الخصومة الإدارية العادلة
بين أحكام القضاء الإداري وقضاء المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان

ا.د. مازن ليلو راضي
كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

المقدمة

تجمع الدعوى الإدارية غالبا بين شخصين، أحدهما من أشخاص القانون الخاص والآخر من أشخاص القانون العام والفرق شاسع بين الطرفين من حيث النفوذ، ويثور النزاع بينهما غالبا بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة. ومن الطبيعي قبول غلبة المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. وهذا ليس مرده اختلاف قوة الطرفين، بل الغاية المراد تحقيقها من كل منهما، فأساس مصلحة أشخاص القانون الخاص هي تحقيق الصالح الخاص، وأساس مصلحة أشخاص القانون العام هو الصالح العام.

والخصومة الإدارية هي الوسيلة القانونية التي كفلها المشرع للأشخاص سواءً أكانت طبيعية أم معنوية لحماية حقوقهم في مواجهة الإدارة عن طريق القضاء و هي مجموعة من الإجراءات التي تبدأ بإقامة الدعوى أمام المحكمة بناءً على طلب من جانب المدعي، وتنتهي بالحكم الفاصل في النزاع .[١]

والإدارة تكتسب في معظم الدعاوى الإدارية مركز المدعى عليه نظراً لما تتمتع به من مظاهر السلطة العامة التي تجعلها في غير حاجة إلى الرجوع للقضاء لتنفيذ أعمالها القانونية أو المادية في مواجهة الغير بما تملكه من سلطة التنفيذ المباشر، وهذا المركز يعد المركز الأسهل في الدعوى طبقاً للقوانين الإجرائية، وبالتالي سيكون الفرد (المدعي)، مجردا من أي امتيازات، فتنشأ مشكلة عدم تحقيق التوازن بين أطراف الدعوى الإدارية مما يقتضي تحقيق مايمكن تسميته بالخصومة الإدارية العادلة لتحقيق قدر من التوازن في المنازعات الادارية .

---

١ –يذهب جانب من الفقه إلى أن تصرفات الإدارة التي تخضع لأحكام القانون الإداري، والتي يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتصلة بها هي تلك التي تتعلق بتسيير المرافق العامة من ناحية، وتستخدم الإدارة في اتخاذها أساليب وامتيازات القانون العام من ناحية أخرى .

ينظر: د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،١٩٩٦، ص٧ و د. حسن محمد هند ، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٤،ص ١٧

ومن المستقر أن المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية تهدف غالبا إلى تحقيق المحاكمة العادلة أمام القضاء الجزائي، بغرض تقييد حق الدولة في العقاب عن طريق تحديد دور القضاء في تسيير إجراءات المحاكمة، وتمكين المتهم من الحق في الدفاع.

و يقابل المحاكمة العادلة أمام القضاء الإداري، الحق في طعن فعال. وهو منصوص عليه بموجب المادة ١٣ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان حق الانتصاف الفعّال حيث ورد (لكل شخص اعتدي على حقوقه وحرياته التي نصت عليها هذه الاتفاقية، حق الانتصاف الفعّال أمام محكمة وطنية، حتى ولو ارتكب هذا الاعتداء أشخاص في أثناء تأديتهم لوظائفهم الرسمية.).[٢]

أما النزاعات التي تعرض أمام القضاء الإداري، فإنها تقتضي المساواة في الحقوق والواجبات الإجرائية وترك الخصوم أحرارا في تسيير إجراءات الخصومة استنادا إلى كونها ملكا خالصا لهم.

ومن المؤكد أن الحديث عن المحاكمة العادلة يتعارض مع المبادئ التي تحكم القضاء الإداري، لأن الأمر لا يتعلق بمحاكمة أحد طرفي النزاع أو كليهما، إذ أمام القضاء الإداري يتقاضى في الغالب فرد عادي وشخص من أشخاص القانون العام، ويكون غرضها أساسا حماية الفرد من السلطة العامة، مما يتعين العمل على تحقيق " طعن فعال".

المصطلح المستعمل في اللغة الفرنسية، إذ يتعين ترجمة " Procès équitable " بـ " الخصومة العادلة "، أما المصطلح المستعمل باللغة العربية هو الذي يتلاءم مع الدور الإيجابي المخول للقضاء في الفصل في النزاعات المدنية والإدارية ؟

غير أن المشكلة الأساسية التي لربما تواجهنا أن ان مبدأ المحاكمة العادلة لم يتعلق بالقضاء الإداري وإنما بالقضاء المدني أو الجنائي، ومن ثمة كان يجب أن نتصدى لمسألة محاولة ترويض أو قياس مدى ملائمة هذا المبدأ مع القضاء الإداري الفرنسي، مع كل ما يمكن أن ينجم عن ذلك من أثار من ناحية المنطق القانوني أو من ناحية الواقع نظرا لخصوصية القضاء الإداري.

ومع ذلك وبغض النظر عما يحيط كلمة المحاكمة العدالة من معطيات قد لا تكون بالضرورة ادارية، فإن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تصدت لفحص الضمانات القانونية و الآليات الكفيلة بتجسيدها واقعيا فيما عرض عليها من قضايا ادارية مهمة للفصل فيها، بناء على تفسير واسع للمادة ٠١/٠٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية : "كل شخص لديه الحق في أن تعالج قضيته بطريقة عادلة....."،

2- Elisabeth ZOLLER، Procès équitable et due process of law، Recueil Dalloz، Chroniques، N° 8، 2007، pp. 517 – 523، Cf. p. 519.

المطلب الأول

مدى تكريس حق اللجوء إلى القضاء

تعتبر الحماية القضائية من مقومات القانون، فلا يعترف المشرع بحق معين لشخص دون أن يزوده بالوسيلة اللازمة للحصول عليه، فلا قانون بلا قاض، ولا حق أو واجب قانوني بلا قضاء يفرضه وخصومة تكون أداة له في حمايته[٣]

إن اللجوء إلى القضاء حق دستوري (م ٣/١٩)، معترف به لكل شخص، طبيعيا كان أو معنويا، بلا تمييز بسبب الجنس أو الدين، فلا يُسأل رافع الدعوى حين يستعمله إلا إذا أخطأ أو تعسف في ذلك. ولا تعد مجرد خسارة الدعوى داعيا لمساءلته إلا في حالات استثنائية، حيث قرر المشرع تسليط عقوبة غرامة مدنية على خاسر بعض الدعاوى لأهميتها قصد منع التعسف في رفعها، مثل دعوى رد القضاة .

وإن كان حق اللجوء إلى القضاء يعتبر من الحقوق العامة، فلا يجوز التنازل عنه بصفة مطلقة، فإن المشرع قام بتقييده بعدة طرق، وجعله مكلفا بشكل يعرقل حق التقاضي.

الفرع الأول: فعالية اللجوء إلى القضاء الإداري

لأي شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه الفعلي من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها إياه الدستور أو القانون" .

ونص الفقرة ٢ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية على:"أن تتعهد كل الدول بالتكفل بتوفير سبيل فعال للتظلم".فمن الواضح أن هتين الاتفاقيتين أكدتا على أن تكون المحاكمة عادلة و أن تكون الطعون فعالة. و مما لاشك فيه أن امتناع الإدارة على التنفيذ،دون وجود ما يجبرها على ذلك سيجعل من طعون الأفراد دون فعالية،مما لايحقق العدالة.[٤]

الا ان طول إجراءات الدعوىحيث يتعين و تباطؤ الادارة احيانا في تنفيذ احكام القضاء قد يجعل اللجوء الى القضاء الاداري غير ذي جدوى بالإضافة إلى احتمال تعسف الادارة بالامتناع أو التراخي في تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة فالحكم الصادر بالتعويض لا يتضمن أمرا للادارة بدفع المبلغ للفرد المحكوم له وإنما يتضمن تقريرا بأحقيته في التعويض [٥].

---

٣ – د. وجدى راغب فهمى، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد ١، ١٩٧٦، ص ١١٥ و١١٦.

3–Renè chapus،droit du contentieux administratif،10ème èdi،montchrestien،paris،2002،p113.

٥كمون حسين، ظاهرة عدم تنفيذ الإدارة للأحكام القضائية الصادرة ضدها «رسالة ماجستير في القانون»، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، ٢٠٠٩م،، ص٣١.

وقد ادانت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لفرنسا بعض قواعد إجراءات التقاضي الإداري في القانون الفرنسي باعتبار انها لا تتماشى مع الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان،حيث فسرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مبدأ المحاكمة العادلة المنصوص عليه في المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على أنه يقتضي منح القاضي الإداري سلطة إصدار أوامر وتوجيهات للإدارة لاسيما أثناء امتناعها عن التنفيذومن ذلك إصدار المحكمة الأوربية حكما بتاريخ ١٩٩٠/٠٦/١٩ في قضية secretyry of state for trams ports ltd v.Factortame، قضت فيه أنه يجوز للقضاة في كل دولة من دول المجموعة الأوربية اتخاذ التدابير الضرورية من أجل حماية حقوق الأفراد التي يكفلها لهم القانون الأوربي،وفي حالة الاقتضاء إصدار أوامر إلى الجهات الإدارية.

و هذا ما جعل المشرع الفرنسي يؤكد هذا المبدأ في القانون المؤرخ في١٩٩٥/٢/٨المتعلق بإصلاح المنازعات الإدارية بمنحه القاضي الإداري سلطة إصدار أوامر للإدارة،و إمكانية الحكم عليها بغرامة تهديديه ، لتتماشى تشريعاته مع الاتفاقيات الدولية كمصدر لإجراءات التقاضي ، حيث نصت المادة L911-1 الفرنسية [٦]، على إعطاء الصلاحية، للقاضي بأن يدرج في حكمه أمرا يتضمن إلزام الإدارة بالقيام بإجراء تنفيذي محدد، بشرط أن هذا الإجراء التنفيذي أن يكون متفرعا بالضرورة عن مقتضى الحكم القضائي ومن متطلباته، ويمكن للقاضي في هذه الحالة أن يحدد للإدارة الإطار الزمني الذي يجب أن ينفذ الإجراء التنفيذي ضمنه، وذلك – دون شك –من شأنه أن يعزز من فعالية الأمر [٧].

ومن التطبيقات القضائية على ذلك في مجال تأشيرات دخول الأجانب أو الأذون بالإقامة حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٩٨/٠٧/٠٤ في قضية Baurezak بإلغاء قرار وزارة الخارجية الفرنسية برفض منح المدعي تأشيرة دخول إلى فرنسا، ووجه أمرا على الوزارة بمنح المدعي تأشيرة دخول بقصد الإقامة فيها مع زوجته، وحدد المجلس مهلة شهر واحد فقط لوزارة الخارجية لتنفيذ هذا الأمر.[٨] كما حكمت المحكمة الإدارية لمدينة ليون بتاريخ ١٩٩٦/٠٢/٠٧ في قضية Sadi Houcini بإلغاء القرار الصادر بتاريخ ١٩٩٥/٠٥/١٣

6Article L911-1 (Code de justice administrative) :Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé، la juridiction، saisie de conclusions en ce sens، prescrit، par la même décision، cette mesure assortie، le cas échéant، d'un délai d'exécution.

٧مهند نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية –المجلد – 20 العدد الثاني – 2، ص٢١٧.

8C.E، ٤-٧-،١٩٩٧ Epx.Bourezak، A.J.D.A، ١٩٩٧p٦٣٦

من مدير منطقة الرون الذي رفض بواسطته منح المدعي إذنا بالإقامة الطويلة في فرنسا لمدة ١٠سنوات، ووجهت المحكمة أمرا للمدير بمنح المحكوم له في مهلة شهر واحد من تاريخ إعلان الحكم إذنا بالإقامة الطويلة في فرنسا.[٩]

ومن تطبيقات الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بهذا الخصوص قرارها بأنه لا يجوز لمجلس الانضباط العام قانوناً ان يصدر قراراً معلق على شرط لنفاذه بل يجب ان يصدر القرار على سبيل الحسم. حيث ورد في القرار : ((لدى عطف النظر في الحكم المميز وجد إن المدعية(المميزة) تطلب إلزام المميز عليه وزير العدل . إضافة لوظيفته بتغيير عنوان وظيفتها من كاتبة طابعة الى كاتب لحصولها على شهادة الإعدادية بتاريخ ٢٠٠٥/٩/١٢ إلا إن الدائرة الإدارية في الوزارة رفضت طلبها بحجة عدم توفر الدرجة الشاغرة وبنتيجة المرافعة قرر مجلس الانضباط العام بقراره المؤرخ في ٢٠٠٦/٤/٦ إلزام المميز عليه إضافة لوظيفته بتبديل عنوان وظيفة المميزة إلى كاتب عند توفر الدرجة الشاغرة وهذا غير جائز قانوناً أن يعلق قرار مجلس الانضباط العام على شرط لنفاذه لان الأحكام ينبغي ان تصدر على سبيل الحسم وكان على مجلس الانضباط العام ان يتحرى الحقيقة ويقوم بإجراء التحقيقات اللازمة بطلب سجل الملاك من الدائرة الادارية في الوزارة المدعى عليها للاطلاع على مفرداته وعلى ضوء الوقائع والمستندات المتوفرة يفصل في الدعوى والتأكد فيما اذا كان هنالك شاغراً من عدمه، وحيث ان الحكم المميز لم يلتزم بوجهة النظر القانونية هذه مما اخل بصحته لذلك قرر نقضه وإعادة اضبارة الدعوى إلى مجلس الانضباط العام للسير وفق ما تقدم وإصدار الحكم المقتضى وفقاً للقانون على...)).[١٠]

وبنفس الاتجاه قضت المحكمة الاتحادية العليا في حكم لها بتاريخ ٢٠٠٦/١٠/١٨ ، إن الأحكام التي تصدرها المحاكم يجب أن تكون حاسمة وخالية من الغموض والتردد وغير معلقة على شرط ((...كان على المحكمة التقيد بطلبات المدعي الواردة في عريضة الدعوى وعدم الزيادة عليها لان المحكمة مقيدة عند إصدار حكمها بعريضة الدعوى عملاً بمنطوق المادة (٤٥) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل فضلاً إن المحكمة لم توضح في حكمها ماهية الإجراءات القانونية الواردة في الفقرة الحكمية وإذا كانت العبارة المذكورة تشير إلى حضور ممثل جمعية بناء مساكن الضباط أمام دائرة التسجيل العقاري المختصة لأخذ إقراره بشأن تسجيل القطعة باسم المدعى فان ذلك يعني إن المحكمة علقت حكمها على شرط وهو حضور الممثل عن الجمعية في الدائرة وحيث إن الأحكام التي تصدرها المحاكم يجب أن تكون حاسمة

٩نقلا عن : عدو عبد القادر، تنفيذ الأحكام القضائية ضد الإدارة العامة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق،جامعة سيدي بلعباس،السنة الجامعية ٢٠٠٨، ص ٢٨١

١٠قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة برقم ١٦٢/انضباط/تمييز/٢٠٠٦وتاريخ٢٠٠٦/٦/١٩م

وخالية من الغموض والتردد وغير معلقة على شرط بحيث تكون قابلة للتنفيذ فكان المقتضى إدخال جمعية بناء مساكن الضباط شخصاً ثالث في الدعوى للاستيضاح منها عن صحة صدور الكتاب منها المتضمن تخصيص القطعة موضوعة الدعوى للمدعي وحيث إن الحكم المميز صدر دون مراعاة الأمور القانونية المتقدمة مما أخل بصحة الحكم المميز لذا قرر نقضه)).[١١]

ومن متممات هذا المبدأ انه يترتب على الحكم القضائي أثاره كافة من لحظة صدوره ، وفي ذلك قررت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بتاريخ ٢٠١٢/٨/١٦ انه يترتب على إلغاء القرار الإداري بحكم قضائي إلغائه وإلغاء أثاره كافة من لحظة صدوره ، حيث ورد: ((..لدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون، ذلك أن المدعي (المميز) أحيل إلى التقاعد رغم إرادته وبشكل مخالف للقانون وحيث أن قرار الإحالة إلى التقاعد تم إلغاؤه بقرار مجلس الانضباط العام واكتسب هذا القرار درجة البتات وباشر المدعي وظيفته فإنه يستحق رواتبه عن الفترة التي أبعد فيها عن الوظيفة طالما كان أبعاده بموجب قرار إداري مخالف للقانون ولا يدله فيه وتم إلغاء هذا القرار بحكم بات، وحيث أن مجلس الانضباط العام التزم وجهة النظر القانونية المتقدمة وقضى بصرف رواتب المدعي (المميز) للفترة من تاريخ ٢٠٠٨/١١/٩ ولغاية مباشرته الوظيفة في ٢٠١٠/١٢/٢١ فيكون قراره صحيحاً وموافقاً للقانون ...)).[١٢]

الفرع الثاني: تقييد حق اللجوء إلى القضاء

فضلا عن إمكانية اتفاق الخصوم على تقييد حقهم في اللجوء إلى القضاء، كما في حالة تراضيهم على اللجوء إلى محكمين لحل نزاع معين، يتحكم المشرع في تنظيم حق اللجوء إلى القضاء، وهذا ما سمح له بتقييد الحق المذكور بطرق متعددة، ومن بينها:

اولا: وجوب عرض النزاع على جهة أخرى قبل عرضه على الجهة القضائية المختصة.

ومن أمثلة ذلك:

١ . فرض الطعن الإداري الرئاسي أو الولائي في بعض المنازعات الإدارية، مثل واجب رفع الطعن إلى اللجنة الولائية المتعلقة بالتنازل عن أملاك الدولة قبل اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة، وواجب رفع تظلم إداري مسبق قبل عرض النزاع الضريبي أمام القضاء.

٢ . وجوب عرض بعض لمنازعات على اللجان الادارية قبل اللجوء إلى المحكمة المختصة.

ثانيا: تحديد المواعيد الإجرائية.

ويكون ذلك عن طريق:

---

١١ حكمها منشور في الموقع http://www.iraqijudicature.org

١٢قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة برقم ٤٥٣/انضباط/تمييز/٢٠١٢وتاريخ ٢٠١٦/٨/١٦م.

١ . تحديد ميعاد لرفع بعض الدعاوى كمدد الطعن بالإلغاء الذي يقدم أمام القضاء الإداري والتظلم الإداري الذي يسبقه في الحالة التي يقررها القانون. والمقرر قانونا والمستقر عليه قضاء أن فوات المواعيد تؤدي إلى فقدان الحق الموضوعي. وهذا كثيرا ما يقع حين قصر تلك المواعيد.

٢ . تحديد ميعاد اتخاذ بعض الإجراءات: لم يكتف المشرع بتحميل الخصم عبء القيام بالعديد من الإجراءات، بل يوجب أحيانا القيام بها ضمن مواعيد قصيرة، ويتعلق الأمر على سبيل المثال بتقديم الدفوع الشكلية ، وطلب وقف تنفيذ القرار الإداري.

الفرع الثالث: عرقلة حق التقاضي عن طريق الزيادة في كلفته

كان العراق إلى وقت قريب يتغنى بمبدأ مجانية الاستفادة من خدمات المرافق العامة، ومن بينها مرفق القضاء، وحقق ذلك عن طريق تحمل الدولة مصاريف التبليغ والتنفيذ، ولم يقرر سوى مصاريف رمزية بغرض تفادي التعسف في استعمال الحق في التقاضي.

ولكن في الوقت الحالي، ورغم ثبوت يُسر الدولة جعل اللجوء إلى القضاء مكلفا جدا، بشكل يجعل المواطنون يحجمون عن التقاضي، ويضطرون في العديد من الأحيان، إلى التنازل عن حقوقهم الضائعة إن لم يستفيدوا بالمساعدة القضائية.

وتبدو تكلفة إجراءات التقاضي، ليس فقط من خلال رفع المصاريف القضائية وكذا رفع مقابل المساعدة القضائية، والذي سيكون حافزا لرفع قيمة أتعاب المحامين، بل أساسا من خلال جعل مرفق العدالة صعب المنال إثر تكبيد المتقاضين مصاريف باهظة متنوعة، مثل قيمة التكليف بالحضور، والتي تم رفعها حتى أصبحت غير معقولة، كما أضاف المشرع للمتقاضي عبء التكفل بمصاريف ترجمة الوثائق، فضلا عن تفعيله الغرامات المدنية.

الفرع الرابع: الحق في التحكم في الخصومة أو في موضوع النزاع

ظل هذا المبدأ مجهولاً من قبل فقه الإجراءات، بل ولم يعره أي اهتمام. أما اليوم فقد أصبح موضوع جدل كبير من حيث دور المتقاضين والقاضي في تحديد موضوع المنازعة. [١٣]

ومبدأ المبادءة هذا بمعناه الضيق أن المتقاضين يملكون التحكم في موضوع المنازعة، ولهم السلطة في تحديد عناصر النزاع[١٤]أي أنه يعود لطرفي الخصومة سلطة تحديد عناصر الخصومة، فما إن يقررا الخصمان اللجوء إلى القاضي حتى يحددا العناصر التي يجب عليه أن يفصل فيها.

---

١٣ – وتم استنباط هذا المبدأ من نظيره المعروف تحت مصطلح: توجيه الخصومة la direction de procès، المنبثق بدوره من مبدأ الاتهام أو النظام الاتهامي principe accusatoire أو المبادءة أو المبادرة d'initiative ou d'impulsion.

وإذا كانت هذه السلطة معترف بها وفقا لهذا المبدأ لأطراف الخصومة، فإن الخلاف ثار حول نطاق هذه السلطة ومداها، وهل تقتصر على الوقائع؟ وتزامنا مع ذلك ما هو نطاق سلطات القاضي؟ وهل يستطيع استنباط وقائع لم يسبق للأطراف بوجه خاص الإدعاء بها؟

ويكاد يجمع الفقه على أن مبدأ المبادرة يقتصر على سلطة الأطراف في نطاق الوقائع الواردة في الادعاءات. وأن القاضي يملك سلطة النطق بالقانون de dire le droit، وبالتالي تكييف وإعادة تكييف الوقائع. (١٥)

و مبدأ المبادرة يتضمن تحقيق أمران هما:

الأول: المزاعم وتحديد الادعاءات :استنادا لمبدأ المبادرة، فإن للخصوم سلطة التحكم في الوقائع، أي الادعاءات الواقعية وأن القاضي يملك تكييف وإعادة تكييف المزاعم والادعاءات. غير أنه وفي إطار احترام مبدأ المبادرة فإن القاضي لا يملك تعديل عبارات المناقشة، وذلك بإدخال وقائع لم يثرها الخصوم. (١٦)

ومع ذلك يجوز للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار من بين عناصر المناقشات والمرافعات، الوقائع التي أثيرت من طرف الخصوم ولم يؤسسوا عليها ادّعاءاتهم.

وحيث تعتبر المصالح الخاصة هي محل الخصومة المدنية فإن الخصومة الإدارية تكون بين المصالح الخاصة والمصلحة العامة و دور القاضي يختلف ويتعين أن يكون حذرا في تسيير إجراءاتها. و أن العناية بضمان حياد القاضي لا يعني أن يكون هذا الأخير سلبيا، الأمر الذي قد يؤثر على السرعة المنتظرة للفصل في القضايا الإدارية وبوجه عام على حسن سير العدالة.

إن منح المشرع للقاضي دورا إيجابيا في تسيير الخصومة بغرض تحقيق هدفين مختلفين قد يؤدي إلى تغليب أحد الهدفين على الآخر. والحل الأسهل يكون بترجيح سرعة الفصل في المنازعات على حسن

---

14 – « le principe dispositif signifie dans son expression première litigieuse، au sens strict، que les parties ont la maitrise da la matière litigieuse، la pouvoir de fixer les éléments du litige »، J.Vincent et S.Guinchard، op.cit، p515.

15 – G.Bolard، « Les principes directeurs du procès civil، le droit positif depuis H.Motulsky »، JCP.éd.G1993، I،3693. J.Vincent et S.Guinchard، op.cit، p515.

N.Fricero et Ph.Pedrot، « les droits fondamentaux spécifiques au procès civil »، in liberté et droit fondamentaux، 9e éd 2003، Dalloz، P527

١٦د. بودالي محمد. الحقوق الأساسية الخاصة بالخصومة المدنية، بحث مقدم الى الملتقى الدولي الرابع الموسوم ب المحاكمة العادلة في القانون الجزائري والمواثيق الداخلية، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي، ٢٠١٢،ص ٣٤

سير العدالة، أي ترجيح الكم على الكيف. ولا داعي للقول أن ذلك قد يؤدي إلى التضحية بحقوق الأفراد بهدف التوصل إلى إحصائيات مثالية.

الثاني: إثبات الوقائع :إن التسليم بمبدأ المبادرة يقود إلى ترك عبء إثبات الوقائع لأطراف الخصومة.

وفي هذا القرار نبين إن الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة قد احترمت مبدأ إن الدعوى تحدد بعريضتها، ولا يجوز إحداث دفع جديد أمام محكمة التمييز يغير من الإدعاء وقد أجاد القاضي في تفسير ما منحه المشرع من دور في تسيير الخصومة ووازن في تحقيق هذين الهدفين المختلفين- سرعة الفصل و مصلحة الخصوم- ولم يغلب أحد الهدفين على الآخر، وللأهمية نورده كاملا.

القرار : ((لدى التدقيق والمداولة من الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقررت قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون ذلك أن المدعي (المميز) كان قد عين بوظيفة مستشار بالكتاب المرقم (٢٩٧٨/١/٧) في ٢٠٠٥/٤/١١ وبأمر وزاري دون موافقة مجلس الوزراء ومصادقة مجلس الرئاسة وباشر بوظيفته إلا أنه أعيد إلى وظيفة خبير بموجب الأمر الوزاري المرقم (٥٥٤/٤) في ٢٠٠٧/١/١١ الصادر من وزير المالية وقد باشر بهذا العنوان وبتاريخ ٢٠٠٧/١٢/٢ تظلم لدى الأمانة العامة لمجلس الوزراء حيث أجابت بكتابها المرقم (٢١٠٣١) في ٢٠٠٧/١٢/٢٦ بأن تعيينه بدرجة مستشار لم يكن وفق الآلية المنصوص عليها في المادة (٤٢) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية (النافذ في حينه) والتي أوجبت موافقة مجلس الوزراء ومصادقة مجلس الرئاسة لذلك فإن تعيينه يعد غير صحيح من الناحية القانونية وغير منتج لأثاره وقد أرسلت نسخة منه إلى وزارة المالية بموجب كتابها المرقم (٩٥٥٣) في ٢٠٠٩/٤/١ وقامت الأخيرة بإرسال الكتاب إلى مكتب الخبراء في مجلس الوزراء بموجب كتابها المرقم (١٦٠٢٦) في ٢٠٠٩/٤/٨ كونه موظف في المكتب المذكور وحيث أن المدعي (المميز) يطلب في دعواه إلغاء كتاب وزارة المالية وأقام دعواه ضد الأمين العام لمجلس الوزراء – إضافةً لوظيفته فتكون الخصومة غير متوجهة، أما تقديم وكيل المدعي (المميز) طلباً إلى المجلس بعد ختام المرافعة لإصدار القرار ومصادفته عطلة أدى إلى فتح باب المرافعة مدعياً فيه أن تاريخ كتاب الأمانة العامة لمجلس الوزراء المطعون به المرقم (٩٥٥٣) هو ٢٠٠٩/٤/١ وليس ٢٠٠٦/٤/١ كما ورد في لائحة استدعاء الدعوى فإن طلبه مردود لأن الكتاب المطعون به في عريضة الدعوى هو كتاب وزارة المالية المرقم (١٦٠٢٦) في ٢٠٠٩/٤/٨ وحيث أن الدعوى تتحدد بعريضتها وأنه لم يطعن في عريضة دعواه أو أثناء المرافعة بكتاب الأمانة العامة لمجلس الوزراء حتى يطلب تصحيح تاريخه كما أن وكيل المدعي (المميز) أبرز عند إقامة دعواه كتاب وزارة المالية باعتباره الأمر المطعون به كما أبرز الكتاب ذاته عندما قدم طلبه في جلسة المرافعة بتاريخ ٢٠٠٩/٧/٥ وحيث أن مجلس الانضباط قد التزم

بوجهة النظر القانونية المتقدمة وقضى برد الدعوى لعدم توجه الخصومة فيكون قراره هذا صحيحاً وموافقاً للقانون قرر تصديقه ورد اللائحة التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٦/رمضان/١٤٣٠هـ الموافق ٢٠٠٩/٩/١٦م)). [١٧]

المطلب الثاني

مدى تكريس الحق في الدفاع و الوجاهية

كان الفقه سابقاً يخلط بين حق الدفاع و مبدأ الوجاهية، إلا أنه حالياً بدأ يميل إلى التمييز بينهما: من حيث أن مفهوم حقوق الدفاع أوسع من مبدأ الوجاهية، ولا يقتصر عليه. ولما كان مبدأ الوجاهية تتضمنه حقوق الدفاع، فإنه استفاد من القرارات التي أصبغت على هذه الحقوق قيمة دستورية في القانون الفرنسي وسنعالجها تباعاً.

الفرع الأول: الحق في الدفاع

كثيراً ما ارتبط هذا الحق بالخصومة الجزائية ومع ذلك فإنه يجد مكانه في نظيرتها الخصومة المدنية. حيث يقتضي تكريس الحق في الدفاع تمكين الخصم من الدفاع عن موقفه أمام القضاء مهما يكن مركزه في الدعوى. ففي غياب المتهم، نجد هنا طرفي الخصومة المتمثلة في المدعى والمدعى عليه، حيث يعني حق احترام الدفاع وجوب ضمان وحماية الدفاع عن حقوقهما. [١٨]بحيث يكون للمتقاضي الحق في إجراءات صحيحة وعادلة، تمنح الضمانات الضرورية لدفاعه، وهو يتضمن جملة من الحقوق الأساسية التي تدعم سير الخصومة وتتعلق بجميع الأطراف، وتعرف بامتيازات أطراف الخصومة في مجال الدفاع توسعاً كبيراً بفعل تأثير فكرة المحاكمة العادلة وتبلورها في المجتمع المعاصر، ولعل المجال الأكثر وضوحا لهذا المبدأ يبدو جليا في المحاكمات التأديبية.

وقد أكدت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بقرارها بتاريخ ٢٠١١/٣/٢٤م انه يعد استجواب الموظف أو التحقيق معه من القواعد الشكلية التي لا يجوز إهمالها وهي من النظام العام وأن عدم مراعاتها يؤدي إلى بطلان الإجراءات القانونية المتخذة ، حيث ورد : ((لدى عطف النظر في الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون ذلك أن المدعى عليه (المميز) كان قد أصدر الأمر الإداري المرقم (٧٣٣/٧) في ٢٠٠٩/٨/٤ والمتضمن فرض عقوبة (لفت النظر) بحق عدد من الموظفين بضمنهم المدعي (المميز عليه) تسلسل (٩) وحيث وجد أنه لا توجد أوراق تحقيقيه في موضوع العقوبة ولم يستجوب المدعي (المميز عليه)

---

١٧ قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة المرقم٣٠٢/انضباط/تمييز/٢٠٠٩ بتاريخ ٢٠٠٩/٩/١٦م

١٨ – وهو مبدأ نادى به بداية الفقيه: Montulsky منذ سنة ١٩٦١ وكان يرى أنه مبدأ طبيعي في الممارسة القضائية، قبل أن يسلم به الفقه الحديث. J.Vincent et S.Guinchard، op.cit.، p543 .

في موضوع القرار محل الاعتراض وحيث أن تشكيل لجنة تحقيق مع الموظف أو استجواب المدعي في مثل هذه العقوبة يعد من القواعد الشكلية لا يجوز إهمالها وأنها تعد من النظام العام وعدم مراعاتها يؤدي إلى بطلان الإجراءات القانونية المتخذة وحيث أن المدعى عليه (المميز) قد خالف أحكام البنود (أولاً) و(ثانياً) و(ثالثاً) من المادة (١٠) من قانون موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ مما يستوجب إلغاء عقوبة لفت النظر المفروضة بحق المدعي (المميز عليه)، وحيث أن مجلس الانضباط العام قد التزم بوجهة النظر القانونية هذه وقرر إلغاء الفقرة (٩) من الأمر الإداري المطعون فيه، لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز ..)). [١٩]

الفرع الثاني: مدى تكريس مبدأ الوجاهية

يقتضي تسيير الخصومة والحكم في الدعوى باحترام مبدأ الوجاهية وتمكين الخصم من مناقشة الحكم القضائي بعد صدوره، كما يقتضي مبدأ الوجاهية شفافية إجراءات التقاضي، ويكون ذلك بعقد الجلسات بصفة علنية، بمعنى أن يكون لكل شخص حق حضورها وأن يسمح بنشر ما يدور فيها. ويستثنى من ذلك حالة مساس العلانية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة، كما يمكن للقاضي أن يخرج من القاعة المخصصة للجلسة كل من يخل بنظامها . وفي كل الحالات تصدر الأحكام في جلسة علنية ، فالتواصل بين الأطراف ومع القاضي يسمح في نهايته بالحصول على حكم أكثر توافقاً مع الحقيقة.

و الوجاهية تهدف فى جملتها إلى توفير الضمانات الأساسية للمتهم للدفاع عن نفسة و لدرء الاتهام عنه، و ذلك بإحاطته علما بذلك باعتباره صاحب الشأن في الدعوى، بإعلانه بقرار الإحالة المتضمن بيانا بالمخالفات المنسوبة إليه و بتاريخ الجلسة المحددة لنظر الدعوى ليتمكن من الحضور بنفسه أو بوكيل عنه أمام المحكمة للإدلاء بما لديه من إيضاحات، و تقديم ما قد يعن له من بيانات و أوراق لاستيفاء الدعوى و استكمال عناصر الدفاع فيها و متابعة سير إجراءاتها و ما إلى ذلك مما يتصل بحق الدفاع و يرتبط بمصلحة جوهرية لذوى الشأن، وهو إجراء جوهري رسم الشارع طريقة التحقق من اتمامه على الوجه الأكمل للاستيثاق من تمام هذه الإجراءات، و لذلك يترتب على إغفاله وقوع عيب شكلي فى الإجراءات يؤثر على الحكم و يترتب عليه بطلانه . [٢٠]

---

١٩ – قرارالهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم ١٢٠/انضباط/تمييز/٢٠١١ وتاريخ ٢٠١١/٣/٢٤م

٢٠ – ينظر في ذلك : حكم المحكمة الادارية العليا في مصر : المكتب الفنسنة " 13" ص –٢٦٣ –القاعدة رقم (٣٦)

إن مبدأ الوجاهية حسب تعبير الأستاذ: *R.Martin* "هو محرك الدعوى من بدايتها إلى نهايتها، وهو كيفية وجودها، بل هو أكثر من كيفية، إنما هو سبب وجودها ذاته".[٢١]

إن قاعدة المناقشة الحرة بين أطراف الخصومة التي كرسها مبدأ الوجاهية، تعتبر عاملاً لا غنى عنه لإعادة التوازن مقابل السلطات المتزايدة للقاضي، ولو لا تلك القاعدة السابقة لكان ذلك التوسع غير مسموح به.ولذات السبب وجب على القاضي نفسه مراعاة مبدأ الوجاهية في جميع الظروف. وهو ما يعني بوجه خاص عدم جواز أن يؤسس حكمه على أوجه قانونية أثارها من تلقاء نفسه، دون أن يدعو أطراف الخصومة إلى إبداء ملاحظاتهم بشأنها. وتنطبق ذات القاعدة حتى ولو كانت الأوجه التي يريد إثارتها القاضي من النظام العام. [٢٢]

وهو ما عبرت عنه بحق المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان استناداً إلى نص المادة ١/٦ الشهير من الاتفاقية حينما ذهبت إلى: "أن الوجاهية تعني بالنسبة للطرف في الخصومة، مكنة الإحاطة علما بالملاحظات والوثائق المقدمة من قبل الطرف الآخر، فضلاً عن مناقشتها"[٢٣]. ولا يهم في هذا الصدد إن كانت الملاحظة أو الوثيقة تم تقديمها للقاضي من قبل طرف في الخصومة أو من النيابة العامة. [٢٤]

ويمكن حصر مظاهر احترام الوجاهية من خلال إجراءات سير الخصومة وما يتعلق بها من حقوق على النحو الآتي:[٢٥]

١:حق كل شخص في إعلامه بوجود إجراءات تم اتخاذها ضده، استنادا إلى قاعدة: أنه لا يمكن لأي طرف أن يحاكم دون أن يتم سماعه أو استدعاؤه.[٢٦]ويخضع استدعاء الأطراف عن طريق التكليف بالحضور لإجراءات معينة، من شأنها أن تمنح لهم الوقت الكافي من أجل تحضير الدفاع.

---

21 – Le principe de contradictoire est « le moteur de l'instance du début à sa fin، elle est sa façon d'être، et plus que sa façon، sa raison ». théorie générale du procès، n°132، éd.juridiques et techniques..

٢٢ – حول ضرورة مراعاة مبدأ الوجاهية حتى في المسائل الولائية

Civ. 1re، 13 jan 1993. RTDCIV.، 1993، 647، obs. Perrot.

23 – Que la contratiction « implique pour une partie، la faculté de prendre connaissance des observations et pièces produites par l'autre، aussi que d'en discuter ».

CEDA، 23 juin 1993، Ruis Mateos/Espagne، série A، n°262.

24 – CEDH، labo Machado C/Portugal، RTDciv.1996، 1028، obs. Marguenaud.

٢٥ – د. بودالي محمد.المصدر السابق،ص ٣٨

26 – « Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée ». Art NCPCF.

٢: إن إعلام الخصم ينبغي أن ينصب على مجمل عناصر الخصومة، وفي ذلك ذهبت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة في قرارها بتاريخ٢٠١١/٥/٢٩ ((...لاحظ المجلس أن المدعي لم يتم استجوابه قبل إصدار قرار بإقالته وذلك بإقرار وكيل المدعى عليه في جلسة ٢٠١٠/٩/٢٣ بعد أن كلفه المجلس بتقديم استجواب المدعي في حالة وجوده وقد دفع وكيل المدعى عليه بأن المدعي كلف بالحضور للاستجواب ولم يحضر وجد المجلس مما تقدم أن إقالة المدعي مدير عام تربية الديوانية لا يستند إلى إجراءات قانونية صحيحة ذلك أن الإقالة المفروضة صدرت دون استجواب بينما ألزمت المادة (٥١) من القانون على لزوم استجواب الشخص المعني قبل إصدار أمر إعفاءه أو إقالته ولم يثبت للمجلس أي دليل على تكليف المدعي بالحضور للاستجواب وامتناعه عن ذلك قرر المجلس بالاتفاق الحكم بإلغاء قرار مجلس محافظة الديوانية رقم (٢١١) بالعدد (١٠١٥) في ٢٠٠٩/٧/١٣ وتحميل المدعى عليه المصاريف وأتعاب محاماة لوكيل المدعي المحامي (ع.ح.ال) مبلغاً مقداره خمسون ألف دينار صدر الحكم استناداً للمواد ١٦٥ و١٦١ و١٦٦ من قانون المرافعات المدنية والمادة (٦٣) من قانون المحاماة حضورياً قابلاً للتمييز لدى الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة وأفهم علناً في ٢٠١١/٥/٢٩م)). [٢٧]

٣: العناية بإجراءات التحقيق،كحضور الخصوم عند إجراء الخبرة، وتسجيل أقوالهم وملاحظاتهم تحت رقابة القاضي الذي يكون له أن يراقب مدى استيفاء جميع العناصر المكونة للخبرة تحت طائلة الأمر باستكمال التحقيق. أو بإحضار الخبير أمامه بغرض تقديم المزيد من المعلومات.. وقد نقضت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بقرارها – المشار إليه سابقا– قرار مجلس الانضباط العام لإهماله مبدأ الوجاهية رغم انه لم يسمه، حيث ور : ((.. وحيث وجد أنه لا توجد أوراق تحقيقيه في موضوع العقوبة ولم يستجوب المدعي (المميز عليه) في موضوع القرار محل الاعتراض وحيث أن تشكيل لجنة تحقيق مع الموظف أو استجواب المدعي في مثل هذه العقوبة يعد من القواعد الشكلية لا يجوز إهمالها وأنها تعد من النظام العام وعدم مراعاتها يؤدي إلى بطلان الإجراءات القانونية المتخذة ... مما يستوجب إلغاء عقوبة لفت النظر المفروضة بحق المدعي (المميز عليه))). [٢٨]

٤: ينبغي أن تسود الوجاهية على مستوى جميع المراحل الإجرائية للخصومة من حيث وجوب الاستماع إلى الخصوم ومحاميهم وجاهيا. كما يمكنه أن يطلب من الخصوم تقديم توضيحات بخصوص المسائل القانونية أو الواقعية عند الضرورة أو في حالة الغموض.وإذا كان الأصل هو عدم جواز تقديم طلبات أو ملاحظات

---

٢٧ – قرارالهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم ٥٩١/انضباط/٢٠١١وتاريخ٢٠١١/٥/٢٩

٢٨ – قرارالهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم ١٢٠/انضباط/تمييز/٢٠١١ وتاريخ ٢٠١١/٣/٢٤م

بعد إقفال باب المرافعات، فإنه يجوز استثناء عند الضرورة الخروج على القاعدة السابقة وذلك بناء على طلب احد الخصوم أو في حالة قيام الادعاء العام بإبداء ملاحظات بأية صفة كانت.

ويبدو إن القضاء العراقي قد كرس هذا المبدأ في العديد من أحكامه، فهذا المبدأ أصبح حقاً وضمانة جوهرية ليس على المستوى الجنائي أو المدني فحسب وإنما على مستوى القضاء الإداري أيضا من ذلك ان الخصم يقتضي تبليغ جميع المذكرات والوثائق التي يستند إليها الخصم لتبرير طلباته و دفوعه للخصم الآخر، سواء أثناء الجلسة أو خارجها بواسطة أمين الضبط، مهما تكن الجهة القضائية المختصة، وذلك بغرض الإطلاع عليها ومناقشتها. ويمكن للقاضي أن يستبعد من المناقشة كل وثيقة لم يتم إبلاغها خلال الآجال، وبالكيفية التي حددها .

وفي ذلك قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بتاريخ ٢٠١١/٣/٢٤ الذي ذهب إلى ان عدم وجود أوراق تحقيقيه في موضوع العقوبة وعدم استجواب المدعي في موضوع القرار محل الاعتراض يؤدي إلى بطلان الإجراءات القانونية المتخذة ، حيث ورد : ((لدى عطف النظر في الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون ذلك أن المدعى عليه (المميز) كان قد أصدر الأمر الإداري المرقم (٧٣٣/٧) في ٢٠٠٩/٨/٤ والمتضمن فرض عقوبة (لفت النظر) بحق عدد من الموظفين بضمنهم المدعي (المميز عليه) تسلسل (٩) وحيث وجد أنه لا توجد أوراق تحقيقيه في موضوع العقوبة ولم يستجوب المدعي (المميز عليه) في موضوع القرار محل الاعتراض وحيث أن تشكيل لجنة تحقيق مع الموظف أو استجواب المدعي في مثل هذه العقوبة يعد من القواعد الشكلية لا يجوز إهمالها وأنها تعد من النظام العام وعدم مراعاتها يؤدي إلى بطلان الإجراءات القانونية المتخذة وحيث أن المدعى عليه (المميز) قد خالف أحكام البنود (أولاً) و(ثانياً) و(ثالثاً) من المادة (١٠) من قانون موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ مما يستوجب إلغاء عقوبة لفت النظر المفروضة بحق المدعي (المميز عليه)، وحيث أن مجلس الانضباط العام قد التزم بوجهة النظر القانونية هذه وقرر إلغاء الفقرة (٩) من الأمر الإداري المطعون فيه، لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠/ربيع الثاني/١٤٣٢هـ الموافق ٢٠١١/٣/٢٤م)). [٢٩]

واحترام مبدأ الوجاهية من القاضي يقتضي تفادي فصله في الدعوى المعروضة عليه بناء على علمه الشخصي، بل يتعين عليه أن يتقيد وأن يؤسس حكمه على الوقائع والأسانيد المقدمة له أثناء المرافعات والتي كانت محل مناقشات حضوريا، وهذا يستدعي أن يكون القضاة المشاركون في المداولة قد حضروا الجلسات التي سبق أن عرضت فيها القضية على هيئة المحكمة، أو قدمت فيها مذكرات، أو اتخذت فيها

٢٩ – قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم ١٢٠/انضباط/تمييز/٢٠١١ وتاريخ ٢٠١١/٣/٢٤م

إجراءات التحقيق. ولكن يجوز للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار، من بين عناصر المناقشات والمرافعات، الوقائع التي أثيرت من طرف الخصوم ولم يؤسسوا عليها ادعاءاتهم.

والقاعدة أن تسمع أقوال الخصوم أو وكلائهم أثناء انعقاد الجلسة بحضور الخصم الآخر. وفي حالة تعذر ذلك بسبب غياب الطرف الآخر يلتزم القاضي بتبليغه بها كي يمكنه من الإطلاع على المستندات والأدلة المقدمة ضده.

ومن الجدير بالذكر ان دور مجلس الدولة في فرنسا تعرض للنقد من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، لعدم احترام مبدأ الوجاهية حيث أدانت بعض إجراءات عمل المجلس تطبيقا لما عرف في قضاء المحكمة بنظرية الظاهر، و تأسيسا على أحكام المادة ٠٦ فقرة ٠١من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و حرياته الأساسيةو ذلك في قرارها الصادر بتاريخ: ٢٠٠١/٠٦/٠٧ في قضية السيدة KRESS ضد فرنسا.

حيث ان الانتقادات التي أبدتها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد طالت نظام مفوض الحكومة، و ما مدى صحة و جدية هذه الانتقادات من خلال التساؤل حول مدى تأثير هذا الدور إيجابا أو سلبا على الحق في المحاكمةالعادلة ؟

ومن المعروف إن المهمة الأساسية لمفوض الحكومة تتمثل في تقديم حلول للقضايا النزاعية لتشكيلة الحكم بكل استقلالية وفقا لما نصت عليه المادة (٧) لقانون القضاء الإداري [٣٠]، وانطلاقا من هذه المادة يمكن القول أن الوظيفة الأساسية لمفوض الحكومة هي تقديم تقارير أو نتائج حول النزاع الإداري المعروض للفصل فيه بشكل عام وفقا لرأيه و وفقا لما يقتضيه القانون و وفقا لضميره المهني فقط، ومن هذه الزاوية فإن المبدأ هو حرية إبداء هذه النتائج دون قيد أو شرط مسبق وثانيا إلزامية تقديم هذه النتائج وهو بهذا الدور يعد كأحد أهم عناصر مؤسسة مجلس الدولة.[٣١]

---

30 – Capitant David . ''le ministère public devant le juridiction administratives en France''، article sure internet cite : http://aplcaext .cjf.gou.br/pub doc.09 pages /. p. 05/09.

٣١ – من الناحية العملية ان الملفات التي تصل إلى كتابة الضبط بمجلس الدولة الفرنسي تقسم أولا على الشعبتين الفرعيتين من أجل التحقيق فيها، حيث يعهد بها إلى قاض مقرر من طرف رئيس الشعبة، عندما يدرس هذا الأخير الملف ويضع مشروعا للقرار تعقد جلسة للتحقيق يتم من خلالها تحديد المعنى العام لمشروع القرار المعد من المقرر، وفي هذا الوقت يتدخل مفوض الحكومة إذ يحضر جلسة التحقيق و يأخذ الملف لفحصه بطريقة موازية، خلال فحصه للملف يقوم باقتراح الحل الذي يراه مناسبا للنزاع بكل استقلالية و يمكن في هذا الصدد أن ينحرف عن ما ذهب إليه المقرر، وفي هذه الحالة يجب عقد جلسة ثانية للتحقيق لمناقشة هذا الحل، خلال الجلسة العلنية يحتل مفوض الحكومة مكانا محددا في إجراءات يغلب عليها الطابع الكتابي حيث يكون المفوض آخر من يتكلم في الجلسة، ليعرض نتائجه شفهيا وعلنيا، وفي هذا الصدد فإن المبدأ الذي كرسته الممارسة و القانون هو حرية إبداء النتائج دون الخضوع أو التحيز لأي كان و وفقا لضميره المهني.

وترجع قضية السيدة KRESS [٣٢]إلى سنة ١٩٨٦ حيث تعرضت السيدة KRESS إلى عملية جراحية بأحد المستشفيات المدنية بمدينة ستراسبورغ و تعرضت بعد العملية إلى مضاعفات عصبية ثم إلى حروق على مستوى كتفها الأيسر بسبب سقوط كأس من الشاي الساخن عليها داخل المستشفى .

رفعت المدعية على إثر ذلك طلبا مستعجلا لرئيس المحكمة الإدارية في ستراسبورغ لتعيين خبير لفحصها وتقييم الأضرار، ثم رفعت دعوى في الموضوع أمام نفس المحكمة للمطالبة بالتعويض على أساس الخطأ الطبي ومسؤولية المستشفى عما لحق بها من أضرار، وبعد أخذ و رد حكمت المحكمة الإدارية بتعويض للمدعية قدره ٥٠٠٠ فرنك فرنسي آنذاك كتعويض عن الضرر الناتج عن الحروق ١٩٩٣/٤/٠٨، ثم رفعت المدعية طعنا بالنقص أمام مجلس الدولة في القرار مؤسسة طعنها موضوعا على قرار سابق للمجلس يتعلق بالتعويض عن المسؤولية الطبية غير الخطيئة، أثناء نظر القضية أمام المجلس و بعد غلق باب المرافعة ووضع القضية في المداولة، أثار محامي الطاعنة نقطة تتعلق بمفوض الحكومة حيث أشار إلى أن هذا الأخير أثناء تدخله في تقديم تقريره عبر عن شك في الطابع الاستثنائي للضرر الذي تعرضت له المدعية منذ ١٩٨٦/٠٤/٠٨ .

بموجب قرار صادر في ١٩٩٧/٧/٣٠ رفض مجلس الدولة الطعن بالنقض موضوعا معتبرا أن قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقا سليما على الوقائع التي ثبتت لديهم في ملف الدعوى و رفض بالتالي تطبيق المسؤولية غير الخطئية للمستشفى لعدم اجتماع عناصرها.

وبتاريخ ١٩٩٧/١٢/٣٠ أودعت السيدة KRESS عريضة لدى اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان ضد الدولة الفرنسية، مؤسسة إياها على أحكام المادة (٦) فقرة (١) [٣٣]، من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و حرياته الأساسية و على مجموعة من القرارات السابقة للجنة و المحكمة، تتعلق بتطبيقات هذه المادة في دول أوروبية[٣٤]، حيث أثارت المدعية دفعيين أساسين في القضية يرتبطان مباشرة بمفوض الحكومة، يتعلق الأول

---

32 – R.D.F.A sept 2001 pp .1009 –1008 أنظر محتوى قرار المحكمة في قضية KRESS في

٣٣ – تنص الفقرة (١) من المادة(٦)من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و حرياته الأساسية(لكل شخص . عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته، أو في اتهام جنائي موجه إليه . الحق في مرافعة علنية عادلة خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة غير منحازة مشكلة طبقاً للقانون.ويصدر الحكم علنياً. ويجوز منع الصحفيين والجمهور من حضور كل الجلسات أو بعضها حسب مقتضيات النظام العام أو الآداب أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي. أو عندما يتطلب ذلك مصلحة الصغار أو حماية الحياة الخاصة للأطراف. وكذلك إذا رأت المحكمة في ذلك ضرورة قصوى في ظروف خاصة حيث تكون العلنية ضارة بالعدالة).

34 – Les arrêts : borger c. /Belgique 05/10/1999 l’arrête la Machado c/Portugal 20/06/1996 .l’arrête Reinhard et Sliman kaid c/France 31/03/1998.

بأنها لم تعلم بنتائج مفوض الحكومة قبل الجلسة و بالتالي لم تكن لها الفرصة للرد عليها أثناء المرافعة باعتبار أن المفوض هو اخرمن يأخذ الكلمة في الجلسة، و بالنسبة للدفع الثاني أثارت الطاعنة مسألة حضور المفوض للمداولة مع أنه خلص في تقريره إلى رفض الطعن مما يصطدم مع مبدأ تساوي الدفوع و يزرع شكا حول حاد قضاء الحكم وحق المدعي في محاكمة عادلة [٣٥] .

وقد خلصت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بأن الطاعنة أسست دعواها على المادة (٦)فقرة (١) بعدم استفادتها من محاكمة عادلة أمام القضاء الإداري، حيث يمكن تقسيم مطلبها على إلى فرعين:

الأول:إن الطاعنة و محاميها لم يكن لهما علم بنتائج مفوض المحكومة قبل الجلسة، و بالتالي لم يكن لهما إمكانية الرد بعد ذلك لأن هذا الأخير هو أخر من يتكلم قبل انصراف تشكيلة الحكم للمداولة رغم كونه لا يصوت، بما يشكل خرقا جسيما للحق في محاكمة عادلة ناتج عن عدم تساوي الدفوع و الحق في اجرءات وجاهية.

بعد أن ذكرت المحكمة بقضائها السابق في القضايا التي عرضت عليها، التي أثارتها الطاعنة كأسباب لتأسيس دفاعها و التي تعلقت بمسائل قريبة من تلك المثارة في قضية الحال غير أنها كانت كلها قضايا أثيرة على مستوى القضاء المدني أو الجنائي، ولم تتعلق أي منها بالقضاء الإداري و أقرت المحكمة بخصوصية القضاء الإداري الفرنسي.

الثاني: فيما يتعلق باستقلالية و حياد مفوض الحكومة، قالت المحكمة بأن ذلك ليس موضوع شك لديها بأن وجوده و نظامه العضوي ليسا موضع للتقييم من قبلها على ضوء الاتفاقية بل على العكس من ذلك فان تقارير المفوض تكتسي أهمية كبيرة من حيث محتواها في الخصومة الإدارية، أما في ما يخص عدم التبليغ المسبق لتقارير مفوض الحكومة للأطراف، واستحالة الرد عليها في الجلسة، فقد أجابت المحكمة بعد تذكيرها بمبدأ تساوي الدفوع، ولكن نتائج المفوض لا تشكل وثيقة مكتوبة في معظم الحالات حيث أن هذا الأخير يعرضها لأول مرة شفويا في الجلسة و أن الجميع يكتشف محتواها لأول مرة في هذه اللحظة، سواء بالنسبة للقضاة أو الأطراف أو الحضور [٣٦] .

اما فيما يتعلق بحضور مفوض الحكومة لمداولة مجلس الدولة أدانت المحكمة ذلك، تأسيسا على ما عرف بنظرية الظاهر [٣٧]، حيث لاحظت المحكمة بأن مفوض الحكومة يعبر علنا عن قبول الحجج المقدمة

---

35 – l’arrête KRESS R.DF.A. OP .cit.p.1093

٣٦ – دريد كمال، مجلس الدولة الفرنسي: ضمانات الحياد و مقتضيات المحاكمة العادلة بحث مقدم الى الملتقى الدولي الرابع الموسوم ب المحاكمة العادلة في القانون الجزائري والمواثيق الداخلية، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي، ٢٠١٢،ص ٢٣٨

37 – l’arrête KRESS R.DF.A. OP .cit.p.١٠١٦

من هذا الطرف أو ذلك، و بذلك يمكن أن يعتبره خصما أو حليفا لأحد الأطراف من وجهة نظر أحد المتقاضين، ومن جهة أخرى يمكن للمتقاضي أن يثير شعورا بعدم المساواة عندما يسمع خلال الجلسة علنيا تقرير مفوض الحكومة المناقض لطرحه في الخصومة، ثم يراه ينصرف مع تشكيلة الحكم ليحضر المداولة في سرية داخل غرفة المشاورة .

وتأسيسا على ذلك، خلصت المحكمة إلى أنه حتى ولو بررت الحكومة حضور مفوض الحكومة لأسباب تقنية فإن الأهمية العليا للمتقاضي ترجح في هذه الحالة، إذ من حقه الحصول على ضمان بأن مفوض الحكومة بحضوره المداولة لا يؤثر على مجراها وهو ما لا يوجد في النظام الفرنسي الحالي، وعليه و بالنتيجة رأت المحكمة بأن لذلك خرق للمادة ٠١/٠٦ من الاتفاقية[٣٨].

ونرى ان هذا الحكم قد اكد على مظهرين من مظاهر مبدأ الوجاهية هما مبدأ تساوي الدفوع و نظرية الظاهر، مما يقتضي بيان مضمونهما:

الفرع الثالث: مبدأ تساوي الدفوع

مبدأ تساوي الدفوع باعتباره يشكل أحد المعاني الواسعة للمحاكمة العادلة معناه أن كل طرف يحصل على إمكانية معقولة لطرح حججه في ظروف لا تجعله في وضعية إجحاف مقارنة بخصمه، وهذا المبدأ يجد جذوره ضمن الحق في محاكمة عادلة الذي نصت عليه المادة ٠١/٠٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، حيث طورت اللجنة الأوروبية و من بعدها المحكمة هذا المبدأ غير المكتوب و الذي يعد في القضاء الأوروبي ضمانة للتوازن بين الأطراف خلال المحاكمة، هذا التفسير الواسع للمادة ٠١/٠٦ ارتكز على مبدأ المساواة الذي يشكل أحد دعائم الديمقراطية المثالية التي بحثت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في تحقيقها.

وعموما فأن مبدأ تساوي الدفوع يقتضي أن كل الأطراف يكون لهم نفس الحق من المساواة في التعبير عن طلباتهم و دفوعهم أمام هيئة الحكم خلال الجلسة فقط دون تمييز أو تبجيل لأي منهم.[٣٩]

وان احترام مبدأ تساوي الدفوع يقتضي حضور الأطراف في الجلسة، فلا يمكن الحديث عن مساواة حقيقية للدفوع إلا إذا كانت جهة الاتهام و الدفاع حاضرتين معا و لهما إمكانية تغيير وجهات نظرهما السابقة، و على هذا الأساس شنت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان هجوما شرسا على مؤسسة المحامي العام في الدول الأوروبية خاصة في بلجيكا بسبب عدم التبليغ المسبق لتقاريره للأطراف، واستحالة الرد عليها في الجلسة، حيث رأت المحكمة أنه بغض النظر عن الموضوعية المعترف بها لهؤلاء فإن تقاريرهم المتضمنة

---

38 – I bid .p.1017

٣٩ – دريد كمال،المصدر السابق،ص ٢٤٠

التوصية برفض أو قبول مسألة ما تحوله إلى حليف أو خصم لأحد الأطراف، و أن حضوره في المداولة يمنحه ظاهريا فرصة إضافية لدعم تقريره في غرفة المشورة بعيدا عن أية وجاهية [٤٠].

ومن الجدير بالذكر ان الحكومة الفرنسية عبرت أمام المحكمة في قضية السيدة KRESS، بإن مهمة مفوض الحكومة لا تختلف عن مهمة قاض مقرر و وجه الاختلاف الوحيد بينهما هو أنه يعبر علنا عن رأيه و لا يصوت، كما أكدت الحكومة الفرنسية بأن المفوض قاضي محايد و لاشيء يمنعه من المشاركة في المداولة ولا حتى التصويت فيها، و إذا كان لا يصوت فإن ذلك من باب الحفاظ على سرية المداولة فقط[٤١].الا إن هذا الرأي رفض من قبل المحكمة، حيث قالت بأن الحجة المتعلقة بمنع المفوض من التصويت بسبب قاعدة سرية المداولة هي حجة يضعفها القانون الداخلي لأن القاضي الحقيقي يتمتع بحق التصويت إلا في حالة رده، ومن جهة أخرى يصعب التسليم بأن جانبا من القضاة يعبرون علنا عن آرائهم و الآخرين يعبرون عنها خلال المداولة فقط وبهذا تكون المحكمة قد تجاهلت رأي الفقه الذي يرى في مفوض الحكومة مستشارا قضائيا يعبر عن أرائه الشخصية، وبذلك اعتبرت المحكمة المفوض قاضيا ولكنه خارج تشكيلة الحكم[٤٢].

الفرع الرابع: نظرية الظاهر

نظرية الظاهر يختصرها المثل الانجليزي في كون أن " العدالة لا يجب أن تعمل فقط بل أن ترى بأنها تعمل فعلا،justice must note only done it must be seen to be done" وعليه فلا يكفي أن تكون العدالة محايدة بل يجب أن يرى المتقاضي فعلا أنها محايدة[٤٣] .

ومن الجدير بالذكر انه من التقاليد المتبعة في مجلس الدولة أن يحضر مفوض الحكومة في مداولة تشكيلة الحكم، ولكن بحكم أنه يعبر عن رأيه علنيا خلا الجلسة فإنه لا يصوت خلال المداولة، واعتبر هذا التقليد في فرنسا بمثابة حفاظ على سرية المداولة، و يتمثل هذا السر في أنه لا يمكن لأحد أن يعرف منحى التصويت لأي من القضاة الذين وضعوا القرار، وبالنتيجة فالقاضي الذي عبر عن رأيه لا يشارك في التصويت السري، و هذه السرية لا تسري في مواجهة مفوض الحكومة الذي يحضر المداولة طبقا للمادة

٤٠ – قرار اللجنة في قضية BORGER سنة ١٩٩١ ضد بلجيكا، يتعلق بمسألة عدم إمكانية رد الأطراف على تقرير النائب العام أمام محكمة النقض البلجيكية بمايشكل خرقا للمادة ٠٦ فقرة ٠١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان

41 – Autin (G، L)، "juridiquement fragile، stratégiquement correct"، R.F.D.A sept 2001،p1007

42 – Ibid .p.1006

٤٣ – دريد كمال،المصدر السابق،ص ٢٤٥

٠٧/٧٣١ من قانون القضاء الإداري دون أن يشاركهم التصويت[٤٤]، غير أن هذا التقليد أو هذه الوضعية لمفوض الحكومة في المنازعة الإدارية انتقدت بشدة من طرف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، حيث اعتبرت المحكمة في قضية السيدة KRESSأن مشاركة مفوض الحكومة في مداولة تشكيلية الحكم يقوض المادة ٠١/٠٦ من الاتفاقية، حيث غلبت المحكمة نظرية الظاهرة و رأت أن مفوض الحكومة الذي يعبر علنا على قبول أو رفض الحجج المقدمة من أحد الأطراف، يمكن أن يعتبر شرعا كمدعم لأحد و ضدا للطرف الآخر، كما أن المصلحة العليا للمتقاضي تستلزم أن هذا الأخير يجب أن يحصل على ضمان بأن مفوض الحكومة لا يمارس تأثيرا ما على القضاة خلال المداولة [٤٥].

وقد أكدت المحكمة هذه النظرة مرة أخرى بتاريخ: ٢٠٠٥/٠٧/٠٥ في قضية MARIE LOUISE وما كان للحكومة الفرنسية الا ان تستجيب لقضاء المحكمة فأصدرت المرسوم رقم ١٥٨٦/٠٥ عدلت فيه المادة ٠٧/٧٣١ من قانون القضاء الإداري على النحو التالي(يحضر مفوض الحكومة المداولة ولكنه لا يشارك فيها)، غير أن المحكمة الأوروبية أعادت الكرة و أدانت الحكومة الفرنسية من جديد في ٢٠٠٦/٠٤/١٢ و التي تتعلق بقضية MARTINE، ومن ثم صدر المرسوم رقم: ٩٦٤/٢٠٠٦ المؤرخ في ٢٠٠٦/٠٨/٠١ الذي استحدث نصا أكثر تماشيا مع القضاء الأوروبي وفقا للصياغة التالية (تتم المداولة أمام المحاكم الإدارية و المحاكم الإدارية الإستئنافية خارج حضور مفوض الحكومة، أما أمام مجلس الدولة فإن مفوض الحكومة يحضر المداولة دون أن يشارك فيها إلا في حالة طلب مخالف من الأطراف) المادة ٠٣/٧٣٣ من قانون القضاء الإداري[٤٦].

ومن تطبيقات نظرية الظاهر في العراق انه لا يجوز للقاضي الذي لم يكن احد اعضاء الهيئة التي ختمت المرافعة أن يشترك في إصدار القرار و لا يجوز إصدار القرار في الدعوى الا من القضاة الذين اشتركوا في إفهام ختام وقد قضى مجلس شورى الدولة فيقرار له انه:((لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان مجلس الانضباط العام اصدر قراره المميز بتشكيل يختلف عن التشكيل الذي ختم فيه المرافعة لغرض تفهيم القرار، حيث وجد إن احد أعضاء المجلس لم يكن قد اشترك في الجلسة المؤرخة في ٢٠٠٨/١١/٤ عندما افهم المجلس ختام المرافعة، وحيث ولا يجوز للقاضي الذي لم يكن احد أعضاء الهيئة التي ختمت المرافعة ان يشترك في إصدار القرار ولا يجوز إصدار القرار في الدعوى الا

---

44 – Le commissaire du gouvernement، article sure internet cit : www.gynopedie-juridique .net/tribadmin/comdigov/htm

45 – Ibid

46 – Capitant David .Op.cit. p.08.

من القضاة الذين اشتركوا في افهام ختام المرافعة في الدعوى، عليه قرر نقض القرار المميز وإعادة الدعوى إلى المجلس لفتح باب المرافعة والسير فيها وفقاً لما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٣٠/ذي الحجة/١٤٢٩هـ الموافق في ٢٠٠٨/١٢/٢٨م)). [٤٧]

الفرع الخامس: مدى تكريس الحق في الطعن

من المهم ان يخول المشرع للخصم حق الطعن في الأحكام التي تصدر عن مختلف جهات القضاء. وهذا مبرر بالنظر إلى احتمال وقوع القاضي في خطأ غير عمدي في تقدير الوقائع أو في تطبيق القانون، أو تعسف القاضي أو تجاوزه للسلطة.

كما انه من المهم ان يمنع المشرع الطعن في الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع سوى مع الحكم القطعي، بغرض ضمان الفصل في القضايا في آجال معقولة.

فمن مهام القاضي الأساسية في الدعوى الإدارية مراعاة الجوانب الإنسانية والاقتصادية والاجتماعية والأمنية للمتداعيين أو لأحدهما دون الإخلال بجوهر النص او مخالفة للقانون حفاضا على حقه في ممارسة حقه في طعن عادل .

وقد تسنى لمجلس شورى الدولة تطبيق ذلك في قرار له حيث قضى مجلس الانضباط العام بابطال عريضة دعوى لعدم حضور المدعى بناء على طلب المدعى عليه استناداً لإحكام المادة (٥٦) من قانون المرافعات المدنية دون ان يراعي ظروف المدعي سيما انه ووكيله من سكنة محافظة واسط وان الظروف الأمنية الحالية قد تستلزم قطع الطريق او التأخير في الوصول إلى مركز محافظة بغداد فكان فذهب المجلس إلى انه :((لدى عطف النظر على الحكم المميز لوحظ ان مجلس الانضباط العام وبجلسته المؤرخة في ٢٠٠٨/٣/٢٧ قرر تأجيل المرافعة إلى يوم ٢٠٠٨/٤/٢٠ لغرض تدقيق الدعوى وبتاريخ ٢٠٠٨/٤/٢٠ قرر ابطال عريضة الدعوى لعدم حضور المدعى بناء على طلب المدعى عليه استناداً لأحكام المادة (٥٦) من قانون المرافعات المدنية دون أن يراعي ظروف المدعي سيما انه ووكيله من سكنة محافظة واسط وان الظروف الأمنية الحالية قد تستلزم قطع الطريق أو التأخير في الوصول إلى مركز محافظة بغداد فكان على المجلس أن يأخذ ذلك بنظر الاعتبار والسير بالدعوى أو تركها للمراجعة لذا قرر نقض القرار المميز وإعادة الدعوى إلى مجلس الانضباط العام للسير فيها وفق المنوال المتقدم لإصدار قراره بما يتراءى له وفقاً للقانون على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة ....)). [٤٨]

---

٤٧ – قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم ٢٦٦/انضباط/تمييز/٢٠٠٨وتاريخ ٢٠٠٨/١٢/٢٨ م

٤٨ – قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم ١٢٩/انضباط/تمييز/٢٠٠٨وتاريخ ٢٠٠٨/٥/٢٩ م.

وفي الاتجاه ذاته تقريبا قرر المجلس انه اذا كان المدعي قد دفع الرسم القانوني وحضر جلستين سابقتين فانه يدل على جديته بمتابعة حقوقه في الدعوى التي أقامها واتجاه كل هذه الظروف كان يتوجب ان يمنح المدعي الوقت الكافي لحضوره حتى انتهاء الدوام، تحقيقاً للعدالة.

حيث ورد:((لدى عطف النظر على القرار المميز وجد ان مجلس الانضباط العام قرر إبطال عريضة الدعوى بناءاً على طلب وكيل المدعى عليه لعدم حضور المدعي في الساعة المحددة له في الجلسة السابقة وبلوغ الساعة (١١,٢٠) الحادية عشر وعشرين دقيقة استناداً إلى أحكام المادة (٢/٥٦) من قانون المرافعات المدنية دون أن يلاحظ المجلس الظروف الحالية غير الطبيعية التي يمر بها البلد بسبب اختناقات الطرق العامة وقطع الطرق احياناً فكان على المجلس ان يراعي هذه الظروف غير المعتادة كما ظهر في سير المرافعات ان المدعي كان قد دفع الرسم القانوني وحضر جلستين سابقتين مما يدل على جديته بمتابعة حقوقه في الدعوى التي اقامها واتجاه كل هذه الظروف كان على المجلس ان يمنح المدعي الوقت الكافي حتى انتهاء الدوام الرسمي ثم ينظر في دفع المدعي عليه وحيث ان قانون الإثبات قد اعطى للقاضي دوراً ايجابياً يقع على عاتقه تحقيق العدالة وان تأخر المدعي للأسباب اعلاه يعد عذراً قانونياً لابد من مراعاته لاسيما وان المدعي قد حضر بعد صدور القرار لكل ما تقدم وما تقتضيه العدالة قرر نقض القرار وإعادة الدعوى الى مجلس الانضباط العام للسير في هذه الدعوى لاتخاذ القرار المناسب على ان يبقى رسم التمييز خاضعاً للنتيجة ....)). [٤٩]

المطلب الثالث

مدى تكريس حياد واستقلال القضاء

إذا كان استقلال القاضي عن التأثيرات والضغوط الخارجية يعتبر من أهم ضمانات التقاضي التي تبعث الاطمئنان في نفوس المتقاضين، فإن عدالة الحكم تتطلب عدم تأثر القاضي بعلاقاته وبمركزه الاجتماعي ومعتقداته الفكرية أثناء أداء عمله فالقضائي رمز العدالة هو الميزان، ويتعين على القاضي أن يلتزم بالحياد حين يُدعى للفصل في المنازعات التي تعرض عليه. وهذا يقتضي ضمان وضعه في مركز المحايد، بغرض تمكينه من أداء الدور المنوط به بحياد. ويحصل ذلك عن طريق إبعاد القاضي عن ممارسة أعمال غير قضائية، وإمكانية رده .

من المبادئ المستقرة والأصول العامة للمحاكمات وان لم يرد عليها نص انه من بين الضمانات الجوهرية للمتهم حيدة الهيئة التي تتولى محاكمته ومن مقتضى هذا الأصل في المحاكمات جنائية كانت أو تأديبية أن من يبدى رأيه في الاتهام المنسوب إلى المتهم أو سبق له نظر الدعوى المقامة ضده يمتنع

---

٤٩ – قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم ٢٨٥/انضباط/تمييز/٢٠٠٦ وتاريخ ٢٠٠٦/١٢/١١م .

عليه الاشتراك في نظرها والحكم فيها مرة أخرى . وذلك ضمانا لحيدة القاضي أو عضو مجلس التأديب بحسب الأحوال . [٥٠]

إن مبرر اللجوء إلى القضاء هو ضمان الفصل في المنازعات من قاض محايد ومستقل. والسؤال البديهي هو مدى ضمان حياد واستقلال القاضي الإداري العراقي في أداء مهامه القضائية.

ليس هذا الحق وليد اليوم، بل نجده مقرراً في المادة: ١٠ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في ١٩٤٨/١٢/١٠. وفي المادة ١,١٤. من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية المؤرخ في ١٩٦٦/١٢/١٩. [٥١]

وجاء بعد ذلك دور الاجتهاد القضائي في تحديد معنى هذا الحق من وجود ثلاثة:

الفرع الأول: من حيث مفهوم المحكمة

فهي تعني سلطتها في إصدار حكم ملزم لا يمكن تعديله من قبل جهة غير قضائية لفائدة طرف معين[٥٢].ومن تطبيقات الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بهذا الخصوص قرارها المشار إليه سابقا بأنه لا يجوز لمجلس الانضباط العام قانوناً ان يصدر قراراً معلق على شرط لنفاذه بل يجب ان يصدر القرار على سبيل الحسم. ((.....قرر مجلس الانضباط العام بقراره المؤرخ في ٢٠٠٦/٤/٦ إلزام المميز عليه اضافة لوظيفته بتبديل عنوان وظيفة المميزة الى كاتب عند توفر الدرجة الشاغرة وهذا غير جائز قانوناً ان يعلق قرار مجلس الانضباط العام على شرط لنفاذه لان الاحكام ينبغي ان تصدر على سبيل الحسم ...)).[٥٣]

الفرع الثاني: من حيث التقاضي أمام قاضي مستقل

فهو يعني الحق في قاضي يستفيد من نظام عضوي محدد un statut organisé، يقيه من الضغوط المتأتية من السلطات الخارجية مثل السلطات العمومية ومجموعات الضغط والأطراف. ومن المهم ان يمنع القاضي من ممارسة أي عمل آخر غير القضاء حتى لا تكون له علاقات قد تؤثر على عمله أو تنشئ له مصالح مادية أو أدبية. أو مباشرة أية نيابة انتخابية على المستوى المحلي والوطني. وهذا تفاديا لكون الآراء السياسية محلا لأحكام قضائية.

---

٥٠ – المحكمة الإدارية العليا في مصر في طعن رقم ١١٨ لسنة٢٠٠٩، ٥٢ ق.ع – جلسة ٣ .

٥١ – "...ومن حق كل فرد... في أية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية...".

52 – CEDH، 19 avr.1994، Gaz.Pal. 28 sep.1995، note، ch. Pettiti..

٥٣قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة برقم ١٦٢/انضباط/تمييز/٢٠٠٦وتاريخ٢٠٠٦/٦/١٩م

وإذا كان حياد القاضي يتطلب إبعاده عن وسائل الكسب المادية، فإن الأمر نفسه يتطلب إبعاده عن الشبهات في حالة كون الشخص المستفيد ماديا هو زوجه أو أحد أفراد عائلته، ومن ثم أوجب القانون على القاضي أن يتنحى عن نظر الخصومة التي يتوكل زوجه، باعتباره محاميا، عن أحد خصومها.

ونرى انه يمكن للقاضي أن يقوم بأعمال علمية وأدبية، والتي لا تتعارض مع صفته دون حصوله على إذن مسبق كي يشارك القاضي بخبرته في إثراء هذه الأعمال. كما يمكن لوزير العدل أن يرخص للقاضي بممارسة التعليم .

ومن الضروري ان يتمتع بسلطات محمية واختصاصات مصانة والتي يمارسها بدون تدخل من السلطات الخارجية. [٥٤] وحق استقلالية قضاة الحكم هو أمر مقرر دستورياً. [٥٥]

ويفترض لاستقلالية القضاء وجود نوعان من الضمانات:

أولها: ضمانات عضوية.يستحيل أن يؤدي القاضي دوره الكامل إن لم يكن في مركز آمن، وفي منأى عن كل ضغط، سواء عن طريق الترغيب أو الترهيب، لأن القاضي الذي يخاف على منصبه لا يمكنه أن يؤدي وظيفته بحياد. ومن أجل ذلك يتعين أن يكون القضاة مستقلين، سواء من الناحية الوظيفية أو من الجانب العضوي.[٥٦]

ولعل أهم هذه الضمانات ضمانة عدم تدخل أية سلطة غير قضائية في إدارة المسار المهني للقضاة، وهو ما يستدعي وضع كل ما يتعلق بالمسار المهني (التعيين والنقل والإحالة على التقاعد والإحالة على الاستيداع والندب والترقية والوقف والعزل والتأديب...) بعيدا عن التحكم والذي يعتبر في نظر المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إحدى مظاهر الاستقلالية من عدمها.

وثانيها: ضمانات وظيفية.تتلخص في عدم تدخل السلطة التشريعية و السلطة التنفيذية في الوظيفة القضائية. [٥٧] .

---

54 - Elle doit avoir égard : « au mode de désignation et à la durée du mandat de ses membres، à l'existence de garanties contre des pressions extérieurs et au point de savoir s'il y a ou non appartennance d'indépendance ». Sramek، 22oct. 1984 Clnnet 1986.1069، obs.P.T..

٥٥-المادة: ٦٤ من دستور فرنسا بتاريخ: ٠٤ أكتوبر ١٩٥٨..

٥٦ - للمزيد ينظر د. بودالي محمد.المصدر السابق،ص ٤٠

57 - Cons.Const.، Dc 119 du 22 juill.1980، Grands arrêts، n°30، p420.

وليس غريباً أن تقوم المحكمة الأوروبية بإدانة الدولة الفرنسية لميلها الأخذ بالقوانين ذات الأثر الرجعي *les lois rétroactives* والتي تشكل في نظرها تدخلا محظوراً إذا كانت تسمح بمنح الدولة امتيازاً عن طريق تعديل مصير المحاكمة. (٥٨)

الفرع الثالث: ومن حيث حق التقاضي في محكمة محايدة

ومعناه وجوب أن تنظر الدعوى أمام محكمة محايدة، وبالتالي "فإن تفسيراً ضيقا لهذا المقتضى لن يكون متطابقا لا مع موضوع هذا الترتيب ولا مع الهدف منه، إذا نحن أمعنا النظر في المكانة الأساسية التي يحتلها الحق في محاكمة عادلة في مجتمع ديمقراطي".(٥٩)

وبتعبير آخر الحق في قاضي يمكنه أن يفصل في الخصومة دون أن يكون خصماً فيها، وأن يستند فيها فقط إلى العناصر الواقعية والقانونية المتحصل عليها من مناقشة وجاهية.

وعلى ذلك فإنه لا ينبغي الخلط بين الحياد وبين الاستقلالية: لأنه يمكن أن تكون المحكمة مستقلة عن كل سلطة، ولكنها في نفس الوقت قد تكون غير حيادية قبل أحد الأطراف، من حيث أنها تحمل حكماً مسبقا في قضية ما.

وهو ما يستدعي طلب رد القاضي عند نظر الدعوى في الحالات الواردة في المادة ... من قانون ..... ويكون ذلك في حالة كونه ذو مصلحة في النزاع أو صلته بالخصومة، سواء تعلق الأمر بعلاقة القرابة أو المصاهرة أو بعلاقة المديونية وعلاقة الخدمة والخصومة وعلاقة الصداقة الحميمة أو العداوة البينة، أو سبق تقديم رأي في النزاع، ويتحقق ذلك إذا كان القاضي ممثلا قانونيا لأحد الخصوم في نقس القضية، أو في وقت سابق، أو إذا سبق أن أدلى بشهادة في النزاع.

ومن حالات عدم الحياد ما يرجع لأسباب شخصية: يتعلق بالقاضي بحكم العلاقات الخاصة التي تربطه بأحد الخصوم كرابطة الأبوة أو المصاهرة، أو التبعية، أو الصداقة أو العداوة البينة أو برابطة مالية. وبعضها الآخر يرجع لأسباب وظيفية: تتعلق بفصله في نفس النزاع أكثر من مرّة بوصفه قاضي أول درجة ثم بوصفه قاضي الاستئناف.

ويرى د.أحمد أبو الوفا أن أسباب الرد وردت في القانون المصري على سبيل الحصر. (٦٠)

---

58 – Lielinski، Pradal، Gonzalez et autres C/France، 28 oct 1999، D.2000، som.184، obs.Fricero..

59 – CEDH، 1er mars 1990، clunet 1991.773، note P.T..

٦٠ – د.د.أحمد أبو الوفا،المرافعات المدنية والتجارية، ط١٥، ١٩٩٠، نشأة المعارف بالإسكندرية، ص٨٧..

غير أنه وعلى مستوى القضاء المقارن وتحت ضغط العدالة الأوروبية تعززت ضمانة حياد القاضي، مرة على يد قضاء محكمة النقض الفرنسية ومرة أخرى على يد قضاء المحكمة الأوروبية:

- فذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن الحالات المذكورة في المادة: ٣٤١ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد لا تستغرق مفهوم الحياد الوارد في المادة: ٦-١ من الاتفاقية الأوروبية: وبالتالي فإن المتقاضي له رد القاضي في غير تلك الحالات الواردة في نص المادة ٣٤١. [٦١]

وبناء على ذلك فإن القاضي الذي أصدر أمراً استعجاليا منح به نفقة على أساس وجود التزام غير متنازع فيه بصفة جدية، لا يمكنه أن يفصل في موضوع النزاع المتعلق بذات الالتزام. [٦٢]

فتقدير ذات الوقائع، وإصدار حكم ذو طبيعة قضائية بشأنها، هو وحده الذي يمكن أن يؤدي إلى نشوء شبهة عدم الحياد. وعلى العكس فإن واقعة الأمر بتدابير تحفظية بحتة أو مجرد تدابير تحقيق في قضية ما لا يؤدي إلى تكوين أي حكم مسبق. [٦٣]

وهذا التوسع في حالات الرد وعدم الحياد، يمكن تمديده ليشمل طرق الطعن أيضاً: فذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى اعتباره مناقضا لمطلب الحيادية واقعة فصل قاضي في موضوع النزاع، ثم نجده عضوا في التشكيلة التي تفصل في الطعن المرفوع ضدّ الحكم السابق سواء تعلق الأمر باستئناف أو بمراجعة الحكم *un recours en révision*. [٦٤]

- وكما شهدت حالات الرد تطورا في القضاء المقارن عن طريق التوسع فيها، فإن إجراءات الرد شهدت هي الأخرى تطوراً مماثلا لفائدة المتقاضين:

وتتفق المحكمة الأوروبية مع قضاء محكمة النقض الفرنسي من حيث اعتبار حياد القاضي مجرد قرينة بسيطة، وبالتالي يقع على المتقاضي الذي يزعم أنه ضحية خصومة غير حيادية إثبات ذلك.

وقد استعمل القضاء نظرية الظاهر *La théorie des apparences* لشدّ أزر المتقاضي في الإثبات: فرأى أن بعض العناصر المعتبرة موضوعية يمكن أن يؤدي -بصفة مشروعة- إلى توليد شبهة في

---

61 - Civ. 1re، 28 avr. 1998، D.1998، IR.131.

62 - « Ainsi، lorsqu'un magistrat a rendu une ordonnance de référé pour accorder une provision sur une obligation non sérieusement contestable، il ne peut plus siéger au fond du litige afférent à cette obligation ». ch.Goyet، « Remarques sur l'impartiabilité du tribunal »، D.2000، p.328.

63 - CEDH، affaire Morel C/France، 6 juin 2000، D.2001، Som.1062، obs.Fricero، P

وتعلق الأمر بوضع القاضي المحافظ juge commissaire لدى المحكمة التجارية.

64 - Civ. 2e ; 6 mai 1999، D.1999، Ir152..

اعتقاد المتقاضي من حيث حياد قاضيه، ومن ثم فإن إثبات تلك العناصر كافي وحده لتسليط جزاء الرد، ودون الحاجة لإثبات عدم الحياد من الناحية الفعلية.

ومع ذلك ومن أجل تجنب حالات المماطلة فإن محكمة النقض الفرنسية قيّدت الحق في التمسك بسبب الرد عن طريق فرض على المتقاضي وجوب أن يقع وفقا للشروط الواردة في المادة: ٣٤٢ أي منذ إكتشاف سبب الرد، وقبل قفل باب المرافعات تحت طائلة عدم القبول. [٦٥] ويستثنى من ذلك الحالات التي يستحيل فيها معرفة تشكيلة المحكمة[٦٦].

كما هو الحال إذا جرت الإجراءات دون تمثيل إلزامي بمحامي، أو إذا لم يتمكن المتقاضي من الحضور إلى الجلسة لسبب مشروع، فإن الإجتهاد القضائي أجاز للمتقاضي التمسك بعدم الحياد بعد صدور الحكم، بحيث يستطيع الحصول على إبطال الحكم على مستوى الاستئناف أو على مستوى الطعن بالنقض.

الخاتمة

لا يكفي تأسيس قضاء إداري لتوفير شروط تضمن محاكمة عادلة، إذ ان من المهم ان ينص القانون على بعض المبادئ بغرض تكريس محاكمة عادلة،و القول أن الدعاوى المعروضة أمام القضاء الإداري تُسير بشكل يضمن فعلا دعم حق اللجوء إلى القضاء وحقوق الدفاع أمام جهة قضائية محايدة ومستقلة، امر بعيد عن المنال في الوقت الحاضر لافتقار تشريع القضاء الإداري في العراق إلى قانون إجراءات إدارية و عجز قانون المرافعات المدنية عن تلبية متطلبات خصومة إدارية عادلة.

وقد كان نص المشرع في قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ على استحداث أكثر من محكمة قضاء إداري بادرة خير للتسهيل على المتقاضين ولتحسين ظروف التقاضي، الا ان هذا النص لم ينتقل الى حيز التنفيذ للأسف مما سيقف عقبة أمام تطور نظام القضائي الإداري الذي لازال يتكون من محكمتين من الناحية الفعلية محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين. وإذا كان المشرع يحث على أداء دور إيجابي في الخصومة الإدارية، فإن المفروض أن يكون ذلك من أجل تحقيق

---

٦٥ – وينبغي احترام هذا الشرط مهما كان سبب الرد المتمسك به، وحتى ولو كان مؤسساً على نص المادة: ٦-١ من الاتفاقية الأوروبية..

٦٦ – وقد أجازت محكمة النقض الفرنسية إثارة سبب الرد لأول مرة أمامها، غير أنها قدرت أن الوجه المتمسك به بشأن خرق حياد القاضي ينبغي إثارته ما إن يتم العلم بتشكيلة المحكمة "est connue..." أو يجب العلم به " ou pouvait être connue".

civ. 2e، 6 mai 1999، D.1999، IR.152. (arrêt le grand Galion)

civ. 2e، 6 mai 1999 RTDciv.1999، 685، obs.Normand، (arrêt laye).

مصالح الخصوم، لا من أجل تصفية الملفات بداعي واجب الفصل في القضايا في آجال معقولة، في ضوء تراكم الدعاوى أمام هتين المحكمتين.

وفي الختام، يتعين الإشارة إلى واجب تغيير الإرادة السياسية بغرض تحرير القضاء الإداري من قبضة وزارة العدل وتمكينه من أداء دوره الطبيعي في المجتمع بعيدا عن الصراعات السياسية، خدمة للعدالة وحدها، وتفادي توظيفه لخدمة أية مصلحة أخرى. وبهذا تتحقق " الخصومة الإدارية العادلة "، بدلا من "المحاكمة العادلة"، ويحس المواطن أن الدولة أنشأت أجهزة القضاء الإداري بقصد خدمته لا من أجل إخضاعه وجعله في خدمتها.

المصادر

أولا: المؤلفات والرسائل

١–د.أحمد أبو الوفا،المرافعات المدنية والتجارية، ط١٥، نشأة المعارف بالإسكندرية،١٩٩٠

٢– د. حسن محمد هند ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٤

٣–عدو عبد القادر، تنفيذ الأحكام القضائية ضد الإدارة العامة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، السنة الجامعية ٢٠٠٨

٤–كمون حسين، ظاهرة عدم تنفيذ الإدارة للأحكام القضائية الصادرة ضدها «رسالة ماجستير في القانون»، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، ٢٠٠٩م، ص٣١.

٥–د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ،١٩٩٦

ثانيا: البحوث والمقالات:

١–د. بودالي محمد. الحقوق الأساسية الخاصة بالخصومة المدنية، بحث مقدم إلى الملتقى الدولي الرابع الموسوم ب المحاكمة العادلة في القانون الجزائري والمواثيق الداخلية، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي ، ٢٠١٢

٢ – دريد كمال، مجلس الدولة الفرنسي: ضمانات الحياد و مقتضيات المحاكمة العادلة بحث مقدم الى الملتقى الدولي الرابع الموسوم ب المحاكمة العادلة في القانون الجزائري والمواثيق الداخلية، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي ، ٢٠١٢

٣–د.مهند نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية –المجلد – 20 العدد الثاني٢

٤– د. وجدي راغب فهمي، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد ١، ١٩٧٦

ثالثا: المصادر الأجنبية

1 - Autin (G ، L) ، "juridiquement fragile، stratégiquement correct" ، R.F.D.A sept 2001

2- Elisabeth ZOLLER، Procès équitable et due process of law، Recueil Dalloz، Chroniques، N° 8، 2007،

3-Renè chapus،droit du contentieux. administratif، 10èmèdi، montchrestien، paris،2002

4- G.Bolard، « Les principes directeurs du procès civil، le droit positif depuis H.Motulsky »، JCP.éd.G1993،

in ، « les droits fondamentaux spécifiques au procès civil »،5- N.Fricero et Ph.Pedrot

Dalloz، 9e éd 2003،liberté et droit fondamentaux