Journal Of the Iraqia University 62-1(31-8)(2023)

ISSN(Print): 1813-4521 OnIine ISSN:2663-7502
Journal Of the Iraqia University
available online at: https://www.iasj.net/iasj/issue/2776

دور الاجتهاد القضائي في حل المنازعات الادارية

م . د طلال جميل شريف

كلية اليرموك الجامعة

The role of jurisprudence in resolving administrative disputes

search submitted by
M . Dr. Talal Jameel Shareef
Lecturer at Yarmouk University College
Talaljameel856@gmail.com

DOI 10.58564/MABDAA.62.1.2023.240

Summary.

God Almighty has distinguished man from the rest of creatures with his mind. The human mind is the most important foundation that contributes to the development of various social, economic, scientific, legal and other fields that man needs to obtain all his needs. Diligence is what distinguishes man from others, as he exerts the required effort to reach Jurisprudence differs from one field to another. Judicial jurisprudence is the subject of our research because jurisprudence gives the judge the opportunity to adjudicate disputes and devise appropriate solutions despite the inadequacy or ambiguity of texts, and adds to the protection of acquired rights and respect for the stability of legal positions.**key words. Administrative judge, jurisprudence, legal rule, judicial and legal security.**

الملخص .

لقد ميز الله سبحانه وتعالى الانسان عن باقي المخلوقات بالعقل ، فالعقل البشري هو أهم المرتكزات التي تساهم في تطوير مختلف المجالات الاجتماعية والاقتصادية والعلمية والقانونية وغيرها من الامور التي يحتاجها الانسان للحصول على كافة احتياجاته ، فالاجتهاد هو ما يميز الانسان عن غيره ، فهو بذل الجهد المطلوب للوصول الى نتيجة ما ويختلف الاجتهاد من مجال لآخر، فالاجتهاد القضائي هو موضوع بحثنا هذا لأن الاجتهاد يمنح القاضي فرصة الفصل في المنازعات وابتكار الحلول المناسبة رغم عدم كفاية النصوص أو غموضها ويضفي الى حماية الحقوق المكتسبة واحترام استقرار المراكز القانونية . **الكلمات المفتاحية .القاضي الاداري ، الاجتهاد ، القاعدة القانونية ، الأمن القضائي والقانوني .**

المقدمة .

يساهم الاجتهاد القضائي في تركيز وتثبيت دعائم المشروعية للنص القانوني ، فمجاله الاساسي هو تفسير القانون الساري المفعول وتحديد الحل المناسب لقضية معينة مضيقاً لها المشروعية أو موسعاً لها ، وبالتالي فوظيفته بالغة الاهمية فهو يكمل النص القانوني ويوجه العمل القضائي بشكل عام ويعطي القاضي القدرة على تنزيل النصوص على الوقائع المعروضة متماشياً مع روح النص والمقاصد العامة للتشريع بشكل خاص . وتتجلى اهمية دراسة هذا الموضوع ، باعتبار الاجتهاد القضائي يضفي على القانون الطابع العملي الحي ويحدد مداه وابعاده ، وفي هذا السياق ، ارتئينا تقسيم الموضوع الى مطلبين وذلك على النحو الاتي .

المطلب الأول ماهية الاجتهاد القضائي

يعد الاجتهاد القضائي بانه التفسير الذي يتوخاه القاضي في الكشف عن المعاني التي ينطوي عليها النص للوصول الى الحل الاقرب الى تحقيق العدالة باعتباره الحل المناسب الذي اوجب القانون اعماله . ويمكن القول بان الاجتهاد هو ثمرة عملية التفسير الذي يقوم به القاضي ، لذلك سنتناول مفهوم الاجتهاد القضائي ، وعلى النحو الاتي .

الفرع الاول : تعريف الاجتهاد القضائي .

ان عبارة الاجتهاد القضائي في اللغة الفرنسية " Jurisprudence " مشتقة من أصل لاتيني يتكون من لفظ " Juris " ويعني القانون ثم لفظ " prudential " وتعني المعرفة أو العلم ، بحيث يطلق قديماً على الاجتهاد القضائي " العلم التطبيقي للقانون " (النباوي،٢٠١١، ٥) . لذا يعرف الاجتهاد القضائي بانه عملية البحث والاستنباط التي يقوم بها القاضي أو الهيئة القضائية للوصول الى حل يحكم النزاع عند عدم وجود النص القانوني ، أو مجموع الحلول القانونية التي تفسر النص القانوني متى كان غامضاً وتكملة متى كان ناقصاً (عبود،١٩٦٩، ١٥) . لا يستطيع القاضي أن يمتنع عن الحكم في أي نزاع يعرض عليه بحجة عدم كفاية القاعدة القانونية التي يمكن تطبيقها . لذلك يشترط من القاضي أن يكون ملماً بالقوانين ذات العلاقة وان يفهم طبيعة الموضوع الذي ينظر فيه ، وأن يدرك الصلة بين القانون الواجب التطبيق والمسائل الواقعية في الموضوع محل النزاع . فواجب الفصل في النزاع المطروح عليه من ناحية ، وعدم وجود النص القانوني أو غموضه أو النقص فيه من ناحية أخرى يتطلب من القاضي بذل الجهد واستنباط القاعدة القانونية التي يتلائم مع وقائع القضية . والقاضي في كل هذا الاجتهاد يبحث عن الحل الذي يحقق العدالة ويرضي الشعور العام بها ، وهو بذلك يسعى الى تعزيز ثقة المخاطبين بالقاعدة القانونية وتكريس حقوقهم المكتسبة وشعورهم بالأمان عند الاحتكام إليه . وأما إذا وجد نص قانوني يحكم النزاع فأن سلطة القاضي في الاجتهاد يحكمها أصل جامع مؤداه أنه لا اجتهاد في مورد النص . فمهمة القاضي في الاجتهاد مع وجود النص يكمن في حالتين ، الاولى عندما يكون النص غامضاً ويحتمل أكثر من معنى فإنه يجتهد لإبراز قصد المشرع منه وهذا ما يعرف بالتفسير القضائي للنص القانوني (بوضياف،٢٠٠٧، ١٨١). والثانية عندما يعتري النص حالة النقص مما يدفع القاضي الى البحث عن الحل المناسب واستلهامه من مجموع المبادئ التي تقوم عليها النظام القانوني في الدولة . كما إن اجتهاد القاضي في تفسير النص القانوني يكسي طابعاً عملياً ، فهو يتصل بالنزاع الذي عرض عليه ولذلك تتأثر عملية الاجتهاد بوقائع وظروف القضية ومعطياتها ويؤدي اجتهاده الى إثراء النظريات الفقهية وبيان الجوانب الواقعية والتطبيقية لها (جعفور،٢٠٠٦، ٢٨٥) لأن تحقيق العدالة وإرضاء الشعور العام في المجتمع لن يتحقق بوجود القاعدة القانونية إلا إذا تم تطبيقها بشكل سليم يوافق غاية وضعها والحكمة التشريعية من سنها ، فإن اللجوء الى القضاء يعتبر غاية في تحقيق العدالة في المجتمع ، فعن طريق الجهاز القضائي يحصل المواطن على الحماية المناسبة للحق الموضوعي الذي قرره القانون . ويعد الاجتهاد القضائي أحد الحلول القانونية لتفادي القصور أو الاغفال التشريعي ، فله الدور الفاعل في إعانة القاضي في إيجاد الحلول القانونية بسبب إخفاق مصادر القانون الأخرى ، ويواكب الاجتهاد القضائي للتشريع ملاحقة التطورات والمستجدات الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع من خلال تطبيق النصوص السابقة بروح جديدة ، كما انه يساهم في تفسير النصوص الغامضة ويكمل النقص منها (الطائي،٢٠١٨، ٤٢) . ويمثل مصدراً تفسيرياً من مصادر القانون . لذلك يمكن تعريف الاجتهاد القضائي بأنه بذل القاضي أو هيئة قضائية وسعه وجهده في استنباط الحلول القانونية من مصادرها الرسمية واتباع التفسير المتطور للقانون في حال عدم كفاية النص القانوني أو غموضه من مجموع المبادئ الذي يقوم عليه النظام القانوني . وإن مبدأ التفسير المتطور للقانون يفتح باب الاجتهاد امام القاضي لتفريع النصوص وخلق حالة من الموائمة والملائمة مع النص القانوني والواقعة المعروضة على القاضي والاستفادة من وسائل التطور العلمي في الوصول الى الحقيقة والابتعاد عن التفسير الشكلي للقانون وفصل الشكل عن المضمون وعزل المجتمع عن النص القانوني (ياسين،٢٠١٦، ٨٣) .وبناء على ما تقدم ، يمكن تعريف الاجتهاد القضائي الاداري بأنه الجهد الذي يبذله القاضي أو الهيئة القضائية الادارية في ايجاد الحلول واستنباط الاحكام القانونية ، ليطبقها على خصومة معروضة عليه في إطار القانون العام ، ويهتدي القاضي فيها على قواعد استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص ، غير موجودة أو موجودة ويعتريها غموض أو عدم كفاية ، مراعياً في ذلك الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد .

الفرع الثاني : خصائص الاجتهاد القضائي .

تتباين دور ومكانة الاجتهاد القضائي في الانظمة التشريعية الحديثة ، ففي رأي النظام القانوني الأنجلوسكسوني يعدها مصدراً رسميا للقانون ، بعدما تتكرر وتستقر وتكتسب الصفة الالزامية ، فالسابقة القضائية تلزم القضاة باحترام وتطبيق الأحكام التي صدرت عنهم في الماضي أو تلك التي صدرت عن سابقيهم بحيث لا يجوز العدول عنها (الصدة،١٩٨٠، ١١٦). بينما في رأي النظام القانوني اللاتيني والعربي لا يعتبر

الاجتهاد القضائي مصدراً رسمياً للقانون بل يعد مصدراً تفسيرياً يشرح نصوص القانون ، فالقاضي لا يلتزم بصفة مطلقة باجتهادات صدرت من جهات قضائية أخرى وحتى عنه هو في ظروف وملابسات أخرى .وحجة هذا الرأي أن وظيفة القضاة تنحصر في حدود تطبيق القوانين الوضعية من طرف السلطة التشريعية ، فمبدأ الفصل بين السلطات يرسم لكل سلطة حدودها ، وحدود السلطة القضائية هي الفصل في المنازعات التي عرضت عليها وليس خلق النصوص القانونية (ذبيح،٢٠٠٦، ٣٨) . واستناداً لهذا الرأي فأن الاحكام القضائية تفتقر لعنصر الالزام فلا تتقيد أية محكمة بحكم سبق أن أصدرته محكمة أخرى ، بل إن المحكمة ذاتها التي أصدرت الحكم لا تلتزم به مستقبلاً ، فقد يعدل القاضي عن اجتهاده في حكم لقضية ما الى اجتهاد آخر يراه ملائماً وسديداً ولهذا السبب تسعى المحاكم العليا ومجلس الدولة في أعلى قمة الهرم القضائي العادي والاداري ومن أجل توحيد الحلول وإرساء دعائم الاجتهاد القضائي تحقيقاً لاستقرار المؤسسة القضائية فيما تتبعه من حلول قانونية خاصة عندما لا يوجد قانون يحكم المسألة أو عندما يتحمل النص التأويل والتفسير . لم يكن متصوراً اجتهاد القضاة لولا قصور التشريع وعدم إحاطته بالوقائع غير المتناهية ، ويذهب بعض الفقه الى ان اجتهاد القاضي في محاولته إكمال النص أو غموضه لا يخلق قاعدة قانونية عامة مجردة ، ولكنه يسعى الى ايجاد حل عادل لنزاع ليس له حل في النصوص المكتوبة ، والقاضي ليس مبتدعاً بل يعد مستلهماً للحل من جوهر القانون وهدفه وهو اقامة العدل (تناغو،٢٠٠٣، ٥٠٢) . ونيل رضى المتقاضي بالأمان تجاه المنظومة القانونية والقضائية .ليس هناك ما يمنع المحاكم العليا ومجلس الدولة من تغيير اجتهادها السابق إذا رأت حاجة الى تغييره ، ولا سيما إذا دعا الى ذلك تغيير ظروف المجتمع وأوضاعه ، وعندئذ يقال : أنه حصل تحول في الاجتهاد ، وينشأ اجتهاد جديد لدى المحاكم العليا ومجلس الدولة ، يغدو بعد حين اجتهادها المستقر في الوصول الى الحكم القضائي العادل (ابو المجد،٢٠٠٣، ١٤)ونخلص مما سبق ، بأنه وعلى الرغم من ان اجتهاد القاضي في تفسير القانون هو عملية ذهنية تتم داخل حدود النص ، أما ملء الفراغ التشريعي فهو خارج حدود النص ، بل وفي غياب النص أصلاً ، لذلك يتمتع القاضي في هذه الحالة بحرية أكبر للاجتهاد مقارنة مع اجتهاده في تفسير القاعدة القانونية الذي يخضع لمجموعة المبادئ والقواعد ، يبقى اهمها على الاطلاق عدم تجاوز الحدود التي تسمح بها بنية النص (الطائي ،٢٠١٨، ٤٧).

الفرع الثالث : علاقة الاجتهاد القضائي ببعض المصطلحات الاخرى .

ان مصطلح الاجتهاد القضائي يتداخل مع بعض المصطلحات الأخرى ، وحتى تتوضح صور تلك العلاقة سوف نتطرق لتلك العلاقة ، وذلك على النحو الاتي .

اولا : العلاقة بين الاجتهاد القضائي والحكم القضائي .

عرف الحكم القضائي بأنه القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً مختصة في خصومة رفعت اليها وفق قواعد المرافعات ، سواء كان صادراً في موضوع الخصومة أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه (ابو الوفا،١٩٨٩، ٣٤) . ويعد الحكم القضائي نتيجة منطقية للاجتهاد الذي يمارسه القاضي عند النظر في الدعوى ، ذلك ان النص القانون لا يكون دائماً متوفراً في القضية المعروضة على القاضي في المادة الادارية ، وقد يكون متوفراً ولكنه غير مُلب للغرض ، كان يكون النص غامضاً يحتاج الى تفسير أو تأويل (دوبر،٢٠١٢، ٧٣) ، إما لأنه ورد مجملاً ويحتاج تفصيل أو عاماً يحتاج لتخصيص أو مطلقاً يحتاج الى تقييد (الناصوري ،عكاز ،٢٠٠٩، ٧٠٧) مما تقدم ، يتبين لنا مدى العلاقة بين الاجتهاد القضائي والحكم القضائي ، حيث يعد الاجتهاد الركيزة الاساسية في عملية اصدار الحكم القضائي حتى في حالة وجود النص القانوني ، لأن النصوص القانونية محدودة والحالات المعروضة على القضاة متجددة وغير متناهية ، لذا يجب على القاضي والحالة تلك أن يجتهد في تفعيل الفاظ تلك النصوص عبر تفسيرها تفسيراً ينسجم ووقائع الحياة المتجددة وتحقيق العدالة .

ثانيا : العلاقة بين الاجتهاد القضائي والسابقة القضائية .

يراد بالسابقة القضائية بأنها مجموع اجتهادات المحاكم المختصة عبر الاحكام القضائية التي تصدرها في موضوع قانوني معين ، وتعد السوابق القضائية مصدراً من مصادر القانون في الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية كإنجلترا وامريكا والبلدان الانجلوسكسونية (الحسن،١٩٧٣، ٧) . ويعتمد القاضي في استنباط الحكم القضائي في النزاع المعروض عليه من خلال استقراء السوابق القضائية المشابهة لموضوع النزاع للوصول الى الحكم القضائي ، وعليه فإن القاضي يبحث في القرارات التي قررها القضاة الاخرون في قضية متشابهة في وقائعها للقضية المعروضة امامه ، فإذا وجد قرار سابق فعليه ان يستنير بها ويطبق حكمها على القضية المعروضة عليه وبذلك يكون حكم القاضي منسجماً مع المبادئ القانونية في النظام القانوني ومطوراً لها . اما اذا لم يعثر القاضي على سابقة قضائية مشابهة في ظروفها ووقائعها لتلك المعروضة امامه فعليه أن يجتهد وإذا أقرّ اجتهاده فيكون حكمه سابقة قضائية ، وكأن السابقة القضائية ولدت من رحم الاجتهاد القضائي ، وتصبح كل محكمة ملزمة باتباع

السوابق القضائية المقررة قبلها ومن قبل المحاكم الاعلى منها ، مع العلم ان الجزء الملزم من السابقة القضائية هو علة الحكم (العنبكي،١٩٩٠، ٤٤) . مما تقدم ، يتضح مدى علاقة الاجتهاد القانوني بمصطلح السوابق القضائية في النظام القانوني الانجليزي بخلاف النظام القانوني الفرنسي والتشريعات العربية في بذل القاضي جهده لإصدار الحكم القضائي من القواعد القانونية المنصوص عليها في متون القوانين وإلا كان حكمه معرضاً للطعن .

المطلب الثاني اجتهادات المحكمة الادارية العليا

صحيح ان دور القاضي الاداري مثله في ذلك مثل القاضي المدني في فض المنازعات ، ذلك بتطبيق احكام القانون على المنازعة الماثلة امامه ، إلا انه غيبة التقنين الاداري وتبعثر التشريعات الادارية وغموض النصوص القانونية ، لا مناص من قيام القاضي الاداري بابتداع الحل المناسب لطبيعة المنازعة الادارية ، والذي يحقق التوازن بين المصلحة العامة وحقوق الافراد وهنا تكمن اهمية الموضوع في ايجاد قاعدة قضائية تحسم النزاع المعروض ، حيث ان الادارة ملزمة بما يقرره القضاء الاداري وإلا تعرضت للمسؤولية . لذا فواجب القاضي هو تفسير وتأويل النصوص القانونية من اجل ايجاد حلول قانونية للمنازعة التي تعرض على امامه في ظل سكوت او غموض الصريح للقاعدة القانونية ، وبالتالي يعد الاجتهاد ابتكار من جانب القاضي ، وهذا الابتكار يختلف من قاضي الى آخر كونه يتعلق بكيفية فهم واستيعاب المادة القانونية وايضاً روح القانون ككل (بوزيد،٢٠١٨، ٥٣) .

ان التحليل الصحيح لحقيقة دور القاضي الاداري في فض المنازعة المعروضة عليه لا يخلو من فرضين اما ان يكون هناك نص قانوني يحكم النزاع المعروض عليه وهو ما يمكن تسميته بالوظيفة القضائية ، واما يتخلف النص القانوني فيصبح النزاع بلا قاعدة تحكمه فهنا يمارس القاضي وظيفة اخرى والتي يمكن تسميتها بوظيفة الاجتهاد (الصغير،٢٠٢١، ٣٥٩).

الفرع الاول : الوظيفة القضائية .

بالرغم من قلة وتناثر وجود التشريعات الادارية المتعلقة بالتنظيم وبالنشاط الاداري ، إلا ان القانون الاداري لا يزال معتمداً بالدرجة الاولى على احكام القضاء الاداري (بدوي،١٩٦٦، ١٠٦). والقاضي عندما يطبق القانون فانه ملزم باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة في التشريع عند تطبيقه . ان القاضي الاداري عندما يفصل في المنازعة المعروضة عليه يجب ان يؤسس قراراته وفق النصوص القانونية القائمة ، ذلك اذا الحل الذي يطبقه على تلك المنازعة قد حددته النصوص القانونية القائمة ، وجب عليه الاخذ بها ، وبالتالي فلا يزيد دوره عن ان يطبق بالقانون القائم في خصوصية النزاع المعروض عليه (شقاق،٢٠١٦، ١١) . عندئذ فان القاضي لا يصدر إلا حكماً عادياً ، ليس أكثر من مجرد تطبيق القانون ، وبالتالي فان القاعدة القانونية التي يستند اليها في مثل هذه الاحكام لا ترتد مطلقاً الى القاضي نفسه بل ترتد الى مصدرها النهائي الذي لجأ إليه القاضي واستنبطها منه (الجرف،١٩٧٦، ٦٥) .ومن التطبيقات القضائية القرار الصادرة عن المحكمة الادارية العليا رقم (١٤٧/قضاء موظفين/تمييز/٢٠٢٠) في ٢٠٢٠/٧/٢٢، بخصوص تفسير الفقرة (٣) من المادة (السابعة والثلاثون) من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدلة بموجب القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٩ تنص (يعد الموظف المنقطع عن الدوام مستقيلا إذا زادت مدة انقطاعه على عشرة ايام ولم يبد معذرة مشروعة تبرر هذا الانقطاع) . حيث اقام المدعي الدعوى امام محكمة قضاء الموظفين مدعياً فيها بأن المدعى عليه – إضافة لوظيفته اصدر امر اداري باعتباره مستقيلا من وظيفته لانقطاعه عن الدوام الرسمي دون عذر مشروع وتبلغ به ، فقضت محكمة قضاء الموظفين برد دعوى المدعي .فطعن المميز (المدعي) بالحكم الصادر لدى محكمة الادارية العليا ، ولدى تدقيق اضبارة الدعوى وجدت المحكمة ان الامر المطعون فيه تضمن (نظراً لثبوت المعلومات الخاصة بعدم انتظام المدعي طيلة الفترة السابقة رغم تكرار التوجيهات له بالانتظام ... تقرر عدهُ منقطعاً عن الدوام طيلة الفترة السابقة واعتباره مستقيلا استنادا الى احكام المادة المذكورة اعلاه) ، نجد ان الامر المطعون فيه لم يتضمن انقطاع الموظف من اعمال وظيفته وانما عدم انتظامه بالعمل وان عدم انتظام والتزام الموظف بأوقات العمل لا تجيز عدهُ مستقيلاً وانما يترتب على ذلك مخالفة الواجبات الوظيفية يستوجب المسائلة القانونية ، وحيث ان الحكم المميز صدر دون مراعاة ما تقدم فيكون غير صحيح ومخالف للقانون عليه تقرر نقض الحكم المميز واعادة اضبارة الدعوى الى محكمة قضاء الموظفين للسير فيها وفقاً لما تقدم . نجد في الحكم اعلاه قيام المحكمة الادارية العليا بواجبات وظيفته القضائية بتفسير النص القانوني تفسيرا متطورا يتلائم مع روح النص والحكمة من التشريع عند تطبيقه لحماية للحقوق والمراكز القانونية القائمة وفق القانون .

الفرع الثاني : وظيفة الاجتهاد القضائي .

نظراً لحداثة القانون الاداري ومرونته وعدم تقنينه فقد تعرض على القاضي الاداري منازعة لا يوجد بصددها قاعدة قانونية يطبقها ، فهل يفصل في هذه المنازعة أو يتوقف وعلما انه إذا توقف ولم يفصل فيها يكون قد ارتكب جريمة انكار العدالة ، اما اذا فصل واجتهد ووجد بصددها قاعدة قضائية تطبق على الحالة المعروضة عليه طبقا للقواعد الموجودة فهو ملزم بتكملة النقص الموجود في التشريع على افتراض انه يعبر عن ارادة المشرع التي لم يفصح عنها في نصوص تشريعية ، ويستسقى القاضي الاداري من المبادئ القانونية العامة التي تكشف عن اتجاه المشرع في ارساء قواعد الحكم وتنظيم العلاقات الادارية (عوامرية،٢٠١٤، ٢٢) . لذا يعد الاجتهاد القضائي أحد الحلول لتفادي القصور التشريعي ، فله الدور الفاعل في اعانة القاضي في ايجاد الحلول القانونية بسبب إخفاق مصادر القانون الاخرى . ان مساهمة الاجتهاد القضائي لمحكمة الادارية العليا في ارساء المبادئ القضائية التي يستأنس بها محاكم القضاء الاداري ، والسير على هداها مما يساعد على توحيد تفسير القانون وتطبيقه على نسق واحد مما يساهم في التنسيق بين الاحكام القضائية الصادرة في مواضيع متماثلة وقضايا متشابهة ، وهو مقتضى العدل الأمر الذي يؤدي الى استمرار التناسق الفكري في احكام القضاء وتوحيد المبادئ القضائية واستقرار المراكز القانونية (محسوب،(ب،ت)، ٣٥) . ومن التطبيقات القضائية قرار صادرة عن المحكمة الادارية العليا رقم (١٧٣٢،١٧٣١/قضاء اداري/تمييز/٢٠١٩) في ٢٠٢٠/٣/٥، بخصوص اقتران عريضة الدعوى لمطلبين أو اكثر شريطة أن يكونا متلازمين ومرتبين على الغاء الامر الاداري محل الطعن ، أي ثمة تلازم منطقي وواقعي وقانوني بين المطلبين . حيث اقام المدعي الدعوى امام محكمة القضاء الاداري مدعياً فيها ان المدعى عليه – اضافة لوظيفته اصدر الامر الجامعي وملحقة الامر الاداري المتضمن الغاء قبوله في الدراسات العليا – الماجستير وذلك لتعينه خلال مدة الدراسة وعدم حصوله على اجازة دراسية ، لذا طلب دعوى المدعى عليه – اضافة لوظيفته للمرافعة والحكم بإلزامه بإلغاء الامر محل الطعن والزام دائرة المدعى عليه بمنحه شهادة الماجستير الحاصل عليها ، اصدرت محكمة القضاء الاداري قرارها الغاء الامر الجامعي ورد الدعوى المدعي فيما يتعلق باحتساب شهادة الماجستير لعدم وجود سند قانوني لها . فطعن المميز (المدعي) بالحكم الصادر لدى محكمة الادارية العليا ، ولدى تدقيق اضبارة الدعوى وجدت المحكمة ان الحكم المميز صحيح وموافق للقانون من جهة الغاء الامر الجامعي المتضمن الغاء قبول المدعي في الدراسات العليا لتعيينه خلال مدة الدراسة ذلك للأسباب الواردة فيه ، لذا قرر تصديق الحكم إلا ان حكم المحكمة برد الدعوى في شقها الثاني المتعلق بالزام المدعي عليه – اضافة لوظيفته بإلغاء امتناعه عن منح المدعي شهادته ، غير صحيح ومخالف للقانون ، حيث ان المدعي يطلب دائرة المدعى عليه بمنحه شهادة الماجستير الحاصل عليها وليس احتساب الشهادة المذكورة ، وحيث ان امتناع المدعى عليه عن منح الشهادة بعد استيفاء متطلباتها لا يستند الى القانون ، وحيث ان قرار المحكمة المطعون فيه غير دقيق من هذه الجهة مما يستوجب نقضه ، وحيث ان موضوع الدعوى صالح للفصل فيه لذا قرر الحكم بإلغاء امتناع المدعى عليه عن منح المدعي شهادة الماجستير الحاصل عليها والزامه بمنحها له وفق القانون . يتجلى في القرار اعلاه قيام المحكمة الادارية العليا بوظيفة الاجتهاد التي تساهم في ارساء المبادئ القضائية ، وذلك لاقتران عريضة دعوى المدعي لشقين متلازمين امام محكمة القضاء الاداري ، حيث لا يمنع رد الدعوى في الشق الاول في أن تنظر المحكمة في الشق الثاني التي يصلح للادعاء . ويذهب بعض الفقهاء الى ان ثبات القضاء الاداري على اجتهاده السابق اوفق من العدول عنه باجتهاد لاحق قد ينقص ما كان له من عنصر مهماً يعد من عناصر استمرار القانون واستقراره وتستمد من الحاجة النفسية للاطمئنان على المستقبل ، لأن العدول يحدث صدمة خطيرة تنذر بتهديد الاستقرار في المعاملات والمراكز القانونية ، وبالتالي تسقط هيبة المؤسسات القضائية واحترامها عند الجمهور عندما يعلم ان ما قالته بالأمس لا يلزمها اليوم (يونس،٢٠٠٦، ٦٨) . اما بخصوص التناقض في اجتهادات المحكمة الادارية العليا غير مقبول خصوصاً وإنها على قمة هرم القضاء الاداري والجميع ينتظر منها إصدار الاحكام السديدة ، وانها تمارس اختصاص محكمة التمييز ولا معقب لقراراتها ، حيث يكون القرار الصادر منها باتاً ولا يقبل الطعن عن طريق تصحيح القرار التميزي ، ان الاجتهادات المتناقضة من شأنه أن يهز الثقة برصانة الاحكام الصادرة من المحكمة الادارية العليا ويعد انتهاكاً للأمن القضائي والقانوني . لذا يتضح ان الاجتهاد القضائي في تفسير النصوص الغامضة وتكملة النقص هو ضمانة من ضمانات الامن القانوني والقضائي ، فالاجتهاد السليم يحقق للقضاء هدفها ويعزز من شعور المتقاضي بالأمن تجاه عدم كفاية النص أو غموضه .

الفرع الثالث : أثر الاجتهاد القضائي في الاختصاص الاستشاري .

تتأثر مجلس الدولة عند ابداء الرأي الاستشاري بمسلكه في الجانب القضائي ، على الرغم من وجود اختلاف بين الوظيفتين إذ يتميز الحكم القضائي بطابعها العملي ، حيث يسعى القاضي الاداري الى دراسة الوقائع المعروضة عليه لتمحيصها والفصل فيها تمهيدا لإنزال حكم القانون في ضوء التفسير الذي يمنحه ظروف ووقائع القضية المعروضة امامه أو اجتهاده في حالة عدم كفاية النص القانوني ، بينما يساهم الرأي

والمشورة القانونية في تفسير النصوص القانونية التي شابها غموض أو اعتراها تناقض وتعارض في منطوقها لتحري إرادة المشرع من خلال تطبيق قواعد التفسير لإماطة اللثام عن الغاية الحقيقية والمقصودة من هذه النصوص(عثمان،٢٠١٥، ٣٣٥). يلاحظ تشابه صياغة الرأي والمشورة القانونية مع صياغة القرارات والاحكام القضائية ، إذ إن الرأي تصاغ على شكل مبدأ قانوني وصياغتها بهذا الشكل تجعل من المتعذر إصدار رأي آخر على خلافها بنفس الطريقة لأن الهيأة المتخصصة لا تملك صلاحية إصدار رأي جديد تخالف ما أفتت به سابقاً أو تبني رأي جديد ، وإذا ارتأت ذلك يتعين عليها إحالة الموضوع الى الهيأة العامة لمجلس الدولة التي تملك وحدها صلاحية تبني مبدأ جديد . وهنالك عوامل تؤدي الى وحدة الرؤية بين الوظيفتين القضائية والاستشارية ذلك لمشاركة نفس المستشار في المهام القضائية والاستشارية دون تخصص بوظيفة محددة ، حيث يساهم ذلك في إصدار فتاوى يتبنى ما ورد من اجتهادات قضائية . ومثال على ذلك قرار الرأي الاستشاري المرقم (٢٠٢٠/٣٧) في ٢٠٢٠/٥/١٧ والمتضمن امتناع مجلس الدولة عن إبداء الرأي والمشورة القانونية في القضايا المعروضة على القضاء الاداري وفي القرارات التي لها مرجع قانوني للطعن . كما ان إبداء الراي الذي يقدمه مجلس الدولة في المسائل القانونية التي تعرض عليه من الجهات الادارية للاستيضاح عنها تساهم في توحيد الرؤى والحلول في المسائل المختلف فيها ، ومثال على ذلك نجده في القرار المرقم (٢٠١٨/٦٢) في ٢٠١٨/٦/١٣ تستوضح امانة بغداد الرأي من مجلس الدولة في شأن دوام الموظف المسحوب اليد في الدائرة ، حيث بينت الدائرة القانونية في امانة بغداد بأن يستمر الموظف المسحوب اليد بالدوام دون تكليفه القيام بأي اعمال لحين انتهاء فترة سحب اليد بينما يرى مجلس الدولة انه يترتب على سحب يد الموظف عدم دوامه في دائرته لضمان عدم التأثير على المصلحة العامة أو سير التحقيق في الفعل الذي احيل من اجله على التحقيق . نجد في القرار اعلاه مدى مساهمة اراء المجلس في توضيح وتفسير التعابير القانونية والذي يتعين على دوائر الدولة مراعاتها ، بوصفها تفسير الجهة المختصة قانوناً بالتفسير ، ويكون على القضاء الاداري تطبيق تلك الآراء في الدعاوى التي تعرض عليها ، ويتصدى بالإلغاء لمخالفتها لأنها تعد معياراً للمشروعية .

الخاتمة .

في نهاية البحث في موضوع (**دور الاجتهاد القضائي في حل المنازعات الادارية**) لابد من خاتمة نبين فيها النتائج المستخلصة والمقترحات والتي نجملها فيما يأتي .

اولا : النتائج .

١- يعد الاجتهاد القضائي أحد الحلول لتفادي قصور قواعد القانون الاداري الناجمة عن طبيعة هذا القانون فهو ذو خاصية قضائية من جهة ومرن الاحكام وسريع التطور من جهة اخرى ، الاجتهاد يساهم في تفسير النصوص الغامضة ويكمل الناقص منها ، ويمثل مصدراً غير مباشر للقانون .

٢- مكنت الاجتهاد القضائي في ايجاد النظريات الهامة في القانون الاداري ، وساهمت الى حد كبير في وضع المفاهيم الأساسية لهذا القانون .

ثانيا : المقترحات .

١- ضرورة حصر التناقض في اجتهادات المحكمة الادارية العليا كونه غير مقبول خصوصاً وانها على قمة هرم القضاء الاداري ، ولا معقب لقراراتها كونها باتاً لا يقبل الطعن فيها عن طريق تصحيح القرار التمييزي ، وان الاجتهادات المتناقضة من شأنه أن يهز الثقة برصانة الاحكام ويعد انتهاكاً للأمن القانوني والقضائي .

٢- ضرورة حصر عدول القاضي عن الاجتهادات القضائية المستقرة كون الاجتهاد الجديد قد يسري بأثر رجعي ، ويؤدي ذلك الى تقويض القدرة على التنبؤ وتنتهك الاعتقاد السائد في حكم القانون ، وانه يقوض مبدأ اليقين القانوني الذي توليه المحكمة الاوربية لحقوق الانسان أهمية كبيرة ، وتثير مسألة تقويض اليقين القانوني من خلال نقض الاجتهاد السابق .

قائمة المصادر .

اولا : الكتب المتخصصة والعامة .

١- ابو الوفا ، د. احمد ، ١٩٨٩، نظرية الاحكام في قانون المرافعات ، الطبعة السادسة ، الاسكندرية ، منشأة المعارف .

٢- ابو زيد ، صبرينة ، ٢٠١٨ ، الامن القانوني لأحكام قانون المنافسة ، الطبعة الاولى ، الاسكندرية ، مكتبة الوفاء القانونية .

٣- الجرف ، د. طعيمه ، ١٩٧٦ ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة العامة للقانون ، بيروت ، دار النهضة العربية .

٤- الحسن ، د. مالك دوهان ، ١٩٧٣ ،المدخل لدراسة القانون ، الجزء الاول ، بغداد ، المكتبة البغدادية .
٥- الصدة ، عبد المنعم فرج ، ١٩٨٠، مبادئ القانون ، القاهرة ، (ب،د، نشر).
٦- الطائي ، د. حامد شاكر محمود ، ٢٠١٨ ، العدول في الاجتهاد القضائي " دراسة قانونية تحليلية مقارنة " ، القاهرة ، المركز العربي
٧- العنبكي ، د. مجيد حميد ،١٩٩٠، المدخل لدراسة النظام القانوني الانجليزي ، بغداد ، منشورات وزارة العدل .
٨- الناصوري ، المستشار عز الدين وعكاز ، الاستاذ حامد ، ٢٠٠٩ ، التعليق على مواد قانون الاثبات ، الجزء الثاني ، الطبعة الحادية عشر ، القاهرة ، منشورات المركز القومي للإصدارات القانونية .
٩- بدوي ، د. ثروت ، ١٩٦٦ ، مبادئ القانون الاداري ، المجلد الاول " اصول القانون الاداري وخصائصه "، القاهرة ، دار النهضة العربية
١٠- بوضياف ، د. عمار ، ٢٠٠٧ ، المدخل الى العلوم القانونية ، الطبعة ٣ ، الجزائر ، دار جسور للنشر والتوزيع .
١١- تناغو ، د. سمير عبد السيد ، ٢٠٠٣ ، النظرية العامة للقانون ، الاسكندرية ، منشأة المعارف .
١٢- جعفور ، د. محمد سعيد ،٢٠٠٦ ، مدخل الى العلوم القانونية ، الطبعة ١٩ ، الجزائر ، دار هومه .
١٣- دوبر ، د. هاجر ، ٢٠١٢ ، علم الكلام المعاصر في ضوء المتغيرات الحديثة ، بغداد ، بيت الحكمة .
١٤- عثمان ، د. حسين عثمان محمد ، ٢٠١٥ ، قانون القضاء الاداري ، الاسكندرية ، دار الجامعة الجديدة .
١٥- ياسين ، القاضي عواد حسين ، ٢٠١٦ ، إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون ، ط١ ، بغداد ، مكتبة السنهوري .

ثانيا : الرسائل والاطاريح الجامعية .

١٦- ذبيح ، ميلود ، ٢٠٠٦ ، الفصل بين السلطات في التجربة الدستورية الجزائرية ، رسالة ماجستير غير منشور ، جامعة الحاج لخضر ،
١٧- شقاق ، ابتسام فاطمة الزهراء ، ٢٠١٥-٢٠١٦ ، دور القاضي الاداري في انشاء القاعدة القانونية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ابى بكر بلقايد ، الجزائر .
١٨- عوامرية ، اسماء ، ٢٠١٤-٢٠١٥ دور الاجتهاد القضائي كمصدر للقانون الاداري ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ،الجزائر .
١٩- يونس ، مها بهجت ، ٢٠٠٦ ، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تقرير دولة القانون ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، العراق .

ثالثا : البحوث والمقالات .

١- ابو المجد ، د. احمد كمال ، ٢٠٠٣ ، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر ، مجلة الدستورية ، مصر ، ج٢ ، ع٢ .
٢- الصغير ، مسيكة محمد ، ٢٠٢١ ، دور القاضي الاداري في حل المنازعة الادارية على ضوء الاجتهاد القضائي ، مجلة المعيار ، جامعة تيسمسيلت ، الجزائر ، المجلد الثاني عشر ، العدد ٢.
٣- عبود ، موسى ، ١٩٦٩ ، مجلة المحاماة ، المملكة المغربية ، عدد ٣ .
٤- محسوب ، د. صالح ، (ب،ت) ، السوابق القضائية ودورها في الاستقرار القضائي ، مجلة القضاء ، بغداد ، الاعداد ١-٤.

رابعا : القرارات والاحكام القضائية .

١- قرارات المحكمة الادارية العليا .
٢- قرارات وفتاوى مجلس الدولة .

خامسا : الموقع الالكتروني .

١- النباوي ، د. محمد عبد ، ٢٠١١، تعميم الاجتهاد القضائي مساهمة في خدمة العدالة ، مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي ، المغرب ، مراكش ، العدد الثاني ، متوافر على الموقع .

Source list.

First: specialized and general books.

1- Abu Al-Wafa, Dr. Ahmed, 1989, Theory of Judgments in the Law of Procedures, sixth edition, Alexandria, Manshaat al-Ma'arif.
2- Abu Zaid, Sabrina, 2018, Legal security for the provisions of the Competition Law, first edition, Alexandria, Al-Wafaa Law Library.

3- Al-Jarf, d. Taima, 1976, The Principle of Legitimacy and Controls of Subordination of Public Administration to Law, Beirut, Dar Al-Nahda Al-Arabiya.
4- Al-Hassan, d. Malik Dohan, 1973, Introduction to the Study of Law, Part One, Baghdad, Baghdadi Library.
5- Al-Sada, Abdel Moneim Farag, 1980, Principles of Law, Cairo, (B, D, Published).
6- Al-Taie, d. Hamid Shaker Mahmoud, 2018, Adolescence in Judicial Jurisprudence, "A Comparative Analytical Legal Study", Cairo, The Arab Center for Publishing and Distribution.
7- Al-Anbaki, d. Majeed Hameed, 1990, Introduction to the Study of the English Legal System, Baghdad, Publications of the Ministry of Justice.
8- Al-Nasuri, Counselor Ezz El-Din and Okaz, Professor Hamed, 2009, Commentary on the Articles of Evidence Law, Part Two, Eleventh Edition, Cairo, Publications of the National Center for Legal Publications.
9- Badawi, Dr. Tharwat, 1966, Principles of Administrative Law, Volume One, "The Principles and Characteristics of Administrative Law", Cairo, Dar Al-Nahda Al-Arabiya.
10- Boudiaf, Dr. Ammar, 2007, Introduction to Legal Sciences, 3rd Edition, Algeria, Dar Jusour for Publishing and Distribution.
11- Tango, d. Samir Abdel-Sayed, 2003, The General Theory of Law, Alexandria, Manshaat Al-Maarif.
12- Jaafour, Dr. Mohamed Saeed, 2006, Introduction to Legal Sciences, 19th edition, Algeria, Dar Houma.
13- Dauber, D. Hajar, 2012, Contemporary Theology in the Light of Modern Variations, Baghdad, House of Wisdom.
14- Othman, Dr. Hussein Othman Mohamed, 2015, Administrative Judiciary Law, Alexandria, New University House.
15- Yassin, Judge Awad Hussein, 2016, Obliging the Judge to the Evolving Interpretation of Law, 1st Edition, Baghdad, Al-Sanhouri Library.

Second: theses and university dissertations.

1- Zabih, Miloud, 2006, Separation of Powers in the Algerian Constitutional Experience, unpublished master's thesis, Hajj Lakhdar University, Algeria.
2- Shaqaq, Ibtisam Fatima Al-Zahraa, 2015-2016, The Role of the Administrative Judge in Establishing the Legal Rule, Master Thesis, Faculty of Law and Political Science, Abi Bakr Belkaid University, Algeria.
3- Awamriya, Asmaa, 2014-2015 The Role of Jurisprudence as a Source of Administrative Law, Master Thesis, University of Algiers, Algeria.
4- Younis, Maha Bahgat, 2006, The ruling on the unconstitutionality of a legislative text and its role in determining the state of law, PhD thesis, University of Baghdad, Iraq.

Third: research and articles.

1 - Abu Al-Majd, d. Ahmed Kamal, 2003, The role of the Supreme Constitutional Court in the political and legal systems in Egypt, Constitutional Journal, Egypt, Part 2, Part 2.

2- Al-Saghir, Masika Muhammad, 2021, The role of the administrative judge in resolving the administrative dispute in the light of judicial jurisprudence, Al-Ma'yaar Journal, Tissemsilt University, Algeria, Volume XII, Issue 2.

3- Abboud, Musa, 1969, Journal of Lawyers, Kingdom of Morocco, No. 3.

4- Mahsoub, d. Salih, (b, t), case law and its role in judicial stability, Journal of Judiciary, Baghdad, Issues 1-4.

Fourth: Judicial decisions and rulings.

1- The decisions of the Supreme Administrative Court.
2- The decisions and fatwas of the State Council.

Fifth: the website.

1- Al-Nabawy, Dr. Mohamed Abed, 2011, Generalization of Judicial Jurisprudence as a Contribution to the Service of Justice, Journal of Judicial Jurisprudence Series, Morocco, Marrakesh, Issue Two, available on the website.