

دور القاضي في سد القصور في القانون الإداري

د.خلف محمود الجبوري

مقدمة:

واجه المختصون في تطبيق وتنفيذ القانون مشكلة وجود نقص في القواعد القانونية او في غموضها او في تعارض احكامها.

وتتفاوت هذه المشكلة من قانون لآخر ، ففي القانون الجنائي قد لا تبدو ظاهرة كبيرة لان القاضي فيها محكوم بمبدأ لا جريمة لا عقوبة الا بنص وبالتالي فان الحديث عن إمكانية وجود نقص في قانون العقوبات حول عدم تجريم فعل او امتناع عنه يكون قليلا. فينحصر دور القاضي الجنائي حول تفسير او تأويل ما هو غامض من قواعد هذا القانون.

بينما يكون النقص والغموض والتعارض ظاهرة بيّنة في إطار القانون الإداري بحكم طبيعة هذا القانون لانه في الأصل قانون غير مقنن ولانه سريع التطور مما يضيف على قواعده وإحكامه مرونة واضحة. فيكون عبء الاجتهاد على القاضي الإداري اكثر بكثير منه بالنسبة للقاضي الجنائي وبين طرفي هذه المعادلة التي يقف القانون الجنائي على جانب منها والقانون الإداري على الجانب الآخر. فان قواعد القانون الخاص (المدنية و التجارية) يتفاوت فيها الاجتهاد بين حسن الصياغة التشريعية، وبين تغير الظروف، حيث تزداد الحاجة الى الاجتهاد لسد الفجوات في القانون عندما تقصر الصياغة التشريعية عن إدراك المشاكل التي يراد حلها. وكذلك عندما تتغير الظروف بعد سن التشريع.

والحقيقة ان ظهور هذه المشكلة في القوانين امر حتمي مهما حاول المشرع تجنبها سواء في حسن الصياغة التشريعية او في التنبؤ باحتمالات المستقبل فيما يضعه من نصوص.

وقد يقوم المشرع بين فترة واخرى بمحاولة لسد القصور في القانون بتعديل القوانين او إلغائها كما قد يعهد الى السلطة التنفيذية بمهمة القيام بذلك بواسطة الأنظمة سواء المستقلة منها او التنفيذية او التي تقتضيها الضرورة. ومع ذلك تظل مشكلة القصور قائمة لان القصور يتعلق بالنصوص الوضعية اينما وردت. اما حينما يقوم القاضي بالبحث عن وسائل لسد ذلك القصور فانه يساهم في تكوين قواعد القانون من خارج التشريع والمصادر الأخرى للقانون، كما يحاول ملائمة أحكامه لتكون منسجمة مع مجمل النظام القانوني في مكان وزمان معينين.

ونظرا لطبيعة الدور الذي يقوم به القضاء في سد القصور في القانون الإداري فإننا سنركز بحثنا على هذا الدور. تاركين جانبا ما يمكن ان يقوم به المشروع من تعديلات على القوانين او الغائه لها. او ما يمكن ان تقوم به الإدارة من خلال مساهمتها بالتشريعات الثانوية.

الفصل الأول

أسباب القصور في القانون الإداري

الى جانب الأسباب العامة في قصور قواعد القانون بشكل عام هنالك أسباب إضافية وراء قصور قواعد القانون الإداري وهي أسباب ناتجة عن طبيعة هذا القانون فهو ذو خاصية قضائية من جهة ومرن الأحكام وسريع التطور من جهة أخرى. ونتناول كل من هذين السببين فيما يلي:

المبحث الأول

قضائية القانون الإداري

بالرغم من وجود تشريعات ادارية كثيرة تتعلق بالتنظيم وبالنشاط الإداريين، الا ان القانون الإداري لا يزال معتمدا بالدرجة الأولى على أحكام القضاء^(١) التي تكون المصدر الرئيس لمبادئه ونظرياته العامة، ان القول بان هذا القانون هو قانون قضائي لا يعني إغفال المصادر الأخرى التي ترفده (كقانون) ومنها التشريع والعرف مثلا. الا ان القضاء يكون مصدرا متفوقا على تلك المصادر لانه صاحب الفضل في تشييد مبادئ هذا القانون فهو مصدر رسميا وليس مصدرا تفسيريا شأنه شأن الفقه في بقية القوانين^(٢)، كما ان المشروع في كثير من الاحيان قد يستلهم ما توصل اليه القضاء من مبادئ فيصوغ تشريعا على هذا الأساس، والقاضي عندما يطبق القانون (ان وجد نص امامه) لا يتقيد بالمعنى الحرفي للنص بل يتمتع بقدر من الحرية في تفسير النصوص وتحديد مدى انطباقها على الحالة المعروضة امامه^(٣) وعندما لا يوجد نص او عندما يكون غامضا، فان القاضي يضطر الى ان يبتدع الحل الذي يحسم النزاع فهو يقوم بخلق القاعدة من عنده^(٤). ان كلا من المشرع والقاضي يبحث عن الهدف من القانون او الغاية من تطبيقه، فلا يفترض ان المشرع يضع النصوص وهو غير مدرك لغايتها، ولا القاضي يطبق النصوص وهو غير عالم بالنتائج التي تترتب على ذلك التطبيق.

والنظرة الى هذا الموضوع تتعلق بطبيعة النظام القانوني وفلسفته هنا او هناك، ففي دول (القانون الواحد) (Common Law) وبالذات في امريكا حيث تقوم الفلسفة الموضوعية على النظر الى القيمة او الفائدة العملية للقانون المراد تطبيقه، تلك القيمة التي قد لا تبدو واضحة في اول الامر سوى انها تتضح فيما بعد، عندما تمتزج بعنصر الزمن والاعتیاد، فان القاعدة القانونية تكون قاعدة مركبة او مختلطة مع المبادئ القانونية لان القانون عبارة عن نمو تاريخي بحسب ذلك الرأي^(٥).

(١) انظر: الدكتور ثروت بدوي، مبادئ القانون الاداري ١٩٦٨، ص ١٠٣.

(٢) الدكتور حسن كيرة، المدخل الى القانون ١٩٦٧، ص ٢٣٠.

(٣) الدكتور ثروت البدوي، المصدر السابق، ص ١٠٤.

(4) Waling: Droit Administratif, 9 edition, Sirey, 1963, P.19.

(5) Cardozo: The Nature of the Judicial Process, P225.

وبعبارة أخرى سوف لا يكون هناك مجالاً للابتداع القضائي بمعنى الكلمة، لأن محل القاعدة القانونية ان لم يستمد من التشريع فهو يستمد من المبادئ القانونية العامة. غير ان هناك رأياً معاكساً، لهذا حيث يرى (Grey) ان للقاضي ان يحكم بما يراه هو فمجال الابتداع امامه مفتوح. (١)

وهذا باعتقادنا ، ما دفع (Cadozo) الذي يعتنق فكرة التطور التاريخي للقانون، الى التاكيد على فكرة النمو الشعوري (المقصود) للقانون حيث يعتقد ان ليس هناك شي اكثر من التفكير ببذل جهد للوصول الى نتيجة معينة وإعطائها قوة النفاذ من قبل المشرع كما قد يكون من قبل القاضي، وهنا نقطة التماس بين عمل كليهما .

فكلاهما كما يقول يشرع في حدود سلطته وقدرته، غير انه ليس هناك شك في ان سلطة القاضي في هذا المجال تكون اكثر ضيقاً لانه (يشرع) لسد الفجوات في القانون. (٢)

والمعروف ان حقوق و حريات الأفراد ازاء السلطات العامة تقررها في دول القانون الواحد قواعد القانون التي يضعها المشرع وتلك التي تطبقها المحاكم (٣) واذا كان الأمر كذلك في تلك الدول، فانه من باب اولي ان يكون كذلك في دول القانون العام "Public Law"، حيث يعترف للقضاء فيه بإنشاء وخلق القواعد القانونية في القانون الإداري على شكل مبادئ عامة. واذا ما كان القضاء يعمل دائماً على ربط القاعدة التي يبتدعها بأقرب نص تشريعي لها في القانون الخاص، فان ذلك لا ينفي ان تلك القاعدة ترجع أساساً الى القضاء وليس الى المشرع (٤) فكما يقول "بكينو" ان القضاء الإداري اذا ما اخذ في أحكامه بقاعدة من هذا النوع فانه لا يأخذ بها باعتبارها قاعدة منصوص عليها في مادة من مادة القانون الخاص، وانما يأخذ بها كقاعدة يراها سليمة وعادلة وأحياناً ملائمة من حيث الموضوع لتنظيم الروابط التي تطبق عليها. (٥) وينكر بعض الفقهاء (الدور الانشائي) للقاضي فالقاضي حينما لا يجد قاعدة يطبقها في التشريع او العرف، انما يستطيع ان يطبق المبادئ العامة في القانون او ما يسمى بـ (روح القانون) ويترتب على هذا الرأي عدم وجود قانون إداري من صنع القاضي فهو يستمد الحلول من المبادئ العامة للقانون، ولا يخلق القواعد القانونية، فهي موجودة مسبقاً ولو لم تكن موصوفة في نص تشريعي فيقتصر عمل القاضي على الكشف عن هذه المبادئ. (٦)

(1) Grey: the nature and sources of the law. 1948, P225.

(2) Cardozo: OP.Cit, P.105.

(3) Cardozo: OP. Cit, P.105 "judge made law between gaps"

أنظر كذلك:

Schwartz: Legal Control of government. 1978 . P93.

اذ يقول ان هناك حداً فاصلاً بين وضع القاعدة القانونية واصدار الحكم، فمن يعتاد الحكم في المحاكم يعرف جيداً بان الحكم القضائي قد يرتكز على قاعدة قانونية جيدة غير معروفة يعلن عنها اول مرة في القضية موضوع النزاع.

No test can draw anything like a mathematical between rule-making and adjudication ... As anyone familiar with the work of the courts well knows. An adjudication may be based upon a new rule of law which in announced for the first time by the deciding tribunal.

(٤) انظر: الدكتور محمد كامل ليلة، الرقابة على اعمال الادارة

(٥) الدكتور ابراهيم عبد العزيز شبيحة: اصول القانون الاداري اللبناني، الدار الجامعية ص ٥٨.

(٦) الدكتور عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص ١٩٧.

ويرى (بيساكتورى) ان المبادئ العامة لا تعدو ان تكون مجرد توجيهات عامة ومرنة، فهي ليست قواعد قانون وضعي، فهي توجهنا نحو حل معين لقضية ما ولكن لا يجوز ان نبحت فيها عن حلول تامة، ذلك لانها من العمومية والتجريد وعدم الانضباط بحيث لا تصلح لان تكون مقدمة في استنتاج منطقي فهي لا تضع حكما مستقلا ومع ذلك يمكن الاستعانة بها بطريقة استقرائية عندما يمكن استخلاصها من جملة قواعد قانونية متقابلة ليس اكثر. (١)

ولا شك ان انكار الدور الإنشائي للقضاء سيؤدي الى جمود القوانين وزيادة نسبة القصور فيها. فالمبادئ القانونية التي استند اليها القضاء الإداري قد كونت جميع نظرياته وإحكامه. من ذلك مثلا مبدأ دوام سير المرافق العامة، ومبدأ المساواة بين المنتفعين من المرافق العامة. ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية ومبدأ المساواة في التوظيف.... ومبدأ العلنية في العقود الإدارية، ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ومع ذلك فان باب الاجتهاد مفتوح في هذه المبادئ وفي غيرها لان القانون الاداري قانون متطور بطبيعته كما سوف نبين ذلك في موضعه، ولو فحصنا طبيعة المبادئ العامة فاننا نجد على نوعين (٢)

النوع الاول : المبادئ التي تستمد من القوانين المدنية والتجارية والجنائية ويكون مصدر هذه المبادئ التشريع بمعناه الواسع تكتسب قوتها الالزامية بوصفها مبادئ تشريعية والنوع الثاني المبادئ القانونية التي لا تستند الى نص مكتوب، وانما يخلقها القاضي بوصفه منشئ لها وليس مطبقا لها، يستلهم القضاء فيها ما يرد من بالوثائق الدستورية الهامة وبالروح العامة السائدة في المجتمع في ضوء فلسفة الحكم والادارة وتكون بهذا قوة القانون وتلتزم الأفراد والادارة في الحاضر والمستقبل شأنها شأن القوانين. (٣)

ولكي لا يلتبس الامر، نرى ضرورة تحديد كلمة القضاء من الناحية الوظيفية، اذ انها تحتوي على معنيين الاول ما تصدره المحاكم من احكام ، والثاني ما استقرت عليه احكام المحاكم في شان مسألة معينة، فيقال على سبيل المثال ان القضاء يسير على هذا النهج او ذاك في مسألة ما . فالقضاء في المعنى الاول يعتبر مصدرا رسميا للقانون الاداري بينما لا يعتبر ذلك في المعنى الثاني، لان المحاكم الادارية لا تكون

(١) الدكتور حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، بحث في مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٢، عدد ١-٥، ص ٢٥٦.
(٢) انظر: الدكتور توفيق شحاتة ، مبادئ القانون الاداري ١٩٥٥، ص ٨٨-٩٨ ، ان المبادئ الاساسية التي ينص عليها القانون المدني لا مقابل لها في القانون الاداري، والقضاء الاداري هو الذي يستخلص هذه المبادئ متحررا الاصول العامة التي تستهدف النصوص القانونية تحقيقها وصيانتها ، ومن هنا كان لاحكام المحاكم ذلك المركز الممتاز كمصدر من مصادر القانون الاداري.

(٣) هناك من يرى عكس هذا الرأي فالدكتور طعيمة الجرف يرى بان القضاء الاداري وهو يجتهد في الكشف عن قاعدة القانون الواجبة التطبيق ليصدر على اساسها حكمه انما يجري موازناته بين ما يصدره من احكام وبين الاوضاع والظروف الواقعية المحيطة بالنزاع والمصالح المتشابكة فيه باكثر مما يملكه القاضي المدني... ثم يقرر في موضع ثاني بانه رغم كون واجب احترام حكم القاضي من قبل الادارة حيث لا يجوز لها ان تصدر لوائح تنظيمية عامة مخالفة لها، فلا زلنا نرى ان المبدأ العام الذي يتضمنه حكم القضاء الاداري لا ينشئه هذا الحكم انشاء ولا يخلقه خلقا، وانما هو موجود ومستكن سلفا في الضمير القانوني العام للجماعة ، وان القاضي لا يفصل بصورة اكثر من مجرد كشفه وتقريره والنطق به. (مبادئ القانون الاداري ١٩٧٨ ، دار النهضة العربية ... ص ١٠٨-١٠٩)

ملزمة باتباع ما استقرت عليه احكام المحاكم الادارية العليا ، وحتى هذه الاخيرة ليست ملزمة باتباع احكامها السابقة في القضايا المستجدة امامها، وهذا نابع من طبيعة القانون الاداري غير الساكنة وذات الطبيعة المرنة، لذلك نجد القاضي الاداري عندما يصدر حكمه فانه لا يتقيد بعبارات او بمعان لا يجوز لمن بعده الخروج عليها. بل يترك الحكم وكأنه لحالة منفردة، فاذا ما استجدت حالة مشابهة يستأنس القاضي بحكمه السابق او بحكم الآخرين ويصدر حكما جديدا مبتكرا ايضا ومن هذا الطريق تتولد المبادئ العامة للقانون الاداري بشكل غير مرئي تصبح كالقانون المكتوب من حيث قوتها الالزامية ، ما لم تتعارض مع نص تشريعي ، حيث تكون الاولوية حين ذاك للنص المكتوب (١) ولكن لما كان القانون الاداري يقوم من حيث الغاية على ازدواج لا بد منه وهو المصلحة العامة ومصالح الافراد ، فان مهمة القاضي تتحدد في محاولة التوفيق بين هاتين المصلحتين ، اخذا بنظر الاعتبار مسائل جوهرية عند اصدار حكمه ، منها استقلال القانون الاداري عن القانون الخاص ، وتحقيق غايات القانون الاداري في المصلحة العامة ثم جعل حكمه قائما على غير فكرة محددة (٢) لكي لا يضيق على نفسه في احكامه اللاحقة من جانب، ولكي لا يتوسع بالخروج على حقوق الافراد من جانب اخر .

ولعل انجح الوسائل التي استعملها القضاء في بسط رقابته على اعمال الادارة حتى عند وجود النص القانوني الذي يمنعه من ذلك هو تمسكه بفكرة المبادئ العامة في القانون التي استخدمها في تفسير القانون عندما ينظر في نزاع ما ، فمجلس الدولة الفرنسي على سبيل المثال ، اصدر حكما في قضية كان موضوعها غير قابل لاي طعن اداري او قضائي بموجب القانون ذلك النص المانع من الطعن بانه لم يستبعد الطعن بتجاوز السلطة الذي يعد مفتوحا امام اي قرار اداري حتى بدون نص ، والذي من نتائجه ضمان احترام الشرعية طبقا للمبادئ القانونية العامة ، وقد كان من نتيجة ذلك التفسير الذي ضيق النص التشريعي المانع ان ادى الى محو المخالفة القانونية (٣)

ويستطيع القاضي في اي دولة وبموجب القوانين النافذة ان يمتلك مثل تلك الحرية في الخلق والابتداع، ذلك ان التشريع وان كان هو المصدر الرئيس للقانون الا ان القاضي يستطيع ان يقوم بتفسيره في المسائل الادارية بما يتلائم مع متطلبات كل حالة على حدة ، ويستطيع ان يستلهم مبادئ قانونية جديدة اقربها

(١) الدكتور محمد فؤاد مهنا ، القانون الاداري المصري والمقارن ، الجزء الاول ، السلطة الادارية ١٩٥٨ ، ص ٨٥ .
ويذكر هنا بان المذكرة الايضاحية لقانون مجلس الدولة في مصر قد اكدت حق القضاء الاداري في انشاء مبادئ هذا القانون بقولها : "يتميز القضاء الاداري بانه ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني ، بل هو في الاغلب قضاء انشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الادارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الافراد .
(٢) الدكتور محمد عصفور ، مذاهب المحكمة الادارية العليا ، في الرقابة والتفسير والابتداع الاجزاء (١،٢،٣) ١٩٥٧ ، ص ٣٤١ .

(٣) ان مجلس الدولة استبعد الصيغة التقليدية التي كان يضمنها احكامه برفض الطعون وهي (لا يوجد نص في القانون او في لائحة يفرض على الادارة ..) بصيغة اخرى وهي: "لا يوجد نص تشريعي او لائحي او مبدا من المبادئ العامة في القانون مطبقة على النزاع كانت تلزم الادارة انظر في هذا: الدكتور محمد عصفور ، المصدر السابق ، ص ٣٥٩ .

المحاكم الوطنية او الاجنبية سواء خوله المشروع ذلك او لم يخوله لان المبادئ العامة لا حدود لها ولان الاجتهاد مطلوب دائما من قبل القضاء وهو يتعلق بفن العملية القضائية وليس بحسن السياسة التشريعية (١) .

المبحث الثاني

مرونة احكام القانون الاداري وسرعة تطوره

ان الطبيعة القضائية لهذا القانون تنعكس على طبيعة قواعده من حيث المرونة وسرعة التطور ، وذلك ان الحكم القضائي في نطاق القانون الاداري ، يكون وليد الظرف الواقعي ويتجاوب مع مستجدات الحياة اليومية في نشاط الادارة ومن هنا تكون قواعد القانون الاداري ذات طبيعة مرنة لانها لا توجد دائما في نصوص تشريعية ولا تنقيد بسوابق قضائية (٢) .

ان الصفة العملية لقواعد هذا القانون والنتيجة من احكام القضاء تجعل خاصية استمراريته وفعاليتها دائمة مع متطلبات الحياة المتطورة بسرعة وبصورة مستمرة. ولانغالي اذا قلنا ان الترابط بين القانون والمجتمع يتجسد بحالة مثالية في القانون الاداري اكثر من بقية القوانين ، لان هذا القانون يتاثر بما يجري حوله من تطورات اقتصادية واجتماعية وسياسية ، فلا بد من ملاحقة التطور الحاصل في الحياة العامة بتطوير القواعد التي تحكمها لغرض تامين التطابق بين القانون والواقع سواء في استحداث قواعد جديدة لمواجهة التطور في الحياة الادارية او بتطوير القواعد الموجودة ، ومما يسهل عملية التطوير هذه ان الكثير من قواعد القانون المكتوبة ترد في انظمة وتعليمات تستطيع الحكومة تعديلها او استبدالها في اي وقت تشاء ، اما الازخطاء الغير مقننة من هذا القانون فمتروكة لاجتهاد المحاكم.

وبالرغم من حداثة وفتوة القانون الاداري ، فان هذه الصفة لم تمنعه من ان يكون قانونا متغيرا بعمق في نظرياته ومبادئه ، من ذلك نظرية المسؤولية الادارية المعروفة في الوقت الحاضر فهي ليست كما كانت عليه في القرن التاسع عشر (٣) ، حيث اصبحت تقوم احيانا على أسسا مجردة كالفعول الضار والمخاطر . وكذلك النظريات المتعلقة بالعقود الادارية ونظرية المرافق العامة والسلطة العامة والنفع العام اصبحت تشكل الاطار العام للقانون الاداري الذي يختلف عن القانون الخاص كثيرا فالمتغيرات المعيقة والجذرية في النظريات الكبرى لقانون ما تنعكس مدى قابليته للتطور ، وبجانب هذا السبب الفني في تطور القانون الاداري هناك سبب عميق لخاصية تغييره وتحركه من حالة لآخرى وذلك السبب هو طبيعة الروابط التي ينظمها هذا القانون

(١) نصت الفرة الثالثة من المادة الاولى من القانون المدني العراقي على انه: "وتسترشد المحاكم في ذلك بالاحكام التي اقرها في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية" ، ويعلق على ذلك الدكتور عبد السلام الترماني بقوله "لعل القانون المدني العراقي هو القانون العربي الوحيد الذي اقر بنص صريح الاستعانة بالدراسة المقارنة في استعداد حكم القاضي: "القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة" مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٠، ص٤٧٠.

(٢) الدكتور محمد كامل ليلة ، المصدر السابق، ص١٣٤

(٣) Andre de Iaubader: manual de droit adminstratif, Dixiem Edition 1976> P.20.³

. فالقانون الاداري اذ ينظم العلاقة بين الدولة والافراد، وهي علاقة متغيرة اكثر بكثير من العلاقة بين الافراد انفسهم فانه يكون قانونا متغيرا اكثر من القانون الخاص^(١).

ان مرونة القانون الاداري لا تعطي للقاضي امكانية التحلل من اي مبداء قانوني لانه لو كان الامر كذلك لاصبحت العدالة تخضع لاختبارات شخصية بعيدة عن الاسس الموضوعية، ولكن القاضي عندما لم يجد حلا من جميع مصادر القانون ، فانه يستند الى مبادئ القانون العامة ، ثم انه يلتزم فيما بعد ذلك الحكم في الحالات المشابهة من الناحية الادبية في الاقل . وعليه نستطيع القول بان القاضي مقيد في استلزام العدالة الموضوعية، وحر في خلق الطريقة التي يتوصل بواسطتها الى تلك العدالة . ان هذه الطبيعة المرنة للقانون الاداري تثير مشكلة الموازنة بين حقوق الافراد وامتيازات السلطة^(٢) ، فازدياد تدخل الدولة في الحياة العامة سوف يؤدي الى اتساع علاقتها مع الافراد ، مما يؤدي بدوره الى تشعب وتعقيد الحياة الادارية وبالتالي يشكل عقبة في طريق الاستقرار النهائي وحتى النسبي لهذا القانون^(٣)

ولما كانت المشاكل بين الادارة والافراد تحتاج الى قضاء خاص يوازن بين المصلحة الخاصة للفرد والمصلحة العامة فان مهمة القاضي في هذا المجال مهمة صعبة ودقيقة تحتاج الى تغيير باستمرار ومن هنا يجد البعض صعوبة في دراسة هذا القانون من جهة ، وامتعة فكرية في دراسة احكامه من جهة اخرى^(٤).

ان المعطيات اليومية تتطور بسرعة اكثر من وسائل تنظيمها القانوني لذا فان هناك فجوة سوف تظهر في النظام القانوني للدولة ، خاصة في لعاقبة الادارة بالافراد ، فاذا كانت المرونة في قواعد القانون الاداري قد سمحت له بالتطور خلال قرن من الزمان فان الفكرتين الرئيسيتين (الحرية والسلطة) هما ايضا في تغير مستمر وغير خاضعتين لضوابط محددة ، ولذلك فان البحث عن وسائل لسد هذه الفجوة يجب ان لا يبتعد عن القيم الجوهرية لهذين المصطلحين وفي هذا يرى (فريدمان) بانه لا بد من ان نكرس كل اهتمامنا الى التفاصيل الدقيقة للضمانات التي توفر حماية الافراد وتسد الفراغ القانوني بين حين واخر ويجب ان نقوم

(1) Andre de Laubader: Op. Cit, P.21: A cote de cette raison techique, ily aune raison profonde a levolution du droit administratif; Cest que les besoins, Cest que les rapports entre L, Etat le individual.

(2) الدكتور محمد عصفور ، المصدر السابق ، الجزء الثالث ، ص٣٩٦، ويشير بذلك: بان ما يدعو الى الاعجاب في القانون الاداري - كما يثير القلق في ذات الوقت هو طبيعته المرنة، وانه اذا تغيرت الفكرة عن الانسان - وهي الملهمة للقاضي الاداري فانه ستؤدي بين يوم وليلة الى قلب مضمونه فجاة ، ومع ذلك فان ضمان حقوق المواطنين ضد تحكم السلطة لن يتوفر بالية قضائية ولا بقواعد مكتوبة - وانما يكون بمدا التعلق احترام هذه الحقوق ، فليدخل مجلس الدولة عن اعتقاده في تطبيق المبادئ العامة للقانون العام الفرنسي، وسوف نرى ما الذي سيبقى من هذا البناء الذي استغرق ١٥٠ عاما! اولا يقطع ذلك بان استقرار النظام القانوني وسيلته الاولى رعاية حقوق الافراد ؟ وانظر كذلك: الدكتور محمد مصطفى حسن ، الاتجاهات القضائية نحو التخفيف عن الادارة، مجلة العلوم الادارة ، العدد الاول ، سنة ١٩٨٥ ، ص٧.

(3) د. محمد كامل ابو ليلة ، المصدر السابق ، ص١٣٨ ، والدكتور ثروت البدوي ، المصدر السابق ، ص١١٠-١١١ ، وهما يعتقدان بان هذه المرونة من شأنها زعزعة ثقة الافراد في قواعد القانون الاداري ، فضلا عن ان التغيير الدائب بقاعدة القانون الاداري يجعلها غير محققة للعدل والمساواة ما دام تطبيقها ليس بالنسبة للجميع.

(4) Waling: Op. Cit, P.109. letude dun driot aue est aini pleine evolution, sielle eat plus difficile, pent etre asuusi plus inter-essente.

بإعادة تفكيرنا حول معاني هذه القيم الأساسية كالحرية والملكية في المجتمعات المعاصرة من الناحيتين القانونية والاجتماعية (١).

وحقيقة فإن الارتباط واضح بين قواعد القانون الإداري وقصور وسائل الحماية فيها، ارتباط السبب بالنتيجة فكما كانت الحرية والحقوق الفردية قد تغيرت من حالة التقديس إلى التقيد بالنظام العام ، بل وبمبدأ التضامن الاجتماعي لذلك تكون القيود الإدارية التي تمارسها السلطة العامة على كل منهما بشكل أوسع مما كانت عليه في الماضي، وبالتالي فإن نوع الحماية التي يمكن أن يوفرها النظام القانوني في مثل هذه الظروف يكون مختلفا بالضرورة عما كان عليه في الماضي أيضا ، حيث أن نوع الحماية المطلوب يكون بالمقابل إلى نوع القيود الواردة على الأفراد ، ولما كانت القيود المحتملة على حرية الأفراد تتزايد بالاستمرار كحقيقة تفرضها سمة التطور ، فإن البحث في قواعد الحماية القانونية المطلوبة للأفراد سوف لن تتوقف لأن هناك مبدأ قانوني هاما واجب الاحترام ألا وهو (أن الحريات العامة مصونة ولا يجوز المساس بها) بالإضافة إلى ذلك فإن نوع العمل الذي تمارسه الإدارة لا يمكن معرفته بطبيعته بصورة واضحة دائما وبالتالي لا يمكن تقرير بطلانه من عدمه بصورة واضحة أيضا، حيث أن بعض الأعمال الإدارية تداخل فيها الاعتبارات الفنية مع الاعتبارات الموضوعية وأصبح من الصعوبة تقرير مسؤولية الإدارة عنها وفق مقاييس المسؤولية المعروفة ، ومما يزيد الأمر صعوبة خروج بعض أعمال الإدارة من رقابة القضاء كليا، وهي ما تسمى بأعمال السيادة، وهذه الأعمال التي صارت تمارس لا على صعيد الحكومة المركزية فقط ، بل أن بعضا منها تمارسها الهيئات الإدارية المحلية والمجالس التنفيذية وغيرها، والسبب في ذلك كما يرى البعض هو ضرورة أن يكون لها حرية ممارسة السلطة لتحقيق وظائفها (٢).

وعلاوة على كل ذلك فإن صفة المرونة في أحكام القانون الإداري تتطلبها أحوال الظروف الاستثنائية التي تواجهها الإدارة أحيانا بما يعطيها صلاحية الخروج على قواعد القوانين للحفاظ على النظام العام وترجيح كفته على الحقوق والحريات العامة ولذلك ابتدع القضاء الإداري نظرية الظروف الاستثنائية ومن ميدان القضاء سرت هذه النظرية إلى ميدان التشريع.

الفصل الثاني

(١) Friedman: Law in achenging society, Op, Cit. P.384 ets, “However instead of devoting all our attention to the minute details of safeguards, we perhaps, do a little are thinking on the meaning of such basic values as liberty and property in the legal and social context”

(٢) Friedman. Op, Cit, P.393

وسائل سد القصور في القانون الاداري

من المبادئ المعروفة ان على القاضي ان يحكم بالقضية المعروضة امامه حتى لو لم يكن هناك نص في القانون يعالجها. والا اعتبر منكرا للعدالة. فالخطوة الاولى المطلوبة من القاضي بعد تكييف الواقعة محل النزاع هي التأكد من وجود قصور في القانون يجعله غير قابل للتطبيق على تلك الواقعة ثم يحاول بالخطوة الثانية سد القصور الذي اكتشفه بصورة منهجية. وفق احد الوسائل التي سنبينها بعد قليل.

والقاضي الناجح في ميدان القانون بشكل عام وفي القانون الاداري بشكل خاص هو الذي لا يرتكن على التشريع بشكل دائم لكي لا تتحول وظيفته الذهنية الى وظيفة شبه الية يطبق فيها النصوص دون اجراء عملية تفاعل ذهني ونفسي لدى القاضي من جانب ودون البحث عن مدى توافق النصوص من مختلف الظروف والقضايا من جانب اخر.

لاشك ان القاضي يستطيع تخفيف العبء الذهني عن نفسه من اول الطريق فيقوم بتكييف واقعة الدعوى على وفق المقاسات المتاحة امامه من نصوص بحيث لا يزيد عليها ولا ينقص منها وسواء كانت ملائمة او غير ملائمة وبهذه الطريقة الكسولة سوف لا يكون حكمه عادلا وسوف يشغل المحاكم العليا بكثرة الطعن في احكامه ولا يأخذ دورا فعالا في تحقيق العدالة ولا في بناء النظام القانوني العام للدولة.

وقد اختلفت القوانين المقارنة بشأن كيفية وضع حلول لهذه المشكلة وانقسمت بذلك الى قسمين:

القسم الاول : تشريعات اكتفيت بالزام القاضي بالحكم في القضية بنفسه دون ان تحدد له طريقة معينة للاجتهاد.

والقسم الثاني : تشريعات بينت للقاضي بعض وسائل الاجتهاد.

وفي كلا الحالتين ينبغي الاجتهاد من قبل القاضي بوسائل تعبر عن جوهر العملية القضائية وهي ما نسميها بفن القضاء وهي خارج الاطار الذي يمكن للمشروع ان يعطي فيه قانونا محددا بالذات. وبناءا على هذا الاساس سوف نقسم هذا الفصل الى المباحث الثلاثة التالية:

١. المبحث الاول: القوانين التي تكتفي بالزام القاضي بالحكم بالقضية.

٢. المبحث الثاني: القوانين التي تبين للقاضي بعض وسائل الاجتهاد.

٣. المبحث الثالث: الوسائل القضائية الرئيسية في الاجتهاد.

المبحث الأول

القوانين التي تكتفي بإلزام القاضي بالحكم بالقضية

فبموجب هذه النظرية يعتبر عمل القاضي اللازم لسد القصور في القانون عملاً قضائياً من صميم واجبه. وإن اللجوء إلى المشروع في مثل هذه الحال إنما يؤدي إلى الوقوع في إجراءات من شأنها إطالة أمد التقاضي والاضرار بمصالح الخصوم.

ومن التشريعات التي أخذت بهذه الوسيلة القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ حيث تنص المادة الرابعة منه على ما يلي: (إن القاضي الذي يرفض أن يحكم بحجة سكوت التشريع أو غموضه أو عدم كفايته يعد مرتكباً لجريمة الامتناع عن الحكم) (١).

فالمادة الرابعة ولو أنها فرضت على القاضي وجوب الفصل في النزاع. إلا أنها لم تلزمه باتباع طريقة معينة لكي يتمكن بواسطتها من سد القصور في القانون.

أما في المواد المدنية فإنه حين يكون التشريع واضحاً فيجب اتباعه وحينما يكون غامضاً يجب تعميق النظر في نصوصه. وإذا لم يكن هناك نص يجب الرجوع إلى العرف والعدالة، والعدالة هي الرجوع إلى القانون الطبيعي عند سكوت التشريعات الوضعية أو غموضها. (٢)

غير أننا سنجد عند البحث في وسائل الاجتهاد القضائي أن القانون الطبيعي فكرة لا تتلائم مع الاجتهاد، وتدعو الحاجة إلى الاجتهاد في ميدان القانون الإداري على أن لا يتجاوز الاجتهاد بإضافة قيود على حريات وحقوق الأفراد على غير ما هو منصوص عليه في القوانين المرعية.

ومما ينبغي الانتباه إليه أن الاجتهاد القضاء يتمثل في وضع مبدأ قانوني جديد واجب التطبيق إلا أن ذلك الاجتهاد والابتداع للحكم لا يعني قيام القضاء بتعديل القانون فالقاضي ليس بمشرع إلا أنه ملزم بالحكم في القضايا التي تعرض عليه حتى عند عدم وجود النص، وملزم كذلك بإيقاع الحكم العادل مع وجود النص الغامض.

المبحث الثاني

القوانين التي تبين للقاضي وسائل الاجتهاد

فهذه القوانين تبين للقاضي فقط توجيهات بما يجب عليه الرجوع إليه لسد الفجوات في القانون. مع أن المشرع كما بينا من قبل ليس بمقدوره تقديم وسائل علاجية لكل قضية تعرض على القضاء لأن ذلك غير ممكن من الناحية العلمية وإنما يتكفل القضاء القيام بذلك بموجب فن العمل القضائي. ويهدف المشرع من

(١) انظر الدكتور سمير تناغو. النظرية العامة للقانون ١٩٧٤. ص ٤٨٧. والدكتور محمد صبري، المرجع السابق، ص ٥٥ وما بعدها.

(٢) د. عبد الحي حجازي. المدخل لدراسة العلوم القانونية. الجزء الأول ١٩٧٢. ص ٥٥١.

وراء وضع تلك التوجيهات ضمان ان تكون احكام القضاء منسقة مع النظام القانوني للتشريع الوطني المعمول به في الدولة . (١)

وقد اختلف الفقه في شان تطبيقها ، فذهب البعض الى انها قد وضعت للقاضي افتراضا بان هناك قاعدة تعطي الحل لجميع الحالات التي لم يرد بشأنها نص صريح فالقاضي اذا ما امتنع او رفض الطلبات التي لا تكون قائمة على نص موجود سوف لا يكون في هذه الحالة مخالفا للمادة الرابعة. أي انه ليس مرتكبا لجريمة انكار العدالة (٢).

ويستند اصحاب هذا الراي الى افتراض ان البرلمان يلعب دورا كافيا ومانعا في التشريع . ولعل قول اللورد (Debarck) خير تصوير لهذا الغرض اذ يقول: (ان البرلمان وان لم يستطع حتى الان وضع تشريع خال من الابهام والغموض. الا انه وضع قاعدة ضمنية من شأنها ان تكشف عن نواياه وهذه القاعدة تكون مقيدة للنظام القانوني بدلا من ترك القانون للمحاكم لاكتشاف كنهه ومضمونه). (٣)

غير ان هذا التفسير لا يطابق الغرض الذي شرعت من اجله المادة الرابعة فهي وان لم تحدد للقاضي طريقا يسلكه لسد القصور الا انها لك تمنعه من القيام بذلك. فافتراض وجود قاعدة تعطي حلا لكل ما لم يرد بشأنه نص والقول بان تلك القاعدة تشريعية امر غير ممكن ، فالصحيح هو مايلقى على القاضي من واجب تحقيق العدالة بصورة مستقلة لان المشرع لو اراد ان يمنع القاضي من ذلك لنص عليه بصراحة. ولهذا فان الراي الثاني والذي يتزعمه (بورتالي) والقاتل بانه لا يمكن للقاضي ان يستبدل العدالة بالتشريع الوضعي هو الراي الصائب فالمادة الرابعة لديه لا تستخدم الا في حالات الغموض والنقص والسكوت في التشريع وهي لم تلغ ما للقاضي من دور في سد القصور في القانون. ففي المسائل الجنائية يكون حكم القاضي بالبراءة عند عدم وجود تجريم للفعل بمقتضى نصوص القانون دون ان يوصف بانه انكر العدالة من جراء ذلك الحكم.

وفي هذه الحالة يحدد المشروع للقضاء طريقتين للاجتهاد وهما:

اولا: طريقة التكميل الخارجي:

حيث يجوز للقاضي ان يبحث عن الحل من خارج النصوص وذلك بالرجوع الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وآراء الفقه وأحكام القضاء ، وفي رجوعه هذا انما يرجع الى مبادئ نسبية ومتغيرة ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٧) من القانون المدني النمساوي عام ١٨١١ حيث تنص الى انه (اذا لم يتيسر حل للمسالة المتنازع عليها لا وفقا للنص ولا وفقا للمعنى الطبيعي للتشريع وجب الرجوع الى الحالات المشابهة في التشريع والى اسباب التشريعات الاخرى . فاذا ظلت الحالة المتنازع عليها مع ذلك دون حل وجب الفصل فيها وفقا للقواعد الاساسية للقانون الطبيعي).

(١) الدكتور محمد صبري ، المرجع السابق ص ٥٥

(٢) الدكتور محمد صبري ، المرجع السابق ص ٧٨.

(3) Carleton Kemp Allen: Law in the making. 5th edition. 1951.

كما اخذ به المشرع السويسري بالقانون المدني الصادر عام ١٩٠٧ حيث نصت المادة الاولى منه على انه (اذا لم يجد القاضي نصا تشريعيًا يمكن تطبيقه ، حكم بالقواعد التي يضعها لو كان مشرعا ، مستهديا في ذلك برأي الفقه واحكام القضاء) ، وبه اخذ المشرع العراقي في القانون المدني عام ١٩٥١ حيث نصت المادة الاولى منه ما يلي:

١. تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها.
 ٢. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد الدولة.
 ٣. وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية.
- وبالرغم من ان القوانين تحيل الى مصادر اخرى من خارجها للتطبيق على الحالات المتنازع عليها فان القضاء غالبا ما يظهر حرصا على التمسك بنصوص القواعد القانونية ويحترمها لانها تعبر عن ارادة المشرع مدفوعا الى ذلك من مبدأ فصل السلطات فحينما يجتهد فانه يخرج عن النص او لا يجده ويقرر بدلا منه قاعدة قضائية مخفيا ذلك باسنادها الى نص مكتوب بشكل او باخر.

ثانيا: طريقة التكميل الداخلي:

وموجب هذه الطريقة يقوم القاضي بالبحث عن الحل من داخل النظام القانوني ذاته أي من داخل القانون المشرع مستعينا بذلك بدلالة النصوص وبالأعمال التحضيرية والبحث عن روح القانون من خلال عملية التفسير. كما يمكنه عندما يستنفذ كافة الوسائل المذكورة استعمال طريقة القياس كحالة لم ينص عليها في القانون.

فدلالة النص قد تكون واضحة وحينئذ لا اجتهد في مورد النص . كما قد تكون غامضة ولكن يمكن ان تفهم من دلالة الاشارة وهي المعنى الذي لم يقصد اليه المشرع بالنص ولكنه ومع ذلك معنى ملازم له ولا ينفك عنه. (١)

كما قد يكون حكم حالة معينة واردا بالنص لعل ما ولكن هذه العلة موجودة بشكل افضل ووضح على حالة اخرى لم ينص عليها، فيقوم القاضي بالحكم بانطباق النص على الحالة غير المنصوص عليها على اساس ان روح القانون تستوجب مثل هذا الحكم. وبهذا تقول محكمة العدل العليا الاردنية (اذا ذهل المشرع عن استعمال التعبير الواضح فقصد معنى وعبر عنه بلفظ لا يفهم منه هذا المعنى ففي مثل هذه الحالة لا تتقيد

(١) الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون . المدخل الى علم القانون ١٩٩٧ . مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ص ٦٤.

المحكمة بالألفاظ الحرفية التي استعملت في الصيغة القانونية وإنما عليها أن تفسر هذه الصيغة بما يلائم إرادة المشرع^(١).

أما الأعمال التحضيرية فهي جملة الدراسات والمداولات التي هيأت للنص قبل إصداره. وقد يمكن الرجوع إليها على اعتبار أنها عبرت عن إرادة المشرع حين تطبيق القانون على واقعة معينة في وقت لاحق. وبموجب القياس يقوم القاضي بتطبيق حكم حالة نظمها المشرع بالقانون على حالة أخرى تكون مشابهة للحالة الأولى إلا أن المشرع لم يضع لها حكم في القانون. ولعل أهم القوانين التي أخذت بطريقة القياس القانون المدني الإيطالي الصادر عام ١٩٤٢. وبموجب المادة (١٢) منه، إذا لم يوجد نص في التشريع يرجع القاضي إلى النصوص التي تنظم الحالات المشابهة. فإذا بقيت المسألة مع ذلك غامضة فإنه يحكم وفقاً للمبادئ العامة في النظام القانوني للدولة^(٢).

ويمارس التفسير في العراق من قبل كل من المحكمة الاتحادية العليا ومجلس شورى الدولة، وذلك عندما يطلب من أي منهما ذلك من الجهات الرسمية حصراً، حيث لا يجوز للأفراد طلب تفسير القوانين منها. ويمارس التفسير من قبل بقية المحاكم ضمناً عندما تنتظر باي دعوي منظورة أمامها وبمناسبة تلك الدعوى على أن الاختصاص بتفسير نصوص الدستور العراقي على كل من رئيس مجلس النواب أو من رئيس مجلس القضاء الأعلى أو من رئيس الوزراء^(٣). ومن الضوابط الواجب مراعاتها في التفسير ما يلي:

١. عدم جواز عزل العبارة الواحدة عن بقية عبارات القانون، فنصوص القانون لا غرض التفسير تعتبر كلا لا يتجزأ وبشكل خاص عند الأخذ بغاية القانون أو

الغرض من تشريعه وكذلك عندما ينبه المشرع في نصوص القانون أو الدستور إلى وجوب مراعاة قواعد معينة واردة فيه عندما يعالج نقاط أخرى بقواعد أخرى كأن يستعمل عبارة (مع مراعاة الأحكام الواردة بالمادة (٠٠٠٠)) من هذا القانون الخ) ثم يستطرد في وضع الأحكام.

٢. عدم التقيد بظاهر النص متى ما كان ذلك يتنافى مع المعنى الحقيقي المراد منه. وهكذا فإن عمل القاضي يبداً مع النص أن وجد ويرجع به إلى أصوله وظروف تشريعه وبصورة عامة إلى مجمل النظام القانوني العام في الدولة وأن لم يفلح ذلك في التوصل إلى حل للقضية المعروضة أمامه فعليه أن يبتدع الحل ابتداءً بعد أن يستنفذ جميع وسائل التفسير السابقة. ومتى ما قام بذلك فإنه يعتبر قد ارتفع عن قواعد النصوص والتزم بمبادئ القانون العامة المستوحاة من قواعد العدالة والإنصاف^(٤).

(١) مجموعة المبادئ لمحكمة التمييز في الأردن بصفتها محكمة عدل عليا وهي منشورة في مجلة نقابة المحامين خلال خمس وثلاثين سنة من عام ١٩٥٢ حتى نهاية عام ١٩٨٧. الجزء الأول ص ٦٢.

(٢) د. محمد صبري. المرجع السابق، ٥٦.

(٣) الأستاذ مكي ناجي، المحكمة الاتحادية العليا في العراق، ٢٠٠٧، ٨٥.

(١) د. طعيمة الجرف. القضاء مصدر انشائي للقانون الإداري، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة. العدد الرابع، السنة السادسة ١٩٦٢، ص ١٦.

ولكن السؤال الهام هو كيف يتسنى للقاضي ايجاد الحلول ووضع مبادئ من خارج النصوص؟ وما هي قيمة هذا الاجتهاد؟ هذا ما نتولى بحثه في المبحث التالي وهو الوسائل القضائية في الاجتهاد.

المبحث الثالث

الوسائل القضائية الرئيسية في الاجتهاد

تتمثل الوسائل القضائية في الاجتهاد في ابتكار المبادئ العامة للقانون. والمبادئ العامة للقانون تعتبر قواعد عامة غير مكتوبة، فهي لا تستمد قوتها الملزمة للإدارة من أي نص دستوري او تشريعي بشكل مباشر فهي لا تنتمي الى النصوص بل على العكس تعتبر واجبة التطبيق حتى بدون النص، وقد كان مجلس الدولة الفرنسي في احكامه القديمة وبالأذات قبل ١٩٤٥ يحاول عدم التصريح بسلطته في ابتداع الحلول من خلال المبادئ العامة للقانون، وانما يحاول اخفائها بربط هذا المبدأ او ذاك بأحد النصوص وهي (حيلة قضائية) اتعها مجلس الدولة الفرنسي انذاك لكي يسلم من النقد الذي يمكن ان يوجه اليه لانها لا تتضمن فقط الحكم بالحالة المتنازع عليها وانما تتضمن كذلك قواعد جوهرية الغى بموجبها القضاء الاداري قرارات ادارية بدرجة مراسيم صادرة من رئيس الدولة.^(١)

ولكن بعد عام ١٩٤٥ صرح مجلس الدولة الفرنسي بقيمتها على نحو مستقل واعتبرها واجبة التطبيق دون ان يسندها الى أي نص تشريعي. انما تعتبر مستندة الى ما يوصف به القضاء في مجال القانون الاداري بانه مصدرا رسميا لهذا القانون.^(٢)

ويرى عدد كبير من الفقهاء وعلى رأسهم (ريفيرو)^(٣) و (جينوا)^(٤) ، ان وسائل إنشاء المبادئ العامة للقانون من خلال تحليل احكام مجلس الدولة الفرنسي وتقارير مفوضي الدولة فيه تتمثل في اربعة اساليب وهي:

١. أسلوب إنشاء المبدأ العام بطريق التعميم ابتداء من نصوص قانونية جزئية. (الطريقة الاستقرائية) وذلك من خلال تعميم احد الحلول او القواعد الجزئية المقررة في نصوص متفرقة في هذه المسألة او تلك. حيث يرى المجلس ان الحل الذي قرره هذه النصوص الخاصة انما هو مجرد تطبيق جزئي لقاعدة اعم واشمل تتعدى تلك النصوص لتطبق خارجها على حالات جديدة غير محدودة النطاق، حيث يبدو المبدأ العام وكأنه كان مختفيا وراء النصوص الجزئية فيقوم القاضي الاداري بالكشف عنه واستخراجه ليحيا في النور حياة مستقلة

(٢) انظر الدكتور محمد احمد رفعت، المبادئ العامة للقانون، كمصدر للمشروعية في القانون الاداري . مطبوعات الدار الجامعية ١٩٩٢ ص٧٦.

(٣) الدكتور ثروت بدوي ، القانون الاداري ، المجلد الاول ، دار النهضة العربية ١٩٨٠، ص١٠٠.

(4) G.Revero: Le juge administratif un juge qui gouverne. Chronique precitee. Dalliz.1951 . P21

(٥) جينوا – نظرية المبادئ العامة للقانون (رسالة دكتوراه) ، ١٩٥٤ ص١٢٣ وما بعدها، عن الدكتور محمد احمد رفعت المبادئ العامة للقانون ١٩٩٢ ، ص٨٠.

عن النصوص وتتعدى اطارها بكثير. وفي هذا يرى (Vedel) ان المبدأ العام لا ينشأ بالابتكار وانما بطريق الاكتشاف. (١)

فمبدأ حق الدفاع مقرر بنصوص قانونية ولائحية تتعلق بالموظفين العموميين الا ان القضاء الفرنسي قد مد من مجال تطبيقها على اشخاص اخرين من غير الموظفين العموميين فالغى كل قرار اداري يتضمن فرض جزاء على الافراد العاديين دون ان تراعي الادارة تامين حق الدفاع باعتباره مبدأ عاما واجب الاحترام مهما كانت صفة الشخص المخاطب به.

وهكذا فان القضاء يسير بطريقة استقرائية من خلال جمع عدة احكام جزئية تكون واردة في النصوص ، وبعد ذلك يحاول معرفة مدى امكانية انتماء تلك الاحكام الى جنس معين من القواعد . مع وجوب وجود ذلك الجنس بالذات. ويمكن تشبيه المبادئ القانونية الناتجة بهذه الطريقة بحالة الترقيد التي يستخدمها الزارعون في تكثير بعض انواع الاشجار حيث يقوم الفلاح باخذ احد غصون الشجرة ويدفن قسم منه ويبقى جزءا صغيرا منه خارج الارض مع عدم قطعه عن الاصل كي يستمر متغذيا من اصله وبعد فترة يكون هذا الغصن الذي رقه الفلاح جذورا خاصة به وكافية له تديمه ويكون مستقلا عن الأصل تماما و ياخذ حيزا اخر من المزرعة ، وحتى هذا الجزء الذي انفصل عن اصله بهذه الطريقة يمكن اجتزاء قسم منه بذات الطريقة كلما تطلب الحال ذلك . وهكذا هي النصوص القانونية تتكاثر بالمبادئ المشتقة منها بمرور الزمن.

٢. أسلوب الاستخلاص للمبدأ العام من روح القانون.

وهذا الأسلوب يختلف عن الأسلوب الأول حيث ان القاضي بالأسلوب الأول عمم الحل من خلال تطبيقات متعددة النصوص . اما في الأسلوب الثاني فان الامر يحتاج الى اجتهاد اكثر لانه لا يتعلق بتعميم حكم قاطع ورد في نص معين ومستفاد من ظاهره، ولكن يتعلق بالبحث في باطن النصوص واستخلاص الحل من روحها ومثال ذلك ان مبدأ عدم رجعية القرارات الادارية من مبادئ القانون العام لم يتقرر بنص وانما استخلصه القضاء الاداري من روح المادة الثانية من القانون المدني الفرنسي التي تنص على ان (القانون لا ينطبق الا بالنسبة للمستقبل ، ولا يمكن ان يكون له اثر رجعي) .

فالقاضي عندما يقرر هذا المبدأ في القانون العام يكون مدفوعا نحو هدف سامي هو الحفاظ على حقوق الافراد المكتسبة، ووسيلته في ذلك تتمثل في استلها مبدأ عدم الرجعية من القانون الخاص ليطبقها على نحو مواز ومستقل في اطار القانون العام. ففي حكم (كاريكو) الصادر عام ١٩٥٦ قضى مجلس الدولة الفرنسي انه (في غياب نص تشريعي يجيز ذلك بصراحة ، ليس للحكومة ان تعطي لقرارها بزيادة الضريبة المعنية اثرا رجعيا) ولذلك الغى المجلس المرسوم بقانون لمخالفته مبدأ عام رجعية القرارات الادارية. (١)

وكذلك وجدت تطبيقات وفق هذه الطريقة تمثلت في مبدأ قوة الشيء المقتضي فيه. حيث عمم المبدأ لتكون قوة الشيء المقتضي فيه المتمثلة في احكام الغاء القرارات الادارية ذات حجة مطلقة تتعدى اطراف

(J) George Vedel: Droit administratif 1980. P.378.

(١) الدكتور محمد احمد رفعت المصدر السابق ص ١٦٠.

الخصومة من جهة وتلزم الادارة بموجب عدم اصدار قرارات تخالف مثل تلك الاحكام كما وتلزمها بان تتخذ من الاجراءات ما هو كفيل لتنفيذها من جهة اخرى.

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا الاسلوب في حكمه الصادر في ٨ ديسمبر ١٩٧٨ حيث اقر مبدأ (حق لم شمل العدالة) للأجانب مثلما هو الحال بالنسبة للمواطنين مستلهما في ذلك نصوص الدستور الفرنسي واتفاقية حقوق الانسان، والميثاق الاجتماعي الاداري لعام ١٩٧٤ . والاتفاقية الفرنسية البرتغالية لعام ١٩٧٧ . فالحكم الوارد في القضية اعطى لمواطن اجنبي الحق في استقدام عائلته معه الى فرنسا وان كانت تشمل زوجتين بموجب قانون بلد ذلك الاجنبي ورغم ان القانون الفرنسي لا يجيز تعدد الزوجات، دون ان يستند الى نص محدد من النصوص القانونية وانما ذكر بها واستلهم الحل المذكور من روحها مجتمعة.

٣. إنشاء المبدأ من جوهر نظام قانوني معين.

في الأسلوبين السابقين يبدو المبدأ العام وكأنه ناتجاً عن تفسير نصوص القانون. اما في هذا الأسلوب فيستند القاضي الى نظام قانوني معين بالذات يتعلق بفكرة محددة من الافكار السائدة في القانون الاداري. وبالتالي فان المقصود بالنظام القانوني ليس النظام القانوني العام للدولة في مجموعة وإنما النظام القانوني في مجال معين. (١)

وقد طبق القضاء هذه الفكرة ووضع مبادئ عامة للقانون في عدة مواضيع ومنها:

مبدأ عدم جواز المساس بالحقوق المكتسبة والمتولدة عن القرارات الادارية الفردية حيث استخلص هذا المبدأ من طبيعة (نظام القرار الاداري الفردي) . لان القرار الاداري الفردي هو اداة اسناد المراكز القانونية للأفراد ، ويرتب لهم حقوقاً ذاتية بينما القرار التنظيمي لا يولد بذاته حقاً مكتسباً ، ما لم يصدر بتنفيذها قرار فردي. ولذلك يجوز الغاء او تعديل القرارات التنظيمية في أي وقت تشاء الادارة. بينما لا يجوز الغاء القرار الفردي الا اذا كان غير مشروع وحتى في حالة عدم مشروعيته لا يجوز الغاؤه الا اثناء مدة الطعن القضائي (٦٠ يوماً) اما اذا كان القرار الفردي مشروعاً فلا يجوز الغاؤه بالنسبة للمستقبل طالما ان القرار انشا حقاً مكتسباً لصاحب العلاقة.

كما طبق القضاء ذات الفكرة وانشأ مبدأ وجود الرقابة الرئاسية بدون نص بالاستناد الى طبيعة (النظام الاداري المتعلق بالادارة المركزية) . حيث قرار مجلس الدولة الفرنسي بان الوزير لا يستطيع ان يرفض ممارسة اختصاصه الطبيعي في رقابة اعمال مرؤوسيه. وان رقابة الوزير الرئاسية تمثل مبدأ قانونياً عاماً ولا تحتاج الى نص يؤكد لها. (٢)

واستناداً الى استقلال الهيئات المحلية ادارياً ومالياً يذكر الاستاذ خالد الزعبي بان (المشرع الاردني لم يحدد في كثير من الاحيان وبدرجة قاطعة ما هي الاختصاصات الممنوحة للمجالس المحلية وتلك التي

(٢) الدكتور محمد احمد رفعت. المبادئ العامة للقانون ١٩٩٢ ، الدار الجامعية ص ١٠٢.

(1) George Vedel: Droit administratif 1980. P.202.

تمارسها السلطات المركزية بواسطة فروعها المختلفة في الوحدات الادارية. الا انه يمكن القول بان الاختصاصات الممنوحة للمجالس المحلية واسعة تكاد ان تشمل كافة الخدمات ذات الطابع المحلي (١) .

وكذلك وضع مجلس الدولة الفرنسي مبدا (وجوب اقتصار سلطات الحكومة المنحلة او المستقلة على تصريف الامور الجارية) . ففي هذا الحكم الصادر عام ١٩٥٢ استخلص المبدأ من طبيعة (التنظيم البرلماني الدستوري) الذي يعطي للحكومة حق التصرف بعد منحها الثقة من البرلمان وبدون ذلك اذا ما استقالت او أقيمت فليس من حقها ممارسة اعمال ادارية تلقي بمسؤوليتها واعباء جديدة على البلاد وانما لها الحق في تصريف الامور الجارية والأعمال الجارية هي الاعمال التي تتطلبها ضرورات سير المرافق العامة الاساسية او تدعو اليها حالات الاستعجال او الخشية من فوات الوقت. (٢)

وكذلك الحال بالنسبة لاجراءات التقاضي في المنازعات الادارية حيث استعان القضاء الفرنسي وما يزال (بنظام الاجراءات المدنية) لسد النقص في مسائل اجراءات التقاضي الادارية . وهذا ما معمول به في العراق حاليا حيث ان قانون مجلس شورى الدولة لم يتضمن اجراءات كاملة فيما ينبغي السير عليه في الدعاوى الادارية، فأحال ذلك الى قانون المرافعات المدنية فيما لم يرد بشأنه نص خاص في ذلك القانون.

وكذلك اجتهد القضاء الاداري الفرنسي بطريقة الاستناد الى نظام قانوني معين (نظام الوظيفة العامة) وقرر ان الدولة وكل هيئة عامة ينبغي ان تلتزم بضمان موظفيها في مواجهة مطالبات التعويض التي يقيمها عليهم المتضررون بسبب خطأهم المرفقي وليس الشخصي، وياخذ هذا المبدأ تطبيقات متعددة في الدول ذات القضاء الموحد. حيث يختص القضاء العادي بالدعاوى التي تتعلق بمسؤولية الادارة سواء كان الخطأ شخصيا او مرفقيا. اما في الدول ذات القضاء الاداري فلا تظهر المشكلة بنفس الحجم الذي تكون فيه بالنسبة لدول القضاء العادي ، لان القضاء الاداري وضع معايير للتمييز بين نوعي الخطأين. ومع ذلك وكما يرى الاستاذ (ريفيرو) قد يعتقد القاضي العادي ان الخطأ شخصيا وليس مرفقيا .

او قد تهمل الادارة في الدفع بعدم الاختصاص فتظل القضية منظورة امام القضاء العادي (٣). وفي كلا الحالتين ينبغي التزام الادارة بتعويض الموظف عما دفعه للغير من جراء اعماله بسبب وظيفته.

٤. الاجتهاد من خلال المعتقدات المستقرة في ضمير الامة.

والمقصود بالمعتقدات المستقرة الافكار الكبرى الفلسفية والسياسية التي استقرت في ضمير المجتمع المتمثل في امة من الامم.

ومن الطبيعي القول انه ليس كل المعتقدات والافكار السائدة في امة من الامم يمكن الاستناد اليها وتكوين حكم بناء عليها وانما المعتقدات والافكار المستقرة والمعبرة عن ارادة الامم المتمدنة هي الامم التي تساهم في بناء الحضارة الانسانية والاجتماعية من خلال قيم العدالة والحرية والمساواة . وتتمثل في اعلان

(٢) انظر كتاب الاستاذ خالد الزعبي ، القانون الاداري وتطبيقاته في المملكة الاردنية الهاشمية ١٩٩٨ . دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ص ١٦١ ، ١٦٢ وانظر في تفاصيل اكثر للاستاذ خالد الزعبي : تشكيل المجالس المحلية واثره على كفايتها، الطبعة الثانية ١٩٩٨ .

(٣) انظر : الدكتور احمد يسري، احكام المبادئ في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ١٩٩٥، ص ٦١٢ وما بعدها
(4) Rivero: Droit administratif op.cit, P275.

حقوق الانسان لعام ١٩٤٨. واعلانات حقوق الانسان في الدول التي تقدر هذه القيم في العصر الحديث باعتبارها معطيات موضوعية تفرض نفسها على القاضي. يرى (VEDEL) ان القضاء الفرنسي يفضل احيانا الالتجاء الى نظرية المبادئ العامة للقانون اكثر من الالتجاء الى نصوص اعلان حقوق الانسان حيث تبدو النصوص الاخيرة مجسدة للمبدأ العام دون ان تكون مصدره الرسمي المباشر. (١)

فالقضاء بهذه الطريقة يستنتج المبدأ من واقعه ورسوخه في ضمير الامة وانتسابه الى حالتها الحضارية كدولة قانونية وذلك لا يتم الا بعد تمحيص عقلائي خلاق(٢).
واهم تطبيقات هذه الطريقة تجد مجالها في موضوع الحريات العامة والمساواة.

وقد قضت محكمة القضاء الاداري في مصر بان الحرية الشخصية هي ملاك الحياة الانسانية كلها لا تخلقها الشرائع. بل تنظمها ولا توجد لها القوانين بل توفق بين شتى مناحيها ومختلف توجيهاتها تحقيقا للخير المشترك للجماعة ورعاية الصالح العام، فهي لا تقبل من القيود الا ما كان هادفا الى هذه الغاية ومستوحيا لتلك الاغراض (٣).

كذلك طبق هذه الطريقة فوضع مبدأ خضوع كل قرار اداري للطعن بالالغاء لتجاوز السلطة. وذلك عام ١٩٥٠ فإزاء احد القوانين الصادرة عن حكومة (فيشي) عام ١٩٤٣ والذي كان يتضمن في نصوصه تحصين بعض القرارات الادارية ضد (كل طعن اداري او قضائي) . فقرر المجلس ان هذا النص رغم ظاهر عبارته الا انه (لم يستبعد الطعن بتجاوز السلطة امام القضاء الاداري)(٤).

كما ان مبدأ دوام سير المرافق العامة نابع من حياة الدولة والتي تعتمد في اشباع الحاجات العامة على المرافق العامة وليس من أي نص تشريعي او دستوري. واسند القضاء الاداري الى هذا المبدأ العديد من النظريات والافكار كتحريم الاضراب في المرافق العامة ، وتنظيم استقالة الموظفين، ونظرية الظروف الطارئة، حيث قررها مجلس الدولة الفرنسي في قضية غازيزردو الشهيرة عام ١٩١٦. وبموجبها خرج القضاء الاداري من النص المدني الذي يقضي بقدسية العقد بين الطرفين واجاز لنفسه بالحكم المذكور الموازنة بين مصلحة الطرفين . اذا حدثت ظروف طارئة تهدد المتعاقد بخسارة فاضحة بحيث تجعل تنفيذ الالتزام وان لم يكن مستحيلا صعبا وعسيرا ففرض بتعويض للمتعاقد مع الادارة نتيجة الظروف الطارئة التي لم يكن مستحيلا صعبا وعسيرا ففرض بتعويض للمتعاقد مع الادارة نتيجة الظروف الطارئة التي لم تكن متوقعة اثناء ابرام العقد.

وهذه النظرية تستند الى مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام . ومع ان اصلها هو القضاء الاداري الا انها سرت على القوانين المدنية بحيث نصت عليها كفقرة ثانية اضافة الى مبدأ قدسية العقد ومنها القانون المدني العراقي كغيره من القوانين المدنية.

(1) Rivero: Droit administratif op.cit. p.275.

(٢) د. احمد سرحال . القانون الدستوري وانظم السياسية ، ٢٠٠٢ . ص٢١٤.

(٣) مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الاداري . السنة الخامسة ، ص٦٩٩.

(٤) د. محمد احمد رفعت ، المرجع السابق ص١٢٠.

ان الوسائل القضائية في الاجتهاد في اطار القانون الاداري والتي قلنا بانها تتمثل في مجموعة المبادئ العامة للقانون والتي تتكون اما من خلال الطريقة الاستقرائية (تعميم الاجزاء) . او من استخلاصها من روح القوانين او من جوهر نظام قانوني معين او من المعتقدات المستقرة في ضمير الامة. تصبح لها قيمة قانونية تتمثل في انتمائها اليها. بل ان لبعض منها قيمة قانونية تفوق القوانين العادية بكثير حيث ان غالبية الفقهاء يرون بان لها قيمة القواعد الدستورية في النظام القانوني للدولة^(١).

وقد استندوا في ذلك على اساس انه بدون الاعتراف لهذه المبادئ بقيمة القاعدة الدستورية فان القضاء سوف لا يستطيع فرض رقابته على كل من اللوائح المستقلة التي تص عليها دستور عام ١٩٥٨ في فرنسا بالمادة ٣٧. ولا على القرارات بقوانين التي وردت بالمادة ٣٨ منه.^(٢)

فاذا كان لهذه المبادئ مجرد قيمة تعادل قيمة القوانين لاستطاعت الحكومة ان تخالف احكام القوانين بسهولة من خلال اللوائح المستقلة بل وتخالف المبادئ العامة للقانون ذاتها اذا ما بقيت تلك المبادئ في اطار القيمة الدنيا للقوانين وبالتالي فانه من الضروري الاعتراف لتلك المبادئ بالقيمة الدستورية لانها وحدها التي تضمن عدم جواز مخالفتها باللوائح المستقلة.

وكذلك الحال بالنسبة للقرارات بقوانين التي يصدرها رئيس الدولة فاذا لم تكن للمبادئ العامة قيمة دستورية فانها ستفقد فعاليتها كأساس لرقابة مجلس الدولة لان تلك القرارات بقوانين تتمتع بقوة القانون ولا يمكن إخضاعها لرقابة القضاء الا من خلال تلك المبادئ السامية.

ويرى البعض ان المبادئ العامة للقانون لا تتمتع بهذه الدرجة في سلم تدرج القواعد القانونية واذا كانت ضرورة اخضاع اللوائح المستقلة والقرارات بقوانين لرقابة القضاء من خلال اعطاء قيمة دستورية للمبادئ العامة للقانون (وسيلة القضاء الوحيدة في ذلك) . فان تلك اللوائح والمراسيم ما هي الا قرارات ادارية تخضع لرقابة القضاء وطالما كان الامر كذلك فلا ضرورة اطلاقا (بحسب هذا الرأي) لترقية المبادئ العامة حيث تكفي قيمتها المعادلة للقوانين لكفالة احترامها من قبل اللوائح المستقلة او القرارات بقوانين التي يفوض بها البرلمان لرئيس الدولة او الحكومة^(٣).

ولا شك ان اصحاب هذا الرأي يستندون الى المعيار الشكلي في تدرج القواعد القانونية فكل ما هو ليس صادرا عن البرلمان ليس بعمل تشريعي وبالتالي تكون اللوائح المستقلة قرارات ادارية من هذا المنظور الشكلي. وتكون القرارات بقوانين لوائح ضرورة بالاستناد الى نفس المعيار . غير انه من الناحية الموضوعية وبالنسبة للوائح المستقلة تكون لها قيمة القانون لانها لا تستند الى قانون وانما تستمد من الدستور. كما ان لوائح الضرورة وهي القوانين المؤقتة وتسمى احيانا مراسيم بقوانين تتضمن قواعد عامة شأنها شأن أي قانون

(1) Auby Et Drago: Traite de contentieux administratif .2-edition 1975-T-11.P429.

انظر بشكل خاص

(2) De laubader: Traite de droit administratif 3 ed edition. 1980 Tome-1.P.264

Rivero Droit administratif 8 edition. 1977. P.77

Vedel Droit administratif. 1980. P.383.

(٣) انظر الدكتور محمد رفعت، المرجع السابق، ص ١٥٤ وما بعدها.

من الناحية الموضوعية لا يمكن للقاضي الغاؤها الا بالاستناد الى مخالفتها لنصوص اعلى منها مرتبة في تدرج القواعد من الناحية الموضوعية أي لقواعد دستورية او لها قيمة القواعد الدستورية (المبادئ العامة للقانون) .

اما مجرد النظر اليها من الناحية الشكلية واعتبارها قرارات إدارية على هذا الأساس وإخضاعها لرقابة القضاء الاداري فيبدو مقبولا من الناحية المجردة . الا انه في الواقع ستدفع الحكومة امام القضاء بالأسس الدستورية التي استندت اليها عندما خالفت نصوص القوانين المرعية من الناحية الموضوعية . وهذا بحد ذاته كافيا لرد الدعاوى في مثل هذه الأحوال . لان الحكومة طالما استندت الى نص الدستور وأصدرت اللائحة أو القانون المؤقت (بتفويض من البرلمان) فإنها تكون مارست حقا دستوريا لا يستطيع القاضي منعها من مزاولته من الناحية الشكلية . الا انه واجب عليه إلغاء النصوص اللائحية او النصوص الواردة في القوانين المؤقتة اذا ما خالفت القواعد الموضوعية في الدستور أو القواعد الموضوعية المستقرة كمبادئ قانونية كبرى لها ذات مرتبة الدستور .

والقول بخلاف ذلك سيؤدي الى ان تصبح الرقابة على اللوائح او الانظمة المستقلة امرا شكليا ليس بذي قيمة تذكر في الواقع كما سيؤدي الى صعوبة كبيرة لقبول دعوى الالغاء والنظر فيها بالنسبة للمراسيم بقوانين او لوائح الضرورة . وهذا بحد ذاته انتهاك لحق التقاضي المكفول بالدستور وانتهاك لمبدأ المشروعية وسيادة القانون الذي تقره المبادئ العامة للقانون .

خاتمة ومقترحات

في ختام بحثنا هذا يتبين لنا القانون المكتوب هو ليس في الواقع حيث تتفاعل عدة عوامل تجعل من اثر تطبيق القانون في واقع الحياة مختلفا عما يدور في ذهن من يقرأ النص او من يدرسه دراسة فقهية واكاديمية . وهذا أمر طبيعي ولا يدل على تناقض ويمكن تشبيه الحالة بالقماش الذي تقتنيه من البزاز حيث قد يجري خياطته بطريقة او باخرى حسب ما يجرى تفصيله . الا ان مادة القماش واحدة في النوع واللون مع اختلاف الملابس واذا كان القانون بمعناه الضيق يمكن ان يطبق على فروض عامة فانه لا يطبق على احد تلك الفروض وهذه مسألة طبيعية أيضا فالنقص سمة طبيعية من سمات الانسان مهما بلغ من العلم . (وما أوتيت من العلم إلا قليلا) إلا ان ذلك النقص يمكن أن يسد بالتفسير أو بمصادر القانون الاخرى كالعرف

ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ العدالة . وبالنسبة للقانون الإداري فإنه قانون غير مقنن مما يجعل الاجتهاد فيه مستمر وواجب يحتم على القاضي الإداري اتباعه في غالب الأحيان . الأمر الذي يجعل من أحكام القضاء مصدرا رسميا لهذا القانون وكما يقال فإن (القانون الإداري قانون قضائي) فالقاضي هو الذي يصنع هذا القانون ولكن كيف يتسنى للقاضي عمل ذلك . فهو ليس بمشروع . وقد لا يسمح له مبدأ فصل السلطات بوضع نصوص قانونية لأنها من اختصاص السلطة التشريعية . إلا أنه مع ذلك ملزم بالقضاء في المنازعات التي تطرح أمامه وإلا اعتبر مرتكباً لجريمة (إنكار العدالة) .

وبناءً على ذلك لا بد له أن يجتهد في حالة عدم وجود النص أو في حالة غموضه أو تعارض أحكامه . وهذا يتعلق بفن القضاء Judge Make the Law .

ويتبع القضاء عدة وسائل في سبيل إنشاء القواعد القانونية ، هذه الوسائل منها ما يستخلصه القاضي من نصوص متناثرة في القوانين بصورة استقرائية ومنها ما يسنده إلى وضع قانوني قائم أو إلى روح القانون أو إلى الضمير العام للامة أو الباري العامة للقانون . وإيا كانت الوسيلة المتبعة في وضع المبادئ القانونية وأياً كان مصدر اسنادها فإنها تكون مستقلة عن أصولها ولها قوة قانونية قائمة بذاتها تسمو على التشريع العادي في غالب الأحيان . لأننا لو قلنا بأنها تساويه لوقعنا في المشكلة من جديد فلو تعارضت مع نص قانوني لقضي بمخالفة الحكم للقانون الأمر الذي يتطلب نقض الحكم القضائي فلا ينشأ مبدأ جديد . أما لو قلنا بأنها تسمو على التشريع فإن القاضي يتجاوز النصوص القانونية ويجتهد ويلغي كل قرار إداري أو نظام تخالف به الإدارة حكم القانون .

ولما كان العراق حديث العهد بالقضاء الإداري ، ولما كانت الرقابة القضائية على أعمال الإدارة سمة من سمات الدولة القانونية . فلا يمكن لهذه الرقابة أن تكون فعالة إلا بتنميتها وتشجيعها من خلال إعطاء القاضي الإداري ، ولما كانت الرقابة القضائية على أعمال الإدارة سمة من سمات الدولة القانونية . فلا يمكن لهذه الرقابة أن تكون فعالة إلا بتنميتها وتشجيعها من خلال إعطاء القاضي الإداري دور خلاق في إنشاء وتطوير قواعد القانون الإداري .

ومن أجل ذلك نقترح الأمور التالية :

١. إنشاء محاكم إدارية في المحافظات ، ومحاكمة إدارية استئنافية ، إضافة إلى محكمة القضاء الإداري الموجودة حالياً ريثما يتم إنشاء مجلس الدولة المنصوص عليه في دستور عام ٢٠٠٥ الحالي . والغاية من ذلك تحقيق مبدأ حق النقاضي في كافة درجاته للأفراد وخلق بيئة مناسبة للاجتهاد المتدرج بحسب مستويات المحاكم . حيث يمكن أن يخلق المبدأ اجتهاد فقهي من قبل الأطراف أثناء الطعن وتبناه المحكمة أو تضيف إليه .

٢. إنشاء دائرة خاصة في محكمة القضاء الإداري تسمى بدائرة (مفوض الدولة) ليقوم بدراسة كل قضية يراد عرضها على المحكمة دراسة فقهية ويفوض باعطاء حل ودي سابق على الحكم . فإن رضي الطرفان بذلك تنتهي القضية وإذا لم يرتضوا بذلك ترفع القضية إلى المحكمة . ويحق لمفوض الدولة أن يحضر جلسات المحاكمة ومناقشة المحكمة من خلال التقرير الذي يقدمه في القضية دون أن يكون له حق التصويت على القرار الذي ستتخذه المحكمة على أن يسند هذا المنصب لأحد المختصين في فقه القانون العام ومشهود له بكفاءته وبدرجة علمية مرموقة لا تقل عن مرتبة استاذ مساعد أو ما يساوي هذه الدرجة ممن لديهم خدمات

قضائية وحقوقية سابقة ومشهود بنزاهتهم . وهذا النظام معمول به في كثير من الدول ذات القضاء الاداري كفرنسا وبلجيكا وايطاليا ومصر ولبنان وتونس والمغرب وغيرها .

وقد دلت تجارب القضاء الاداري في تلك الدول على ان معظم النظريات الكبرى في القانون الاداري قد صاغها مفوضي الدولة .

ولكي نقرب الفكرة الى ذهن القارئ عن مفوض الدولة نقول ان مفوض الدولة هو شخص ذو خبرة اكااديمية وقضائية واسعة وله خبرة في مجال العمل الاداري أيضا يقدم الى المحكمة دراسة فقهية مجردة عن موضوع الخصومة وان كانت تتعلق بها . وهو ليس محاميا عن احد أطراف الدعوى كما انه ليس مدعيا بالحق العام وإنما عمله فنيا بحثا يضع فيه خلاصة أفكاره الفقهية ويقدمه كحل الى المحكمة . وبهذا يخفف العبء عن كاهل محكمة القضاء الاداري فيسرع بانجاز الدعاوى من جهة ويقدم دراسات مستفيضة بالقضايا المطروحة امام المحكمة من جهة أخرى . وتعتبر تلك الدراسات بمثابة نظريات يستند اليها الحكم القضائي فيساهم في تكوين مبادئ عامة للقانون يمكن الأخذ بها مستقبلا عند وضع بعض القوانين من قبل المشرع .

٣. توسيع صلاحيات محكمة القضاء الاداري لتشمل كافة المنازعات الادارية سواء في مجال القرارات الادارية او في الوظيفة العامة او في العقود الادارية او المنازعات الضريبية او الطعون الانتخابية او الخدمات المالية او دعاوى المسؤولية الادارية حيث ان صلاحيتها مقتضبة بموجب قانونها الحالي رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ .

٤. فتح دورات معقمة خاصة بتدريب قضاة اداريين من خريجي كليات القانون ولديهم خبرة في ممارسة العمل الاداري لا تقل عن عدد من السنوات لان القاضي الاداري يفصل دائما في خصومة يكون احد اطرافها ادارة عامة يمنحها القانون عادة بعض الامتيازات في سبيل تحقيق المنافع العامة للأفراد ، ولا يمكن فهم واقع العمل الاداري الا ممن مارسوا العمل الاداري فترة من الزمن . ويكون هؤلاء القضاة ممن صقلت موهبتهم الخبرة العملية في الميدان الاداري وتزودوا باصول ممارسة العمل القضائي مؤهلين كقضاة اداريين يوزعون على المحاكم التي اقترحنا إنشائها في المحافظات وعلى المحكمة الادارية الاستئنافية وعلى محكمة القضاء الاداري ومجلس الدولة مستقبلا .

الخلاصة

تناولنا في هذا البحث الدور الذي يمكن ان يقوم به القضاء في سد القصور في القانون لاداري . هذا القانون الذي يتميز عن بقية القوانين بانه قانون قضائي بطبيعته ، حيث ان معظم احكامه والنظريات الكبرى فيه قد نشأت على يد القضاء كمبادئ قانونية ملزمة شأنها في ذلك شأن القواعد المشرعة .

وقد وجدنا ان القصور في القانون الاداري لا يقتصر فقط على نقص القواعد القانونية او غموضها او تعارضها وهو المعنى التقليدي لاصلاح (القصور في القانون) ، وانما يشمل اضافة الى ذلك عدم انسجام النصوص مع متطلبات التطور في الحياة العامة . حيث قد يكون النص موجودا وواضحا ولا يتعارض مع أي نص قانوني آخر ، الا انه لم يعد ملائما في التطبيق بعد مرور فترة من الزمن حيث يكون بعيدا عن العدالة التي يبحث عنها القضاء باستمرار . فالقاضي يصنع القانون بطريقة فنية انه لا يشرع بنفسه بالمعنى المعروف للصياغة التشريعية ، وانما يسد النقص او يزيل الغموض والتناقض في النصوص ويخرج على النصوص اذا تطلب الامر ذلك ، باحثا عن العدالة التي أصبحت متغيرة نسبيا

بمرور الزمن من خلال مبادئ قانونية هي بالاصل ليست عامة وانما وردت بمثابة تسببها نسبيا للاحكام بمناسبة او باخرى ، ولكنه أخذت صفة العمومية لما تحتويه من قيم سامية معبرة عن العدالة والانصاف . ولهذا السبب اتسمت بالثبات النسبي والعمومية ليس في اطار نظام قانوني معين وانما في النظام القانوني للامم المتعددة . وتوصلنا الى القول بان قيمة بعض هذه المبادئ تساوي قيمة القواعد الدستورية في أي دولة من الدول ، لان القول بخلاف ذلك سيؤدي الى عدم امكانية الغاء الاعمال الادارية العامة من قبل المحاكم كالأنظمة والتعليمات . كما توصلنا الى القول أيضا بامكانية تكاثر تلك المبادئ وشبهها ذلك بعملية ترقيد النباتات التي يقوم بها المزارعون حيث يستتبط الحكم من جزئيات تنتمي إلى صنف معين موجود ويظل مرتبطا عضويا بذلك الصنف كاصل له لفترة من الزمن ، وعندما يستطيع تكوين جذور خاصة به بمرور الوقت يمكن فصله عن اصله ويظل قائما بذاته وان انتمى الى صنف معين . وهذه من سمات التطور الطبيعي للقانون .

وقد ختمنا بحثنا هذا ببعض المقترحات التي نعتقدنا فعالة في تطوير القضاء الاداري في العراق ، خاصة بعد أنشاء المحكمة الاتحادية العليا .

قائمة المراجع

اولا : المراجع العربية

١. الدكتور عبد الحي حجازي : المدخل للعلوم القانونية ، الجزء الاول ، ١٩٧٢
٢. الدكتور سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ١٩٧٤
٣. الدكتور محمد صبري : تفسير النصوص في القانون والشرعية الاسلامية ، بحث في موسوعة الفقه والقضاء . الجزء ٢٧
٤. الشهرستاني : الملل والنحل ، تحقيق الاستاذ عبد العزيز الوكيل ، الجزء الثاني
٥. السيد ابراهيم شحاته : في اجتهاد القاضي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثاني ، السنة الرابعة ، يوليو ١٩٦٢
٦. الدكتور ثروت بدي : مبادئ القانون الاداري ، ١٩٦٨
٧. الدكتور حسن كيرة : المدخل الى القانون

٨. الدكتور محمد كامل ليلة : الرقابة على اعمال الادارة (دون سنة طبع)
٩. الدكتور ابراهيم عبد العزيز شيجا : اصول القانون الاداري اللبناني . الدار الجامعية (دون سنة طبع)
١٠. الدكتور حامد زكي : التوفيق بين القانون والواقع ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، المجلد من ١-٥ ، عام ١٩٣٢
١١. الدكتور توفيق شحاته : مبادئ القانون الاداري ن ١٩٥٥
١٢. الدكتور طعيمة الجرف : مبادئ القانون الاداري ، ١٩٧٨
١٣. الدكتور محمد فؤاد المهنا : القانون الاداري المصري والمقارن ، الجزء الاول ، السلطة الادارية . ١٩٥٨
١٤. الدكتور محمد عصفور : مذاهب المحكمة الادارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع ، الاجزاء (١،٢،٣) عام ١٩٥٧
١٥. الدكتور عبد السلام الترماني : القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٨٠
١٦. الدكتور محمد مصطفى حسن : الاتجاهات القضائية نحو التخفيف عن الادارة ، مجلة العلوم الادارية . العدد الاول ، ١٩٨٥
١٧. الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزيون : المدخل الى علم القانون دار الثقافة للنشر ، عمان ١٩٩٧
١٨. الدكتور طعيمة الجرف : القضاء مصدر انشائي للقانون الاداري . بحث منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة (مصر) العدد الرابع ، السنة السادسة ١٩٦٢
١٩. الدكتور محمد احمد رفعت : المبادئ العامة للقانون ، مطبوعات الدار الجامعية ، القاهرة ، ١٩٩٢
٢٠. الدكتور ثروت بدوي : القانون الاداري ، المجلد الاول ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٠
٢١. الدكتور خالد سمارة الزعبي : القانون الاداري وتطبيقاته في المملكة الاردنية الهاشمية . عمان ، دار الثقافة والنشر ، ١٩٩٨
٢٢. الدكتور خالد سمارة الزعبي : تشكيل المجالس المحلية واثره على كفايتها . الطبعة الثانية ، عمان ، دار الثقافة للنشر ، ١٩٨٨
٢٣. الدكتور احمد يسري : احكام المبادئ في قضايا مجلس الدولة الفرنسي ، (مترجم) ١٩٩١
٢٤. الاستاذ مكي ناجي : المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، ٢٠٠٧

ثانيا : المراجع الاجنبية

1- Waline : Droit Administratif. 9 'edition,Sirey. 1963

- 2- Cardozo: The nature of the judicial process
- 3- Grey: The nature and Sources of the law.1948
- 4- Schwartz: Legal control of government, 1978
- 5- Andre de Laubader : Manuel de droit administrative . Dixiem Edition. 1978.
- 6- Friedman. Law in achenging society.2 'nd edition . 1979
- 7- Carleton Kemp Allen: Law in the making.5th.E. London 1951
- 8- G. Revero: Le juge administrative un juge qui gouverne. Chronique precitee. Dalloz. 1951
- 9- George Vedel : Droit administrative. Paris 1980
- 10- Odent: ContentieuxADMINISTRATIF
- 11- Audy Et Drago: Traite contentieux administrative. 1975
- 12- Andre de Laubader: Traite de droit administrative . 1980

Summary

In this research, we have dealt with the role of Jurisdiction to fill the gaps of the defect in the administrative law. This law is different from the other laws. Originally it is a juristic law. Most of its decisions and great theories done by the hand of jurisdiction as compulsory legal principles. They are similar to legislative rules.

We have found that the defect in the administrative law, neither due to the lack of the rules of law, nor to its obscurity, nor to its contradiction, which is the traditional meaning of the defect of law. In addition to that it consists of inconvenience of texts to the requirements of the general developments of life, where the text seen clearly with no contradiction to each other.

But gradually it is not applicable as it will be away from the ever seeking jurisdiction.

So, the judge puts the law skillfully, He does not legislate by himself within the usual context of legislation, but he fills the gap, takes off the obscurity and contradiction in the texts and sometimes goes beyond the texts, when it is necessary.

He looks for jurisprudence, which gradually becomes changeable, through consequent ungeneral juristic principles. In one occasion or another. As they become general because of their high values which describe the jurisprudence consequently they are stable and general, not in a certain shape of jurisdiction but in the juristic system of civilized nations.

We have reached that the value of these principles is equal to the constitutional rules of any country. To contradict this it means the inability to eradicate the general administrative decisions (systems, instructions) by the courts.

We have also reached to the ability of the multiplication of these principles, like planting done by farmers, as the judgement taken from parts related to a certain available kind. It is organically related to the same kind of its origin. Later, we can separate it when it has its own roots. It becomes independent though it is related to a certain kind. This is the natural development of the law.

We have ended our research with some recommendations that we believe they are effective in the development of the administrative jurisdiction in Iraq. Specially after established federal supreme court.