دور القاضي الإداري في استنباط المبادئ القانونية

م.م محمد جبار اتويه م.م نورس رشيد طه
كلية الحقوق /جامعة النهرين

الملخص
يبرز دور القاضي الاداري في ايجاد او وضع المبادئ القانونية العامة عند وجود نقص او خلل يعتري النص القانوني ، فهنا يترك المجال للقاضي الاداري ليقول كلمته الفصل ، لسد النقص الذي يعتري النص القانوني حتى يكمله ، وللقاضي سلطة تقديرية في وضع الحلول المناسبة وبما يتفق مع وحدة النص القانوني الذي وضعه المشرع فلا يجوز للقاضي الخروج عن النص القانوني ، فوظيفة القاضي تطبيق النص القانوني بحذافيره على الدعوى المعروضة امامه في حال ما اذا كان النص واضحا لا يقبل التفسير ، اما اذا كان النص غير واضح ويتحمل التاويل او يحيطه النقص او الغموض فهنا ياتي دور القاضي الاداري في استنباط المبادئ القانونية وربما يوائم الحالة المعروضة امامه مستندا بذلك على العرف الذي تواتر عليه القضاء كمبدأ احترام الحقوق المكتسبة ، ومبدأ عدم رجعية القرارات الادارية ،ومبدأ ضرورة سير المرفق العام بأنتظام ، وغيرها من المبادئ التي يستنبطها القاضي الاداري لسد النقص التشريعي متخذا بذلك دور المشرع .

المقدمة

لا مشكلة تثور عندما يوجد في القانون الوضعي نص مكتوب غاية في الوضوح لمعالجة مسألة معينة فالقاضي الإداري يقتصر دورة كغيره من رجال القضاء العادي على تطبيق النص في النزاع المعروض أمامه وهنا دوره هنا يقال عنه دوراً تطبيقياً لا يتعدى وضع النص القانوني موضع التطبيق على المسألة المعروضة أمامه ، لكن يثور التسأول حول مدى قدرة القاضي الإداري على خلق القواعد القانونية رغم أن التشريع من أختصاص السلطة التشريعية في كل بلد من بلدان العالم.

ومن هذا المنطلق حتى ينهض دور القاضي الإداري بإنشاء القاعدة القانونية ومدى قوة إلزامية هذه القواعد. ولعل المجال الذي يترك للقضاء في أن يقول كلمته هو في حالة وجود نقص في التشريع او غموض يعتريه فغالباً ما يلجأ المشرع إلى أستخدام عبارات عامه فيتوجب على القاضي أن يحدد مدلول هذه العبارات أو تظهر حالات لم تغطي بالتشريع ولا تتحمل التأخير في أن تتدخل السلطة التشريعية لتضع لها قواعد قانونية تحكمها فينهض دور القاضي في أنشاء تلك القواعد التي تحكم الحالة المذكورة دون التعذر بذريعة أنعدام النصوص القانونية المنطبقة عليها.

ولعل السبب الأوضح لدور القاضي الإداري في أنشاء المبادئ العامة للقانون الإداري هو كون هذا الأخير واسع النطاق ولا تكفي التشريعات النافذة لتغطية جميع نشاطاته مما يسمح للقاضي الإداري في ان يلعب دور المشرع في سد ذلك النقص ، ونتيجة لتواتر أحكام القضاء على تقرير وتطبيق الكثير من المبادئ القانونية العامة وعلى سبيل المثال مبدأ الحقوق المكتسبة ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ومبدأ دوام سير المرافق العامة بأنتظام وطراد ومبدأ المساواة في الإنتفاع من المرافق العام ومبدأ المركز القانوني للموظف ومبدأ الدفاع ومبدأ القضية المقضية وغيرها من المبادئ الأخرى ، فأن هذا التواتر جعلها تتمتع بقدر كبير من الأحترام فأصبحت ملزمة للقضاء والإدارة والمشرع وأضحت بعض هذه المبادئ دستورية بطبيعتها كما حاول المشرع النص عليها في الكثير من تشريعاته .

مشكلة البحث : - تدور مشكلة البحث حول مدى قدرة القاضي الإداري في استنباط المبادئ القانونية وبيان نوعها وتحديد الأساس القانوني الذي يستند أليه القاضي في استنباطها ومدى قوتها الالزامية وتبيان المصدر الذي تستوحى منه.

منهجية البحث : - ستتبع في هذا البحث المنهج التحليلي لبيان قدرة القاضي الإداري على أنشاء المبادئ القانونية العامة وذلك بتناول النصوص القانونية والأحكام القضائية وتحليلها وصولاً إلى أساسها وقوتها الإلزامية ودور القاضي فيها .

خطة البحث : - سنتناول هذا الموضوع عبر الخطة الأتية في المبحث الاول سنبين مفهوم المباديء العامة وذلك عبر مطلبين، الاول يخص تعريفها وقوتها الالزامية يكشف عن الاساس القانوني للقاضي في انشائها اما في المبحث الثاني فسنتطرق الى بعض انواع المباديء القانونية وتطبيقاتها القضائية وعبر مطلبين ايضاً في الاول نركز على مبدأي الحقوق المكتسبة وعدم رجعية القرارات الادارية ونسلط الضوء على مبدأي سير المرافق العامة بانتظام واطراد والمساواة في الانتفاع من المرافق العامة. وبدأنا البحث بمقدمة وسنختمه بخاتمة.

المبحث الأول

مفهوم المبادئ القانونية وأساسها القانوني

تعد المبادئ القانونية من المصادر المهمة في القانون التي يمكن أن تحكم نشاط الإدارة وتطبق على المنازعات الإدارية من قبل القضاء الإداري باعتبارها قواعد قانونية ومن هذا المنطلق يجب أن نحدد مفهومها في المطلب الأول وأساسها القانوني في المطلب الثاني .

المطلب الأول

مفهوم المبادئ القانونية العامة

في هذا المطلب يقتضي الأمر أن نبين المقصود بالمبادئ القانونية العامة ثم نتطرق الى قيمتها القانونية كقاعدة قانونية وذلك في الفرعين الآتيين : -

الفرع الأول

تعريف المبادئ القانونية

لا يمكن حصر المبادئ العامة للقانون في أطار حدود معينة لأنها قابلة للتطور بمرور الزمن ورغم أقرار جميع الفقهاء في القانون العام بالأهمية الكبرى لمبادئ القانون العامة بأعتبارها تعبير عن حيوية النظام القانوني وأداة من أدوات تطويره باستمرار ألا أنه لا يوجد أتفاق فقهي على تحديد المقصود منها .

فيذهب رأي الى ان المبدأ العام هو قاعدة القواعد القانونية وهذا يعني أن القواعد القانونية تكون تطبيقاً للمبدأ العام أذن المبدأ العام حسب وجهة النظر هذه هو الإطار العام للقواعد القانونية وعرفها الفقيه بيسكاتوري بأنها مجموعة من المبادئ التي تستخدم في توجيه النظام القانوني من حيث تنميته وتطبيقه ولو لم يكن لها دقة القواعد القانونية الوضيعية وأنظباطها، بينما يرى الفقيه ريبير إلى ضرورة تحاشي تعريف المبادئ العامة للقانون ويعتقد أن المبادئ العامة للقانون يمكن التعرف عليها عندما تقع مخالفة لها فلئن كان من الصعب تعريف المبدأ الأساس في أحترام الملكية الخاصة ألا أنه يمكن التعرف عليه عند مصادرة الملكية دون مقابل وبطريقة تحكمية [١] .

بينما عرفت المبادئ العامة للقانون على أنها قواعد قانونية غير مكتوبة يستنبطها القاضي أو يكشف عنها وهو بصدد حل النزاع المعروض أمامه [٢] .

ولقد أعطى آخرون معنى أخراً لتلك المبادئ بالقول أنها تلك المبادئ التي يقوم القضاء الإداري بأستنباطها من بين قواعد النظام القانوني بأسره ويجدها في روح التشريع وقواعد العدالة والقانون الطبيعي ومن أمثالها مبدأ المساواة أمام القانون وامام الإعباء العامة ومبدأ حسن النية[٣]. ويمكن لنا أن نعرف مبادئ القانون العامة بأنها تلك المبادئ التي يستنبطها القاضي الإداري من روح القوانين والضمير العام للجماعة والتي تنسجم مع روح العدالة الإنسانية.

والمعروف لدى الجميع أن مهمة القاضي تنحصر قي تطبيق القواعد أو النصوص القانونية على النزاعات المعروضة أمامه إلا ان ثمة أحوال تغيب فيها هذه النصوص وبالرغم

---

[١] فارس حامد عبد الكريم ، المبادئ العامة للقانون ، صـــ١ ، بحث منشور على البريد الإلكتروني http:llfarisalajrish.maktoobbloj.com تاريخ الدخول ٢٠١٥/٣/٢٨

[٢] د . سامي جمال الدين ، الرقابة على أعمال الإدارة ، الطبعة الثانية ، نشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٢ ، صـــ٢٠ نقلاً عن د . غازي فيصل مهدي و د . عدنان عاجل عبيد ، القضاء الإداري ، د . ت ، ط٢ ، ٢٠١٣ ، صـــ٣٢ .

[٣] د . يوسف حسين محمد البشير ، مبادئ القانون الإداري ، صـــ٣٣ ، https:llfacalty.sau.edu. تاريخ الدخول ٢٠١٥/٣/٢٨

من ذلك فليس للقاضي رد الدعوى بحجة غياب القاعدة القانونية وإلا عدَّ منكراً للعدالة من هنا يقوم دور القاضي بسد النقص والقصور التشريعي بخلقه أو كشفه عن المبادئ القانونية العامة التي يمكن تطبيقها على النزاع بأعتبارها موجودة في ضمير الجماعة أو في ضمير المشرع الذي يعمل على تدوينها في نص قانوني مكتوب ، لقد كان لمجلس الدولة الفضل في الكشف عن الكثير من المبادئ القانونية العامة التي يمكن أجمالها في أربع فئات على سبيل المثال وليس الحصر . وهي : -

١ – المبادئ التي قامت من أجلها الثورات العالمية وأعتنقتها ودونتها في دساتيرها كمبدأ الفصل بين السلطات والمساواة بين المواطنين بكافة أشكالها وكفالة الحقوق والحريات الفردية كالحريات الأقتصادية وحرية الفكر والعقيدة .

٢ – المبادئ المستمدة من فروع القانون الأخرى كالقانون المدني وقوانين أصول المحاكمات الجزائية والمدنية كمبدأ عدم رجعية القوانين والمسؤولية الإدارية القائمة على أساس الخطأ وحجية الأمر المقضي فيه وحقوق الدفاع وحساب مواعيد الطعن القضائي وإجراءات التبليغ القضائي .

٣ – المبادئ القانونية المستقاة من طبيعة الأشياء والسير الطبيعي والحتمي للعمل الإداري كمبدأ دوام سير المرافق العامة بأنتظام واطراد والسلطة الرئاسية ونظرية الظروف الأستثنائية .

٤ – المبادئ القانونية المتصلة بفكرة العدل والعقلانية والتي بمقتضاها مارس القضاء الإداري رقابة الملائمة وضرورة تناسب العقوبة مع المخالفة المرتكبة وعدم جواز الجمع بين العقوبات التأديبية [١] .

ولهذا يعد القضاء هو المصدر لهذه المبادئ ولكن الأصل العام أن أحكام المحاكم لا تعتبر مصدراً رسمياً ومباشراً للقواعد القانونية فدور المحاكم هو تطبيق النصوص التشريعية وتفسيرها عند غموضها وإزالة التعارض المحتمل بينها ولا يتعدى دور القاضي إلى خلق قواعد قانونية بنفسه خارج نصوص التشريع ولكن هذا الكلام يصدق على فروع القانون الأخرى غير القانون الإداري ، كالقانون المدني والقانون التجاري وغيرها ، فهذه القوانين تشتمل على القواعد التفصيلية التي تحكم كل موضوع من موضوعاتها بحيث أن القاضي وهو يحكم في المنازعات ينحصر دوره في تطبيق النصوص وتفسيرها وإذا لم يجد نصاً تفصيلاً مباشراً فهو يرجع ألى المبادئ العامة التي تضمنها التقنين ذاته في بداياته ليستلهم منها القاعدة وهو هنا أيضاً لا يخلق قاعدة قانونية جديدة لأن هذه المبادئ هي الأخرى تشريعية تضمنها التشريع ذاته لكن الوضع يختلف في القانون الإداري فمن المتفق عليه بين فقهاء القانون العام أن أحكام محاكم القضاء الإداري أي أحكام مجلس الدولة في فرنسا ومصر ومجلس شورى الدولة في لبنان هي مصدر مباشر لمبادئ وأحكام القانون الإداري بحيث يمكن القول أن دور القضاء الإداري في خلق مبادئ وإحكام وقواعد القانون الإداري تصل لحد يفوق ويتعدى بكثير في أهميته دور التشريع وهذا ما يؤكده الواقع لأن جميع مبادئ القانون الإداري العامة هي من خلق مجلس الدولة في أحكامه المختلفة والسبب في ذلك أن القانون الإداري يستحيل أن يكون له تقنين جامع مثل التقنين المدني فلا يوجد تقنين عام لقواعد القانون الإداري بل توجد تشريعات أدارية متناثرة تعنى بالقواعد التفصيلية لكل موضوع أداري على حده وهكذا وجد القضاء الأداري نفسه مضطراً لوضع مبادئ عامه للقانون الأداري من خلال الأحكام التي يصدرها لسد الفراغ التشريعي ويستقي القاضي الأداري هذه المبادئ ليس من نصوص مباشرة لعدم وجود التقنين الأداري وإنما من روح التشريعات الإدارية كما أستلهمها من روح

---

[١] د . غازي فيصل مهدي و د . عدنان عاجل عبيد ، المرجع السابق ، صـــ٣٨ .

التشريعات والتقنينات غير الإدارية كما يستوحيها من أسس التنظيم السياسي العام وضمير المجتمع .

وقد أعطى القضاء الأداري لهذه المبادئ التي خلقها قيمة التشريع البرلماني اي قيمة القانون ومن ثم فرض على الأفراد أحترامها وبالذات على الإدارة نفسها ومن أمثلة تلك المبادئ العامة للقانون التي أنشأها القضاء الأداري في فرنسا ومصر وأقرها وأنشأها ايضاً مجلس شورى الدولة اللبناني المبادئ التي تشتق من المبدأ الدستوري العام في مساواة الأفراد أمام القانون مثل مبدأ المساواة أمام المرافق العامة وأمام الوظائف العامة وأمام الضرائب ومبدأ أحترام حقوق الدفاع قبل أتخاذ أي جزاء أداري ومبدأ أحترام قوة الشيء المقضي به ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية وقد أضاف مجلس شورى الدولة اللبناني مبادئ عامة أخرى كمبدأ العدل والأنصاف ومبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب ومبدأ حرية التعاقد وهذه المبادئ تستهدف مباشرة حماية الحقوق والحريات للأفراد وهناك مبادئ عامة لحماية مصلحة المرافق العامة وسلامة الدولة مثل مبدأ دوام سير المرافق العامة ومبدأ نظرية الظروف الأستثنائية ، وألى جانب هذه المبادئ هنالك مبادئ تتعلق بنشاط الإدارة ووظيفتها الإدارية مثل قواعد المسؤولية الأدارية وأمتياز الإدارة في التنفيذ الجبري المباشر [١] .

وقد أشار البعض إلى أن مبادئ القانون العامة إما إن تكون مكتوبة أو غير مكتوبة وهذه الأخيرة تستقر في ذهن وضمير الجماعة وتمليها العدالة المثلى وهي تستند إلى المنطق والعقل والحدس وطبيعة الأشياء وقواعد العدالة والأخلاق لا تحتاج ألى نص يقررها ويمكن أن تستمد منها قواعد قانونية ملزمة يتعين الخضوع لها ، ويعمل القاضي على الكشف عنها وتقريرها مستلهماً إياها من روح التشريع فيعلنها من خلال أحكامه معطياً إياها القواعد الإلزامية ومن ثم يتعين على الجميع إحترامها والألتزام بها ويعد كل تصرف مخالفاً لها معيباً بعيب مخالفة القانون وكثيراً من تلك المبادئ تحولت إلى قواعد قانونية مكتوبة عندما يتبناها المشرع وهو بصدد سن التشريعات المختلفة وحسب وجهة النظر هذه يتنوع مضمون المبادئ العامة بحسب طبيعة المجال القانوني الذي تعمل فيه ألا أنه يمكن إرجاعها من حيث أساسها وجوهرها إلى مبدئين أساسيين هما مبدأ الحرية ومبدأ المساواة فالحرية حق أنساني أصيل وأحترام حرية الإنسان تشتق منه عقلاً ومنطقاً المبادئ الآتية : -

مبدأ أحترام الحقوق المكتسبة ومبدأ عدم رجعية القرارات الأدارية ومبدأ ضرورة سير المرفق العام بأنتظام ومبدأ خضوع كل سلطة إدارية للرقابة ومبدأ حق الدفاع في المحاكمات التأديبية وغيرها ، أما المبادئ التي ترجع إلى مبدأ المساواة فهي مبدأ المساواة أمام القانون ومبدأ المساواة في الأنتفاع بالمرافق العامة ومبدأ المساواة أمام الإعباء العامة ومبدأ المساواة في المعاملة وغيرها[٢] .

وبعد أن تطرقنا إلى التعريف بالمبادئ العامة يمكننا أن نتساءل عن القيمة القانونية لتلك المبادئ وهل تتمتع بنفس قوة الألتزام للقواعد القانونية الأخرى هذا ما سنتطرق أليه في الفرع الأتي : -

الفرع الثاني
القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون

---

[١] د . محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ وأحكام القانون الأداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، صـ٦٥ ، وما بعدها .

[٢] فارس حامد عبد الكريم ، المرجع السابق ، صـ٣ .

إن المبادئ القانونية المشار أليها وغيرها هي ملزمة للإدارة ويتوجب عليها أحترامها فأن خرجت عليها اصبح عمل موصوماً بعيب مخالفة القانون مما يغدو حقيقاً بالإلغاء وعلى هذا الأساس تعد المبادئ العامة للقانون مصدراً أساسياً من مصادر المشروعية ولكن ما هي درجة القوة الالزامية لتلك المباديء هذا ما سنبينه عبر البندين الاتيين:

اولاً : الاتجاه القائل بمساواتها مع القواعد الدستورية

مع التسليم بإلزامية المبادئ العامة للقانون إلا أن خلافاً فقهياً دار حول درجة ألزاميتها ففي فرنسا وقبل صدور دستور ١٩٥٨ ذهب أتجاه إلى تقرير قوة التشريع العادي للمبادئ القانونية إذ يتوجب على الإدارة التقيد بها كما تتقيد بأحكام التشريع العادي ألا ان القضاء الفرنسي نجده أحياناً يعطي أهمية للمبادئ تفوق النصوص القانونية المخالفة لها ، فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قضائه إلى تمكين صاحب الشأن من الطعن أمامه بالقرار بدعوى الإلغاء بالرغم من وجود نص تشريعي صريح يمنعه من سماع الدعوى وهذا ما ظهر جلياً في حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٧ / شباط / ١٩٥٠ في قضية دام لاموت أي أن المشرع يمنع الطعن بنص تشريعي مكتوب والقضاء يرفض الخضوع لهذا النص ويقرر مبدأً عاماً معتبره أعلى مرتبة من النص التشريعي وهذا المبدأ هو حق التقاضي [١].

أما بعد صدور دستور ١٩٥٨ فقد ذهب الفقه إلى منحها قوة قانونية مساوية للنص الدستوري وقد ساير المجلس الدستوري هذا الأتجاه رغبة منه في تقييد اللوائح المستقلة الصادرة بالأستناد الى المادة ٣٧ من الدستور إذا ما تم التسليم لتلك اللوائح بقوة القانون العادي لهذا قضى في حكمه الصادر في ٢٥ / ٧ / ١٩٧٩ بأن مبدأ دوام سير المرافق العامة بأنتظام وأطراد يتمتع بقيمة دستورية [٢] .

ثانياً: الاتجاه القائل بمساواتها مع القواعد التشريعية العادية

في فرنسا كان الاتجاه قبل دستور ١٩٥٨ يسير حول اعطاء المباديء العامة قوة القانون العادي اما في مصر فإن الفقه مختلف أيضاً حول مدى درجة الألزام للمبادئ القانونية العامة فالبعض يرى بأنها بمستوى القانون العادي إي لها قيمة التشريع البرلماني ومن ثم فرض على الأفراد أحترامها وبالذات على الإدارة نفسها بحيث اذا أصدرت قراراً مخالفاً لها فهو يعتبر غير مشروع يقبل الإلغاء والتعويض وهذا الألتزام من جانب الإدارة بأحترام المبادئ العامة للقانون لا ينطبق فقط على القرارات الأدارية الفردية بل اللائحية أيضاً [٣] ، وهنالك رأي أخر ينزل بالمبادئ العامة للقانون إلى منزلة أدنى من التشريع العادي لأنها من أكتشاف القضاء وما دام القاضي ملزم بأحترام النصوص المكتوبة لذا لا يستطيع الخروج عنها [١] .

وهنالك من الفقهاء من يرى أن درجة الألزام لهذه المبادئ تختلف درجاتها بحسب مصادر أستنباطها فإذا كانت مستنبطة من روح النصوص الدستورية فهي ذات قيمة دستورية وإذا

---

[١] د . غازي فيصل مهدي ، محاضرات غير مطبوعة وغير منشورة ألقيت على طلبة الدكتوراه للعام الدراسي ٢٠١٤ – ٢٠١٥ في كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، بغداد

[٢] د . غازي فيصل مهدي و د . عدنان عاجل عبيد ، المرجع السابق ، صـ٣٩ .

[٣] د . محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق ، صـ٦٥ .

[١] د . فهد عبد الكريم العثم ، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٦ ، صـ٨٢ .

كانت مستنبطة من روح التشريعات العادية فهي ذات قيمة قانونية عادية أما أذا كانت لا هذه ولا تلك فأن لها قيمة التشريعات الفرعية (اللوائح) [٢] .

وقد أصدر مجلس الدولة المصري عدة قرارات أستند فيها ألى المبادئ القانونية العامة وأنزلها بمنزلة التشريع العادي منها على سبيل المثال أحكام محكمة القضاء الأداري المصري فيما يتعلق بالضمانات الأساسية في الإجراءات القضائية والتأديبية على حدٍ سواء أي أنه ليس للسلطات المختصة أن تعاقب موظفاً ألا بعد أطلاعه على المخالفات المسندة أليه وتمكينه من تحضير وسائل دفاعه وحق الدفاع في هذا المجال هو حق أصيل أي أن لكل فرد أن يتمسك به ولو لم يوجد نص يخوله إياه ويترتب على ذلك أن الإخلال بحق الدفاع من شأنه أن يبطل إجراءات التحقيق والمحاكمة وقد جاء في حكمها (إذا بان بأن التحقيق الذي قام عليه القرار المطعون فيه لم يسمع فيه دفاع المدعي بعد توجيه تهم محددة أليه فأخل بذلك بأهم الضمانات الواجب توافرها في محاكمة الموظفين لدى توقيع الجزاءات عليهم ومن ثم يكون القرار المطعون فيه الذي قام على مثل هذا التحقيق الذي أهدرت فيه تلك الضمانات الأساسية وهي عدم الإخلال بحق الدفاع الذي يجب توفيره للموظف قبل توقيع هذا الجزاء الشديد عليه)[٣].

أما في العراق فبعض الفقهاء يرى بأنها متدرجة القيمة فبعضها لها قيمة دستورية وأخرى لها قيمة القواعد العادية وثالثه أدنى من القانون أي بمستوى اللوائح [٤]. بينما يرى آخرون بأن المبادئ العامة التي ينشأها القضاء تبقى قيمتها القانونية فيما شابه من المسائل ما دام لم يصدر من السلطة التشريعية أو السلطة اللائحية ما يخالفها، وما لم يتحول القضاء نفسيته عنها ألى قواعد ومبادئ جديدة علماً أن دور القضاء لا يقتصر على أنشاء القاعدة القانونية في حالة عدم وجود نص تشريعي أو تنظيمي وإنما يظهر دوره هذا كذلك في حالة وجود مثل هذه النصوص ولكنها غير محددة الصياغة [٥]. ونعتقد ان القضاء العراقي اعطاها قيمة القواعد العاديه كما سنرى.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لأستنباط المبادئ القانونية

أن الأصل في القواعد القانونية ومنها المبادئ القانونية يجب أن تكون مكتوبة أي مصدرها المشرع كون التشريع هو من أختصاص السلطة التشريعية ودور القضاء ينحصر في تطبيق القواعد القانونية الصادرة من السلطة التشريعية دون أن يتعدى ألى خلق قاعدة قانونية ولاجل تسليط الضوء على هذا الموضوع سنبحثه عبر الفرعين الاتيين:

الفرع الاول

موقف الفقه

إن الدول التي تتشابه أنظمتها القانونية لا تعتبر القضاء بحسب الأصل مصدراً رسمياً للقانون وإنما مصدراً تفسيراً فقط ففي هذه الدول لا تلتزم المحاكم بما سبق إن تبنته من قواعد في أحكام سابقة ولا بما قررته المحاكم الأخرى مهما علت درجاتها فالقاضي يرجع بالأحكام ألى الأحكام السابقة لمجرد الأستئناس بها في التعرف على حقيقة القاعدة الواجبة التطبيق دون

---

[٢] د . محمد رفعت عبد الوهاب ، محاضرات غير مطبوعة وغير منشورة ألقيت على طلبة الماجستير في كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة بيروت العربية ، لبنان ، للعام الدراسي ٢٠٠٩ / ٢٠١٠ .

[٣] فارس حامد عبد الكريم ، المرجع السابق ، صـ١٠ .

[٤] د . محمد علي جواد ، القضاء الأداري ، توزيع المكتبة القانونية ، بغداد ، د . ت ، صـ٤١ .

[٥] د . علي محمد بدير و د. عصام البرزنجي ، د . مهدي ياسين سلامه ، مبادئ وأحكام القانون الأداري ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢ ، صـ٥٥ .

أن يكون ملزماً بما انتهت أليه تلك الأحكام في تفسير القاعدة سواء أكانت تلك الأحكام صادرة من نفس المحكمة أو محكمة أخرى سواءٌ أصدرت من محكمة دنيا أو محكمة عليا وعلى ذلك فان القضاء في هذه الدول لا يعتبر بحسب الأصل مصدراً رسمياً للقانون ذلك لأن أحكامه ليست لها حجه تقتصر على أطراف النزاع كما أنها من ناحية أخرى ليست سوى وضع القواعد القانونية المكتوبة والعرفية موضع التنفيذ وإنزال حكمها على موضوع النزاع فهي أذن ليست مصدراً رسمياً وإنما مصدراً تفسيراً ليس ألا وإذا كان هذا الرأي صحيحاً بحسب الأصل بالنسبة للأحكام القضائية التي يصدرها القضاء المدني أو القضاء العادي وهو يطبق أحكام القانون المدني ألا أنه ليس صحيحاً على أطلاقه بالنسبة للأحكام التي تصدر عن القضاء الإداري أو القضاء العادي في المسائل الإدارية ، ولعل الفارق بين القضائين هو وجود تقنين موحد للقانون المدني فحين يتصدى القاضي المدني للحكم في مسألة مدنية يجد أمامه مجموعة كاملة من القواعد القانونية القابلة للتطبيق ويمكن إن يطبق احدهما على النزاع المعروض ، أما في الحالات التي لا يوجد لها نص صريح فيكون القاضي ملزماً بأستنباط الحكم القانوني وذلك بالرجوع ألى المبادئ العامة التي أوردتها نصوص القانون المدني قبل غيرها من المبادئ التي تمثل مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة التي يتوخاها المشرع [١] .

أما القاضي الأداري فحينما يتصدى ألى مسألة إدارية فانه لا يجد مجموعة متكاملة من القواعد القانونية قابلة للتطبيق على النزاع المعروض أمامه لأن القانون الأداري قانوناً غير مقنن وأنما هو عبارة عن تشريعات أدارية قليلة ومتناثرة وقد تكون كثيرة ولكنها خالية في معظم الأحيان من النص على المبادئ العامة للقانون الأداري وهو في الغالب لا يجد من هذه التشريعات النص الذي ينطبق على النزاع المعروض عليه فيتولى بنفسه أنشاء المبادئ العامة للقانون الأداري كما يتولى أستنباط الحكم القانوني الواجب التطبيق على النزاع المعروض دون ان يكون مقيداً بالمبادئ القانونية المدنية كما هو شأن القاضي المدني ، وحيث يقوم القاضي بأبتداع القاعدة القانونية وتطبيقها في الخصومة المعروضة أمامه والتي لا يجد في نصوص القوانين حلاً لها فأن حكم القضاء يكون هو المصدر الوحيد بل والمصدر الرسمي للقانون فحكم القضاء هنا يكون مصدراً رسمياً للقانون في خصوصية هذا النزاع [٢] .

ومهما يكن من أمر القواعد القانونية التي ينشأها القضاء في فروع القانون الأخرى غير القانون الأداري فأن هذه القواعد تعتبر ثانوية بالنسبة للنصوص القانونية ومكمله لها ومهمة القضاء في هذه الحالة تقتصر على تفسير النصوص القائمة وعند الأقتضاء يتولى بسط الحلول التي تقررها هذه النصوص على الظروف الجديدة وسد النقص الذي تتناوله هذه النصوص إلا أن الوضع يختلف تماماً عما هو عليه في القانون الأداري فان أحكام القضاء هي المصدر الأساسي للقانون بل أن النظرية العامة للقانون الأداري تتألف من القواعد التي يضعها القضاء في أحكامه فإلى أحكام مجلس الدولة في فرنسا يرجع تشييد معظم نظريات القانون الأداري مثل نظرية المرفق العام ونظرية الضبط الأداري ونظرية العقد الأداري ونظرية الظروف الطارئة ونظرية المسؤولية الإدارية ونظرية تجاوز أستعمال السلطة هذه النظريات هي جوهر القانون الأداري هي من صنع القضاء الأداري وعلى هذا الأساس يقول الفقيه فيدل أن القانون الأداري ليس قانوناً تشريعياً من وضع السلطة التشريعية إذ لا تشكل القوانين التي تضعها هذه

---

[١] د . محمد علي بدير و د . عصام البرزنجي و د . مهدي ياسين سلامه ، المرجع السابق ، صـ٥١.

[٢] د . ثروت بدوي ، مبادئ القانون الإداري ، المجلد الأول ، أصول القانون الأداري وأسسه وخصائصه ، دار النهضة العربية ، مصر ، ١٩٦٦ ، صـ٩٧ .

السلطة سوى مصدراً أحتياطياً أو أضافياً لهذا القانون في حين يشكل القضاء المصدر الأساس له [١] .

الفرع الثاني
موقف التشريعات

لقد أعترف المشرع الفرنسي بالدور الإنشائي للقضاء في القانون المدني الصادر عام ١٨٠٤ حيث تنص المادة الرابعة منه على مايلي (أن القاضي الذي يرفض أن يحكم بحجة سكوت التشريع أو غموضه أو عدم كفايته يعد مرتكب لجريمة الأمتناع عن الحكم) بهذه المادة تفرض على القاضي وجوب الفصل في النزاع لكنها في الوقت ذاته لم تحدد طريقة معينة ملزم بأتباعها في سد النقص التشريعي [٢] .

كما أعترف المشرع المصري نفسه بالدور الإنشائي لمجلس الدولة في خلق مبادئ وقواعد القانون الأداري فالمذكرة الإيضاحية لأحد القوانين المنظمة لمجلس الدولة وهو القانون ذو الرقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ قد أفصحت عن الطبيعة الإنشائية الخلاقة للقضاء الأداري بقولها (أن القانون الأداري يفترق عن القوانين الأخرى كالقانون المدني أو التجاري في أنه غير مقنن وأنه ما زال مقتبل نشأته وما زالت طرقه غير معبده لذا يتميز القضاء الأداري بأنه ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني بل هو في الأغلب قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسيرها للمرافق العامة وبين الأفراد وهي روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص). وكذلك قانون مجلس الدولة الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ أقر بالسلطة الملزمة لأحكام المحكمة الإدارية العليا وهي أعلى محكمة وتحتل قمة محاكم مجلس الدولة حيث نصت المادة ٢٢ من هذا القانون على أن الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الأداري في الطعون المقدمة أليها في أحكام المحاكم الإدارية لا يجوز الطعن فيها أمام المحكمة الإدارية العليا إلا من رئيس هيئة مفوضي الدولة وذلك أذا صدر الحكم على خلاف ما جرى عليه قضاء المحكمة الأدارية العليا أو أذا كان الفصل بالطعن يقتضي مبدأ قانوني لم يسبق لهذه المحكمة (الأدارية العليا) تقريره وهذا يعد تسليماً من المشرع بدور المحكمة الأدارية العليا في أنشاء مبادئ القانون الأداري بحكم موقعها العالي [٣] .

وقد قررت المحكمة الأدارية العليا المصرية في حكم مهم من أحكامها أنه يجب التنبيه ألى أن روابط القانون العام تختلف في طبيعتها عن روابط القانون الخاص وإنها لا تطبق وجوباً على روابط القانون العام إلا إذا وجد نص يقضي بذلك فلا يلتزم القضاء الأداري بتطبيق القواعد المدنية وأنما تكون له حريته وأستقلاله في أبتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام بين الإدارة في قيامها على المرافق العامة وبين الأفراد فله أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلائم معها وله ان يطورها بما يحقق التلائم وهنا يتميز القضاء الأداري عن القضاء المدني في انه ليس مجرد قضاء تطبيقي مهمته تطبيق القانون بل هو على الأغلب قضاء أنشائي وذلك حسب أحتياجات المرافق العامة ومقتضيات حسن سيرها وإيجاد مركز التوازن والموائمة بين ذلك وبين المصالح الفردية فأبتدع نظرياته التي أستقل بها في هذا الشأن أو سبق بها القانون الخاص سواء في علاقة الحكومة بالموظف او في المرافق

---

[١] د . محمد علي بدير و د . عصام اليرزنحي و د . مهدي ياسين سلامه ، المرجع السابق ، صـ٥٣.

[٢] د . خلف محمود الجبوري . دور القاضي في سد القصور في القانون الأداري ، بحث منشور على البريد الألكتروني .

[٣] د . محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ وأحكام القانون الأداري ، المرجع السابق ، صـ٦٧ و ٦٨ .

العامة وضرورة أستدامتها وحسن سيرها أو في العقود الأدارية أو في المسؤولية أو غير ذلك من مجالات القانون العام [١] .

هذا ومن جانب أخر فأن القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٥ بشأن مجلس الدولة المصري أنتهى بأن جعل للمحكمة الأدارية الكلمة النهائية في فهم القانون الأداري وفي تأصيل أحكامه وتنسيق مبادئه وأستقرارها ومنع التعارض بين الأحكام مما يفهم منه أنه قد جعل من قضاء هذه المحكمة العليا المصدر الرسمي النهائي لأحكام القانون الأداري ونظرياته وقد تأكد هذا المسلك من المشرع المصري فيما قرره بشأن تحديد ولاية المحكمة الأدارية العليا في التعقيب على الأحكام النهائية الصادرة من دوائر محكمة القضاء الأداري أو من المحاكم الأدارية فجعل من أسباب الطعن في هذه الأحكام مخالفة أحداها لحكم سابق حائز لقوة الشيء المقضي به ويعني ذلك أنه يتعين على القاضي الأداري في مصر أن ينزل على مقتضى المبادئ التي تقررها المحكمة أذا أراد أن يتفادى الطعن في حكمه بالنقض ومن هنا ننتهي ألى القول بضرورة ألتزام الإدارة بأحكام القضاء الأداري المستقر حسبماً قررته باستمرار مبادئ المحكمة الأدارية العليا [٢] .

هذا فيما يخص الأساس لأستنباط المبادئ القانونية للقضاء الأداري في مصر حيث تبين لنا أن المشرع المصري في قوانين مجلس الدولة أشار مرة بشكل صريح ألى حق القضاء الأداري في أنشاء القاعدة القانونية المتمثلة بالمبدأ القانوني ومرة أخرى أشار بشكل ضمني من خلال التسليم للمحكمة العليا بهذا الدور وفقاً لما مشار أليه أعلاه في شرح المادة (٢٢) لكن ما هو الأساس القانوني لحق القضاء الأداري العراقي في أستنباط تلك المبادئ . أننا نجد من خلال تفحص نصوص قانون مجلس شورى الدولة ذا الرقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ بوصفه القانون المعني بموضوع الأساس القانوني لدور القاضي الأداري في أنشاء القاعدة القانونية بالدرجة الأولى فلم نجد نصاً يشير ألى إعطاء هذا الدور ألى القضاء الأداري العراقي غير ان المادة (٧ / حادي عشر) تشير ألى سريان أحكام قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وقانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ وقانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ وقانون الرسوم العدلية رقم ١١٤ لسنة ١٩٨١ في شأن الإجراءات التي تتبعها المحكمة الأدارية العليا ومحكمة القضاء الأداري ومحكمة قضاء الموظفين فيما لم يرد فيه نص خاص في هذا القانون [١] .

وحيث إن المادة المذكورة تحيل ألى قانون المرافعات المدنية في ما يتعلق بشأن كافة الإجراءات التي لم يتطرق أليها قانون مجلس شورى الدولة وذلك بأعتبار قانون المرافعات شريعة عامة ومرجع للإجراءات فيما لم يرد بشأنه نص ولكون المادة (٣٠) من قانون المرافعات تنص على أنه " لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق ويعد أيضاً التأخير غير المشروع في إصدار الحكم أمتناعاً عن إحقاق الحق " [٢] .

وحسب شرح أحد الكتاب أن النص أذا كان غامضاً فيصار ألى وسائل تفسيره وليس الأمتناع عن تطبيقه لأن الأمتناع عن تطبيق القانون يعتبر إلغاء له ، أما في حالة فقدان النص

---

[١] حكم المحكمة الأدارية العليا في ١ / ٦ / ١٩٥٦ مجموعة مبادئ المحكمة الأدارية العليا السنة الأولى ، صـ٨٠٧ ، نقلاً عن د . محمد علي بدير و د . عصام اليرزنحي و د . مهدي ياسين سلامه، المرجع السابق ، صـــ٥٣ .

[٢] د . محمد علي بدير و د . عصام اليرزنحي و د . مهدي ياسين سلامه ، المرجع السابق ، صـــ٥٤.

[١] المادة (٧ / حادي عشر) من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

[٢] المادة ٣٠ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .

فيصار ألى تطبيق المادة الأولى من القانون المدني العراقي كمصدر مساعد للوصول ألى القرار القضائي المطلوب [٣] ، علماً أن المادة المشار أليها من القانون المدني قد بينت المصادر التي يستقي منها القاضي القاعدة القانونية المراد تطبيقها على النزاع المعروض عليه بدءً بالنصوص التشريعية التي تسري على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها وهذا يدل على أن القاضي يستطيع أن يستلهم القاعدة القانونية من فحوى التشريعات ثم أذا لم يجد نص تشريعي يلجأ ألى العرف ثم ألى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة ألى نصوص هذا القانون فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة وهنا فتح باب الأجتهاد للقاضي في أنشاء القاعدة القانونية وله أن يسترشد بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب مع القوانين العراقية [٤] .

فمن خلال النصين المذكورين نص المادة ٣٠ من قانون المرافعات المدنية ونص المادة الأولى من القانون المدني نجد ان المشرع العراقي على مستوى المسائل المدنية سمح للقاضي بالاجتهاد في حالة غموض النصوص أو نقصها وذلك لسد الفراغ التشريعي وإيجاد القاعدة القانونية التي يمكن إن تنطبق على المسألة المعروضة أمامه هذا مع التسليم بأن قواعد القانون المتعلقة بالمسائل المدنية مقننة وفي مجموعات متكاملة ورغم ذلك فالمشرع العراقي أستشرف المستقبل وتوقع إن يعرض نزاعاً على القاضي لم يجد له نصاً تشريعياً يطبقه على ذلك النزاع أو أن النص المطلوب تطبيقه غامضاً ألى حد ما فسمح للقاضي بالرجوع ألى فحوى التشريعات ثم ألى العرف ومبادئ الشريعة ومن بعدها ألى قواعد العدالة وذلك بغية سد النقص التشريعي .

هذا بخصوص المسائل المدنية فما بالك بالمسائل الأدارية التي لا توجد قواعد قانونية متكاملة لتغطيتها فمن باب أولى أنه يلجأ القاضي الاداري ألى روح التشريعات وإلى الأجتهاد في خلق القاعدة القانونية والتي يعبر عنها بالمبادئ القانونية العامة لكي يطبقها على النزاع المعروض أمامه وهو في هذا المجال ليس مختاراً في ذلك وأنما مجبراً بنص القانون على خلق تلك القاعدة وتطبيقها على النزاع المعروض عليه وذلك لان المادة (٧) البند حادي عشر من قانون مجلس شورى الدولة قد أوجبت على القاضي الرجوع ألى قانون المرافعات المدنية بشأن أي أجراء لم يرد فيه نص ، فإذا واجه القاضي حالة عدم وجود نص تشريعي أداري وهو في الغالب ما يكون هكذا فيجب عليه ان يخلق الحل المناسب للمسألة المعروضة أمامه وليس له ان يدعي بعدم وجود تلك القاعدة وإلا عد ممتنعاً عن إحقاق الحق (منكراً للعدالة) ، ولكي لا يكون القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق وبالتالي منكراً للعدالة لا بد له من الأجتهاد حتى وإن كان هنالك نص فقد يكون النص غامضاً مما يوجب على القاضي الأجتهاد لإزالة غموض النص للوصول ألى الحكم العادل في النزاع المعروض عليه وبما يحقق العدالة[١] .

لا بل أكثر من ذلك نجد ان المشرع العراقي في قانون العقوبات النافذ في المادة ٣٣٠ عاقب بالحبس كل موظف أو مكلف بخدمة عامة أمتنع بغير حق عن أداء عمل من الأعمال وظيفته أو أخل عمداً بواجب من واجباتها نتيجة لرجاء أو توجيه او وساطة أو لأي سبب اخر غير مشروع ، وبما ان القاضي يدخل ضمن معنى الموظف بدلالة المادة((١٩ فقرة (٢) التي عرفت المكلف بخدمة عامة بأنه كل موظف أو مستخدم أو عامل انطويت به مهمة

---

[٣] د . أدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١١ ، صـ٣٥ .

[٤] المادة الأولى من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

[١] عواد حسين ياسين العبيدي ، إجتهاد القاضي في مورد النص بين نهي التشريع ومقتضيات العدالة ، مجلة التشريع والقضاء ، العدد الرابع ، ٢٠١١ ، صـ٩٩ .

عامة...)) ولكون القاضي يقوم بمهمة عامه وهي القضاء فأن أي مخالفة منه لنصوص القانون يعتبر مرتكباً للجريمة المذكورة فإذا أمتنع القاضي الأداري عن الفصل في الدعوى بحجة عدم وجود قاعدة قانونية تنطبق على النزاع المعروض أمامه فأن فعله هذا يكون منطبقاً للمادة الجزائية المذكورة لأنه يعتبر أخلالاً عمدياً بواجب من واجبات وظيفته التي حددتها المادة ٣٠ من قانون المرافعات والمادة ٧ فقرة حادي عشر من قانون مجلس شورى الدولة وأن سبب هذا الإخلال غير مشروع، هذا فضلاً عن أنطباق المادة ٣٤١ على فعله والتي تتناول خطأ المرفق الجسيم الذي يلحق ضرراً بالآخرين سواءً الدولة أو الأشخاص والناجم عن أخلال جسيم بواجبات وظيفته [٢].

وحيث أن الأمتناع عن إحقاق الحق يشكل أخلالاً جسيماً بالمادتين المذكورتين ٣٠ من قانون المرافعات و ٧ من قانون مجلس شورى الدولة مما يمكن القول انطباق المادة ٣٤١ على فعله هذا، وفي نهاية المطاف يمكن أن نتوصل وبشكل جازم ألى إن أساس المبادئ القانونية المستنبطة من قبل القضاء الأداري يكمن في نصي المادتين ٧ البند حادي عشر والمادة ٣٠ من قانون المرافعات المدنية بأعتباره المرجع في كل ما يرد بشأنه نص في قانون مجلس شورى الدولة وحيث أن بعض قواعد القانون الأداري غير مقننة وحيث توجد منازعات إدارية أمام القضاء بحاجة ألى قاعدة قانونية تنطبق عليها فلا بد والحالة هذه من أن ينهض دور القضاء الأداري في أنشاء القاعدة القانونية المتمثلة بالمبادئ القانونية العامة وإن دوره هذا ليس أختياراً لا بل أجبارياً تفرضه عليه القوانين .

---

[٢] المادتين ٣٣٠ و ٣٤١ من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .

المبحث الثاني

بعض المبادئ القانونية وتطبيقاتها القضائية

سنتكلم في هذا المبحث عن بعض المبادئ القانونية التي أستنبطها القاضي الأداري وأصبحت قواعد ملزمة وتتمثل هذه المبادئ بما يأتي مبدأ عدم رجعية القرارات الأدارية ومبدأ الحق المكتسب ومبدأ دوام أنتظام سير المرافق العامة ومبدأ المساواة أمام المنتفعين وبغية تناولها بشيء من التوضيح سنقسمها ألى قسمين في الأول نتناول مبدأ الحق المكتسب وعدم رجعية القرارات الأدارية وفي الثاني مبدأ أنتظام سير المرافق العامة والمساواة أمام المنتفعين بالمرافق العامة .

المطلب الأول

مبدئا الحق المكتسب وعدم رجعية القرارات الأدارية

في هذا المبحث يجب التطرق ألى مفهوم الحق المكتسب وأساسه وتطبيقاته القضائية ثم مبدأ عدم رجعية القرارات الأدارية ولتسليط الضوء عليهما سنتناولهما تباعاً عبر الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

مبدأ الحق المكتسب

للاحاطة بمضمون هذا المبدا سنلقي الضوء عليه من خلال البندين الاتيين:

اولاً: مفهوم الحق المكتسب

يعتبر الحق المكتسب من المبادئ القانونية التي أقرها القضاء الأداري والتي تنطوي على أن هنالك حقاً لا يجوز المساس به وقد أختلف الفقهاء حول تعريف الحق المكتسب فمنهم من يذهب ألى عدم وجود معنى محدد لتعريف الحق المكتسب في أحكام القضاء ومنهم من عرفه على أنه هو ذلك الحق الذي لا يجوز للقاضي أن يمسه بسوء أو يسلبه صاحبه بحجة تطبيق قانون مستجد ويرى البعض أن هذا التعريف معيب لأنه من شروط التعاريف أن تعرف بحقيقتها لا بالنتائج والآثار المترتبة عليها فالأثر أو النتيجة هي خارج مفهوم الشيء المعّرف ، بينما عرفه آخرون على أنه الحق الذي يدخل في الذمة وقد أنتقد البعض هذا التعريف من جانب أنه عرف الحق بالحق وانه غير مانع أي أنه يشمل الحقوق التي يكتسبها الشخص والتي من الممكن المساس بها كما هو الحال بالنسبة ألى الحقوق التي يكتسبها الشخص من قرارات أدارية معيبة ولم تتحصن بمضي المدة المحدد للطعن فتتمكن الإدارة من إلغاء قرارها الذي تضمن حقوقاً للأفراد مما يمكن القول إن هذا الحق لا يعد حقاً مكتسباً قبل فوات مدة الطعن في القرارات الأدارية المعيبة .

وعلى هذا الأساس عرف آخرون الحق المكتسب في مجال القانون الأداري على أنه وضع شرعي بموجبه تتحصن المنفعة التي حصل عليها الشخص جراء قانون أو قرار أداري من الإلغاء أو التعديل ويقصد بهذا التعريف أن هنالك مركزاً قانونياً يرتبه القانون للشخص يحصل بموجبه على منفعة مادية أو معنوية هذه المنفعة محصنه ضد أي أجراء قانوني أو أداري [١]، هذا فيما يخص مفهوم الحق المكتسب أما عن أساسه القانوني سنتناوله في البند الآتي.

ثانياً : أساس الحق المكتسب ومصادره

يستند الحق المكتسب الى عدة أسس في تقريره فمن هذه الأسس هو مبدأ العدالة حيث تقتضي مبادئ العدالة بعدم جواز حرمان الشخص من حق أكتسبه بالماضي كما يستند الحق

---

[١] د . زياد خالد المفرجي ، الحق المكتسب في القانون الأداري ، د ن ، ٢٠٠٨ ، ص٩.

المكتسب ألى مبدأ أخر لا يقل أهمية عن مبدأ العدالة وهو مبدأ أستقرار المراكز القانونية ، ويقضي هذا المبدأ بضرورة عدم بقاء المراكز القانونية مهددة ألى ما لا نهاية ويقصد بهذا المبدأ هو مجموعة الحقوق والألتزامات التي يتمتع بها شخص معين كالمركز القانوني الذي يشغله الموظف في القانون العام وهو على نوعين مراكز قانونية نظامية ويطلق عليها المراكز القانونية التنظيمية للدلالة على عمومية مضمون هذه المراكز وتتميز بأن مضمونها واحد لجميع الأفراد الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية المطلوبة لأكتسابها . أما النوع الثاني فهي المراكز القانونية الفردية ويطلق عليها بالمراكز القانونية الشخصية للدلالة على طابعها الشخصي وبهذا تتميز هذه المراكز بان مضمونها واحد ألا أنه مختلف من شخص ألى أخر ومثالها المركز الذي يشغله المتعاقد في العقود الأدارية وأن الأثر المترتب على هذه المراكز يختلف بحسب نوعها فالمراكز التنظيمية يجوز تعديلها اي تعديل مضمونها وهذا التعديل يسري على جميع الأشخاص من الذين يشغلون هذه المراكز دون أمكانية الأحجاج بفكرة الحقوق المكتسبة بينما لا تتأثر المراكز الشخصية بالتعديل لهذا يقال أن المراكز الشخصية غير قابلة للمساس بها ومن هنا يأتي تصور أرتباط فكرة الحقوق المكتسبة بالمراكز القانونية لأن المراكز القانونية هي مجموعة من الحقوق والألتزامات سواء كانت مراكز فردية أم ذاتية فالحق المكتسب قد ينشأ من القرارات التنظيمية أو القرارات الفردية [١] .

وإلى جانب ذلك فان من الأسس التي يستند أليها الحق المكتسب هو الدساتير والقوانين وبهذا السبب ذهب القضاء الدستوري المصري ألى التأكيد على أن الأثر الرجعي للقوانين إذا أمتد ألى إلغاء الحقوق المكتسبة فأن هذا الأثر يتحول ألى أداة لإهدار قوة القوانين السابقة والمحكمة المذكورة قد أستخلصت هذا المبدأ (مبدأ الحق المكتسب) من جملة نصوص دستورية كالمادتين ٦٤ و ٦٥ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ واللتين تنصان على أن (سيادة القانون أساس الحكم في الدولة) (وأن تخضع الدولة للقانون ....) فضلاً عن المواد الأخرى التي تتضمن عدم رجعية القوانين ألى الماضي [٢] . والتي تقابلها نصوص دستورية في الدستور العراقي الحالي لعام ٢٠٠٥ كالمادة (١٩) البند تاسعاً (ليس للقوانين أثر رجعي ما لم ينص على خلاف ذلك ...) فضلاً عن المادة (٥) (السيادة للقانون ...) والقول بخلاف ذلك أي في حالة المساس بالحقوق المكتسبة التي حصل عليها أصحابها في ظل القوانين السابقة يعد أهداراً لتلك القوانين ومساساً بالنصوص الدستورية أعلاه فأي سيادة للقانون إذا أهدرت قيمته فيما بعد .

أما عن الأساس القانون للمبدأ المذكور في القوانين نذكر على سبيل المثال قانون وزارة التعليم العالي رقم (٤٤) لسنة ١٩٨٨ نص على وجوب أحترام الحقوق المكتسبة بقوله (لا تسري أحكام هذا القانون على الحقوق التي أكتسبها أصحابها قبل صدوره ويحتفظون جميعاً بمراتبهم العلمية ومناصبهم الأدارية ومرتباتهم وبجميع حقوقهم في الترقية والترفيع أثناء خدمتهم وفقاً للقواعد القانونية والإدارية التي كانت سارية قبل نفاذ هذا القانون) [٣] .

---

[١] د . سليمان الطماوي ، الوجيز في القانون الأداري ، دار الفكر العربي ، ١٩٦٧ ، صـ٥٢٦ .

[٢] حكم المحكمة الدستورية في مصر رقم ١٣١ ، سنة قضائية ٢٢ ، ٧ / يوليو / ٢٠٠٢ نقلاً عن د . زياد المفرجي ، المرجع السابق ، صـ١٠ .

[٣] المادة (٤٤) من قانون وزارة التعليم العالي .

والمثال الأخر على القوانين التي تعد أساساً لهذا المبدأ هو قانون التقاعد الموحد حيث ورد في المادة (٣٠ / أولاً / أ) على أنه (تعدل رواتب المتقاعدين قبل نفاذ هذا القانون ....دون المساس بحقوقهم المكتسبة) [١] .

وقد يتساءل البعض أذا كان هذا المبدأ مذكور في القوانين فما هو دور القضاء الأداري في أنشائه إذ أن الذي أنشأه هو المشرع عند النص عليه في القوانين المذكورة وما دور القاضي الا تطبيق هذه النصوص لكن الأمر بصدد دور القاضي هو ليس كذلك في الواقع فهذا المبدأ تتناوله بعض القوانين وليس جميعها وعندما تعرض قضية معينة على القاضي الأداري تنطبق عليها القوانين التي خلت من النص على هذا المبدأ فالقاضي هنا في هذه الحالة هو الذي ينشأ ذلك المبدأ ويطبقه على المسألة المعروضة أمامه لأنه ليس ملزماً بتطبيق النص الوارد في قانون وزارة التعليم العالي على مسالة معروضة أمامه تتعلق بقانون الخدمة المدنية مثلاً ومن هذا المنطلق يظهر دور القاضي الأداري المنشأ لهذا المبدأ .

من هنا تجدر الإشارة إلى العلاقة بين الحق المكتسب وقاعدة عدم رجعية القرارات الأدارية ومؤدى هذه القاعدة هو أن لا يتضمن القرار الأداري أثراً رجعياً فاذا صدر قراراً يتضمن اثراً رجعياً كان جزاءه البطلان وذلك لمساسه بالحقوق المكتسبة وعلى أساس ذلك وإذا كان من حق الإدارة سحب قراراتها الأدارية أو إلغاءها ألا أنها لا تستطيع السحب أو الإلغاء أذا نجم عنها مساساً بالحقوق المكتسبة وإذا أرادت الإدارة أن تسحب قرارها فيجب أن يتم ذلك خلال مدة الطعن القانوني أحتراماً للحقوق المكتسبة [٢] .

وبعد أن بينا أساس هذا المبدأ (مبدأ الحق المكتسب) وعلاقته بمبدأ الرجعية يدفعنا القول ألى معرفة مصادر نشوء هذا الحق في أطار القانون الأداري ولعله نجدها في القرارات غير المشروعة المتحصنة وفي القرارات المشروعة التي ترتب حقوقاً مكتسبة .

فأما الأولى فأن الحق المكتسب ينشأ من خلال القرار غير المشروع بعد تحصنه نتيجة مرور المدة المحددة للطعن وهي ستون يوماً من تاريخ صدور القرار الإداري المخالف للقانون وهذا ما ذهبت أليه المحكمة الأدارية العليا حيث ذكرت بقولها (أن أنقضاء المدة وهي فترة الستين يوماً لنشر القرار وإعلانه يكتسب القرار حصانه تعصمه من أي إلغاء أو تعديل ويصبح عندئذٍ لصاحب الشأن حق مكتسب فيما تضمنه القرار وكل أخلال بهذا الحق بقرار لاحق يعتبر أمراً مخالفاً للقانون يصيب القرار الأخير ويبطله) [٣] ، غير ان الأمر ينطبق على القرارات الأدارية غير المشروعة دون المعدومة وذلك لعدم وجود مدة طعن في تلك الأخيرة فالطعن مفتوح فيها في أي وقت ودون القرارات الادارية غير المشروعة المبنية على الغش والتزوير حيث يجوز الغاءها وسحبها في اي وقت. وإن لحظة ولادة الحق المكتسب في القرارات غير المشروعة تبدأ من لحظة أنتهاء مدة الطعن ، ولعل السبب في أقرار هذا المبدأ من قبل القضاء الإداري هو أستقرار المراكز القانونية لكي لاتكون معلقة ألى ما لا نهاية بحجة عدم مشروعية القرارات التي ولدت هذه المراكز وأن اللافت للنظر في هذا المجال هو أن المستفيد من الحق المكتسب يجب أن يكون حسن النية فإذا حصل على هذا الحق بغشه وتدليسه فلا ينشأ له هذا الحق لأن الغش يفسد كل شيء . أما المصدر الثاني لنشوء الحق المكتسب فهو القرارات المشروعة وتبدأ نشوء هذا الحق من لحظة صدور القرار الأداري

---

[١] الفقرة (أ) من البند أولاً من المادة ٣٠ من قانون التقاعد الموحد المعدل ذي الرقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦ المعدل بالقانون رقم ٦٩ لسنة ٢٠٠٧ .

[٢] د . إبراهيم طه الفياض ، القانون الأداري ، نشاط وأعمال السلطة الأدارية بين القانون الكويتي والقانون المقارن ، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع ، ط١ ، ١٩٨٨ ، صـــ٤١٦ .

[٣] د . زياد خالد المفرجي ، المرجع السابق ، صـــ١٦ .

فالوصف الذي يحصل عليه الشخص في القرار الأداري المشروع لا يجوز المساس به لأنه أصبح حقاً مكتسباً [١] .

ثالثاً : - التطبيقات القضائية لمبدأ الحق المكتسب

لقد طبق القضاء الأداري في كل من مصر والعراق نظرية الحق المكتسب وقد ذهبت المحكمة الأدارية العليا ألى أن القرار الصادر من مجلس الوزراء والمرقم لسنة ١٩٤٧ أريد أن يكون له أثر رجعي على الموظفين وبالتالي فأنه يعد أعتداءً على حقٍ مكتسب حيث جاء في حيثيات القرار (إن نصوص القرار الصادر من مجلس الوزراء في ١١ من مايو سنة ١٩٤٧ في ضوء الظروف والملابسات التي أنتهت ألى إصداره لا تدع مجالاً للشك في أنه أريد به أن يكون له أثر رجعي على الموظفين ... ألا أنه لا يمكن أن يكون من شأنه إهدار الحق الذي كان قد أكتسبه المدعي فعلاً في تسوية حالته على مقتضى أحكام قرار مجلس الوزراء الصادر في ٣٠ من يناير سنة ١٩٤٤ ذلك لأن المساس بالحقوق المكتسبة لا يكون ألا بقانون ينص على الأثر الرجعي طبقاً للأوضاع الدستورية ...لأن الأصل طبقاً للقانون الطبيعي هو أحترام الحقوق المكتسبة فهذا ما تقتضي به العدالة الطبيعية ويستلزمه الصالح العام ... وبهذه المثابة لا أعتداد بالقرار المذكور في هذا الخصوص بحيث لا يجوز المساس بحق المدعي المكتسب) [٢] .

ومن التطبيقات القضائية للمحكمة الأدارية العليا المصرية لمبدأ الحقوق المكتسبة فقد ورد في حكمها المرقم ٢٠٩١ / ٤٤ق في ١٤ / ٢ / ١٩٩٩ (أنه وأن كان واجباً على جهة الإدارة أن تبادر على سحب القرارات الأدارية غير المشروعة ألتزاماً منها بحكم القانون إلا أن دواعي المصلحة العامة تقضي أيضاً أنه أذا صدر قرار من شأنه أن يولد حقاً أن يستقر هذا القرار عقب فترة من الزمن بحيث يسري عليه ما يسري على القرار السليم وقد أتفق على تحديد هذه الفترة ستين يوما من تاريخ نشر القرار أو إعلانه قياساً على مدة الطعن القضائي بحيث أذا أنقضت هذه الفترة أكتسب القرار حصانة تعصمه من أي سحب أو إلغاء ويصبح من رتب له القرار مركزاً قانونياً وحقاً لا يجوز المساس به بقرار لاحق وكل أخلال لاحق بقرار من شأنه أن يسمّ القرار الأخير بمخالفة القانون) ، وقد ورد بقرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة العراقي بوصفها محكمة تمييز لقرارات مجلس الأنضباط العام (إن مخصصات الخطورة الممنوحة للمدعي طيلة فترة أجازته الدراسية تتعلق بمركزه الوظيفي كونه ينتسب ألى هيئة النزاهة وخطورة عملها في تلك الفترة فضلاً عن عدم جواز رجعية الأحكام المالية سواء بالمدة أو الأسترجاع بعد مضي سنتين على تقاضيها ومضي هذه المدة يعطي الموظف حقاً مكتسباً لا يجوز المساس به ...) وجاء بقراراً أخر (وحيث أن قانون الرواتب لم ينص على أعادة تسكين الموظفين وإعادة أحتساب رواتبهم ولما كان إصدار التشريعات التي تنظم شؤون الموظفين كحالة لا تشكل مساساً بحقوق فردية مكتسبة وأنما بنظام جديد لم يكن مطبقاً قبل ١ / ١ / ٢٠٠٨ يقضي بربط الوظيفة بالراتب وجعلها بدرجة واحدة) [٣] .

أما عن موقف القضاء الأداري العراقي عن هذا المبدأ حيث أشار القضاء المذكور في مواضع عدةٍ ألى هذا المبدأ منها الحق المكتسب الناجم عن تحقيق القرار الأداري بعد مضي

---

[١] د . زياد خالد المفرجي ، المرجع السابق ، صـــ١٦ .

[٢] المصدر ذاته ، صـــ١٩ ــ ٢٠ .

[٣] قرارا الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة المرقمان (٤٥٣ / أنضباط / تمييز في ١٦ / ٩ / ٢٠١٠ و ٤٠٢ / أنضباط / تمييز في ١٩ / ٨ / ٢٠١٠ ، نقلاً عن علاء إبراهيم محمود ، حماية الحقوق المكتسبة الناشئة عن القرار الأداري ، أطروحة دكتوراه مقدمة ألى كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠١٤ ، صـــ٩٤ .

المدة المحددة للطعن والبالغة ستون يوماً وتتلخص وقائع هذه القضية في أن المدعي كان يشغل وظيفة في أحدى الدرجات الخاصة وقد أحيل على التقاعد بتاريخ ٧ / ٦ / ٢٠٠٤ وبعد ذلك قامت الأمانة العامة لمجلس الوزراء في ١ / ٩ / ٢٠٠٤ بإلغاء أمر أحالته على التقاعد وتعيينه بوظيفة مستشار في أحدى الوزارات وبعد مضي أكثر من تسعة أشهر على مباشرته في وظيفته قامت الوزارة بإلغاء قرار إعادة تعيينه وأحالته على التقاعد بأثر رجعي وهذا يعني حرمان المدعي من التمتع بالأمتيازات التي قررها القانون بالنسبة للمتقاعدين من أصحاب الدرجات الخاصة بحسب الأمر ٩ لسنة ٢٠٠٥ حيث إن القرار الإداري الصادر من الوزارة صدر بأثر رجعي ويجعل أحالته على التقاعد بتاريخ سابق للأمر ٩ لسنة ٢٠٠٠ ومس بحق أكتسبه الشخص وأصبح لديه مركز قانوني ثابت [١] .

أما عن موقف محكمة القضاء الأداري فهي الأخرى قد أخذت بهذا المبدأ وأعتبرت ملكية العقار الموروث تنتقل لحظة الموت والوارث يعد مكتسباً لحق الملكية لحظة الوفاة ولا يجوز المساس بما أكتسبه من حق وهذه القضية تتلخص وقائعها في أن المدعى عليه مدير التسجيل العقاري قام بتقدير قيمة العقار الموروث في يوم الكشف وذلك لأستيفاء رسم الإرث فطعن الوارث في قرار مدير التسجيل العقاري أمام محكمة القضاء الأداري والتي أصدرت قرارها بقولها (أن ملكية العقار الموروث تنتقل لحظة موت المورث أي الوارث فيكون قد أكتسب هذا الحق لحظة الوفاة وبالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري ألا لغرض تمكينه من التصرف بما جاءه أرثاً من العقارات وما دام الأمر كذلك فلا يجوز أستيفاء رسم عن نقل ملكية العقار الموروث من أسم المورث ألى أسم الوارث في سجل التسجيل العقاري إلا بقدر قيمة العقار الموروث لحظة أنتقال الملكية بالوفاة) [٢] .

وقد يتبادر الى الذهن أن القضاء الأداري ليس له دور في أنشاء مبدأ الحق المكتسب لأنه يطبق هذا الحق وفقاً للقرارات القضائية المطروحة ألا أن الجواب على ذلك هو أن القضاء المذكور بتطبيقه لهذا المبدأ في القضايا المشار أليها بحد ذاته يعد خلقاً لهذا المبدأ لأن القضاء لا يضع نصوصاً قانونيةً لكي يمكن وصفه بأنه قضاءاً تشريعياً أو خلاقاً وأنما بمجرد أعتماده مبدأً معيناً في إصدار حكمه يعد تشريعاً لهذا المبدأ ومن هنا يمكن القول أن مبدأ الحق المكتسب هو من تشريع القضاء لأنه خلق هذا المبدأ وطبقه على النزاعات المعروضة أمامه دون ما يستند في ذلك ألى قاعدة قانونية صريحة موضوعه من قبل المشرع .

الفرع الثاني

مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية

لعل هذا المبدأ من المبادئ المهمة في مجال القانون الإداري وذلك لأن رجعية القرارات الإدارية تؤدي إلى المساس بالمراكز القانونية والحقوق المكتسبة ولتسليط الضوء على هذا المبدأ سنتناوله عبر النقاط الآتية : -

أولاً : مفهوم مبدأ عدم الرجعية

تعد الرجعية من المسائل الخطرة المخالفة للعدالة بأعتبارها خرقاً للقواعد القانونية السليمة التي لا تقر نفاذ التشريع ألا على الحوادث المستقبلية ، ومن هنا أظهر الفقه خلافاً حول تحديد المعنى الحقيقي للرجعية حيث يذهب العميد ديكي إلى أن القرارات التنظيمية

---

[١] قرار مجلس الأنضباط العام المرقم ٤١ / تمييز / ٢٠٠٦ غير منشور نقلاً عن د . زياد خلف المفرجي ، المرجع السابق ، ص٢٢

[٢] قرار محكمة القضاء الأداري ذي الرقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٣ في ١٩ / ٣ / ١٩٩٤ ، الموسوعة العدلية ، العدد ١٦ ، ١٩٩٤ .

الإدارية تعتبر رجعية أذا مست بمراكز فردية أو أثرت في مواقع سابقة ، فالقاعدة لدى ديكي أن كل تعبير عن الإرادة يكون محكوماً بالقانون الساري وقت صدوره مهما حدث بعد ذلك من تغيير في ذلك القانون بينما يذهب الأستاذ فاريل سومبير قائلاً إلى أن التشريع يكون رجعياً أذا ما تناول الآثار التي تمت قبل صدوره وكذلك أذا تناول واقعة سابقة ترتبت عليها حقوق ، أما الأستاذ بلانيول فيخلص إلى أن القانون يكون ذو أثر رجعي عندما ينسحب على الماضي أما ليبحث في شروط صحة عقد وأما ليعدل أو يبطل أثار حق تم فعلاً أما أذا غير القانون الأحكام المستقبلية لوقائع أو تصرفات ولو كانت سابقة لصدوره فلا تكون هنالك رجعية بحكم الأثر المباشر للقانون ، ويرى كابيتان أن الفكرة القائلة بوجوب أحترام الحقوق المكتسبة ليست صحيحة ألا بالنسبة للمستقبل فإذا ما رأى المشرع في وقت ما أن بقاء هذا الحق أو ذاك مضر بالنظام الأجتماعي فأنه يستطيع إن يعدل فيه أو يحذفه ، أما على صعيد الفقه العربي فقد ذهب د . محمود حلمي إلى وصف الرجعية قائلاً أن القرار يوصف بالرجعية إذا ما عدل في الآثار الماضية لواقعة سابقة أما أذا عدل القرار من الآثار المستقبلية لوقائع سابقة أو أذا رتب أثار مستقبلية لوقائع سابقة على صدوره فلا تكون هنالك رجعية ، ويستند صاحب هذا الرأي في رأيه إلى حكم المحكمة الإدارية العليا في ٣٠ مارس ١٩٥٧ والذي كان نصه (يسري القانون الجديد بأثر مباشر على الوقائع والمراكز القانونية التي تتم بعد نفاذه ولا يسري بأثر رجعي على الوقائع والمراكز القانونية السابقة عليه ألا بنص خاص يقرر الاثر الرجعي ، أما الآثار المستقبلية المترتبة عليها فتخضع للقانون الجديد بحكم أثره المباشر. غير انه يرى آخرون ومنهم د . محمد النجار أن المقصود بالرجعية هو أن يكون ثمة مركز قانوني ذاتي قد تكاملت عناصره في ظل وضع قانوني معين وتأتي الإدارة يتصرف يمس بذلك المركز قبل صيرورة القرار نافذاً في مواجهة الكافة ، ومن كل ذلك فان أي قرار يمس المراكز القانونية الفردية التي تمت وأستقرت في ظل القوانين السابقة يعد منطوياً على رجعية تجعل القرار في دائرة عدم المشروعية [١] .

وبناء عليه فعدم الرجعية نقصد به ذلك المبدأ الذي يحرم المساس بالمراكز القانونية الفردية التي أصبحت حقوقاً مكتسبة في أطار القوانين السابقة المنظمة لها فاذا عمدت الادارة الى اصدار قرار تعدت فيه على حقوق مكتسبة سابقة عد قرارها هذا مشوباً بعدم الرجعية لمخالفته المبدأ المذكور .

ثانياً : أساس مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية

الأصل أن القضاء يعمل على تطبيق القوانين فحسب وعليه فلا يخضع تحت أختصاصه إنشاء القواعد العامة وذلك تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات وإن قيام القاضي بمخالفته المبدأ المذكور يتعارض مع القواعد العامة التي تحدد أختصاص القاضي بتطبيق القوانين دون أنشاؤها وتأسيسها على ماتقدم فأن أساس المبدأ يكمن في قواعد الأختصاص الزمانية إذ تعتبر قواعد الأختصاص من القواعد الأساسية في القانون الإداري التي تتعلق بالنظام العام والتي بموجبها لا يحق لأي عضو من أعضاء السلطة الإدارية أن يصدر قراراً ألا أذا كان على هذا الحق طبقاً للقواعد القانونية التي تنظم أختصاصات السلطة الإدارية والأختصاص الزمني هو صورة من صور الأختصاص الذي بمقتضاه ، لا يحق للموظف مباشرة أختصاص وظيفته ألا بعد الأجل الذي يجوز له فيه ذلك وإلا تجاوز أختصاصه وتعداه إلى أختصاص سلفه ، وبناء على المفهوم المتقدم لجأ القضاء في بعض أحكامه والفقه في بعض أرائه إلى أعتبار الرجعية

---

[١] معمر مهدي صالح الكبيسي ، مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠١ ، ص١٨ وص١٩ .

عيباً يصيب القرار بركن الأختصاص من حيث الزمان ومن أهم القضايا المنظورة من قبل مجلس الدولة الفرنسي ما جاء بقضية (بيكون) سنة ١٩٠٧ عندما قضى المجلس بإلغاء تعيين بعض التلاميذ الضباط بما تضمنه من رجعيه ونوه المفوض (تيسيير) في تقريره بهذه القضية عن العيب الذي لحق تلك القرارات وأعتبرها مشوبة بعيب الأختصاص من حيث الزمان لأن مُصدر القرار الرجعي إنما بذلك يتعدى حدود إختصاصه الزمني ويتعدى على أختصاص سلطة كما أنه يرى بعدم أحقية السلطة الإدارية في إصدار القرار في أي زمن بل في وقت محدد فسلطة التعيين التي تختص بها السلطة المذكورة لا يمكن ممارستها ألا بالزمن الحاضر فليس من حقها تعيين موظف إلا لوظيفة خالية في الوقت الذي يصدر منه قرار التعيين وليس لها أن تعدل الحقائق السابقة فمطالب الإدارة الحسنة تتفق مع المبادئ الأساسية في القانون العام التي تحرم تعيين الموظفين بأثر رجعي أو مرجأ الأثر وليس هذا التحريم إلا أستناداً إلى قواعد الأختصاص من حيث الزمان [١].

ومن وجهة نظر أخرى أن أساس مبدأ عدم الرجعية يكمن في النصوص أو القوانين وقد ثار الخلاف في فرنسا حول أساسه القانوني فمن الفقه من يسنده ألى المادة الثانية من القانون المدني التي تعالج مبدأ عدم رجعية القوانين ومنهم من يعتبره مبدأ مستقبلاً ، أما في مصر فرغم أن الفقه والقضاء الإداريين في مصر يشيران إلى أن القضاء الإداري له سلطة أنشاء القواعد القانونية إلا أن القضاء الإداري غالباً ما يؤسس الرجعية في القرارات الإدارية على النص الدستوري المتعلق بعدم رجعية القوانين وفقاً للمادة ٢٧ من دستور ١٩٢٣ المصري الأسبق تنص على أن أحكام القوانين لا تجري ألا على ما يقع من تاريخ نفاذها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ما لم ينص على خلاف ذلك في القانون وقد فسر القضاء معنى القوانين بمعناها الأعم فأدخل فيها القرارات الإدارية التنظيمية التي تتضمن أحكاماً عامه ذات قوة تشريعية وهذا يعني أن مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية التنظيمية يجد أساسه في المادة ٢٧ من الدستور [٢] .

أما في العراق فلا توجد حقائق ثابتة تدل على الصفة الإنشائية للقضاء في أنشاء القواعد العامة ألا أن ذلك لا يعني أن القضاء الإداري في العراق لم يتطرق إلى مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية لا بل أن هنالك أحكاماً تشير إلى تأسيس المبدأ المذكور على النصوص الدستورية والتشريعية المتعلقة بعدم رجعية القوانين فقد قضى مجلس الأنضباط العام على أن القانون لا يسلب حقاً مكتسباً قبل صدوره إذ أن الأصل عدم رجعية القوانين [٣] ، وقد أستقر قضاء مجلس الأنضباط العام في تأسيس المبدأ على النصوص الدستورية والتشريعية المتعلقة بعدم رجعية القوانين ومن هذه القرارات القرار الصادر في ١٧ / ٣ / ١٩٩٦ (أما تعديل قواعد خدمة الوظائف الفنية فأن التعديل لا يعتد به لأنه قد صدر في ظل الخصومة القائمة فإذا لم يهدر كلياً فأنه لا ينسحب على الوقائع بأثر رجعي لأن السريان كما تنص عليه الفقرة (ب) من المادة ٦٧ من دستور ١٩٧٠ هو ((ليس للقوانين أثر رجعي ألا أذا نص على خلاف ذلك)) وأن المادة (١٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ تنص على ((لا يعمل بالقانون ألا وقت صيرورته نافذة فلا يسري على ما سبق من الوقائع ألا أذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك ..)) يتضح أن القضاء العراقي يؤسس مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية على النصوص الدستورية [١] .

---

[١] معمر مهدي صالح الكبيسي ، المرجع السابق ، ص٧١ .
[٢] المرجع ذاته ، ص٧٣ .
[٣] كامل السامرائي ، القضاء الإداري في العراق ، مطبعة أسد ، ١٩٦٣ ص٤٣ .
[١] معمر مهدي صالح الكبيسي ، المرجع السابق ، ص٩٥ .

وبدورنا نعتقد أن الأساس الذي يستند عليه مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية يكمن في الدستور والتشريعات العادية ومبادئ القانون العامة الأخرى فضلاً عن أستناده إلى قاعدة العدالة إذ أن قاعدة عدم رجعية القوانين قد توالى النص عليها في الدساتير العراقية كما نص عليها القانون المدني في المادة ١٠ المشار لها ، وهذا هو أساس مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية وإذا كان هنالك ثمة رأي يقول لا دور للقاضي الإداري في أنشاؤه فهذا القول مردود لن الدستور لم ينص بشكل صريح وإنما القضاء أستنبطه من قاعدة عدم رجعية القوانين وهذه القاعدة تخاطب القوانين وليس القرارات الإدارية أي أنها تخاطب المشرع في أن لا يشرع قانون ذو أثر رجعي فبادر القضاء الإداري إلى أستنباط المبدأ المذكور من روح القاعدة المذكورة .

ثم أن أستناد مجلس الأنضباط العام إلى المادة (١٠) من القانون المدني ما هو ألا دليل على أن القاضي يجلب أي قاعدة مختصة بفرع أخر من فروع القانون ليفرغ مضمونها على المسائل المتعلقة بالشؤون الإدارية رغم أن القانون المدني يختلف نطاق تطبيقه عن نطاق تطبيق القانون الإداري يخلو من القاعدة المذكورة المتعلقة بعدم الرجعية فقد نهض دور القضاء الإداري في خلق تلك القاعدة بأعتماده على القانونين الدستوري والمدني .

هذا فضلاً عن ان المبدأ الذي نحن بصدده يستند إلى مبادئ القانون العامة الأخرى كمبدأ أستقرار المراكز القانونية ومبدأ الحقوق المكتسبة إذ أن مبدأ عدم الرجعية حتى وأن لم ينص عليه أو على مبدأ عدم رجعية القوانين المستنبط منه هذا المبدأ في الدستور أو في القوانين العادية فأن مبادئ القانون العامة وخاصة المبدئين المذكورين يقتضيان أكمال المبدأ المذكور إذ أن مبدأ عدم الرجعية يعد ضمانه لا غنى عنها لحماية المبدئين المذكورين ، كما أن العدالة تقتضي وجود هذا المبدأ إذ أن الأخذ به شرط لازم لتحقيق العدالة وأستقرار النظام .

ثالثاً : التطبيقات القضائية لمبدأ عدم الرجعية

لقد كان موقف القضاء الإداري الفرنسي واضحاً في فرنسا على التأكيد بضرورة أحترام هذا المبدأ في أحكام عديدة أصدرها بمناسبة مخالفة المبدأ المذكور على سبيل المثال في حكم (ليزييه) عام ١٩٤٧ حيث عبر عنه بالقول ((المبدأ الذي بمقتضاه لا تسري الأنظمة الإدارية ألا بالنسبة للمستقبل)) وجاء هذا الحكم نتيجة فرض رسوم من قبل الإدارة تنطوي على أثر رجعي ، أما في مصر فقد جاء في حكم لمجلس الدولة المصري في ١٠ مارس ١٩٤٨ يقول فيه ((لا تسري أحكام القرارات الإدارية واللوائح إلا على ما يقع من تاريخ صدوره ولا يترتب عليه أثر فيما وقع من قبله ، وفي حكم للمحكمة الإدارية العليا من عام ١٩٨٩ تقول فيه (الأصل في نفاذ القرارات الإدارية أن تقترن بتاريخ صدورها بحيث تسري بالنسبة ألى المستقبل ولا تسري بأثر رجعي على الوقائع السابقة على تاريخ صدورها وذلك أحتراماً للحقوق المكتسبة أو المراكز القانونية الذاتية) وفي حكم لها أيضاً في ٢٠ / ٤ / ١٩٩١ قائلة ((لا يجوز على أي وجه تقرير أثر رجعي للقرارات الأدارية إلا أذا نص القانون على ذلك وعلى القضاء الأداري عدم الأعتداد بأي أثر رجعي للقرارات الأدارية التنظيمية لأنعدام أي حكم يقرر الأثر الرجعي لأنطوائه على أغتصاب السلطة التشريعية وللمخالفة الجسيمة للدستور [٢] .

أما عن الوضع في العراق فان أحكام القضاء الأداري واضحة الدلالة على تكريس المبدأ المذكور فقد جاء في حكم لمجلس الأنضباط العام في ١١ / ١١ / ١٩٦٥ يقول فيه ((أن القرار الأداري الصادر من مرجع مختص يسري من تاريخ صدوره ولا يسري على مدة

---

[٢] معمر مهدي صالح الكبيسي ، المصدر السابق ، ص٥٣ .

سابقة)) [١] ، وفي حكم أخر للمجلس يقول فيه ((الأصل في القرارات الأدارية أنها تسري من تاريخ صدورها إذ أنها من حيث المبدأ لا تسري على الماضي)) [٢] .

من كل ما تقدم يمكن القول أن مبدأ عدم رجعية القرارات الأدارية هو مبدأ قانوني عام يترتب على مخالفته عدم مشروعية القرار الأداري وأن هذا المبدأ هو من خلق القضاء الأداري فهذا الأخير هو الذي بدوره وبالأضافة ألى أنشاءه أدى ألى جعله من المبادئ القانونية العامة المستقرة والملزمة وذلك بالنص عليه في كثير من أحكامه .

المطلب الثاني

مبدئا دوام سير المرافق العامة بأنتظام واطراد ومساواة المنتفعين منها

تنشا المرافق العامة وتنظم لكي تشبع حاجات الجمهور العامة التي لا يمكن أن يستغني عنها لأن الحاجات الجماعية التي تقوم بأشباعها المرافق العامة لا يتحقق إشباعها ولا تتحقق المرافق العامة رسالتها التي أنشأت من أجلها إذا تم هذا الأشباع بشكل وقتي أو على فترات متقطعة بل يجب أن يكون هذا الأشياع بصفة دائمة ومنتظمة فضلاً عن انتفاع الجميع منه بشكل متساوي وبغية معرفة مضمون هذين المبدأين سنتطرق ألى مفهومهما وأساسهما وموقف القضاء منهما عبر الفروع الآتية : -

الفرع الأول

مبدأ دوام سير المرافق العامة

لابد من بيان مفهومه اولاً ثم اساسه وموقف القضاء منه وذلك عبر البنود الاتية:

اولاً : مفهوم مبدأ دوام سير المرافق العامة

يتلخص هذا المبدأ من تعريف المرفق العام ذاته ولما كانت فكرة المرافق العام تتركز على دعامتين الأولى بناء تنظيمي محكم يستمد أصوله وقواعده من طبيعة المرافق العامة وأهدافها والثانية جهاز مدرب قادر على النهوض بإعباء هذه المرافق في أطار ذلك التنظيم [٣] ، ولما كان المرفق العام يقدم حاجات ذات نفع عام وأن هذه الحاجات والمنافع مستمرة الأمر الذي يقتضي أستمرار المرافق العامة في العمل بأنتظام لإشباعها ومثال تلك الحاجات هي الخدمات الصحية والتعليمية والكهربائية والماء والنقل ...الخ [٤] ، وأن الأفراد عند علمهم بوجود مرفق يؤدي أليهم خدمة معينة سوف يرتبون شؤونهم اليومية على أساس وجود المرفق وأستمراره بالعمل بأنتظام وإذا حصل أي أنقطاع في سير المرفق فأن هذا ينعكس مباشرة على المواطنين مما يؤدي ألى أرباك حياتهم اليومية ويترتب على ذلك أن ليس للإدارة أن توقف المرفق العام الذي تضطلع بأعبائه ما لم يكن التوقف راجعاً ألى قوة قاهرة وبالمثل أيضاً فأن المرفق العام يجب أن يستمر حتى ولو لم تكن الإدارة هي التي تديره بنفسها وإنما يدار عن طريق هيئات خاصة أو أفراد كأن يدار المرفق بأسلوب الألتزام وفي مثل هذه الأحوال فأن الإدارة يجب عليها أن تشرف على أدارة المرفق وتراقبه لضمان أستقراره وأنتظامه طبعاً

---

[١] مجلس الأنضباط العام ، رقم القرار ٦٣٩ ح / ١٩٦٥ ، مجلة التدوين القانوني ، العدد الأول ، سنة ١٩٦٦ ، ص٢٢٦ .

[٢] مجلس الأنضباط العام ، رقم القرار ٥٧٢ / ١٩٧٨ في ٢٥ / ١٢ / ١٩٧٨ ، مجلة العدالة ، العدد الأول ، السنة الخاصة ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٧٩ ، ص٢٠٣ .

[٣] د . سعد العلوش ، محاضرات ألقيت في كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة بغداد ، د ت، ص٢٤ .

[٤] د . ماهر صالح علاوي الجبوري ، مبادئ القانون الإداري ، مكتبة السنهوري ، ١٩٩٦ ، ص٩٣ .

ما لم يكن التوقف أيضاً قد حدث بسبب قوة قاهرة تجعل تنفيذ الألتزام مستحيلاً [١] ، ولا تستطيع المرافق العامة أن تحقق رسالتها في خدمة الصالح العام إذا ما خضعت لقواعد القانون المدني القائمة على مبدأ سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين فلو خضعت علاقة المرافق العامة في العاملين لخدمتها للقواعد المذكورة لنتج عن ذلك تعطيل سير هذه المرافق وبالتالي تعرضت مصالح الجمهور للخطر ولهذه الأعتبارات أبتدع مجلس الدولة الفرنسي مبدأ أستمرار المرافق العامة لكي يكفل لهذه المرافق أنتظامها في سيرها دون أنقطاع [٢] .

نستنتج من كل ما تقدم أن مبدأ سير المرافق العامة بأنتظام يتطلب أبتداءً وجود مرفق عام منشأ من قبل الدولة يقدم خدمات للجمهور من أجل إشباع حاجاته ونظراً للطبيعة الأستمرارية لتلك الحاجات وأن أي تعطيل في إشباعها يضر بالمصلحة العامة التي هي مصالح المواطنين لذا يقتضي أن تستمر تلك الحاجات ولا يتحقق ذلك إلا باستمرار المرافق العامة في تقديم خدماتها ، ولكن السؤال الذي يتوجب علينا طرحه ونحن بصدد المبادئ العامة التي أنشأها القضاء الإداري ما الأساس الذي يستند أليه هذا المبدأ هذا ما سنجيب عنه في البند الأتي .

ثانياً : أساس مبدأ سير المرفق العام بأنتظام

لم تكرس الدساتير هذا المبدأ بشكل صريح وإنما تناولت مواضيع ذات صلة بهذا المبدأ كموضوع الإضراب والأستقالة وحماية الأموال العامة وغيرها ، فعلى سبيل المثال فقد نص دستور ١٩٤٦ الفرنسي في المقدمة الدستورية في فقرتها السابعة على أن ((يمارس الإضراب في أطار القوانين التي تنظمه)) وهكذا أصبح الإضراب منذ سنة ١٩٤٦ حقاً دستورياً معترفاً به بجميع أصناف الأُجراء بشرط عدم التعسف في أستعماله خصوصاً لأسباب غير مهنيه وهذه القاعدة تأخذ مداها الأرحب بالنسبة للموظفين ، ولكون دستور ١٩٥٨ حدد المجالات المحجوزة للائحة وحيث أن موضوع الإضراب يدخل ضمن نطاق اللوائح وليس القوانين فقط أكده النظام العام الصادر سنة ١٩٨٣ حيث نص في م / ١٠ على ((أن يمارس الموظفون حق الإضراب في أطار القوانين التي تنظمه)) ومن هاتين المادتين نستخلص أن الهدف من تنظيم موضوع الإضراب دستورياً وقانونياً هو بغية عدم أطلاقه لأن في أطلاقه تهديد للمصالح العامة للدولة ، وقد تأكد ذلك في حكم لمجلس الدولة الفرنسي الصادر عام ١٩٧٩ والذي جاء فيه ((أنه حق الإضراب ذو قيمة دستورية لكن على هذا الحق قيوداً يتولى المشرع وضعها مراعياً التوفيق الضروري بين الدفاع عن المصالح المهنية التي يكون الإضراب وسيلتها وحماية الصالح العام الذي يكون الإضراب ماساً به ، أن الأعتراف بحق الإضراب خصوصاً في المرافق العامة لا يشكل عائقاً على سلطة المشرع يحول دون تقييد الحق بالقيود اللازمة لضمان أستمرار المرفق العام الذي له صفة مبدأ دستوري كما في حق الإضراب [٣].

أما في مصر فقد عاقب المشرع على الإضراب في قانون العقوبات النافذ في المواد ١٢٤ و ٣٧٥ و ٣٧٤ إذا مورس من قبل ثلاثة موظفين أو مستخدمين عموميين سواءً كان ذلك الصورة علنية أم تخفياً بصورة أستقالة فضلاً عن ذلك جرم المشرع المصري تحبيذ جريمة الإضراب ومن وسائل التحبيذ إذاعة أخبار صحيحة أو كاذبة عن هذه الجرائم بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة ١٧١ وزيادة على ذلك أصدر المشرع المصري قانوناً أستثنائياً ذا

---

[١] د . سعد العلوش ، المصدر السابق ، ص ٢٥ .

[٢] محمد عبد الحميد أبو زيد ، دوام سير المرافق العامة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، د . ت ، ص٨ .

[٣] هيثم فالح حسن ، الأساس الدستوري لمبدأ دوام سير المرافق العامة ، رسالة ماجستير في الحقوق مقدمة ألى كلية الحقوق / جامعة النهرين ، ١٩٩٨ ، ص٦٨ .

الرقم (٢) لسنة ١٩٧٧ ونص في المادة (٧) منه على ((يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة العاملون الذين يضربون عن عملهم عمداً متفقين في ذلك أو مبتغين تحقيق غرض مشترك أذا كان من شأن هذا الإضراب تهديد الأقتصاد القومي [١] .

أما عن الإضراب في العراق فأن المشرع العراقي لم يتناول الإضراب بشكل صريح في الدستور وإنما أشار البعض إلى أن الإضراب يندرج تحت مضمون المادة ٣٨ الفقرة أولاً من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ التي كلفت حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل وذلك بأعتبار لفظ حرية التعبير هو لفظ مطلق يستوعب كل أشكال حرية التعبير بضمنها الإضراب[٢]، ولكن المشرع لم يترك الحقوق والحريات بلا قيد وإنما نص في المادة ٤٦ لا يكون تقييد ممارسة أي حق من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها ألا بقانون أو بناءً عليه على أن لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية [٣] .

ومن هنا نجد أن المشرع الدستوري أذا كان قد أشار بشكل ضمني إلى حق الإضراب ألا أنه لم يترك ذلك الأمر مطلقاً وإنما أوجب تقييد أي من الحريات والحقوق الواردة في الدستور بشرط عدم المساس بجوهرها ونعتقد أن الغاية من ذلك هو الحفاظ على الصالح العام الذي يندرج تحت مضمونه تقديم الحاجات للجمهور بأستمرار وهذا ما يقتضيه مبدأ دوام سير المرفق العام بأنتظام واطراد ولم يكتفي المشرع بهذا القدر وإنما كان من قبله المشرع العادي في المادة ٣٦٤ إذ وضع المشرع عقوبة الحبس بحق كل موظف أو مكلف بخدمة عامه ترك عمله ولو بصورة الأستقاله أو أمتنع عمداً عن واجب من واجبات وظيفته أو عمله وكان من شأن ذلك تعريض حياة الناس أو صحتهم أو أمنهم للخطر أو أذا عطل مرفقاً عاماً [٤] .

فالغاية من هذا النص هو أن تستمر الخدمات التي يحتاجها المواطن دون أنقطاع لأن الإضراب يؤدي إلى توقفها أذا تجاوز الحدود المسموح بها قانوناً ويتضح من ذلك أن المقصود هو لضمان سير المرافق العامة والحفاظ على أستمرارها لاسيما وأن المادة المذكورة جاءت ضمن الفصل السادس الخاص بالجرائم الماسة بسير العمل .

ولعل التطبيقات الأخرى أيضاً تشير إلى مبدأ دوام المرافق العامة ومنها الأستقالة فقد عدّ قانون العقوبات الفرنسي الأستقالة الجماعية جريمة جنائية حسب المادة ١٢٦ منه وسايره في ذلك المشرع المصري إذ وصف الأستقالة الجماعية المتمثلة في أتفاق عدد من العاملين على تقديم أستقالتهم والتخلي عن وظائفهم دفعة واحدة [٥] .

كما أن المشرع الجنائي العراقي عالج هذا الأمر بالمادة المشار أليها سابقاً وهي الأستقالة أذا كان من شأنها تؤدي إلى الأضرار بصحة وحياة الناس أو تؤدي ألى تعطيل مرفق عام فضلاً عن تنظيمه موضوع الأستقالة في المادة ٣٥ من قانون الخدمة المدنية أذ وضع عدة شروط للأستقالة منها للموظف أن يستقيل من وظيفته بطلب تحريري يقدم ألى مرجعه المختص على أن يكون البت في الأستقالة خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً ويكون منفكاً بأنتهاءها ألا أذا صدر أمر القبول قبل ذلك [١] .

---

[١] هيثم فالح حسن ، المرجع ذاته ، ص٧٤ .

[٢] د . علي هادي عطيه الهلالي ، النظرية العامة في تفسير الدستور وأتجاهات المحكمة الأتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي ، منشورات زين الحقوقية ، ط١ ، ٢٠١١ ، ص١٥٩ .

[٣] المادة ٤٦ من دستور جمهورية العراق النافذ لعام ٢٠٠٥ .

[٤] المادة ٣٦٤ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .

[٥] هيثم فالح حسن ، المرجع السابق ، ص٨١ .

[١] المادة ٣٥ من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل .

ولعل المشرع في تنظيمه هذا لموضوع الأستقالة هو الأستجابة لمتطلبات تسيير المرفق العام بأنتظام آذ أن أنقطاع الموظف المستقيل عن مهام عمله في المرفق بمجرد تقديم طلب لأستقالته قد يحدث إرباكا في أنتظام عمل المرفق .

ولعل النتيجة ايضاً من كل ما تقدم هو أن مبدأ سير المرافق العامة لم يكن منصوصاً عليه لا في الدستور ولا في التشريعات العادية وإنما يستوحى بشكل ضمني من موضوعات أخرى ذات صلة مباشرة لهذا المبدأ وهي الإضراب والأستقالة وغيرها من الموضوعات كالموظف الفعلي والمركز التنظيمي للموظف .

ثالثاً : التطبيقات القضائية لمبدأ دوام سير المرافق العامة

لقد طبق هذا المبدأ من قبل مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في سنة ١٩٠٩ في قضية (وانكيل) المشهورة بعيد إضراب موظفي البريد حيث قال ((ومن حيث أن الموظف بقبوله للوظيفة التي أسندت أليه قد أخضع نفسه لكل الألتزامات المترتبة على ضرورة سير المرافق العامة وتنازله عن كل ما من شأنه أن يتعارض مع الأستمرار الأساسي للحياة الوطنية)) [٢]

هذا فضلاً عن الحكم الصادر من مجلس الدولة عام ١٩٧٩ المار الذكر والخاص بموضوع الإضراب أيضاً بالإضافة إلى أن القضاء الإداري في فرنسا أيضاً درج تحريم الإضراب على الموظفين العموميين رغم عدم وجود نص قانوني يمنعه أو يعاقب عليه وقرر بأن الإضراب ((لا يعد خطأً شخصياً فحسب بل يعتبر خروجاً منهم على القوانين والأنظمة ونقضاً لعقد القانون العام الذي يربطهم بالدولة يبرر فصلهم بالحال دون أتباع الضمانات التي وجدت لهم بالأصل)) [٣]. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم صادر لها في الأول من كانون الأول ١٩١٢ ألى أن ((تقديم الموظف الأستقالة ثم الأنقطاع فور تقديمها عن أداء واجبات وظيفته والإصرار على الأمتناع عن العمل رغم تنبيه جهات الإدارة ألى ضرورة العودة فوراً إلى العمل أمر لا تقره الشرائع الإدارية ويستوجب التأديب))[٤] ، والذي يفهم من الحكم المتقدم أن الموظف لا يجوز له تقديم الأستقالة ثم الأنقطاع فوراً قبل أن تقول الإدارة كلمتها كون ذلك يضر بسير المرفق العام أما مجلس شورى الدولة العراقي فقد قرر أن قبول أستقالة الموظف من عدمه مسألة جوازية يخضع تقديرها لرئيس الدائرة ولعل السبب أو العلة في ذلك هو دوام سير الرفق العام وقد تأكد ذلك في أحكام القضاء العراقي متمثلاً بقضاء محكمة التمييز التي قررت في حكمها المرقم ٣٢٦ / لسنة / ١٩٦٨ الصادر في ٢٠ / ٤ / ١٩٦٨ ((ينبغي أن يدير المرفق العام أو ينظمه ويشرف عليه جهة أدارية وللمرافق العامة نظام قانوني تقتضيه طبيعة المرفق العام يكفل له الدوام والأستقرار والأستمرار والأنتظام ومسايرة التطور...)) [٥] .

من كل ما تقدم قد يفرض علينا سؤال مفاده اين دور القضاء الإداري في خلق المبدأ الذي نحن بصدده حيث أنه وفي الأمثلة المتقدمة يطبق قواعد مصدرها الدستور أو التشريعات ويمكن الإجابة أن تكون في أن القضاء الإداري في الحقيقة لم يجد نصاً معيناً لكي يطبقه على المنازعة المعروضة أمامه مستوحي ذلك من النصوص الدستورية أو القانونية كما هو الحال في حق الإضراب فأن التطبيقات هي التي أوجدت مبدأ دوام سير المرفق العام من غاية تحريم

---

[٢] د . محمد عبد الحميد أبو زيد ، المرجع السابق ، ص٨ .

[٣] لؤي كريم عبد خضير المشهداني ، ضمانات سير المرفق العام بأنتظام وأطراد في الوظيفة العامة ، رسالة ماجستير مقدمة ألى كلية الحقوق جامعة النهرين ، للعام الدراسي ٢٠٠٥ ، ص٢١ .

[٤] المرجع ذاته ، ص١٠٣ .

[٥] د . محمد علي بدير و د . عصام البرزنجي و د . مهدي ياسين ، المرجع السابق ، صـــ٢٥٩ .

الإضراب وهكذا فإذا وجد القاضي نصاً غامضاً فتفسيره للنص الغامض يعد بذاته أيجاد للمبدأ المذكور.

الفرع الثاني
مبدأ مساواة الأفراد في الانتفاع بخدمات المرفق العام

بغية تسليط الضوء على هذا الفرع سنتناوله عبر البنود الآتية :-

اولاً : مفهوم مبدأ المساواة

يعد مبدأ المساواة من المبادئ السامية التي قاومت البشرية من أجل تأكيدها والمطالبة بها والمساواة بين الناس تعني أن النفس البشرية واحدة لا فرق بين أنسان وأخر فالناس متساوون ولا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو الدين أو اللون أو الرأي السياسي أو العقيدة فالناس من جنس واحد وأن تعددت ألوانهم وقبائلهم فليس لعنصر معين أو سلالة معينة فضل على أخر ، وعند الكلام عن مبدأ المساواة يعني بذلك أن يتمتع جميع الأفراد الذين تتوافر فيهم الشروط المطلوبة في تولي الوظائف العامة وتكافؤ الفرص وغيرها [١] .

ويعد مبدأ مساواة الأفراد في الأنتفاع بخدمات المرافق العامة من المبادئ العامة في القانون على الرغم من عدم الإشارة أليه بصورة صريحة في التشريعات فالمواطنون متساوون في الحقوق والواجبات وبناءً على هذه المساواة القانونية فأن المواطنين يتساوون في حق الأنتفاع بالمرافق العامة ولا يجوز التمييز من قبل القائمين على أدارة المرفق لأي سبب من الأسباب أذا أستوفو شروط الأنتفاع بالمرافق العامة وكانت أمكانات المرفق تسمح بتقديم الخدمة لكل من يطلبها ممن تتوفر فيهم شروط الأنتفاع، أما أذا كانت إمكانيات المرفق العام محدودة فيجب وضع شروط موضوعية تسمح بالتنافس على قدم المساواة دون تمييز للحصول على الخدمة من هذا المرفق[٢]

لذا فأن المقصود بمبدأ المساواة في الأنتفاع بالخدمات المقدمة من المرافق العامة هو عدم التمييز بين المواطنين في الحصول على الخدمات التي يقدمها أي مرفق من مرافق الدولة ولكن بشرط أن تتوفر فيه الشروط المطلوبة لأستحصال تلك الخدمة وإذا كانت الخدمة محدودة النطاق فمن الممكن وضع شروط موضوعية لكي تقدم تلك الخدمة لمن هو أولى من غيره في الحصول عليها ولا يخل ذلك بمبدأ المساواة ، وهذا يعني أن المساواة هنا نسبية وليست مطلقة.

ثانياً : أساس مبدأ المساواة في الأنتفاع بالمرافق العامة

بعد أن بينا أن مبدأ المساواة يعني معاملة جميع الأفراد الذين يوجدون في مراكز متماثلة معاملة واحدة دون تمييز ولعل مبدأ المساواة هذا يجد أساسه في مبدأ دستوري أشمل هو مبدأ المساواة أمام القانون الذي أقرته الدساتير الحديثة فمثلاً في الفقرة (أ) من المادة ١٩ من الدستور العراقي لسنة ١٩٧٠ على أن ((المواطنين سواسية أمام القانون دون تفريق بسبب الجنس أو العرق أو اللغة أو المنشأ الأجتماعي أو الدين)) كما تؤكد الفقرة (ب) من نفس المادة تكافؤ الفرص لجميع المواطنين مضمون في حدود القانون ، أما في الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ فقد نص في المادة ١٤ ((العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز

---

[١] رشا جواد جمعة ، مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة ضمن تطبيقات القضاء الأداري ، مجلة الحقوق ، الجامعة المستنصرية ، السنة السادسة ، المجلد الرابع ، العددان ١٣ – ١٤ ، ٢٠١١ ، ص٣٨١ .

[٢] د . ماهر صالح علاوي الجبوري ، مبادئ القانون الأداري ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص٩٨ .

بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الأقتصادي أو الأجتماعي وقد أورد في المادة (١٦) تكافؤ الفرص حق مكفول لجميع العراقيين وتكفل الدولة أتخاذ الأجراءات اللازمة لتحقيق ذلك)) . يستفاد من النصوص المتقدمة أن المشرع الدستوري قد وضع الأصل العام في مساواة الأفراد الذين يكون مبدأ مساواة الأفراد في الأنتفاع بخدمات المرافق العامة أو تطبيقاته ضمن حقوق الأفراد أزاء المرافق العامة أن يتمتع الجميع بخدماتها بصورة متساوية دون تمييز بعد توفر الشروط اللازمة للأنتفاع بتلك الخدمات التي تحددها القوانين والأنظمة اللازمة لنشاط المرفق .

ثالثاً : التطبيقات القضائية لمبدأ المساواة في الأنتفاع بالمرافق العامة

لقد ظهر تطبيق هذا المبدأ في كثير من احكام مجلس الدولة الفرنسي منها على سبيل المثال الحكم الصادر في ٢٦ / ٧ / ١٩٩٦ أن ((أختلاف تعرفة مرفق توزيع المياه من المستفيدين من خدماته لا يعد خرقاً لمبدأ المساواة لأن الأختلاف في التعرفة يبرره أختلاف كلفة تمديد شبكة المياه بالنسبة لكل قسم من أقسام المقاطعة وأختلاف شروط الأستثمار)) [١] ، والأمر لا يختلف بالتأكيد بالنسبة ألى القضاء الأداري المصري والعراقي من حيث الأخذ بهذا المبدأ لكننا لم نعثر على حكم من هذا النوع ألا أن ذلك لا يعني عدم وجود مثل هكذا حكم. بناءاً على كل ما تقدم لعل النتيجة المستحصلة من موضوع بحثنا هذا هو أن المبادئ المذكورة هي من صنع القضاء ولكن لا يعني أن تلك المبادئ ليست لها أصول دستورية أو تشريعية وأنما توجد قواعد عامة لا تشير أليها بشكل صريح وأنما تستشف ضمناً من تلك القواعد وهذا لا يخل بدور القاضي في أنشاءها لأنه هو الذي أعطى لها الكيان المستقل كقاعدة قانونية وبث فيها الروح القانونية وأستطاعت بذلك أن تفرض نفسها كأي قاعدة قانونية أخرى في التطبيق.

ورداً على الرأي القائل بأن القاضي لا ينشأ قاعدة قانونية وأنما يطبق تلك القواعد فقط فأن الأجابة على ذلك تكمن في أن المشرع ذاته يعترف بوجود نقص بالتشريع كما مر الحال في القانون المدني عندما حدد مصادر القاعدة القانونية وأوجب الرجوع ألى العرف من بعدها ثم ألى الشريعة الأسلامية وبعد ذلك الرجوع الى قواعد العدالة وعلاوةٍ على ذلك فأن المشرع في قانون المرافعات في المادة ٣٠ عدّ القاضي منكراً للعدالة وممتنعاً عن أحقاق الحق فيما لو أمتنع عن النظر بالقضية المعروضة أمامه بحجة عدم وجود نص قابل للتطبيق عليها فالمشرع في هذا النص أعترف بوجود نقص في التشريعات من جانب وبدور القاضي في سد هذا النقص من جانب أخر . هذا في مجال القانون المدني الذي مرت قرون طويلة على تكامل قواعده وأحكامه فما بالك بالقانون الأداري الذي لا توجد تشريعات متكاملة تغطي كافة الأنشطة الأدارية مما يمكن القول أن مظنة وجود فراغ تشريعي في مثل هذا الفرع من فروع القانون أكيدة وأن القاضي الأداري سيجد نفسه مضطراً أمام خيارين أما أن يحكم أو يمتنع عن الحكم واعمال الحكم هو المأمور بة وفق القواعد العامة لذا بات لزاماً على القاضي الأداري أنشاء القاعدة القانونية المسماة بالمبدأ القانوني الأداري لتمييزه عن القاعدة القانونية المكتوبة التي ينشأها المشرع .

الخاتمة

تنطوي الخاتمة على جملة من النتائج والتوصيات

اولاً: النتائج

---

[١] أسامه طه حسين العاني ، النظام القانوني للمرافق العامة الأقتصادية في العراق ، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠١٢ ، ص٢٨ .

١ – للقضاء أساس قانوني يسمح له بأنشاء القاعدة القانونية كما هو الحال في القوانين المدنية الفرنسية والمصرية والعراقية حين أوجبت على القاضي أن يحكم بالنزاع المعروض عليه وألا عد منكراً للعدالة .
٢ – أن القضاء الأداري بأنشاءه القواعد القانونية المسماة بمبادئ القانون العامة يلجأ ألى الدستور والقوانين الأخرى ويستقي تلك المبادئ من روح القوانين المذكورة ليطبقها وبطريقة تتلائم مع ما للمنازعات الأدارية من خصوصية عن غيرها من المنازعات الأخرى .
٣ – أن دور القضاء الأداري في أنشاء المبادئ القانونية العامة هو دور مكمل للسلطة التشريعية فحيث يوجد قانون صادر من السلطة التشريعية يحكم المسألة المعروضة أمامه فلا ينهض دوره الأنشائي وأنما يكون دوره تطبيق تلك النصوص فحسب .
٤ – أن المبادئ التي أنشأءها القضاء الأداري كمبدأ الحقوق المكتسبة وعدم رجعية القرارات الأدارية ومبدأ دوام سير المرافق العامة والمساواة بالأنتفاع بالمرافق العامة أما أن تستند ألى الدستور أو القوانين الأخرى أو ألى مبادئ قانونية عامه أخرى ترتكز عليها .
٥ – أن دور القضاء الأداري في أنشاء المبادئ القانونية يظهر في حالتين هما حالة النقص التشريعي والغموض .
٦ – أن القضاء الأداري العراقي تردد في أنشاء المبادئ القانونية العامة .
٧- اعترف المشرع في عدة مواضع من القانون وخاصة القانون المدني بوجود نقص بالتشريع واوجب على القاضي احقاق الحق ومنعه من الاحتجاج بوجود نقص بغية الامتناع عن اصدار الحكم وقرر عقوبات جزائية في حالة مخالفة ذلك.

ثانياً: التوصيات

١ – يجب أن يكون القضاء الأداري العراقي أكثر جرأة في أنشاء مبادئ القانون العامة أسوة بأقرانه القضائين المصري والفرنسي .
٢ – أصدار لائحة من قبل القضاء الأداري بالمبادئ القانونية الأدارية المستقرة والتي أصبحت ملزمة كالقواعد القانونية المكتوبة وذلك لسهولة التعرف عليها من قبل الأدارة فيصبح وضوحها كوضوح القواعد القانونية المكتوبة .
٣ – أن يعمل القضاء الأداري في العراق على تناول المبادئ التي يرغب في أنشائها بوضوح في الأحكام التي تصدر عنه لما لذلك الأمر من أضفاء صفته الألزامية عليها في المستقبل .
٤ – أن المشرع العراقي وبتركه فراغاً تشريعياً في بعض التشريعات يعد مسوغاً للقضاء الأداري في التدخل وأنشاء المبادى القانونية كما هو الحال في عدم تنظيمه مسألة وقف تنفيذ القرار الأداري أو العقوبة المقنعة أو القرار المعدوم ولهذا نوصي بالتأكد على هذه المواضيع في أحكام القضاء الأداري ، أي أن يلتفت أليها القضاء الأداري ويضفي عليها الصفة الملزمة بتكرار تطبيقها في كل حالة تعرض عليه .

المصادر والمراجع

١. د . إبراهيم طه الفياض ، القانون الأداري ، نشاط وأعمال السلطة الأدارية بين القانون الكويتي والقانون المقارن ، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع ، ط١ .
٢. د . أدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١١ .

٣. كامل السامرائي ، القضاء الإداري في العراق ، مطبعة أسد ، ١٩٦٣
٤. د . غازي فيصل مهدي و د . عدنان عاجل عبيد ، القضاء الإداري ، د . ت ، ط٢ ، ٢٠١٣.
٥. د . محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ وأحكام القانون الأداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥ .
٦. د . فهد عبد الكريم العثم ، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٦.
٧. د . محمد علي جواد ، القضاء الأداري ، توزيع المكتبة القانونية ، بغداد ، د . ت.
٨. د . علي محمد بدير و د. عصام البرزنجي ، د . مهدي ياسين سلامه ، مبادئ وأحكام القانون الأداري ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢ ، صـ٥٥ .
٩. د . ثروت بدوي ، مبادئ القانون الإداري ، المجلد الأول ، أصول القانون الأداري وأسسه وخصائصه ، دار النهضة العربية ، مصر ، ١٩٦٦.
١٠. د . زياد خالد المفرجي ، الحق المكتسب في القانون الأداري ، د ن ، ٢٠٠٨ .
١١. د . سليمان الطماوي ، الوجيز في القانون الأداري ، دار الفكر العربي ، ١٩٦٧.
١٢. د . ماهر صالح علاوي الجبوري ، مبادئ القانون الإداري ، مكتبة السنهوري ، ١٩٩٦.
١٣. د . علي هادي عطيه الهلالي ، النظرية العامة في تفسير الدستور وأتجاهات المحكمة الأتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي ، منشورات زين الحقوقية ، ط١ ، ٢٠١١.

القرارات القضائية

١٤. مجلس الأنضباط العام ، رقم القرار ٦٣٩ ح / ١٩٦٥ ، مجلة التدوين القانوني ، العدد الأول ، سنة ١٩٦٦.
١٥. مجلس الأنضباط العام ، رقم القرار ٥٧٢ / ١٩٧٨ في ٢٥ / ١٢ / ١٩٧٨ ، مجلة العدالة ، العدد الأول ، السنة الخاصة ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٧٩.
١٦. قرار محكمة القضاء الأداري ذي الرقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٣ في ١٩ / ٣ / ١٩٩٤ ، الموسوعة العدلية ، العدد ١٦ ، ١٩٩٤ .

القوانين

١٧. دستور جمهورية العراق النافذ لعام ٢٠٠٥ .
١٨. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .
١٩. قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل
٢٠. قانون وزارة التعليم العالي رقم٤٠ لسنة ١٩٨٨.
٢١. قانون التقاعد الموحد المعدل ذي الرقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦ المعدل بالقانون رقم ٦٩ لسنة ٢٠٠٧ .
٢٢. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٢٣. قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل .
٢٤. قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .

الرسائل والاطاريح

٢٥. لؤي كريم عبد خضير المشهداني ، ضمانات سير المرفق العام بأنتظام وأطراد في الوظيفة العامة ، رسالة ماجستير مقدمة ألى كلية الحقوق جامعة النهرين ، للعام الدراسي ٢٠٠٥.

٢٦. سامه طه حسين العاني ، النظام القانوني للمرافق العامة الأقتصادية في العراق ، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠١٢.
٢٧. محمد عبد الحميد أبو زيد ، دوام سير المرافق العامة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، د . ت.
٢٨. هيثم فالح حسن ، الأساس الدستوري لمبدأ دوام سير المرافق العامة ، رسالة ماجستير في الحقوق مقدمة ألى كلية الحقوق / جامعة النهرين ، ١٩٩٨.
٢٩. معمر مهدي صالح الكبيسي ، مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠١ ، ص١٨.

البحوث والمجلات والمحاضرات

٣٠. رشا جواد جمعة ، مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة ضمن تطبيقات القضاء الأداري ، مجلة الحقوق ، الجامعة المستنصرية ، السنة السادسة ، المجلد الرابع ، العددان ١٣ – ١٤ ، ٢٠١١.
٣١. د . سعد العلوش ، محاضرات ألقيت في كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة بغداد ، د ت.
٣٢. عواد حسين ياسين العبيدي ، اجتهاد القاضي في مورد النص بين نهي التشريع ومقتضيات العدالة ، مجلة التشريع والقضاء ، العدد الرابع ، ٢٠١١.
٣٣. د . محمد رفعت عبد الوهاب ، محاضرات غير مطبوعة وغير منشورة ألقيت على طلبة الماجستير في كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة بيروت العربية ، لبنان ، للعام الدراسي ٢٠٠٩ / ٢٠١٠ .
٣٤. د . خلف محمود الجبوري . دور القاضي في سد القصور في القانون الإداري ، بحث منشور على البريد الالكتروني .
٣٥. د . يوسف حسين محمد البشير ، مبادئ القانون الإداري ، https:llfacalty.sau.edu. تاريخ الدخول ٢٠١٥/٣/٢٨
٣٦. فارس حامد عبد الكريم ، المبادئ العامة للقانون ، صـ١ ، بحث منشور على البريد الإلكتروني http:llfarisalajrish.maktoobbloj.com تاريخ الدخول ٢٠١٥/٣/٢٨.
٣٧. د . غازي فيصل مهدي ، محاضرات غير مطبوعة وغير منشورة ألقيت على طلبة الدكتوراه للعام الدراسي ٢٠١٤ – ٢٠١٥ في كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، بغداد