الخصومة الادارية العادلة
في قضاء المحكمة الاوربية لحقوق الانسان

أ.د.مازن ليلو راضي
كلية القانون والعلوم السياسة – **جامعة دهوك**

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 الطبيعى 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 هى تحقيق الصالح الخاص، وأساس مصلحة أشخاص القانون العام هو الصالح العام.

و الخصومة الإدارية هى الوسيلة القانونية التى كفلها المشرع للأشخاص سواءً أكانت طبيعية أم معنوية لحماية حقوقهم فى مواجهة الإدارة عن طريق القضاء و هى مجموعة من الإجراءات التى تبدأ بإقامة الدعوى أمام المحكمة بناءً على طلب من جانب المدعى، وتنتهى بالحكم الفاصل فى النزاع.[1]

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

---

1 - يذهِب جانب من الفقه إلى أن تصرفات الإدارة التى تخضع لأحكام القانون الإدارى، والتى يختص القضاء الإدارى بنظر المنازعات المتصلة بها هى تلك التى تتعلق بتسيير المرافق العامة من ناحية، وتستخدم الإدارة فى اتخاذها أساليب وامتيازات القانون العام من ناحية أخرى.
ينظر: د. ماجد راغب الحلو، القانون الإدارى، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية،١٩٩٦، ص٧ و د. حسن محمد هند، التحكيم فى المنازعات الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٤، ص ١٧

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

و يقابل المحاكمة العادلة أمام القضاء الإدارى، الحق فى طعن فعال. وهو منصوص عليه بموجب المادة ١٣ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان حق الانتصاف الفعّال حيث ورد (لكل شخص اعتدى على حقوقه وحرياته التى نصت عليها هذه الاتفاقية، حق الانتصاف الفعّال أمام محكمة وطنية، حتى ولو ارتكب هذا الاعتداء أشخاص فى أثناء تأديتهم لوظائفهم الرسمية.).[1]

أما النزاعات التى تعرض أمام القضاء الإدارى، فإنها تقتضى المساواة فى الحقوق والواجبات الإجرائية وترك الخصوم أحرارا فى تسيير إجراءات الخصومة استنادا إلى كونها ملكا خالصا لهم.

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

المصطلح المستعمل فى اللغة الفرنسية، إذ يتعين ترجمة " Procèséquitable " بـ " الخصومة العادلة "، أما المصطلح المستعمل باللغة العربية هو الذى يتلاءم مع الدور الإيجابى المخول للقضاء فى الفصل فى النزاعات المدنية والإدارية ؟

غير أن المشكلة الأساسية التى لربما تواجهنا هى أن مبدأ المحاكمة العادلة لا يتعلق بالقضاء الإدارى وإنما بالقضاء المدنى أو الجنائى، ومن ثمة كان يجب أن نتصدى لمسألة محاولة ترويض أو قياس مدى ملائمة هذا المبدأ مع القضاء الإدارى الفرنسى، مع كل ما يمكن أن ينجم عن ذلك من أثار من ناحية المنطق القانونى أو من ناحية الواقع نظرا لخصوصية القضاء الإدارى.

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

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

٠١/٠٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية :"كل شخص لديه الحق فى أن تعالج قضيته بطريقة عادلة....."،

المطلب الاول
مدى تكريس حق اللجوء إلى القضاء

تعتبر الحماية القضائية من مقومات القانون، فلايعترف المشرع بحق معين لشخص دون أن يزوده بالوسيلة اللازمة للحصول عليه، فلا قانون بلا قاض، ولا حق أو واجب قانونى بلا قضاء يفرضه وخصومة تكون أداة له فى حمايته[1]

إن اللجوء إلى القضاء حق دستورى (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 فى ذلك. ولا تعد مجرد خسارة الدعوى داعيا لمساءلته إلا فى حالات استثنائية، حيث قرر المشرع تسليط عقوبة غرامة مدنية على خاسر بعض الدعاوى لأهميتها قصد منع التعسف فى 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 التقاضى.

الفرع الاول
فعالية اللجوء الى القضاء الاداري

لأى شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه الفعلى من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التى يمنحها إياه الدستور أو القانون".

ونص الفقرة ٢ من العهد الدولى 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،ممالايحقق العدالة. [2]

1 - د. وجدى راغب فهمى، دراسات فى مركز الخصم أمام القضاء المدنى، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد ١، ١٩٧٦، ص ١١٥ و١١٦.

3-Renèchapus،droit du contentieux administratif،10ème èdi،montchrestien،paris،2002،p113.

الا ان طول إجراءات الدعوى حيث يتعين و تباطؤ الادارة احيانا فى تنفيذ احكام القضاء قـد يجعـل اللجوء الى القضاء الادارى غير ذى جدوى بالإضافة إلى احـتمال تعـسف الادارة بالامتنـاع أو التراخـى فى تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة فالحكم الصادر بالتعويض لا يتضمن أمرا للإدارة بدفع المبلـغ للفـرد المحكوم له وإنما يتضمن تقريرا بأحقيته فى التعويض [1].

وقد اصدرت لجنة حقوق الانسان فى الامم المتحدة قرارا لها بينت فيه بان المحاكة العادلـة تقتـضى ضرورة اصدار حكم حاسم فى القضية بالسرعة الممكنة بغية تحقيق العدالة، كما يجـب ان يكـون حـق الوصل الى العدالة مكفولا للجميع اى ان يكون للفرد حق التقاضى بـدون ايـة عوائـق فى حالـة انتهـاك حقوقه امام محاكم مستقلة ومحايدة. [2]

وقد ادانت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لفرنـسا بعـض قواعـد إجـراءات التقـاضى الإدارى فى القانون الفرنسى باعتبار انها لا تتماشى مع الاتفاقية الأوروبية لحقـوق الإنـسان،حيث فـسرت المحكمـة الأوروبية لحقوق الإنـسان مبـدأ المحاكمـة العادلـة المنـصوص عليـه فى المـادة الـسادسة مـن الاتفاقيـة الأوروبية لحقوق الإنسان على أنه يقتضى منح القاضى الإدارى سلطة إصـدار أوامـر وتوجيهـات لـلإدارة لاسيما أثناء امتناعها عـن التنفيـذومن ذلـك إصـدار المحكمـة الأوربيـة حكـما بتـاريخ ١٩٩٠/٠٦/١٩ فى قضيةsecretyry of state for trams ports ltdv.Factortame ، قضت فيه أنه يجوز للقـضاة فى كـل دولة من دول المجموعة الأوربية اتخاذ التدابير الضرورية من أجل حماية حقـوق الأفـراد التـى يكفلهـا لهم القانون الأوربى،وفى حالة الاقتضاء إصدار أوامر إلى الجهات الإدارية.

و هذا ما جعل المشرع الفرنسى يؤكد هـذا المبـدأ فى القـانون المـؤرخ فى١٩٩٥/٢/٨المتعلـق بإصـلاح المنازعات الإدارية بمنحه القاضى الإدارى سلطة إصـدار أوامـر لـلإدارة،و إمكانيـة الحكـم عليهـا بغرامـة تهديدية ، لتتماشى تشريعاته مع الاتفاقيات الدولية كمصدر لإجـراءات التقـاضى ، حيـث نـصت المـادة

1كمون حسين، ظاهرة عدم تنفيذ الإدارة للأحكام القضائية الصادرة ضدها «رسالة ماجستير فى القانون»، كلية الحقوق، جامعة تيزى وزو، ٢٠٠٩م،، ص٣١.

2ArnfinnBardsen ،Reflections on FairTrail in Civil Proceedings
www. Scandinavianlaw.se/pdf/51-5-pdf.p120

L911-1 الفرنسية [1]، على اعطاء الصلاحية، للقاضى بأن يدرج فى حكمه أمرا يتضمن إلزام الإدارة بالقيام بإجراء تنفيذى محدد، بشرط أن هذا الإجراء التنفيذى أن يكون متفرعا بالضرورة عن مقتضى الحكم القضائى ومن متطلباته، ويمكن للقاضى فى هذه الحالة أن يحدد للإدارة الإطار الزمنى الذى يجب أن ينفذ الإجراء التنفيذى ضمنه،وذلك – دونشك -منشأنه أن يعزز من فعالية الأمر[2].

ومن التطبيقات القضائية على ذلك فى مجال تأشيرات دخول الأجانب أو الأذون بالإقامة حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٩٨/٠٧/٠٤ فى قضية Baurezak بإلغاء قرار وزارة الخارجية الفرنسية برفض منح المدعى تأشيرة دخول إلى فرنسا، ووجه أمرا على الوزارة بمنح المدعى تأشيرة دخول بقصد الإقامة فيها مع زوجته، وحدد المجلس مهلة شهر واحد فقط لوزارة الخارجية لتنفيذ هذا الأمر.[3] كما حكمت المحكمة الإدارية لمدينة ليون بتاريخ ١٩٩٦/٠٢/٠٧ فى قضية Sadi Houcini بإلغاء القرار الصادر بتاريخ ١٩٩٥/٠٥/١٣ من مدير منطقة الرون الذى رفض بواسطته منح المدعى إذنا بالإقامة الطويلة فى فرنسا لمدة ١٠سنوات، ووجهت المحكمة أمرا للمدير بمنح المحكوم له فى مهلة شهر واحد من تاريخ إعلان الحكم إذنا بالإقامة الطويلة فى فرنسا.[4]

ومن تطبيقات الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بهذا الخصوص قرارها بانه لايجوز لمجلس الانضباط العام قانوناً ان يصدر قراراً معلق على شرط لنفاذه بل يجب ان يصدر القرار على سبيل الحسم. حيث ورد فى القرار : ((لدى عطف النظر فى الحكم المميز وجد ان المدعية(المميزة) تطلب الزام المميز عليه وزير العدل ـ اضافة لوظيفته بتغيير عنوان وظيفتها من كاتبة طابعة الى كاتب لحصولها على شهادة الاعدادية بتاريخ ٢٠٠٥/٩/١٢ الا ان الدائرة الادارية فى الوزارة رفضت طلبها

1Article 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.

2مهند نوح، القاضى الإدارى والأمر القضائى، مجلةجامعةدمشقللعلومالاقتصاديةوالقانونية –المجلد - 20 العددالثانى2 -، ص٢١٧.

3C.E، 4-7-1997، Epx.Bourezak، A.J.D.A1997p636

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

بحجة عدم توفر الدرجة الشاغرة وبنتيجة المرافعة قرر مجلس الانضباط العام بقراره المؤرخ في ٢٠٠٦/٤/٦ الزام 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 ينبغى ان تصدر على سبيل الحسم وكان على مجلس الانضباط العام ان يتحرى الحقيقة ويقوم باجراء التحقيقات اللازمة بطلب سجل الملاك من الدائرة الادارية فى الوزارة المدعى عليها للاطلاع على مفرداته وعلى ضوء الوقائع والمستندات المتوفرة يفصل فى 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 واعادة اضبارة الدعوى الى مجلس الانضباط العام للسير وفق ما تقدم واصدار الحكم المقتضى وفقاً للقانون على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق فى ٢٤/جمادى الاولى/١٤٢٧هـ الموافق ٢٠٠٦/٦/١٩م)).[1]

وبنفس الاتجاه قضت المحكمة الاتحادية العليا فى حكم لها بتاريخ ٢٠٠٦/١٠/١٨ ، إن الأحكام التى تصدرها المحاكم يجب أن تكون حاسمة وخالية من الغموض والتردد وغير معلقة على شرط ((...كان على المحكمة التقيد بطلبات المدعى الواردة فى 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 فى حكمها ماهية الإجراءات القانونية الواردة فى الفقرة الحكمية وإذا كانت العبارة المذكورة تشير إلى حضور ممثل جمعية بناء مساكن الضباط أمام دائرة التسجيل العقارى المختصة لأخذ إقراره بشأن تسجيل القطعة باسم المدعى فان ذلك يعنى إن المحكمة علقت حكمها على شرط وهو حضور الممثل عن الجمعية فى الدائرة وحيث إن الأحكام التى تصدرها المحاكم يجب أن تكون حاسمة وخالية من الغموض والتردد وغير معلقة على شرط بحيث تكون قابلة للتنفيذ فكان المقتضى إدخال جمعية بناء مساكن الضباط شخصاً ثالث فى الدعوى للاستيضاح منها عن صحة صدور الكتاب منها المتضمن تخصيص القطعة موضوعة الدعوى للمدعى وحيث ان الحكم المميز صدر دون مراعات الأمور القانونية المتقدمة مما أخل بصحة الحكم المميز لذا قرر نقضه)).[2]

1قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة برقم ١٦٢/انضباط/تمييز/٢٠٠٦ وتاريخ٢٠٠٦/٦/١٩م

٢ حكمها منشور فى الموقع http://www.iraqijudicature.org

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 المدعى (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 المدعى 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 المدعى (المميز) للفترة من تاريخ ٢٠٠٨/١١/٩ ولغاية مباشرته الوظيفة في ٢٠١٠/١٢/٢١ فيكون قراره صحيحاً وموافقاً للقانون ، قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٧/رمضان/١٤٣٣هـ الموافق ٢٠١٢/٨/١٦م)). [1]

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

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

ثانيا: تحديد المواعيد الإجرائية.

ويكون ذلك عن طريق:

١ ـ تحديد ميعاد لرفع بعض الدعاوى كمدد الطعن بالالغاء الذى يقدم أمام القضاء الإدارى والتظلم الإدارى الذى يسبقه فى الحالة التى يقررها القانون. والمقرر قانونا والمستقر عليه قضاء أن فوات المواعيد تؤدى إلى فقدان الحق الموضوعى. وهذا كثيرا ما يقع حين قصر تلك المواعيد.

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

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، وحققت ذلك عن طريق تحملها مصاريف التبليغ والتنفيذ، ولم تقرر سوى مصاريف رمزية بغرض تفادى التعسف فى استعمال الحق فى التقاضى.

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

وتبدو تكلفة إجراءات التقاضى، ليس فقط من خلال رفع المصاريف القضائية وكذا رفع مقابل المساعدة القضائية، والذى 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، والتى تم رفعها حتى أصبحت غير معقولة، كما أضاف المشرع للمتقاضى 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 أى اهتمام. أما اليوم فقد أصبح موضوع جدل كبير من حيث دور المتقاضين والقاضى فى تحديد موضوع المنازعة. [1]

ومبدأ المبادءة هذا بمعناه الضيق أن المتقاضين يملكون التحكم فى موضوع المنازعة، ولهم السلطة فى تحديد عناصر النزاع [2]أى أنه يعود لطرفى الخصومة سلطة تحديد عناصر الخصومة، فما إن يقررا الخصمان اللجوء إلى القاضى حتى يحددا العناصر التى يجب عليه أن يفصل فيها.

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 القاضى؟ وهل يستطيع استنباط وقائع لم يسبق للأطراف بوجه خاص الإدعاء بها؟

ويكاد يجمع الفقه على أن مبدأ المبادرة يقتصر على سلطة الأطراف فى نطاق الوقائع الواردة فى الادعاءات. وأن القاضى يملك سلطة النطق بالقانون de dire le droit، وبالتالى تكييف وإعادة تكييف الوقائع. [3]

و مبدأ المبادرة يتضمن تحقيق امران هما:

الاول: المزاعم وتحديد الادعاءات : استنادا لمبدأ المبادرة، فإن للخصوم سلطة التحكم فى الوقائع، أى الادعاءات الواقعية وأن القاضى يملك تكييف وإعادة تكييف المزاعم والادعاءات. غير أنه وفى إطار

---

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

2 - « 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.

3 - 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

احترام مبدأ المبادرة فإن القاضى لا يملك تعديل عبارات المناقشة، وذلك بإدخال وقائع لم يثرها الخصوم. (١)

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

وحيث تعتبر المصالح الخاصة هى محل الخصومة المدنية فإن الخصومة الادارية تكون بين المصالح الخاصة والمصلحة العامة و دور القاضى يختلف ويتعين أن يكون حذرا فى تسيير إجراءاتها. و أن العناية بضمان حياد القاضى لا يعنى أن يكون هذا الأخير سلبيا، الأمر الذى قد يؤثر على السرعة المنتظرة للفصل فى القضايا الادارية وبوجه عام على حسن سير العدالة.

إن منح المشرع للقاضى دورا إيجابيا فى تسيير الخصومة بغرض تحقيق هدفين مختلفين قد يؤدى إلى تغليب أحد الهدفين على الآخر. والحل الأسهل يكون بترجيح سرعة الفصل فى المنازعات على حسن سير العدالة، أى ترجيح الكم على الكيف. ولا داعى للقول أن ذلك قد يؤدى إلى التضحية بحقوق الأفراد بهدف التوصل إلى إحصائيات مثالية.

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

وفى هذا القرار نبين ان الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة قد احترمت مبدأ ان الدعوى تحدد بعريضتها ، ولا يجوز إحداث دفع جديد أمام محكمة التمييز يغير من الإدعاء وقد اجاد القاضى فى تفسير ما منحه المشرع من دور فى تسيير الخصومة ووازن فى تحقيق هذين الهدفين المختلفين- سرعة الفصل مصلحة الخصوم- ولم يغليب أحد الهدفين على الآخر، وللأهميةنورده كاملا: ((لدى التدقيق والمداولة من الهيئة العامة فى مجلس شورى الدولة وجد أن الطعن التمييزى مقدم ضمن المدة القانونية فقررت قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون ذلك أن المدعى (المميز) كان قد عين بوظيفة مستشار بالكتاب المرقم (٢٩٧٨/١/٧) فى ٢٠٠٥/٤/١١ وبأمر وزارى دون موافقة مجلس الوزراء ومصادقة مجلس الرئاسة وباشر بوظيفته إلا أنه أعيد إلى

1 د. بودالى محمد. الحقوق الأساسية الخاصة بالخصومة المدنية، بحث مقدم الى الملتقى الدولى الرابع الموسوم ب المحاكمة العادلة فى القانون الجزائرى والمواثيق الداخلية، جامعة العربى بن مهيدى ام البواقى، ٢٠١٢،ص ٣٤

وظيفة خبير بموجب الأمر الوزارى المرقم (٥٥٤/٤) فى 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) فى ٢٠٠٧/١٢/٢٦ بأن تعيينه بدرجة مستشار لم يكن وفق الآلية المنصوص عليها فى المادة (٤٢) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية (النافذ فى حينه) والتى 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) فى ٢٠٠٩/٤/١ وقامت الأخيرة بإرسال الكتاب إلى مكتب الخبراء فى مجلس الوزراء بموجب كتابها المرقم (١٦٠٢٦) فى ٢٠٠٩/٤/٨ كونه موظف فى المكتب المذكور وحيث أن المدعى (المميز) يطلب فى دعواه إلغاء كتاب وزارة المالية وأقام دعواه ضد الأمين العام لمجلس الوزراء – إضافةً لوظيفته فتكون الخصومة غير متوجهة ، أما تقديم وكيل المدعى (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 فى لائحة استدعاء الدعوى فإن طلبه مردود لأن الكتاب المطعون به فى عريضة الدعوى هو كتاب وزارة المالية المرقم (١٦٠٢٦) فى ٢٠٠٩/٤/٨ وحيث أن الدعوى تتحدد بعريضتها وأنه لم يطعن فى عريضة دعواه أو أثناء المرافعة بكتاب الأمانة العامة لمجلس الوزراء حتى يطلب تصحيح تاريخه كما أن وكيل المدعى (المميز) أبرز عند إقامة دعواه كتاب وزارة المالية باعتباره الأمر المطعون به كما أبرز الكتاب ذاته عندما قدم طلبه فى 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 فى ٢٦/رمضان/١٤٣٠هـ الموافق ٢٠٠٩/٩/١٦م)). [1]

1 قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة المرقم ٣٠٢/انضباط/تمييز/٢٠٠٩ بتاريخ ٢٠٠٩/٩/١٦م

المطلب الثاني
مدى تكريس الحق في الدفاع

كان الفقه سابقاً يخلط بينهما، 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 التى أصبغت على هذه الحقوق قيمة دستورية فى القانون الفرنسى وسنعالجها تباعاً.

الفرع الاول
الحق في الدفاع

وكثيراً ما ارتبط هذا الحق بالخصومة الجزائية ومع ذلك فإنه يجد مكانه فى نظيرتها الخصومة المدنية. حيث يقتضى تكريس الحق فى الدفاع تمكين الخصم من الدفاع عن موقفه أمام القضاء مهما يكن مركزه فى الدعوى. ففى غياب المتهم، نجد هنا طرفى الخصومة المتمثلة فى المدعى والمدعى عليه، حيث يعنى حق احترام الدفاع وجوب ضمان وحماية الدفاع عن حقوقهما.[1] بحيث يكون للمتقاضى الحق فى إجراءات صحيحة وعادلة، تمنحالضمانات الضرورية لدفاعه، وهو يتضمن جملة من الحقوق الأساسية التى تدعم سير الخصومة وتتعلق بجميع الأطراف، وتعرف بامتيازات أطراف الخصومة فى مجال الدفاع توسعاً كبيراً بفعل تأثير فكرة المحاكمة العادلة وتبلورها فى المجتمع المعاصر، ولعل المجال الاكثر وضوحا لهذا المبدأ يبدو جليا فى المحاكمات التاديبية.

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

1 - وهو مبدأ نادى به بداية الفقيه: Montulsky منذ سنة ١٩٦١ وكان يرى أنه مبدأ طبيعى فى الممارسة القضائية، قبل أن يسلم به الفقه الحديث. J.Vincent et S.Guinchard،op.cit.، p543 .

المدعى (المميز عليه) فى موضوع القرار محل الاعتراض وحيث أن تشكيل لجنة تحقيق مع الموظف أو استجواب المدعى فى مثل هذه العقوبة يعد من القواعد الشكلية لا يجوز إهمالها وأنها تعد من النظام العام وعدم مراعاتها يؤدى إلى بطلان الإجراءات القانونية المتخذة وحيث أن المدعى عليه (المميز) قد خالف أحكام البنود (أولاً) و(ثانياً) و(ثالثاً) من المادة (١٠) من قانون موظفى الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ مما يستوجب إلغاء عقوبة لفت النظر المفروضة بحق المدعى (المميز عليه) ، وحيث أن مجلس الانضباط العام قد التزم بوجهة النظر القانونية هذه وقرر إلغاء الفقرة (٩) من الأمر الإدارى المطعون فيه ، لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزى وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق فى ٢٠/ربيع الثانى/١٤٣٢هـ الموافق ٢٠١١/٣/٢٤م)). [1]

الفرع الثاني
مدى تكريس مبدأ الوجاهية

يقتضى تسيير الخصومة والحكم فى الدعوى باحترام مبدأ الوجاهية وتمكين الخصم من مناقشة الحكم القضائى بعد صدوره، كما يقتضى مبدأ الوجاهية شفافية إجراءات التقاضى، 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 للقاضى أن يخرج من القاعة المخصصة للجلسة كل من يخل بنظامها. وفى كل الحالات تصدر الأحكام فى جلسة علنية ، فالتواصل بين الأطراف ومع القاضى يسمح فى نهايته بالحصول على حكم أكثر توافقاً مع الحقيقة.

والوجاهية تهدف فى جملتها إلى توفير الضمانات الأساسية للمتهم للدفاع عن نفسة و لدرء الاتهام عنه ، و ذلك بإحاطتة علما بذلك باعتباره صاحب الشأن فى الدعوى ، بإعلانه بقرار الاحالة المتضمن بيانا بالمخالفات المنسوبة إليه و بتاريخ الجلسة المحددة لنظر الدعوى ليتمكن من الحضور بنفسه أو بوكيل عنه أمام المحكمة للادلاء بما لديه من إيضاحات ، و تقديم ما قد يعن له من بيانات و أوراق لاستيفاء الدعوى و إستكمال عناصر الدفاع فيها و متابعة سير اجراءاتها و ما إلى ذلك مما يتصل بحق

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

الدفاع و يرتبط بمصلحة جوهرية لذوى الشأن ، وهو اجراء جوهرى رسم الشارع طريقة التحقق من اتمامه على الوجه الأكمل للاستيثاق من تمام هذه الاجراءات ، و لذلك يترتب على إغفاله وقوع عيب شكلىفى الاجراءات يؤثر على الحكم و يترتب عليه بطلانه. [١]

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". [٢]

إن قاعدة المناقشة الحرة بين أطراف الخصومة التى كرسها مبدأ الوجاهية، تعتبر عاملاً لا غنى عنه لإعادة التوازن مقابل السلطات المتزايدة للقاضى، ولو لا تلك القاعدة السابقة لكان ذلك التوسع غير مسموح به. ولذات السبب وجب على القاضى نفسه مراعاة مبدأ الوجاهية فى جميع الظروف. وهو ما يعنى 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 التى يريد إثارتها القاضى من النظام العام. [٣]

وهو ما عبرت عنه بحق المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان استناداً إلى نص المادة ١/٦ الشهير من الاتفاقية حينما ذهبت إلى: "أن الوجاهية تعنى بالنسبة للطرف فى الخصومة، مكنة الإحاطة علما بالملاحظات والوثائق المقدمة من قبل الطرف الآخر، فضلاً عن مناقشتها"[٤]. ولا يهم فى هذا الصدد إن كانت الملاحظة أو الوثيقة تم تقديمها للقاضى من قبل طرف فى الخصومة أو من النيابة العامة. [٥]

---

1 - ينظر فى ذلك : حكم المحكمة الادارية العليا فى مصر : المكتب الفنسنة " 13" ص -٢٦٣ -القاعدة رقم (٣٦)

2 - 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..

3 - حول ضرورة مراعاة مبدأ الوجاهية حتى فى المسائل الولائية

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

4 - Que la contraticتion « 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.

.

5 - CEDH، labo Machado C/Portugal، RTDciv.1996، 1028، obs. Marguenaud.

ويمكن حصر مظاهر احترام الوجاهية من خلال إجراءات سير الخصومة وما يتعلق بها من حقوق على النحو الآتي:[1]

١: حق كل شخص فى إعلامه بوجود إجراءات تم اتخاذها ضده، استنادا إلى قاعدة: أنه لا يمكن لأى طرف أن يحاكم دون أن يتم سماعه أو استدعاؤه.[2]ويخضع استدعاء الأطراف عن طريق التكليف بالحضور لإجراءات معينة، من شأنها أن تمنح لهم الوقت الكافى من أجل تحضير الدفاع.

٢: إن إعلام الخصم ينبغى أن ينصب على مجمل عناصر الخصومة، وفى ذلك ذهبت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة فى قرارها بتاريخ٢٠١١/٥/٢٩ ((...لاحظ المجلس أن المدعى لم يتم استجوابه قبل إصدار قرار بإقالته وذلك بإقرار وكيل المدعى عليه فى جلسة ٢٠١٠/٩/٢٣ بعد أن كلفه المجلس بتقديم استجواب المدعى فى حالة وجوده وقد دفع وكيل المدعى عليه بأن المدعى كلف بالحضور للاستجواب ولم يحضر وجد المجلس مما تقدم أن إقالة المدعى 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 المعنى قبل إصدار أمر إعفاءه أو إقالته ولم يثبت للمجلس أى دليل على تكليف المدعى بالحضور للاستجواب وامتناعه عن ذلك قرر المجلس بالاتفاق الحكم بإلغاء قرار مجلس محافظة الديوانية رقم (٢١١) بالعدد (١٠١٥) فى ٢٠٠٩/٧/١٣ وتحميل المدعى عليه المصاريف وأتعاب محاماة لوكيل المدعى المحامى (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 فى ٢٠١١/٥/٢٩م)). [3]

٣: العناية بإجراءات التحقيق، كحضور الخصوم عند إجراء الخبرة، وتسجيل أقوالهم وملاحظاتهم تحت رقابة القاضى الذى 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 اليه سابقا- قرار مجلس الانضباط العام لاهماله

1 - د. بودالى محمد. المصدر السابق،ص ٣٨

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

3 - قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم ٥٩١/انضباط/٢٠١١وتاريخ٢٠١١/٥/٢٩

مبدأ الوجاهية رغم انه لم يسمه، حيث ور : ((.. وحيث وجد أنه لا توجد أوراق تحقيقية فى موضوع العقوبة ولم يستجوب المدعى (المميز عليه) فى موضوع القرار محل الاعتراض وحيث أن تشكيل لجنة تحقيق مع الموظف أو استجواب المدعى فى مثل هذه العقوبة يعد من القواعد الشكلية لا يجوز إهمالها وأنها تعد من النظام العام وعدم مراعاتها يؤدى إلى بطلان الإجراءات القانونية المتخذة... مما يستوجب إلغاء عقوبة لفت النظر المفروضة بحق المدعى (المميز عليه))). [1]

٤: ينبغى 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 فى حالة الغموض. وإذا كان الأصل هو عدم جواز تقديم طلبات أو ملاحظات بعد إقفال باب المرافعات، فإنه يجوز استثناء عند الضرورة الخروج على القاعدة السابقة وذلك بناء على طلب احد الخصوم أو فى حالة قيام الادعاء العام بإبداء ملاحظات بأية صفة كانت.

ويبدو إن القضاء العراقى قد كرس هذا المبدأ فى العديد من أحكامه، فهذا المبدأ أصبح حقاً وضمانة جوهرية ليس على المستوى الجنائى أو المدنى فحسب وإنما على مستوى القضاء الإدارى ايضا من ذلك ان الخصم يقتضى تبليغ جميع المذكرات والوثائق التى يستند إليها الخصم لتبرير طلباته ودفوعه للخصم الآخر، سواء أثناء الجلسة أو خارجها بواسطة أمين الضبط ، مهما تكن الجهة القضائية المختصة، وذلك بغرض الإطلاع عليها ومناقشتها. ويمكن للقاضى أن يستبعد من المناقشة كل وثيقة لم يتم إبلاغها خلال الآجال، وبالكيفية التى حددها.

وفى ذلك قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بتاريخ ٢٠١١/٣/٢٤ الذى ذهب الى ان عدم وجود أوراق تحقيقية فى موضوع العقوبة وعدم استجواب المدعى فى موضوع القرار محل الاعتراض يؤدى إلى بطلان الإجراءات القانونية المتخذة ، حيث ورد : ((لدى عطف النظر فى الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون ذلك أن المدعى عليه (المميز) كان قد أصدر الأمر الإدارى المرقم (٧٣٣/٧) فى ٢٠٠٩/٨/٤ والمتضمن فرض عقوبة (لفت النظر) بحق عدد من الموظفين بضمنهم المدعى (المميز عليه) تسلسل (٩) وحيث وجد أنه لا توجد أوراق تحقيقية فى موضوع العقوبة ولم يستجوب المدعى (المميز عليه) فى موضوع القرار محل الاعتراض وحيث أن تشكيل لجنة تحقيق مع الموظف أو استجواب

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

المدعى في مثل هذه العقوبة يعد من القواعد الشكلية لا يجوز إهمالها وأنها تعد من النظام العام وعدم مراعاتها يؤدى إلى بطلان الإجراءات القانونية المتخذة وحيث أن المدعى عليه (المميز) قد خالف أحكام البنود (أولاً) و(ثانياً) و(ثالثاً) من المادة (١٠) من قانون موظفى الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ مما يستوجب إلغاء عقوبة لفت النظر المفروضة بحق المدعى (المميز عليه) ، وحيث أن مجلس الانضباط العام قد التزم بوجهة النظر القانونية هذه وقرر إلغاء الفقرة (٩) من الأمر الإدارى المطعون فيه ، لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزى وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق فى ٢٠/ربيع الثانى/١٤٣٢هـ الموافق ٢٠١١/٣/٢٤م)). [1]

واحترام مبدأ الوجاهية من القاضى يقتضى تفادى فصله فى الدعوى المعروضة عليه بناء على علمه الشخصى، بل يتعين عليه أن يتقيد وأن يؤسس حكمه على الوقائع والأسانيد المقدمة له أثناء المرافعات والتى كانت محل مناقشات حضوريا ، وهذا يستدعى أن يكون القضاة المشاركون فى المداولة قد حضروا الجلسات التى سبق أن عرضت فيها القضية على هيئة المحكمة، أو قدمت فيها مذكرات، أو اتخذت فيها إجراءات التحقيق. ولكن يجوز للقاضى أن يأخذ بعين الاعتبار، من بين عناصر المناقشات والمرافعات، الوقائع التى أثيرت من طرف الخصوم ولم يؤسسوا عليها ادعاءاتهم.

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

ومن الجدير بالذكر ان دور مجلس الدولة فى فرنسا تعرض للنقد من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، لعدم احترام مبدأ الوجاهية حيث أدانت بعض إجراءات عمل المجلس تطبيقا لما عرف فى قضاء المحكمة بنظرية الظاهر، و تأسيسا على أحكام المادة ٦ فقرة ١من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و حرياته الأساسية و ذلك فى قرارها الصادر بتاريخ: ٢٠٠١/٠٦/٠٧ فى قضية السيدة KRESS ضد فرنسا.

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

حيث ان الانتقادات التى 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 فى المحاكمة العادلة ؟

ومن المعروف إن المهمة الأساسية لمفوض الحكومة تتمثل فى تقديم حلول للقضايا النزاعية لتشكيلة الحكم بكل استقلالية وفقا لما نصت عليه المادة (٧) لقانون القضاء الإدارى [١]، وانطلاقا من هذه المادة يمكن القول أن الوظيفة الأساسية لمفوض الحكومة هى تقديم تقارير أو نتائج حول النزاع الإدارى المعروض للفصل فيه بشكل عام وفقا لرأيه و وفقا لما يقتضيه القانون و وفقا لضميره المهنى 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. [٢]

وترجع قضية السيدة KRESS [٣]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 الشاى الساخن عليها داخل المستشفى.

رفعت المدعية على إثر ذلك طلبا مستعجلا لرئيس المحكمة الإدارية بستراسبورغ لتعيين خبير لفحصها وتقييم الأضرار ، ثم رفعت دعوى فى الموضوع أمام نفس المحكمة للمطالبة بالتعويض على أساس الخطأ الطبى ومسؤولية المستشفى عما لحق بها من أضرار، وبعد أخذ و رد حكمت المحكمة

1 - 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.

2 - من الناحية العملية ان الملفات التى تصل إلى كتابة الضبط بمجلس الدولة الفرنسى 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، وفى هذا الوقت يتدخل مفوض الحكومة إذ يحضر جلسة التحقيق و يأخذ الملف لفحصه بطريقة موازية، خلال فحصه للملف يقوم باقتراح الحل الذى يراه مناسبا للنزاع بكل استقلالية و يمكن فى هذا الصدد أن ينحرف عن ما ذهب إليه المقرر، وفى هذه الحالة يجب عقد جلسة ثانية للتحقيق لمناقشة هذا الحل، خلال الجلسة العلنية يحتل مفوض الحكومة مكانا محددا فى إجراءات يغلب عليها الطابع الكتابى حيث يكون المفوض آخر من يتكلم فى الجلسة، ليعرض نتائجه شفهيا وعلنيا، وفى هذا الصدد فإن المبدأ الذى كرسته الممارسة و القانون هو حرية إبداء النتائج دون الخضوع أو التحيز لأى كان و وفقا لضميره المهنى.

3 - أنظر محتوى قرار المحكمة فى قضية KRESSفى R.D.F.A sept 2001 pp.1009 -1008

الإدارية بتعويض للمدعية قدره ٥٠٠٠ فرنك فرنسى آنـذاك كتعـويض عـن الـضرر النـاتج عـن الحـروق ١٩٩٣/٤/٠٨، ثم رفعت المدعية طعنا بالنقض أمام مجلس الدولة فى القرار مؤسسة طعنها موضوعا على قرار سابق للمجلس يتعلق بالتعويض عـن المـسؤولية الطبيـة غـير الخطيئـة، أثنـاء نظـر القـضية أمـام المجلس و بعد غلق باب المرافعة ووضع القضية فى المداولة ، أثار محامى الطاعنة نقطة تتعلق بمفوض الحكومة حيث أشار إلى أن هذا الأخير أثناء تدخله فى تقديم تقريره عبر عن شـك فى الطـابع الاسـتثنائى للضرر الذى تعرضت له المدعية منذ ١٩٨٦/٠٤/٠٨.

بموجب قرار صادر فى ١٩٩٧/٧/٣٠ رفض مجلس الدولة الطعن بـالنقض موضـوعا معتـبرا أن قـضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقا سليما على الوقائع التى ثبتت لديهم فى ملـف الـدعوى و رفـض بالتـالى تطبيق المسؤولية غير الخطئية للمستشفى لعدم اجتماع عناصرها.

وبتاريخ ١٩٩٧/١٢/٣٠ أودعت السيدة KRESS عريضة لدى اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان ضـد الدولة الفرنسية، مؤسسة إياها على أحكـام المـادة (٦) فقـرة (١) [١]، مـن الاتفاقيـة الأوروبيـة لحقـوق الإنسان و حرياته الأساسية و على مجموعة من القرارات السابقة للجنة و المحكمة، تتعلـق بتطبيقـات هذه المادة فى دول أوروبية[٢]، حيث أثارت المدعية دفعيين أساسين فى القضية يرتبطان مبـاشرة بمفـوض الحكومة ، يتعلق الأول بأنها لم تعلم بنتائج مفوض الحكومة قبل الجلسة و بالتالى لم تكن لهـا الفرصـة للرد عليها أثناء المرافعة باعتبار أن المفوض هو اخرمن يأخذ الكلمة فى الجلسة، و بالنسبة للدفع الثـانى أثارت الطاعنة مسألة حضور المفوض للمداولة مع أنه خلص فى تقريره إلى رفـض الطعـن مـما يـصطدم مع مبدأ تساوى الدفوع و يزرع شكا حول حاد قضاء الحكم وحق المدعى فى محاكمة عادلة [٣].

1 - تنص الفقرة (١) من المادة(٦)من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و حرياته الأساسية(لكل شخص ـ عند الفصل فى حقوقه المدنية والتزاماته، أو فى اتهام جنائى موجه إليه ـ الحق فى 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 القومى فى مجتمع ديمقراطى. أو عندما يتطلب ذلك مصلحة الصغار أو حماية الحياة الخاصة للأطراف. وكذلك إذا رأت المحكمة فى ذلك ضرورة قصوى فى ظروف خاصة حيث تكون العلنية ضارة بالعدالة).

2 - Les arrêts : borger c. /Belgique 05/10/1999 l'arrête la Machado c/Portugal 20/06/1996.l'arrête Reinhard et Slimankaid c/France 31/03/1998.

3 - l'arrête KRESS R.DF.A. OP.cit.p.1093

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

الأول:ان الطاعنة و محاميها لم يكن لهما علم بنتائج مفوض المحكومة قبل الجلسة، و بالتالى 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 فى محاكمة عادلة ناتج عن عدم تساوى الدفوع و الحق فى اجرءات وجاهية.

بعد أن ذكرت المحكمة بقضائها السابق فى القضايا التى عرضت عليها، التى أثارتها الطاعنة كأسباب لتأسيس دفاعها و التى تعلقت بمسائل قريبة من تلك المثارة فى قضية الحال غير أنها كانت كلها قضايا أثيرة على مستوى القضاء المدنى أو الجنائى، ولم تتعلق أى منها بالقضاء الإدارى و أقرت المحكمة بخصوصية القضاء الإدارى الفرنسى.

الثاني: فيما يتعلق باستقلالية و حياد مفوض الحكومة، قالت المحكمة بأن ذلك ليس موضوع شك لديها بأن وجوده و نظامه العضوى ليسا موضع للتقييم من قبلها على ضوء الاتفاقية بل على العكس من ذلك فان تقارير المفوض تكتسى أهمية كبيرة من حيث محتواها فى الخصومة الإدارية، أما فى ما يخص عدم التبليغ المسبق لتقارير مفوض الحكومة للأطراف، واستحالة الرد عليها فى الجلسة، فقد أجابت المحكمة بعد تذكيرها بمبدأ تساوى الدفوع ، ولكن نتائج المفوض لا تشكل وثيقة مكتوبة فى معظم الحالات حيث أن هذا الأخير يعرضها لأول مرة شفويا فى الجلسة و أن الجميع يكتشف محتواها لأول مرة فى هذه اللحظة، سواء بالنسبة للقضاة أو الأطراف أو الحضور[1].

اما فيما يتعلق بحضور مفوض الحكومة لمداولة مجلس الدولة أدانت المحكمة ذلك، تأسيسا على ما عرف بنظرية الظاهر [2]، حيث لاحظت المحكمة بأن مفوض الحكومة يعبر علنا عن قبول الحجج المقدمة من هذا الطرف أو ذلك، و بذلك يمكن أن يعتبره خصما أو حليفا لأحد الأطراف من وجهة نظر أحد المتقاضين ، ومن جهة أخرى يمكن للمتقاضى أن يثير شعورا بعدم المساواة عندما يسمع خلال

1 - دريد كمال، مجلس الدولة الفرنسى: ضمانات الحياد و مقتضيات المحاكمة العادلة بحث مقدم الى الملتقى الدولى الرابع الموسوم ب المحاكمة العادلة فى القانون الجزائرى والمواثيق الداخلية، جامعة العربى بن مهيدى ام البواقى، ٢٠١٢،ص ٢٣٨

2 - l'arrête KRESS R.DF.A. OP.cit.p.1016

الجلسة علنيا تقرير مفوض الحكومة المناقض لطرحه فى الخصومة، ثم يراه ينصرف مع تشكيلة الحكم ليحضر المداولة فى سرية داخل غرفة المشاورة.

وتأسيسا على ذلك ، خلصت المحكمة إلى أنه حتى ولو بررت الحكومة حضور مفوض الحكومة لأسباب تقنية فإن الأهمية العليا للمتقاضى ترجح فى هذه الحالة، إذ من حقه الحصول على ضمان بأن مفوض الحكومة بحضوره المداولة لا يؤثر على مجراها وهو ما لا يوجد فى النظام الفرنسى الحالى، وعليه و بالنتيجة رأت المحكمة بأن لذلك خرق للمادة ٠١/٠٦ من الاتفاقية[١].

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

الفرع الثالث
مبدأ تساوي الدفوع

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

وعموما فأن مبدأ تساوى الدفوع يقتضى أن كل الأطراف يكون لهم نفس الحق من المساواة فى التعبير عن طلباتهم و دفوعهم أمام هيئة الحكم خلال الجلسة فقط دون تمييز أو تبجيل لأى منهم، فإذا كان هذا هو مفهوم مبدأ تساوى الدفوع فى نظر المحكمة.[٢]

وان احترام مبدأ تساوى الدفوع يقتضى حضور الأطراف فى 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 الاوربية لحقوق الانسان هجوما شرسا على مؤسسة المحامى العام فى الدول الأوروبية خاصة فى بلجيكا بسبب عدم التبليغ القبلى لتقاريره للأطراف،

1 - I bid.p.1017

2 - دريد كمال، المصدر السابق،ص ٢٤٠

واستحالة الرد عليها في الجلسة، حيث رأت المحكمة أنه بغض النظر عن الموضوعية المعترف بها لهؤلاء فإن تقاريرهم المتضمنة لتوصية 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 [1].

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[2].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[3].

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

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

3 - Ibid.p.1006

الفرع الرابع
نظرية الظاهر

نظرية الظاهر يختصرها المثل الانجليزى فى كون أن " العدالة لا يجب أن تعمل فقط بـل أن تـرى بأنها تعمل فعلا،justice must note onlydoneit must beseen to bedone" وعليـه فـلا يكفـى أن تكون العدالة محايدة بل يجب أن يرى المتقاضى فعلا أنها محايدة[1].

ومن الجدير بالذكر انه من التقاليد المتبعة فى مجلس الدولة ان يحضر مفوض الحكومة فى مداولـة تشكيلة الحكم، ولكن بحكم أنه يعبر عن رأيه علنيا خلا الجلسة فإنه لا يصوت خلال المداولـة ، واعتـبر هذا التقليد فى فرنسا بمثابة حفاظ على سرية المداولـة ، و يتمثـل هـذا الـسر فى أنـه لا يمكـن لأحـد أن يعرف منحى التصويت لأى من القضاة الذين وضعوا القرار، وبالنتيجة فالقاضى الذى عـبر عـن رأيـه لا يشارك فى التصويت السرى، و هذه السرية لا تسرى فى مواجهة مفوض الحكومة الـذى يحـضر المداولـة طبقا للمادة ٠٧/٧٣١ من قانون القضاء الإدارى دون أن يشاركهم التصويت[2]، غـير أن هـذا التقليـد أو هذه الوضعية لمفوض الحكومة فى المنازعة الإدارية انتقدت بشدة من طرف المحكمة الأوربيـة لحقـوق الإنسان، حيث اعتـبرت المحكمـة فى قـضية الـسيدة KRESSأن مـشاركة مفـوض الحكومـة فى مداولـة تشكيلية الحكم يقوض المادة ٠١/٠٦ من الاتفاقية، حيـث غلبـت المحكمـة نظريـة الظـاهرة و رأت أن مفوض الحكومة الذى يعبر علنا على قبول أو رفض الحجج المقدمة من أحد الأطـراف، يمكـن أن يعتـبر شرعا كمدعم لأحد و ضدا للطرف الآخر، كما أن المصلحة العليا للمتقاضى تستلزم أن هذا الأخـير يجـب أن يحصل على ضمان بأن مفوض الحكومة لا يمارس تأثيرا ما على القضاة خلال المداولة [3].

وقد أكدت المحكمة هذه النظرة مـرة اخـرى بتـاريخ: ٢٠٠٥/٠٧/٠٥ فى قـضية MARIE LOUISE وما كان للحكومة الفرنسية الا ان تستجيب لقضاء المحكمة فاصدرت المرسوم رقم ١٥٨٦/٠٥ عدلت فيه المادة ٠٧/٧٣١ من قانون القضاء الإدارى على النحو التالى(يحـضر مفـوض الحكومـة المداولـة ولكنـه لا يشارك فيها) ، غير أن المحكمـة الأوروبيـة أعـادت الكـرة و أدانـت الحكومـة الفرنـسية مـن جديـد فى ٢٠٠٦/٠٤/١٢ و التى تتعلق بقضية MARTINE، ومن ثـم صـدر المرسـوم رقـم: ٩٦٤/٢٠٠٦ المـؤرخ فى

1 - دريد كمال، المصدر السابق،ص ٢٤٥

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

3 - Ibid

٢٠٠٦/٠٨/٠١ الذى استحدث نصا أكثر تماشيا مع القضاء الأوروبى 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 فى حالة طلب مخالف من الأطراف) المادة ٠٣/٧٣٣ من قانون القضاء الإدارى[١].

ومن تطبيقات نظرية الظاهر فى العراق انه لا يجوز للقاضى الذى لم يكن احد اعضاء الهيئة التى ختمت المرافعة ان يشترك فى اصدار القرار ولايجوز اصدار القرار فى الدعوى الا من القضاة الذين اشتركوا فى افهام 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 الذى ختم فيه المرافعة لغرض تفهيم القرار ، حيث وجد ان احد اعضاء المجلس لم يكن قد اشترك فى الجلسة المؤرخة فى ٢٠٠٨/١١/٤ عندما افهم المجلس ختام المرافعة ، وحيث ولا يجوز للقاضى الذى لم يكن احد اعضاء الهيئة التى ختمت المرافعة ان يشترك فى اصدار القرار ولايجوز اصدار القرار فى الدعوى الا من القضاة الذين اشتركوا فى افهام ختام المرافعة فى الدعوى ، عليه قرر نقض القرار المميز واعادة الدعوى الى المجلس لفتح باب المرافعة والسير فيها وفقاً لما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق فى ٣٠/ذى الحجة/١٤٢٩هـ الموافق فى ٢٠٠٨/١٢/٢٨م)). [٢]

الفرع الخامس
مدى تكريس الحق في الطعن

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

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

1 - Capitant David.Op.cit. p.08.

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

فمن مهام القاضى الاساسية فى الدعوى الادارية مراعاة الجوانب الانسانية والاقتصادية والاجتماعية والامنية للمتداعين او لاحدهما دون الاخلال بجوهر النص او مخالفة للقانون حفاضا على حقه فى ممارسة حقه فى طعن عادل.

وقد تسنى لمجلس شورى الدولة تطبيق ذلك فى قرار له حيث قضى مجلس الانضباط العام بابطال عريضة دعوى لعدم حضور المدعى بناء على طلب المدعى عليه استناداً لاحكام المادة (٥٦) من قانون المرافعات المدنية دون ان يراعى ظروف المدعى سيما انه ووكيله من سكنة محافظة واسط وان الظروف الامنية الحالية قد تستلزم قطع الطريق او التأخير فى الوصول الى مركز محافظة بغداد فكان فذهب المجلس الى انه :((لدى عطف النظر على الحكم المميز لوحظ ان مجلس الانضباط العام وبجلسته المؤرخة فى ٢٠٠٨/٣/٢٧ قرر تأجيل المرافعة الى يوم ٢٠٠٨/٤/٢٠ لغرض تدقيق الدعوى وبتاريخ ٢٠٠٨/٤/٢٠ قرر ابطال عريضة الدعوى لعدم حضور المدعى بناء على طلب المدعى عليه استناداً لاحكام المادة (٥٦) من قانون المرافعات المدنية دون ان يراعى ظروف المدعى سيما انه ووكيله من سكنة محافظة واسط وان الظروف الامنية الحالية قد تستلزم قطع الطريق او التأخير فى الوصول الى مركز محافظة بغداد فكان على المجلس ان ياخذ ذلك بنظر الاعتبار والسير بالدعوى او تركها للمراجعة لذا قرر نقض القرار المميز واعادة الدعوى الى مجلس الانضباط العام للسير فيها وفق المنوال المتقدم لاصدار قراره بما يتراءى له وفقاً للقانون على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة..)).[1]

وفى الاتجاه ذاته تقريبا قرر المجلس انه اذا كان المدعى قد دفع الرسم القانونى وحضر جلستين سابقتين فانه يدل على جديته بمتابعة حقوقه فى الدعوى التى اقامها واتجاه كل هذه الظروف كان يتوجب ان يمنح المدعى الوقت الكافى لحضوره حتى انتهاء الدوام ، تحقيقاً للعدالة.

حيث ورد: ((لدى عطف النظر على القرار المميز وجد ان مجلس الانضباط العام قرر ابطال عريضة الدعوى بناءاً على طلب وكيل المدعى عليه لعدم حضور المدعى فى الساعة المحددة له فى الجلسة السابقة وبلوغ الساعة (١١.٢٠) الحادية عشر وعشرين دقيقة استناداً الى احكام المادة (٢/٥٦) من قانون المرافعات المدنية دون ان يلاحظ المجلس الظروف الحالية غير الطبيعية التى يمر بها البلد بسبب اختناقات الطرق العامة وقطع الطرق احياناً فكان على المجلس ان يراعى هذه الظروف غير

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

المعتادة كما ظهر فى سير المرافعات ان المدعى كان قد دفع الرسم القانونى وحضر جلستين سابقتين مما يدل على جديته بمتابعة حقوقه فى الدعوى التى اقامها واتجاه كل هذه الظروف كان على المجلس ان يمنح المدعى الوقت الكافى حتى انتهاء الدوام الرسمى ثم ينظر فى دفع المدعى عليه وحيث ان قانون الاثبات قد اعطى للقاضى دوراً ايجابياً يقع على عاتقه تحقيق العدالة وان تأخر المدعى للاسباب اعلاه يعد عذراً قانونياً لابد من مراعاته لاسيما وان المدعى قد حضر بعد صدور القرار لكل ما تقدم وما تقتضيه العدالة قرر نقض القرار واعادة الدعوى الى مجلس الانضباط العام للسير فى هذه الدعوى لاتخاذ القرار المناسب على ان يبقى رسم التمييز خاضعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق فى ٢٠/ذى القعدة/١٤٢٧هـ الموافق ٢٠٠٦/١٢/١١ م)).[1]

المطلب الثالث
مدى تكريس استقلال القضاء وحياده

من مقتضيات المحاكمة العادلة فى الدعوى المدنية وطبعا هذ يتضمن الدعوى الادارية ايضا هو تحقيق الانصاف او العدالة فى الاجراءات من خلال توفير الضمانات التنظيمية او المؤسساتية التى تتعلق بكيفية تشكيل المحاكم او الجهات القضائية وتبعيتها وطريقة تعيين القضاة وتنسيبهم اليها واليات المحافظة على استقلاليتها وحاديتها.[2]

الفرع الاول
استقلال القضاء

إذا كان استقلال القاضى عن التأثيرات والضغوط الخارجية يعتبر من أهم ضمانات التقاضى التى تبعث الاطمئنان فى نفوس المتقاضين، فإن عدالة الحكم تتطلب عدم تأثر القاضى بعلاقاته وبمركزه الاجتماعى ومعتقداته الفكرية أثناء أداء عمله فالقضائ رمز العدالة هو الميزان، ويتعين على القاضى أن يلتزم بالحياد حين يُدعى للفصل فى المنازعات التى تعرض عليه. وهذا يقتضى ضمان وضعه فى مركز

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

2ArnfinnBardsen ،Reflections on FairTrail in Civil Proceedings
www. Scandinavianlaw.se/pdf/51-5-pdf.p118

المحايد، بغرض تمكينه من أداء الدور المنوط به بحياد. ويحصل ذلك عن طريق إبعاد القاضى 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 التى تتولى محاكمته ومن مقتضى هذا الأصل فى المحاكمات جنائية كانت أو تأديبية أن من يبدى رأيه فى الاتهام المنسوب إلى المتهم أو سبق له نظر الدعوى المقامة ضده يمتنع عليه الاشتراك فى نظرها والحكم فيها مرة أخرى ـ وذلك ضمانا لحيدة القاضى أو عضو مجلس التأديب بحسب الأحوال.[1]

إن مبرر اللجوء إلى القضاء هو ضمان الفصل فى المنازعات من قاض محايد ومستقل. والسؤال البديهى هو مدى ضمان حياد واستقلال القاضى الادارى العراقى فى أداء مهامه القضائية.

ليس هذا الحق وليد اليوم، بل نجده مقرراً فى المادة: ١٠ من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان المؤرخ فى ١٩٤٨/١٢/١٠. وفى المادة ١.١٤. من العهد الدولى المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية المؤرخ فى ١٩٦٦/١٢/١٩.[2]

وجاء بعد ذلك دور الاجتهاد القضائى فى تحديد معنى هذا الحق من وجود ثلاثة:

اولا:من حيث حجية الحكم والزاميته: فهى تعنى سلطتها فى إصدار حكم ملزم لا يمكن تعديله من قبل جهة غير قضائية لفائدة طرف معين[3]،حيث ان حجية الاحكام الصادر من المحاكم العراقية الحائزة درجة البتات تكون مانعاً من سماع الدعوى مرة ثانية لذات السبب اذا اتحد اطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم ،ومن المهم فى هذا المجال التمييز بين حجية الشئ المقضى وقوة الامر المقضى،اذ ان حجية الامر المقضى معناها ان للحكم حجية فيما بين الخصوم وبالنسبة الى ذات الحق محلا وسببا.

اما قوة الامر المقضى فهى فى المرتبة التى يصل اليها الحكم اذا اصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن الاعتيادية وان ظل قابلا للطعن فيه بطريق غير اعتيادى.

1 - المحكمة الادارية العليا فى مصر فى طعن رقم ١١٨ لسنة 52 ق.ع - جلسة 3 -١-2009.

2 - "...ومن حق كل فرد... فى أية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية...".

3 - CEDH، 19 avr.1994، Gaz.Pal. 28 sep.1995، note، ch. Pettiti..

فالحكم القطعى نهائيا كان او ابتدائيا حضوريا كان ام غيابيا ، تثبت له حجية الشيئ المقـضى لانـه حكم قضائى فصل فى خصومة،لكن هذا الحكم لايحوز قوة الامر المقـضى الا اذا اصـبح نهائيـا غـير قابـل للطعن فيه بطريق اعتيادى ، فاذا طعن على الحكم بالاستئناف مثلا اوقفت حجيتـه واذا الغـى نتيجـة الطعن زال وزالت معه حجيته ، اما اذا تأيد ولم يعد قابلا للطعن بطريق اعتيادى بقيت له حجية الامر المقضى واضيفت لها قوة الشئ المقضى.١

ومن تطبيقات الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بهذا الخصوص قرارها المشار اليـه سـابقا بانـه لا يجوز لمجلس الانضباط العام قانوناً ان يصدر قراراً معلق على شرط لنفاذه بـل يجـب ان يـصدر القـرار على سبيل الحسم. ((.....قرر مجلس الانضباط العام بقراره المؤرخ فـــى ٢٠٠٦/٤/٦ الـزام المميـز عليـه اضافة لوظيفته بتبديل عنوان وظيفة المميزة الى كاتب عند توفر الدرجة الشاغرة وهذا غير جائز قانوناً ان يعلق قـرار مجلـس الانـضباط العـام عـلى شرط لنفـاذه لان الاحكـام ينبغـى ان تـصدر عـلى سـبيل الحسم...)).(٢)وبذات المعنى قرارها بان قرارالهيئة العامة لمجلس شورى الدولة الصادر بنتيجة الطعـن باتاً وملزماً وفقاً لما قررته الفقرة (د) من البند (اولاً) من المادة (٧) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ ، بذلك فأنه غير قابل للطعن بطريق تصحيح القرار، حيث ورد ((...لدى عطف النظر فى الطلـب وجـد ان المـدعى (المميـز) فى الـدعوى المرقمـة (٩٦/انـضباط/٢٠٠٧) المقامـة امـام مجلـس الانضباط العام سبق ان طعن امام الهيئة العامة بالقرار الصادر من المجلس بتاريخ ٢٠٠٧/٥/١٠ فقررت الهيئة بتاريخ ٢٠٠٧/٦/٢٨ فى الاضبارة المرقمـة (٦٦/انـضباط/تمييـز/٢٠٠٧) تـصديق الحكـم المميـز ورد العريضة التمييزية ويطلب بعريضته المؤرخة فى ٢٠٠٧/١٠/٢٣ تصحيح القرار التمييزى المـذكور وحيـث ان قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة الصادر بنتيجة الطعن باتاً وملزماً وفقاً لما قررته الفقـرة (د) من البند (اولاً) من المادة (٧) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ ، بذلك فأنـه غـير قابل للطعن بطريق تصحيح القرار ، عليه قرر رد طلب التصحيح وقيد التأمينات المدفوعة ايراداً نهائياً للخزينة..)).(٣)

(١)- للمزيد ينظر: د.سليمان مرقص،اصول الاثبات فى المواد المدنية،١٩٥٢، ص٢٧٩

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

٣قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة برقم ٤/انضباط/تمييز/٢٠٠٨ وتاريخ ٢٠٠٨/١/٢٤ م

ومن ذلك ايضا قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بان قراراتها لا تقبل طلب تصحيح القرار أو التدخل تمييزاً أمام الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة، فجاء ((لدى التدقيق والمداولة من الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة وجد أن المدعى يطلب التدخل تمييزاً بقرار مجلس الانضباط العام الصادر بالعدد (٢٠٠٨/٥٠٦) في ٢٠٠٨/١٢/٣١ والمصدق تمييزاً من الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة بالقرار رقم (٢٤/انضباط/تمييز/٢٠٠٩) في ٢٠٠٩/٢/١٩ ، وحيث أن الفقرة (د) من البند (أولاً) من المادة (٧) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ تنص على أن يكون قرار مجلس الانضباط العام غير المطعون به وقرار الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة الصادر بنتيجة الطعن باتاً وملزماً ، لذا قرر رد اللائحة التمييزية شكلاً لعدم وجود سند لها من القانون وتحميل طالب التدخل التمييزى رسم التمييز..)). (١)

ثانيا:من حيث التقاضي امام قاضي مستقل: فهو يعنى الحق في قاضى يستفيد من نظام عضوى محدد *un statut organisé*، يقيه من الضغوط المتأتية من السلطات الخارجية مثل السلطات العمومية ومجموعات الضغط والأطراف. ومن المهم ان يمنع القاضى من ممارسة أى 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 المحلى والوطنى. وهذا تفاديا لكون الآراء السياسية محلا لأحكام قضائية.

وإذا كان حياد القاضى 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 القاضى أن يتنحى عن نظر الخصومة التى يتوكل زوجه، باعتباره محاميا، عن أحد خصومها.

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

ومن الضرورى ان يتمتع بسلطات محمية واختصاصات مصانة والتى يمارسها بدون تدخل من السلطات الخارجية.[٢] وحق استقلالية قضاة الحكم هو أمر مقرر دستورياً.[١]

١و قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة برقم ٣٨٦/ انضباط / تمييز / ٢٠١٠ وتاريخ ٢٠١٠/٨/٥ م

2 - 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

ويفترض لاستقلالية القضاء وجود نوعان من الضمانات:

أولها: ضمانات عضوية. يستحيل أن يؤدى القاضى دوره الكامل إن لم يكن فى مركز آمن، وفى منأى عن كل ضغط، سواء عن طريق الترغيب أو الترهيب، لأن القاضى الذى يخاف على منصبه لا يمكنه أن يؤدى وظيفته بحياد. ومن أجل ذلك يتعين أن يكون القضاة مستقلين، سواء من الناحية الوظيفية أو من الجانب العضوى. وهذا أمر غير متحقق بالنسبة للمستشار فى مجلس شورى الاقليم ، الذى يعتبر تابعا عضويا ووظيفيا للسلطة التنفيذية.[٢]

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

وثانيها: ضمانات وظيفية.تتلخص فى عدم تدخل السلطة التشريعية و السلطة التنفيذية فى الوظيفة القضائية.[٣]

وليس غريباً أن تقوم المحكمة الأوروبية بإدانة الدولة الفرنسية لميلها الأخذ بالقوانين ذات الأثر الرجعى *les lois rétroactives* والتى تشكل فى نظرها تدخلا محظوراً إذا كانت تسمح بمنح الدولة امتيازاً عن طريق تعديل مصير المحاكمة فتتوصل من خلال ذلك الى الامتناع عن تنفيذ حكم القضاء الادارى.[٤]

---

y a ou non appartennance d'indépendance ». Sramek، 22oct. 1984 Clnnet 1986.1069، obs.P.T..

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

2 - للمزيد ينظر د. بودالى محمد. المصدر السابق،ص ٤٠

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

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

الفرع الثاني
التقاضي في محكمة محايدة

يقصد بالتقاضى امام محكمة محايدة وجوب أن تنظر الدعوى أمام محكمة محايدة، وبالتالى "فإن تفسيراً ضيقا لهذا المقتضى لن يكون متطابقا لا مع موضوع هذا الترتيب ولا مع الهدف منه، إذا نحن أمعنا النظر فى المكانة الأساسية التى يحتلها الحق فى محاكمة عادلة فى مجتمع ديمقراطى".[1]

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

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

وهو ما يستدعى طلب رد القاضى عند نظر الدعوى فى الحالات الواردة فى المادة... من قانون..... ويكون ذلك فى حالة كونه ذو مصلحة فى 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 رأى فى النزاع، ويتحقق ذلك إذا كان القاضى ممثلا قانونيا لأحد الخصوم فى نقس القضية، أو فى وقت سابق، أو إذا سبق أن أدلى بشهادة فى النزاع.

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

ويرى د.أحمد أبو الوفا أن أسباب الرد وردت فى القانون المصرى على سبيل الحصر.[2]

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

فذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن الحالات المذكورة فى المادة: ٣٤١ من قانون الاجراءات الفرنسى الجديد لا تستغرق مفهوم الحياد الوارد فى المادة: ٦-١ من الاتفاقية الأوروبية: وبالتالى فإن المتقاضى له رد القاضى فى غير تلك الحالات الواردة فى نص المادة ٣٤١.[1]

---

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

2 - د.د.أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط١٥، ١٩٩٠، نشأة المعارف بالإسكندرية، ص٨٧..

وبناء على ذلك فإن القاضى الذى أصدر أمراً استعجاليا منح به نفقة على أساس وجود التزام غير متنازع فيه بصفة جدية، لا يمكنه أن يفصل فى موضوع النزاع المتعلق بذات الالتزام.[٢]

فتقدير ذات الوقائع، وإصدار حكم ذو طبيعة قضائية بشأنها، هو وحده الذى يمكن أن يؤدى إلى نشوء شبهة عدم الحياد. وعلى العكس فإن واقعة الأمر بتدابير تحفظية بحتة أو مجرد تدابير تحقيق فى قضية ما لا يؤدى إلى تكوين أى حكم مسبق.[٣]

وهذا التوسع فى حالات الرد وعدم الحياد، يمكن تمديده ليشمل طرق الطعن أيضاً: فذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى اعتباره مناقضا لمطلب الحيادية واقعة فصل قاضى فى موضوع النزاع، ثم نجده عضوا فى التشكيلة التى تفصل فى الطعن المرفوع ضدّ الحكم السابق سواء تعلق الأمر باستئناف أو بمراجعة الحكم *un recours en révision*.[٤]

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

وتتفق المحكمة الأوروبية مع قضاء محكمة النقض الفرنسى من حيث اعتبار حياد القاضى مجرد قرينة بسيطة، وبالتالى يقع على المتقاضى الذى يزعم أنه ضحية خصومة غير حيادية إثبات ذلك.

وقد استعمل القضاء نظرية الظاهر*La théorie des apparences* لشدِّ أزر المتقاضى فى الإثبات: فرأى أن بعض العناصر المعتبرة موضوعية يمكن أن يؤدى -بصفة مشروعة- إلى توليد شبهة فى اعتقاد المتقاضى من حيث حياد قاضيه، ومن ثم فإن إثبات تلك العناصر كافى وحده لتسليط جزاء الرد، ودون الحاجة لإثبات عدم الحياد من الناحية الفعلية.

ومع ذلك ومن أجل تجنب المماطلة فإن محكمة النقض الفرنسية قيّدت الحق فى التمسك بسبب الرد عن طريق فرض على المتقاضى وجوب أن يقع وفقا للشروط الواردة فى المادة: ٣٤٢ أى منذ إكتشاف

---

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

2 - « 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.

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

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

سبب الرد، وقبل قفل باب المرافعات تحت طائلة عدم القبول.[1] ويستثنى من ذلك الحالات التى يستحيل فيها معرفة تشكيلة المحكمة[2].

كما هو الحال إذا جرت الإجراءات دون تمثيل إلزامى بمحامى، أو إذا لم يتمكن المتقاضى من الحضور إلى الجلسة لسبب مشروع، فإن الإجتهاد القضائى أجاز للمتقاضى التمسك بعدم الحياد بعد صدور الحكم، بحيث يستطيع الحصول على إبطال الحكم على مستوى الاستئناف أو على مستوى الطعن بالنقض.

وقد وجدنا بعض التطبيقات للهيئة العامة لمجلس شورى الدولة فى هذا الصدد حيث قضت انه لايجوز اصدار القرار فى الدعوى الا من القضاة الذين اشتركوا فى افهام ختام المرافعة فى الدعوى ولا شك ان فى ذلك احترام لحق المواطن فى ان تنظر دعواه امام محكمة عادلة اطلع اعضائها على مضمنها وفى ذلك يتجلى شدٌ أزر المتقاضى، فقد ورد: ((لدى التدقيق والمداولة من الهيئة العامة فى مجلس شورى الدولة وجد ان الطعن التمييزى مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلا" ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان مجلس الانضباط العام اصدر قراره المميز بتشكيل يختلف عن التشكيل الذى ختم فيه المرافعة لغرض تفهيم القرار ، حيث وجد ان احد اعضاء المجلس لم يكن قد اشترك فى الجلسة المؤرخة فى ٢٠٠٨/١١/٤ عندما افهم المجلس ختام المرافعة ، وحيث ولا يجوز للقاضى الذى لم يكن احد اعضاء الهيئة التى ختمت المرافعة ان يشترك فى اصدار القرار ولايجوز اصدار القرار فى الدعوى الا من القضاة الذين اشتركوا فى افهام ختام المرافعة فى الدعوى ، عليه قرر نقض القرار المميز واعادة الدعوى الى المجلس لفتح باب المرافعة والسير فيها وفقاً لما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة..)). (٣)

---

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

2 - وقد أجازت محكمة النقض الفرنسية إثارة سبب الرد لأول مرة أمامها، غير أنها قدرت أن الوجه المتمسك به بشأن خرق حياد القاضى ينبغى 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، (arrêtlaye).

٣قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم ٢٦٦/انضباط/تمييز/٢٠٠٨وتاريخ ٢٠٠٨/١٢/٢٨ م

الخاتمة

لا يكفى تأسيس قضاء ادارى لتوفير شروط تضمن محاكمة عادلة، اذ انه من المهم ان ينص القانون على بعض المبادئ بغرض تكريس محاكمة عادلة ،و للقول أن الدعاوى المعروضة أمام القضاء الإدارى تُسير بشكل يضمن فعلا دعم حق اللجوء إلى القضاء وحقوق الدفاع أمام جهة قضائية محايدة ومستقلة.

وإن كان المشرع ينص على واجب احترام حقوق الخصم فى الدفاع، فإن تغليب الكم على الكيف أدى إلى التقليص من تلك الحقوق.

وإذا كان المشرع يحث القاضى على أداء دور إيجابى فى الخصومة الادارية، فإن المفروض أن يكون ذلك من أجل تحقيق مصالح الخصوم، لا من أجل تصفية الملفات بداعى واجب الفصل فى القضايا فى آجال معقولة.

ومن ثم يتعين الإشارة إلى واجب تغيير الإرادة السياسية بغرض تحرير القضاء الادارى من قبضة وزارة العدل وتمكينه من أداء دوره الطبيعى فى المجتمع بعيدا عن الصراعات السياسية، خدمة للعدالة وحدها، وتفادى توظيفه لخدمة أية مصلحة أخرى. وبهذا تتحقق " الخصومة الادارية العادلة " ، بدلا من "المحاكمة العادلة"، ويحس المواطن أن الدولة أنشأت أجهزة القضاء الإدارى بقصد خدمته لا من أجل إخضاعه وجعله فى خدمتها.

ونوصى المشرع فى الختام بما يلى:

١- يجب ان يكون حق الوصل الى قاضى الادارة مكفولا للجميع اى ان يكون للفرد حق التقاضى بدون اية عوائق فى حالة انتهاك حقوقه وخلال مدة معقولة، مما يستدعى انشاء المزيد من المحاكم الادارية والزامها بالفصل فى المنازعة فى آجال قصيرة ومحددة.

٢- من الضرورى مراعاة الضمانات التنظيمية او المؤسساتية التى تتعلق بكيفية تشكيل المحاكم الادارية ومراعاةطريقة تعيين القضاة والمستشارين وتنسيبهم اليها بما يحفظ استقلاليتها وحيادها،بعيدا عن المحاصصة او الارادة السياسية للقابضين على السلطة. و نوصى بأنشاء محاكم لقضاء الموظفين فى اقليم كوردستان-العراق مثلما هو الشأن فى العراق.

٣- من الضرورى الغاء القيود الكثيرة الواردة على اختصاص القضاء الادارى فى العراق واقليم كوردستان، لتأمين حق المواطن فى اللجوء الى قضاء فعال ومتخصص.

٤- من المهم تشريع قانون خاص بالإجراءات الإدارية فى العراق واقليم كوردستان، بما يكفل توفير الخصومة الادارية العادلة طبقا للمعايير الدولية.

المصادر

- باللغة العربية/

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

٢- د. بودالى محمد. الحقوق الأساسية الخاصة بالخصومة المدنية، بحث مقدم الى الملتقى الدولى الرابع الموسوم بـ "المحاكمة العادلة فى القانون الجزائرى والمواثيق الداخلية"، جامعة العربى بن مهيدى ام البواقى، ٢٠١٢.

٣- دريد كمال، مجلس الدولة الفرنسى: ضمانات الحياد و مقتضيات المحاكمة العادلة بحث مقدم الى الملتقى الدولى الرابع الموسوم ب المحاكمة العادلة فى القانون الجزائرى والمواثيق الداخلية، جامعة العربى بن مهيدى ام البواقى،٢٠١٢.

٤- كمون حسين، ظاهرة عدم تنفيذ الإدارة للأحكام القضائية الصادرة ضدها «رسالة ماجستير فى القانون»، كلية الحقوق، جامعة تيزى وزو، ٢٠٠٩م.

٥-عدو عبد القادر، تنفيذ الأحكام القضائية ضد الإدارة العامة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق،جامعة سيدى بلعباس،السنة الجامعية ٢٠٠٨.

٦-د. حسن محمد هند، التحكيم فى المنازعات الإدارية ، دار الكتب القانونية ، مصر، ٢٠٠٤.

٧-د.سليمان مرقص ،اصول الاثبات فى المواد المدنية ،١٩٥٢.

٨- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإدارى ، دار المطبوعات الجامعية ، الأسكندرية ،١٩٩٦.

٩-مهند نوح، القاضى الإدارى والأمر القضائى، مجلةجامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية – المجلد – 20 العددالثانى.

١٠ - د. وجدى راغب فهمى، دراسات فى مركز الخصم أمام القضاء المدنى، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد ١، ١٩٧٦.

- باللغة الاجنبية/

1-ArnfinnBardsen ،Reflections on FairTrail in Civil Proceedings

Www. Scandinavianlaw.se.

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

3-Elisabeth ZOLLER, Procès équitable et dueprocess of law, Recueil

Dalloz, Chroniques, N° 8, 2007

4 - Capitant David. "le ministère public devant le juridiction administratives en France", article sure internet cite : http://aplcaext.cjf.gou.br/pub doc.

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

6-Renè chapus,droit du contentieux administratif,10èmèdi,montchrestien ,paris,2002.

الملخص

الخصومة الإدارية هى الوسيلة القانونية التى كفلها المشرع للأشخاص سواءً أكانت طبيعية أم معنوية لحماية حقوقهم فى مواجهة الإدارة عن طريق القضاء و هى مجموعة من الإجراءات التى تبدأ بإقامة الدعوى أمام المحكمة بناءً على طلب من جانب المدعى، وتنتهى بالحكم الفاصل فى النزاع. والإدارة تكتسب فى معظم الدعاوى الإدارية مركز المدعى عليه نظراً لما تتمتع به من مظاهر السلطة العامة التى تجعلها فى غير حاجة إلى الرجوع للقضاء لتنفيذ أعمالها القانونية أو المادية فى مواجهة الغير بما تملكه من سلطة التنفيذ المباشر، فتنشأ مشكلة عدم تحقيق التوازن بين أطراف الدعوى الإدارية مما يقتضى تحقيق مايمكن تسميته بالخصومة الادارية العادلة لتحقيق قدر من التوازن فى المنازعات الادارية. ومن المستقر أن المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية تهدف غالبا إلى تحقيق المحاكمة العادلة أمام القضاء الجزائى، و يقابل المحاكمة العادلة أمام القضاء الإدارى، الحق فى طعن فعال.

پوختە

(خصومه) ی کارگێڕی میکانیزمێکی یاساییە یاسادانەر فەراهامی کردووە بۆ کەسانی سروشتی و معنوی لە پێناو پاراستنی مافەکانیان لەبەرامبەر ئیدارە لەڕێگەی دادگاوە، کە ئەوانیش بریتین لە کۆمەڵە ڕێکارێك بە بەرزکردنەوەی داوا لەبەردەم دادگا دەست پێدەکات بە دەرکردنی حوکمی یەکلاکەرەوە کۆتایی دێت.ئیدارە لە زۆرینەی داواکاندا داوالەسەرکراوە لە سۆنگەی ئیمتیازەکانی دەسەڵاتی گشتی وەك پێویستینەکردن بە گەڕانەوە بۆ دادگا بۆ جێبەجێکردنی کارە یاسایی و ماددییەکانی لەبەامیەر کەسانی تر، هەربۆیە لە داوا کارگێڕییەکاندا کێشەی ناهاوسەنگی لایەنەکان دروست دەبێت، ئەمەش پێویستی بەدیهێنانی خصومەیەکی دادپەروەرانە دەهێنێتە کایەوە لە پێناو گەڕاندنەوەی هاوسەنگی لە ناکۆکییە کارگێڕییەکاندا. ئامانجی بەڵگەنامە نێودەوڵەتییەکان و یاسا ناوخۆییەکان بەدیهێنانی ئەم دادگەرییە دادپەروەرانەیە لەبەردەم دادگا تاوان کەلەبەرامبەریدا دادگەرێتی دادپەروەرانە لەبەردەم دادگای گارگێڕی مافی تانەدانێکی کاریگەر هەیە.

Abstract

Administrative litigation is the legal mean by which all persons natural or legal protect their rights against administration and it consists of a number of process commences with bringing action before a court by plaintiff and it ends with a final verdict. This litigation often described as a dispute between public interest and a private interest due to the aim of each party of the litigation. The administration in such litigation is defendant most of times, due to the aspects of public power that enjoys and allows her to execute and implement her legal and substance work against the others directly. The defendant's position in any litigation is easier than the position of the plaintiff according to the procedures law, because the final does not have any prerogative as the administrative, therefore the problem of inequality and imbalance between the two parties. This kind of situation requires searching for a fair administrative trail. The international convents and charts as well as the national laws and legislations aspire to achieve the fair trial before in the criminal courts in order to protect the defendant rights in imposing some limits and boundaries on the authorities of criminal justice and empowering the defendant to defend him. In the administration litigation the fair trail is signified in functioning appeal.