبهما بل يكون البتّ في مثل هذه القضايا وما يتفرغ عنها في مجلس الانضباط العام).

2 مهدي وعبيد، غازي فيصل وعدنان عاجل (2020). مرجع سابق ص180.

والتنظيمية) اضافة جديدة على اختصاصات المحكمة اضافة إلى شرط قبول الطعن بأن لا يكون له مرجع طعن اخر غير المحكمة انفاً[1] .

ولابد من الإشارة إلى ان القرارات التي تصدر عن محكمة قضاء الموظفين ومحكمة القضاء الإداري تخضع للطعن امام المحكمة الإدارية العليا بوصفها محكمة تمييز (نقض) الا انها تنظر في صحة في الدعوى المميزة امامها من جانبيها الشكلي والموضوعي.

ثالثاً المحكمة الادارية العليا:

جرى استحداث المحكمة انفاً بموجب التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم 17 لسنة 2013 ومقر المحكمة وتشكيلها في بغداد، تنعقد برئاسة رئيس المجلس أو من يخوله من المستشارين وعضوية 6 مستشارين و4 مستشارين مساعدين يسميهم رئيس المجلس[2] .

اما اختصاصات المحكمة فقد نصت المادة (2/رابعاً /ب) (تمارس المحكمة الادارية العليا الاختصاصات التي تمارسها محكمة التمييز الاتحادية المنصوص عليه في قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 عند النظر في الطعن بقرارات محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين) اضافة إلى اختصاصاتها الواردة في الفقرة (ج) والتي نصت على: (1. الطعون المقدمة على القرارات والاحكام الصادرة عن محكمة القضاء الاداري ومحاكم قضاء الموظفين....[3]) حيث ان المحكمة انفاً تتولى النظر في جميع ما يصدر عن محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين من قرارات فلا

1 العاني، وسام صبار (2020). القضاء الاداري، ب ط، مكتبة السنهوري، ص155.

2مهدي وعبيد، غازي فيصل وعدنان عاجل (2020). مرجع سابق، ص181.

3 المادة (2/رابعا/ج) من قانون مجلس الدولة رقم 17 لسنة 2013

يوجد في العراق محاكم إدارية من درجة واحد تصدر احكاماً باتة فجميع القرارات خاضعة للطعن امام المحكمة الإدارية العليا باستثناء القرارات التي لا يجري الطعن بها من قبل ذوي الشأن خلال المدة المحددة قانوناً حيث تصبح باتة وملزمة اسوة بقرارات المحكمة الإدارية انفاً. والمتتبع لنظام القضاء الإداري في العراق يلاحظ ان هناك تطور واضح وملحوظ في القرارات التي تصدر عن المحاكم الإدارية من حيث انشاءها لمبادئ قانونية جديدة وحديثة تماشياً مع التطور الإداري الحاصل في هذا القانون وهو امر يدعو حقيقة للثناء وربما كان للتعديل الأخير لقانون المجلس الذي جعل منه هيئة مستقلة وألغى تبعيته لوزارة العدل دور مهم في تشجيع المجلس على ممارسة دوره الانشائي بحرية وان كان له سوابق قضائية في هذا الشأن.

المبحث الثاني

عدول المحاكم الإدارية العليا عن الاجتهاد القضائي واثاره

تعد المبادئ القضائية التي ينشئها القضاء الإداري عن طريق الاجتهاد بمثابة القواعد القانونية المعتبرة لدى العامة خاصة إذا ما استمر العمل بها مدة طويلة فتكون محل اعتبار عند اجراء المعاملات الإدارية باعتبارها قواعد تتمتع بشيء من الثبات ، الا ان المحاكم العليا يحدث وان تغيير من اجتهادها لتتبنى اجتهاد مغاير بما يعرف بالاجتهاد المعكوس ، والذي اخذت به فرنسا في بداية الخمسينات من القرن الماضي ، يتناول هذا المبحث في مطلبه الأول ماهية الاجتهاد المعكوس أو العدول القضائي وحالاته وما يرتبه من اثار في حين يتناول المطلب الثاني مجموعة من المبادئ المختارة التي انشأها القضاء الإداري في العراق ودول الدراسة .

المطلب الأول

الاجتهاد المعكوس (العدول القضائي)

الفرع الأول: ماهية العدول القضائي وحالاته

اولاً : تعريف العدول القضائي

يعرف العدول لغتاً على حسب ما جاء في لسان العرب بأنه (عدل عن رأيه عدولاً: حاد ورجع عنه وعدل عن الشيء يعدل عدلا وعدولا) فيدل العدول في اللغة على حياد الشيء عن وجهته والميل عنها[1] .

1 لسان العرب لابن منظور ، الجزء 11 ، ص 430. نسخة الكرتونية منشورة على موقع مكتبة الفقاهة https://ar.lib.eshia.ir/40707/11/430/%D8%A7%D9%84%D8%AC%D9%8E%D9%88%D9%92%D8%B1 تاريخ الولوج 2022/6/19 .

اما ما يقابل كلمة العدول في اللغة الفرنسية فهي كلمة revirement حيث تعطي هذه الكلمة ثلاثة معاني الأول تخلي المحاكم عن مبدأ كانت سابقاً تعترف به والثاني تبني مبدأ مخالف لمبادئ معتمدة سابقاً واخيراً عدول عن اتجاه قضائي [1] .

والعدول عن الاجتهاد أو الاجتهاد المعكوس امر بالغ الخطورة خاصة في القضاء الإداري بوصف ان ما يصدر عن المحاكم الإدارية العليا من اجتهاد يعتبر احد مصادر هذا القانون بخلاف القضاء العادي والذي لا تعتبر فيه احكام المحاكم مصدرا رسمياً للقانون ، كما ان الاجتهاد القضائي في القانون الإداري هو من دواعي مواكبة الحياة الإدارية وما يطرأ عليها من مستجدات فالقاضي الإداري دائماً ما يسعى إلى تطوير قواعد القانون الإداري من خلال اجتهاده المبني على قراءة مستفيضة بهدف تطوير القواعد القانونية يساعده في ذلك طبيعة هذا القانون من حيث عدم تقنينه والظروف التي نشأ فيها وتوسع مجالات الأنشطة الإدارية [2] .

والعدول عن الاجتهاد القضائي يجد مجاله في المبادئ وليس الاحكام القضائية ، فالمبادئ هي ما يصدر عن المحاكم العليا من اجتهادات ، حيث ان الاجتهاد المعكوس أو العدول هو اتجاه المحاكم العليا إلى مبدأ جديد وترك اجتهاد سابق استقر عليه العمل لمده زمنية معينة نتيجة للتغير في تفسير القانون بقرارات المبادئ والتي تعرف بأنها (القرارات الصادرة عن المحاكم الرقابية العليا والتي تتميز

---

1 الطائي، حامد شاكر محمود (2017). دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الامن القانوني، بحث منشور في مجلة الحقوق ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، مجلد15 ، عدد31 ، ص14.

2 راضي، مازن ليلو (2020)، المبادئ العامة للقانون في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ص44.

بالصراحة والوضوح وتسمو عن القرارات البسيطة من الأنواع الأخرى فتشكل اتجاهاً تمييزاً تكون المحاكم الدنيا ملتزمة بأتباعه لما ترسيه من مبادئ قانونية تنفرد بها) [1].

ثانياً : حالات العدول عن الاجتهاد القضائي

تتجه محكمة النقض الفرنسية إلى ان العدول يكون في ثلاث حالات

1. ويكون العدول مبني على ملاحظة المحكمة أو الهيئة القضائية المختصة على ان التفسير المعمول به لقاعدة قانونية معينة لم يعد ملائماً للتطور الحاصل في المنازعات مما يتطلب تقديم تفسير أكثر مواكبة وملائمة.

2. يكون الرجوع اجبارياً نتيجة لقرار الغرفة المختلطة أو الجمعية العامة الذي يوضح بشكل قاطع وجود تباين وتقاطع داخل غرف محكمة النقض.

3. العدول غير المقصود والذي يحدث عن طريق الخطأ نتيجة الدراسة السيئة للسوابق والناجمة عن كثرة العمل للمستشارين والمقررين ضمن سياق قضايا غير مهمة[2] .

الفرع الثاني: مخاطر العدول عن الاجتهاد القضائي

يعتبر العدول عن الاجتهاد القضائي خطراً يتعارض مع الامن القانوني على اعتبار نسخه للقاعدة المستقرة دون ان يكون لأطراف النزاع علم مقدم بذلك ، وحيث ان الامن القانوني هو من اهم الضمانات التي لابد من الحفاظ عليها فأن المساس به يعد امراً خطيراً كما تقدم القول ، وعند

---

1 راضي، مازن ليلو (2020)، مرجع سابق، ص45.

2الطائي، حامد شاكر محمود (2017). مرجع سابق ، ص 14.

الكلام عن هذا المصطلح فمن المناسب ان يجري ايراد تعريف له مع ان الفقه والقضاء اتجه إلى محاولات وضع تعريف جامع ومانع لهذا المصطلح دون الوصول إلى نتيجة واضحة الى ان عرفه فقه مجلس الدولة الفرنسي بأنه (المبدأ الذي يكفل للأفراد سهولة العلم بما يبيحه القانون النافذ وما يمنعه ، الامر الذي يتطلب ان تكون القواعد المقررة مفهومة وواضحة وان لا تتغير بشكل متكرر وغير متوقع) [1] وعرفه الفقه المصري بأنه (علم الافراد لمراكزهم القانونية على نحو واضح ودقيق ومؤكد بصورة تمكنهم من معرفة مالهم من حقوق وما عليهم من واجبات الامر الذي يتيح لهم التصرف باطمئنان مستندين اليها دون خوف أو قلق من نتيجة هذا التصرف في المستقبل) [2] .

فالعدول عن الاجتهاد يعرض الافراد الذين وثقوا بقاعدة قانونية نافذة بما يعرف بالثقة المشروعة إلى خطر المسؤولية (أيا كانت طبيعتها) نتيجة تغير توجهات الجهة القضائية الامر الذي يجعل من تغيير اجتهاد القاضي امراً ذو تبعات سلبية نوردها كالاتي:

1. تهديده للأمن القانوني كما جرى ذكره حيث ان من الصعوبة بمكان ان يعلم الافراد بتغير اتجاهات المحاكم لصعوبة ذلك مقارنة بالتشريع، فلا يمكن للأفراد أو المحامين أو المتخصصين التكهن بما يدور في ذهن القاضي فالاجتهاد اللاحق يكون في ضوء بحثه في التشريع وتكوين عقيدته بعيداً عن الاجتهاد السابق[3] .

---

1 بهير، جعفر عبد السادة (2018). دور مجلس الدولة في حماية مبدأ الامن القانوني، مجلة العلوم القانونية / كلية القانون / جامعة بغداد / عدد خاص لبحوث مؤتمر فرع القانون العام المنعقد تحت عنوان (الإصلاح الدستوري والمؤسساتي الواقع والمأمول) للفترة من 13-2018/11/14، ص9.

2 الطائي، حامد شاكر محمود (2017). ص 15.

3راضي، مازن ليلو (2021) . حماية التوقع المشروع في قضاء المحكمة الادارية العليا، بحث منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى العراقي https://www.hjc.iq/view.68611/ تاريخ الولوج 2022/5/12.

2. خطورة الأثر الرجعي للعدول على الثقة المشروعة ، حيث ان القاضي عند ايجاده لقاعدة قانونية جديدة فأن سريان مفعولها لا يكون من تاريخ الحكم الذي اوجدته انما يمتد إلى جميع الافعال والوقائع المنظورة حتى وان حدثت في ظل سريان القاعدة الاجتهادية القديمة والتي اقام الأطراف توقعاتهم عليها مفترضين انها ثابتة فلا ولاية للقاعدة القديمة على اعتبار نفاذها عند نشأة النزاع فالولاية للقاعدة الجديدة ، الامر الذي يتعارض وبصورة قطعية مع مبدأ عدم رجعية القاعدة التشريعية الا ما خضع لاستثناء مثل (القانون الاصلح للمتهم) فالأثر الرجعي للعدول تلقائي لا يخضع للنظام الوقائي الذي تخضع له القواعد التشريعية في ظل غياب الاعتراف الرسمي للقاعدة الاجتهادية بأنها رسمية ، الامر الذي يجعل من العدول يظهر بمظهر سلبي [1] .

ولابد من الإشارة إلى محكمة النقض الفرنسية ذهبت في الآونة الأخيرة إلى التخفيف من فكرة الأثر الرجعي للعدول القضائي واقرته للحالات المستقبلية فقط [2] .

وترى الباحثة انه مع الدور المهم الذي يلعبه القاضي الإداري في انشاء القواعد القانونية الا ان الأثر الرجعي للاجتهاد المعكوس يحمل من الخطورة ما فيه تهديد لمفهوم العدالة والثقة بالنظام القضائي خاصة وان الطرف الذي لحقه ضرر جراء الاجتهاد المعكوس ليس له الاحتجاج امام المحكمة بالقاعدة الاجتهادية السابقة الامر الذي يجعل من التقاضي ضمن هذه الصورة يعاني

---

1 هيشور، احمد (2021). الاجتهاد القضائي ومقتضيات الامن القانوني، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مجلد7، العدد 1، ص19.

2 راضي، مازن ليلو (2020)، مرجع سابق، ص54.

من عدم استقرار ويهز ثقة الناس فيما يصدره من احكام خوفاً من عدول مفاجئ للمحكمة عن مبدأ قانوني تبنته سابقاً.

المطلب الثاني

مبادئ مختارة من اجتهاد القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية

يتناول هذا المطلب بعض القواعد التي اوجدها القضاء الإداري من خلال الممارسة الفعلية للقاضي الإداري من خلال

الفصل في النزاعات معتمداً على ما يملكه من حرية اتاحتها له طبيعة القانون الإداري من حيث عدم تقنينه وطبيعته القضائية كما جرى عرضه في متن هذه الدراسة ويتناول هذا المطلب بعض القواعد التي اوجدها القاضي الإداري في فرعين الأول للقضاء الاداري المقارن والثاني للقضاء الإداري في العراق.

الفرع الأول: مبادئ قضائية من انشاء القاضي الإداري في فرنسا ومصر

1. المبدأ (تفعيل التدابير الانتقالية لضمان الامن القانوني)

تبنى مجلس الدولة الفرنسي في عام 2008 هذا المبدأ في الدعوى الخاصة باتحاد نقابات العمال والليبراليين وأطباء الاسنان حيث تضمن قراره (يتطلب هذا المبدأ من السلطة المخولة مع السلطة التنظيمية تفعيل التدابير الانتقالية التي اوجدت لوائح جديدة وخصوصا عندما يكون

من المحتمل ان تتضمن تدخلاً غير متناسب مع الحالات التعاقدية السابقة والقواعد الجديدة التي بموجبها كانت مرتبطة من الناحية القانونية) [1] .

2. المبدأ (الاعتراف في القانون المحلي بمبدأ اليقين القانوني)

جاء في قرار لمجلس الدولة الفرنسي والصادر في 24 مارس 2006 في قضية شركات ((kpmg حيث تبنت للمرة الأولى مبدأ اليقين القانوني والذي اخذت به سابقاً محكمة العدل للمجتمعات الاوربية في سوابق قضائية والذي يلزم السلطات التنظيمية بتوفير تدابير انتقالية في حالة تغيير الأنظمة عندما تمس الأنظمة الجديدة بشكل خاص العقود الجارية [2].

3. المبدأ (نكول الجهة الإدارية عن تقديم المستندات المتعلقة بالدعوى يقيم قرينة لصالح خصمها بصحة ما يدعيه)

حيث تضمن قرارها المرقم (الطعن رقم 3592 لسنة 45 ق – جلسة 2003/3/15 الدائرة الأولى) ان المقتضى قانوناً في ان يكون على عاتق الإدارة التزام يتمثل برد الدعوى عنها وابطال الحجج المقدمة من قبل المدعي عن طريق إيداع المستندات التي تمتلكها للمحكمة تمكيناً للعدالة وحيث ان هذا الاجراء هو استثناء من الأصل (ان البينة على من ادع) والذي اخذ به مجلس الدولة المصري بوصف ان الإدارة حائزة على كل الأوراق والمستندات وحتى لا يتعطل الفصل في الدعاوى الإدارية بفعل سليم وحيث ان امتناع الإدارة وهي مصدر الحقيقية الإدارية بفعلها الخاطئ المخالف للقانون عن تقديم المستندات فأن هذا

---

1 عبدالامير، علي حسن. (2018)، مرجع سابق ، ص201.

2 العامري، علي حسن (2019)، القرارات الكبرى لمجلس الدولة الفرنسي، ط 1، دار المسلة للطباعة والنشر، ص25.

المسلك يكشف امرين اما انها تفتقد لاي سند ممكن ان يضفي الشرعية على ما صدر عنها من قرارات تمس مركز العاملين معها أو ان لديها ما تقدمه الا انها تمتنع عن ذلك بما يريق عن مسلكها سوء القصد .[1]

4. المبدأ (تقنية الغلو في فرض العقوبة التأديبية)

قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية الشهير في القضية المرقمة 563 في 1961/11/11 المتضمن مسلكها الجديد بالرقابة على سلطة الإدارة في فرض العقوبات حيث جاء فيه ان لا يجوز للسلطة التأديبية ان تكتفي بفعل الموظف لفرض العقوبة التي تلائم الفعل، فلابد من ان تستخلص من جميع وقائع الخطأ المسلكي ومن ثم تختار العقوبة التي تتلاءم وتتناسب مع الخطأ وحده وقد عكس هذا القرار اتجاه المحكمة للمرة الأولى عما تبنته سابقاً لتفرض رقابتها على تناسب الجزاء مع المخالفة [2] .

5. مبدأ (الفصل في الدفوع المتعلقة بالشكل والاختصاص عند النظر للجزء العاجل من الدعوى لا يقيد المحكمة المختصة بالطعن)

حيث جاء في طعن للمحكمة الإدارية العليا في مصر (لسنة 46 ق عليا . جلسة 5/4/2003الدائرة الأولى) ان الدفع بعدم الاختصاص ولائياً بنظر الدعوى قد سبق الفصل فيه بالحكم الصادر في الجزء العاجل من الدعوى والذي قضى برد هذا الدفع واضحى حكماً نهائياً

---

1 المبادئ التي اقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية، الجزء الثالث، منشورة على موقع المنصة للقانون، https://mousalawyer.ahlamontada.com/t1922-topic تاريخ الولوج يوم 2022/5/13

2 الدغيدي، كارين (2019) ، القضاء الإداري ورقابة التناسب في القرارات الإدارية ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ص 364.

ولا يجوز النقاش فيه من قبل أي خصم في الدعوى أو من المتدخلين فيها إضافة إلى ان الحكم الذي يصدر في الجزء العاجل من النزاع حتى مع كونه قطعياً له مقومات الاحكام القضائية وخصائصها الا انه يبقى حكم مؤقت بطبيعته ينتهي بصدور حكم في موضوع الدعوى الأصل ، وحيث ان قضاء هذه المحكمة قد استقر على ان الطعن في الحكم امام المحكمة الإدارية العليا يفتح الباب امامها لتزن الحكم المطعون فيه بميزان القانون ولتفرض رقابتها عليه من جميع النواحي لاستظهار مدى مطابقته للقانون وعليه إذا كان الفصل في الدفوع المتعلقة بالشكل أو الاختصاص عند التصدي للجزء العاجل من الدعوى يقيد محكمة الدرجة الأولى عند البت في موضوع الدعوى فهو لا يقيد محكمة الطعن في تناول هذه الدفوع عند اثارتها أو التمسك بها امامها بعد سقوط حجية الحكم المستعجل بأكمله .[1]

6. مبدأ (مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر)

اوجد هذا المبدأ مجلس الدولة الفرنسي بقرار سابق صادر في 1895/6/21 والذي اعتبر ان الإدارة مسؤولة عن المخاطر التي تصيب العاملين معها نتيجة مشاركتهم في تسيير المرفق العام ، بعد ان تعرض احد العمال لإصابة نتيجة شظية إصابة يده فقد على اثرها قدرته على العمل ، فبادر إلى إقامة دعوى امام المجلس لطلب التعويض الذي قضى بأن العدالة توجب مسؤولية الدولة عن تعويضه ويعتبر هذا القرار هو الأول من نوعه الذي تبنى هذا المبدأ واعتمده

1المبادئ التي اقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية، الجزء الثالث، منشورة على موقع المنصة للقانون، https://mousalawyer.ahlamontada.com/t1922-topic تاريخ الولوج يوم 2022/5/13.

القضاء الإداري بعد ذلك في العديد من القضايا كما تبناها مجلس الدولة المصري كأحد المبادئ المعمول بها في احكامه [1] .

7.المبدأ (صلاحية الإدارة المطلقة في اتخاذ أي اجراء عند الشك بنزاهة الموظف)

اقر مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ عام 2000 عند نظره في قضية الاتحاد الفرنسي لكرة القدم حيث اعطى السلطة الإدارية الحق باتخاذ أي اجراء عند شكها بنزاهة أو شفافية أحد الموظفين أو المقاولين المتعاملين معها.

الفرع الثاني: مبادئ قضائية من انشاء مجلس الدولة في العراق

1. مبدأ (حماية التوقع المشروع).

في سابقة مميزة للمحكمة الإدارية العليا في العراق أصدرت المحكمة انفاً قرارها المرقم 2018/2071 المؤرخ في 2021/3/24 المتضمن ان صدور الأوامر الإدارية من الجهة المختصة بأصدرها قانوناً يمنح الموظف توقعاً مشروعاً ويكسبه الثقة بأن الإدارة تطبق القواعد العامة بصورة صحيحة، ولا يجوز لها ان تصدر قرار جديداً خلافاً لقرارتها السابقة بحجة فهمها الجديد للنصوص القانونية.

لتكون المحكمة الإدارية العليا في العراق قد سبقت مجلس الدولة في فرنسا ومصر بتبني هذا المبدأ الامر الذي يعكس تطوراً واضح في نظام القضاء الإداري في العراق[2] .

---

1 عبود ومحمود، صعب ناجي وحسام على (2021)، مرجع سابق ص20.

2 راضي، مازن ليلو (2021)، حماية التوقع المشروع في قضاء المحكمة الادارية العليا، م سابق، ص15

2. مبدأ (أنجاز المعاملة التقاعدية للموظف لا دخل لها بمسألة اشغال ذمته المالية)

حيث اخذت المحكمة الإدارية العليا بهذا المبدأ منذ فترة طويلة وفي مناسبات عدة منها قرارها المرقم (234/تمييز/2022 في 2022/3/4) والصادر بالدعوى المرقمة (1340/م/2021) حيث قضت محكمة قضاء الموظفين بالدعوى انفاً بالزام دائرة الموظف ترويج معاملة الموظف التقاعدية حتى في حال كانت ذمته المالية مشغولة للدولة حيث وجدت المحكمة ان امتناع دائرة المدعى عليه من ترويج المعاملة التقاعدية للمدعى عليه امر غير سليم من الناحية القانونية بوصف ان انجاز المعاملة انفاً لا دخل له بمسألة اشغال ذمته المالية ، والذي صدق تمييزاً بقرار المحكمة الإدارية العليا المشار اليه انفاً .[1]

3. مبدأ (ان قرار تقييم الشهادة هو قرار كاشف للشهادة وليس منشئاً لها).

حيث نقضت المحكمة الإدارية العليا قرار محكمة قضاء الموظفين الصادر بالدعوى المرقمة (243/م/2013) المؤرخ في 2014/4/17 المتضمن رد دعوى المدعي المتضمن طلب صرف مخصصات اللقب العلمي من تاريخ مباشرته في الوظيفة وليس من تاريخ منحه اللقب العلمي إذ تضمن في أسباب رد الدعوى ان احتساب مخصصات الشهادة لا يمكن ان يحصل قبل الاعتراف بها وتقييمها من الجهة المختصة ، وحيث ان المدعي بادر إلى تمييز القرار انفاً وعند نظره من قبل المحكمة الإدارية العليا اكدت ان قضاء هذه المحكمة قد استقر على مبدأ احتساب

1قرار غير منشور صادر عن محكمة قضاء الموظفين بالعدد 2021/4751 المؤرخ في 2021/12/19 .

امتيازات الشهادة من تاريخ المباشرة وليس من تاريخ التقييم بوصف ان الموظف يتمتع بالامتيازات التي تترتب على الشهادة من تاريخ المباشرة إضافة إلى ان التقييم ليس جزءاً داخلاً في التكوين القانوني للشهادة وانما عنصر خارج عنها ، لذا اعتبرت اني قرار محكمة قضاء الموظفين غير صحيح ويستوجب النقض [1] . وقد اخذت المحكمة هذا المبدأ من اعتبارات العدالة حيث ان الموظف الحاصل على الشهادة لا دخل له بأي اجراء اداري قد يستغرق من الإدارة وقتاً يتسبب بأهدار حقوقه.

4. مبدأ (يعوض الموظف الذي استبعد من الوظيفة بخطأ الإدارة بما فاته في حالة مباشرته الوظيفة)

حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بقرارها المرقم 1901/ قضاء موظفين. تمييز /2018 والمؤرخ في 2018/11/22 بالتعويض للمدعية بمقدار ما فاتها من كسب في حال مباشرتها للوظيفة وان هذا المقدار المتيقن يعادل رواتبها الاسمية خلال الفترة التي ابعدتها الإدارة عن أداء وظيفتها [2] .

ولابد من الإشارة إلى ان قانون مجلس الدولة العراقي لم يتضمن اختصاص محكمة قضاء الموظفين بالتعويض حيث ان دعاوى التعويض تنظر من محاكم البداءة الا ان اجتهاد القاضي الإداري العراقي أنشأ هذا المبدأ الذي أصبح قاعدة قضائية يجري العمل بها حالياً.

1مجول، رياض محسن (2016)، قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام 2016، ط1، مطبعة العمال المركزية، ص391.

2مجول، رياض محسن (2018)، قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام 2018، ط1، مطبعة العمال المركزية، ص503 ومابعدها .

وخلاصة ما تقدم من هذا الفصل الذي تناول سلطة المحاكم الإدارية على ما يجتهد به القاضي الإداري في انشاء القواعد القانونية حيث جرى عرض النظم القضائية في العراق وبلدان المقارنة مع تناول سلطة المحاكم العليا في النظر بالقرارات التي تصدر عن المحاكم الإدارية وتوصلت الباحثة إلى ان محاكم التمييز في الغالب الاعم تتدخل بالرقابة على السلطة التقديرية للقاضي الإداري كما توصلت إلى ان القاعدة التي ينشئها القاضي الإداري اثناء نظره في الدعوى بوصفه قاضي درجة أولى مهما كانت مبتكره ومشتملة على اسانيد قانونية ومنطقية وواقعية ومعتبره فهي لا تعدو ان تكون قرار حكم قابل للطعن والتعديل حتى تصدر المحكمة الأعلى درجة (الإدارية العليا في العراق على سبيل المثال) قرارها بشأنه ، فأن ايدت ما جاء فيه واتجهت إلى تصديق قرار الحكم عدت هذه الخطوة الأولى في اعتماد هذا المبدأ كقاعدة قانونية انشأها القاضي الإداري واني جوبهت بالنقض فيكون اجتهاد القاضي الإداري في هذا المورد اجتهاد قضائي لم يجد ما يكفيه من اسانيد تجعله يرقى ليكون مبدأ معتمد ، وقد تجتهد المحاكم العليا عند نظرها للنازع فتوجد مبدأ قضائياً جديداً يكون النواة الأولى لقاعدة قضائية جديدة إذا ما تواتر العمل بمقتضاها كما تناول المبحث الثاني في المطلب الأول منه الاجتهاد المعكوس من حيث تعريفه واثاره مع بيان ماهية الاجتهاد المعكوس وما يرتبه من اثر على الامن القانوني ومدى مساسه بالثقة العامة للأفراد بالنظام القضائي في حين تضمن المطلب الثاني بعض المبادئ القانونية التي ابتدعها القضاء الإداري في فرنسا ومصر والعراق .

الخاتمة، النتائج والتوصيات

جرى في هذه الدراسة تناول دور القاضي الإداري في انشاء القواعد القانونية حيث يعتبر القضاء الإداري مصدر مهم من مصادر القانون الإداري فقد ساهم بأنشاء العديد من مبادئه فالقاضي الإداري قاض متحرر بعيد عن الجمود فهو صانع للقواعد القضائية التي تسعى لايجاد التوازن بين مصالح الإدارة والافراد من خلال توظيفه لاجتهاداته في تفسير النصوص الغامضة وانشاء المبادئ القانونية عند خلو التشريع من النص الملائم وعلى ذلك يكون له دورين الاول كاشف للقواعد القانونية الموجودة في الأساس العام للنظام القانوني وضمير المجتمع والثاني منشئ من العدم فيكون ملزماً بأيجاد حلول للمنازعة المعروضة امامه مستعيناً بمصادر القانون الإداري غير الكتوبة . واخيراً خلصت هذه الدراسة إلى عدة نتائج وتوصيات أهمها :

النتائج

1. توصلت الدراسة إلى ان القاضي الإداري يؤدي دوراً ايجابياً يتصف بالجرأة والجدية حيث ان دوره في الاجتهاد يجعل منه يمارس دوراً تشريعاً من خلال صناعة القواعد القضائية التي تكاد تصبح بمثابة القواعد التشريعية من حيث الزاميتها وهو الامر الذي اعترف به الفقه بعد جدل طويل عندما اقر بأن القانون الإداري قضائي النشأة ، كما توصلت الدراسة الى ان دور القاضي في صناعة القاعدة القانونية أساسه عدم تقنين القانون الإداري حيث ان للقاضي الإداري صلاحية تغطية جميع ما ينشئ عن المنازعات الإدارية وهي امر صعب الحصر ضمن تشريع مقنن

خاصة وان الحياة الإدارية في تطور مستمر وسريع الامر الذي يطلب تعديلاً دائماً لمواكبة النشاط الإداري.

2. توصلت الباحثة من خلال هذه الدراسة إلى أهمية الدور الذي تلعبه هيئة مفوضي الدولة في مجلس الدولة الفرنسي والمصري من خلال ما يقوم به المفوض من دراسة للدعاوى المقامة وابداء الآراء القانونية المبنية على أسس رصينة وتقديم الطعون بالقرارات الصادرة عن المحاكم الإدارية في المجلس.

3. توصلت الدراسة الى ان اختصاصات القاضي الإداري في كل من العراق والأردن تعتبر مقيدة بالمقارنة مع القضاء الإداري في كل من مصر وفرنسا فلازالت المحاكم الادارية غير مختصة في البت بالمنازعات الناشئة عن العقود الادرية حيث تعتبر محدودة الاختصاصات والتشكيلات فلم يجري التوسع فيما تمارسه هذه المحاكم فيما يتعلق بهذه المنازعات إذ بقيت الولاية العامة للمحاكم العادية.

4. خلصت الدراسة إلى ان ايجابيات سلطة القاضي في الاجتهاد لا تخلو من السلبيات حيث تظهر بصورة واضحة بالاجتهاد المعكوس والذي يهدد الامن القانوني الامر الذي يولد حالة من عدم الثقة والاستقرار في عملية التقاضي لدى الافراد خاصة مع عدم إمكانية الاحتجاج بالاجتهاد القانوني السابق.

5. توصلت الباحثة إلى ان القاضي الإداري في العراق بدأ يأخذ دوره الحقيقي في انشاء المبادئ القانونية اسوة بالقاضي الإداري الفرنسي والمصري حيث اخذ يبتدع المبادئ القانونية لمجاراة التطور الحاصل في الحياة الإدارية مبتعداً عن التقوقع تحت مظلة الدور الكاشف الذي اخذه لفترة طويلة .

التوصيات

1. تدعو الباحثة المشرع العراقي والأردني إلى إعطاء مساحة أكبر للقاضي الإداري لممارسة دوره الإيجابي في انشاء القواعد القانونية التي تساهم في تسيير وتطوير الحياة الادارية مع الإشارة إلى ان القاضي الإداري في العراق قد بدأ بممارسة هذا الدور في السنوات الأخيرة كذلك تدعو الدراسة القاضي الإداري في الأردن ان يأخذ بنفس الاتجاه خاصة مع صدور قانون القضاء الإداري الجديد رقم 27 لسنة 2014 .
2. تدعو الباحثة المشرع العراقي والمشرع الأردني إلى تعديل قانون مجلس الدولة وقانون القضاء الإداري ليتضمن استحداث هيئة مفوضي الدولة التي ستساهم بشكل فعال في تطوير عمل القضاء الإداري في البلدين.

3. بالنظر إلى التطور الحاصل في مجال القضاء الإداري تدعو الباحثة المشرع العراقي إلى بسط ولاية محاكم القضاء الإداري على جميع المنازعات الإدارية ومنها الناشئة عن العقود الإدارية والتي لاتزال تنظر من قبل محاكم البداءة حيث ان القاضي الإداري هو الاحوط علماً بطبيعة

عمل الإدارة وما يتضمنه من التزامات وحقوق فيكون هو الاقدر على البت في مثل تلك المنازعات.

4. تدعو الباحثة مجلس الدولة العراقي إلى ان يكون الاجتهاد المعكوس ضمن اضيق الحدود مع احاطته بشروط وأسباب جوهرية لما ينتج عنه من عدم استقرار النظام القضائي والامن القانوني الذي أصبح من اهم متطلبات الحياة العملية ومرادفاً لمبدأ المشروعية.
5. تدعو الباحثة المشرع العراقي الى تقنين مبدأ سلطة المحاكم الإدارية بالتعويض عن الاضرار الناتجة عن الوظيفة العامة بوصفه أحد المبادئ المهمة التي اجتهد القاضي الإداري في انشائها وساهمت في حل الكثير من المنازعات الإدارية.

قائمة المراجع

اولاً : الكتب القانونية العامة

1. الطماوي، سليمان محمد (2014). مبادئ القانون الاداري، دراسة مقارنة، ج1، ط10، دار الفكر العربي – القاهرة

2. أبو السعود، رمضان. (1985). المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني. (د.ط). الإسكندرية: الدار الجامعية، ص.203

3. ابو زيد، محمد عبدالحميد (1995). القضاء الاداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية– القاهرة.

4. الباشا، عصام الدين إبراهيم (2017). الخصائص المميزة للقاعدة القانونية عن القاعدة الدينية في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، معهد البحوث والدراسات الإسلامية، السودان.

5. البنا، محمود عاطف، (1992). الوسيط في القانون الإداري، ط2 ، دار الفكر العربي .

6. بدير والسلامي والبرزنجي ، علي محمد ومهدي ياسين وعصام عبدالوهاب (ب ن) . مبادئ واحكام القانون الاداري، دار العاتك لصناعة الكتاب–القاهرة.

7. سلطان ، أنور (1983) .المبادئ القانونية العامة ، ط4 ، دار النهضة للطباعة والنشر .

8. بكر، عصمت عبدالمجيد (2012). مجلس الدولة، ط1 ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، الأردن .

9. الجرف، طعيمة (1970) . القانون الاداري، دراسة مقارنة في تنظيم و نشاط والادارة العامة، مكتبة القاهرة الحديثة .

10. الحلو، ماجد راغب (1996). القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية،

11. الدغيدي ، كارين (2019) . القضاء الإداري ورقابة التناسب في القرارات الإدارية ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية .

12. راضي ، مازن ليلو (2017) .اصول القضاء الاداري ، ط4 ،دار المسلة للطباعة والنشر .

13. راضي ، مازن ليلو (2020) . المبادئ العامة للقانون في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، ط1 ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت

14. رزيق، موسى. (2005) . مدخل إلى دراسة القانون. ط2. الامارات العربية: جامعة الشارقة النشر العلمي .

15. الرفاعي ، احمد محمد (2008) . المدخل للعلوم القانونية ، جامعة بنها ، كلية الحقوق .

16. سعد، نبيل وآخرون (1992) . المدخل إلى العلوم القانونية. (ب.ط) . الإسكندرية : الدار الجامعية .

17. الشاعر ، رمزي طه (1983) . النظرية العامة للقانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة.

18 . سيد ، اشرف جابر (2007) . دروس في مبادئ القانون ، جامعة حلوان ، كلية الحقوق.

19. شوكت، سراج (2019) . الاختصاص النوعي لمحكمة القضاء الاداري في العراق ، دراسة مقارنة ، مكتبة القانون المقارن ، بغداد .

20. الشيخلي ، عبدالقادر (2018) . الصياغة القانونية تشريعا وفقها وقضاءا ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، عمان .

21. الطماوي، سليمان محمد (2015). القضاء الاداري ، ج1 ، قضاء الالغاء ، ط1 ، دار الفكر العربي – القاهرة .

22. العامري ، علي حسن (2019) . القرارات الكبرى لمجلس الدولة الفرنسي ، ط 1، دار المسلة للطباعة والنشر .

23. العاني ، وسام صبار (2020). القضاء الاداري ، ب ط ، مكتبة السنهوري .

24. عبد السلام ، سعيد سعد (2003) . المدخل في نظرية القانون ، ط1 ، جامعة المنوفية ، كلية الحقوق .

25. عبد الرحمن ، حمدي (2003) . مبادئ القانون ، ب ط ، دار الفكر العربي ، القاهرة .

26. عبدالامير ، علي حسن .(2018) . كشف وابتكار المبادئ العامة في القانون والقضاء الإداري ، المركز العربي للنشر والتوزيع .

27. عكاشة ، حمدي ياسين (1987) . القرار الاداري في مجلس الدولة ، منشأة المعارف– الاسكندرية .

28. عمر ، عبد الفتاح (1987) . الوجيز في القانون الدستوري ، مركز الدراسات والبحوث والنشر والعلوم السياسية ، تونس ، ص148 (بدون رقم الطبعة).

29. مجول ، رياض محسن (2016) . قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام 2016 ، ط1، مطبعة العمال المركزية .

30. مجول ، رياض محسن (2018) . قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام 2018، ط1، مطبعة العمال المركزية .

31. محمود،همام محمد. (2001) . المدخل إلى القانون .(ب.ط) . الإسكندرية: منشأة المعارف .

32. منصور ، محمد حسين (2010) . المدخل إلى القانون القاعدة القانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1، لبنان .

33. مهدي ، غازي فيصل (2008). نصوص دستور جمهورية العراق لسنة 2005 في الميزان ، ط1، موسوعة الثقافة القانونية ، بغداد .

34. مهدي وعبيد ، غازي فيصل وعدنان عاجل (2020) . القضاء الإداري ، ط4 ، مكتبة دار السلام القانونية الجامعية .

ثانياً : الاطاريح ورسائل الماجستير

1. الباشا ، عصام الدين إبراهيم (2017) . الخصائص المميزة للقاعدة القانونية عن القاعدة الدينية في الفقه الإسلامي ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا ، معهد البحوث والدراسات الإسلامية ، السودان.

2. الحولي، محمد كمال (2017) تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني ، رسالة ماجستير قدمت إلى كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية ، غزة.

3. خالدي ، المهدي (2018) . الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة الجزائر .

4. المرسومي ، عمار حسين علي (2019) . دور القاضي الاداري في انشاء القاعدة القانونية في العراق، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد.

5. شقاق ، ابتسام فاطمة الزهراء (2016). دور القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة ابة بكر بلقايد ، تلسمان الجزائر .

6. العجلوني ، عبد المهدي محمد سعيد (2005) . قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني ، دراسة أصولية مقارنة ، أطروحة دكتوراه قدمت إلى الجامعة الأردنية ، عمان .

7. نورالهدى ، غنيمي (2013) . دور القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة محمد خضير بسكرة .

ثالثاً : الأبحاث والدوريات

1. بخوش ، مفتاح ، مصطفى وعبدالجليل (2006). دور القاضي الإداري وضع القاعدة القانونية ام تطبيقها؟ ، مجلة الاجتهاد القضائي ، العدد 2 ، كلية الحقوق والعلوم والسياسة ، جامعة بسكرة ، الجزائر.

2. البرزنجي ، عصام عبدالوهاب (1990) . مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الاداري في العراق، مجلة العلوم القانونية ، مجلد 9، العدد(1-2) ، جامعة بغداد .

3. بشناق والشوبكي ، باسم صبحي ومحمد رفيق ، (2015) . دلالة النص على مبادئ الشريعة الإسلامية في مشروع الدستور الفلسطيني واثره في تنظيم وعمل السلطة التشريعية ، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية ، المجلد 23 ، العدد 2 ، 223-251 يونيو 2015 .

4. بهير ، جعفر عبد السادة (2018) . دور مجلس الدولة في حماية مبدأ الامن القانوني ، مجلة العلوم القانونية / كلية القانون / جامعة بغداد / عدد خاص لبحوث مؤتمر فرع القانون العام المنعقد تحت عنوان (الإصلاح الدستوري والمؤسساتي الواقع والمأمول) للفترة من 13-2018/11/14 .

5. خماس ، فاروق احمد (1990) . محكمة القضاء الاداري في ضوء قانون رقم 106 لسنة 1989، مجلة العلوم القانونية ، مجلد 9، العدد(1-2) ، جامعة بغداد .

7. الديكان ، بشاير غنام (2014).المبادئ القانونية العامة غير المكتوبة باعتبارها مصدراً من مصادر القانون الإداري ، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، العدد 8 .

8. الرميخاني ، وليد بن سليمان (2021) . تفسير القاعدة القانونية ، المجلة العربية للآداب والدراسات الإنسانية ، مجلد الخامس ، العدد 19 .

9. الزين ، عزري (2006) . القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية ، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي ، العدد .2

10. الطائي ، حامد شاكر محمود (2017) . دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الامن القانوني ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، كلية القانون ، الجامعة المسنتصرية ، مجلد15 ، العدد31 .

11. عفاف العقون ووليد شريط (2020) . مساهمة القاضي الإداري في اثراء القاعدة القانونية ، بحث منشور في مجلة حوليات جامعة الجزائر ، مجلد 35 العدد 1 .

12. القاضي ، وليد (2020) . اثر التطور التشريعي على تنظيم واختصاص القضاء الاداري الاردني، علوم الشريعة والقانون ، مجلد 47، ع4 ، الجامعة الاردنية .

13. قسطو ، جليل (1973) . الرقابة الادارية على اعمال الادارة في النظام الانكليزي ، مجلة القضاء ، العدد 2 ،28 حزيران .

14. ناصر ، احمد حمزة (2019) . التنظيم القانوني لمحكمة قضاء الموظفين ، مجلة بابل للدراسات الانسانية ، مجلد9 ،العدد 3 .

15. النية ، بشرى (2017) . محاضرات في المدخل لدراسة العلوم القانونية ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، فاس .

16. هيشور ، احمد (2021) . الاجتهاد القضائي ومقتضيات الامن القانوني ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية المقارنة ، مجلد7 ، العدد 1.

رابعاً : المواقع الالكترونية

1. بحث قانوني منشور على شبكة الموسوعة السياسية https://political-encyclopedia.org/dictionary/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D9%8%2

2. دروس في القانون الإداري ، منشورة على موقع جامعة محمد لمين دباغين سطيف ، https://cte.univ-setif2.dz/moodle/mod/book/view.php?id=12119

3. راضي ، مازن ليلو (2021) ، حماية التوقع المشروع في قضاء المحكمة الادارية العليا ، بحث منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى العراقي https://www.hjc.iq/view.68611/

4. راضي ، مازن ليلو ، القضاء الإداري ، نسخة الكترونية ، موقع https://www.bibliotdroit.com/2020/04/blog-post_164.htm ،

5. رضوان ، امينة ، (حدود سلطة القاضي في التفسير) ، بحث منشور في مجلة القانون والاعمال الدولية ، جامعه الحسن الأول ، www.droitetentreprise.com/18716/

6. موقع نقابة المحامين الأردنيين https://qarark.com/ .

7. المبادئ التي اقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية ، الجزء الثالث ، منشورة على موقع المنصة للقانون ، https://mousalawyer.ahlamontada.com/t1922-topic

8. الموسوعة القانونية لشبكة المحامين العرب المنشور على الموقع الالكتروني شبكة المحامين العرب (mohamoon.net) .

خامساً : الدساتير والقوانين والأنظمة

1. دستور العراق لعام 2005.

2. دستور الأردن 1952 وتعديلاته .

3. دستور جمهورية مصر لعام 1971 الملغى.

4. قانون مجلس الدولة المصري الملغى رقم (165 لسنة 1955)

5. قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972

6. قانون مجلس الدولة العراقي رقم 65 لسنة 1979 وتعديلاته

7. القانون المدني الفرنسي الصادر في عام 1804

8. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948

9. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976

10. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951

11. قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014.

12. قانون نظام موظفي الدولة المصري رقم 210 لسنة 1951

13. قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 المعدل

14. نظام الخدمة المدنية الأردني رقم 9 لسنة 2020

تمت بحمدالله وتوفيقه