

## القيمة القانونية لدور القاضي الإداري

في إنشاء القاعدة القانونية

دراسة تحليلية مقارنة

م.م. چنار جبار محمد أمين

كلية القانون – جامعة السليمانية

Email: chnar.muhamad@univsul.edu.iq

تاريخ الموافقة على النشر: ٢٠٢٥/٢/٩

تاريخ استلام البحث: ٢٠٢٥/١/١٣

## المستخلص:

لعل ان أولى مهام القاضي تتمثل في اجتهاده لتحقيق العدالة وتطبيق القانون في قضايا الإدارة، ويستند في ذلك إلى معطيات القضايا المطروحة، والأعمال الفقهية التي يمكن أن يستعين بها القاضي لتطبيق القاعدة القضائية فضلاً عن المصادر الموضوعية التي يمكن للقاضي الاعتماد عليها لاستنباط الحكم القضائي، فهو يسعى باجتهاده لحل المنازعات الإدارية وبذات الوقت يضيف الى الحصيلة القضائية الإدارية حلولاً أخراً لذلك يعد اجتهاد القاضي الإداري مصدرًا رئيسياً للقاعدة القانونية في قضايا الإدارة، إلا ان هذا الاجتهاد لا يكون له معنى من غير البحث في مدى قيمته القانونية كي يتمكن القاضي من اصدار الأحكام والقرارات التي تؤسس للقواعد القانونية، وتتطلب دراسة القيمة القانونية لدور القاضي في هذا المجال تحليلاً دقيقاً للواقعة المعروضة ومراعاة المصلحة العامة والحقوق والحريات، لذلك نجد ان القاضي الإداري يتفرد في عمله نحو الاجتهاد القضائي، ولعل مصدر ذلك طبيعة القانون الإداري كونه مرنا ومتغيرا على نحو مستمر بناء على تطور الحاجات العامة للمجتمع.

الكلمات المفتاحية: القاضي الإداري، الاجتهاد القضائي، القاعدة القانونية، القيمة القانونية للاجتهاد القضائي.

## المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث:

يُسنّ التشريع عادة في قواعد كلية توضع لِتسري على جميع الافراد، وتُحسم كل ما يمكن أن ينشأ عن علاقاتهم من أنواع النزاع، وتكون هذه القواعد ضمن ألفاظ لغوية وجيزة وتتمتع بالعمومية والتجريد والإلزام والاجتماعية، وباعتبار أن بشرية المشرع تعرضه للخطأ والسهو والنسيان، وتعجزه عن استحضار كل أنواع النزاع الذي سيقوم ليكون النص جامعاً لشتى هذه النزاعات، ولا تستطيع هيئة تشريعية مهما بلغت فطنتها و معرفتها أن تعطي نصوصاً، لا تختلف المحاكم في تطبيقها ولا يختلف الفقهاء في فهمها وشرحها، وعليه فإن الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري وظروف نشأته من الناحية التاريخية، وعدم تقنين كل لقواعده، ولتعدد مجالات النشاط الإداري أدى كل ذلك إلى أن أصبح القضاء الإداري يلعب دوراً مميزاً في ابتداء قواعد القانون الإداري في حالة عدم وجود نص يحكم النزاع المعروض عليه من خلال اجتهادات قضائية، من ثم ضرورة دراسة قيمة هذا الاجتهاد القضائي.

ثانياً: أهمية البحث:

تتجلى أهمية البحث في دراسة وزن ما يتمتع به القاضي الإداري من دور مهم في إنشاء القواعد القانونية وقيمتها القانونية، ذلك ان القاضي الإداري يتعامل مع القضايا ذات الطابع الإداري ويصدر قراراته ليس من فراغ بل بناءً على التشريعات القانونية والتوجيهات القضائية، وأحياناً يتعين على القاضي الإداري اتخاذ قرارات استثنائية لمواجهة الأوضاع الجديدة والتحديات غير المتوقعة، باعتبار أن الاجتهاد القضائي في مجال القانون الإداري له دور بالغ الأهمية والأثر، ولا يكاد يقل أهمية عن دور التشريع نفسه، فهو يضيف على القانون الطابع العملي الحي ويحدد مده وأبعاده، وبذلك تظهر ضرورة دراسة القيمة القانونية لدور القاضي الإداري في إنشاء القواعد اللازمة لحل المنازعات الإدارية التي تطرح عليه.

ثالثاً: مشكله البحث:

تتجلى مشكلة البحث من عدة جوانب لعل أهمها حدود دور القاضي الإداري في إنشاء القواعد القانونية ومدى تجاوز حدود سلطاته في التفسير والتأويل والتطبيق، من جانب آخر موضوع الفصل بين السلطات، كون التشريع مهمة المشرع وليس القاضي، كذلك من حيث المصادر التي يستند إليها القاضي الإداري عند إنشاء القواعد القانونية سواء المبادئ العامة للقانون أو السوابق القضائية، من ثم الأثر القانوني للقواعد التي ينشئها القاضي الإداري ومدى الزاميتها للأفراد والجهات الإدارية، ولا يفوتنا ما يثيره الموضوع حول الرقابة على دور القاضي في ذلك والأطر القانونية والرقابية التي تضمن عدم تجاوز القاضي الإداري لحدود سلطته في إنشاء القواعد القانونية، وأخيراً مدى اعتبار الاجتهاد القضائي اعتبار الاجتهاد القضائي مصدرًا من مصادر القانون الإداري، هذه الجوانب تمثل إشكاليات بحثية يمكن دراستها وتحليلها لفهم مدى تأثير القاضي الإداري في النظام القانوني وأهمية دوره في تطوير القواعد القانونية.

ثالثاً: أهداف البحث: يهدف البحث لدراسة:

1. بيان ماهية دور القاضي الإدارية بشكل عام وسلطته في الاجتهاد القضائي الإداري؟
2. دراسة ذاتية دور القاضي الإداري في الاجتهاد القضائي الإداري.
3. البحث في القيمة القانونية لدور القاضي في الاجتهاد القضائي الإداري.
4. بيان ما للاجتهاد القضائي الإداري من دور في إنشاء القاعدة القانونية؟

رابعاً: فرضية البحث:

تتجلى فرضية البحث في محاولة الإجابة على جملة من التساؤلات لعل أهمها، هل يمتلك القاضي الإداري صلاحية التشريع أم أن دوره يقتصر على تفسير وتطبيق القوانين القائمة؟ هل يمكن اعتبار تدخل القاضي الإداري في إنشاء القواعد القانونية تعدياً على سلطة الدور التشريعية؟ وهل تعتبر هذه القواعد ملزمة للأفراد والجهات الإدارية أم أنها تحتل الطعن أمام محاكم أعلى؟ ما هي الأطر القانونية والرقابية التي تضمن عدم تجاوز القاضي الإداري لحدود سلطته في إنشاء القواعد القانونية؟ وهل توجد آليات للطعن أو الاعتراض على هذه القواعد؟ كيف يمكن التوازن بين ضرورة وجود قواعد قانونية مرنة تستجيب للواقع المتغير وبين ضرورة وجود نصوص قانونية واضحة ومحددة؟

خامساً: منهجية البحث:

في سبيل دراستنا لموضوع البحث وتسهيل عرض مايدور حوله من آراء وافكار، فضلنا الاعتماد على منهجين، المنهج التحليلي وذلك من خلال عرض دراسة عناصر موضوع البحث والعمل على تحليله وتعقيبه، بغية الوصول الى الهدف المنشود من التطرق لموضوع البحث، والمنهج المقارن القائم على دراس موقف القوانين المقارنة وصولاً الى هدفنا المبتغى.

سادساً: هيكلية البحث:

قمنا في دراسة موضوع البحث بتقسيمه الى مقدمة ومبحثين، الاول في مفهوم دور القاضي الإداري في الاجتهاد، وذلك في مطلبين، الأول في التعريف والخصائص، والمطلب الثاني في ذاتية دور القاضي الإداري في الاجتهاد واسبابه، وفي الثاني نتناول مدى مساهمة القاضي الإداري في الاجتهاد في إنشاء القاعدة القانونية من حيث القيمة القانونية للاجتهاد موضوع البحث ومن حيث المراحل التي تمر بها عملية الإنشاء هذه، وذلك في مطلبين، الاول في القيمة القانونية لدور القاضي الإداري في الاجتهاد، والثاني في المراحل التي يمر بها إنشاء القاعدة القانونية لصناعة الاجتهاد القضائي الإداري، ثم ننتهي الى خاتمة نبين فيها اهم ما توصلنا اليه من استنتاجات، ثم نطرح ما نراه ضرورياً من مقترحات تثري موضوع البحث وتعالج نوعاً ما اشكالياته.

## المبحث الاول

مفهوم دور القاضي الإداري في الاجتهاد

يُعد دور القضاء كمنشئ للقواعد من المواضيع الجدلية في مجال القانون الاداري، ذلك انه لم يكن من المتصور إثارة مسألة إنشاء القضاء للقواعد القانونية لو أن التشريع جاء كاملاً لا يشوبه النقص أو الغموض، فلو افترضنا كمال التشريع أو بعبارة أدق قدرة التشريع على إيجاد القواعد اللازمة لحل المنازعات كافة، لما كان هناك مبرر لإنشاء قواعد قانونية جديدة بواسطة القضاء، بل يقتصر دور القضاء على مباشرة وظيفته الأصلية وهي النطق بالقواعد العامة لحل تلك المنازعات، لكن الفكر القانوني أدرك منذ القدم أن التشريع لا يمكن أن يكون كاملاً، إذ يشوبه النقص حتماً، كنتيجة طبيعية للنقص الكامن في طبيعة الإنسان، فكل عمل إنساني يحتمل أن يكون مشوباً بالقصور، وما التشريع إلا عمل من أعمال الإنسان، إذ من الممكن في أية لحظة أن يعرض على القاضي نزاع لا تعالجه قاعدة موجودة (الطائي، 1994) من هنا جاءت ضرورة البحث في مفهوم الاجتهاد القضائي الإداري في هذا المبحث ليكون في مطلبين، الأول في مفهوم الاجتهاد القضائي الإداري والثاني في تمييز الاجتهاد القضائي الإداري عن بقية المفاهيم المشابهة ودواعي لجوء القاضي اليه.

## المطلب الاول

ماهية دور القاضي الإداري في الاجتهاد

مما لا شك فيه ان الاجتهاد القضائي يلعب دوراً مهماً في القانون الإداري، عنه في فروع القانون الأخرى، ولكي نتعمق في دراسته لابد ان نقف على مفهومه من خلال تعريفه وخصائصه، وذلك في الفرعين الآتيين.

## الفرع الأول

تعريف دور القاضي الإداري في الاجتهاد

ان للاجتهد القضائي معنى خاصا يختلف عن مصطلحي القضاء والحكم القضائي فالاجتهاد القضائي له معنيان معنى لغوي، والآخر الاصطلاحي. يشير المعنى اللغوي الى ان الاجتهاد مصدر اجتهد اصله جَهَدَ مأخوذ من الجهد وهي الطاقة والاجتهاد والتجاهد بذل الوسع والمجهود (المصري، 1986)، اما المعنى الاصطلاحي فيُعرّف على انه "هو مساهمة القضاء، أو بتعبير آخر إضافات القضاة، ونتائج جهودهم في تفسير القانون، وسد النقص الموجود فيه أو تكملته، ورفع التناقضات الموجودة بين قاعدتين، أو تحديد معاني القواعد إذا انتابها الغموض (بخوش، 2001). ويُعرّف الاجتهاد القضائي ايضا على انه "مجموع الحلول القانونية التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليه" (المحي، 2023).

اما الاجتهاد القضائي الإداري فيُعرّف بأنه "مجموع من القرارات القضائية الإدارية الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية مهما كانت طبيعتها أو درجتها، المنشورة منها وغير المنشورة، والتي تتضمن موقفا قانونيا جديدا أو تغييرا لموقف قانوني سابق، سواء كان ذلك بصفة صريحة أو ضمنية. (الطائي، 2017) من ثم يُعد الاجتهاد القضائي بهذا المعنى، أحد الحلول القانونية لتفادي القصور التشريعي، ويمثل الدور الفاعل في إعانة القاضي في إيجاد الحلول القانونية بسبب إخفاق مصادر القانون الأخرى، ويؤمن الاجتهاد القضائي للتشريع ملاحقة تطورات المجتمع من خلال تطبيق النصوص القديمة بروح جديدة. كما ان الاجتهاد القضائي يساهم في تفسير النصوص الغامضة ويكمل الناقص منها، فيصبح الاجتهاد القضائي وكأنه يمثل مصدراً مباشراً للقانون. (راضي، 2019)

فمَلَكَة الاجتهاد القضائي مطلوبة لاداء لقاضي لواجباته على اتم وجه، ويدخل في نطاق ذلك الحكم بشكل محايد، واتخاذ الاجراء السريع، وايضا السعي للتطبيق المحايد والعاقل للقانون. (القضائي، 2007)

وعليه يمكننا تعريف الاجتهاد القضائي الإداري بأنه نتاج القرارات القضائية الصادرة من المحاكم الإدارية العليا منها والدنيا والتي تمثل حولا جديدة لنزاعات مطروحة امامها، سكت المشرع الإداري عن ادراج حلول لمثل هذه النزاعات.

## الفرع الثاني

### خصائص دور القاضي الإداري في الاجتهاد

يرى جانب من الفقه ان القضاء سواء كان مدنياً ام ادارياً فيه جانب تطبيقي وجانب انشائي وان ما يميز الاخير عن الاول ان جانب الإنشاء فيه ظاهر وكبير بالمقارنة مع جانب الإنشاء في القضاء المدني، لذلك ان الفارق الحقيقي هو في الدرجة وليس في الطبيعة، وهو فارق له مبرراته، والتي لا تسمح باي حال جعل طبيعة القضاء الإداري مقارنة لطبيعة القضاء المدني، (شحاتة، 1962) لذلك أثرنا على ذكر خصائص الاجتهاد القضائي الإداري في هذا المطلب وهي كالآتي:

1. مقرر قضائي متخذ من الجهات القضائية الإدارية: إن أهم هدف تسهر على تحقيقه الهيئات القضائية الإدارية العليا هو المحافظة على وحدة تفسير القواعد القانونية، وذلك من أجل المحافظة على مبدأ مساواة الأشخاص أمام القانون، لكن الاجتهاد القضائي الإداري لم يعد حكراً على الجهات القضائية العليا، بل تساهم الجهات القضائية الدنيا في وضع الاجتهاد القضائي الإداري، فإذا كانت مهمة الجهات القضائية العليا توحيد الاجتهاد القضائي الإداري، فإن المصدر الاساسي لهذا الاجتهاد يكون الجهات القضائية الدنيا، و العبرة في تكييف المقرر القضائي الإداري على أنه إجتهد قضائي إداري ليس بالجهة التي أصدرته، بل في طبيعة المقرر القضائي الذي يشكل إجتهداً قضائياً إدارياً. (قلادة، 1980)

2. ارتباط الاجتهاد القضائي باسس النظام السياسي والقانوني للدولة: حيث ان الاجتهاد القضائي الإداري في معظم الاحيان يتضمن احكام جملة من المبادئ العامة من مطلق احكامه لايستند في شأنها الى مصدر محدد بل يعتمد في محاوله استنباطها على الاسس العامه التي يستقر عليها النظام السياسي والقانوني للدولة والمجتمع (طجين،، 2014)

3. تجاوز القاضي الإداري لدوره كحكم في النزاع: الاصل أن القاضي في الشريعة اللاتينية سلطة متخصصة فقط في تطبيق القانون ولكن - كما اتضح من الفقرة السابقة - يتجاوز تطبيق القانون الى البحث عن الموازنة بين المصلحة العامة والمصالح الفردية ويتجاوز مهمته العادية باعتباره فضلاً في خصومة معينة، ويتحول القاضي الإداري من خلال حكمه الذي يصدره مصدراً انشائياً للمبدأ العام الذي يضعه وللقاعدة القانونية التي يتضمنها هذا المبدأ، وهذا ما تؤكد الكثير من الدراسات.

### المطلب الثاني

تميز دور القاضي الإداري في الاجتهاد عن العمل القضائي ودوافعه

ان القاضي الإداري لا يتوقف دوره عند تطبيق القانون على المنازعات المعروضة امامه بل يمتد دوره انشاء القواعد القانونية التي تتلائم مع المصلحة العامة، ولأن قواعد القانون الإداري ذات طبيعة خاصة، وحتى ظروف نشأته من الناحية التاريخية، وعدم تقنين كل قواعد القانونيه، ولتعدد انشطته، كل ذلك منح للقضاء الإداري ليلعب دوراً مميزاً في ابتداع قواعد القانون الإداري في حالة عدم وجود نص قانوني يحكم النزاع المعروض عليه، حيث يصبح القاضي الإداري بصريح اللفظ "مشرعاً" يحل قضاؤه محل القانون، ومن هنا أصبح يطلق - وبحق - على القانون الإداري أنه قانون قضائي أساساً، الا انه ثمة فروق بين الاجتهاد والقضائي والعمل القضائي اصف الى عدة أسباب أو دوافع تضطر القاضي الإداري للجوء الى هذا الاجتهاد دون غيره، هذا ما نتطرق اليه في هذا المطلب وفق التقسيم التالي.

### الفرع الاول

تميز دور القاضي الإداري في الاجتهاد عن العمل القضائي

يعد الاجتهاد القضائي من صميم عمل القاضي سواء كان مدنياً ام ادارياً، لانه ليس آلة صماء تردد كلمات المشرع، لان العملية القضائية ليست سهلة ويسيرة دائماً، فالقاضي لا يكتفي بان يثبت الوقائع ثم يطبق حكم النص الجاهز، فهو يحتاج في كثير من الاحيان الى ان يستجلي معنى النص وقد يحتاج ان يبحث خارج حدوده الا ان ثمة فروقا بين اجتهاد القاضي الإداري وتلك الدور التي يتمتع به القاضي ان الحرية الواسعة التي يتمتع بها القاضي بموجب سلطته التقديرية مستندة الى قاعدة قانونية موجودة وواضحة اي انها حرية مستندة الى تخويل صريح من المشرع، انز فالفراغ الموجود في النص القانوني هو فراغ مقصود، في حين ان الاجتهاد القضائي لايستند الى تخويل من قاعدة قانونية صريحة، بل على العكس ان الاجتهاد القضائي لاينهض الا بوجود غموض في القاعدة القانونية او نقصها او عدم وجودها اصلاً. كما تختلف الدور التقديرية عن الاجتهاد القضائي بحكم كونها تتعلق بوقائع الدعوى في انها لاتخضع لرقابة المحاكم العليا - من حيث المبدأ في الاقل - وذلك اذا ماتصرف القاضي في حدود هذه الدور وعند اجتماع شروط التصرف بها. (عبود، 2019)

ولابد من الإشارة الى ان مجالات الاجتهاد لدى القاضي الإداري هي اوسع بكثير مما لدى القاضي المدني، فاذا كان القضاء المدني يعد قضاءً تطبيقياً لان القانون الخاص في جملته قانون مكتوب يحتمل التشريع مكان الصدارة بين مصادره الرسمية،

فان القضاء الإداري يعد بحق قضاءً انشائيًا، لان القاضي الإداري على عكس القاضي المدني – لايجد في الغالب سوى مجموعة من التشريعات المتعددة والمتشابكة التي يعترئها في كثير من الاحيان النقص وعدم الوضوح. (البرزنجي،، (1971)

## الفرع الثاني

### دوافع الاجتهاد القضائي الإداري

اما ميررات او دوافع القاضي الإداري باللجوء الى الاجتهاد القضائي فهي كثيرة نورد منها البعض وهي:

1. غياب النص القانوني: ويرجع فقه القانون اسباب النقص في التشريع الى اسباب فنية عمديه تصل بقدرة الارادة الشارعة على التنظيم الفني، فيتعمد ترك التفاصيل والجزئيات اما للافراد فيتعارفون نظاما يطبق بشأنهم او للاجتهاد القضائي اذا لم يكن العرف قد تم تكوينه واسباب عملية تتصل بما لهذه الارادة من القدرة على البصر بحقائق الامور حاضرها ومستقبلها. (خطاب، 1984؛ لبغدادى، 1945) (حجازي، بدون سنة النشر)

2. تشتت العديد من النصوص القانونية للقانون الإداري

إضافة الى عامل الفراغ التشريعي الذي يُجابهه القاضي الإداري أثناء أداء مهنته وهي الفصل في النزاع، فإن حتى تلك النصوص التشريعية الموجودة في مجال القانون الإداري هي نصوص قانونية مشتتة غير مجمعة في مدونة موحدة، وهذا هو الدافع الآخر الذي يدفع القاضي الإداري إلى الاجتهاد في ظل غياب تقنين موحد، حيث أن هناك كثيراً من نصوص القانون الإداري قد تضمنتها تشريعات مستقلة، وقد ترد هذه قواعد التشريعية في شكل قواعد تنظيمية، وأيضاً منها ما ورد في الدستور). (حجازي، بدون سنة النشر، p. 537)

3. تفادي ارتكاب جريمة انكار العدالة: تعمد جميع الدول الى انشاء المحاكم كي تتولى الفصل في المنازعات، ولا يقتصر الامر على ذلك، بل يتعداه الى أنه يحضر على القضاة الامتناع عن الفصل في النزاع تحت أي مبرر وإلا اعتبر ذلك انكاراً للعدالة. فجميع الشرائع تنكر على القاضي عدم الفصل في النزاع بحجة غياب النص، وأكثر من ذلك تعتبر عدم الفصل في النزاع بحجة غيبية النص نكراناً للعدالة. (الزين،، 2009)

4. غموض النص التشريعي: قد تعترئ النصوص التشريعية الإدارية جانباً من الغموض وعدم الوضوح، ويثار ذلك بمناسبة نزاع مطروح امام القضاء، وهنا تجلى اهمية وظيفة القاضي الإداري في البحث عن المغزى الحقيقي من ارادة المشرع في صياغة النص الواجب تطبيقه على النزاع المعني. (واخرون،، 2018)

## المبحث الثاني

### القيمة القانونية لدور القاضي الإداري في الاجتهاد ومراحله

بصدد بحثنا عن الاجتهاد القضائي الإداري لاتقوتنا الاشارة الى الطابع المميز للقانون الإداري هو كونه قانوناً قضائياً، فكما يقول الفقيه marcel waline لولا الاجتهادات القضائية لمجلس الدولة لما كان هناك وجود للقانون الإداري في فرنسا أو على الأقل سينحصر في مجموعة من الأجهزة وتجميع اختصاصاتها فاجتهادات مجلس الدولة كانت وراء صياغة وتشكيل أعمال فقهية كبرى في القانون العام الفرنسي ولهذا السبب أطلق على القضاء الإداري صفة قضاء إنشائي أكثر مما هو

قضاء تطبيقي مقارنة مع القضاء العادي فهو يبتدع الحلول لمختلف المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها. فنظرية المسؤولية الإدارية ونظرية العقود الإدارية ونظرية الطعن بسبب تجاوز الدور كلها تعتبر من الإنشاء الخالص للقضاء الإداري. فالقاضي الإداري يعتمد الواقع أكثر مما يعتمد القانون ويستنبط أحكامه من واقع الأحداث ومن الظروف المحيطة بالنازلة المعروضة على أنظاره، كما يحرص على أن تكون منهجية تدخله شرعية وملائمة أي مطابقة للواقع لأن الظروف تتغير، وبالتالي لا يستلزم الإقدام على تطبيق قواعد جامدة تكون نتائجها وخيمة على سير الإدارة وعلى مصالح الأفراد، لهذا فهو يقوم بتطوير هذه القواعد وتكييفها مع الحاجيات الجديدة، لما تقدم سنبحت في القيمة القانونية للاجتهاد القضائي الإداري مراحل إنشاء القاعدة القانونية، في مطلبين متتابعين.

## المطلب الأول

القيمة القانونية للاجتهاد القضائي الإداري

في مجال إنشاء القاعدة القانونية

انقسم الفقه بصدده حديثه عن إمكانية مساهمة الاجتهاد القضائي في صنع القواعد القانونية الى اتجاهين، الأول اتجاه تقليدي تنكر كل سلطة إنشائية للقاضي، والثاني اتجاه معاصر رأى أنه بإمكان القاضي العمل على إنشاء القواعد القانونية، وذلك في الفرعين الآتيين.

## الفرع الأول

### الاتجاه التقليدي

يتزعم هذا الاتجاه الاستاذ G.RIPIERT الذي ينكر كل سلطة إنشائية للقاضي إذ لا يعترف بوجوده إلا كعضو تنفيذي لإرادة المشرع، وبالتالي فوظيفته تنحصر في تطبيق القانون على النوازل المعروضة عليه، فإذا اعترف للقاضي بسلطة تفسير القواعد القانونية الغامضة والمبهمة، فهذا لا يعني أن القاضي يتخذ من تفسير النصوص ذريعة ليدعي مساهمته في إنشاء القواعد القانونية. (المحي، بلا تاريخ)

فالقاضي إذن وفق الاتجاه التقليدي ليس بسلطة تشريعية تخول له حق ممارسة النشاط التشريعي، وأنه لا يمكن النظر للوظيفة القضائية كسلطة ثالثة أساسية في الدولة ولا كسلطة موازية للسلطتين الأخريين، فالقاعدة القانونية دائماً حسب الفقه التقليدي تتسم بالعمومية والتجريد والتبعية من المستحيل إدراج الاجتهاد القضائي في صف المصادر الشكلية للقانون الوضعي.

وقد اختلفت التشريعات في مكانة القاعدة القضائية التي قام بإنشاءها القاضي الإداري، فمنهم من جعلها بمثابة التشريع وأكدت على ذلك بنصوص صريحة، مثال ذلك نص المادة 1/ 2 مدني سويسري (... وفي حالة عدم وجود نص يمكن تطبيقه يحكم القاضي وفقاً للعرف، وفي حالة عدم وجود عرف فإنه يحكم وفقاً للقواعد التي يضعها لو كان عليه ان يقوم بعمل من أعمال المشرع، ويستهدي في ذلك بالحلول التي يقرها الفقه والقضاء، ونصت المادة(1) مدني تركي لسنة 1926 على انه (... إذا لم يوجد حكم في قضية ما يحكم القاضي بموجب العرف والعادة، فأذا لم يوجد فيحكم بموجب القاعدة التي يضعها لو كان مشرعا) (تنص المادة 1/ ف 2 من القانون المدني العراقي، 1951) ومنهم من اعطاه مكانة بين التشريع

والتنظيم فهو اقل مكانة من التشريع لان القاضي الإداري ليس بإمكانه الرقابة على دستورية القانون فهو لا يستطيع الغاء القانون وعلية لايمكن ان يسمو عمله الى القانون او حتى يساويه، وهو اسمى من التنظيم مادام القاضي الإداري يستطيع الغاء القرارات الإدارية حتى لو كانت صادرة من ذوي الاختصاص التنظيمي، وعلية ان القاعدة التي يصنعها القاضي الإداري اقل مكانة من التشريع

## الفرع الثاني

### الاتجاه المعاصر

على نقيض الاتجاه التقليدي المشار إليه آنفا، برز اتجاه معاصر أكثر لمسا للواقع المعاش وأكثر اهتماما بالظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية، استند الى مجموعة من النظريات والمؤيدات في محاولة منه إيجاد تبرير حقيقي وأساسي لإنشاء القواعد القانونية من طرف الاجتهاد القضائي و وفقاً لهذا الاتجاه ان القاعدة القانونية في المجال الإداري تتميز بسمتين هما:

1. سمة المرونة: اي ان القاضي لا يحدد الصيغ الجامدة التي تقيدده في المستقبل، وهذا الامر بديهي مادام القانون الإداري غير مقنن.

2. سمة الفهم: اي ان القاعدة القانونية نتيجة ثمره الاجتهاد القضائي الإداري، فقد صاغها لتعبر عنه كمشروع في القانون الإداري وجعلها مفعمة بالمصطلحات الإدارية صعبة الفهم على غير المختص فبذلك تضيف سمة صعوبة الفهم، وذلك يعكس اجتهاد القاضي الإداري في اثناء القانون الإداري. (الزهران، 2016)

ومن جانبنا نؤيد ماذهب اليه الاتجاه الثاني اي الاتجاه المعاصر كونه اكثر تطابقا مع الحياة العملية والواقع الفعلي، حيث ان اي هيئة تشريعية عامة- والإدارية بالخاص- بحكم سرعة وكثرة التطورات الحاصلة في معترك الحياة الإدارية لاتستطيع مهما اتسعت نباهته وزادت فطنته رفق المحاكم بتشريعات لاتختلف هيئات الاخيريه في تطبيقها ويختلف الفقه وشرح القانون في فهمها واستيعابها، فالاجتهاد القضائي ينشئ القاعدة القانونية في حال غياب النص القانوني وليس في وجوده، فلايحق له ان ينشئ قاعدة قانونية في حال وجود نص تشريعي ممكن تطبيقه على النزاع المعروض امامه، ولذلك ممكن المقاربة بين القاعدة القانونية التشريعية والقاعدة القانونية صنيع القضاء.

ومن منظورنا نرى ان هناك امرا يجدر الاشارة اليه، الا وهو ان الاجتهاد القضائي يجب ان يكون مدروسا حين الاصدار اولاً، ومن ثم موحداً فيما بعد، سواء لدى المحاكم العليا او الدنيا بغية تحقيق الجودة في الاداء القضائي التي تعني محاكمه عادلة وعدالة اقل كلفة وحيادا تاما وسهولة الوصول الى المعلومة القضائية وبالنهاية تصل الى التقييم الذاتي للعدالة وبعكس ذلك تقع السلطات القضائية باجتهاداتها في التناقض بالاحكام القضائية وهذا نلمسه في قرار المحكمة الإدارية العليا (264/قضاء الموظفين/تميز2013) الصادر في 2013/8/4 والقرار رقم 730/قضاء موظفين/تميز 2013 والمتناقض مع اجتهادها في حكمها بالرقم (1245/ قضاء موظفين/تميز/2014) الصادر في 2015/1/15 حيث ذهبت المحكمة باجتهادها الى اتجاه معاكس لماسبقته ان سارت عليه حول اعادة تسكين درجة الموظف وذهبت الى عدم مشروعيته كونه يتضمن اعتداء على حق مكتسب للموظف.

## المطلب الثاني

مراحل إنشاء القاعدة القانونية من قِبَل القاضي المجتهد

نظراً لكون عمل القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية لا يتم بمرحلة واحدة بل بمراحل متعددة، لذلك سوف نتطرق لتوضيح هذه المراحل في الفروع الآتية.

### الفرع الأول

مرحلة وعي القاضي بالحاجة الى القاعدة الجديدة

وهي مرحلة وعي القاضي بالقاعدة الجديدة، ذلك أن القاضي قد يكتشف قصور القانون الوضعي حول مسألة معينة ويبدل جهده لترسيم هذه الثغرة، فالتشريع الإداري يعاني من قصور في نصوصه وعدم كفايتها وهنا يبرز دور الاجتهاد القضائي لملء هذا الفراغ إما عن طريق توضيح النصوص أو إنشائها في حالة انعدامها، وكمثال على ذلك نذكر مسألة معالجة مصادر قانون الوظيفة العمومية في فرنسا (الكتان، 1984)، فالى غاية الحرب العالمية الثانية كانت الوظيفة العمومية تعاني من نقص في مجال التشريع فلم تكن هناك سوى أنظمة خصوصية تسري على فئات معينة وخارج هذه الأنظمة كانت تقع على عاتق مجلس الدولة الفرنسي مهمة وضع قواعد تحمي الشرعية ففتح الباب لجميع الموظفين بإقامة دعوى الشطط في استعمال الدور ضد المقررات الرامية لحرمان الموظفين من الاستفادة من التعويضات المادية، وبموجب هذا الامتياز وضع مجلس الدولة قاعدة قضائية تتعلق بالضمانات الجماعية لكل الموظفين.

### الفرع الثاني

مرحلة تجريب القاعدة

وفي هذه المرحلة تتم قياس مزايا وعيوب القاعدة، حيث تحلل هذه الاخيره من طابعها السري كي تُثير الملاحظات الخاصة من لدن الفقه. (القانوني، 2020)

### الفرع الثالث

مرحلة إدراج القاعدة في القانون الوضعي

ينبغي أن تتسم منهجية القاضي الإداري هنا بنوع من الليونة والتدرج لأن القاضي ليس بمشرع، وبالتالي فإن القاعدة الجديدة تتطلب نوعاً من التكرار لتكسب ثقة المشرع حيث يجب أن تلقى عدة تطبيقات قبل أن تستقر في القانون الوضعي كقاعدة قانونية، ومثال ذلك مبدأ المساواة أمام القانون وأمام لوج المرافق العامة وأمام تحمل التكاليف العمومية الذي عرف عدة تطبيقات من طرف مجلس الدولة في العديد من القرارات قبل أن يستقر المبدأ بشكل صريح في القانون الوضعي نفس الطريقة أنتجت قبل أن تستقر نظرية الظروف الطارئة نهائياً في القانون الوضعي ففي قرار 6 اب 1855 وافق مجلس الدولة على منح تعويض لمقاولي الأشغال العمومية من أجل إصلاح الضرر الذي لحق بهم من جراء عاصفة وتبنى نفس الحل في قضية 1874 سنة puymury حيث اعترض المقاولون المعهد لهم بجلب بقايا الأحجار صعوبات استثنائية وأخذت نظرية الظروف الطارئة صياغتها النهائية في القانون الوضعي في قضية شركة الغاز بوردو ومجلس الدولة بتاريخ 30 مارس 1916. (الكتان، 1984) اما بالنسبة للتطبيقات القضائية في العراق بخصوص الاجتهاد كدور انشائي في القواعد

القانونية فنراه في قرار محكمة التمييز المرقم 495/هيئة عامة/ 1978 والمؤرخ في 19/5/1979 حول تفسيرها لماورد في المادة 878 مدني بشأن عقد مقاوله ومن تطبيقاتها بشأن تطبيق قواعد العدالة قرارها المرقم 344/مدنية اولى/1980 (....) وحيث انه لا يوجد نص تشريعي يشير الى المصاريف.... وحيث انه الاولي بالرجوع الى المادة الاولة من القانون المدني تجد هذه المحكمة انها عندما لاتجد نصا تشريعيًا يمكن تطبيقه يجب الحكم بمقتضى العرف ثم مبادئ الشريعة الاسلامية فقواعد العدالة وحيث ان العدالة تقتضي اعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل اقامة الدعوى.... (قرار محكمة التمييز ، 1978)

### الخاتمة

ختاماً ننتهي الى اهم ما توصلنا اليه من استنتاجات، ثم نطرح ما نراه ضرورياً من مقترحات تثري موضوع البحث وتعالج اشكالياته وهي:

الاستنتاجات:

1. يعد الاجتهاد القضائي، أحد الحلول القانونية لتفادي القصور التشريعي، فله الدور الاجتهاد في إعانة القاضي في إيجاد الحلول القانونية بسبب إخفاق مصادر القانون الأخرى، ويؤمن الاجتهاد القضائي للتشريع ملاحقة تطورات المجتمع من خالل تطبيق النصوص القديمة بروح جديدة، كما أنه يساهم في تفسير النصوص الغامضة و يكمل الناقص منها، فيصبح الاجتهاد القضائي وكأنه يمثل مصدرا غير مباشر للقانون.
2. ان للاجتهاد القضائي الإداري خصائص معينة تميزه عن مايشابهه سطحيا ومنه ان الاجتهاد القضائي الإداري مقرر قضائي متخذ من الجهات القضائية الإدارية، وكذلك ارتباط الاجتهاد القضائي باسس النظام السياسي والقانوني للدولة وايضا تجاوز القاضي الإداري لدوره كحكّم في النزاع.
3. اما الدوافع التي تسهم بدفع القاضي الإداري نحو الاجتهاد القضائي الإداري فهي عديدة منها غياب النص التشريعي وتشنت هذه النصوص وغموض النصوص وعدم وضوح المغزى من تشريعها، ومنها تحاشي القاضي الاداري لارتكابه جريمه انكار العدالة.
4. انقسم الفقه، وهو بصدد حديثه عن إمكانية مساهمة الاجتهاد القضائي في صنع القواعد القانونية الى اتجاهين: اتجاه تقليدي أدار ظهره وتكرر لكل سلطة إنشائية للقاضي واتجاه معاصر يذهب الى أنه بإمكان القاضي العمل على إنشاء القواعد القانونية.
5. تمر عملية إنشاء القواعد القانونية عن طريق الاجتهاد القضائي الإداري بثلاث مراحل وتكون المرحلة الاولي هي مرحلة وعي القاضي في الحاجة الى القاعدة والمرحلة الثانية وهي مرحلة تجريب القاعدة، وفيها يتم قياس مزايا وعيوب القاعدة، حيث تحلل هذه الاخيره من طابعها السري كي تُثير الملاحظات الخاصة من لدن الفقه، والمرحلة الثالثة والاخيرة تكمن في ادراج القاعدة في القانون الوضعي.

6. ان للقاضي الإداري دوراً منشأً للقاعدة القانونية كون ان القانون الإداري غير مقنن ونصوصه مشتتة في عده قوانين متفرقة-وان اختلفت التشريعات والآراء الفقهية في اضافة مدى تمتع هذه القاعدة بالقيمة القانونية ومكانتها- ان تساوت بالتشريع ام وضعت في منزلة اقل منها.

7. ان على القاضي الإداري وهو يسعى باجتهاده لخدم القضاء والمتقاضين ان يجعل اجتهاده هذا نتاج ادراك ووعي قضائي للمتطلبات والظروف والاضاع الراهنة غير ناشزا مع بقية الاحكام والاجتهادات القضائية الاخرى والا وقع في الخطا القضائي وتسبب باجتهاده في التناقض بين الاحكام القضائية.

التوصيات:

1. نوصي المشرع العراقي بتعديل الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (لاجتهاد في مورد النص) وجعله كالاتي (لاجتهاد في مورد نص قطعي الدلالة).
2. نوصي المحكمة الإدارية العليا في العراق بتحديد وتعيين جهة خاصة لتوحيد اجتهادات المحاكم الإدارية العليا منها والدنيا وارشفتها لسهولة الوصول القضائي اليها ومنع الوقوع في التناقضات القضائية.
3. ندعو القاضي الإداري العراقي بالتربيت والتمهل في اصدار اجتهاده القضائي وبذل الحرص منه لكي يرقى اجتهاده ويكون له دور في ولادة قاعدة قضائية في رحم القضاء الإداري العراقي الذي يفتقر الى تكامل القواعد التشريعية الإدارية.

#### قائمة المراجع والمصادر

اولاً: الكتب باللغة العربية:

1. ابن منظور، ابو الفضل جمال الدين محمد بان مكارم الافريقي المصري، لسان العرب، مادة "جهد"، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، 1968
2. د.عبدالحى حجازي المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج1، القاهرة، بدون سنة النشر
3. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ود. محمد علي البديري و د.مهدي ياسين السلامي، مبادئ واحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة النشر.
4. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي- الدور التقديرية والرقابة القضائية، دار النهضة العربية 1971.
5. د.ضياء شيبث خطاب، فن القضاء، مطبعة مطبعة الفتح للطباعة والنشر، بغداد، 1984.
6. مليكة الصاروخ، القانون الإداري، دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة السابعة، 2011.

ثانياً: الرسائل والاطاريح:

1. ابتسام فاطمة الزهراء، دور القاضي الإداري في حل المنازعات الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والسياسة، جامعة ابو بكر بلقايد، سنة 2016.

2. ادريس الحلبي الكتاني، مدى مساهمة الدور القضائية في إنشاء القاعدة القانونية، دراسة مقارنة لنيل الدبلوم في الدراسات العليا، جامعة محمد الخامس ن كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، سنة 1985.

3. سعاد طجين، اجتهادات القاضي الإداري في حل المنازعات الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والسياسة، جامعة محمد خيضر، سنة 2014.

ثالثاً: البحوث والدراسات:

1. السيد ابراهيم شحاتة في الاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الإدارية والاقتصادية، العدد الثاني، س2، سنة 1962.

2. حامد شاكر الطائي، العدول القضائي، دراسة قانونية تحليلية مقارنة لواقع العدول القضائي في نطاق الاجتهاد القضائي، ط1، الموسوعة القانونية، الناشر: صباح صادق جعفر الانباري،، بغداد، 1994.

3. حامد شاكر محمود الطائي دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الامن القانوني، بحث منشور على مجلة الحقوق، العدد الواحد والثلاثون، المجلد الثاني، سنة 2017.

4. عبد الجليل مفتاح، مصطفى بخوش – دور القاضي الإداري في وضع القاعدة، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، العدد الثاني، بسكرة، 2001.

5. حسن البغدادي، النقص في احكام التشريع، مجلة القضاء، بغداد، العدد (4-5س4).

6. عز الدين الماحي، مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية، بحث منشور في مجلة القصر العدد السابع. 1945.

7. عزري الزين، " القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية الإدارية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد الثاني العدد الثاني.

8. صعب ناجي عبود، الرقابة على الدور التقديرية للقاضي، بحث منشور على مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعه بغداد، العدد الخامس، 2019.

9. مازن ليلو راضي، الامن القضائي وعكس الاجتهاد في القضاء الإداري، بحث منشور في مجلة السياسة الدولية،

10. وليد سليمان قلادة، مجلس الدولة تاريخه ودوره في المجتمع المصري، مجلة مجلس الدولة، العدد 27، القاهرة، مصر، 1980.

11. دراسة حول الدور الانشائي للقاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، دراسة منشورة في مجلة احوال القانون والمحكم، العدد الصادر بتاريخ 13/تشرين الاول/2020.

رابعاً: القرارات القضائية:

1. قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (264/قضاء الموظفين/تميميز 2013) الصادر في 2013/8/4.

2. قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (1245/قضاء موظفين/تميميز 2014) الصادر في 2015/1/15

3. قرار المحكمة الإدارية العليا (730/ قضاء موظفين /تمییز 2013 الصادر في 2013/10/24.  
خامساً: الدساتير والقوانين:

1. القانون المدني السويسري 1907
2. القانون المدني التركي لسنة 1926
3. القانون المدني العراقي (40) لسنة 1951

### **The legal value of the administrative judge's authority to establish the legal rule**

#### **Comparative Analytical Study**

**Assist.Lecturer**

**Chnar Jabbar Muhammad Amin**

Email: chnar.muhamad@univsul.edu.iq

Abstract:

Perhaps one of the judge's first duties is his diligence to achieve justice and apply the law in administrative cases, and this is based on the data of the cases at hand, and the jurisprudential works that the judge can use to apply the judicial rule, as well as the objective sources that the judge can rely on to derive the judicial ruling. It is He seeks with his diligence to resolve administrative disputes and at the same time adds other solutions to the administrative judicial outcome. Therefore, the diligence of the administrative judge is considered a major source of the legal basis in administrative cases. However, this diligence has no meaning without researching the extent of its legal value so that the judge can issue rulings and decisions that establish According to the legal rules, studying the legal value of the judge's authority in this field requires a careful analysis of the presented incident and taking into account the public interest, rights and freedoms. Therefore, we find that the administrative judge is unique in his work towards judicial jurisprudence, and perhaps the source of this is the nature of administrative law, which is flexible and constantly changing based on the development of needs. general community.

Keywords: Administrative judge, jurisprudence, legal rule, legal value of jurisprudence.