الاجتهاد القضائي الإداري وأثره على إصدار قرارات الحكم

م.م عبد الحسن هادي داود

كلية الامام الكاظم (ع) اقسام ديالى

Administrative jurisprudence

And

Its impact on issuing judgment decisions

abdalhasan.hadi@alkadum-col.edu.iq

abdalhassan148@gmail.com

الملخص:

يعد الاجتهاد القضائي الإداري في قرارات الحكم التي يصدرها القاضي المختص في القضايا المعروضة أمامه ، التي لا تجد نصوصاً قانونية لمعالجتها، من أهم المعالجات القانونية لغرض اصدار الأحكام الخاصة بها وفق مبدأ العدالة.يكمن السبب الرئيسي في الاستعانة بالاجتهاد القضائي نتيجة القصور التشريعي في التشريعات النافذة للدعوى المعروضة أمام القاضي المختص والتي تفتقد الى معالجتها ضمن تلك التشريعات القضائية. استقرت العديد من الجهات القضائية في الدعاوى المدنية أو الجزائية أو في القضاء الإداري في سد الفراغ التشريعي أو الغموض الذي يصاحب قسماً منها أو التناقضات التي تعترض تطبيقها على القضايا المعروضة أمام القاضي المختص من خلال الاجتهاد القضائي ، ولكن يكون هذا الاجتهاد بحدود وبضوابط محددة وليس مطلقة، وأهمها مراعاة النصوص القانونية النافذة والحكمة من تشريعها، ومن هنا جاء بحثنا هذا ليسلط الضوء على هذا الموضوع المهم .

الكلمات المفتاحية: القضاء الإداري, القرار الإداري، النقص التشريعي، الاجتهاد القضائي.

Abstract

The administrative jurisprudence in the judgment decisions issued by the competent judge in the cases brought before him, which do not find legal texts to address them, is one of the most important legal treatments for the purpose of issuing their judgments according to the principle of justice.

The main reason lies in resorting to jurisprudence as a result of the legislative shortcomings in the laws, regulations, and instructions for the case presented before the competent judge, which is not addressed within those judicial legislations. Many judicial authorities have settled in civil or penal cases or in administrative judiciary in filling the legislative void or ambiguity that accompanies some of them or the contradictions that impede their application to cases brought before the competent judge through jurisprudence, but this jurisprudence is within specific limits and controls and not absolute. The most important of which is taking into account the legal texts in force and the wisdom of their legislation, hence our research came to shed light on this important topic. **Keywords: administrative judiciary, administrative decision, legislative deficiency, jurisprudence.**

المقدمة

استقر العرف التشريعي وعلى مختلف الأزمنة والحضارات، بأن التشريعات التي تصدرها السلطات المختصة المتمثلة بالبرلمان بمختلف مسمايتها من قوانين أو انظمة أو تعليمات، ومهما وصلت من تقدم وتطور ، تبقى قاصرة عن الإحاطة بكامل قضايا التشريع التي تصدره أو تقره لمعالجة القضايا التي شرع من أجلها، أو لوضع الحلول المناسبة لذلك التشريع. أن التطورات المتسارعة في الحياة وتقدمها، انعكست بمجملها على تطور المواضيع القانونية وصعوبة تغطيتها بتشريعات محددة تصدرها السلطات التنفيذية وتقرها السلطات التشريعية، فتقوم السلطات المختصة باصدار القوانين ثم تتبعها باصدار الأنظمة لها ثم تلحقها بمجموعة من التعليمات لغرض تسهيل تنفيذها، إلا عند تطبيقها العملي، تواجه العديد من الصعوبات في القضايا التي تستجد خلال طرحها، أو تتولد حالات لم يشر اليها في تلك التشريعات، تتطلب معالجتها، وهنا يبرز دور الاجتهاد القضائي للقاضي في المحاكم المختلفة أو المستشار القانوني في القضاء الإداري لمعالجة تلك الحالات وعدم مخالفة القوانين والأنظمة النافذة عند اصداره للقرار المناسب بشأنها.يرتبط مفهوم الاجتهاد القضائي الإداري بوظيفة المحاكم الإدارية بمختلف مستوياتها سواءً الدنيا منها أو العليا، فالأداء القضائي يتمثل في إصدار القرارات الإدارية العادلة المحايدة، والواضحة والتقييم المستمر لها من أجل النهوض بالقضاء الإداري. ولأهمية هذا الموضوع , سنقسم دراسته على ثلاثة مباحث, نخصص المبحث الأول، لبيان المفهوم العام للاجتهاد, والمبحث الثاني؛ سوف نخصصه للتعريف بمفهوم الاجتهاد في القضاء الإداري, أما المبحث الثالث، فنخصصه الى، أثر الاجتهاد على إصدار القرارات الادارية، وسوف ننهي بحثنا، بخاتمه نوضح فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها.

المبحث الأول المفهوم العام للاجتهاد

يعبر عن الاجتهاد بكونه التفسير الذي يقوم به ذوي الشأن في مختلف القضايا التشريعية أو القانونية وغيرها لبعض النصوص الغامضة، أو إيجاد الحلول لها، أما التفسير الذي يقوم به قضاة المحاكم المختلفة خلال النظر في القضايا المعروضة عليهم لتطبيقها على تلك القضايا التي بين أيديهم[١]، ومن أجل الدخول في موضوع الاجتهاد، لا بد وأن نتعرف إلى مفهومه في اللغة والشرع والقانون، بسبب تعدد الآراء والتعريفات واختلافها التي تناولت هذا الموضوع . سنتناول هذا المبحث في المطلبين التاليين:

المطلب الأول المفهوم اللغوي والشرعي

تزدهر لغتنا العربية العظيمة بمفاهيم كثيرة ومتعددة لنفس المفردة وفق موقعها في الكلام وصياغة الجمل، وقد اعتاد كتابنا الأفاضل بالتعريف أولاً للمفردة؛ حيث يصور المعرَّف قبل الدخول فيه، بل جعله البعض ومنهم الأصوليين حقًّا من حقوق العلم أو المبحث المطروق؛ وفي هذا الجانب؛ فقد قال الآمدي: "حق على كل مَن حاول تحصيل علم من العلوم، أن يتصور معناه أولًا بالحد[٢]. لقد وردت العديد من التعريفات اللغوية والفقهية لمفهوم الاجتهاد، فمنهم من يُعرف؛ لغوياً : "بأنّه" بذل قُصارى الجهد والوسع في أمرٍ ما، والجهد من المشقّة"، الاجتهاد : افتعال من الجهد، وهو مصدر جهد كنفع، وجُهْد كحلو، وهما من المصادر الثلاثية[٣].إن الاجتهاد في اللغة معناه المشقة والطاقة فيختص بما فيه مشقة ليخرج عنه ما لا مشقة فيه[٤]؛ قال الله تعالى :(وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ)[٥]. أمّا الاجتهاد في الاصطلاح الشرعيّ؛ فهو بذل الجهد واستفراغ الوسع في الأحكام الشرعية بعد النظر في الأدلة الشرعيّة، ويُطلق على العالم الذي يمارس عمليّة الاجتهاد بالمجتهد ويكون ممتلكًا للشروط تؤهّله للقيام بهذه المهمة[٦]. يعد الاجتهاد ذا أهميَّةً كبيرة في التشريع الإسلاميّ، من أجل استنباط الأحكام الشّرعية من الأدلّة الشّرعية، ومعرفة الحلولِ المناسبة للمسائل المُستحدثة في الحياة المجتمعية، ومواكبةُ التّغيرات في حياة الأفراد ، وهذا ما يؤكد صلاحية شريعتنا الإسلامية في كافة الأزمنة. إن ترك الاجتهاد وعدم القيام به يعطل المجالات الحياتية، ويتسبب في تأخر نهضة المجتمعات؛ كونه يدفع حركة المجتمع العلميّة إلى البحث والتحري والإتيان بما هو جديد لخدمة المجتمع[٧]. ولو ألقينا نظرة على قرآننا الكريم ؛ فإنه يدعو في عموم آياته إلى إلى التفكّر وإعمال العقل، كقوله تعالى: (إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)[٨]، وقوله تعالى: (وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَىٰ أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ)[٩]. وكذلك ما ورد في الحديث النبوي الشريف من قوله (ص) : " إذا حكم الحاكِمُ فاجتهد فأصاب فله أجرانِ، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجرٌ".وقد عرف أستاذنا الدكتور أحمد الكبيسي ، بأنه" بذل الفقيه في تحصيل حكم شرعي عقلياً كان أو نقلياً قطعياً كان أو ظنياً "[١٠]. في حين عرفة الدكتور مصطفى الزلمي، بأنه" بذل الفقيه ما في وسعه من الطاقة الذهنية والبدنية للحصول على الحكم الشرعي للقضية المعنية بالحكم"[١١].

المطلب الثاني المفهوم القانوني

يرتبط الاجتهاد القضائي بمختلف عناوينه بالقضاء من خلال شموله بجميع الأحكام والقرارات التي تصدرها السلطات القضائية لمختلف محاكمها، خلال فصلها في المنازعات أمامها، والأحكام التي تصدرها[١٢]. وهناك من عرف الاجتهاد بأنه: " الحل الذي تتخذه جهة قضائية في قضية معروضة أمامها، في حالة عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته "[١٣]. وغالباً ما يكون الاجتهاد القضائي في الدول التي لا تدون قوانينها كما في بريطانيا، إذ تمثل الأحكام القضائية المرجع الأساسي للقاضي البريطاني، إذ يتقيد بأحكام المحاكم العليا، وتعتبر أحكامها مصدر للقوانين وملزمة للقضاء[١٤]. إن الاجتهاد القضائي هو ما يبذله القاضي المختص من جهود شخصية نتيجة ثقافته القانونية وخبرته العملية من أجل استنباط الأحكام القانونية، أي ما يتوصل إليه في المسألة القانونية المعروضة أمامه لإصدار القرار المناسب للقضايا التي لم تعالجها التشريعات النافذة، لذلك عادةً ما نقرأ أو نسمع من اجتهادات المحاكم أي الآراء التي أخذتها المحاكم في قراراتها، فمثلاً ؛ فإن القانون الإنكليزي يعد الاجتهاد سابقة قضائية تلتزم المحكمة التي أصدرته، وإذا صدر هذا الاجتهاد عن المحاكم العليا، التزمت باقي المحاكم للعمل فيه وتنفيذه[١٥]. وقد قيد مجلس اللوردات البريطاني نفسه بما يصدر عنه من اجتهادات، ولكن سمح له منذ عام ١٩٦٦ بالعدول عن اجتهاداته، إذا دعت إلى ذلك أسباب قوية تقتضيها مصلحة العدالة[١٦] إن اجتهاد القاضي يكون من خلال النصوص التشريعية التي يلتزم تطبيقها أو من خارجها، فخلال تطبيقها يضطر القاضي إلى أن يجتهد في حالة غموض النص أو إبهامه من جهة، والنقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل من جهة ثانية، لذلك كان للقضاء دور حيوي ولم ينحصر دوره فقط في التطبيق والتفسير ، وإنما حاول أن يمد نشاطه ليوسع من مفهوم التطبيق. وإذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها كان لا بد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك باللجوء إلى مصادر القانون الرسمية الأخرى[١٧]. وبهذا الشأن ؛ فقد اختلف الفقهاء حول مكانة القضاء في المصادر القانونية، إذ تنازعت هذه المسألة كل من المدرسة الأنكلوسكسونيه ، التي تعده من المصادر الرسمية المباشرة والمدرسة اللاتينية ، التي تعده القضاء من المصادر غير الرسمية، وهذا ما سارت عليه أغلب التشريعات القضائية في الدول العربية[١٨]، وكذلك ما أشار إليه القانون المدني العراقي[١٩].

المبحث الثاني الاجتهاد في القضاء الإداري

يعد القضاء الإداري من المصادر الرئيسية للقانون الإداري، إذ تتجاوز وظيفة القاضي الإداري في تطبيق النصوص القانونية في حالة وجودها، ولكن يتطلب بذل الجهود الخاصة في حالة غموضها من خلال تكملتها وسد النقص الوارد فيها ، واستحداث قرار حكم للدعوى

المعروضة أمامه في حالة عدم وجود نص يعالجها، من خلال استخلاص الحلول الواجبة التطبيق على القضايا المعروضة[٢٠].

سنتناول هذا المطلب في الفرعيين التاليين:

المطلب الأول الاجتهاد القضائي الإداري في العراق

انعكست طبيعة القضاء الإداري المتطورة على مجمل قواعد القانون الإداري، إذ تميزت بالمرونة والتطور ومواكبة الأحداث المستجدة في مجمل حلقات القضاء، إذ أخذت تستجيب لما يجري حولها من تحديثات لها، نتيجة تطور ظروف الحياة المختلفة وانعكاسها على الجوانب العملية ، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي ، فقد أجاز للقاضي أن يجتهد في حالة فقدان النص أو غموضه[٢١] ، وفقا للترتيب القانوني المنصوص عليه والمشار إليه في المادة الأولى من القانون المدني العراقي، التي حددت مصادر الواجب اعتمادها من قبل القاضي عند غياب النص، ومن ضمنها أحكام القضاء، إذ نصت على (وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية)[٢٢].يعد الاجتهاد القضائي أحدى الطرق القانونية المساعدة في القضاء الإداري، لتفادي القصور التشريعي للتشريعات النافذة والعامل المساعد للقاضي في إيجاد الحلول القانونية للدعاوى المراد إصدار القرار بها من قبله، نتيجة عدم وجود النصوص القانونية في القوانين الأخرى لمعالجة الحالة المعروضة أمامه، وهذا ما تضمنه قانون المرافعات المدنية العراقي ، بأنه " : لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه ، وإلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق ويعد أيضا التأخير غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق[٢٣]. وبهذا الشأن؛ فإن العراق من الدول التي لا يقرر نظامها القانوني السوابق القضائية المعروفة في النظام القانوني الأنكلوسكسوني، إلا أنه من الناحية العملية يأخذ به، على الرغم من الدور الاستئناس للأحكام القضائية والذي يقره المشرع العراقي، فليس هنالك في هذا النظام ما يحول من دون مراجعة بعض المبادئ القانونية التي قررتها الأحكام السابقة للقضاء، تلك المراجعة التي قد تشكل تمييزاً، تدرج المحاكم بكافة درجاتها،على الالتزام به كلما دعت الحاجة إلى ذلك[٢٤]. وهذا ما تناوله قانون الإثبات العراقي بالنص " توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة[٢٥] ".

المطلب الثاني دور القاضي الإداري في استنباط الأحكام القضائية

تختلف القواعد القانونية بمستوياتها ، إذ تشكل ما يعرف بتدرج القواعد القانونية، أي خضوع كل قاعدة دنيا للقواعد التي تسمو عليها في المستوى أو المرتبة، فالقواعد الدنيا تكون مقيدة بالقواعد الأعلى منها، وهنا، يتوجب على القاضي الإداري عند الفصل في القضايا المعروضة عليه الحكم بمقتضى التشريعات القانونية النافذة، وفي حالة التناقض بين القواعد القانونية، فيطبق فكرة تدرج القواعد القانونية التي تفرض عليه ترجيح الأعلى في التطبيق، في حالة وجود النصوص القانونية ، ولكن في حالة عدم وجود النص القانوني ولا يجد النص الذي يطبقه عليها فيتعين على القاضي الإداري أن يفصل في النزاع ولا يمتنع من الحكم بحجة عدم وجود نص قانوني يمكن تطبيقه[٢٦]. تتعدى وظيفة القاضي في تطبيق التشريعات النافذة، بل تمتد وتتوسع إلى خلق القواعد القانونية للقضايا المعروضة أمامه، وإلا ارتكب جريمة إنكار العدالة، أي أن مهمة القاضي هي أن تقول كلمة القانون سواء وجدت في نص أم لا توجد[٢٧]. تكمن الأسباب الحقيقية وراء قصور قواعد القانون الإداري نتيجة طبيعة هذا القانون فهو ذو خاصية قضائية من جهة ومرن الأحكام وسريع التطور من جهة أخرى[٢٨].

هنالك العديد من الأسباب التي تدفع القاضي الإداري للاجتهاد، ومنها:

١- يواجه القاضي الإداري أحياناً الكثير من القضايا ، التي لا يجد بصددها سوى مجموعة من التشريعات متعددة الأشكال في الصياغة الفنية والشمول القانوني.

٢- خلو بعض التشريعات الإدارية من المبادئ العامة الأساسية واقتصارها على الحلول الجزئية.

٣- اعتماد القاضي على العرف أو حرية في التقدير وأسلوبه في التفسير والطريقة التي يتبعها في إصدار أحكامه في حالة خلو التشريعات النافذة لمعالجة الحالة المعروضة للحكم.

٤- تكون مسؤولية القاضي أمام كل ذلك في إنشاء وابتكار النظريات جليا بعيد المدى بالمقارنة مع دور القاضي المدني[٢٩].تتصف أحكام القضاء الإداري بصفة المرونة لكونها بالأصل مستقاة من مرونة قواعد القانون الإداري وتطوره السريع، وهما ما يميزان القانون الإداري والمبرر لوجود قانون إداري مستقل عن غيره من القوانين، إذ تساعد المرونة التي يتمتع بها القانون الإداري على تطوره المستمر، نتيجة الظروف الحياتية المتطورة، وهذه عوامل ساعدت في تطوير قواعد القانون الإداري في مجال القضاء، وهي ضرورة اقتضتها الظروف الاستثنائية التي تواجهها

الإدارة العامة في عمله وخروجها على قواعد تشريع القوانين النافذة في بعض الأحيان. وتعرف المبادئ العامة للقانون الإداري بأنها استنباط القاضي الحكم في النزاع المعروض أمامه في حالة نقص التشريع أو عدم كفايته ، ويلزم الإدارة على إتباعه وإلا عد عملها مخالفاً للقانون[٣٠].

المبحث الثالث أثر الاجتهاد على إصدار القرارات الإدارية

تكمن مسؤولية القاضي الإداري في النظر في القضايا المعروضة أمامه وإصدار قرار الحكم المناسب لها، وهذا يتطلب تطبيق القوانين النافذة، وفي حالة عدم وجودها، يجتهد في إيجاد المعالجات القانونية لها، وهذا ما سنفصله في المطلبين التاليين:

المطلب الأول معالجة النقص التشريعي

أن التطور الذي لحق بعلم التشريع كونه من العلوم الحديثة ولمراحل عدة ، إذ أصبح علماً مستقلاً في فنونه وآلياته، ولكن هذا المسعى لم يكن موفقاً باستمرار بسبب ظهور بعض العيوب عند التطبيق العملي التشريعي، سواءً غموض النص أو تناقض أحكامه، لذلك؛ استدعى ذلك إلى إيجاد التفسير التشريعي بإصدار تشريع لاحق يفسر التشريع السابق أو بعض أحكامه. ومنها التفسير القضائي الذي يجتهد فيه القاضي تجاه النص على وفق ما يملك من أدوات معرفية في علم القانون واللغة والأحكام وغيرها[٣١]. يحاول القاضي الإداري في القضايا المعروضة أمامه في البحث عن القوانين والأنظمة أو التعليمات لتطبيقها في قرار حكمه، أو الاستفادة من الأعراف السائدة المشابهة تلك القضية التي ينظرها، وإذا لم يجد حلاً ما يستفاد منه، فإنه ، يحكم بموجب المبادئ العامة للقانون، إذ يجتهد ويستفيد من خبرته القضائية أو قرارات الحكم السابقة المشابهة للقضية المعروضة عليه، حتى يكون القرار القضائي عدلاً ومنصفاً، عندها يشكل ذلك الحل مبدأ قانونياً عاماً، لذلك؛ فإن القاضي الإداري لا يكون مقيداً بنفس درجة القاضي المدني في النصوص القانونية عندما يرى هذه لنصوص لا تلبي مقتضيات العدالة والإنصاف في الأحكام القضائية[٣٢].ندرج بعض الأحكام التي راعت فيها تطبيق نظرية الإغفال التشريعي وكما يلي:.

١. قرار المحكمة الاتحادية ذو العدد (٥٦/اتحادية/٢٠١٠ في٢٠١٠/١٠/٢٤) الذي ألغى الجلسة المفتوحة لمجلس النواب، حينما تضمن إجراء تنظيمي يتعلق بكيفية انتهاء جلسة مجلس النواب لعدم وجود نص في التشريعات النافذة فكان القرار بمثابة إنشاء نص تشريعي سعياً من المحكمة الاتحادية العليا لتدارك النقص بما يتفق والهدف الذي توخاه الدستور عند جعل التشريع في مجلس النواب بوصفه سلطة تشريعية.

٢. القرار ذو العدد (١٣/ اتحادية/٢٠٠٧ في٢٠٠٧/٧/٣١) الخاص بنسبة النساء في مجالس المحافظات، لمعالجة القصور التشريعي في قانون انتخابات مجالس المحافظات، اذ تلمس روح الدستور وغاية النصوص الدستورية تجاه المرأة ، فأوجد حكماً يعد بمثابة تشريع مكمل للقوانين النافذة التي تتعلق بالانتخابات.

٣. قرار المحكمة الاتحادية ذو العدد(١٥/اتحادية/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٤/٢١) الخاص باعتماد(اللغات السريانية والتركمانية) للمكونات التركمانية والسريانية في الانتخابات التشريعية.

٤. قرار المحكمة الاتحادية ذو العدد (٩/اتحادية/٢٠٠٩ في٢٠٠٩/٢/٥) الخاص بتنظيم رئاسة مجلس النواب عند خلو منصب الرئيس أثناء دورة الانعقاد[٣٣].

المطلب الثاني الاجتهاد القضائي في إصدارات قرارات الحكم

يلعب الاجتهاد في القضاء الإدارى دوراً مهماً فى تطبيق أسس العدالة وحياديتها، في حالة قصور التشريعات النافذة، وذلك من خلال إقامة التوازن بين النص التشريعي وقرار الحكم القريب منه على الحالة المعروضة أمام القاضي المختص، لذلك فإن دور القاضي الإداري واجتهاده لا يتجاوز تطبيق أحكام القانون إن وجدت، وفي حالة انعدام النص عليه الفصل في الخصومة وإلا عد منكراً للعدالة، لذلك تنبه المشرع لهذه الحالة وحث القاضي على الاجتهاد ووضع الحدود والضوابط التي تحكم اجتهاده.**وبهذا الشأن، فقد تأثر المشرع العراقي بالاتجاهات الحديثة في تفسير القوانين، وهذا ما أشارت إليه في المواد (١،٢،٣) من قانون الإثبات العراقي**[٣٤]**، إذ نصت المادة (٣) منه على (إلزام القاضي بإتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه) ، وهذه قاعدة عامة تسري على كل فروع القانون، بما فيها القانون الإداري، بشرط عدم تعارضه مع طبيعة القانون، ومع ذلك فلا زال التمسك بحرفية النصوص هو السائد، على خلاف إرادة المشرع العراقي، الذي ألزم على التفسير المتطور للقانون**[٣٥].يضاف إلى ذلك؛ في استقرار القضاء العراقي بعدم جواز القاضي برد الدعوى المعروضة أمامه بحجة عدم وجود نص لأنه في هذه الحالة يعتبر منكراً للعدالة، كما ورد في قانون المرافعات المدنية (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 التأخر غير المشروع عن إصدار الحكم إمتناعا عن إحقاق الحق)[٣٦]. وغالباً ما يطلب من الموظف القانوني في مؤسسات الدولة تفسيراً لبعض النصوص

القانونية، وعند تعذر الوصول إلى التفسير أو تردد أو خلاف في تفسير القانون، فإنه يلجأ إلى مجلس الدولة، الذي نص على (إبداء الرأي في المسائل القانونية إذا حصل تردد لدى إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة على أن تشفع برأي الدائرة القانونية فيها مع تحديد النقاط المطلوب إبداء الرأي بشأنها والأسباب التي دعت إلى عرضها على المجلس ويكون رأيه ملزماً للوزارة أو للجهة طالبة الرأي)[٣٧] .يستمد القاضي الإداري الحكم من قواعد لم تكن موجودة في التشريعات النافذة، إذ يلجأ إلى قواعد العدالة المرنة والمتغيرة والمواكبة للتطور، لذلك، فإن القاضي الإداري يتطلب منه الكشف عن المراكز القانونية الموضوعية، ليس كما ينظمها القانون في فرضية بعدم وجود تنظيم قانوني، في حالة عدم وجود قاعدة قانونية، فانه يستلهم تطبيق العدالة ، فيجتهد وينشيء القاعدة الملاءمة لها، وعندئذ فهو لا يصدر إلا حكماً عادياً ليس أكثر من مجرد تطبيق القانون، وبالتالي، فإن القاعدة القانونية التي يستند إليها في مثل هذه الأحكام لا ترتد مطلقاً إلى القاضي نفسه، بل ترتد إلى مصدرها النهائي الذي لجأ إليه القاضي واستنبطها منه[٣٨]. يمارس القاضي في ممارسته التفسير والاجتهاد سلطة تقديرية للقضية التي يحكم بها، بعد تحديد مضمون القضية المطلوب الحكم فيها وظروفها، مستلهماً في ذلك تطبيق العدالة[٣٩].

الخاتمة:

نخلص القول وبعد إتمام موضوع بحثنا؛ توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات وكما يلي:

أولاً : النتائج

١- يلعب الاجتهاد القضائي الإداري دوراً متميزاً وإبداعياً في مواكبة التطور القانوني الحديث لسد النقص التشريعي سواءً في تنفيذ قواعده القانونية أو مبادىء القانون العام.

٢- يكمن الهدف الرئيسي من الاجتهاد القضائي الإداري في إصدار القرارات العادلة لصالح المواطن أو المرافق العامة في حالة القصور أو النقص التشريعي.

٣- يساعد الاجتهاد القضائي القاضي المختص في التركيز على الجانب الإبداعي للقضاة من خلال استنباط الأحكام القانونية من مصادرها لمعالجة حالة واقعية وهي غموض النص أو فقدانه أو نقصه أو تعارضه مع التشريعات النافذة.

٤- ألزم قانون الإثبات العراقي رقم(107) لسنة 1979 القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون عند تطبيقه فضلاً عن مراعاة الحكمة من التشريع، وهذا يتطلب الالتزام بذلك في الاجتهاد القضائي الإداري.

٥- يساهم الاجتهاد القضائي الإداري في حسم النزاعات بين الأشخاص أو الجهات الحكومية وإثبات الحقوق, على نحو يسهم في إشاعة العدل والاستقرار.

ثانياً : التوصيات

١- لابد من وجود رقابه قضائية تسمح بفرض الاجتهاد القضائي واحترامه وتنفيذه بمجالات أوسع من قبل الهيئات القضائية المختصة لتطوير القضائي الإداري .

٢- ضرورة مراعاة حكمة التشريع وطبيعة النصوص التشريعية في تطبيق الاجتهاد القضائي الإداري.

٣- يأخذ بنظر الاعتبار في الإجتهاد القضائي الإداري ، بوجود نصوص قانونية لا يمكن لها أن تكون محلاً للاجتهاد القضائي بسبب ثبوتيتها ودلالتها ومعناها الواسع والواضح الذي لا يقبل التفسير الآخر.

٤- تعديل المادة (١) من القانون المدني العراقي لتواكب التطور الحديث في الاجتهاد القضائي في سريان النصوص التشريعية سواءً في التشريعات النافذة أو في أحكام وقرارات المحاكم المختلفة.

٥- تشجيع القاضي الإداري في إنشاء وخلق قواعد القانونية للمشكلات القانونية الإدارية من خلال خلق الحلول القانونية المناسبة للقضايا المعروضة أمامه في حال لم يجد حلا لها.

المصادر

القرآن الكريم:

سورة الرعد، الآية:٣.

سورة التوبة، الآية: ٧٩.

سورة النساء، الآية:٨٣.

أولاً. الكتب

١- محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.

٢- سيف الدين أبي الحسن علي بن ابي علي بن محمد الأبدي، (ت ٦٣١ هـ) الأحكام في أصول الأحكام، ج٤ ، مطبعة المعارف، مصر، ١٣٣٢.

٣- محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، ط ٢، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ٢٠٠٦.

٤- حمد الكبيسي وصبحي محمد جميل، أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي, بغداد، ١٩٨٧.

٥- مصطفى إبراهيم الزلمي, أصول الفقه في نسيجه الجديد, شركة الخنساء, بغداد, ط ١، ١٩٩١.

٦- د. حسام الدين ناصيف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٤.

٧- إسحاق ابراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط٢، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٠.

٨- القاضي عباس قاسم مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي : مفهومه ، حالاته ، نطاقه : دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٥.

٩- حامد شاكر الطائي، العدول القضائي- دراسة قانونية تحليلية مقارنة لواقع العدول القضائي في نطاق الاجتهاد القضائي المدني، ط1، الموسوعة القانونية، الناشر :صباح صادق جعفر الأنباري، بغداد،٢٠١٤.

ثانياً . القوانين والقرارات

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٢- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

٣- قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ .

٤- قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٥- قرارات المحكمة الاتحادية العليا.

ثالثا. الرسائل والأطاريح

١- رائد ناجي أحمد الجميلي، القضاء الضريبي ومجالاته في ظل القانون العراقي ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٤.

٢- محمد أحمد رمضان ، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد، ١٩٨٥.

٣- سنو ساوي سمية ، الاجتهاد القضائي الإداري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق سعيد حمدين، الجزائر،٢٠١٨ -٢٠١٩.

٤ - ابتسام فاطمة الزهراء ، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٥-٢٠١٦.

رابعاً. البحوث والمجلات

١- حيدر فليح حسن، زينة عبد الحكيم عبد الرضا، الاجتهاد القضائي وضوابطه – دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون، جامعة بغداد، ج٣، المجلد ،٣٦، كانون الأول، العدد، ٣، ٢٠٢١.

٢- حسين فريجة، الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد الأول، الجزائر، ٢٠٠٤.

٣- عصمت عبد المجيد بكر، من مشكلات تفسير القانون, التفسير في حالة فقدان النص, المجلة العربية للفقه والقضاء، الجامعة العربية، العدد،٣١، القاهرة، ٢٠٠٥.

٤- غوتي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي, المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج٣٥، العدد، ٣، ١٩٩٧.

٥- خير الدين كاظم عبيد، دور القضاء في تقنين قواعد القانون الدولي الخاص، مجلة المحقق الحلي، جامعة بابل، مج١، العدد، ١، ٢٠٠٩.

٦- صعب ناجي عبود، حسام علي محمود، الآليات المتبعة من قبل القاضي الإداري في خلق القاعدة القضائية، مجلة كلية الحقوق جامعة

النهرين،العدد، ٢ ، ٢٠١٦ .

٧- للمزيد، يراجع، أحمد سلامة أحمد بدر، تحول تصرفات الإدارة الباطلة الى تصرفات قانونية صحيحة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، قطر، العدد الثاني، ٢٠١٧.

خامساً. المواقع الالكترونية

٤- محمد حسن عبد الغفار، تيسير أصول الفقه للمبتدئين، المكتبة الشاملة، القاهرة، ٢٠٢١، على الرابط: shamela.org.

٥- محمد هشام القاسم، الاجتهاد القضائي، الموسوعة العربية، على الرابط: arabency.com.sy/ency.

٦- أمل المرشدي، المفهوم القانوني للاجتهاد القضائي، موقع مهام قانونية، الرابط www.mohamah.net/law.

٧- القاضي سالم روضان الموسوي، دور القضاء الدستوري العراقي في معالجة النقص التشريعي، موقع مجلس القضاء الأعلى، على الرابط : www.sjc.iq/view .

٨- فارس حامد عبد الكريم، الإدارات العامة والتفسير الرجعي للقوانين، شبكة نبأ المعلوماتية،على الرابط:annabaa.org .

هوامش البحث

[١] محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٣٩٤.

[٢] سيف الدين أبي الحسن علي بن ابي علي بن محمد الأبدي، (ت ٦٣١ هـ) الأحكام في أصول الأحكام، ج٤ ، مطبعة المعارف، مصر، ١٣٣٢ هـ ، ص ١٦٢.

[٣] حيدر فليح حسن، زينة عبد الحكيم عبد الرضا، الاجتهاد القضائي وضوابطه – دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون، جامعة بغداد، ج٣، المجلد ،٣٦، كانون الأول، العدد، ٣، ٢٠٢١، ص ٧٨١.

[٤] حسين فريجة، الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد الأول، الجزائر، ٢٠٠٤، ص٢١.

[٥] سورة التوبة، الآية، ٧٩.

[٦] محمد حسن عبد الغفار، تيسير أصول الفقه للمبتدئين، المكتبة الشاملة، القاهرة، ٢٠٢١، ص ٦-٧، على الرابط: shamela.org .

[٧] محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، ط ٢، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ٢٠٠٦، ص ٣٠٠-٣٠٤ .

[٨] سورة الرعد، الآية:٣.

[٩] سورة النساء، الآية:٨٣.

[١٠] حمد الكبيسي وصبحي محمد جميل، أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي, بغداد، ١٩٨٧، ص ٤٠٦.

[١١] مصطفى إبراهيم الزلمي, أصول الفقه في نسيجه الجديد, شركة الخنساء, بغداد, ط ١، ١٩٩١، ص ٤٠٦.

[١٢] عصمت عبد المجيد بكر، من مشكلات تفسير القانون, التفسير في حالة فقدان النص, المجلة العربية للفقه والقضاء، الجامعة العربية، العدد،٣١، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٠٧.

[١٣]غوتي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي, المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج٣٥، العدد، ٣، ١٩٩٧، ص ٦١٩.

[١٤] إسحاق ابراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط٢، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٠، ص ١٦٣.

[١٥] محمد هشام القاسم، الاجتهاد القضائي، الموسوعة العربية، على الرابط: arab-ency.com.sy/ency.

[١٦] أمل المرشدي، المفهوم القانوني للاجتهاد القضائي، موقع مهام قانونية، الرابط www.mohamah.net/law.

[١٧] حسام الدين ناصيف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٣٣١

[18] خير الدين كاظم عبيد، دور القضاء في تقنين قواعد القانون الدولي الخاص، مجلة المحقق الحلي، جامعة بابل، مج١، العدد، ١، ص ٢٤٤ ٢٠٠٩، ص٢٤٤ وما بعدها.

[19] نصت المادة (١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على:

١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة.

٣- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين

[20] سنو ساوي سمية ، الاجتهاد القضائي الإداري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق سعيد حمدين، الجزائر،٢٠١٨ -٢٠١٩، ص ٢.

[21] القاضي عباس قاسم مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي : مفهومه ، حالاته ، نطاقه : دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة، ٢٠١٥، ص٣٣.

[22] الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١.

[23] المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

[24] حامد شاكر الطائي، العدول القضائي- دراسة قانونية تحليلية مقارنة لواقع العدول القضائي في نطاق الاجتهاد القضائي المدني، ط1، الموسوعة القانونية، الناشر، صباح صادق جعفر الأنباري، بغداد،٢٠١٤، ص ٩ وما بعده.

[25] المادة الأولى من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

[26] ابتسام فاطمة الزهراء، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٥-٢٠١٦، ص ١٠.

[27] رائد ناجي أحمد الجميلي، القضاء الضريبي ومجالاته في ظل القانون العراقي ، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٤، ص٢٦.

[28] صعب ناجي عبود، حسام علي محمود، الآليات المتبعة من قبل القاضي الإداري في خلق القاعدة القضائية، رسالة ما جستير، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين،العدد، ٢ ، ٢٠١٦ ، ص ٤.

[29] محمد أحمد رمضان ، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية ، دراسة مقارنة ، كلية القانون والسياسة ، رسالة ما جستير، جامعة بغداد، ١٩٨٥، ص ٣٥ .

[30] صعب ناجي عبود، حسام علي محمود، الآليات المتبعة من قبل القاضي الإداري في خلق القاعدة القضائية مرجع سابق، ص ١١ .

[31] القاضي سالم روضان الموسوي، دور القضاء الدستوري العراقي في معالجة النقص التشريعي، موقع مجلس القضاء الأعلى، على الرابط : www.sjc.iq/view.

[32] للمزيد، يراجع، أحمد سلامة أحمد بدر، تحول تصرفات الإدارة الباطلة الى تصرفات قانونية صحيحة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، قطر، العدد الثاني، ٢٠١٧، ص٤٩٩ وما بعدها.

[33] للمزيد ، يراجع موقع المحكمة الاتحادية، على الرابط: www.iraqfsc.iq/ethadai.php.

[34] للمزيد ، ينظر، قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

[35] فارس حامد عبد الكريم، الإدارات العامة والتفسير الرجعي للقوانين، شبكة نبأ المعلوماتية،على الرابط:annabaa.org .

[36] ينظر المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

[37] ينظر المادة (٦) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

[38] طعمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٦٥.

[39] فارس حامد عبد الكريم،الإدارات العامة والتفسير الرجعي للقوانين، مرجع سابق.