دور القاضي الإداري في استنباط المبادئ العامة للقانون وتطويرها

علي نجاح حميد

الأستاذ المشرف
الدكتور محسن ملك افضلي

جامعة الأديان والمذاهب الإسلامية

كلية القانون - ماجستير قانون عام

Ali87nh@gmail.com

ملخص البحث:

في القانون الإداري ، يتعين على السلطات الإدارية الامتثال لمبدأ المشروعية في القرارات التي تصدرها، هذه القواعد التي تنجم عموما عن النصوص المكتوبة يفترض احترامها من قبل الإدارة ، والتي تتوافق مع قواعد مكتوبة ومنصوص عليها ، ومع ذلك ، يجوز للمحاكم الإدارية ، أن تبنى بعض قراراتها على قواعد قانونية من مصادر غير مدونة ، و هي مبادئ العامة القانون الإداري مصدرها التطويع والاجتهاد القضائي والتي يرى فيها القاضي الإداري مخرج لحل النزاع المطروح أمامه، والتي لا تتعارض ومبادئ الإدارة، و نظرا لوتيرة استخدام القاضي الإداري للقواعد غير المكتوبة أي المبادئ العامة للقانون الإداري، سمحت بالظهور تدريجيا للبنية القانونية الشاملة التي يمكن اعتبارها نظرية للمبادئ العامة للقانون، دون إنكار الدور الذي يلعبه مجلس الدولة في إرساءها و من هذا المنطلق تعالج هذه الدراسة دور القاضي الإداري في الكشف عن المبادئ العامة للقانون الإداري؟ ما مدى مساهمة التطويع الاجتهاد القضائي في خلق القاعدة القانونية وتطويرها؟

الكلمات المفتاحية: القاضي الإداري– الاجتهاد– التطويع– التفسير– القانون الإداري– القضاء الإداري.

Research Summary:

In administrative law, administrative authorities must comply with the principle of legality in the decisions they issue. These rules, which generally result from written texts, are supposed to be respected by the administration, and which are consistent with written and stipulated rules. However, administrative courts may base some of their decisions on Legal rules from unwritten sources, which are the general principles of administrative law, originating from rule and judicial jurisprudence, in which the administrative judge sees a way out for resolving the dispute before him, and which do not conflict with the principles of administration. Given the frequency with which the administrative judge uses the unwritten rules, that is, the general principles of administrative law, it has allowed the gradual emergence of a comprehensive legal structure that can be considered a theory of the general principles of law, without denying the role that the Council of State plays in establishing it. From this standpoint, this study addresses the role of the administrative judge in revealing... About the general principles of administrative law? To what extent does the adaptation of jurisprudence contribute to creating and developing the legal base?

Keywords: administrative judge - diligence - adaptation - interpretation - administrative law - administrative judiciary.

المقدمة

إن الطبيعة الخاصة التي تتمتع بها قواعد القانون الإداري المتمثلة بالظروف التاريخية لنشأته، وعدم تقنينه، وزيادة تعدد مجالات النشاط الإداري، فضلاً إلى ذلك فإنه يتسم بأنه قانون يتطور بسرعة يفوق التطور الاعتيادي في القوانين الأخرى، كل ذلك أدى إلى أن يمارس القضاء دوراً مميزاً في ابتداع قواعد القانون الإداري في وضع أسسه ونظرياته من خلال إنشاء المبادئ القانونية عند انعدام النص القانوني أو في حالة وجود نقص في التشريع القائم أو غموضه حيث يقوم القاضي الإداري باستنباط المبادئ من أجل الفصل بالدعوى المعروضة أمامه، وبذلك يكون قد أقر قرينة قضائية، وأن استقراره واطراده على الأخذ بها أدى ذلك إلى تحويلها إلى مبادئ قانونية من خلال النص عليها وتعميمها في أحكامه.كما أن إن القضاء الإداري هو الجهة الرقابية القضائية على تصرفات الإدارة عندما تحيد عن الهدف الذي وجدت من أجله المتمثل في تحقيق المصلحة العامة، مما يحمل الأفراد إلى ضرورة اللجوء إلى القاضي الإداري عند المساس بحقوقهم وحرياتهم ، لأنه الوحيد الموكل برسم حدود المصلحة العامة في المنازعات الإدارية ومراقبتها، مما يتوجب عليه الفصل في المنازعات المعروضة عليه بمقتضى النصوص القانونية القائمة، إلا أنه قد يشوب تلك النصوص النقص أو الغموض، مما يتوجب عليه تحديد مدلولها من خلال التفسير في حالة غموضها وبالاجتهاد لتكملة نقصها من خلال الدور الذي يمارسه في استنباط وابتكار المبادئ القانونية من الوقائع المعروضة عليه.

أولاً: أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذا الموضوع في الدور الذي مارسه القضاء الإداري في إرساء المبادئ العامة للقانون في مجال القانون الإداري أمام قلة التشريعات الإدارية، وسرعة تطور قواعده مما يلقى على عاتق القاضي الإداري العراقي مهمة الاجتهاد لأجل استنباط الكثير من المبادئ القانونية وابتداع

الحلول المناسبة دون الاستناد إلى نصوص تشريعية، لذلك كان له دور بالغ الأهمية والاثر لا يكاد يقل في أهميته عن دور المشرع عند قيامه بالتشريع، لأنه يعبر عن الإرادة الضمنية للمشرع ويضفي على المبدأ القانوني الطابع العملي الحي ويحدد مداه وابعاده .

ثانياً : الدراسات السابقة :

١- بحماوي الشريف، دور القاضي الإداري في الكشف وابتكار المبادئ العامة في القانون الإداري، جامعة احمد دراية أدرار، الجزائر ، ٢٠٢٠.

٢- ريم صابر، اجتهاد القاضي الإداري في إنشاء وتطوير المبادئ العامة للقانون، جامعة محمد الخامس بالرباط، السعودية، ٢٠٢٤.

ثالثاً : مشكلة الدراسة :

إن المهمة البارزة في معالجة مشكلة الفراغ التشريعي في المجال القانون الإداري، ولغياب النص القانوني أو قصوره أو غموضه أو تناقضه في ظل تطور النشاط الإداري للمجتمعات ، و من هنا يناط للقاضي الإداري السعي في الكشف والابتكار مجال تطبيق المبادئ العامة للقانون الإداري المستخلصة من الاجتهاد القضائي فمن هنا نتسأل هل أن تلك الحلول تشكل قواعد قانونية؟ و هل يمكن اعتبار المبادئ العامة للقانون الإداري مصدرا من مصادر القانون ؟ و ما هو دور القاضي في الاجتهاد وتطويع المبادئ العامة للقانون ؟

رابعاً : محددات الدراسة :

١- الحدود الجغرافية والبشرية: تناولت هذه الدراسة دور القاضي الإداري في العراق ودوره في تطوير المبادئ العامة للقانون عن طريق الاجتهاد والتطويع.

خامساً : مصطلحات البحث وتعريفها :

١- المبادئ العامة: المبادئ القانونية غير المدونة التي استخلصها القضاء من خلال الرجوع إلى روح التشريع وظروف المجتمع السياسية والاجتماعية والاقتصادية ومبادئ العدالة والحق والإنصاف.

٢- الاجتهاد: هو كل جهد يبذل في استنباط الحكم من مصدره، ومن ثم يصياغ على شكل مجموعة من الأحكام والقرارات الصادرة عن طريق المحاكم.

٣- التطويع: هو التفسير الذي يقوم به القاضي الإداري لنصوص القانون بهدف معالجة القضية المعروضة عليه.

سادساً : منهج الدراسة :

سيتم العمل على هذا البحث من خلال المنهج التحليلي الذي يعني الطريقة المنظمة لدراسة حقائق راهنة متعلقة بظاهرة أو موقف أو أفراد أو أحداث أو أوضاع معينة بهدف اكتشاف حقيقة جديدة أو التأكد من صحة حقائق قديمة وآثارها والعلاقات المنبثقة عنها وتفسيرها وكشف الجوانب التي تحكمها، لتحديد دور القاضي الإداري في استنباط المبادئ العامة للقانون وتطويرها.كما اعتمدنا على المنهج الوصفي وذلك لتوظيفه فيما يتعلق بإعطاء وصف شامل لدور القاضي الإداري في استنباط المبادئ العامة للقانون وتطويرها والتحولات التي طرأت على القانون الإداري.

المطلب الأول مفهوم المبادئ العامة للقانون

إن القضاء الإداري استطاع إرساء الكثير من المبادئ القانونية في مجال القانون الإداري من خلال استنباطها من ظروف الأمة السياسية والاجتماعية والفكرية والتاريخية التي توجد في قواعد سلوك عليا غير مكتوبة، لتكون بعد ذلك مصدراً من مصادر مبدأ المشروعية.بناءً على ما تقدم سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، سنتناول في الفرع الأول دراسة تعريف المبادئ العامة للقانون وطرق استنباطها، وسنخصص الفرع الثاني لدراسة الاستثناءات التي ترد على تطبيق المبادئ العامة للقانون والقيمة القانونية لها .

الفرع الأول تعريف المبادئ العامة للقانون وطرق استنباطها

إن المبادئ العامة للقانون في نطاق القانون الإداري يكون مصدرها القضاء الذي استنبطها من الوقائع المعروضة أمامه ولم تكن مقررة بنص دستوري أو قانوني صريح، حيث اخرجها إلى حيز الوجود بدوره الإنشائي، ويعود الفضل في ذلك إلى أحكام قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي عمل على استنباط تلك المبادئ وطورها لتكون نظرية قضائية متكاملة ولذلك يعد القضاء هو المصدر الرسمي لهذه المبادئ، لأنها انشأت من خلال أحكامه ، والذي واكبه مجلس الدولة العراقي، لذلك فإن هذه المبادئ لا يمكن حصرها في إطار حدود معينة، لأنها قابلة للتطور بمرور الزمن، لكونها تعبر عن حيوية النظام القانوني وأداة من أدوات تنميته، وبهذا يكون الدور الذي يمارسه القاضي الإداري في إرساء تلك المبادئ بالغ الأهمية والاثر لا يقل عن أهمية دور المشرع، لأنه يضفي عليها الطابع العملي الحي ويحدد مداها وابعادها[١]، وعليه فإن دراسة تلك المبادئ تتطلب البحث في تعريفها أولاً ومن ثم بيان طرق استنباطها ثانيا وكما يأتي:

أولاً: تعريف المبادئ العامة للقانون:

بما أن المبادئ العامة للقانون لا يمكن حصرها لذلك اختلف الفقه على تحديد ما المقصود منها ، فقد عرفت بأنها تلك المبادئ القانونية غير المدونة التي استخلصها القضاء من خلال الرجوع إلى روح التشريع وظروف المجتمع السياسية والاجتماعية والاقتصادية ومبادئ العدالة والحق والإنصاف، ويعلنها في أحكامه فتكتسب قوة إلزامية فتصبح مصدر من مصادر القانون الإداري التي يتعين على الإدارة احترامها وعدم مخالفتها ، بينما عرفها جانب آخر من الفقه بأنها مجموعة من القواعد القانونية غير المكتوبة التي يستخلصها القضاء ويكشف عنها عند الرجوع إلى روح التشريع وظروف المجتمع السياسية والاجتماعية ومبادئ العدل والإنصاف، ويعلنها في أحكامه فتكتسب قوة الزامية، وتصبح بذلك مصدراً من مصادر المشروعية[٢].ويتضح لنا من خلال التعريفات السابقة بأنها كلها تدل على المعنى ذاته، وأن اختلفت في التعبير، لذا من خلال تلك التعريفات يمكن تحديد خصائص المبادئ العامة للقانون في النقاط الآتية:

١- إن المبادئ العامة لم تولد مرة واحدة، بل جاءت نتيجة ثمرة طويلة من التفسيرات والاجتهادات التي مارسها القاضي الإداري من خلال أحكامه التي اصدرها .

٢- تعد المبادئ العامة نظرية قضائية الأصل، لأن الفضل في إنشائها وإرسائها كقواعد قانونية يعود لقضاء مجلس الدولة الفرنسي.

٣- إنها قواعد غير مكتوبة لأنها لا تستند صراحة إلى نص تشريعي مكتوب، وكذلك تكون مستقلة عن النصوص القانونية، حيث استنبطها القاضي الإداري لملء الفراغ التشريعي عند انعدام النص.

٤- إن المبادئ العامة للقانون تتمتع بصفة الالزام، لأنها تعبر عن الإرادة الضمنية للمشرع فتكون ملزمة للإدارة وأن مخالفتها يترتب عليه جزاء، إلا أنها لا تخلق قواعد قانونية وضعية ولكنها قد تكون سبباً في انشائها، لذلك عدت جزءاً لا يتجزأ من قواعد المشروعية ومصدراً من مصادرها غير المكتوبة.

٥- تمتاز هذه المبادئ بأنها عامة لكونها تتمتع بدرجة كبيرة من العموم والتجريد، وكذلك بأنها دائمة تتميز بالدوام والاستقرار مما يجعلها قابلة للتطبيق، إلا أن ذلك لا يعني بأنها جامدة بل متطورة ومتغيرة حسب الظروف .

٦- إن هذه المبادئ تمثل مجموعة قانونية متكاملة حيث تكون فيها إرادة القاضي الإداري واضحة في اعتبارها وحدة قانونية دون اعتبار لتنوع أو تعدد عناصرها[٣].

ثانياً: طرق استنباط المبادئ العامة للقانون:

مهما كان الخلاف الفقهي، حول سلطة القاضي الإداري في استنباط المبادئ العامة للقانون في مجال القانون الإداري، إلا أن هناك عدد من الطرائق التي يتبعها القاضي الإداري لاستنباط تلك المبادئ وهذه الطرائق هي:

١- استنباط المبدأ العام من روح النص القانوني أو مجموعة من النصوص:

يكون ذلك من خلال البحث في باطن النصوص والذي يحتاج إلى جهد فكري اكبر من القاضي عند تفسيره لتلك النصوص على نحو خلاق فيستخلصه من روح النص وحكمته أو من نص قانوني معين، ومثال ذلك مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية الذي لم يقرر بنص، وإنما استنبطه القاضي الإداري من روح النصوص الدستورية الواردة في دستور سنة ٢٠٠٥ بأنه ليس للقوانين اثر رجعي، وكذلك استنبطه من روح النصوص الواردة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ بأنه لا يعمل بالقانون إلا من وقت صيرورته نافذاً فلا يسري على ما سبق من الوقائع) ، وهذا ما ارسته المحكمة الإدارية العليا في العراق كمبدأ قانوني في احد أحكامها بأنه لا تسري القرارات الإدارية بأثر رجعي[٤].

٢- استنباط المبدأ العام من المعتقدات المستقرة في ضمير الأمة: يقصد بها الأفكار الكبرى السياسية والفلسفية التي استقرت في ضمير الأمة التي تفرض نفسها على القاضي الإداري، وأن ليس كل تلك الأفكار السائدة في أمة من الأمم يمكن الاستناد عليها بتكوين مبدأ قانونياً ، بل تلك المعتقدات المعبرة عن إرادة الأمم المتمدنة التي ساهمت في بناء الحضارة الإنسانية من خلال قيم العدالة والمساواة والحرية، وبهذه الطريقة ينشأ القاضي الإداري المبدأ القانوني من واقعة راسخة في ضمير الأمة، ومثال ذلك مبدأ دوام سير المرافق العامة، والذي اسند إلى هذا المبدأ العديد من النظريات كتحريم الأضراب، ونظرية الظروف الطارئة وتنظيم استقالة الموظف.

٣- استنباط المبدأ العام بطريقة التعميم ابتداء من نصوص قانونية جزئية: يعد هذا الاسلوب الأكثر استخداماً وذلك من خلال تعميم إحدى القواعد الجزئية أو إحدى الحلول المقررة في نصوص متفرقة وبمسائل خاصة، فيقوم القاضي الإداري باستخلاص المبدأ، وكأنه متخف في طيات التطبيقات التشريعية المبعثرة والمتفرقة، ويمكن أن تكون نصوصاً لائحية ومثال ذلك مبدأ احترام حقوق الدفاع الذي يعطي الحق للموظف في تقديم الأدلة والتعبير عن رأيه قبل فرض العقوبة عليه.

٤- استنباط المبدأ العام من جوهر نظام قانوني معين: يتحقق هذا الاسلوب عندما يستند القاضي الإداري على جوهر نظام قانوني معين بالذات يتعلق بجانب محدد من جوانب القانون الإداري، والمقصود بالنظام القانوني ليس النظام القانوني العام للدولة في مجموعه بل النظام القانوني في مجال معين، ومثال ذلك مبدأ عدم جواز المساس بالحقوق المكتسبة المتولدة عن القرار الإداري الفردي لذلك لا يجوز للإدارة إلغاؤه أو سحبه إذا ترتب على ذلك مساساً بالحقوق المكتسبة، إلا إذا كان القرار غير مشروع على أن يكون سحبه والغاؤه خلال مدة الطعن القضائي احتراماً لتلك الحقوق المكتسبة[٥].

الفرع الثاني الاستثناءات التي ترد على تطبيق المبادئ العامة للقانون والقيمة القانونية لها

إن الخصائص التي تتميز بها المبادئ العامة للقانون التي استنبطها القاضي الإداري لا يعني بأنها مطلقة في التطبيق دون أن تكون لها حدود تقيد تطبيقها ، لذا لابد من بيان تلك الحدود والقيمة القانونية لتلك المبادئ ومكانتها بين مختلف المصادر المتدرجة للقانون عموماً والقانون الإداري خصوصاً، لذلك يتطلب البحث أولاً في حدود المبادئ العامة للقانون، بينما نوضح ثانياً القيمة القانونية لها وكما يأتي:

أولاً: الاستثناءات التي ترد على تطبيق المبادئ العامة للقانون: لا يوجد نظام قانوني مهما كان درجته وقيمته وأهميته مطلق التطبيق بدون حدود ، فهي على الأقل تقبل التعديل والإلغاء الجزئي، إذا هناك نوعان من الحدود تنطبق على تلك المبادئ هي:

١- استبعاد تطبيق المبادئ العامة للقانون بنص قانوني خاص: فإن القاضي الإداري يطبق المبادئ العامة طالما لم تخالف نصاً تشريعياً ، فإذا خالفته فإنه يطبق النص ويستبعد المبدأ العام احتراماً لنص القانون، لأن القانون دائماً يستطيع تعديل المبدأ العام.

٢- استبعاد تطبيق المبادئ العامة للقانون في ظل الظروف الاستثنائية: يكون ذلك عندما تمر الدولة بظروف استثنائية، فيجوز للسلطة الإدارية مخالفة المبدأ العام واستبعاده حتى ولو بدون نص يجيز لها ذلك، ولكي تكون هذه المخالفة مشروعة لا بد من توافر عدة شروط حتى يمكن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية.وبما أن نظرية الظروف الاستثنائية لها كل مقومات المبدأ القانوني من حيث عموميتها، وإنشائها مشروعية استثنائية تخالف المشروعية العادية، ومن حيث دوامها ، لأنها تنظيم قانوني استثنائي دائم ومستقر ، ولكن يبقى في حالة السكون في الظروف العادية، فينشط في الأزمات، لذلك تمثل مبدأ قانونياً عاماً[٦].

ثانياً: القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون:

بعد أن ازدادت أهمية المبادئ العامة كمصدر من مصادر القانون الإداري والتي ترجع إلى عدم قدرة المشرع على مواكبة التطورات الحاصلة في المجتمع، مما أدى ذلك بالاعتماد على القاضي الإداري من خلال اجتهاداته تارة، وإرسائه للمبادئ العامة تارة أخرى للحد من تعسف الإدارة، إلا أنه قد تختلف المرتبة التي تحتلها المبادئ العامة للقانون في سلم مصادر المشروعية باختلاف النظام القانوني لكل دولة، ففي العراق كان المشرع حريصا بموجب أحكام قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ على جعل الطعن تمييزاً أمام الهيئة العامة لمجلس الدولة"، حيث مارست دوراً متميزاً بوصفها مصدراً رسمياً ومرجعاً نهائياً لقواعد القانون الإداري، ومن ثم أوكل مهمة الطعن التمييزي بقرارات محكمة القضاء الإداري بعد عام ١٠٠٥ للمحكمة الاتحادية العليا"، إلا أنه بموجب التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٢ أوكل مهمة الطعن تمييزياً بقرارات محكمة قضاء الموظفين ومحكمة القضاء الإداري أمام المحكمة الإدارية العليا ، وبهذا يكون المشرع قد أقر بالمبادئ العامة التي إرساها القاضي الإداري، إلا أنه لم يحدد قيمتها القانونية بين مصادر المشروعية[٧].أما بالنسبة لموقف الفقه فإن تحديد القيمة القانونية لتلك المبادئ هي محل خلاف فلم نجد من الفقهاء من بين رأيه في ذلك صراحة، حيث رأى منهم أن القاضي الإداري عندما يقوم بالكشف عن تلك المبادئ باعتبارها موجودة في الضمير العام للجماعة والمشرع لم يفصح عنها في نصوص تشريعية صريحة، فيكون انزلها بمنزلة التشريع عند غياب النص، إلا أنه لا يجوز أن تخالف قاعدة قانونية مكتوبة سواء بالتعديل ام بالإلغاء لذلك تحوز قيمة أدنى من التشريع اذا كانت مستخلصة من مبادئ العدالة والانصاف ، بينما رأى آخرون بأن المبادئ التي ينشئها القضاء تبقى قيمتها القانونية مساوية للتشريع مادام لم يصدر من السلطة التشريعية ما يخالفها ، وبهذا تكون متدرجة القيمة فبعضها يكون لها قيمة دستورية، وأخرى لها قيمة القانون العادي، وأخرى أدنى من القانون أي بمستوى الأنظمة[٨].أما بخصوص موقف القضاء الإداري العراقي فقد سار على نهج المشرع والفقه حيث أرسى عدداً من المبادئ العامة للقانون من خلال أحكامه القضائية وانزلها منزلة التشريع في حالة عدم وجود نص، وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأنه لا يشترط لصحة إجراءات اللجنة التحقيقية توقيع رئيس اللجنة وأعضائها على إفادات الموظف المحال إليها للتحقيق معه[٩].

المطلب الثاني وسائل القاضي الإداري لاستنباط وتطوير المبادئ العامة للقانون

إن الوسائل التي يستعين بها القاضي الإداري في استنباط وتطوير المبادئ العامة للقانون تكون متمثلة بالدور الذي يمارسه في إرساء المبادئ القانونية العامة عند خلو النص التشريعي المتعلق بالنزاع، وسرعة تطور قواعد القانون الإداري ومرونتها ومحدودية دور العرف مما يلقى عليه مهمة الاجتهاد لاستنباط تلك المبادئ، وابتداع الحل المناسب للفصل في النزاع المعروض عليه، فيكون حكمه هو المصدر الرسمي للقانون لأن من خلال حكمه تبرز القاعدة القانونية الواجبة التطبيق المتمثلة بالمبادئ القانونية العامة.بناءً على ما تقدم سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، سنتناول في الفرع الأول دراسة دور القاضي الإداري في تطويع النصوص، وسنخصص الفرع الثاني لدراسة الدور الاجتهادي للقاضي الإداري.

الفرع الأول دور القاضي الإداري في تطويع النصوص

إن القاضي الإداري يختلف عن القاضي المدني الذي هو ملزم بأن يطبق النص القانوني الذي يجد فيه الحل القانوني الواجب الاتباع أثناء الفصل في الوقائع المعروضة أمامه، وتفسير تلك النصوص التشريعية إذا كان يشوبها الغموض، إلا أن القاضي الإداري يقوم بدور هام في تطويع وتفسير النصوص القانونية من خلال توضيح مجملها وتحديد ضابطها ، وبذلك تكون له حرية واسعة في التطويع والتفسير ، لأن طبيعة المنازعات الإدارية تختلف عن طبيعة المنازعات المدنية[١٠].وأن التفسير الذي يقوم به القاضي الإداري وهو يفصل في الوقائع المطروحة أمامه حتى يجسد حكم القانون على تلك الوقائع يقوم به دون حاجة إلى طلب من الخصوم لأنه من صميم عمل القضاة ، ولكون القوانين لا يمكن أن تكون عامة ودقيقة حتى يقوم القاضي بتطبيقها وهو مغمض العينين فهذه النصوص قد تكون عامة ولكن تحتاج إلى تفصيل، ومن خلال التفسير يستطيع القاضي أن يواجه تلك العمومية والغموض[١١].

فيكون تطويع النصوص عند القضاء من خلال تفسيرها وسيلة يستخدمها بقصد الفصل في الوقائع المطروحة أمامه وليس غاية في ذاته، وعلى ضوء ذلك لا يمكن للخصم أن يطلب من القاضي تفسير نص قانوني بصورة مستقلة عن النزاع المعروض أمامه، وبذلك يقصد بالتطويع هو تحديد المضمون الحقيقي للقاعدة القانونية من خلال الكشف عن مختلف تطبيقاتها وايضاح ما غمض من أحكامها ، واستكمال النقص فيها ، ورفع التناقض بين أجزائها والتعارض بينها وبين غيرها من القواعد القانونية.ومن خلال ما تقدم يتبين لنا أن دور القاضي الإداري يكون أوسع من عمل المشرع المتمثل في سن القواعد التشريعية، لأنه لا ينظر إلى الحالات الخاصة والوقائع العملية، وإنما يراعي العمومية والتجريد، بينما القاضي الإداري يواجه وقائع خاصة وحالات عملية يطلب منه الفصل فيها أمام غموض تلك النصوص ونقصها، لذا يعد التطويع الذي يقوم به القاضي الإداري الخطوة الأولى في وضع الاسس لإنشاء مبدأ قانوني يتضمن الحل المناسب للوقائع المعروضة أمامه، إلا أن القانون الإداري لايزال معتمداً بشكل أساسي على أحكام القضاء التي تعد المصدر الاساسي لمبادئه ونظرياته إلى جانب المصادر الأخرى التي ترفده كقانون ومنها (التشريع والعرف)مثلاً ، ولكن أحكام القضاء مازالت مصدراً متفوقاً على تلك المصادر، لأنه هو من انشأ مبادئ هذا القانون لذلك يعد مصدراً رسمياً وليس مصدراً تفسيرياً[١٢].إن الدور الي يقوم به القاضي الإداري في تطويع نصوص القانون يكون هدفه الحقيقي هو إنشاء مبدأ جديد عن طريق تفسير القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، ومن ثم فإن القاضي لا يطبق تلك القاعدة نفسها، ولكن يطبق القاعدة التي يقوم بتفسيرها كما يرى لخصوصية المنازعة الإدارية، لأنه ملزم بإيجاد الحل المناسب للنزاع المعروض أمامه، وإلا عد مرتكباً لجريمة انكار العدالة، إلا أنه قد يلجأ إلى التطويع عند توفر حالات معينة، ومما يتوجب عليه اتباع طرق معينة في للتطويع، وعليه سنبين حالات التطويع أولاً ومن ثم طرق التطويع ثانياً.

أولاً: حالات التطويع:

إن المقصود بحالات التطويع هي الاسباب أو المبررات التي تدفع القاضي الإداري لتفسير النص وللبحث عن المعنى الحقيقي للنص المراد تطويعه، وتتمثل هذه المبررات في بعض المشاكل التي تتسم بها النصوص القانونية وهي كما يأتي:

١- حالة الغموض وتعني عدم التوافق بين الفاظه أو مجموعة عباراته، فيؤدي ذلك إلى التشويش للمعنى الحرفي، لأنه يحتمل التأويل ليكون له أكثر من معنى، لذلك يتوجب على القاضي تفسير القاعدة القانونية، وأن يختار من المعاني التي يراها تعبر عن إرادة المشرع[١٣].ولكن قد يثور لدينا تساؤل ما هو دور القاضي الإداري في حالة غموض النص أو عندما يحتمل النص تطبيقات متناقضة؟وللإجابة عن هذا التساؤل فإن القاضي الإداري عندما يفسر نصاً قانونياً لا يفعل ذلك، إلا من أجل أن يعبر عن نية المشرع التي لم يجدها في النصوص المكتوبة، إلا أنه لا يفعل ذلك بدون ضوابط، وإنما يكون تصرفه في اطار الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة، وكذلك يلجأ إلى ذات المبادئ التي أعتاد المشرع اللجوء اليها عند وضع تشريعه وبهذا يكون قد عبر عن نية المشرع عند تفسيره للنص الواجب التطبيق لابتداع الحل المناسب.

٢- حالة الخطأ:يجب على القاضي الإداري تصحيح الخطأ مهتدياً في ذلك بالقواعد العامة في القانون حتى يكون ذلك مستقيماً مع معنى النص القانوني، وقد يكون الخطأ الذي يشوب النص نوعان هما الخطأ المادي والخطأ القانوني.

٣- حالة التعارض: إن المقصود بالتعارض الذي يواجه القاضي الإداري هو التعارض بين نصين قانونيين يحمل كل منهما حكم يخالف الآخر، ويكون من الصعوبة الجمع بينهما، وقد يكون هذا التعارض بين نصوص التشريع الواحد، لذا يكون من الواجب على القاضي الإداري التوفيق بينهما فإذا لم يستطيع يجب عليه إهدار أحدهما والعمل بالآخر، ولكن قد يكون التعارض بين نصين من تشريعيين مختلفين، فقد يكون هذين النصين متساويين بالقوة ففي هذه الحالة يجب على القاضي الإداري أن يفعل أحد الأمرين، الأول هو أن يعد أحد النصين عاماً فيطبقه على النزاع المعروض أمامه كأصل عام، ويعد الثاني خاصاً فيطبقه على بعض الحالات الخاصة إعمالاً بالقاعدة (الخاص يقيد العام) ، وأما الأمر الثاني على القاضي الإداري أن يعتبر النص الأحدث ينسخ ويلغى النص الأقدم إعمالاً بالقاعدة بأن (التشريع اللاحق يلغى التشريع

السابق)، إلا أنه قد يكون التعارض بين تشريعين مختلفين متفاوتين في القوة، فيكون من الواجب على القاضي الإداري أن يراعى حينئذ مبدأ تدرج القواعد الذي يوجب عليه ترجيح أعلى قاعدة قانونية(١٤).

٤- حالة النقص:

فقد يكون النص القانوني ناقصاً إذا أغفل المشرع عن إيراد حالات يلزم ذكرها أو أغفل عن ذكر لفظ أو الفاظ لا يستقيم النص بدونها مما يتوجب على القاضي الإداري تكملة النقص من أجل تطبيق النص على الوقائع المعروضة أمامه، وبهذا فإن عمل القاضي الإداري يتمثل في ابتداع الحل من خلال الاستفادة من جميع حالات التفسير السابقة، وبذلك يكون قد ترفع عن قواعد النصوص وانشأ مبدأ قانونياً يساهم في حل النزاع المعروض أمامه.

ثانياً: طرق التطويع:

إن القاضي الإداري عندما يريد إنشاء مبدأ قانونياً يبحث على المعنى الحقيقي للنص وفحواه ويدخل في اعماقه ويحيط به من جميع جوانبه، وذلك من خلال الأدوات والوسائل التي يستعين بها القاضي الإداري للتعرف على مغزى النص الذي يتصدى لتفسيره، وتنقسم هذه الطرق والوسائل التي يلجأ إليها القاضي الإداري في التطويع إلى نوعين وهما :

١- طرق التفسير الداخلية:

يقصد بهذه الطرق الوسائل التي يستطيع من خلالها القاضي الإداري استخلاص التفسير من داخل النص القانوني ذاته أو من مدلوله وحكمه وتطويعه، دون اللجوء إلى وسيله خارجية، ومن أهم طرق التطويع الداخلية هي:

أ- القياس:

هو تطبيق حكم وارد بشأن واقعة معينة منصوص عليها على واقعة أخرى لم ينص عليها القانون لاتحادهم في السبب والعلة، وهذا ما يسمى بالقياس العادي، وأما القياس من باب أولى يتحقق عندما توجد واقعة منصوص على حكمها، وتكون علة الحكم واضحة في واقعة أخرى غير منصوص عليها ، فيثبت لها الحكم من باب أولى(١٥).

ب- الاستنتاج من مفهوم المخالفة: يكون عكس القياس هو الحكم في واقعة معينة على واقعة أخرى لم ينص القانون عليها، ولكنها تختلف كل الاختلاف عن الواقعة الأولى بحيث تكون معاكسة لها تماماً(١٦).

٢- طرق التفسير الخارجية: إذا لم يستطيع القاضي الإداري إزالة الغموض الذي يكتنف النص أو تكملة النقص الذي يعتريه أو استبعاد الخطأ أو التعارض الذي يشوبه بالطرق الداخلية، إذا فلا مناص أمامه إلا بالرجوع إلى الطرق الخارجية حتى يسترشد بها للتعرف على نية المشرع، وتتمثل تلك الطرق الخارجية بما يأتي:

أ- حكمة التشريع وغايته: إن غاية القاضي عند تطويع النص من خلال تفسيره هو الوصول إلى نية المشرع وغايته التي كان يتوخاها عند وضع النص، لأنه لا يضع نصاً بصورة اعتباطية أو عفوية، وإنما يهدف دائماً إلى تحقيق حكمة يراها ، فمعرفة هذه الحكمة والغاية تساعد القاضي الإداري على تفسير النص وإنشاء المبدأ القانوني، وهذا ما أكده المشرع في قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ حيث الزم القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون على أن يراعي عند التطبيق الحكمة التي من أجلها شرع التشريع(١٧).

ب - الاعمال التحضيرية: هي مجموعة من الأعمال والوثائق الرسمية التي تسبق عملية اعداد التشريع من قبل السلطة التشريعية، وتتمثل تلك الأعمال بالمذكرات الايضاحية ومناقشات الهيئات واللجان التي قامت بتحضيره والأسباب الموجبة التي تدعو لإصداره، ومن خلال هذه الوثائق والأعمال يستطيع القاضي الإداري الكشف على نية المشرع، ويكون الرجوع إليها على سبيل الاستئناس(١٨).

ج - المصادر التاريخية للتشريع:

حتى يستطيع القاضي الإداري التعرف على إرادة المشرع يجب عليه البحث عن تلك المصادر التي استمد القانون قواعده منها وأخذ أحكامه ودراستها حتى يتمكن القاضي من فهم النص فهماً عميقاً، ومن هذه المصادر مثلاً القوانين الاجنبية، إلا أن القاضي غير ملزم بالرجوع إليها، وإنما رجوعه إليها يكون على سبيل الاستئناس[١٩].

الفرع الثاني الدور الاجتهادي للقاضي الإداري

إن القاضي الإداري عندما يتصدى للفصل في المنازعات الإدارية فإنه لا يجد مجموعة متكاملة من التشريعات الإدارية قابلة للتطبيق على المنازعة المعروضة أمامه، وإنما يجد تشريعات إدارية قليلة ومتناثرة، وقد تكون كثيرة إلا أنها خالية من النص الذي ينطبق على المنازعة، لذلك فإنه يتولى بنفسه إرساء مبدأ قانونياً من خلال اجتهاده بابتداع قاعدة قانونية وتطبيقها على النزاع عندما لا يوجد في النصوص القانونية حلا له.وأن المقصود بالاجتهاد القضائي الذي يمارسه القاضي الإداري هو كل جهد يبذل في استنباط الحكم من مصدره، ومن ثم يصيغه على شكل مجموعة من الأحكام والقرارات الصادرة عن طريق المحاكم، أي أنه يمثل رأي المحاكم واجتهاداتها في المسائل المعروضة عليها، وبما أن القاضي الإداري قاض مجتهد، لأنه ينظر إلى كل قضية بأنها فريدة من نوعها ، لأنها تحتاج إلى تحليل وتمحيص دقيق للوصول إلى حل منصف وعادل[٢٠]، لذلك يجب أن تتوافر في القاضي عدد من المؤهلات حتى يستطيع أن يقوم بهذا الدور، وهذه المؤهلات هي:

١- يجب أن يكون متخصصا قانونيا ومؤهلاً من الناحية النظرية والعلمية للقيام بهذا الدور، لما يحتاجه ذلك من معرفة قانونية واسعة.

٢- أن يكون من ذوي الخبرة العلمية من أجل ملء الفراغ التشريعي عند انعدام النص أو لإظهار ما قد يشوب النص من عيوب كالغموض والنقص والخطأ والتعارض.

٣- يتوجب عليه مراعاة العرف ومبادئ العدل والانصاف والاسترشاد بما سبق من أحكام قضائية، لتساعده لإيجاد الحلول المناسبة.

٤- أن تكون لديه القدرة على إنشاء مبادئ قانونية جديدة وإرسائها في المجال القضائي، والعمل على تطوير ما تم إنشائه بما يتلاءم مع الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة.ولكن قد يثور لدينا تساؤل هل أن القاضي الإداري يستطيع أن يمارس دوره الاجتهادي في أي وقت يشاء، وماهي المبررات التي يستند عليها في ذلك؟وللإجابة على هذا التساؤل يكون من خلال توضيح الأسباب الآتية:

١- إن هذا الدور الذي يمارسه القاضي الإداري يكون في حالة انعدام النص أو غموضه، فهو في ذلك يؤدي دوراً ايجابياً أكثر جدية وجراءة في مجال إنشاء المبدأ القانوني، فيجتهد حينها حتى يصل إلى الحل المناسب.

٢- قلة التشريعات والقوانين والأعراف المتعلقة بالمنازعات الإدارية أو صمتها، تجعل من القاضي الإداري مضطراً إلى ابتكار مبدأ قانوني، ليكون واجب التطبيق على المنازعة.

٣- يجب على القاضي الإداري تحقيق التوازن بين المصلحة العامة من جهة وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم من جهة أخرى، ولتحقيق هذا التوازن لابد أن يكون للقاضي الإداري القدرة على ابتكار المبادئ القانونية لتحقيق ذلك.

٤- إن حداثة نشأة القانون الإداري ومرونة قواعده وسرعة تطوره وعدم تقنينه كل ذلك أدى إلى إعطاء حرية واسعة للقاضي الإداري في استنباط المبادئ القانونية على أن يراعي في ذلك متطلبات الظروف المستحدثة[٢١].

إن الدور الذي يقوم به القاضي الإداري هو دور إنشائي ايجابي يسعى من خلاله إلى إنشاء مبدأ قانوني حتى يستطيع تحقيق أكبر قدر من التوازن المختل بين أطراف الدعوى الإدارية ، مما يتوجب عليه تكرار نفس المبدأ عندما تعرض عليه قضايا مماثلة حتى يستطيع أن يتغلب على تحولات الفقه، لأن هذا التكرار يكون بمثابة اصرار من القاضي على المبدأ الذي أرساه في المجال الإداري، ومن ثم فإن تغير أو تحول الفقه لن يؤثر على هذا المبدأ، لأنه من الصعوبة عليه أن يواجه اتجاه ثابت من قبل القضاء، إلا أن هذا لا يعني أن القاضي الإداري يأخذ بالسابقة القضائية، لأنها تختلف كثيراً عن الاجتهاد القضائي الذي يمارسه من أجل إرساء تلك المبادئ.

ولكن قد يثور لدينا سؤالاً مفاده ما هو الأساس القانوني والفقهي الذي يمنح الحق للقاضي الإداري في إنشاء المبادئ العامة للقانون الإداري، وماهي تلك الجهات المخولة بإنشاء تلك المبادئ ؟

وللإجابة على هذا التساؤل يتطلب منا البحث أولاً في الأساس القانوني لإنشاء تلك المبادئ، ومن ثم بيان الجهات القضائية المختصة بالاجتهاد وكما يأتي:

أولاً: الأساس القانوني للمبادئ العامة للقانون:

يكمن الأساس القانوني لحق القاضي الإداري في إنشاء المبادئ القانونية العامة من خلال تمحيص نصوص قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩[٢٢]على الرغم من أنه لم ينص عليه صراحة، إلا أنه قد أشار ضمناً بوجوب رجوع القاضي الإداري إلى أحكام قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنه ١٩٦٩، وقانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩، وقانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١، وقانون الرسوم العدلية رقم (١١٤) لسنة ١٩٨١ في الإجراءات التي لم يرد بشأنها نص خاص في هذا القانون[٢٣]، وبما أن قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ يعد شريعة عامة بشأن كافة الإجراءات التي لم يرد بشأنها نص، لذلك احال قانون مجلس الدولة إلى هذا القانون في ما يتعلق بشأن كافة الإجراءات، ومن ثم لا يجوز للقاضي الإداري أن يمتنع عن الحكم بحجة انعدام النص أو غموضه، وإلا عد مرتكباً لجريمة انكار العدالة، لأن الامتناع عن تطبيق القانون يعد إلغاء له، وهذا ما أقره المشرع في قانون بأنه لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه والا عد القاضي ممتنعا عن احقاق الحق[٢٤]، وكذلك في القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ الذي بين بشكل عام المصادر التي يستطيع القاضي أن يستقي منها القاعدة القانونية المراد تطبيقها على النزاع بدء من النصوص التشريعية فإذا لم يوجد نص تشريعياً يلجأ إلى العرف، من ثم مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة[٢٥].وعلى الرغم من أن هذه النصوص تخص المسائل المدنية إلا أن ذلك لا يمنع القاضي الإداري بالعمل بموجب المادة (٣٠) من قانون المرافعات، وذلك استنادا للمادة (٧) الحادي عشر من قانون مجلس الدولة التي اوجبت الرجوع إليها، فإذا كان باب الاجتهاد مفتوحاً في مجال المسائل المدنية فكيف لا يكون في مجال المسائل الإدارية التي لا توجد قواعد قانونية متكاملة تغطيها ، وبموجب المادة (٧/الحادي عشر) يكون القاضي الإداري مجبراً بنص القانون على إنشاء المبادئ وتطبيقها على النزاع المعروض عليه، وكذلك نجد أن المشرع في قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ عاقب بالحبس كل موظف أو مكلف بخدمة عامة يمتنع بغير حق عن أداء أعمال وظيفته أو اخل عمداً بواجباته، وبذلك يكون القاضي الإداري عند امتناعه عن الحكم في الدعوى يعتبر مرتكباً للجريمة المذكورة أعلاه ويكون ذلك اخلالاً عمدياً بواجباته.ومما تقدم نلاحظ بأن الأساس القانوني للدور الإجتهادي للقاضي الإداري يكمن بنص المادتين (٧) الحادي عشر من قانون مجلس الدولة، والمادة (٢٠) قانون المرافعات التي تلزم القاضي بالرجوع إليها في حالة عدم ورود نص في قانون مجلس الدولة، وبهذا ينهض دور القاضي في إنشاء المبادئ القانونية .أما فيما يخص الفقه فقد انقسم إلى اتجاهين بشأن مدى مساهمة القاضي الإداري في إنشاء مبادئ قانونية، فالاتجاه الأول هو اتجاه تقليدي ينكر كل دور انشائي للقاضي، ولا يعترف بوجوده إلا كعضو تنفيذي لإرادة المشرع مهمته تطبيق القانون، لأنه ليس بسلطة تشريعية، ولا يقر بالاجتهاد كمصدر عام للقانون الوضعي، بينما ذهب الاتجاه الثاني وهو الاتجاه المعاصر على خلاف الاتجاه التقليدي حيث أنه حاول تبرير الدور الإنشائي للقاضي الإداري في إرساء المبادئ العامة للقانون وجاء بعدة نظريات أهمها نظرية التفويض ونظرية القبول الضمني ونظرية رضا المعنيين[٢٦].

ثانياً: الجهات القضائية المختصة بالاجتهاد القضائي:

يتمثل القضاء الإداري في العراق بمجلس الدولة الذي يمارس اختصاصين هما الاختصاص الاستشاري والاختصاص القضائي ويمارس دوره من خلال الهيئات القضائية التي استطاع القاضي الإداري من خلال تلك الهيئات ممارسة الاجتهاد القضائي، واستنباط الكثير من المبادئ في مجال القانون الإداري وهذه الهيئات القضائية هي كالآتي:

١- المحكمة الإدارية العليا:

أنشئت بموجب قانون التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ لتكون على رأس هيكل القضاء الإداري، وهي جهة الطعن التمييزية للقرارات الصادرة من محاكم القضاء الإداري ومحاكم قضاء الموظفين لتحل محل الهيئة العامة لمجلس الدولة بصفتها التمييزية والمحكمة الاتحادية العليا ، وحيث مارست كافة الجهات التمييزية دوراً مهماً في تطوير مسيرة القضاء الإداري من خلال اجتهاداتها في المسائل الإدارية التي أرست الكثير من المبادئ القانونية، أما بشأن الإجراءات التي تتبعها في المسائل التي لم يرد بشأنها نص خاص في قانون مجلس الدولة فقد احال ذلك إلى القوانين المدنية والجزائية، فقد آن الأوان لتشريع قانون خاص بالإجراءات القضائية الإدارية، لكون منازعاتها ذات طبيعة خاصة، لأن الدعاوى الإدارية تختلف عن كل من الدعاوى المدنية والجزائية [٢٧].

٢- محكمة القضاء الإداري :

أنشئت أول محكمة للقضاء الإداري بموجب قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) السنة ١٩٨٩ [٢٨]، وأجاز تشكيل محاكم أخرى للقضاء الإداري، وأكد ذلك في قانون التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ على تشكيل اربع محاكم في مناطق متفرقة، ويجوز عند الاقتضاء تشكيل محاكم أخرى[٢٩]، إلا أنه لم تشكل أية محكمة لحد الآن من تلك المحاكم ، وتختص هذه المحكمة بالفصل في صحة الأوامر والقرارات الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات التي لم يعين مرجع للطعن بها [٣٠]، وكذلك في الدعاوى المتعلقة بتطبيق أحكام قانون الجنسية[٣١]. وكذلك بالطعون المقدمة من قبل رؤساء وأعضاء مجالس المحافظات والأقضية والنواحي[٣٢]، وكذلك بقرارات حل مجالس المحافظات والمجالس المحلية [٣٣]، والنظر بالطعون المتعلقة برفض تراخيص الاستثمار [٣٤].

٣- محكمة قضاء الموظفين:

أنشئت بموجب قانون التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ وحلت محل مجلس الانضباط العام الذي كان يمارس الاختصاص القضائي ذاته، ونؤيد ما ذهب إليه المشرع لكونها أدق في التعبير من الناحية الشكلية وينسجم ذلك مع طبيعة عملها ، فيمارس القاضي الإداري دوره لاجتهادي من خلال الدعاوى التي ينظرها والمقامة أمام تلك لمحاكم ، والتي تختص في الدعاوى التي يقيمها الموظف على دوائر الدولة والقطاع العام في الحقوق الناشئة عن تطبيق قانون الخدمة المدنية، أو القوانين والأنظمة التي تحكم العلاقة بين الموظف والجهة التي يعمل بها، وكذلك تختص في الدعاوى التي يقيمها الموظف للطعن في العقوبات الانضباطية، المنصوص عليها في قانون انضباط موظف الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١.

الخاتمة

أن للمبادئ العامة للقانون الإداري أهمية كبرى كمصدر من مصادر القانون الإداري، وكآلية من آليات تحقيق الأمن القانوني، استنادا لقيمتها القانونية المساوية للقواعد الدستورية حسب أغلبية الفقه الحديث، حيث يشكل القضاء الإداري حجر الزاوية في بناء وبلورة هذه القواعد ليفسح المجال أمام راجحة الاستدلال القاضي الإداري ليضفي الصبغة النهائية لهذه القواعد، ففي القانون الإداري ، يتعين على السلطات الإدارية الامتثال لمبدأ المشروعية في القرارات التي تصدرها، هذه القواعد التي تنجم عموما عن النصوص مكتوبة يفترض احترامها من قبل الإدارة، تتوافق مع قواعد المكتوبة والمنصوص عليها ، ومع ذلك ، يجوز للمحاكم الإدارية ، أن تبنى بعض قراراتها على قواعد قانونية من مصادر غير مدونة ، و هي مبادئ العامة القانون الإداري مصدرها الاجتهاد القضائي والتي يرى فيها القاضي الإداري مخرج لحل النزاع المطروح أمامه.وفي نهاية الدراسة توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات نوردها على النحو الآتي:

أولاً: الاستنتاجات:

١- لم يكن هناك موقفاً واضحاً بشأن القيمة القانونية لمبادئ العامة لا من جانب المشرع ولا من جانب الفقه بينما أعطاها القضاء الإداري منزلة التشريع في حالة عدم وجود النص.

٢- إن ما لاحظناه على المشرع العراقي بأنه لم يتبع مساراً محدداً يحدد فيه اختصاصات القضاء الإداري، فتارة يضع مبدأ عاماً عندما تختص بالنظر بصحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي لم يعين مرجع للطعن بها ، يدل ذلك على أنها صاحبة الولاية العامة، وفي تارة أخرى يتبع مسار التعداد الحصري للاختصاصات، كما أنه ابعد أهم المنازعات في المجال الإداري من اختصاص القضاء الإداري وهي منازعات العقود الإدارية حيث يعد ذلك انتقاصاً من ولاية المحكمة وكذلك وجود محكمة واحدة للقضاء الإداري يؤدي إلى زيادة العبء والثقل على القاضي الإداري نظراً لكثرة المنازعات الإدارية وتوسع الجهاز الإداري في العراق بشكل كبير جداً بعد عام ٢٠٠٣ ، ومن ثم فإن كل هذه العوامل المعيقة أدت إلى عدم بروز الدور الإنشائي للقاضي الإداري العراقي بشكل واضح، مما كان لها اثراً كبيراً في عدم إرساء مبادئ قانونية جديدة ومتطورة.

ثانياً: التوصيات:

١- ندعو المشرع العراقي أن يكون له موقفاً صريحاً وواضحاً من القيمة القانونية للمبادئ العامة التي إرساها القضاء الإداري لكونها مصدراً من مصادر المشروعية، وذلك من خلال معالجة القصور التشريعي الوارد في قانون مجلس الدولة من خلال إضافة نص قانوني صريح يبين فيه القيمة القانونية للمبادئ التي إرساها القضاء الإداري وعدم ترك ذلك للاجتهادات الفقهية والقضائية .

٢- ندعو المشرع العراقي إلى إعادة النظر في العوامل كان لها اثراً كبيراً في عدم إرساء مبادئ قانونية جديدة ومتطورة (تم الإشارة إليها في قائمة الاستنتاجات/٢)والعمل على إلغائها من أجل إعطاء مساحة واسعة للقاضي الإداري لممارسة دوره الاجتهادي .

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب

١. المفرجي أحمد خورشيد حميدي ، العبيدي صدام حسين ياسين ، *القضاء الإداري العراقي وفق آخر التعديلات التشريعية والتطبيقات القضائية*، دار المسلة للطباعة والنشر، بغداد ، ٢٠١٩.
٢. كيرة حسن ، *المدخل إلى القانون*، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٠.
٣. العبيدي، صدام حسين ياسين ، *الوجيز في القضاء الإداري*، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠١٧.
٤. بكر عصمت عبد المجيد ، *مجلس الدولة*، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٢.
٥. عبد الأمير علي حسين ، *كشف وابتكار المبادئ العامة في القانون والقضاء الإداري*، المركز العربي، القاهرة ، ٢٠١٩.
٦. جعفر محمد أنس قاسم ، *القرارات الإدارية*، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٥.
٧. قاسم محمد حسن ، *المدخل لدراسة القانون(القاعدة القانونية نظرية الحق)*، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.
٨. عبد الوهاب محمد رفعت ، *المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الإداري*، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ٢٠٠٩.
٩. جعفور محمد سعيد ، *المدخل إلى العلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون*، دار هومة، الجزائر، ٢٠١٢.
١٠. بدير محمد علي، البرزنجي عصام عبد الوهاب ، سلامة مهدي ياسين ، *مبادئ وأحكام القانون الإداري*، مكتبة السنهوري، بغداد ، ٢٠١٢.
١١. العبادي محمد وليد ، *القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة*، مؤسسة الوراق ، عمان، الأردن ، ٢٠٠٨.
١٢. مدانات نفيس ، *دراسات معمقة في القانون العام (إداري دستوري)*، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠١٤.
١٣. كنعان نواف سالم ، *مبادئ القانون الإداري*، اثراء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٨.
١٤. محمد وفاء سيد رجب ، *مستقبل القانون الإداري(دراسة مقارنة)*، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧.

ثانياً: المجلات والدوريات:

١. عثمان قيس عبد الستار ، *الاهمية العلمية للقضاء الإداري*، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد، العدد ١٦، ٢٠٠٦.
٢. العاني وسام صبار ، *تطوير الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ظل قانون التعديل الخامس لمجلس شورى الدولة*، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد٢، ٢٠١٣.
٣. الجبوري خلف محمود ، *دور القاضي الإداري في سد القصور في القانون الإداري*، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد ٣ ، ٢٠١٢.

٤. عبود صعب ناجي ، محمود حسام علي، *الآلية المتبعة من قبل القاضي الإداري في خلق القاعدة القضائية*، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد ١٨ ، العدد ٢، ٢٠١٦.

ثالثاً: القوانين

١. قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٢. قانون مجلس الدولة رقم (٧١) السنة ٢٠١٧.
٣. قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٤. قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٥. القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل .
٦. قانون التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ لقانون مجلس الدولة رقم (٦٥) السنة ١٩٧٩ المعدل .
٧. قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩القانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل .
٨. قانون الجنسية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦.
٩. قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ المعدل.
١٠. قانون التعديل الثاني رقم (١٩) لسنة ٢٠١٣ لقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨.
١١. نظام الاستثمار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩.

رابعاً: الاحكام القضائية

١. حكم المحكمة الإدارية العليا المرقم ١٦٥٢/ قضاء الموظفين/ تمييز/ ٢٠١٥، تاريخ ٢٠١٨/٢/٢٢، منشور في مجلد قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٨.
٢. حكم المحكمة الإدارية العليا المرقم ١٧٣٩ / قضاء موظفين / تمييز / ٢٠١٧ بتاريخ ١٩ / ١٠/٢٠١٧ ، غير منشور.

خامساً: المواقع الإلكترونية

١. عز الدين الماحي، مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية، مجلة القانون والأعمال، ص٩ وما بعدها ، منشور على الموقع الالكتروني: **https://www.droitetentrprise.com**.
٢. مقال بعنوان (الدور التشريعي للقاضي الإداري)، منتدى درر العراق، منشور على الموقع الالكتروني https://www.dorar-aliraq.net/threads/:475262.

---

(١) محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ٢٠٠٩، ص١٣.

(٢) أحمد خورشيد حميدي المفرجي وصدام حسين ياسين العبيدي، القضاء الإداري العراقي وفق آخر التعديلات التشريعية والتطبيقات القضائية، دار المسلة للطباعة والنشر، بغداد ، ٢٠١٩ ، ص ٢٠.

(٣) محمد أنس قاسم جعفر، القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٤ .

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا المرقم ١٦٥٢/ قضاء الموظفين/ تمييز/ ٢٠١٥، تاريخ ٢٠١٨/٢/٢٢، منشور في مجلد قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٨ ص ٤٨٤.

(٥) خلف محمود الجبوري، دور القاضي الإداري في سد القصور في القانون الإداري، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد ٣ ، ٢٠١٢ ، ص ١٤ .

(٦) صدام حسين ياسين العبيدي، الوجيز في القضاء الإداري، مكتبة القانون المقارن، بغداد ، ٢٠١٧ ، ص ١٦.

(٧) صعب ناجي عبود، حسام علي محمود الآلية المتبعة من قبل القاضي الإداري في خلق القاعدة القضائية، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد ١٨ ، العدد ٢، ٢٠١٦ ، ص ١٤.

(٨) محمد علي بدير وعصام عبد الوهاب البرزنجي ومهدي ياسين سلامة، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مكتبة السنهوري، بغداد ، ٢٠١٢، ص٥٥.

(٩) حكم المحكمة الإدارية العليا المرقم ١٧٣٩ / قضاء موظفين / تمييز / ٢٠١٧ بتاريخ ١٩ / ١٠/٢٠١٧ ، غير منشور .

(١٠) محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون(القاعدة القانونية نظرية الحق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٦، ص٢٩٤.

(١١) عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٢، ص ٢١٠.

(١٢) حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٠، ص ٢٢٠.

(١٣) وفاء سيد رجب محمد، مستقبل القانون الإداري(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٣٠٠.

(١٤) محمد سعيد جعفور، المدخل إلى العلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، ٢٠١٢، ص٣٠٢.

(١٥) محمد وليد العبادي، القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة، مؤسسة الوراق ، عمان، الأردن ، ٢٠٠٨،ص٦٧.

(١٦) علي حسين عبد الأمير، كشف وابتكار المبادئ العامة في القانون والقضاء الإداري، المركز العربي، القاهرة ، ٢٠١٩، ص١٧٧.

(١٧) المادة (٢) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

(١٨) نفيس مدانات، دراسات معمقة في القانون العام (إداري دستوري)، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠١٤، ص١١٢.

(١٩) نواف سالم كنعان، مبادئ القانون الإداري، اثراء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٨، ص١٢.

(٢٠) مقال بعنوان (الدور التشريعي للقاضي الإداري)، منتدى درر العراق، منشور على الموقع الالكتروني https://www.dorar-aliraq.net/threads/:475262 تاريخ الزيارة٢٠٢٤/١/٢٨.

(٢١) قيس عبد الستار عثمان، الاهمية العلمية للقضاء الإداري، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد، العدد ١٦، ٢٠٠٦، ص١٨.

(٢٢) المادة (٢) من قانون مجلس الدولة رقم (٧١) السنة ٢٠١٧، والتي جاء فيها تحل تسمية (مجلس الدولة) محل تسمية مجلس شورى الدولة اينما وردت في التشريعات، منشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٤٥٦ في ٢٠١٨/٧/٨.

(٢٣) المادة (٧) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

(٢٤) المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٢٥) المادة (١) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل .

(٢٦) عز الدين الماحي، مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية، مجلة القانون والأعمال، ص٩ وما بعدها ، منشور على الموقع الالكتروني: https://www.droitetentrprise.com ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/١/٢٨.

(٢٧) وسام صبار العاني، تطوير الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ظل قانون التعديل الخامس لمجلس شورى الدولة، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد٢، ٢٠١٣، ص١٧٤.

(٢٨) المادة (٢) من قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ القانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

(٢٩) المادة (٧ / اولاً ، ثانياً) من قانون التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ لقانون مجلس الدولة رقم (٦٥) السنة ١٩٧٩ المعدل .

(٣٠) المادة (٧ / رابعاً) من قانون التعديل الخامس المشار إليه سلفاً .

(٣١) المادة (١٩) من قانون الجنسية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، منشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٠١٩ في ٧/٢/٢٠٠٦.

(٣٢) المادة (٦) من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ المعدل ، منشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٠٧٠ في ٢١/٢/٢٠٠٨.

(٣٣) المادة (٩) من قانون التعديل الثاني رقم (١٩) لسنة ٢٠١٣ لقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ ، منشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٢٨٤ في ٥/١/٢٠١٣ .

(٣٤) المادة (٢٧) من نظام الاستثمار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩ ، منشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤١١١ في ٢/٢/٢٠٠٩ .