



دور المحاكم العليا في تحقيق الأمن القضائي (دراسة تحليلية مقارنة)

المستشار الدكتور/ هشام السيد سليمان عزب* ١

الدكتورة/ هانم أحمد محمود سالم* ٢

المخلص:

لما كان الأمن القضائي يستهدف تحقيق الثقة في المؤسسة القضائية، والاطمئنان إلى ما ينتج عنها؛ وهي تقوم بمهمتها التقليدية المتجلية في تطبيق أو قول القانون على ما يعرض عليها من قضايا أو ما تحتجده بشأنه من نوازل؛ لذا تجرى القاعدة العامة على أنه إذا ما طرحت على القاضي منازعة فإنه يلتزم بالفصل فيها، ووصولاً إلى الحكم في المنازعة يبحث القاضي أصالة وبداءة وبصفة أولية عن نص تشريعي يحكم المنازعة المطروحة، فإن لم يجد نصاً اتجه بالبحث صوب المصادر الأخرى للقاعدة القانونية وحسب الترتيب الذي يرسمه له المشرع، فإن لم يجد في أي مصدر من هذه المصادر قاعدة تحكم الدعوى محل البحث، فإنه لا يستطيع الامتناع عن إصدار الحكم بمقولة عدم وجود قاعدة قانونية وإنما على القاضي أن يصدر حكمه في الدعوى باجتهاده وبقاعدة من ابتكاره وابتداعه وإلا كان مرتكباً لجريمة إنكار العدالة؛ لأجل ذلك فإن ما يصدر من أحكام للمحاكم العليا وما أرسته من مبادئ قضائية؛ تساهم بشكل كبير في تشكيل الملامح الأساسية لنظام الحكم في البلاد وحماية الحقوق والحريات.

وقد أدى ازدياد أعداد الأحكام القضائية الصادرة في الآونة الأخيرة وتعرضها لموضوعات كبرى أثرت على التوازن الاقتصادي والاجتماعي داخل المجتمع إلى تصاعد الجدل حول دور المحاكم العليا في تحقيق وتوفير الأمن القضائي للمتقاضين، وخصوصاً بعد تباين واختلاف الأحكام الصادرة من دوائر المحاكم العليا ذاتها، أو من محاكم الموضوع في ذات الموضوع، أو تعارض بعض الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية ومواد الأحوال الشخصية بمحكمة النقض، أو حال عدم التزام دوائر المحكمة الإدارية العليا بالمبادئ التي تقرها دائرة توحيد المبادئ، وكذلك دوائر محكمة النقض بالأحكام الصادرة من الهيئات العامة للمواد الجنائية المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية وغيرها، أو من هيئتي المواد المدنية والجنائية، ولأجل هذا سنتناول في هذا البحث بيان دور محكمتي النقض والإدارية العليا في العمل على استقرار وتوحيد الاجتهاد القضائي؛ والذي يُعد أهم مقوم من مقومات تحقيق الأمن القضائي.

الكلمات المفتاحية: الأمن القضائي - الاجتهاد القضائي - المحكمة الادارية العليا - محكمة النقض - توحيد الاجتهاد القضائي.

* ١- نائب رئيس مجلس الدولة - جمهورية مصر العربية.

* ٢- دكتوراه القانون العام.



The Role of Supreme Courts in Achieving Judicial Security (A Comparative Analytical Study)

Consultant Dr. Hisham Al-Sayyid Suleiman Azab*1
Dr. Hanem Ahmed Mahmoud Salem*2

Abstract:

Since judicial security aims to achieve confidence in the judicial institution and confidence in its results, it carries out its traditional mission of applying or pronouncing the law on the issues presented to it or the calamities it is working on. Therefore, the general rule is that if a dispute is presented to the judge, he is obligated to decide on it, and in arriving at the ruling on the dispute, the judge searches authentically, initially, and in a preliminary manner for a legislative text that governs the dispute at hand. If he does not find a text, he turns to the other sources of the legal rule, according to the order in which the legislator designates it for him. If he does not find in any of these sources a rule that governs the case in question, he cannot refrain from issuing the ruling by saying that there is no legal rule. Rather, the judge must issue his ruling in the case based on his diligence and the rules of his invention and creativity; otherwise, he would be committing the crime of denying justice. For this reason, the rulings issued by the Supreme Court and the judicial principles they have established contribute significantly to shaping the basic features of the country's government system and protecting rights and freedoms. The increase in the number of judicial rulings issued recently and their exposure to major issues affecting the economic and social balance within society has led to an escalation of controversy about the role of the Supreme Court in achieving and providing judicial security for litigants, especially after the discrepancies and disagreements in the rulings issued by the Supreme Courts themselves or by the subject courts. On the same subject, some of the rulings issued by the General Authority for Civil Matters and Personal Status Matters at the Court of Cassation conflict, or there is a situation of non-compliance by the circuits of the Supreme Administrative Court with the principles decided by the Chamber of Unification of Principles, as well as the chambers of the Court of Cassation with the rulings issued by the General Commissions for Civil and Commercial Criminal Matters, Personal Status Articles, and others, or from the Civil and Criminal Courts. For this reason, we will discuss in this research the role of the Courts of Cassation and the Supreme Administrative Courts in working to stabilize and unify judicial jurisprudence, which is considered the most important component of achieving judicial security.

Keywords: Judicial Security – Jurisprudence – The Supreme Administrative Court – The Court of Cassation – Unification of Jurisprudence.

*1-Vice President of the State Council, Arab Republic of Egypt.

*2-PhD in Public Law.



المقدمة

يستهدف الأمن القضائي تحقيق الثقة في المؤسسة القضائية، والاطمئنان إلى ما ينتج عنها؛ وهي تقوم بمهمتها التقليدية المتجلية في تطبيق أو قول القانون على ما يعرض عليها من قضايا أو ما تجتهد بشأنه من نوازل، هذا مع تحقيق ضمانات جودة أدائها وتسهيل الولوج إليها^(١)، لذا يُمثل الأمن القضائي أحد أهم ركائز دولة القانون التي تهدف إلى حماية حقوق الإنسان على جميع الأصعدة^(٢)، إذ أن مصلحة الأفراد والجماعات لا تكمن فقط في سن القوانين أو النصوص التنظيمية للقول بوجود الانصياع لها، وفرض تطبيقها بتبرير وجود الحق والقانون، بل أن الأمر يتعدى ذلك ويتطلب بالإضافة إلى النصوص التشريعية والتنظيمية المحكمة والمستجيبة للمصالح الاجتماعية والاقتصادية تحقيق الأمن القضائي؛ وذلك لأن التجارب الإنسانية العالمية أثبتت أنه مهما وضعت النصوص القانونية الملائمة فإنها تبقى دائما قاصرة عن إيجاد الحلول لكل النوازل أو القضايا؛ لأنها تبقى أولا من صنع البشر والامتسح بطبيعته بالنقص، ولأنها تنتهي باعتبار عددها علما بأن الوقائع لا تنتهي من حيث دلالاتها فيبقى الملاذ إذا هو القضاء لتدبرها والاجتهاد لإيجاد حلول لها^(٣).

(١) د. محمود حمدي عباس عطية: دور دائرة توحيد المبادئ القانونية بمجلس الدولة في كفالة الأمن القضائي، طبعه ٢٠١٣ - بدون دار نشر، ص. ٢٠٠. وراجع في ذات المعنى دكتور/ غازي محمد: بحث بعنوان معوقات تحقيق الأمن القضائي - حالة الجزائر أنموذجا، مجلة العلوم السياسية والقانون - العدد 15 أيار/ مايو - 2019 المجلد - 10 المركز الديمقراطي العربي - ألمانيا- برلين، ص ٢١٨ وما بعدها، وموقعها <https://democraticac.de>. ويراجع ايضا د. محمد بجاق: بحث بعنوان مقومات الأمن القضائي، منشور في سلسلة ابحاث الشريعة والقانون الصادرة عن مخبر الدراسات الفقهية والقضائية لجامعة الوادي - الجزائر - مؤلف جماعي بعنوان الأمن القضائي في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، ص. ٤٣ وما بعدها.. وراجع ايضا الدكتور / د. ابراهيم رحمانى: الأمن القضائي في الشريعة الاسلامية " مفهومه وسبل تحقيقه، منشور في ذات المجلة السالف ذكرها، ص. ١١ وما بعدها. ولمزيد من التعاريف راجع: د. هانم أحمد محمود سالم: بحث بعنوان المقومات الدستورية لتحقيق الأمن القضائي، مجلة البحوث الفقهية والقانونية الصادرة عن كلية الشريعة والقانون دمنهور - العدد التاسع والثلاثون إصدار أكتوبر ٢٠٢٢، ص. ٢٨٦٤ وما بعدها.

(٢) لمزيد من التفاصيل حول حقوق الانسان راجع الدكتور / عطية حمودة: الوجيز في حقوق الانسان، طبعة دار يافا العلمية للنشر والتوزيع ٢٠٠٨ <https://drive.google.com>

(٣) د. محمود حمدي عباس عطية: المرجع السابق، ص. ١٩.

لأجل هذا تجري القاعدة العامة على أنه إذا ما طرحت على القاضي منازعة فإنه يلتزم بالفصل فيها ووصولاً إلى الحكم في المنازعة يبحث القاضي أصالة وبداءة وبصفة أولية عن نص تشريعي يحكم المنازعة المطروحة، فإن لم يجد نصاً اتجه بالبحث صوب المصادر الأخرى للقاعدة القانونية وحسب الترتيب الذي يرسمه له المشرع^(٤)، فإن لم يجد في أي مصدر من هذه المصادر قاعدة تحكم الدعوى محل البحث فإنه لا يستطيع الامتناع عن إصدار الحكم بمقولة عدم وجود قاعدة قانونية؛ وإنما على القاضي أن يصدر حكمه في الدعوى باجتهاده وبقاعدة من ابتكاره وابتداعه وإلا كان مرتكباً لجريمة إنكار العدالة^(٥)؛ لأن وظيفة القاضي لا تقتصر على تطبيق التشريع النافذ إذا كان صامتاً؛ وإنما يجب عليه أن يضع أو يخلق القاعدة المطبقة على النزاع .

لذلك للاجتهاد القضائي في مجال القانون دور بالغ الأهمية ولا يكاد يقل في أهميته عن دور التشريع نفسه، فالاجتهاد القضائي هو الذي يضيف على القانون طابعه الجمالي الحي وهو الذي يحدد مداه وأبعاده، ونظراً لأن تحولات الاجتهاد القضائي من شأنها أن تخلق جواً من الاضطراب وعدم الاستقرار وعدم الشفافية في تطبيق القاعدة القانونية، كما أنها تهز الثقة المشروعة للمواطن والتي تولدت لديه في سياق استتباب الأوضاع القانونية التي أجري تصرفاته في ظلها، والأخطر من ذلك أنها قد تسطو في غفلة منه، ودون توقعه على حقوقه المكتسبة في ظل الاجتهاد السابق؛ لأن الاجتهاد القضائي الجديد يطبق بقوة القانون وبأثر رجعي على جميع ما كان بإمكان الأشخاص القيام به أو الامتناع عنه استناداً لنص وروح الاجتهاد القضائي القديم، فكان لا بد من وجود وسيلة

(٤) راجع نص المادة الأولى من القانون المدني المصري؛ إذ تنص على أن " تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها .

فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ."

(٥) د. محمد الشافعي أبوراس: الوسيط في القانون الإداري - الجزء الأول التنظيم الإداري - بدون سنة نشر أو دار نشر، ص ٣٠ .

لتوحيد الاجتهاد القضائي أمام المحاكم العليا^(١)، حتى لا نكون أمام الاجتهاد و الرجوع عن الاجتهاد^(٧).

أهمية البحث:

تم اختياري لهذا الموضوع لأن للمحاكم العليا دور بالغ الأهمية في تحقيق العدالة واستقرار الأحكام بشكل يؤدي إلى تحقيق الأمن القضائي وتطوير الاجتهاد القضائي، سيما أن الأمن القضائي موكول للمحاكم العليا؛ لأن أعظم مفسر للقانون يفترض أن يكون قاضي المحاكم العليا، إذ على عاتقه يقع عبء اطمئنان المتقاضين لاجتهاده، وهذا يقتضي وضع آلية لاطلاع الجمهور على كل تغيير يطرأ على هذا الاجتهاد كما هو معمول في القضاء المقارن؛ حتى لا نكون أمام الاجتهاد والرجوع عن الاجتهاد، مع ملاحظة أن العدول عن الاجتهاد السابق لا يعدل القانون وإنما يعدل من تفسيره إذا ما ظهر عدم صحة التفسير القضائي السابق، وهذا ما سوف نوضحه بالتفصيل في هذا البحث.

منهج البحث:

تم الاعتماد في هذا البحث على المنهج التحليلي الذي يقوم على تقسيم أو تجزئة الظواهر أو المشكلات البحثية إلى العناصر الأولية التي تُكوّنها؛ لتسهيل عملية الدراسة، وبلوغ الأسباب التي أدت إلى نشوئها، لذا قام الباحث بتقسيم وتحليل الظاهرة القانونية المتعلقة بالاجتهاد القضائي وصولاً إلى تحديد دور محكمتي النقض والإدارية العليا في مصر في تحقق الأمن القضائي، ومقارنة ذلك بفرنسا في بعض مواضع البحث.

خطة البحث:

المبحث الأول: دور المحكمة الإدارية العليا في تحقيق الأمن القضائي وأهم تطبيقاتها.
المبحث الثاني: دور محكمة النقض في تحقيق الأمن القضائي وأهم تطبيقاتها.
ونعرض لكل منهما بالتفصيل وذلك على النحو التالي:

(١) د. محمد بجاق: مقومات تحقق الأمن القضائي، المرجع السابق، ص ٥٧.

(٧) د. أمال قادري: جودة الأحكام القضائية " دراسة مقارنة " رسالة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سيدي بلعباس - الجزائر ٢٠٢٠-٢٠٢١، ص ٨٠، <http://rdoc.univ-sba.dz/>، وراجع أيضا الأستاذ / أحمد طلال عبد الحميد : مقال بعنوان التناقض في قرارات المحكمة الإدارية العليا وأثره على مبدأ الأمن القضائي، <https://www.ahewar.org/>.

المبحث الأول

دور المحكمة الإدارية العليا في تحقيق الأمن القضائي وأهم تطبيقاتها

تمهيد وتقسيم:

من المسلم به أن عجز القانون لا يعنى عجز القاضي، لذا يمارس القاضي الإداري في كثير من الحالات سواء في فرنسا⁽⁸⁾ أو مصر دور القاضي المبدع المنشئ للقاعدة ثم المطبق لها، وذلك من أجل معالجة أي خلل يشوب ميزان العدالة بين المتقاضين وسعياً لإرساء وتوطيد مبدأ الأمن القضائي⁽⁹⁾، لا سيما أن روابط القانون الخاص تختلف في طبيعتها عن روابط القانون العام، ومن ثم فإنها لا تطبق وجوباً على روابط القانون العام إلا إذا وجد نص خاص يقرر ذلك، فإن لم يوجد فلا يلتزم القاضي الإداري بتطبيق القواعد المدنية حتماً وكما هي؛ وإنما تكون له حريته واستقلاله في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام بين الإدارة في قيامها على المرافق العامة وبين الأفراد، فله أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلاءم معها، وله أن يطرحها إن كانت غير متلائمة معها، وله أن يحورها بما يحقق هذا التلاؤم، وذلك لأن القضاء الإداري يتميز بأنه ليس مجرد قضاء طبيعي كالقضاء المدني، بل هو في الأغلب والأعم قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد، وهي روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص⁽¹⁰⁾.

ويتطلب إعمال الدور الإيجابي الممنوح للقاضي بالشكل الذي يعزز ثقة المتقاضين بالنظام القضائي الذي يحكم النزاع أن يراعي وضوح الأحكام التي يصدرها وسهولة فهمها، فضلاً عن ذلك فإنه ملزم بتفسير أي قاعدة قانونية يكتنفها الغموض بغية الوصول إلى النية الحقيقية للمشرع، فالقاضي وعن طريق سلطته التقديرية، ليس بالضرورة أن يصدر حكماً متوقعاً للمحكوم عليه؛ بل بالضرورة تكمن في إن يكون هذا الحكم واضحاً

(8) Jean-Marc Sauvé : Présentation du Conseil d'État, <https://www.conseil-etat.fr/>, et voir aussi, Rôles et missions du Conseil d'Etat, <https://juripredis.com/jurisprudence-decisions-justice..>

(9) د. علاء الدين قليل: بحث بعنوان الاجتهاد القضائي والأمن القضائي بين متطلبات تكريس العدالة ومقتضيات إرساء الأمن القضائي - مجلة الاجتهاد القضائي - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيضر بسكرة - مج 13 - ع 20 لسنة 2021، ص 307.

(10) المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم 1063 لسنة 6 ق جلسة 11/23/1963، المستشار/ حسن الفكهاني وآخرين: الموسوعة الإدارية الحديثة ج 14، طبعة الدار العربية للموسوعات 1986-1978، ص 12.

ومحددًا^(١١)؛ لأن من المبادئ العامة المسلم بها في تفسير أحكام القانون عدم الانحراف عن صريح عبارة النص أو تفسيره على نحو يتعارض مع عبارته الواضحة الصريحة القاطعة الدلالة على المقصود منها إلى معانٍ أخرى وإلا كان ذلك افتئاتاً على إرادة المشرع وإحلالاً لإرادة المفسر قاضياً كان أو غيره محل السلطة التشريعية دون سند من الدستور أو القانون؛ إذ لا اجتهاد مع صراحة النص التشريعي وقطعية دلالاته على ما تقصده السلطة التشريعية من تقريره^(١٢).

ولأجل هذا؛ فإنه متى كان النص واضحاً جلي المعنى قاطعاً في الدلالة على المراد منه فإنه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التي أملتة؛ لأن البحث في حكمة التشريع ودواعيه إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه مما يكون معه القاضي مضطراً في سبيل تعرف الحكم الصحيح إلى تقصى الغرض الذي رمى إليه والقصد الذي أملاه؛ إذ إن الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها، ومن ثم لا يجوز إهدار العلة والأخذ بالحكمة عن وجود نص واضح وسليم.

ويبرز دور المحكمة الإدارية العليا في كفالة تحقق الأمن القضائي في حالتين؛ الأولى حال الاجتهاد القضائي لإيجاد الحلول لكل النوازل أو القضايا حال عدم وجود النص أو غموضه، والثانية؛ حال العمل على توحيد الاجتهاد القضائي لعدم تعارض الأحكام ومن ثم تكريس وتحقيق مبدأ الأمن القضائي، ونعرض لهما بالتفصيل وذلك في مطلبين على النحو التالي:

(١١) د. مازن ليلو راضي: بحث بعنوان الأمن القضائي وعكس الاجتهاد في القضاء الإداري - المجلة السياسية الدولية، ص ١٢٨ وما بعدها. <https://iasj.net/iasj>.

(١٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١٦٤٧٣ لسنة ٦٠ القضائية عُليا "دائرة توحيد المبادئ" جلسة ٢٠١٨/٢/٣ "نصوص التشريعات المختلفة تُشكل في النهاية منظومة تشريعية، تُقرّر نسيجاً قانونياً واحداً، تتكامل نصوصه فتكمل بعضها البعض، ولا تتصادم أو تتعارض، بما يؤدي إلى إنزال القاعدة الأصولية في التفسير من أن أعمال النص خير من إهماله، وأن الأصل في النصوص التشريعية هو ألا تُحمل على غير مقاصدها، وألا تُفسر عباراتها بما يخرجها عن معناها، أو بما يُؤول إلى الالتواء بها عن سياقها، أو يعتبر تشويهاً لها، سواء فصلها عن موضوعها، أو بمجاوزتها الأغراض المقصودة منها؛ إذ أن المعاني التي تدل عليها هذه النصوص، والتي ينبغي الوقوف عندها هي تلك التي تُعتبر كاشفة عما قصده المشرع منها، مبنية حقيقة وجهته وغايته من إيرادها، والمحكمة حين تُعمل سلطتها في التفسير القضائي للنصوص فإن ذلك يقتضيها ألا تعزل نفسها عن إرادة المشرع" راجع المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ - الطعن رقم ١٤٧١١ لسنة ٦٢ القضائية عُليا - جلسة ٦ يناير ٢٠١٨.

المطلب الأول: دور المحكمة الإدارية العليا في الاجتهاد القضائي وتطبيقاتها.
المطلب الثاني: دور المحكمة الإدارية العليا في توحيد الاجتهاد القضائي وتطبيقاتها.
ونعرض لكل مطلب بالتفصيل وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

دور المحكمة الإدارية العليا في الاجتهاد القضائي وتطبيقاتها

تمهيد وتقسيم:

يُعد الاجتهاد القضائي أحد الحلول القانونية لتفادي القصور التشريعي، فله الدور الفاعل في إعانة القاضي في إيجاد الحلول القانونية بسبب إخفاق مصادر القانون الأخرى؛ لذا يتعين أن يصدر هذا الاجتهاد من هيئة قضائية عليا تدرك خطورة العلاقة الطردية بين الاجتهاد القضائي والامن القضائي، اذ كلما اتسع نطاق الاجتهاد القضائي تزداد الحاجة لكفالة توفير الأمن القضائي.

لذا سوف نتناول موضوع هذا المطلب في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد القضائي ودور المحكمة الإدارية العليا فيه.

الفرع الثاني: تطبيقات المحكمة الإدارية العليا بشأن الاجتهاد القضائي.

الفرع الأول

تعريف الاجتهاد القضائي ودور المحكمة الإدارية العليا فيه

أولاً- تعريف الاجتهاد القضائي وعلاقته بالأمن القضائي:

أ- تعريف الاجتهاد القضائي: للاجتهاد القضائي تعريفات عديدة نذكر منها على سبيل المثال وليس الحصر ما يلي:

عُرف الاجتهاد القضائي بأنه بذل القاضي أو هيئة قضائية وسعه وجهده وطاقته في استنباط وتحصيل الحلول والأحكام القانونية من مصادرها الرسمية وتنزيلها على الوقائع تنزيلاً محكماً يقضى إلى الفصل في الخصومة المتنازع عليها في حالة عدم وجود النص القانوني واجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته فيفسر القانوني متى كان غامضاً

ويكمله متى كان ناقصا ويوجد حلا متى كان النص غير موجود ويكون ملزما لأطرافه^(١٣)، كما عُرِف بأنه مجموعة من المبادئ المكرسة من قبل الأحكام القضائية والتي تتضمن تفسيراً لقاعدة تشريعية موجودة أو وضع قواعد لحكم حالة قانونية تعيش فراغا قانونيا^(١٤). وعُرِف أيضا بأنه مجموعة الحلول التي تتخذها جهة قضائية في قضية مطروحة عند عدم وجود نص قانوني يحكمها أو عند وجود غموض يكتنفها^(١٥) بمعنى آخر مجموعة الحلول والمبادئ القانونية التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها عند عدم النص على حكمها^(١٦).

(١٣) د. صالح جابر: دور الاجتهاد القضائي في إثراء القانون الإداري - رسالة دكتوراه جامعة باتنة - كلية الحقوق والعلوم السياسية - الجزائر لسنة ٢٠٢١-٢٠٢٢، ص ١٠. وراجع في ذات المعنى د. سنوساوي سمية: الاجتهاد القضائي الإداري، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الجزائر ٢٠١٨-٢٠١٩، ص ٢١، و د. علاء الدين قليل: المرجع السابق، ص ٣٠٩.

(١٤) د. ضياء الدين المختار ابراهيم خمّاج: دور محكمة النقض في تطوير السياسة الجنائية "دراسة مقارنة بين محكمتي النقض المصرية والمحكمة العليا الليبية" رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠١٨، ص ١٦١ وما بعدها. وراجع في ذات المعنى د. مازن ليلو راضي: المرجع السابق، ص ١٣٠ وما بعدها. ويراجع أيضا د. عبد الفتاح محمد أبو البزید الشراوي: بحث بعنوان مشروعية عدول القاضي الإداري عن اجتهاده وأثره على الأمن القضائي "دراسة تطبيقية مقارنة" - مجلة العلوم الشرعية - جامعة القصيم - مج ١٤ - ع ٦٠ مايو ٢٠٢١، ص ٤٣٦٣ وما بعدها. د. حامد شاكر محمود الطائي: بحث بعنوان دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، ص ٥. وراجع في ذات المعنى أيضا د. أسيل حامد شكر: بحث بعنوان دور السوابق القضائية في تحقيق الامن القضائي، Bilad Alrafidain Journal of Humanities and Social Science Vol. 4, No. 1، ص ٣٤.

(١٥) د. شيخ نسيم: بحث بعنوان آليات تكريس الأمن القضائي في الجزائر - مجلة الدراسات والبحوث القانونية - المجلد (٧) العدد (٢) لسنة ٢٠٢٢، ص ٤٠٨، وراجع في ذات المعنى د. محمد صالح سالم هادي: بحث بعنوان دور الاجتهاد القضائي في تحقيق العدالة - مجلة القانون المغربي - ج ٦ لسنة ٢٠٢١ - ص ٧٩ وما بعدها. وراجع أيضا د. علاء طحطاح: بحث بعنوان دراسة تأصيلية للاجتهاد القضائي، مجلة صوت القانون - المجلد التاسع - العدد ٢ لسنة ٢٠٢٣، ص ٣٤٤ <https://www.asjp.cerist.dz/en/>.

(١٦) د. محمد بن علي بن محمد القرني: الاجتهاد القضائي لمعالجة الآثار الناشئة عن جائحة كورونا على العقود، مجلة علوم الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الملك خالد - السعودية، العدد (٨٣) ربيع الثاني ١٤٤٢ هجرية - ديسمبر ٢٠٢٠، ص ١٥٠٥ وما بعدها.

وعرفت المحكمة الدستورية العليا الاجتهاد بأنه: (١٧) "جهداً عقلياً يتوخى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، وهو بذلك لا يجوز أن يكون تقليداً محضاً للأولين، أو افتراء على الله كذباً بالتحليل أو التحريم، في غير موضعيهما، أو عزوفاً عن النزول على أحوال الناس والصالح من أعرافهم، وإعمال حكم العقل فيما لا نص فيه، توصلاً لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بين عباده".

ويبين لنا من التعاريف السابقة أن؛ المشرع يوجب على القاضي الفصل في كل قضية ترفع إليه، والأكثر من ذلك لا يجوز للقضاء السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية في حالة تعددها، حتى إذا كان النص القانوني غامضاً أو منعدم، ففي الحالة الأولى يتولى القاضي تفسيره، وفي الحالة الثانية يحكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف أو بموجب مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تحت طائلة اعتباره منكراً للعدالة^(١٨).

ولذلك فالاجتهاد القضائي ليس مجرد أحكام تصدر عن الجهات القضائية، وإنما يشكل أيضاً مجالاً لإبراز خصائص النظام القانوني، فالقضاء يمكن باجتهاداته أن يساهم في خلق القاعدة القانونية والمساهمة في تحقيق استقرار المعاملات وتحقيق الأمن القانوني^(١٩)، ذلك أن العملية التقنية التي يباشرها القاضي لدراسة القضية وإصدار الحكم بشأنها، تنطلق من دراسة وقائع القضية وفحص الأدلة المثبتة لهذه الوقائع، ثم في مرحلة ثانية يقوم القاضي بتكييف الوقائع الثابتة لتحديد الإطار القانوني المناسب لها، ليتم في مرحلة ثالثة تحديد القاعدة موضوع التطبيق وتفسيرها التام لوقائع القضية وهي عملية تنطوي على مراجعة نصوص القانون وشروحات الفقه واجتهادات القضاء.

لذا يُعد أحد الحلول القانونية لتفادي القصور التشريعي، فله الدور الفاعل في إعانة القاضي في إيجاد الحلول القانونية بسبب إخفاق مصادر القانون الأخرى، ويؤمن الاجتهاد القضائي للتشريع ملاحقة تطورات المجتمع من خلال تطبيق النصوص القديمة

(١٧) حكم المحكمة الدستورية العليا الدعوى رقم ٩٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ٢٠٢٢/٩/٣.

<https://www.sccourt.gov.eg/SCC>

(١٨) د. رفيع دباح فايزة: دور الاجتهاد القضائي في تطوير قانون الأسرة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الجزائر ٢٠٢٠-٢٠٢١، ص ٩.

(١٩) د. شيخ نسيمه: المرجع السابق، ص ٤٠٨.

بروح جديدة، كما أن الاجتهاد القضائي يساهم في تفسير النصوص الغامضة ويكمل الناقص منها، فيصبح الاجتهاد القضائي وكأنه يمثل مصدراً مباشراً للقانون^(٢٠).

وهذا يعنى أن الاجتهاد القضائي هو الذي يبعث الروح في القاعدة القانونية بنقلها من القالب النظري الى الواقع العملي، ويكفل لها الاستمرارية في التطبيق من خلال التفسير المتطور البعيد عن الجمود، شرط ان تحتفظ القاعدة بالحد الأدنى من الاستقرار والثبات الذي يبعث الثقة والاطمئنان والامن لدى المخاطبين بها^(٢١).

ب- علاقة الاجتهاد القضائي بالأمن القضائي: يعتبر الاجتهاد القضائي أحد الوسائل المدعمة للأمن القضائي في المجتمع من خلال المحاكمة العادلة و المساهمة الفعالة في إنشاء القاعدة القانونية؛ لذا يرتبط الأمن القضائي بعلاقة وثيقة باجتهاد القاضي المختص في نظر الدعوى، ومن ثم تزيد الحاجة إلى كفالة توفير هذا الأمن كلما اتسع نطاق الاجتهاد القضائي؛ وذلك لأن القضاء هو المظهر العملي للقانون، ويملك القضاء في أداء وظيفته المتمثلة في حسم المنازعات إمكانية إصدار تفسيرات تلائم حسن تطبيق القانون، ذلك أن الأمن القضائي يسعى للوصول إلى وحدة التطبيق القضائي والحفاظ على وحدة الاجتهاد القضائي، وتلافي صدور أحكام متناقضة ومتعارضة في القضية الواحدة^(٢٢).

لأجل ما سبق فإن للاجتهاد القضائي قوة ذاتية خلقة لقاعدة قانونية حاملاً لقواعد لها قيمة معنوية وقانونية، وبالتالي فإن الاجتهاد يحتاج للدقة والوضوح والتوقعية والاستقرار وإلا مس مبدأ الأمن القضائي؛ لذا يتعين ان يصدر هذا الاجتهاد من هيئة قضائية عليا، تدرك خطورة العلاقة الطردية بين الاجتهاد القضائي والامن القضائي، اذ كلما أوسع نطاق الاجتهاد القضائي تزداد الحاجة لكفالة توفير الأمن القضائي، فما ذهبت اليه المحكمة الإدارية العليا في قرارها الأخير لا يعد تبديلاً أو تغييراً في الاجتهاد وإنما يعد تناقض بالأحكام، فالقاضي مقيد في استلهاام العدالة وحر في خلق الطريقة الي يتوصل بواسطتها إلى العدالة، كما إن الاجتهاد القضائي في مجال القانون الإداري يتأثر

(٢٠) د. هيام اسماعيل السحموي: السوابق القضائية في التشريع الإسلامي والنظم الغربية المعاصرة - مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - جامعة الاسكندرية ٢٠١٨، ص ٤٩٤ وما بعدها.

(٢١) د. محمد صالح سالم هادي: بحث بعنوان دور الاجتهاد القضائي في تحقيق العدالة - مجلة القانون المغربي - ٤٦٤ لسنة ٢٠٢١، ص ٧٩.

(٢٢) د. مازن ليلو راضي: المرجع السابق، ص ١٢٧ وما بعدها.

بعوامل مختلفة كالنصوص التشريعية وتطور النشاط الإداري والسير المنتظم والمستمر للمرفق العام وعوامل ثقافية وبيئية وتاريخية، كما ان لأثر التنظيم دور كبير في اجتهاد القاضي الإداري، فتنظيم القضاء الإداري في فرنسا تنظيم واسع يضم عدد كبير من المحاكم الإدارية والهيئات القضائية ومحاكم الاستئناف ومجلس الدولة وتضم عدد كبير من فئات القضاة والمستشارين المساعدين والنواب والمفوضين الذين تمرسوا على الاجتهاد القضائي^(٢٣).

ثانياً- دور المحكمة الإدارية العليا في الاجتهاد القضائي:

إمعاناً من المشرع الفرنسي^(٢٤) لأهمية توحيد الاجتهاد القضائي فقد أجاز صراحة في نص المادة (١١٣-١) من قانون القضاء الإداري للمحكمة الإدارية أو محكمة الاستئناف الإدارية، قبل الفصل في طلب يثير مسألة قانونية جديدة أو تثير صعوبة جديدة أو تنشأ في منازعات عديدة، أن تحيل ملف الدعوى إلى مجلس الدولة بقرار غير قابل للطعن، وبناءً عليه يدرس مجلس الدولة المسألة المطروحة خلال ثلاثة أشهر، ويُعلق أي قرار بشأن الأسس الموضوعية لحين صدور رأي مجلس الدولة أو حتى انقضاء هذه الفترة. بينما في مصر فالمسلم به أن الاجتهاد القضائي - من حيث المبدأ - حق مشروع لجميع المحاكم على مختلف درجاتها ، فجميع الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم المختلفة لا تفرض على القضاة إلا التقيد بأحكام القانون، ولا يطلب منهم في ظروف مماثلة أن يتخذوا قراراً مطابقاً لما كان يمكن أن تتخذه محاكم أخرى، أو حتى بأنفسهم في ظروف أخرى، أو حتى في الظروف المشابهة، وبالتالي لا يمكن للقاضي أن يربط نفسه أو يربط الغير بالأحكام الصادرة عنه أو يتعهد بأنه في الدعاوى الأخرى سيتخذ ذات الموقف

(٢٣) د. محمود حمدي عباس عطية: المرجع السابق، ص ٢٢.

(24) Art.113-1 du Code de justice administrative " Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'Etat, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'Etat ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai." Et Art.12 de la Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif et qui Abrogé par Rapport - art. 4 (V) JORF 7 mai 2000 en vigueur le 1er janvier 2001.

القضائي بما يفيد أنه يمنح حكمه القضائي نطاق تطبيق عام أو موسع^(٢٥)، وبالمقابل فإن هذا البعد الابتكاري للقانون الذى يقوم به القاضي يجب أن يبقى في الحدود المحددة والمرسومة له من حيث تعلقه بالنزاع القضائي وعدم تجاوزه لحدود هذا النزاع أو تطبيقه على نزاعات مستقبلية ولو كانت متشابهة^(٢٦).

وهنا يظهر دور المحكمة الإدارية العليا في تحقيق الامن القضائي؛ لأن أعظم مفسر للقانون يفترض أن يكون قاضي المحاكم العليا، اذ على عاتقه يقع عبء اطمئنان المتقاضى لاجتهاده، بالإضافة إلى أن القضاء الإداري يتميز بأنه ليس مجرد قضاء طبيعي كالقضاء المدني؛ بل هو في الأغلب والأعم قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد، وهذا يقتضي وضع آلية لاطلاع الجمهور على كل تغيير يطرأ على هذا الاجتهاد كما هو معمول في القضاء المقارن، حتى لا نكون أمام الاجتهاد و الرجوع عن الاجتهاد، مع ملاحظة أن العدول عن الاجتهاد السابق لا يعدل القانون وإنما يعدل من تفسيره إذا ما ظهرت عدم صحة التفسير القضائي السابق.

لأجل هذا إذا طرحت على القاضي منازعة فإنه يلتزم بالفصل فيها ووصولاً إلى الحكم في المنازعة يبحث القاضي أصالة وبداءة وبصفة أوليه عن نص تشريعي يحكم المنازعة المطروحة، فإن لم يجد نصاً اتجه بالبحث صوب المصادر الأخرى للقاعدة القانونية وحسب الترتيب الذي يرسمه له المشرع^(٢٧)، فإن لم يجد في أي مصدر من هذه المصادر قاعدة تحكم الدعوى محل البحث فإنه لا يستطيع الامتناع عن إصدار الحكم بمقولة عدم وجود قاعدة قانونية؛ وإنما على القاضي أن يصدر حكمه في الدعوى باجتهاده

(٢٥) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٤٦ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٩٥/٤/٢٦، مكتب فني ٤٠ ق - ص ١٦٩٥ وما بعدها، إذ قضت بأنه " من المقرر أن حجية هذه الأحكام نسبية لا يفيد منها إلا من صدرت لصالحه وأنها لا تقيد المحكمة عند النظر في دعاوى أخرى إذا ما عَنَ لها العدول عن قضاء سابق لها.. "

(٢٦) د. عبدالفتاح محمد أبو اليزيد الشراوي: المرجع السابق، ص ٤٣٧٣.

(٢٧) راجع نص المادة الأولى من القانون المدني المصري؛ إذ تنص على أن: "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

وبقاعدة من ابتكاره وابتداعه وإلا كان مرتكباً لجريمة إنكار العدالة^(٢٨)؛ لأن وظيفة القاضي لا تقتصر على تطبيق التشريع النافذ إذا كان صامتا؛ وإنما يجب عليه أن يضع أو يخلق القاعدة المطبقة على النزاع .

وهذا يعنى أن حل النزاع من طرف القاضي يتم من خلال تطبيقه للقاعدة القانونية الملائمة، وفي هذا الإطار يمكن أن نلاحظ أن سلطته تتدرج حسب طبيعة القاعدة القانونية الواجبة التطبيق وذلك على النحو التالي:

الحالة الأولى- أن تكون القاعدة القانونية واجبة التطبيق واضحة:

إذا كانت القاعدة القانونية واضحة فإنها تضع الحل أمام القاضي بوضوح ولا تترك أمامه أي مجال للتقدير أو التفسير ، فإذا خالف هذا الحل أو فسره على غير مقتضاه اعتبر مخالفا للقانون في حكمه ، واستحق نقضه من المحكمة العليا، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض حينما قضت بأنه:^(٢٩) "...القاعدة العامة أنه متى كانت عبارة القانون واضحة لا لبس فيها، فإنه يجب أن تُعد تعبيراً صادقاً عن إرادة الشارع ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل آيا كان الباعث على ذلك ، وأنه لا محل للاجتهاد إزاء طراحة نص القانون الواجب تطبيقه".

الحالة الثانية- أن تكون القاعدة القانونية واجبة التطبيق غامضة:

إذا كانت القاعدة القانونية غامضة فقد لا يصل قاضي الموضوع إلى الحل الوارد في القاعدة القانونية الواجبة التطبيق بسهولة نظراً لغموضها أو عدم وضوحها أو تناقضها مع قاعدة أخرى، ويتبع ذلك عملياً قيامه بعملية التفسير للوصول إلى الحل السليم للنزاع^(٣٠)، مع وضعه في الاعتبار أنه في مجال التفسير فإن نصوص التشريع الواحد يجب ألا تتناسخ ؛ بل يتعين تفسيرها باعتبارها وحدة متكاملة يفسر بعضها بعضاً على

(٢٨) د. محمد الشافعي أبوراس: الوسيط في القانون الإداري - الجزء الأول التنظيم الإداري - بدون سنة نشر أو دار نشر، ص ٣٠.

(٢٩) راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ١٠٢١٩ لسنة ٩١ ق جلسة ٢٢/٣/٢٠٢٣.

(٣٠) راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ٢٧٣٧٥ لسنة ٧٣ ق جلسة ٦/٧/٢٠٠٣. راجع الطعن رقم ١٦٥٢٥ لسنة ٨٨ ق جلسة ٦-٧-٢٠١٩، وجاء في الحكم " وكان المشرع وإن ناط بالمحكمة الدستورية العليا تفسير القوانين بموجب نص المادة ١٩٢ من دستور ٢٠١٤، إلا أن ذلك لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى في تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها مادام لم يصدر بشأن النص المطروح تفسير ملزم من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا طبقاً للأوضاع المقررة في قانونها بشأن طلبات التفسير ..".

النحو الذي يحقق أعمال جميع النصوص لا إهمال لبعض منها؛ لأن نصوص التشريعات المختلفة تُشكل في النهاية منظومة تشريعية، تُفرز نسيجاً قانونياً واحداً، تتكامل نصوصه فتكمل بعضها البعض، ولا تتصادم أو تتعارض، بما يؤدي إلى إنزال القاعدة الأصولية في التفسير من أن إعمال النص خير من إهماله^(٣١).

وأن الأصل في النصوص التشريعية هو ألا تُحمل على غير مقاصدها، وألا تُفسر عباراتها بما يخرجها عن معناها، أو بما يؤول إلى الالتواء بها عن سياقها، أو يعتبر تشويهاً لها، سواء بفسلها عن موضوعها، أو بمجاوزتها الأغراض المقصودة منها، إذ أن المعاني التي تدل عليها هذه النصوص، والتي ينبغي الوقوف عندها هي تلك التي تُعتبر كاشفة عما قصده المشرع منها، مبينة حقيقة وجهته وغايته من إيرادها^(٣٢)، لذا يتعين على المحكمة حين تُعمل سلطتها في التفسير القضائي للنصوص ألا تعزل نفسها عن إرادة المشرع، وعليه، يجب أن يتم الأخذ في الاعتبار المصلحة الاجتماعية من ورائها حيث أن النصوص التشريعية "لا يتم صياغتها في فراغ" ولا يجوز أن يتم انتزاعها من الواقع التي تمت فيه^(٣٣)، ولما كانت حالة الغموض والإبهام هي أكثر الحالات مدعاة لذنبذة الاجتهاد القضائي و اضطرابه؛ لأن تعدد احتمالات الفهم تقابل تعدد احتمالات التصدي و المواجهة؛ لذلك ينبغي على القاضي أن يؤسس اجتهاده على توضيح المفهوم الذي علق بذهنه من غموض النص بصفة أولية، ثم يتجه بالحل الذي يراه مناسباً في وحدة منطقية منسجمة^(٣٤).

(٣١) راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ٠١٦١ لسنة ٠٩ جلسة ١٩٦٧/٣/٨، مكتب فني ١٢، ص ٧٦٩.

(٣٢) راجع في هذا المعنى حكم المحكمة الادارية العليا - دائرة توحيد المبادئ - الطعن رقم ١٤٧١١ لسنة ٦٢ القضائية عليا - جلسة ٦ يناير ٢٠١٨؛ إذ قضت: "أن نصوص التشريعات المختلفة تُشكل في النهاية منظومة تشريعية، تُفرز نسيجاً قانونياً واحداً، تتكامل نصوصه فتكمل بعضها البعض، ولا تتصادم أو تتعارض، بما يؤدي إلى إنزال القاعدة الأصولية في التفسير من أن إعمال النص خير من إهماله.

وأن الأصل في النصوص التشريعية هو ألا تُحمل على غير مقاصدها، وألا تُفسر عباراتها بما يخرجها عن معناها، أو بما يؤول إلى الالتواء بها عن سياقها، أو يعتبر تشويهاً لها، سواء بفسلها عن موضوعها، أو بمجاوزتها الأغراض المقصودة منها، إذ أن المعاني التي تدل عليها هذه النصوص، والتي ينبغي الوقوف عندها هي تلك التي تُعتبر كاشفة عما قصده المشرع منها، مبينة حقيقة وجهته وغايته من إيرادها، والمحكمة حين تُعمل سلطتها في التفسير القضائي للنصوص فإن ذلك يقتضيها ألا تعزل نفسها عن إرادة المشرع".

(٣٣) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم ١ لسنة ١٥ قضائية بتاريخ ٣٠-١-١٩٩٠.

(٣٤) د. رفيع دباح فايزة: المرجع السابق، ص ٩.

وبناءً عليه؛ فإن القاضي عليه أن يلتزم في تفسيره للنص "عبارة النص" ولا يجاوزها، فلا يجوز له القياس لمد حكم النص إلى أمور سكت عنها، أو يضيف إلى عبارته أمراً لم يرد فيه من شأنه أن يؤدي إلى التوسع في تطبيق النص؛ لأن العبرة في التفسير هي "المقاصد والمعاني، ومن ثم لا يحوز للقاضي الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية إلا عند غموض النص ودون أن يستنتج منها حكماً لم يأت به النص، كما يتوجب على القاضي ألا يتجاوز حدود هذا الاختصاص ليأخذ محل المشرع ويصحح النص أو يضع له شروطاً لم ينص عليها المشرع، فالتسليم بحق القاضي باستخدام حقه في تفسير القانون بطريقة تؤدي إلى تعطيل هذا النص أمر يخل بشكل صريح بمبدأ الفصل بين السلطات؛ خاصةً في حال كان النص يتعلق بتنظيم عمل القاضي نفسه، فتعطيل القاضي لنص تشريعي بمجرد الاستناد على تغيير هذا النص لطبيعة عمله يعكس نوعاً من التنازع بين السلطات ورفضاً من السلطة القضائية على الالتزام بما تقرره السلطة التشريعية بهذا الخصوص، وهو الأمر الذي لا يجوز حيث أن تنظيم القضاء ليس حكراً على رأي القضاة، بل هو يهدف في الأساس إلى تحقيق استقلال القضاء، وفاعلية هذه السلطة لتحقيق المحاكمة العادلة المنصفة كحق دستوري للمواطنين، ومن ثم إذا ارتأى القاضي عيباً في النص أن يحث المشرع على تعديله، وليس أن يقوم بنفسه بهذه المهمة^(٣٥).

(٣٥) راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ٨٨٢١ لسنة ٦٤ قضائية بتاريخ ٢٨-٣-٢٠٠٥، والطعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٦٥ قضائية بتاريخ ٢٢-٨-٢٠٠٥، والطعن رقم ٧٨٣١ لسنة ٨٠ قضائية بتاريخ ٢٥-٦-٢٠١٢.

الحالة الثالثة - عدم وجود نص أو قاعدة القانونية:

إذا لم يجد القاضي نص مكتوب أو قاعدة عرفية أو دينية، فإن المشرع يحيله إلى قواعد العدالة^(٣٦) أو مبادئ القانون الطبيعي^(٣٧)، وهنا يكون للقاضي سلطة اختيار الحل القانوني القاضي في هذه الحالة يقوم القاضي هنا بإنشاء الحل القانوني المناسب للنزاع المطروح في ضوء هذه القواعد مراعيًا في ذلك ملائمة مضمون نشاطه مع أهداف وظيفته وهو ما يطلق عليه الاجتهاد القضائي^(٣٨).

وتعتبر حالة انعدام النص، أعقد الحالات التي تستدعي تدخلًا اجتهادياً بالمفهوم الذي يكاد يكون كاملاً لإنشاء قاعدة قانونية، وهذا بديهي لأن القاضي يواجه صمت القانون عن مسألة يحتاج فيها إلى الارتكاز، وبقدر ما تكون فيه هذه الحالة مدعاة للحيرة بقدر ما تستدعي الثبات في الاجتهاد المختار، لأن من الخير أن يقال إن القاضي أبدع قاعدة قانونية واستقر عليها، من أن يقال إنه يصنع القواعد القانونية حسب الطلب^(٣٩).

رأي الباحث:

يتضح لنا مما سبق أن الاجتهاد القضائي يساهم في خلق قواعد وأعراف توطر العملية القضائية، لذا نناشد المشرع بوضع آليات تضمن تعميم ونشر الاجتهاد القضائي؛ لأنه خير سلاح في يد القاضي يواجه به ما استعصى عليه من تطبيقات النصوص، ويوحد بها الرؤيا القضائية التي تعتبر أساساً لخلق الثقة والاطمئنان للذين لا تتحقق بدونها كل تنمية اقتصادية واجتماعية كما يساهم في تحقيق الأمن القضائي من خلال تحقيق الاستقرار في المعاملات.

^(٣٦) يقصد بقواعد العدالة تلك القواعد المؤسسة على وحي العقل والنظر السليم وروح العدل الطبيعي بين الناس، والتي ترمي إلى تعديل القواعد الوضعية بفضل ما فيها من القوة المعنوية والمستمدة من سمو مبادئها، وتستمد هذه القواعد قوتها من اتفاقها مع العقل والعدل والاخلاق بما تمثله من روح القوانين بما يجعلها مصدر لسلطات القاضي. أما القانون الطبيعي فهو مرجعاً يهتدي به القاضي في حالة عدم وجود قواعد قانونية وضعية أو في حالة وجود نصوص مرنة. راجع د. عبدالله خليل حسين الفراء: بحث بعنوان فكرة العدالة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية "دراسة تحليلية" - مجلة كلية الحقوق جامعة الإسكندرية - المجلد ١٠٢٠١٨، العدد ٣، يناير ٢٠١٨، ص ١٥٠٠ وما بعدها.

^(٣٧) يقصد بالمبادئ العامة للقانون القواعد غير المكتوبة في نصوص قانونية يقرها أو يكتشفها أو يستنبطها القضاء ويعلمها في أحكامه ويفرض احترامها على الإدارة بحيث تعتبر مخالفتها مخالفة لمبدأ المشروعية.

^(٣٨) د. أمال قادري: المرجع السابق، ص ٥٦ وما بعدها.

^(٣٩) د. رفع دباح فايزة: المرجع السابق، ص ٩.

وعلاوة على ذلك، فإن تعميم الاجتهاد القضائي يساهم في نشر الفكر القانوني واستقرار الاجتهاد القضائي وتوحيد الإجراءات والعمل القضائي في المحاكم وضمان وحدة الاجتهاد القضائي داخل المحكمة الواحدة كما أن تعميم الاجتهاد القضائي يساهم في استقرار العمل القضائي لمحاكم الموضوع، كما يحقق اطمئنانا في نفوس المتقاضين ويخلق ثقة لدى دفاع الأطراف بسبب استقرار العمل القضائي للمحاكم وهو ما يعطي انطبعا إيجابيا عن أداء مرفق العدالة.

ولأن النشر الورقي قد يتطلب وقتا أطول؛ فإننا نناشد المشرع بإجازة استعمال وسائل أخرى توفر السرعة ولعل أهمها في الوقت الراهن هو النشر عن طريق شبكة الانترنت التي تسمح بنشر واسع - سيما متى كانت مجانا- وتوفر وسائل سهلة للبحث عن الاجتهاد المناسب أو التعليق عليه؛ كنشر أقراس مدمجة للاجتهاد القضائي لمحكمتي النقض والإدارية العليا عبر موقعهما الإلكتروني والمواقع القانونية المتخصصة أو إنشاء موقع متخصص لذلك على غرار موقع Légifrance الموجود في فرنسا.

الفرع الثاني

تطبيقات المحكمة الإدارية العليا بشأن الاجتهاد القضائي

مما لا شك فيه أن مجلس الدولة سواء في فرنسا⁽⁴⁰⁾ أو مصر أسس العديد من النظريات وأوجد العديد من الحلول نظرا لغياب النص التشريعي، ونذكر منها في مصر على سبيل المثال وليس الحصر ما يلي:

(40) 8 février 1873, Blanco, n° 00012 " L'arrêt Blanco est souvent considéré comme un fondement du droit administratif français. Le Tribunal des conflits a jugé que la responsabilité susceptible d'incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers du fait des services publics ne peut être régie par les principes du code civil mais relève de règles spéciales. Ces règles spéciales autonomes sont justifiées par les besoins du service et, en raison du lien entre la compétence et le fond, leur application est de la compétence de la juridiction administrative. Et voir aussi , 13 octobre 2014 Société AXA France IARD c/ MAIF, n° C3963 Revenant sur la jurisprudence qui définissait la clause exorbitante du droit commun pouvant justifier qu'un contrat soit qualifié d'administratif comme une clause relative à des droits et obligations « étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales », le Tribunal des conflits décide d'identifier désormais une telle clause comme étant celle qui implique, dans l'intérêt général, que le contrat relève du régime exorbitant des contrats administratifs en mentionnant, à titre d'illustration, les stipulations reconnaissant à la personne publique contractante

١- تبنى نظرية مسؤولية الدولة على أساس المخاطر "مسئولية الدولة دون خطأ":
المستقرى لأحكام المحكمة الإدارية العليا في هذا الخصوص يجد أنها منذ إنشائها
وحتى وقت قريب كانت ترفض الأخذ بفكرة التعويض دون خطأ أو على أساس المخاطر،
وكان قضاء التعويض يقوم على عناصر المسؤولية التقصيرية الثلاثة الخطأ والضرر
وعلاقة السببية في حين أن مسؤولية الدولة على أساس المخاطر تقوم على ركنين فقط
الضرر وعلاقة السببية، وفي حكم حديث لها أخذت بهذه النظرية^(٤١)، والان مجلس

des prérogatives dans l'exécution du contrat . et 9 mars 2015 Mme Rispal c/ Société ASF, n° C3984" Revenant sur la jurisprudence issue de sa décision du 8 juillet 1963, Société Entreprise Peyrot c/ société de l'autoroute Estérel-Côte-d'Azur, le Tribunal des conflits juge qu'une société concessionnaire d'autoroute qui conclut avec une autre personne privée un contrat ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien d'une autoroute ne peut, en l'absence de conditions particulières, être regardée comme ayant agi pour le compte de l'Etat. Un tel contrat n'a donc pas un caractère administratif et le contentieux qui en découle relève des juridictions de l'ordre judiciaire. Ce faisant, le Tribunal unifie le régime des contrats passés avec des tiers par l'ensemble des personnes privées chargées d'exploiter un service public ou un ouvrage public. Toutefois, soulignant que « la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu », le Tribunal décide, pour la première fois, de moduler l'application dans le temps de son revirement de jurisprudence. Il juge ainsi que les contrats conclus antérieurement par une société concessionnaire d'autoroute sous le régime des contrats administratifs demeurent régis par le droit public et que les litiges nés de leur exécution relèvent des juridictions de l'ordre administrative." Et voir aussi, <https://www.revuegeneraledudroit.eu/>

^(٤١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٢٨٧٤٦ لسنة ٥٤ ق جلسة ٢٠١٥/٤/٥ " وكانت تتخلص وقائع هذه الدعوى في أن الطاعن فقد الرؤية بعينه اليسرى تماما، وإن كان من الممكن للمحكمة أن تنتهي إلى تلمس أو اختلاق أي خطأ للجهة الإدارية، وتتجاهل تقارير الأطباء كما سبق وذهبت إلى ذلك في بعض أحكامها المشار إليها سالفًا، إلا أن وضع الأمور في نصابها، وترسيخ الناحية الفنية الدقيقة في وصف الواقعة محل حكمها المائل، وتقرير واقع يؤكد عدم وجود خطأ نتيجة عدة عمليات جراحية لزرع القرنية وإزالة المياه البيضاء بدأت بمستشفى مدينة نصر بالقاهرة للتأمين الصحي (على وفق الكتاب المرافق لحافظة المستندات المقدمة من الهيئة العامة للتأمين الصحي المقدمة أمام محكمة القضاء الإداري بقنا بجلسة ٢٠٠٥/٦/١٣)، ومرورا بعمليات ترقيع للقرنية فاشلة بمستشفى القصر العيني، وانتهاء بفقد الإبصار بهذه العين؛ فإنه يتعين تعويضه عن مخاطر العمليات الجراحية الطبية، فعلى وفق تقرير الطب الشرعي فإن العمليات الخاصة بترقيع القرنية تتضمن زرع قرنية قد يرفضها الجسم، وهذا وارد في مثل هذه العمليات، ومن ثم فإن مخاطر العملية الجراحية يجب أن تتحملها الهيئة، وأن تقوم بتعويض المضرور، حتى لو لم يكن هناك خطأ من جانبها أو من جانب أي من أطبائها، لذا قضت المحكمة له بالتعويض وقدرته بمبلغ ثلاث مئة ألف جنيه".

الدولة أصبح مهياً للأخذ بها في نطاق القانون العام تأسيساً على اعتبارات العدالة، ومبدأ المساواة أمام الأعباء العامة المنبثق من مبدأ التضامن الاجتماعي .

وحيث أن القضاء الإداري أكثر تطوراً من القضاء المدني الذي يلتزم دائماً بالنصوص القانونية، فيمكن لمجلس الدولة إذا تطرق إلى اعتماد المسؤولية دون خطأ أن يأخذ في هذا الخصوص في المرحلة الأولى بضوابط هذه النظرية المستقرة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ومن أهمها أنها مسؤولية استثنائية لا يتم اللجوء إليها إلا في حالة تخلف وجود أي خطأ ولو بسيط في سير المرافق الإدارية من ناحية، وأن يكون الضرر المترتب على هذا الفعل من الجهة الإدارية جسيماً ومباشراً لم يتدخل المضرور في إحداثه.

ففي هذه الحالة فقط يتم النظر في تحقق المسؤولية الإدارية دون خطأ؛ استناداً إلى العدالة، وكذلك مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، المنبثق من مبدأ التضامن الاجتماعي المنصوص عليه في جميع الدساتير المصرية، وأكدته المادة (٨) من الدستور الحالي الصادر في يناير ٢٠١٤، التي تنص على أن يقوم المجتمع على التضامن الاجتماعي، وتلتزم الدولة بتحقيق العدالة الاجتماعية وتوفير سبل التكافل الاجتماعي بما يضمن الحياة الكريمة لجميع المواطنين، ونص المادة (١٨) منه على أن لكل مواطن الحق في الصحة وفي الرعاية الصحية المتكاملة وفقاً لمعايير الجودة، وتكفل الدولة الحفاظ على مرافق الخدمات الصحية العامة ودعمها، ونص الفقرة الثانية من هذه المادة على التزام الدولة بإقامة نظام تأمين صحي شامل لجميع المصريين يغطي كل الأمراض، وينظم القانون إسهام المواطنين في اشتراكاته.

ومجلس الدولة في تبنيه لهذه النظرية يستطيع الانطلاق نحو تعويض الأضرار المترتبة على أعمال السيادة، وعن الجرائم الإرهابية والجنائية الجماعية، والتجمعات والتظاهرات حتى لو كان مسموحاً بها، مادامت قد أصابت بعض الأفراد بأضرار، ويتمكن القاضي الإداري من إكمال منظومة العدالة بقضائه بالتعويض عن قرارات وإجراءات هي في الأصل مشروعة، لكنها سببت أضراراً لبعض الأفراد حتى لو كانوا جمعاً كبيراً، فمن العدل

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٤٧١٢ لسنة ٥٧ق.ع جلسة ٢٣/٩/٢٠١٢؛ بإلزام الهيئة العامة للتأمين الصحي أن تؤدي للطاعن تكاليف عملية زرع كبد له بالصين، مخصوماً منها ما حصل عليه قبل إجراء هذه العملية، مع ما يترتب على ذلك من آثار .

وتطبيقاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة أن يعوض من أصابه ضرر من هذه الإجراءات أو القرارات أو الأفعال، والأمر مهياً لمجلس الدولة مادام قد أصبح قاضي القانون العام. ولأجل هذا؛ ناشدت المحكمة المشرع أن يتدخل -مثلاً هو الحال في فرنسا- لوضع قوانين تنظم التعويض عن أعمال السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية دون خطأ، لاسيما أننا نواجه اليوم جرائم جماعية جنائية وإرهابية، ولم نفكر في وضع تنظيم لتعويض المضارين من هذه الجرائم دون خطأ من الدولة، فقواعد التضامن الاجتماعي وضمان أمن المجتمع وسلامته والعدالة تتطلب تعويض من أضرارهم من جراء الجرائم الجنائية والإرهابية، ومضاعفات الجراحات والتقنيات الحديثة في العلاج أو الأمراض الجديدة التي ظهرت وتؤثر بصورة جماعية في الصحة العامة، ولنا فيما انتهت إليه فرنسا في هذا الشأن مثال يحتذى به في هذا الخصوص.

٢- اعتبار الجامعات والمعاهد الخاصة تقوم على مرفق قومي هو مرفق التعليم مما تختص محاكم مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري بنظر المنازعات التي تثور بشأنها أو بمناسبة سيرها وأدائها لوظيفتها.

ونرى أن المحكمة الإدارية العليا قد أصابت لتبنى هذا الاتجاه الذي يجد سنده في أن الجامعات والمعاهد الخاصة إنما تقوم على مرفق قومي هو مرفق التعليم الذي يتأبى علي أن تمر المنازعات التي تثور بشأنه أو بمناسبة سيره، وأدائه لوظيفته بحسابه مرفقاً عاماً من اختصاص قاضي المشروعية فيكون ما يثور بشأن المرفق - الجامعة الخاصة - تعد موضوعاً قائمة على أداء نصيب منه - وهو قولاً واحداً من اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري بالتطبيق لصريح نص الدستور وصحيح فهم أحكامه، حيث تعهد إلي مجلس الدولة وحده وتختص دون غيره بممارسة هيمنة المشروعية على المنازعات الإدارية عموماً، ويشمل بحكم اللزوم القانوني والفهم المنطقي المنازعات التي تنشأ عن أداء المرافق العامة، مما اختلف الشكل القانوني الذي تتخذه هذه المرافق، فالعبارة في التكليف إنما يكون مرجعها ومردّها ومناطقها قيام مرفق عام في حقيقته الموضوعية بحيث تسبغ طبيعة النشاط والنصيب الذي يمارسه الشخص من السلطة العامة صحيح

التكليف وحقيق الواقع فلا تقلت من رقابة منازعات هي في حقيقتها منازعات إدارية التزاما وخضوعا لصريح حكم الدستور (٤٢) .

المطلب الثاني

دور المحكمة الإدارية العليا في توحيد الاجتهاد القضائي وتطبيقاتها

سبق أن أشرنا إلى أن القضاء الإداري يتميز بأنه ليس مجرد قضاء طبيعي كالقضاء المدني، بل هو في الأغلب والأعم قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد، ونظرا لاتساع دائرة الاجتهاد القضائي في المنازعات التي يختص بها القضاء الإداري، فكان لابد من وجود وسيلة تكفل احترام استقرار الاجتهاد القضائي وتجنب التضارب أو التراجع عن الاحكام التي كانت محل للاجتهاد ، واعتبار كل تعديل لاحق له قضاء مكملا أو حلا إضافيا لنزلة ما حتى لا يحرم القضاة من مرونة عملهم وضرورة ملائمة القوانين مع النوازل التي تعرض عليهم في إطار الأمن التشريعي أيضا، فيتعين العمل على التثبيت النسبي للاجتهاد القضائي لمنح الأفراد رؤية واضحة لتصرفاتهم دون إغفال تطوير الاجتهاد

(٤٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥١٩٥٧ لسنة ٦٣ ق عليا بجلسة ٢٠١٩/١/١٩. وجاء في حيثيات الحكم أن "التعليم العالي بجميع كلياته ومعاهده يشكل ركيزة أساسية لتزويد المجتمع بمن يقع علي عاتقهم مسئولية العمل في مختلف مجالاته وهو ما رددته المادة الأولى من قانون تنظيم الجامعات رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ عند تحديدها لرسالة الجامعات بأن يكون التعليم فيها موجها صوب المجتمع والارتقاء به حضاريا والإسهام في رقي الفكر وتقدم العلوم الإنسانية وإعداد الإنسان المزود بأصول المعرفة وطرائق البحث المتقدمة والقيم الرفيعة لضمان تقدم الوطن، ولما كان ذلك حتما مقضيا أن يكون تحديد الطبيعة القانونية للجامعات الخاصة المنشأة وفقا لأحكام القانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٢ وتعديله بالقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٩ -بأنها تبدو ممثلة للحكومة في ثنايا أعمالها وتصرفاتها القانونية سواء بشكل تشاركي حيناً، أو بشكل منفرد حيناً، أو بشكل إشرافي أحيانا استكمالا لدور الحكومة في الهيمنة علي السياسة التعليمية الشاملة ككل لا يتجزأ من السياسة العمومية للدولة وسيادتها الكاملة لتضحي الجامعات الخاصة كغيرها من الكيانات الخاصة التي تقوم علي مرفق عام خاضعا فيما تصدره من قرارات للسلطة والسيادة العامة في الدولة في إطار التزام هذه الجامعات واحترامها للمنظومة الدستورية والتشريعية ، ولما كان مرفق التعليم الذي رعاه المشرع الدستوري رعاية أكيدة في إطار المستقبل العلمي والبحثي للبلاد - يأبي علي خروج المنازعات التي تثور بشأنه أو بمناسبة سيره وأدائه لوظيفة عن الاختصاص الأصيل لمحاكم مجلس الدولة بحسبانه القاضي الطبيعي المختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالمرافق العامة".

وتصويب ما كان خاطئاً منه، مع الأخذ في الاعتبار ضرورة تأمين الاجتهاد القضائي إذ لا يتم التراجع عنه إلا بعد دراسة وتمحيص الأبعاد التي ستتسجم مع الاجتهاد القضائي الجديد ، الأمر الذي يساهم في تأمين جودة الأحكام عن طريق التنسيق بين المحاكم العليا ورؤساء محاكم الموضوع (٤٣).

لأجل هذا أصدر المشرع المصري القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤ بشأن تعديل بعض أحكام قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ واستحدث المادة (٥٤) مكرراً (٤٤) والتي أنشأ بمقتضاها دائرة توحيد المبادئ، وذلك للحيلولة دون تناقض أحكام المحكمة الإدارية العليا فيما بينها على نحو يضمن سير العدالة ويعمل على استقرار المراكز القانونية وبث الثقة والطمأنينة في نفوس المتقاضين، ومن ثم تعزيز تحقيق مبدأ الأمن القضائي لديهم؛ إذ بموجب هذه المادة سالفه الذكر يكون لأي دائرة من دوائر المحكمة الإدارية العليا إحالة الطعن إلى دائرة توحيد المبادئ إذا تبين لها عند نظر الطعن المرفوع أمامها أنه صدر منها أو من إحدى دوائرها أحكام سابقة يخالف بعضها بعضاً أو رأت العدول عن مبدأ قررته أحكام، وأجاز نص المادة (٥٤) مكرراً للدائرة المنصوص عليها فيه أن تقتصر في حكمها الذي تصدره بعد اتصالها بالطعن على البت في المسألة القانونية التي كانت محلاً لتناقض الأحكام أو إقرار مبدأ قانوني على خلاف أحكام سابقة، ثم تحيل الطعن بعد ذلك إلى دائرة المحكمة الإدارية العليا المختصة لتتصل في موضوعه على وفق المبدأ الذي أرسته بحكمها وذلك على النحو الذي اضطرر عليه قضاء هذه الدائرة، فإن هذا النص أيضاً لا يحول بين هذه الهيئة والفصل في الطعن الذي اتصلت به بقرار الإحالة بحكم منه للنزاع دون الوقوف عند القضاء بالمبدأ القانوني الذي يحكم هذا النزاع،

(٤٣) د. محمود حمدي عباس عطية: المرجع السابق، ص ٢٥ وما بعدها. وراجع أيضاً د. سلمى طلال عبد الحميد البديري: بحث بعنوان دور المحكمة الإدارية العليا في تحقيق الأمن القضائي - مجلة الكوفة - جامعة الكوفة - كلية القانون - مج ١٤ - ع ٥٠ لسنة ٢٠٢١، ص ٣٩٠.

(٤٤) تنص المادة (٥٤) مكرراً على " إذا تبين لإحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا عند نظر أحد الطعون أنه صدرت منها أو من إحدى دوائر المحكمة أحكام سابقة يخالف بعضها البعض أو رأت العدول عن مبدأ قانونياً قررته أحكام سابقة صادرة من المحكمة الإدارية العليا تعين عليها إحالة الطعن إلى هيئة تشكّلها الجمعية العامة لتلك المحكمة في كل عام قضائي من أحد عشر مستشاراً برئاسة رئيس المحكمة أو الأقدم فالأقدم من نوابه. ويجب على سكرتارية المحكمة أن تعرض ملف الدعوى خلال ثلاثة أيام من صدور قرار الإحالة على رئيس المحكمة ليعين تاريخ الجلسة التي ستعقد فيها الدعوى ويعلن الخصوم بهذا التاريخ قبل حلوله بأربعة عشر يوماً على الأقل ، وتصدر الهيئة المذكورة أحكامها بأغلبية سبعة أعضاء على الأقل " .

مادام أن الطعن قد استقامت عناصره وكان صالحاً للفصل فيه، على نحو ما هو ثابت بالنسبة للطعن المعروض^(٤٥).

وكشفت المذكرة الإيضاحية المرافقة للقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٣ بتعديل بعض أحكام قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ عن الغاية التي دفعت المشرع لتعديل قانون مجلس الدولة سالف الذكر بإضافة مادة برقم (٥٤) مكرراً إليه بقولها: "وعلاجاً لحالات اختلاف الأحكام الصادرة من دوائر المحكمة الإدارية العليا أو تلك التي ترى فيها هذه المحكمة العدول عن مبدأ قانونياً قرره أحكام سابقة صادرة منها، فقد استحدث المشروع الأحكام التي ينبغي إتباعها، وتحقيقاً لهذه الأهداف فقد أعد مشروع القانون المرافق ونصت المادة الأولى منه على إضافة مادتين جديدتين برقمي ٥٤ مكرر و٦٨ مكرراً أوجبت أولاهما على دوائر المحكمة الإدارية العليا إذا تبينت اختلاف الأحكام السابق صدورها منها أو رأت العدول عن مبدأ قانونياً قرره في أحكام سابقة أن تُحيل الطعن إلى هيئة تُشكلها الجمعية العامة لهذه المحكمة في كل عام قضائي من أحد عشر مستشاراً برئاسة رئيس المحكمة أو الأقدم فالأقدم من نوابه، ونظمت إجراءات نظر الطعن وكيفية إصدار الحكم فيه".

وبذلك تكون الإحالة إلى دائرة توحيد المبادئ يشكل ضماناً أساسية لتوحيد واستقرار المبادئ القانونية، فتنزل كلمة الحق والعدل والقانون في المسألة القانونية المطروحة عليها بعد تمحيص ودراسة متأنية للأسباب التي قامت عليها تلك الأحكام المتعارضة أو للأسباب الجديدة التي بناء عليها قد يتم العدول عن مبدأ قانونياً معمول به، فإن هذه الدائرة بهذه المثابة لا تفصل في نزاع بين طرفين، وإنما تحسم أمر أكثر من اتجاه لفهم وتفسير وتطبيق النصوص القانونية^(٤٦).

ولما كان الاجتهاد القضائي يُعد تهديداً لمبدأ الأمن القضائي، فقد أوجب المشرع بموجب نص المادة ٥٤ مكرراً أن يكون لدائرة توحيد المبادئ تشكيل خاص وتتطلب لصحة الأحكام الصادرة عنها أغلبية تزيد عن ضعفي الأغلبية التي تصدر بها أحكام دوائر المحكمة الإدارية العليا بما يشكل ضماناً أساسية لتوحيد واستقرار المبادئ القانونية

(٤٥) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٣٥٦٤ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٩٠/٦/٣. وراجع أيضاً الطعن رقم ٢٣٨٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٩١/٤/٢١، والطعن رقم ٥٣٧١ لسنة ٤٧ ق جلسة ٢٠١٤/٣/١. (٤٦) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١٢٣٦١ لسنة ٥٣ ق. عليا بجلسة ٢٠١٠/٢/٦، والطعن رقم ٤١٧٦٨ لسنة ٥٧ ق. عليا بجلسة ٢٠١٨/١/٦.

فتنزل كلمة الحق والعدل والقانون في المسألة القانونية المطروحة عليها بعد تمحيص ودراسة متأنية للأسباب التي قامت عليها تلك الأحكام المتعارضة أو للأسباب الجديدة التي بناء عليها قد يتم العدول عن مبدأ قانونياً معمول به^(٤٧).

والمشرع بإنشاء دائرة توحيد المبادئ اعترف بالقضاء كمصدر رسمي للقانون الإداري وهذا المصدر الرسمي يجد له رافداً من المبادئ العامة للقانون والسوابق القضائية يوازي التشريع فمن الملزم أن تكون الأحكام القضائية منشورة ومعروفة للناس كافة شأنها شأن القوانين وهو ما يلقي بعبء نشر هذه الأحكام وتلخيصها والتعليق عليها للمكاتب الفنية للمحاكم^(٤٨).

وبذلك يكون للسوابق القضائية ولاسيما تلك الصادرة من دائرة توحيد المبادئ دورها وأهميتها ليس فقط لكونها صادرة عن شيوخ قضاة مجلس الدولة؛ وإنما لكون التزام المحاكم الأدنى ودوائر المحكمة الإدارية العليا ذاتها بهذه السوابق يحقق فوائد عملية جمة منها توفير عدالة سريعة وناجزة و إيجاد درجة من العلم القانوني لدى أطراف المنازعات الإدارية يمكن أن يكون له أثره في حل النزاعات القانونية دون حاجة للجوء إلي القضاء، ومنها تحقيق الثقة لدى المواطنين في قضاءهم واليقين في عدله إذ ليس بمستساغ لدى المواطن العادي أن يجد حكمين متناقضين في ذات المسألة القانونية لمجرد اختلاف تشكيل الدائرتين اللاتين أصدرتهما، ومنها تيسير أداء القضاة أعمالهم دونما حاجة إلي عودة البحث في المسألة القانونية التي سبق إقرار مبدأ بشأنها ومدارستها.

أهم تطبيقات المحكمة الإدارية العليا بشأن تحقق الأمن القضائي:

باستقراء الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا ولاسيما الصادرة عن دائرة توحيد المبادئ وجدنا العديد والعديد من الأحكام التي حرصت المحكمة الإدارية العليا من خلالها على تحقيق الأمن القضائي للمتقاضين من خلال توحيد الاجتهاد القضائي على مستوى دوائر محاكم مجلس الدولة، ونذكر منها على سبيل المثال وليس الحصر ما يأتي:

(٤٧) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا " دائرة توحيد المبادئ " الطعن رقم ١٢٣٦١ لسنة ٥٣ ق جلسة ٢٠١٠/٢/٦.

(٤٨) المستشار الدكتور . محمد ماهر أبو العينين: الدفوع في القانون العام ج ٣، طبعة دار النهضة العربية ٢٠٠٣، ص ١٠١٢.

١- حسمت دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا الخلاف الدائر بين دوائر المحكمة الإدارية العليا حول ميعاد اللجوء إلى لجان التوفيق في بعض المنازعات المنشأة بالقانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠^(٤٩).

وكان جوهر الإحالة إلى هذه الدائرة ينحصر في الترويج بين اتجاhein بالمحكمة الإدارية العليا فيما صدر عنها من أحكام بشأن قبول الدعاوى التي ترفع ابتداء إلى المحاكم بشأن المنازعات الخاضعة لأحكام القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفا فيها، وذلك إذا تم اللجوء لهذه اللجان بعد تاريخ إقامة الدعوى.

حيث ذهب الاتجاه الأول: إلى عدم قبول الدعاوى التي ترفع ابتداء إلى المحاكم بشأن المنازعات الخاضعة لأحكام القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفا فيها إذا تم اللجوء لتلك اللجان المنصوص عليها بهذا القانون بعد تاريخ إقامة الدعوى؛ تأسيساً على أن المشرع في سبيل تحقيق العدالة الناجزة التي تيسر لذوى الشأن الحصول على حقوقهم في أقرب وقت ممكن، ولتخفيف العبء عن القضاة أصدر القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ المشار إليه بإنشاء لجان للتوفيق في بعض المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية الواردة بالمادة الأولى والعاملين بها أو بينها وبين الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة، وذلك أيّاً كانت طبيعة هذه المنازعات، ورتب أثراً على عدم الالتزام باللجوء إلى تلك اللجان هو عدم قبول الدعاوى التي تُقام مباشرة أمام المحكمة، وأخرج عن الخضوع لأحكامه منازعات بعينها أوردها تفصيلاً بالمادتين الرابعة والحادية عشرة^(٥٠).

بينما ذهب الاتجاه الثاني: إلى قبول الدعاوى التي ترفع ابتداء إلى المحاكم بشأن المنازعات الخاضعة للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفا فيها إذا تم اللجوء لتلك اللجان المنصوص عليها بهذا القانون بعد تاريخ إقامة الدعوى، تأسيساً على أن

(٤٩) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ٢٠٢٢/١٢/٣.

(٥٠) راجع في هذا الاتجاه حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم 2914 لسنة 49 ق. عليا - جلسة ٢٠٠٦/١١/٢٥، والطعن رقم 9025 لسنة 56 ق. عليا - جلسة 2016 / 3 / 19، والطعن رقم 27504 لسنة 60 ق. عليا - جلسة 2018 / 1 / 28، والطعن رقم 105799 لسنة 63 ق. عليا - جلسة ٢٠١٩/١/١٩.

الغاية من هذا القانون وطبقاً لما أفصحت عنه مذكرته الإيضاحية هي تحقيق العدالة الناجزة، التي تصل بها الحقوق إلى أصحابها، دون الاضطرار إلى ولوج سبيل التقاضي، وما يستلزمه في مراحلها المختلفة من الأعباء المادية والمعنوية، وما قد يصاحبها في أحيان كثيرة من إساءة استغلال ما وفره القانون من أوجه الدفاع والدفع، واتخاذها سيلاً للكيد، ووسيلة لإطالة أمد الخصومات على نحو يرهق القضاء ويلحق الظلم بالمتقاضين، ومن ثم فإنه على ضوء ما تغياه المشرع من إصدار القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بإنشاء لجان التوفيق من تخفيف الأعباء عن كاهل القاضي والمتقاضي.

بالإضافة إلى ذلك فإنه وإعلاء لحق التقاضي الذي صانته الدستور وكفله للكافة، فقد درجت هذه المحكمة في فهمها وتطبيقها للنصوص القانونية التي تنظم الإجراءات السابقة على اللجوء إلى قضاء مجلس الدولة كالتظلم الوجوبي أو اللجوء إلى لجنة التوفيق على اعتبار أن تلك الإجراءات ليست أشكال جامدة مقصودة لذاتها، وإنما هي وسائل شرعها المشرع لإمكان إنهاء المنازعة قبل اللجوء إلى القضاء تيسيراً على أصحاب الشأن وعلى جهة الإدارة، وتخفيف العبء الواقع على المحاكم، إلا أنه لا يجوز أن تطبق تلك النصوص على وجه جامد ينحرف بها عن المقصد منها، فإذا اتخذت تلك الإجراءات ولو بعد رفع الدعوى فإن الغاية منها تكون قد تحققت، ولا يجوز أن يكون ذلك سبباً للقضاء بعدم قبول الدعوى، وانتهت إلى أنه لا يشترط لقبول الدعوى الالتزام بالأسبقية الزمنية لتقديم التظلم على رفع الدعوى مادام قد قُدم فعلاً خلال الميعاد المقرر قانوناً لتقديمه، كما قضت بأنه إذا تم تقديم طلب التوفيق إلى اللجنة بعد رفع الدعوى، فإن الإجراء المطلوب قانوناً لا يكون قد استوفى، وتحققت الغاية منه، ولا محل للدفع بعدم قبول الدعوى لهذا السبب^(٥١).

وعقب استنهاض ولاية دائرة توحيد المبادئ في حسم هذا الخلاف وترجيح الاتجاه الذي يتعين أن تصدر على هذه أحكام محاكم مجلس الدولة في هذا الشأن، فقد رجحت الاتجاه القائم على وجوب اللجوء إلى اللجنة قبل رفعها الدعوى وإلا قُضى بعدم قبولها، وذلك إعمالاً للقاعدة الأصولية في التفسير من أنه لا اجتهاد عند صراحة النص، وأن

^(٥١) راجع هذا الاتجاه حكمها الصادر في الطعن رقم 2906 لسنة 41 ق. عليا - جلسة / 11 / 13 1999، وفي الطعن رقم 5979 لسنة 52 ق. عليا - جلسة 2010 / 10 / 15، وفي الطعن رقم 12078 لسنة 62 ق. عليا - جلسة 2018 / 1 / 28، وفي الطعن رقم 80577 لسنة 65 ق. عليا - جلسة 19 / 6 / 2021.

إعمال النص خير من إهماله، ومن ثم يتعين التقييد بصريح نص المادة الحادية عشرة من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ سالف الذكر، والالتزام بالفهم السليم لها، والتطبيق الصحيح لحكمها ، والتي نصت في إفصاح جهير وصريح لا يجوز تأويله على محمل آخر من أنه لا تقبل الدعاوى التي ترفع ابتداء إلى المحاكم بشأن المنازعات الخاضعة لأحكام هذا القانون إلا بعد تقديم طلب التوفيق إلى اللجنة المختصة وفوات الميعاد المقرر لإصدار التوصية أو الميعاد المقرر لعرضها دون قبول، كإجراء شكلي جوهرى يتعين مراعاة اتخاذه قبل سلوك طريق الدعوى القضائية، بحسبانه هو الأصل في استخلاص ذي الشأن لحقه ورفع الظلم عنه، دون أن يتحمل مشقة القضاء وإجراءاته، وقد حدد المشرع بعبارات صريحة النتيجة المترتبة على مخالفة هذا الإجراء وهى عدم قبول الدعاوى التي ترفع ابتداء إلى المحاكم بشأن المنازعات الخاضعة لأحكام هذا القانون قبل تقديم طلب التوفيق إلى اللجنة المختصة.

ويؤخذ على هذا الحكم أن؛ الأوضاع السابقة أفضت إلي أن التوقع من خلال ما نهجته الغالبية العظمى من أحكام المحكمة الإدارية العليا قبل صدور حكم دائرة توحيد المبادئ في هذا الموضوع ، وكذلك أحكام محكمة النقض، إلى جواز اللجوء إلي هذه اللجنة بعد رفع الدعوى، وهو ما وقر في يقين المتقاضين والمحامين والقضاة، ثم فوجئ الجميع بصدور حكم دائرة توحيد المبادئ علي خلاف ذلك، فاضطربت أمورهم القانونية وتعرضت مصالح الأفراد لخطر الضياع، وما زاد من صعوبة الأمر أن دائرة توحيد المبادئ عرض عليها أكثر من منازعة تخص هذا القانون، وكان هذا الخلاف قائما وواضحا، إلا أنها لم تشر إلي حسم هذا الخلاف من قريب أو بعيد، وكل ذلك يلقي بظلاله الكثيفة بأن تأخر عرض المسائل القانونية محل الاختلاف بين دوائر هذه المحكمة يؤثر بلا شك علي الأمن القضائي.

٢- حسمت المحكمة الإدارية العليا الخلاف الدائر فيما يتعلق إذا كانت المنازعات المتعلقة بالقرارات السابقة على التخصيص وهى قرارات عدم أو رفض التخصيص لعدم توافر شروطه هي منازعات تتعلق بقرارات إدارية وتخضع لمواعيد وإجراءات دعوى الإلغاء أم أنها قرارات عقدية لا تخضع لمواعيد وإجراءات دعوى الإلغاء^(٥٢).

(٥٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١٠٦٣٩ لسنة ٥٤ ق جلسة ٢٠١٨/٥/٥.

وإذا كان للمحكمة الإدارية العليا اتجاهان في هذا الشأن:

الاتجاه الأول: ذهب إلى اعتبار القرار الصادر من هيئة المجتمعات العمرانية بالتخصيص أو برفض التخصيص -أياً ما كان السبب الذي استند إليه- هو من قبيل القرارات العقدية التي لا تخضع لإجراءات ومواعيد دعوى الإلغاء^(٥٣).

الاتجاه الثاني: ويتمثل في التفرقة بين العقد الذي تبرمه هيئة المجتمعات العمرانية وبين الإجراءات التي تمهد لإبرام هذا العقد أو تهيبئ لمولده، إذ أنها تلتزم بإجراءات وأوضاع رسمها المشرع في القوانين واللوائح لاختيار أفضل الأشخاص للتعاقد معهم وهذه الإجراءات وإن كانت تستهدف إبرام العقد فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد وتنفصل عنه، ومؤدى ذلك أن العملية الإدارية التعاقدية تمر بمرحلتين: الأولى سابقة على التعاقد وتشمل ما تتخذه الإدارة من قرارات تتعلق بالأعمال التمهيدية للتعاقد مثل وضع الشروط الخاصة بتخصيص الشقق والأراضي والإعلان عنها وتطبيق تلك الشروط على المتقدمين لاختيار الذين يتم التعاقد معهم ، وهذه الأعمال التي تتخذ في هذه المرحلة تتم بقرارات تنفرد بها جهة الإدارة وتجتمع فيها كل خصائص ومقومات القرارات الإدارية وتنفصل عن العقد وبالتالي يجوز الطعن عليها استقلالاً وتخضع لإجراءات ومواعيد دعوى الإلغاء، أما المرحلة الثانية: فهي تتمثل في التعاقد وتكون المنازعات الناشئة عنها منازعات عقدية لا تنقيد بإجراءات ومواعيد دعوى الإلغاء وذلك كله على النحو المبين تفصيلاً في أسباب قرار إحالة الطعن المائل إلى هذه الدائرة^(٥٤).

ولما كان للمحكمة الإدارية العليا في هذا الصدد اتجاهين الأمر الذي يستهض ولاية دائرة توحيد المبادئ في إزالة هذا الخلاف وترجيح الاتجاه الذي يتعين أن تصدر على هده أحكام المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن، فقد رجحت الاتجاه الثاني الذي يقضي بأن قرارات هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة برفض - أو عدم - تخصيص الوحدات السكنية أو قطع الأراضي التابعة لها هي قرارات إدارية تسري في شأنها مواعيد وإجراءات دعوى الإلغاء.

(٥٣) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٣٦٠٨٢ لسنة ٥٥ ق. عليا بجلسة ٢٠١٤/٩/٣.

(٥٤) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٤١٣٥٤ لسنة ٥٦ ق بجلسة ٢٠١٧/٢/١١.

تأسيسا علي أن هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة تمهد لتخصيص هذه الوحدات والأراضي بإجراءات كثيرة تبدأ بإعداد كراسة الشروط والمواصفات والاعلان عن التخصيص، وفحص وتحديد المستحقين من غيرهم وجميع هذه الإجراءات تتم بقرارات إدارية تتوفر فيها خصائص ومقومات القرارات الإدارية وتخضع لمواعيد وإجراءات دعوي الإلغاء، أما بعد التخصيص فإن العقد يكون قد انعقد بالفعل، وبالتالي فإن المنازعات التي تنشأ بعد التخصيص هي منازعات عقدية ولا تتقيد بمواعيد وإجراءات دعوى الإلغاء حتى لو لم يكن قد تم تحرير عقد مكتوب بما تم الاتفاق عليه .

ويمثل هذا القضاء تأييدا لما كانت تسيير عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا في تطبيق بعض أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، من كون الإجراءات السابقة على التعاقد هي منازعات تخضع لإجراءات ومواعيد دعوي الإلغاء بينما المنازعات التالية للتعاقد فهي منازعات عقدية.

ولا مفر إزاء الوضع المتشابك في خصوص تخصيص تلك الوحدات والأراضي، فإن المنازعات التي تنشأ عن هذا التخصيص تقتضي تطبيق دعوي القضاء الكامل عليها، إذ يجوز لذوي الشأن رفع دعوي قضاء كامل للفصل في سلامة التخصيص أو رفضه، فقاضي العقد يجوز له إذا انتهى إلى وجود مخالفات أن يقيم أهميتها ونتائجها في ضوء طبيعة عدم المشروعية المرتكبة، فله في ضوء ذلك إما أن يقرر استمرار تنفيذ التخصيص مع اتخاذ إجراءات التصحيح بواسطة الجهة الإدارية، أو أن يقرر الغاء التخصيص مع ارجاء أثره عند الاقتضاء.

والمسألة المهمة في موضوع التخصيص هل للمدعي حق أم لا، فالقاضي الإداري هنا ليس قاضيا للمشروعية فقط، وإنما يركز تحليله علي الحقوق والمزايا التي يجب أن تمنح لصاحب الشأن، فالقاضي يفصل بصفة أساسية في حقوق المدعي أكثر من الفصل في مشروعية القرار المطعون فيه، وهذه الأسباب وغيرها كانت تقتضي من دائرة توحيد المبادئ ترجيح القضاء الكامل لهذه المنازعات، إذ بموجبها يمكن للقاضي بصفة نهائية وضع نهاية للمنازعة، من خلال استخلاص جميع النتائج علي المركز المتنازع فيه،

وبذلك يتحقق للمدعي الحماية القضائية الفعالة بدلا من إحالة النزاع مرة أخرى للجهة الإدارية المختصة حتي تستخلص نتائج الأحكام الصادرة في دعاوي الإلغاء^(٥٥).

٣- حسمت دائرة توحيد المبادئ الخلاف الدائر بخصوص مدى مشروعية وضع حد أقصى لعمر المتقدم لشغل وظائف أعضاء هيئة التدريس بالجامعة ومعاونيهم^(٥٦).

إذ كان للمحكمة الإدارية العليا اتجاهاً في هذا الشأن:

الاتجاه الأول: يرى أن ما يرضه مجلس الجامعة من شروط للتعيين في وظائف أعضاء هيئة التدريس ومعاونيهم ومن بينها شرط السن عند التعيين، تعد ضوابط وشروط مشروعية ولا تشكل مخالفة لأحكام قانون تنظيم الجامعات الصادر بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢، طالما أن هذه الضوابط والشروط تتسم بالعمومية والتجريد وتقتضيها دواعي المصلحة العامة لتعيين أفضل العناصر في المسابقات التي تجريها الجامعة في شأن الوظائف المشار إليها^(٥٧).

الاتجاه الثاني: حيث ذهب إلى أن فرض سن للمتقدم لشغل وظائف أعضاء هيئة التدريس ومعاونيهم بالجامعات المخاطبة بأحكام قانون تنظيم الجامعات يخل بالشرعية العامة للتوظيف ويميز - على غير أسس موضوعية - بينهم وبين أقرانهم في الوظائف العامة المخاطبين بأحكام قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة، ويكون بذلك متبنياً تمييزاً تحكيمياً خلا بمبدأ المساواة أمام القانون الذي رددته الدساتير المصرية المتعاقبة كافة، وهو ما يصمه بعدم المشروعية ومخالفة القانون^(٥٨).

وإزاء تباين وجهتي النظر في شأن المسألة القانونية المعروضة أحيل الطعن لهذه الدائرة لترجيح أحد الاتجاهين وحسم المسألة التي كانت محلاً لتناقض الأحكام المشار إليها على نحو ما أثارته الإحالة المعروضة، وقضت الدائرة بترجيح الاتجاه الأول والذي يقضي بمشروعية تضمين الإعلان عند الحاجة إلى شغل وظائف أعضاء هيئة التدريس

(٥٥) د. محمد عبداللطيف: بحث بعنوان دعوي القضاء الكامل الموضوعية ودعوي الإلغاء، تكامل أم احتواء، مجلة مجلس الدولة، السنة الحادية والثلاثون، ٢٠٢١ - ٢٠٢٢، ص ٧٩ وما بعدها.

(٥٦) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٣٣١٦٦ لسنة ٥٩ ق جلسة ٢٠١٧/٧/١.

(٥٧) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٤٠١٥ لسنة ٣٩ ق عليا جلسة ١/٦/١٩٩٥، وحكمها في الطعن رقم ٤٧٥٠ لسنة ٣٧ ق عليا جلسة ١٤/١٢/٢٠٠٣، وحكمها في الطعن رقم ٢٦٥١ لسنة ٤٧ ق عليا جلسة ٤/٢/٢٠٠٧، وحكمها في الطعن رقم ٩٢٢٤ لسنة ٥٤ ق عليا بجلسته ١/٢٧/٢٠٠٩.

(٥٨) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٣٠٨٩ لسنة ٥٨ ق عليا جلسة ١٤/٦/٢٠١٥.

والوظائف المعاونة (عدا وظيفة أستاذ) شرطا بالحد الأقصى لسن المتقدم لشغل الوظيفة طالما تم هذا التحديد على وفق قواعد موضوعية منضبطة، تأسيسا على أن القواعد المتعلقة بتحديد سن متوازن كحدّ أقصى للتعين في هذه الوظائف من القواعد الموضوعية، ليتسنى لهم اكتساب الخبرات التراكمية التي تتكون لشاغلي تلك الوظائف علي مدار سنوات عملهم، حتي يمكن الاستفادة من هذه الخبرات باعتبار أن الملكات والخبرات في مجال البحث العلمي والتدريس تتكون وتتراكم علي مر السنين عاما بعد عام، وهو ما اتجهت إليه إرادة المشرع في قانون تنظيم الجامعات من أن الأصل بالنسبة للتعين في وظائف أعضاء هيئة التدريس يكون من شاغلي الوظائف التي تسبقها في الكلية ذاتها، أو المعهد والاستثناء هو شغلها عن طريق الإعلان، وأن يؤخذ كذلك بعين الاعتبار أن أعضاء هيئة التدريس بالكلية أو المعهد سوف يتناوبون فيما بينهم في شغل المناصب الإدارية بالأقسام والكليات، وهو ما يقتضي تجنب التفاوت العمري المبالغ فيه بين شاغلي الوظيفة الواحدة من هذه الوظائف.

تعقيب الباحث:

أسس القضاء في الحكم سالف الذكر قضاؤه على أن فلسفة المشرع في قانون تنظيم الجامعات قامت علي فكرة ضرورة اكتساب شاغلي وظائف أعضاء هيئة التدريس ومعاونيهم والذين يتم تعيينهم من الوظائف التي تسبقها في الكلية ذاتها، أو المعهد، الخبرات التراكمية التي تتكون علي مدار سنوات عملهم عاما بعد عام، حتي يمكن الاستفادة منهم في مجال البحث العلمي والتدريس وهو ما يكون أن يؤخذ كذلك بعين الاعتبار أنهم سوف يتناوبون فيما بينهم في شغل المناصب الإدارية بالأقسام والكليات، وهو ما يقتضي تجنب التفاوت العمري المبالغ فيه بين شاغلي الوظيفة الواحدة من هذه الوظائف، أما من يتم تعيينهم عن طريق الإعلان وهو الطريق الاستثنائي للتعين، فإن إتاحة الفرصة لهم لاكتساب الخبرات التراكمية لأعضاء هيئة التدريس يتطلب تحديد سن متوازن كحدّ أقصى للتعين في هذه الوظائف حتي يتسنى لهم اكتساب الخبرات المطلوبة.

ومع تقديرنا الكامل لقضاء دائرة توحيد المبادئ إلا أننا نختلف معها فيما قضت به إذ أن المشرع في قانون تنظيم الجامعات لم يخول الجامعات أية سلطة تقديرية في تحديد سن معين للتعين في تلك الوظائف عن طريق الإعلان، ومن ثم غدو هؤلاء متمائلين مع أقرانهم الذين يتم تعيينهم عن غير طريق الإعلان من حيث معاملتهم جميعا بقاعدة

واحدة من حيث السن المفترض توافره في كل وظيفة من وظائف أعضاء هيئة التدريس ومعاونيهم بالجامعات، فبقاء عضو هيئة التدريس بالجامعة ليس معناه افتراض حصوله علي التأهيل العلمي واستيفاء الشروط اللازمة لشغل الوظيفة الأعلى، وهو ما حدا بالمشرع في قانون تنظيم الجامعات إلي تعديل النصوص الخاصة بإنهاء الخدمة ليكون انهاء خدمته بذات الوظيفة التي يشغلها وقت انتهاء خدمته بدلا انتهاء خدمة كل وظائف أعضاء هيئة التدريس باعتبارهم أساتذة متفرغين، وهو ما يعد اقرارا من المشرع بوجود بعض المدرسين من أعضاء هيئة التدريس بالجامعة يبلغون السن القانونية لانتهاء الخدمة قبل شغلهم لباقي الدرجات الوظيفية المقررة لأعضاء هيئة التدريس.

٤- حسمت دائرة توحيد المبادئ الخلاف الدائر بمدى أحقية الطفل الذي يبلغ السادسة من عمره في أول أكتوبر من العام الدراسي في الالتحاق مباشرة بالصف الأول الابتدائي بالمدارس الرسمية المتميزة للغات (والتي كانت تُسمي المدارس التجريبية المتميزة للغات قبل تعديل مسماها بالقرار الوزاري رقم ٢٨٥ لسنة ٢٠١٤ المشار إليه) من مرحلة التعليم الأساسي ولو لم يسبق ذلك قيده بمرحلة رياض الأطفال لمدة سنتين من عدمه^(٥٩).

إذ كان للمحكمة الإدارية العليا اتجاهاً في هذا الشأن:

الاتجاه الأول: جواز قيد التلميذ بالصف الأول الابتدائي بمرحلة التعليم الأساسي بالمدارس الرسمية للغات، والمدارس الرسمية المتميزة للغات، ولو لم يسبق ذلك قيده برياض الأطفال بها لمدة سنتين^(٦٠).

الاتجاه الثاني: جواز قيد التلميذ بالمدارس التجريبية للغات بمرحلة التعليم الأساسي مباشرة ما لم يسبق ذلك قيده بمرحلة رياض الأطفال بها لمدة سنتين^(٦١).

ولدي عرض الأمر علي دائرة توحيد المبادئ قضت بترجيح الاتجاه الثاني الذي يقضي بعدم جواز قيد التلميذ بالصف الأول الابتدائي بمرحلة التعليم الأساسي بالمدارس الرسمية للغات، والمدارس الرسمية المتميزة للغات، ما لم يسبق ذلك قيده برياض الأطفال بها لمدة سنتين تأسيساً على أن طبيعة نظام رياض الأطفال دعت المشرع لاشتراطه للقبول بهذه المدارس، بحسبان أن القيد بهذا النظام والمكث فيه لسنتين يهيئ النشء

^(٥٩) حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١٤٧١١ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠١٨/١/٦.

^(٦٠) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٨٥٠٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ٢٠١١/٥/١١، والطعن رقم

١٠١٣٦ لسنة ٦٠ ق جلسة ٢٠١٤/٧/٢، والطعن رقم ٣٢٨٥٨ لسنة ٦١ ق. جلسة ٢٠١٥/١١/٤.

^(٦١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١٢٩٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ٢٠١١/٢/٩.

لدراسة واستيعاب اللغة الأجنبية المقرر دراسة المناهج الدراسية بها بالصف الأول الابتدائي بمرحلة التعليم الأساسي بهذه المدارس الرسمية للغات، هو ما يؤثر إيجاباً على تقبله لهذه الدراسة التي تتم بلغة لم يألف التعامل بها من ذي قبل، وتسهل عليه مهمة استيعابها، مما يحفزها على مواصلة الدراسة بهذه المرحلة وما يليها، ولما كان تحقيق هذه الغاية - التهيئة - من الأغراض الموضوعية التي تتفق والمصلحة العامة التي تغياها المشرع ابتداءً من تقريره قبل الالتحاق بالمرحلة سألقة الذكر، تحقيقاً للغاية الإيجابية المشار إليها، وتلافياً للأثر السلبي الذي يغلب إصابة الطفل به إذا ما ألحق مباشرة بمرحلة تدرس مناهجها باللغة الأجنبية التي لم يألفها، تهيئته مسبقاً لذلك الأمر، إذ يجد نفسه دون مستوى أقرانه - الذين فُيدوا برياض الأطفال - استيعاباً وتقبلاً لهذه المناهج، فمن ثم فإن اشتراط القيد برياض الأطفال لا يتعارض وأحكام قانون الطفل بل العكس صحيح فهذا الشرط يدعمها ويُحقق ذات الأهداف والغايات التي ابتغاها المشرع من أحكام هذا القانون.

٥- حسمت دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا الخلاف حول مدي التزام محاكم مجلس الدولة بالفصل في الدعاوي المحالة إليها من جهة قضائية أخرة طبقاً للمادة ١١٠ من قانون المرافعات، ولو كانت تخرج عن الاختصاص الولائي المحدد قانوناً لمحاكم مجلس الدولة^(٦٢).

وكانت المسألة المطروحة على دائرة توحيد المبادئ أن أحكام المحكمة الإدارية العليا الصادرة في شأن تطبيق حكم الفقرة الثانية من المادة (١١٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية تفرقت في وجهتين

الأولى: قضت بأن نص هذه الفقرة بالتزام المحكمة المحال إليها الدعوي بنظرها لا يلزم محاكم مجلس الدولة بالفصل في موضوع الدعوي إذا استبان أنها غير مختصة بنظرها طبقاً لمواد القانون المحددة ولايتها، فإذا تحقق لها ذلك وجب عليها أن تقضي بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوي، دون إحالتها مرة أخرى إلى المحكمة الأولى بعد أن استنفذت هذه المحكمة ولايتها بحكمها القطعي الصادر عنها في الدعوى بعدم الاختصاص.

(٦٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا بالطعن رقم ٣٨٠٣ لسنة ٣٥ ق عليا بجلسة ٦/٦/١٩٩٢.

أما الوجهة الثانية في المسألة نفسها فقد قضت بأن نص الفقرة الثانية من المادة (١١٠) الذكورة يلزم محاكم مجلس الدولة بالفصل في موضوع الدعوى التي سبق لأحدي المحاكم العادية أن قضت فيها بعدم اختصاصها ولائياً بنظرها وبإحالتها إلى أي من محاكم مجلس الدولة للاختصاص، وأشارت الدائرة إلى أن الاتجاه الذي رجحته جاء تأسيساً على أن مقتضي صريح نص الفقرة الثانية من المادة (١١٠) مرافعات أنه ما لم يكن الحكم الصادر بعدم الولاية والاحالة إلى محاكم مجلس الدولة منعداً، تلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بالفصل في موضوعها، ولو اسبان لها أنه لا يندرج في عموم الولاية التي أنيطت بها طبقاً لمواد القانون المحددة لهذه الولاية، ولا اجتهاد مع صراحة النص، وهذا الالتزام رهين كذلك بعدم وجود محكمة أخرى مختصة بخلاف محاكم الجهة القضائية التي صدر الحكم بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى، فإن وجدت تعين القضاء مرة أخرى بعدم الاختصاص والاحالة المذكورة مقصورة فقط على أسبابه، فيمتنع القضاء مرة أخرى بعدم الاختصاص الولائي لاختصاص المحكمة التي أصدرت الإحالة، ورهين أيضاً بإلغاء حكم الإحالة من محكمة أعلى، إذ به تزول حجته، والواقع أن هذا الحكم كان عدولاً عن المبدأ الذي سبق وأن أقرته هذه الدائرة في حكمها الصادر ١٩٨٦/٤/٢٧ في الطعن رقم ١٨٤٥ لسنة ٢٧ ق علياً والقاضي بأن: "محاكم مجلس الدولة لا تلتزم بالفصل في الدعاوي المحالة إليها من جهة قضائية أخرى إذا كانت هذه الدعاوي تخرج عن الاختصاص الولائي المحدد قانوناً لمحاكم مجلس الدولة، وأن لها أن تحيل الدعاوي المرفوعة ابتداءً أمامها إلى المحكمة المختصة إذا تبين لها عدم اختصاصها بنظرها، حسم حجة جدلية بحجة قوامها".

ويلاحظ أن المبدأ الجديد الذي عدلت إليه دائرة توحيد المبادئ كان له دور كبير في القضاء على حالات التنازع السلبي للاختصاص، أو على الأقل الحد منها بصورة كبيرة، ودون المساس باختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في تنازع الاختصاص السلبي والإيجابي إذا تحققت، فالمرجع بموجب قانون المحكمة الدستورية العليا استكمل منظومة النظام القضائي بتحديد المحكمة المختصة بالتنازع السلبي أو الإيجابي، إلا أن نص الفقرة الثانية من المادة (١١٠) تصور وافترض قيام التنازع على سبيل الخطأ في تطبيق القانون وتأويله، ولم تصدر أحكام يتحقق معها التنازع السلبي أو الإيجابي حتى تستنهض المحكمة الدستورية ولايتها، إذن فمجال تطبيق نص الفقرة الثانية من المادة (١١٠) مرافعات يتحقق قبل صدور أحكام من جهتي القضاء يتوافر بشأنها التنازع السلبي

أو الإيجابي، كما أنه لم يحدث بالفعل من تاريخ العمل بنص المادة (١١٠) مرافعات منذ عام ١٩٦٨ وحتى الآن أن أحيلت إلي محاكم مجلس الدولة منازعة تجارية أو جنائية أو أحوال شخصية، وإنما انحصر الأمر في مجال بعض المنازعات المدنية وحدها التي يحدث شأنها خلاف في تكييف مدي كونها من المنازعات الإدارية التي تتولاها محاكم مجلس الدولة طبقاً لنصوص الدستور، وأحكام قانون مجلس الدولة، الأمر الذي يكون معه هذا الحكم هو تطبيق صحيح للقانون لا لتعطيله، واستهدافاً لحسن سير العدالة، ويتحقق به ومعه الأمن القضائي للمتقاضين.

٦- حسمت دائرة توحيد بالمحكمة الإدارية العليا الخلاف حول القانون الواجب التطبيق عند خلو النظام التأديبي من نص (٦٣).

وكانت المسألة محل الخلاف بين دوائر المحكمة الإدارية العليا تتعلق بمدي جواز وقف الطعون المقامة من هيئة النيابة الإدارية طعناً في الأحكام الصادرة عن المحاكم في دعاوي التأديبية المقامة منها جزائياً إذا تقاعست عن تنفيذ ما كلفتها به المحكمة من اعلان المطعون ضده بتقرير الطعن.

ويرى الاتجاه الأول: أن قانون الإجراءات الجنائية هو القانون الأصل الذي يتعين الالتجاء إليه في حالة عدم وجود النص، وذلك بالنظر إلي التشابه الكبير بين الدعويين الجنائية والدعوي التأديبية، وأنه لا يمكن الاستناد إلي قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية في كل مل لم يرد بشأنه نص خاص في مجال التأديب؛ لأن الإجراءات المدنية وضعت لمصلحة خاصة، أما إجراءات المحاكمة التأديبية وهي أقرب إلي المحاكمة الجنائية فقد نظمت لمصلحة عامة وروعي فيها سير المرفق العام، وأن المحاكمة التأديبية أقرب إلي المحاكمة الجنائية؛ لأن القانون التأديبي ينتمي إلي أسرة قانون العقوبات، ومن ثم يتعين الرجوع إلي قانون الإجراءات الجنائية بصورة تلقائية في كل ما لم يرد بشأنه نص خاص.

أما الاتجاه الثاني: فيرى أن القاضي التأديبي له أن يرجع إلي كل من القانونيين (قانون المرافعات الإدارية والإجراءات الجنائية) في كل حالة يري فيها أن الحكم الوارد بهما ينسجم مع طبيعة النظام التأديبي وأهدافه، وله ألا يتقيد بأي منهما إذا وجد أن الحكم المقرر بهما لا يستقيم مع النظام التأديبي

(٦٣) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعنين رقمي ٥٣٤٥ و٥٥٦٩ لسنة ٢٠١٤/٧/٥ ق عليا بجلسة ٢٠١٤/٧/٥.

وكان منطقياً أن ترجح الدائرة الاتجاه القائم على سريان نص المادة (٩٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على الطعون المقامة أمام المحكمة الإدارية العليا، وافتتحت المحكمة حيثيات حكمها بالتذكرة بأنه "ولئن كانت المحكمة التأديبية أقرب إلى المحاكمة الجنائية وأنه يتعين الرجوع إلى قانون الإجراءات الجنائية في كل حالة يري القاضي التأديبي أن الحكم الوارد به ينسجم مع طبيعة النظام التأديبي وأهدافه، وأن قانون المرافعات يعتبر قانوناً عاماً بالنسبة لقانون الإجراءات الجنائية.

ومن ثم فإنه يتعين الرجوع إليه لسد ما يوجد في القانون الأخير من نقص أو للإعانة على تنفيذ القواعد المنصوص عليها فيه، شريطة أن يكون الحكم الوارد في قانون المرافعات ينسجم مع النظام التأديبي وأهدافه "واستطردت المحكمة" أن المشرع وضع القوانين الإجرائية لخدمة العدالة، وحتى ترسم على هديها إجراءات التقاضي، ويلتزم بها الخصوم ويحترمها القضاة، وهو في هذا السبيل قد راعي التسوية بين جهات الإدارة وسلطة الاتهام وجميع المواطنين أياً كانت طيبة منازعاتهم أو نوعها.

وخلصت المحكمة في الختام إلي القول بأن المشرع في المادة (٩٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية قد خول المحكمة الحكم في أن تحكم بوقف نظر المحكمة لمدة لا تتجاوز شهراً متي تخلف أحد الخصوم عن القيام بأي إجراء من إجراءات المرافعات كلفته به وحددته له المحكمة وأوجب عليها الحكم باعتبار الدعوي كأن لم تكن إذا لم يمثل صاحب الشأن لتنفيذ ما لأمرته به المحكمة، وكانت الحكمة التي تغياها المشرع من كل هذه الإجراءات هي الحرص علي تعجيل الفصل في الدعاوي، فإن هذه الحكمة تظل واجبة النفاذ علي الطعون تحقيقاً لسرعة الفصل فيها، ومن ثم فإنه لا يوجد ما يحول دون محكمة الطعن وتطبيق المادة (٩٩) بجميع أقطارها إعمالاً لنص المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات التي تنص علي أن: "تسري علي قضايا الطعون أمام محكمة النقض القواعد والإجراءات الخاصة بنظام الجلسات، كما تسري عليها القواعد الخاصة بالأحكام.....".

وقد يدرك القارئ ما رجحته دائرة توحيد المبادئ في هذا الشأن استناداً إلى أن قانون مجلس الدولة المصري الذي يحيل إلى أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما لم يرد فيه نص إجرائي في قانون مجلس الدولة، ومن ثم لا يقوم قانون الإجراءات الجنائية بوصفه قانوناً عاماً لدى محاكم مجلس الدولة، وإنما ما يقوم بهذا الوصف هو قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وفى النهاية يتعين الملاحظة أن المسألة ليست مسألة ترجيح فكري محض بين وجهتي نظر إحداهما تذهب إلى حاكمية المجال المدني على نظام تأديب العاملين، والأخرى تذهب إلى حاكمية المجال الجنائي، فنظام التأديب بين المجالين المدني والجنائي كبندول الساعة، وأنه حيثما ترجح في أوضاع المجتمع المشروعات الخاصة يمل البندول نحو المجال المدني، وحيثما ترجح المشروعات العامة ويزداد دور الدولة ينجذب البندول نحو المجال الجنائي، هكذا كانت حركته عبر القرنين الماضيين^(٦٤).

المبحث الثاني

دور محكمة النقض في تحقيق الأمن القضائي وأهم تطبيقاتها

تمهيد وتقسيم:

من المقرر أن احترام حجية الأحكام تعلق على ما عداها من اعتبارات النظام العام، إذ إن المشرع اعتبر أن تناقض الأحكام هو الخطر الأكبر الذي يعصف بالعدالة ويمحق الثقة العامة في القضاء، فبات على المحاكم وفى مقدمتها محكمة النقض عند الفصل في الطعن المطروح عليها ألا تعارض حكماً قد صار باتاً قبل صدور حكمها حتى ولو لم يكن كذلك وقت رفع الطعن^(٦٥)؛ ولأن محكمة النقض لم تنشأ إلا لتوحيد وتفسير القانون وتوحيد تطبيقه فهذا لا يتأتى إلا إذا كُفّل لمبادئها الثبات والاستقرار، ولهذا كان عدول محكمة النقض عن مبادئها ولا يزال هو الاستثناء .

وسوف نتناول موضوع هذا البحث في مطلبين وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: دور محكمة النقض في تحقيق الأمن القضائي.

المطلب الثاني: أهم تطبيقات محكمة النقض بشأن تحقيق الأمن القضائي.

^(٦٤) المستشار. طارق البشري: نظام التأديب بين العقاب الجنائي والمسئولية المدنية، مجلة مجلس الدولة،

السنة التاسعة والعشرون، ٢٠٠٣، ص ١٥ وما بعدها.

^(٦٥) راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ٥٣١٧ لسنة ٩١ قضائية جلسة ٢٨/١٢/٢٠٢١.

المطلب الأول

دور محكمة النقض في تحقيق الأمن القضائي

لما كان الأمن القضائي يعتبر إحدى الوظائف الأساسية للدولة، لما له من دور فعال في حماية الحقوق واستقرارها، فهذا لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال محكمة النقض لما لها من مكانة هامة ومحورية في ترسيخ وحدة النظام القانوني في الدولة والحفاظ على مقوماتها، بما لها من سلطة قضائية مستقلة بكل ما تحمله هذه الكلمة من معان ودلالات، وهدفها الوحيد هو خدمة المواطن وحماية حقوقه وحياته وأمنه القضائي والتطبيق العادل للقانون لتحقيق الاستقرار القضائي^(٦٦).

لأجل هذا تلعب محكمة النقض سواء في فرنسا^(٦٧) أو مصر^(٦٨) دوراً هاماً في توجيه المحاكم نحو الثبات والاستقرار؛ عن طريق ارساء واستخلاص القواعد القضائية من خلال توحيد القضاء واستقراره على مبادئ معينة، وتختلف المحاكم أحياناً في تطبيق القانون وتتباين الأحكام بصدد أمر معين فيعرض النزاع على محكمة النقض لتقول كلمتها بشأنه، وقد يتم الطعن على حكم معين فتؤيده محكمة النقض أو تنقضه، وغالباً ما ترسي في كل هذه الأحوال مبادئ معينة تقوم المحاكم عادة بالسير على هذه المبادئ نظراً للمكانة الأدبية لمحكمة النقض من جهة، وخشية تعرض الحكم المخالف للنقض من جهة أخرى، ويتوحد بذلك اتجاه القضاء أمام المسائل المتشابهة، وتبدأ القاعدة القضائية في الاستقرار بمجرد اقرارها من محكمة النقض وتقرر بأن الحكم المطعون فيه اذا أقال قضاءه على ما

^(٦٦) د. ضياء الدين المختار ابراهيم خماج: المرجع السابق، ص. ٣٩٥ وما بعدها.

^(٦٧) Mabrouk Cheikh-Najib : L'unification de la jurisprudence par la Cour de cassation : du droit au fait, du fait au droit èd.1994. Et voir aussi , Audrey BERGAMINI : Cour de cassation, <https://www.litige.fr/> . et Le rôle de la Cour de cassation dans l'unification du droit français - publié le 05/04/2022, <https://www.doc-du-juriste.com/> . Et Art.411-1 à 461-2 de la Code de l'organisation judiciaire.

^(٦٨) د. خيرى عبد الفتاح السيد البتانوى: بحث بعنوان النقض الاستثنائي محكمة النقض كمحكمة تنازع أحكام مدنية لمخالفة الحجية - مجلة كلية الحقوق جامعة الإسكندرية المجلد ٢٠١٩، العدد ١، يوليو ٢٠١٩، ص. ١٣٤٩ وما بعدها. واجع أيضا د. سحر عبد الستار أمام: بحث بعنوان آليات تدعيم دور محكمة النقض الفرنسية في تحقيق العدالة - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق جامعة عين شمس - العدد الأول لسنة ٥٥ يناير ٢٠١٣، ص. ٥٠ وما بعدها.

يخالف الرأي الذي استقر عليه قضاء النقض، فانه يتعين نقضه لأنه يكون قد خالف القانون^(٦٩).

وتقوم محكمة النقض بكل هذه المهام المناطة بها بموجب وظيفتها القضائية في النظام القانوني، التي تمنحها حق الاجتهاد القضائي المطور، وفي حدود هذه السلطة، وفقاً لضوابط ومعايير محددة، لتطوير روح النصوص القانونية الجامد، والبحث عن التأويل والتفسير الذي يجمع ما بين روح النص ومبادئ العدالة والإنصاف والخروج عن الصياغة الواردة في النص، لملامسة قصد المشرع، وتأصيل هذا الاجتهاد القضائي ليشكل سندا قويا لمكافحة الجريمة، وحماية مبادئ العدالة والإنصاف، وكل ذلك يحقق في مجمله اهداف وغايات السياسة الجنائية الحديثة للدولة، وفقاً لمبادئ العدالة الجنائية الثابتة والمتغيرة، وبالتالي يتحقق الامن والاستقرار القضائي والقانوني داخل الدولة، ويتحقق مبدأ سيادة القانون، والموازنة بين الحقوق الحريات، وتكفل نظام قانوني متوازن للعقوبة يضمن التكافؤ بين الجريمة وحجم الأضرار، وبكفالتها لكل ذلك سيتحقق وعلى المدى الطويل التطوير الهادي والمتزن للسياسة الجنائية في الدولة، وتكون محكمة النقض بذلك هي أحد أهم أدوات السياسة الجنائية التي نتوصل عن طريقها لحماية المصالح الاجتماعية والحقوق، وصونها مما يهددها من انتهاكات أو عدوان قد ينال منها، وتكون مبادئها القانونية، واجتهادها القضائي في جميع مجالات القانون، وفي اطار القانوني الجنائي خاصة مرآة صادقة تعكس هذه السياسة، ومدى نجاحها طبقاً لمبادئ المشروعية وقيم ومبادئ حقوق الإنسان^(٧٠).

وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض حينما قضت بأن^(٧١): "المقرر في قضاء محكمة النقض أن تفسير النصوص القانونية المراد تطبيقها على واقعة الدعوى المطروحة على

(٦٩) د. مصطفى المتولي قنديل: بحث بعنوان نحو دور جديد لمحكمة النقض كدرجة من درجات التقاضي - مجلة الشريعة والقانون - كلية القانون - جامعة الامارات العربية - العدد الحادي والستون يناير ٢٠١٥ لسنة ٢٩، ص ١٤٥ وما بعدها. وراجع أيضاً الأستاذة / مروة أبو العلا: مقال بعنوان دور محكمة النقض المصرية في ارساء القواعد القضائية، <https://www.mohamah.net> . وراجع أيضاً القاضي / سامح محمد حافظ: بحث بعنوان مدى ملاءمة تطبيق نظام أخذ الرأي الفرنسي أمام محكمة النقض المصرية - المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع - العدد (١) لسنة ٢٠٢٠، ص ٩٣.

<https://ijdl.journals.ekb.eg>

(٧٠) د. ضياء الدين المختار ابراهيم خماس: المرجع السابق، ص ١٨٩ وما بعدها.

(٧١) راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ٨١٤ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٥/٢/٢٠١٤.

المحكمة هو من صميم عملها وأولى واجباتها للوصول إلى معرفة حكم القانون فيما هو معروض عليها، وأن أعمال التفسير اللغوي أو اللفظي للنص باستنباط المعنى الذي أراده الشارع من الألفاظ والعبارات التي يتكون منها النص سواء من عبارته أو إشارته أو دلالاته فإذا تعذر على القاضي الوقوف على قصد المشرع عن طريق التفسير اللغوي فقد تعينه على الكشف عن هذا القصد عناصر خارجية أي غير مستمدة من الدلالات المختلفة للنص كالأعمال التحضيرية والمصادر التاريخية والحكمة من النص والجمع بين النصوص، وكانت النصوص التشريعية وفقاً لحكم المادة الأولى من التقنين المدني تسري على جميع المسائل التي تناولها في لفظها وفحواها، وأن فحوى اللفظ لغة يشمل إشارته ومفهومه واقتضائه والمراد بمفهوم النص هو دلالاته على شيء لم يذكر في عبارته وإنما يفهم من روحه، فإذا كانت عبارة النص تدل على حكم واقعة يفهم من روحه، فإذا كانت عبارة النص تدل على حكم واقعة اقتضته، وجدت واقعة أخرى مساوية لها في علة الحكم أو أولى منها، بحيث يمكن فهم المساواة أو الأولوية بمجرد فهم اللغة من غير حاجة إلى اجتهاد أو رأي، فإنه يفهم من ذلك أن النص الذي يتناول الواقعتين وأن حكمه يثبت لهما لتوافقهما سواء كان مساوياً أو أولى، ويسمى مفهوم الموافقة أو المفهوم من باب أولى، فالتفسير يجب أن يتوخى الكشف عن المعنى أو المعاني التي ينطوي عليها النص اختياراً لحل الأقرب إلى تحقيق العدالة باعتباره الحل المناسب الذي أوجب القانون إعماله، خاضعاً لرقابة محكمة النقض وهي تضطلع بمهمتها في توحيد فهم القانون".

وبموجب نص المادة (٤) من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ فإنه يجوز لمحكمة النقض العدول عن مبدأ قانوني سبق لها أن أقرته حتى تتمكن من تطويع أحكامها لظروف المجتمع المتغيرة ومستحدثات الفكر القانوني، إلا أنه أمام خطورة هذا العدول فإنه لا بد وأن يصدر من الهيئة المختصة بالمحكمة بأغلبية سبعة أعضاء على الأقل إذا تعلق الأمر بعدول إحدى الدوائر عن مبدأ قانوني قرره في أحكام سابقة، أما إذا كنا بصدد عدول عن مبدأ سابق صادر عن دوائر أخرى تعين موافقة الهيئتين مجتمعتين بأغلبية إحدى عشر عضواً^(٧٢).

^(٧٢) راجع نص المادة (٤) من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ والتي يجري نصها على النحو التالي: "تشكل الجمعية العامة لمحكمة النقض من هيئتين بالمحكمة كل منها من أحد عشر قاضياً برئاسة رئيس المحكمة أو أحد نوابه إحداهما للمواد الجنائية والثانية للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية وغيرها.

والمستفاد مما ورد في هذه المادة سيما ما تعلق منها بتشكيل الهيئة الواحدة فقرة/٢؛ هو أنه كلما رأيت العدول عن مبدأ قررته أحكام سابقة أصدرت حكمها بالعدول بأغلبية سبعة أعضاء بالنسبة للهيئة ولم تلزم تلك الهيئة بعد الفصل في مسألة العدول بالفصل في موضوع الطعن وجوباً إذ إن العدول هو الذي يلزم له الأغلبية المشار إليها فيها دون الحكم في الطعن نفسه الذي يكفي فيه بعد ذلك الأغلبية العادية المقررة لإصدار الأحكام. لما كان ذلك، فإن الهيئة بعد الفصل في المسألة المعروضة تُعيد الطعن - وهو مرفوع للمرة الأولى - إلى الدائرة التي أحواله إليها للفصل فيه طبقاً لأحكام القانون، وهذا ما أكدته محكمة النقض حينما قضت بأن^(٧٣): "... يجب على تلك المحاكم الالتزام بالمبادئ القانونية المستقرة المقررة في قضاء محكمة النقض، فإذا رأيت العدول عن مبدأ قانونياً مستقر قررته محكمة النقض وجب عليها أن تحيل الدعوى مشفوعة بالأسباب التي ارتأت من أجلها ذلك العدول إلى رئيس محكمة النقض لإعمال ما تقضى به المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية، فإذا قضت تلك المحاكم في الطعن دون الالتزام بأحكام الفقرة السابقة فللنائب العام وحده سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ذوى الشأن أن يطلب من محكمة النقض عرض الأمر على الهيئة العامة للمواد الجنائية للنظر في هذا الحكم، فإذا تبين للهيئة مخالفة الحكم لمبدأ قانونياً من المبادئ المستقرة التي قررتها محكمة النقض ألغته وحكمت مجدداً في الطعن".

وإمعاناً من المشرع الفرنسي لأهمية دور محكمة النقض ورغبة منه في تعزيز تحقيق الأمن القضائي فقد حظر المشرع بموجب نص المادة الخامسة من القانون المدني على القضاة إصدار أحكام عامة وتنظيمية بشأن الأسباب المعروضة عليهم . "لذلك لا يمكن لحكم القاضي أن يبيت في مصير مسألة قانونية في المستقبل ولا ينطبق إلا من حيث المبدأ على القضية التي يُنظر فيها .ولكن على الرغم من كل شيء، فإن دور السلطات

وإذا رأيت إحدى دوائر المحكمة العدول عن مبدأ قانونياً قررته أحكام سابقة أحوالت الدعوى إلى الهيئة المختصة بالمحكمة للفصل فيها وتصدر الهيئة أحكامها بالعدول بأغلبية سبعة أعضاء على الأقل. وإذا رأيت إحدى الدوائر العدول عن مبدأ قانونياً قررته أحكام سابقة صادرة من دوائر أخرى أحوالت الدعوى إلى الهيئتين مجتمعتين للفصل فيها، وتصدر الأحكام في هذه بأغلبية أربعة عشر عضواً على الأقل".
(٧٣) راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ٢ لسنة ٢٠١٠ ق جلسة ٢٠١٢/٣/١٩. أحكام النقض - المكتب الفني - جنائي - س ٥٥ ص ١٧.

العليا هو توحيد الفقه من أجل تجنب التفاوت في الأحكام والأحكام الصادرة عن الولايات القضائية الأدنى في مسألة معينة (٧٤).

ولضمان تفسير موحد لقواعد القانون من قبل محكمة النقض الفرنسية فقد نص المشرع الفرنسي على الآتي:

١- أجاز للمحاكم الابتدائية بقرار غير قابل للاستئناف بموجب نص المادة (١٠٣١-١) من قانون المرافعات المدنية (٧٥) والمادة (٤٤١-١) من القانون. التنظيم القضائي الذي أدخله قانون ١٥ مايو ١٩٩١ والمعدل بقانون ٨ أغسطس ٢٠١٦ (٧٦) قبل الفصل في مسألة قانونية جديدة، تنطوي على صعوبة خطيرة وتتشأ في العديد من النزاعات، أن تطلب رأي محكمة النقض، قد يتعلق الرأي، الذي كان حتى الآن يتعلق فقط بالنصوص القانونية أو التنظيمية، بتفسير اتفاقية جماعية أو اتفاقية عمل جماعية. هذه الآراء ليست ملزمة.

والهدف من ذلك هو تعزيز التوحيد السريع للسوابق القضائية في ظل وجود قانون جديد، وبالتالي تجنب تكاثر القرارات المتناقضة عندما يبدأ النزاع، واشترط المشرع لطلب الرأي أن يكون هناك دعوى منظورة أمام محكمة الموضوع - وأن يكون محل طلب

(74) Art.5 de la Code civil " Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ".

(75) Art.1031-1 de la Code de procédure civile" Lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine d'irrecevabilité. Il recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point.

Dès réception des observations ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet. Il sursoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 1031-3.

La saisine pour avis ne fait pas obstacle à ce que le juge ordonne des mesures d'urgence ou conservatoires

Nécessaires. "

(76) Art.441-1 de la Code de l'organisation judiciaire, Modifié par LOI n°2016-1088 du 8 août 2016 - art. 24 " Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation.

Elles peuvent, dans les mêmes conditions, solliciter l'avis de la commission paritaire mentionnée à l'article L. 2232-9 du code du travail ou de la Cour de cassation avant de statuer sur l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges. . "

الرأي مسألة قانونية - تتسم المسألة بالحدثة - وأن تثير المسألة القانونية منازعات وصعوبات في التطبيق - أن تكون المسألة محل طلب أخذ الرأي المختلف في تفسيرها مثارة في منازعات عديدة، وقد اثبتت الإحصائيات أن عدد الطعون بالنقض قد انتقص إلى ما يزيد عن النصف بسبب نظام استطلاع الرأي القانوني من محكمة النقض وما ترتب عليه من معرفة الخصوم للرأي القانوني في الدعوى المنظورة، فضلا عما ترتب من نشر الرأي القانوني لباقي المحاكم للاقتضاء به⁽⁷⁷⁾.

٢- الزم المشرع محكمة النقض بموجب نص المادة (١١١-١٠) من قانون تنظيم القضاء إتاحة قرارات المحكمة الصادرة عن المحاكم للجمهور، في شكل إلكتروني، وفقاً للشروط المحددة في المادة يتم إتاحة القرارات للجمهور في غضون ستة أشهر من إتاحتها في قلم المحكمة، وتعتبر القرارات المذكورة في المادة (١١١-١٠) قرارات علنية ومتاحة لأي شخص دون إذن مسبق⁽⁷⁸⁾.

ولتوحيد السوابق القضائية لتجنب التباين في الأحكام والأحكام في مسألة عينة توفر محكمة النقض المجالات والمجموعات التي يتم تحديثها دورياً إمكانية الوصول إلى الأحكام والأحكام المنشورة، وتصدر دائرة التوثيق والدراسات لديها نشرتين إعلاميتين شهرياً وتجمعان كافة الأحكام التي تعتبر جديرة بالنشر، في أغلب الأحيان بشكل موجز، ولكن أهمها تنشر كاملة ويتبعها التقرير، مستشار المقرر واستنتاجات المحامي العام، كما تصدر محكمة التمييز نشرة تظهر فيها الأحكام المنشورة كاملة.

ومع ذلك يمكن إتاحة القرار الذي يخضع إبلاغه لأطراف ثالثة لإذن مسبق للجمهور عندما يكون ذا أهمية خاصة عند صدوره من قبل محكمة الموضوع، يبلغ القرار إلى محكمة النقض من قبل رئيس المحكمة وفقاً للشروط التي يحددها قرار من وزير العدل، وعندما ينص القانون أو اللائحة على أنه لا يمكن منح تسليم نسخة إلا بعد إخفاء كل أو جزء من أسباب القرار، فإن هذا الأخير يكون متاحاً للجمهور بموجب نفس الشروط.

(77) Bruno Pireyre : L'Harmonisation de la jurisprudence et de la pratique judiciaire, 29/09/2017, <https://www.courdecassation.fr/>.

(78) Art.111-10 Code de l'organisation judiciaire " La Cour de cassation est responsable de la mise à la disposition du public, sous forme électronique, des décisions de justice rendues par les juridictions judiciaires, dans les conditions définies à l'article L. 111-13 ainsi qu'au présent chapitre et à l'article R. 433-3. Les décisions sont mises à la disposition du public dans un délai de six mois à compter de leur mise à disposition au greffe de la juridiction ".

عندما ينص القانون أو اللائحة على أن مقتطفًا من القرار فقط متاحًا للعامّة أو متاحًا لأي شخص دون إذن مسبق، ويتم إتاحة هذا المقتطف فقط للجمهور^(٧٩).

وذلك لأن نشر الاجتهاد القضائي يؤدي إلى تكريس الحق في الاعلام وبه يصل العلم بالاجتهاد القضائي إلى العاملين في القطاع القضائي ولجميع الناس الامر الذي يؤدي إلى تقليل اختلاف تفسير القانون من قبل القضاة، وبالتالي يعزز نشر الاجتهاد القضائي الثقة بالنظام القضائي، ويضمن الشفافية، لذا يجب تغيير فكرة الحق في النشر من مبدأ إلى ممارسة يمر عبر تغيير عميق في ثقافة المرفق العام، فالنشر لا يتضمن أي مساس بعمل السلطة القضائية، أو بحياة المتقاضين الخاصة، فكل عمل يقوم به القاضي هو اجتهاد منه حتى لو انطوى على أخطاء فادحة في تطبيق أو تفسير أو إنشاء القاعدة القانونية، هذا ويجب إعلام المتقاضين أنّ عملية النشر لا تمس أبدا بحياتهم الخاصة.

٣- حرصا من المشرع الفرنسي على تجنب اصدار أحكام متعارضة فقد أجاز بموجب نص المادة (٤٣١-٦) من قانون التنظيم القضائي عندما تثير قضية ما سؤالاً من حيث المبدأ، لا سيما إذا كانت هناك حلول متباينة إما بين القضاة بشأن الأسس الموضوعية، أو بين القضاة بشأن الأسس الموضوعية ومحكمة النقض الإحالة إلى الجمعية العامة ويجوز الأمر بالإحالة إلى الجمعية العامة عندما تثير القضية مسألة مبدأ، لا سيما إذا كانت هناك حلول متباينة إما بين قضاة المحاكمة أو بين قضاة المحاكمة ومحكمة النقض^(٨٠).

(79) Art.111-11 Code de l'organisation judiciaire "Les décisions mentionnées à l'article R. 111-10 sont les décisions rendues publiquement et accessibles à toute personne sans autorisation préalable.

Toutefois, une décision dont la communication à des tiers est soumise à autorisation préalable peut être mise à la disposition du public lorsqu'elle présente un intérêt particulier. Lorsqu'elle est rendue par une juridiction du fond, la décision est communiquée à la Cour de cassation par le président de la juridiction dans les conditions fixées par un arrêté du ministre de la justice. Lorsque la loi ou le règlement prévoit que la délivrance d'une copie peut n'être accordée qu'après occultation de tout ou partie des motifs de la décision, celle-ci est mise à la disposition du public dans les mêmes conditions. Lorsque la loi ou le règlement prévoit que seul un extrait de la décision est public ou accessible à toute personne sans autorisation préalable, seul cet extrait est mis à la disposition du public."

(80) Art.431-6de la Code de l'organisation judiciaire "Le renvoi devant l'assemblée plénière peut être ordonné lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment s'il existe des solutions divergentes soit entre les juges du fond, soit

رأي الباحث:

يتضح لنا مما سبق أن الاجتهاد القضائي قد يشكل خطرا على الأمن القضائي لذا لابد من وضع آليات أساسية لتكريس الأمن القضائي بشكل فعلي مثلما فعل المشرع الفرنسي، ويجب على المشرع إذا ما لاحظ خلافا حول تأويل نص قانوني معين أن يتجنب الآثار السلبية من خلال إصدار تشريع تفسيري أو تشريع جديد يضع حدا لتضارب الاجتهاد القضائي بشأن القاعدة التي تكون محل خلاف نتيجة الفراغ التشريعي. كما نناشد المشرع بإلزام محكمة النقض بنشر مبادئها ليس فقط في المجالات المتخصصة لذلك وإنما عبر وسائل النشر السريعة والحديثة عن طريق شبكة الانترنت كنشر أقرص مدمجة للاجتهاد القضائي لمحكمة النقض عبر موقعها الإلكتروني والمواقع القانونية المتخصصة أو إنشاء موقع متخصص لذلك على غرار موقع Légifrance الموجود في فرنسا؛ لا سيما تلك المتعلقة بالاجتهادات المهمة على الأقل التي تسد نقضا تشريعيًا أو تملأ فراغا قانونيا أو تلجأ إلى تفاسير مخالفة لظاهر النص بداعي الأمن القانوني أو روح العدالة والإنصاف أو غيرها من المبادئ السامية التي تحكم قواعد التفسير، تساهم في نشر الفكر القانوني واستقرار مبادئ النقض وتوحيد الإجراءات والعمل القضائي في المحاكم وضمان وحدة مبادئ النقض داخل المحكمة الواحدة، وتساهم في استقرار العمل القضائي لمحاكم الموضوع، كما يحقق اطمئنانا في نفوس المتقاضين ويخلق ثقة لدى دفاع الأطراف بسبب استقرار العمل القضائي للمحاكم وهو ما يعطي انطباعا إيجابيا عن أداء مرفق العدالة، حتى يحقق الفائدة المرجوة منه إضافة إلى أنها تمكن المتقاضين من توقع نتيجة الأحكام المنتظر صدورها في النزاعات التي تهمهم، مما يساهم في تحقيق الأمن القضائي، وأنها تسهل عملية توحيد الاجتهاد بين المحاكم، لأنه يسمح للمحاكم الأدنى بالتعرف على اتجاه محكمة النقض في نقطة قانونية معينة، مما يقلص من عدد الأحكام المنقوضة، ويقلل في الأمد البعيد من عدد الطعون إذا أدرك أطراف الدعوى أن اجتهاد محكمة النقض هو ما ستحكم على أساسه محكمة الموضوع، وأنها تقلل من عدد النزاعات إذا اتضح للأطراف أن هناك استقرارا للقضاء على اجتهاد سابق، فإنها ستعمل به لتلافي التقاضي في المستقبل، أخيرا أنها ستكون مرجعا من

entre les juges du fond et la Cour de cassation ; il doit l'être lorsque, après cassation d'un premier arrêt ou jugement, la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens " .

المراجع وبطاقة تعريف لنوعية القضاء في الدولة وما يشتمل عليه من اجتهاد في الرأي وما له من دور وابتكار في تكوين القضاة الجدد، وتزداد أهمية نشر مبادئ النقض إذا تأتى التعليق على هذه الأحكام والمبادئ من الجهات التي أصدرتها أو من طرف قضاة أو محامين أو فقهاء في القانون ممن يمتلكون المفاتيح الفقهية والعلمية للقيام بمثل هذه التعليقات وهو ما يتطلب وقفة عند وسائل النشر وطبيعة الأحكام المنشورة هذا بإيجاز . وللأهمية البالغة التي تكتسيها عملية نشر الاجتهاد القضائي لا بد أن تكون مطبوعة بمعايير محددة تجعلها تؤدي الغرض المنشود منها، فلا بد أن تكون دورية وبدون انقطاع من أجل معرفة كل المستجدات والتطورات في مجال الاجتهاد القضائي، كما يجب أن يكون النص المنشور في حد ذاته كاملا ولا يشوبه أي غموض من خلال حذف أو إنقاص لمحتوى الأحكام القضائية موضوع النشر وذلك لكي يتمكن رجال القانون من استخلاص المعنى الحقيقي لها.

أما عدم نشر الاجتهادات القضائية على النحو السالف ذكره يفرغها من كل قيمة عملية إذا ظلت مغمورة بأرشف المحكمة، بحيث يمكن أن يؤدي ذلك إلى تضارب في تطبيق مبادئ النقض بين المحاكم وأحيانا داخل المحكمة الواحدة، وهذا مؤداه زعزعة ثقة المتقاضين في السلطة القضائية؛ وبالتالي عدم تحقق الأمن القضائي.

المطلب الثاني

أهم تطبيقات محكمة النقض بشأن تحقق الأمن القضائي

١- حسمت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومواد الاحوال الشخصية وغيرها بالأغلبية المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المعدل الخلاف الدائر بشأن القضاء المختص بنظر المنازعات المتعلقة بطلب استرداد رسوم الخدمات الجمركية المسددة بغير حق عند الافراج عن البضائع^(٨١).

(٨١) راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ١١٩٩٩ لسنة ٨٩ ق جلسة ٢٨/١٢/٢٠٢٠.

وإذ كان لمحكمة النقض اتجاهين في هذا الشأن:

الاتجاه الأول: يذهب إلى أن المنازعة المتعلقة بطلب استرداد رسوم الخدمات الجمركية المسددة بغير حق عند الإفراج عن البضائع تعد منازعة إدارية بطبيعتها التزاما بالحجية المطلقة لحكمي المحكمة الدستورية العليا الصادرين في الدعويين رقمي ٢٤ لسنة ٣٩ ق تتنازع ٣ لسنة ٣٨ ق تتنازع بتاريخ جلستي ٢٠١٩/٣/٢ و ٢٠١٩/٧/٦.

الاتجاه الثاني: يذهب إلى أن المنازعة بشأن رد رسوم الخدمات المحصلة استناداً على نص المادة ١١١ من قانون الجمارك هي منازعة ذات طبيعة مدنية محضة يختص بها القضاء العادي صاحب الولاية العامة.

وإزاء هذا الاختلاف قررت الدائرة التجارية والاقتصادية المختصة إحالة الطعن إلى الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال وغيرها عملاً بالفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المعدل للفصل في هذا الاختلاف والتي رجحت الاتجاه الثاني، وجاء في حيثيات حكمها ما يلي: أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات المدنية والتجارية وكافة المنازعات التي لم تخرج عن دائرة اختصاصه بنص خاص، وأن أي قيد يضعه المشرع للحد من هذه الولاية - ولا يخالف به أحكام الدستور - يعتبر استثناءً وارداً على أصل عام، ومن ثم يجب عدم التوسع في تفسيره ولازم ذلك أنه إذا لم يوجد نص في الدستور أو القانون يجعل الاختصاص بالفصل في النزاع لجهة أخرى غير المحاكم فإن الاختصاص بالفصل فيه يكون باقياً للقضاء العادي على أصل ولايته العامة.

ولما كان مفاد النص في المادتين (١٨١ و ١٨٢) من القانون المدني وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن المشرع أورد حالتين يجوز فيهما للموفا أن يسترد ما أوفاه أولاًهما الوفاء بدين غير مستحق أصلاً وهو وفاء غير صحيح بدين غير مستحق الأداء، وفي هذه الحالة يلزم المدفوع له بالرد إلا إذا نسب إلى الدافع نية القيام بتبرع أو أي تصرف قانوني آخر، وثانيتها أن يتم الوفاء صحيحاً بدين مستحق الأداء ثم يزول السبب الذي كان مصدراً لهذا الالتزام، ولا يتصور في هذه الحالة أن يكون طالب الرد عالماً وقت الوفاء بأنه غير ملتزم بما أوفى؛ لأنه كان ملتزماً به قانوناً وسواء تم الوفاء اختياراً أو جباً فإن الالتزام بالرد يقوم بمجرد زوال السبب، وكانت المطالبة بالرد عن طريق دعوى رد غير المستحق وهي إحدى تطبيقات دعوى الإثراء بلا سبب إذ بزوال

سبب الوفاء يبطل الوفاء كعمل قانوني ولا يبقى قائماً إلا كواقعة مادية وهي الواقعة التي يترتب عليها إثراء المدفوع له وافتقار الدافع ، كما أنها هي ذاتها التي ينشأ عنها الالتزام برد ما دُفع بغير حق وهذه الدعوى ذات طبيعة مدنية محضة ويختص بها القضاء العادي، ولا يغير من طبيعتها تلك أن يكون قد لابسها عنصر إداري أضفى عليها شكل المنازعة الإدارية، وأن يكون هذا العنصر هو سبب الالتزام قبل زواله، ذلك أن هذا السبب بمجرد لا يغير من الطبيعة الموضوعية لدعوى رد غير المستحق وهي الطبيعة المدنية المحضة إذ أنه لا عبرة بسبب الوفاء آيا كان طالما أن دعوى رد غير المستحق لا تقوم على هذا السبب ولا على الوفاء المترتب عليه، وإنما تقوم لدى زواله وبطلان الوفاء كعمل قانوني وبقائه كواقعة مادية كما سلف القول، وباعتبار أن هذا هو أساس نشأة الالتزام في دعوى رد غير المستحق دون النظر إلى السبب الذي زال، وهو ما يترتب عليه أن المنازعة الحالة - بطلب استرداد مبالغ مالية دفعت بغير حق استناداً إلى نص قانوني قضى بعدم دستوريته - لا يتصل بقرار إداري ولا يتساند إليه ويدخل بحسب طبيعته المدنية المحضة في نطاق اختصاص القضاء العادي .

ولا ينال من ذلك ما ذهب إليه أحكام الاتجاه الآخر من اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات استرداد رسوم الخدمات الجمركية محل الطعن استناداً إلى ما ورد بأسباب الحكمين الصادرين من المحكمة الدستورية العليا في دعوى التنازع سالفتي البيان، ومن ثبوت الحجية المطلقة لهما ذلك بأن الحجية المطلقة الملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة انما تثبت لأحكام المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير، أما الدعاوى التي ترفع إليها للفصل في مسائل تنازع الاختصاص بين جهات القضاء أو في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادرين من جهتي قضاء فإن دورها فيها وعلى ما جرى به قضاؤها يقتصر على تحديد أي الجهات القضائية المتنازعة هي المختصة بالفصل في النزاع أو أي الحكمين المتناقضين صدر من الجهة التي لها ولاية الحكم في النزاع فيكون أولى بالتنفيذ، وهي بهذه المثابة لا يتوافر لها عينية الأثر، وإن تثبت لها الحجية المطلقة فإنما تثبت في نطاقها أي بين أطرافها فقط ولا تتجاوزهم إلى سواهم.

لما كان ما تقدم وكانت بعض أحكام هذه المحكمة قد ذهبت في قضائها إلى اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بطلب استرداد رسوم الخدمات الجمركية المسدد بغير حق عند الإفراج عن البضائع فقد رأَت الهيئة بالأغلبية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية المشار إليه أنفاً العدول عن هذا الرأي والأحكام التي اعتدت به وإقرار الأحكام التي استقر عليها قضاء هذه المحكمة والتي انتهت إلى أن المنازعة بشأن رد رسوم الخدمات المحصلة استناداً إلى المادة (١١١) من قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ وقرارات وزير المالية المنفذة لها والمقتضي بعدم دستوريته على نحو ما سلف بيانه هي منازعة ذات طبيعة مدنية محضة يختص بها القضاء العادي صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات المدنية والتجارية .

تعقيب الباحث:

الحادث من مطالعة هذا القضاء نجده يكشف عن فروق عميقة في تعريف جديد للمنازعة الإدارية عما كان مستقر عليه في قضاء المحكمة الإدارية العليا منذ انشائها في بالقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥، ومقتضاه توارى الطابع الإداري للمنازعة الإدارية خلف هذه الأحكام ، فقضاء دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية قد أفصح في الحكم الصادر بجلسة ٢٧/٩/٢٠١٤ في الطعن رقم ١٢٨ لسنة ٥٧ ق عليا " بأن العمل المادي الذي تلتزم الإدارة بالقيام به إنفاذاً لإرادة المشرع أو لإرادة الجهة الإدارية ذاتها لا يمكن القول بإطلاق بدخوله أو بعدم دخوله في عداد المنازعات الإدارية التي يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالفصل فيها وفق صريح نص البند (رابع عشر) من المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، إذ يتوقف الأمر على مدى تعلق العمل بمسألة من مسائل القانون العام أو تعلقه بمسألة من مسائل القانون الخاص، فإذا كانت الأولى صارت منازعة إدارية وأصبح مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري هو صاحب الولاية بنظر هذه المنازعات دون غيره، وإذا كانت الثانية غدت بذلك العمل منازعة عادية وأضحى لذلك القضاء العادي صاحب الولاية بالفصل في مثل هذا النزاع، وهو ما كنا نأمل في تطبيقه في هذا الطعن.

٢- حسمت الهيئة العامة بمحكمة النقض الخلاف الدائر بشأن القضاء المختص بنظر المنازعات الجمركية. وأقرت المبدأ الذي يقضي باختصاص القضاء العادي بنظر المنازعات الجمركية^(٨٢).

إذ كان لمحكمة النقض اتجاهين في هذا الشأن:

الاتجاه الأول : يذهب إلى أن المنازعات الجمركية هي منازعات ذات طبيعة مدنية محضة يختص بها القضاء العادي باعتبار أن السلطة القضائية هي سلطة أصلية تستمد وجودها وكيانها من الدستور الذى ناط بها وحدها أمر العدالة مستقلة عن باقي السلطات ولها دون غيرها ولاية القضاء بما يكفل تحقيق العدالة وحق المواطن في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي وبالتالي يكون القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة بنظر كافة النزاعات التي تنشأ بين الأفراد أو بينهم وبين وحدات الدولة إلا ما استثني من ذلك بنص خاص مقررا بنص الدستور أو القانون لجهة أخرى استثناء لعله أو لأخرى.

الاتجاه الثاني: ذهب إلى أن المنازعات الجمركية هي منازعات ذات طبيعة إدارية يختص بنظرها مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري.

وإزاء هذا الاختلاف قررت الدائرة التجارية والاقتصادية المختصة بجلستها المنعقدة بتاريخ ٢٠٢٣/١/١٨ إحالة الطعن إلى الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية وغيرها عملاً بالفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المعدل للفصل في هذا الاختلاف والتي بدورها أقرت المبدأ الذي يقضي بانعقاد الاختصاص بنظر المنازعات الجمركية للقضاء العادي، وجاء في حيثيات حكمها ما يلي: المقرر في قضاء هذه المحكمة أن السلطة القضائية هي سلطة أصلية تستمد وجودها وكيانها من الدستور الذى ناط بها وحدها أمر العدالة مستقلة عن باقي السلطات ولها دون غيرها ولاية القضاء بما يكفل تحقيق العدالة وحق المواطن في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وكان القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات كافة ما لم تكن إدارية أو مستثناه بنص في الدستور أو القانون وأي قيد يضعه المشرع للحد من هذه الولاية ولا يخالف به أحكام الدستور يُعد استثناءً وارداً على أصل عام، ومن ثم يجب عدم التوسع في تفسيره ويتعين الايخروج عن الإطار الذى ورد فيه، ولازم ذلك أنه إذا لم يوجد نص في الدستور أو

^(٨٢) راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ٦٥٠ لسنة ٧٣ ق جلسة ٢٠٢٣/٣/١.

القانون يجعل الاختصاص بالفصل في النزاع لجهة أخرى غير المحاكم العادية فإن الاختصاص بالفصل فيه يكون باقياً للقضاء العادي على أصل ولايته العامة، فليست العبرة بثبوت العلة وإنما بوجود النص .

وأن هذا الأصل العام يجد سنده فيما يتعلق بتحديد جهة القضاء المختص بنظر المنازعات الجمركية ليس فقط من عدم النص على اختصاص القضاء الإداري بها سواء في قانون الجمارك السابق رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ وتعديلاته - والمنطبق على واقعة النزاع - أو القانون الحالي رقم ٢٠٧ لسنة ٢٠٢٠ والذي خلا منهما من نص على اختصاص القضاء الإداري بنظرها وبما يرتب نتيجة مباشرة لذلك هي اختصاص القضاء العادي بها وإنما كذلك من استقراء مسلك المشرع في تنظيمه لكيفية الفصل في هذه المنازعات من زاويتين الأولى بالنظر إلى طبيعتها تلك الطبيعة التي تتجلى من خلال الأحكام الواردة في قانون الجمارك والتي تدور حول التعريفية الجمركية وقواعدها وفئاتها تلك التي تصدر بقرار جمهوري بعد موافقة البرلمان أو باقي الأحكام التي أوردها المشرع ونظمها فيه والمتعلقة بالنظم والاعفاءات الجمركية ومقابل الخدمات وإجراءات بيع البضائع والتي تقوم جهة الإدارة - مصلحة الجمارك - بتطبيقها باعتبارها أعمالاً مادية رتب هذا القانون عليها أثراً هي من إرادة المشرع وليس من الإرادة الذاتية لهذه الجهة وعليه فإن ما تقوم به الأخيرة لا يعد قراراً إدارياً أو منازعة ذات طبيعة إدارية والثانية بالنظر إلى منهج المشرع في تنظيم طرق الفصل فيها والتي تبدأ بالتظلم منها وتنتهي بالتحكيم، وهو تنظيم استقر عليه المشرع في القانون السابق والحالي سالف الإشارة إليهما وقد خلا هذا التنظيم من لجوء المتظلم إلى محكمة القضاء الإداري للنظر في تظلمه أو الطعن عليه أمامها لدى رفض تظلمه وذلك على خلاف ما انتهجه في تنظيم الفصل في المنازعات الضريبية في قانون الضرائب العقارية رقم ١٩٦ لسنة ٢٠٠٨ والقيمة المضافة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٦ والذي نص فيهما على اختصاص القضاء الإداري بنظرها وللذين سبقا قانون الجمارك الأخير رقم ٢٠٧ لسنة ٢٠٢٠ في الصدور بأعوام، وبما يدل على اتجاه إرادته في اسناد الاختصاص بنظر المنازعات الجمركية للقضاء العادي وهذا ما تأكد أخيراً من خلال قضاء المحكمة الدستورية العليا في دعوى منازعة التنفيذ رقم ٤ لسنة ٣٤ ق بجلسة ١٥/١٠/٢٠٢٢ والذي ورد بأسباب حكمها فيها أن قضائها في منازعات التنفيذ ودعاوى التنازع لا تكون له حجية الا بين أطراف تلك الدعاوى فقط ولا تثبت الحجية المطلقة عن الكافة الا لما ورد بأسباب هذا الأحكام من تقرير أن دستورية تعرض لنصوص بذاتها من

الوثيقة الدستورية لها محل من الأعمال عن وقائع النزاع الموضوعي وتؤدي لزوماً إلى الفصل في موضوعه وهو ما لم يصدر من هذه المحكمة في أي من دعاوى منازعات التنفيذ أو التنازع والتي استندت إليها بعض أحكام الاتجاه الثاني للتدليل على الطبيعة الإدارية للمنازعات الجمركية وذلك على خلاف طبيعتها التي بينها المشرع في قانون الجمارك على نحو ما سلف وبما مقتضاه اختصاص جهة القضاء العادي بنظرها كأصل عام؛ لذلك حكمت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية وغيرها بالأغلبية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المعدل بإقرار المبدأ الذي يقضي باختصاص القضاء العادي بنظر المنازعات الجمركية.

ويردد الباحث ذات المناعي على الحكم السابق بخصوص استرداد الرسوم الجمركية المسددة بدون وجه حق.

٣- حسمت الهيئة العامة للمواد الجنائية الخلاف بين الدوائر الجنائية بشأن ما استحدثه قانون التجارة الجديد الصادر في ١٧ مايو ١٩٩٩ بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ في مدى اعتبار نصوص هذا القانون أصلح للمتهم في شأن العقوبة الموقعة على المتهم بجريمة إعطاء شيك لا يقابه رصيد قائم وقابل للسحب عن تلك المنصوص عليها في المادة (٣٣٧) من قانون العقوبات^(٨٣).

وإذ كانت اتجاهات الدوائر الجنائية اختلفت في هذا الشأن:

الاتجاه الأول: ذهب الحكم الصادر في الطعن رقم ٧٣٦٠ لسنة ٦٣ ق إلى أن المادة (٤٧٥) من قانون التجارة الجديد نزع صفة الشيك عن الصك المحرر على غير نماذج البنك المسحوب عليه، وبذلك يكون القانون الجديد قد أخرج فعل إعطاء مثل هذا الصك - بدون رصيد - من دائرة التجريم، ومن ثم فهو أصلح للمتهم من القانون الذي كان يجرم هذا الفعل، وأن ما تضمنه نص المادة الثالثة من مواد إصدار القانون المشار إليه من اعتداد بهذا الصك، ومثله من الصكوك التي لم تستوف الشروط المنصوص عليها بالمادة (٤٧٣) من قانون التجارة الجديد، لا يصح أن يعطل تطبيق قاعدة سرعان القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعي، إذ أنها تركز على دعامة دستورية لا يملك المشرع العادي مخالفتها.

^(٨٣) راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ٩٠٩٨ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٠/٧/١٩٩٩.

الاتجاه الثاني: ذهب الطعن رقم ٣٣٠٥ لسنة ٦٤ ق إلى أن قاعدة القانون الأصلح هذه هي من وضع المشرع العادي وله أن يرسم حدود تطبيقها أو أن يعطله لمصلحة يقدرها، وأن نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من مواد إصدار قانون التجارة الجديد، وقد جعل لسريان المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات مدى من الزمان ممتدا حتى أول أكتوبر سنة ٢٠٠٠، فقد عطل بذلك تطبيق قاعدة القانون الأصلح على جريمة إعطاء شيك لا يقابله رصيد بحيث تنطبق المادة ٣٣٧ المشار إليها سواء في التجريم أو العقوبة.

الاتجاه الثالث: بنى هذا الاتجاه أحكامه على أن القانون الجديد وإن أبقى على التجريم إلا أنه في شأن العقوبة عن الجريمة المشار إليها أنشأ للمتهم مركزا قانونيا أصلح عما نصت عليه المادة (٣٣٧) من قانون العقوبات، حين أجاز الحكم على مرتكبها بعقوبة الغرامة وحدها بعد أن كان معاقبا عليها بالحبس وجوبا كما رتب على الصلح بين المجني عليه والمتهم انقضاء الدعوى الجنائية مما يتعين معه تطبيق أحكامه في هذا الصدد إعمالا للفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات.

وإزاء هذا الاختلاف توجب على الهيئة العامة للمواد الجنائية إعمالا لنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية توحيد اتجاه الدوائر الجنائية في هذا الشأن، وجاء في حيثيات الحكم ما يلي:

وحيث أنه من المقرر أن مقتضى قاعدة شرعية الجريمة والعقاب أن القانون الجنائي يحكم ما يقع في ظله من جرائم إلى أن تزول عنه القوة الملزمة بقانون لاحق ينسخ أحكامه، وهذا هو ما قننته الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون العقوبات بنصها على أن يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها وما أورده المادة المشار إليها في فقرتها الثانية من أنه " ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره " إنما هو استثناء من الأصل العام يؤخذ في تفسيره بالتضييق ويدور وجوداً وعدماً مع العلة التي دعت إلى تقريره؛ لأن المرجح في فض التنازع بين القوانين من حيث الزمان هو قصد الشارع الذى لا تجوز مصادره فيه.

لما كان ذلك وكان يبين من سياق ما استحدثه قانون التجارة الجديد في شأن الشيك أن المشرع حين وضع قواعد شكلية وموضوعية محكمة لهذه الورقة التجارية لم يقصد أن ينفي عن الشيكات التي صدرت قبل العمل بأحكامه هذه الصفة لمجرد مخالفتها للقواعد التي استحدثها، بل اعتد بتلك الشيكات متى استوفت شرائطها وفقاً للقواعد القانونية السارية وقت إصدارها، وعمد إلى تأكيد سلامتها وصحتها فقد نص في الفقرة الثانية من المادة الثالثة من مواد الإصدار على أنه تطبق على الشيك الصادر قبل هذا التاريخ الأحكام القانونية المعمول بها في تاريخ إصداره، إذا كان ثابت التاريخ أو تم إثبات تاريخه قبل أول أكتوبر سنة ٢٠٠١، ومن ثم فإنه متى اعتبرت الورقة شيكا طبقاً للقانون الساري قبل نفاذ نصوص الفصل الخاص بأحكام الشيك في قانون التجارة الجديد - وذلك طبقاً لما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة الثالثة من مواد الإصدار - فإن إعطائه دون أن يكون له رصيد قائم وقابل للسحب يشكل فعلاً مجرماً، ولا مجال بالتالي لاعتبار ما نصت عليه المواد (٤٧٣ و ٤٧٤ و ٤٧٥) من قانون التجارة الجديد في شأن تحديد شكل الشيك وبياناته من قبيل القانون الأصح للمتهم، إذ يكتمل حكمها بما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثالثة المار ذكرها.

لما كان ما تقدم فإن الهيئة العامة تنتهي - بالأغلبية المنصوص عليها في المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية - إلى العدول عن المبدأ الذي قرره الحكم الصادر في الطعن رقم ٧٣٦٠ لسنة ٦٣ ق.

وحيث إن الفقرة الثانية من المادة الأولى من مواد إصدار قانون التجارة تنص على أن يلغى نص المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات التي تنص على جريمة إعطاء شيك لا يقابله رصيد قائم وقابل للسحب اعتباراً من أول أكتوبر سنة ٢٠٠٠، كما نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة من مواد الإصدار على أن يعمل بالأحكام الخاصة بالشيك - بما في ذلك المادة (٥٣٤) من قانون التجارة والتي نصت على ذات الجريمة - اعتباراً من أول أكتوبر سنة ٢٠٠٠. ومفاد ذلك أن إلغاء نص المادة (٣٣٧) من قانون العقوبات لا يكون إلا في تاريخ نفاذ نص المادة (٥٣٤) المار ذكرها، حتى يتواصل تجريم إعطاء شيك لا يقابله رصيد فلا يفصل بين نفاذ المادة (٣٣٧) من قانون العقوبات ونفاذ تطبيق المادة (٥٣٤) من قانون التجارة فترة زمنية.

إذ أن المشرع لو ألقى نص المادة (٣٣٧) من قانون العقوبات في أول أكتوبر سنة ١٩٩٩ - تاريخ نفاذ نصوص قانون التجارة - لأصبح إعطاء شيك لا يقبله رصيد فعلاً مباحاً منذ هذا التاريخ وحتى تاريخ نفاذ المادة (٥٣٤) من قانون التجارة في أول أكتوبر سنة ٢٠٠٠، مع ما يترتب على هذا من إباحة الفعل بأثر رجعي إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات، وهو ما قصد المشرع تجنبه حين جعل تاريخ نفاذ المادة (٥٣٤) من قانون التجارة هو ذات تاريخ إلغاء المادة (٣٣٧) من قانون العقوبات، ومن ثم لم يكن في قصد الشارع البتة المصادرة على تطبيق القانون الأصلح للمتهم في شأن العقاب وأدلة ذلك أنه يبين من مراجعة الأعمال التحضيرية لقانون التجارة الجديد أن مشروع القانون كان يتضمن النص في المادة الأولى من مواد الإصدار على أن يلغى قانون التجارة الصادر بالأمر العالي في ١٣ من نوفمبر سنة ١٨٨٣ ...

ويلغى نص المادة (٣٣٧) من قانون العقوبات، وكذلك كل نص يتعارض مع أحكام هذا القانون أما المادة الرابعة فقد كانت تنص على العمل بهذا القانون بعد سنة من اليوم التالي لتاريخ نشره، ثم رئي - بناء على اقتراح الحكومة - تنظيم أحكام الفترة الانتقالية بين صدور القانون الجديد وبين العمل به بإفساح الأجل حتى أول أكتوبر سنة ١٩٩٩ عدا النصوص المتعلقة بالشيك فيؤجل العمل بها حتى أول أكتوبر سنة ٢٠٠٠، وبالضرورة إجراء إلغاء نص المادة (٣٣٧) من قانون العقوبات حتى تاريخ العمل بهذه النصوص الأخيرة كي يتواصل تجريم إعطاء شيك بدون رصيد . لما كان ذلك وكان من المقرر أن القانون الجنائي يحكم ما يقع في ظله من جرائم إلى أن تزول عنه القوة الملزمة بقانون لاحق ينسخ أحكامه إلا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره، فإن المادة (٣٣٧) من قانون العقوبات تكون واجبة التطبيق على الوقائع التي تحدث حتى زوال القوة الملزمة عنها إلا فيما نصت عليه المادة (٥٣٤) من قانون التجارة من جواز توقيع عقوبة الغرامة على الجاني، خلافاً لما نصت عليه المادة (٣٣٧) من قانون العقوبات من وجوب توقيع عقوبة الحبس، وكذلك فيما نصت عليه من انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح بحسبان أن كلا الأمرين ينشئ مركزاً قانونياً أصلح للمتهم، ومن ثم تعد في هذا الصدد قانوناً أصلح للمتهم تطبيق من تاريخ صدورهما طبقاً للفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات، لما كان ما تقدم فإن الهيئة العامة تنتهي أيضاً بالأغلبية سائلة الذكر - إلى العدول عن الحكم

الصادر في الطعن رقم ٣٣٠٥ لسنة ٦٤ ق فيما أورده في شأن وجوب توقيع عقوبة الحبس على خلاف هذا النظر.

ومن حيث إن الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية قد خولت هذه الهيئة الفصل في الطعن المحال إليها، ومن حيث إن الطعن استوفى الشكل المقرر في القانون، ومن حيث إن مما ينهه الطاعن على الحكم المطعون فيه أنه إذ دانه بجريمة إعطاء شيك لا يقابه رصيد قد شابه القصور في التسبيب، ذلك بأنه خلا من بيان أسباب قضائه بالإدانة.

وحيث إنه لما كانت المادة (٣١٠) من قانون الإجراءات الجنائية قد أوجبت أن يشتمل كل حكم بالإدانة على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة بياناً تتحقق به أركان الجريمة والظروف التي وقعت فيها والأدلة التي استخلصت منها المحكمة الإدانة حتى يتضح وجه استدلالها به وسلامة مأخذها تمكيناً لمحكمة النقض من مراقبة صحة التطبيق القانوني على الواقعة كما صار إثباتها بالحكم وإلا كان قاصراً، وكان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد خلا من بيان الواقعة التي دان الطاعن بها وأطلق القول بثبوت التهمة في حق الطاعن دون أن يورد الدليل على ذلك فإنه يكون قاصر البيان مما يوجب نقضه وإعادة دون حاجة إلى بحث الوجه الأخر من الطعن، وحتى تتاح للطاعن فرصة محاكمته في ظل المادة (٥٣٤) من قانون التجارة باعتبارها أصلح للمتهم في شأن توقيع عقوبة الحبس أو الغرامة وانقضاء الدعوى بالصلح

تعقيب الباحث:

حقاً ما انتهت إليه الهيئة في هذا الحكم، إذ أنه من المنطقي والضروري استمرار تجريم إعطاء شيك لا يقابه رصيد، فلا يفصل بين الغاء العمل بالمادة (٣٣٧) من قانون العقوبات وسريان المادة (٥٣٤) من قانون التجارة أي مدة، إذ جعل تاريخ نفاذ المادة (٥٣٤) هو تاريخ الغاء العمل بالمادة (٣٣٧) سائلة البيان ولا مراء في أن السمة الواقعية لهذا القضاء انعكست على القواعد القانونية المنظمة لجريمة إعطاء شيك لا يقابه رصيد.

٤- حسمت الهيئة العامة للمواد الجنائية الخلاف الدائر بشأن مناط التأثيم في جريمة إجراء أعمال الحفر بقصد الحصول على الآثار دون ترخيص طبقاً لنص المادة (٤٢)

من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن إصدار قانون حماية الآثار المستبدلة بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠١٨ (٨٤).

إذ كان للدوائر الجنائية اتجاهين في هذا الشأن:

الاتجاه الأول: كانت الدوائر الجنائية تشترط لقيام جريمة إجراء أعمال الحفر بقصد الحصول على الآثار دون ترخيص المؤتممة بالمادة (٤٢) من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن إصدار قانون حماية الآثار المستبدلة بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠١٨ أن يكون موقع الحفر أرضاً أثرية أو متاخمة لها.

الاتجاه الثاني: كانت الدوائر الجنائية تنتهي إلى تأثيم أعمال الحفر في أي موقع سواء كان أثرياً أو غير أثري مملوكاً ملكية عامة أو خاصة متى كان القصد منه هو الحصول على الآثار دون ترخيص من الجهة المختصة.

وإزاء هذا الاختلاف توجب على الهيئة العامة للمواد الجنائية إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية توحيد اتجاه الدوائر الجنائية في هذا الشأن، فقد ايدت الهيئة العامة للدوائر الجنائية الاتجاه الثاني، وجاء في حيثيات حكمها ما يأتي: لما كان ذلك، وكانت القاعدة العامة أنه متى كانت عبارة القانون واضحة لا لبس فيها، فإنه يجب أن تُعد تعبيراً صادقاً عن إرادة الشارع ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل أي كان الباعث على ذلك، وأنه لا محل للاجتهاد إزاء طراحة نص القانون الواجب تطبيقه، وكانت المادة (٤٢) من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن إصدار قانون حماية الآثار المستبدلة بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠١٨، إذ نصت على عقاب كل من أجرى أعمال الحفر بقصد الحصول على الآثار دون ترخيص، فقد دلت في صريح عبارتها وواضح دلالتها على أن المشرع فرض حظراً مطلقاً على القيام بأعمال الحفر في جميع المواقع دون اعتبار لطبيعة المكان الذي يجري فيه الحفر، وأوجد تنظيمًا يسمح بذلك شرطه الحصول على ترخيص من الجهة المختصة، وهو ما يتوافق مع نص المادتين (٤٩، ٥٠) من الدستور من التزام الدولة بحماية الآثار والحفاظ عليها ورعاية مناطقها وصيانتها وتنظيم التنقيب عنها والإشراف عليه.

ومن ثم تحتم القول - طبقاً للمادة (٤٢) المشار إليها - بوجود عقاب كل من يقوم بأعمال الحفر في أي موقع سواء كان أثرياً أو غير ذلك، مملوكاً ملكية عامة أو خاصة،

(٨٤) راجع حكم محكمة النقض بالطعن رقم ١٠٢١٩ لسنة ٩١ ق جلسة ٢٢/٣/٢٠٢٣.

متى كان القصد من ذلك هو الحصول على الآثار دون ترخيص من الجهة المختصة، سواء تحقق الغرض الذي قصده من ذلك أو لم يتحقق، ودون أن يكون هناك محل للتحدي بقصر مناط التجريم على الأراضي المعتبرة أثرية أو تلك المتاخمة للمواقع والأراضي الأثرية أو التي تقع في محيطها وهو قول لا يسغه النص، بل يصطدم بصراحته ومقصود الشارع منه، كما يتنافى مع الفلسفة التي أملت إجراء التعديل والتي تغيت التصدي لكل المحاولات غير المشروعة للتقيب على الآثار ومحاصرة مرتكبيها إذ لا تخصيص بغير مُخصص ولا إلزام بما لا يلزم.

تعقيب الباحث:

يبدو أنه كان من الأهمية بمكان تحديد مفهوم واضح لدائرة المخاطبين بالتعديل الذي أجري على نص المادة (٤٢) المشار إليه ليشمل كل من يجري لأعمال الحفر بقصد الحصول على الآثار في أي مكان، ودون اقتصارها على الأماكن الأثرية وهو ما يعزو إلى تطبيق هذا القضاء لمنهج مرن يزيد من نطاق دائرة التجريم ١ - وذلك لمواجهة ظاهرة التقيب عن الآثار بكل أشكاله، وبذلك تتحقق الغايات المستهدفة من وراء تعديل تلك المادة.

٥- حسمت الهيئة العامة الدائرة التجارية والاقتصادية الخلاف حول مسألة قبول أو رفض طلب تصحيح شكل الدعوى باختصام ورثة المتوفى الذي ثبت وفاته قبل رفعها والتحقق من انعدام الخصومة من عدمه لا سيما إذا ما كانت ذات درجة التقاضي الواحدة وتعذر علم المدعى أو جهله بحالة الوفاة قبل رفعها^(٨٥).
إذ كان للمحكمة اتجاهين:

الاتجاه الأول: يري عدم جواز تصحيح شكل الخصومة أو إدخال ورثة المتوفى قبل رفع الدعوى؛ لأن الخصومة ولدت منعدمة. واستندت في ذلك أن الأصل أن تقوم الخصومة بين طرفيها من الأحياء مدعى أو مدعى عليه فلا تتعقد إلا بين أشخاص موجودين على قيد الحياة وإلا كانت معدومة ولا ترتب أثرًا ولا يصحها إجراء لاحق

^(٨٥) راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ٥٤٣٦ لسنة ٨٦ جلسة ٢٠٢٣/٥/٣.

وعلى من يريد عقد خصومة أن يراقب ما يطرأ على خصومة من وفاة أو تغيير في الصفة قبل اختصاصهم حتى تأخذ الخصومة مجراها القانوني الصحيح^(٨٦).

الاتجاه الثاني: يري قبول طلب تصحيح شكل الخصومة واختصاص ورثة الخصم المتوفي قبل رفع الدعوى وعدم إعمال أحكام انعدام الخصومة. واستندت في ذلك إلى أنه ولئن كانت الخصومة لا تقوم إلا بين طرفين من الأحياء - فلا تتعد أصلاً إلا بين أشخاص موجودين على قيد الحياة وإلا كانت معدومة ولا يصحها إجراء لاحق وعلى من يريد عقد خصومة أن يراقب ما يطرأ على خصومة من وفاة أو تغيير في الصفة قبل اختصاصهم حتى تأخذ الخصومة مجراها القانوني الصحيح، إلا أنه لما كان النص في المادة (٢٣) من قانون المرافعات على جواز تصحيح الإجراء الباطل إنما يتعلق في حقيقة الأمر بتجديد الإجراء الباطل وتكملته وذلك بإحلال عمل إجرائي جديد صحيح محل العمل الإجرائي المعيب، وهو ما قد يرد على كامل العمل الإجرائي، أو على الشق المعيب منه فحسب، كما أن تكملة الإجراء تعني إضافة المقتضى الذي ينتقض العمل الإجرائي لتتوافر فيه جميع مقتضياته، فيصبح غير معيب يستوي أن يكون العيب موضوعياً كعيب الأهلية أو التمثيل القانوني، أو عيباً شكلياً كبعض بيانات صحيفة الدعوى ولا يشترط في الإجراء الجديد إلا أن يكون صحيحاً لأن الإجراء الباطل لا يصححه إجراء باطل ولو اختلف سبب البطلان، وألا يكون مستحيلاً استحالة مادية أو قانونية كانقضاء الميعاد المحدد لمباشرة الإجراء وأن يتم التجديد في ذات مرحلة التقاضي التي اتخذ فيها الإجراء موضوع التجديد وهو ما يتفق مع اتجاه المشرع إلى الإقلال من دواعي البطلان بتغليب

(٨٦) راجع حكم محكمة النقض الطعون أرقام (٢٤٥٠) لسنة ٨٥ ق جلسة ٤/٦/٢٠١٦ و ٢٧٩٢ و ٧٣٢٣ لسنة ٩٠ ق جلسة ٢/٢٦/٢٠٢٢ و ٥٢٥ لسنة ٦٩ ق جلسة ٥/٢٦/٢٠٠٨ و ١٣٣ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٣/٦/٢٠٠٥ و ٣٠٩٢ لسنة ٧٨ ق جلسة ٥/٧/٢٠٢٢ و ٤٠٤٧ لسنة ٩١ ق جلسة ٩/١٨/٢٠٢٢ و ١٠٣٦٥ لسنة ٨١ ق جلسة ٢/٢١/٢٠١٨ و ٤٣١٢ لسنة ٧٦ و ٧٧٥١ لسنة ٨٤ ق جلسة ١٠/١٢/٢٠١٥ و ٣٠١٦ لسنة ٧٢ ق جلسة ٤/١٣/٢٠١٣.

موجبات صحة الاجراءات واكتمالها على أسباب بطلانها أو قصورها باعتبار أن الغاية من الإجراءات وضعها في خدمة الحق^(٨٧).

وإزاء هذا الاختلاف قررت هذه الدائرة إحالة الطعن إلى الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية وغيرها عملاً بالفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المعدل للفصل في هذا الاختلاف درءاً لهذا التباين وإقرار المبدأ الذي استقرت عليه دوائر المحكمة بقبول تصحيح شكل الدعوى أمام محكمة الموضوع في ذات درجة التقاضي الواحدة وإدخال ورثة الخصم المتوفى قبل رفعها، متى تم هذا التصحيح بصحيفة استوفت شرائطها القانونية من بيانات متضمنه أسماء الخصوم وصفاتهم وموطنهم ومؤشر عليها بالجدول متى كانت الدعوى غير مقيدة بميعاد محدد معين لرفعها؛ لأن الأمر بتصحيح الإجراء الباطل في شكل الخصومة أجدى لمصلحة القانون والعدالة ويتماشى مع التشريعات الحديثة بتقليل دواعي البطلان والتي تتأبى من التغالي أو التشدد فيها بإجراءات قضائية مطولة لا طائل منها، فتصحيح الشكل هو وسيلة لتحقيق الغاية المقصودة منه باعتباره أداة نافعة في الخصومة وليس مجرد شكل يحجب خدمة الحق أو العدل عن تقصي حقيقة وأصل النزاع في الدعوى. فتكون الدعوى من جماع ما تقدم قد برأت من قاله البطلان والانعدام الذي صاحبها قبل تجديد الإجراء الباطل ذلك بعد أن تحققت الغاية التي نشدها المشرع وهي ألا يصدر الحكم في غفلة منهم.

ودرءاً لتباين المواقف في الخصومة الواحدة وتوحيداً للمبادئ التي ترسيها هذه المحكمة باعتبارها في نهاية الهرم القضائي ووظيفتها مراقبة قضاء الموضوع استثنائاً من صحة تطبيق القانون على الوقائع وتقويماً لما يكون قد اعوج أو شذ من أحكامه وتوحيداً لفهم النصوص القانونية فهما مطابقاً لما أرداه المشرع وصولاً لتوحيد المبادئ الراسخة في شأن المساواة بين الخصوم والتي هي من مبادئ وضمانات أساسيات التقاضي.

(٨٧) راجع حكم محكمة النقض الطعون أرقام (٦٩٨٧ لسنة ٨٥ ق جلسة ٢٥ /٩/ ٢٠٢١ و ١١٥٨٤ لسنة ٦٦ و ٢١٥ لسنة ٧٦ ق جلسة ١٧/٦/ ٢٠٠٤ و ٦٨٥١ و ٦٩٣١ و ٧٠٠٨ لسنة ٨٧ ق جلسة ١٠/٥/٢٠١٨).

رأى الباحث:

يبين لنا مما سبق أن؛ المشرع يعتبر القضاء عموماً جزءاً من المجتمع، وأن الوصول إلى عدالة الأحكام الصادرة منه إلى أعلى مستوياتها يتطلب إلى جانب احترام أحكام الدستور والتقييد بها استشعاراً لما يدور في المجتمع من ناحية وتعميقاً لثقة أفراد المجتمع في فكر قضائهم ومصادقته من ناحية أخرى، فما يصدر من أحكام للمحاكم العليا وما أرسنه من مبادئ قضائية تساهم بشكل كبير في تشكيل الملامح الأساسية لنظام الحكم في البلاد وحماية الحقوق والحريات.

لذا مع ازدياد أعداد الأحكام القضائية الصادرة في الآونة الأخيرة وتعرضها لموضوعات كبرى أثرت على التوازن الاقتصادي والاجتماعي داخل المجتمع تصاعد الجدل حول دور المحاكم العليا في تحقيق وتوفير الأمن القضائي للمتقاضين، وخصوصاً بعد تباين واختلاف الأحكام الصادرة من دوائر المحاكم العليا ذاتها، أو من محاكم الموضوع في ذات الموضوع، أو تعارض بعض الأحكام الصادرة الهيئة العامة للمواد المدنية ومواد الأحوال الشخصية بمحكمة النقض، وأحوال عدم التزام دوائر المحكمة الإدارية العليا بالمبادئ التي تقرها دائرة توحيد المبادئ، وكذلك دوائر محكمة النقض بالأحكام الصادرة من الهيئات العامة للمواد الجنائية المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية وغيرها، أو من هيئتي المواد المدنية والجنائية.

وفي اتجاه معالجة هذه الإشكالية كان لابد من الوصول إلى رؤية تعالج الخروج على الاستقرار شبه الدائم للأحكام والذي يؤدي إلى اهدار حقوق أصحاب ذوي الشأن، وإن كان هناك أول الحلول التي سارت فيها بعض أحكام المحكمة الإدارية العليا هي ابطال الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا عندما تستشعر المحكمة خروجاً على مبادئها المستقرة أو الاخلال الجسيم بحقوق المدعين على نحو يجعل الحكم واجب الإلغاء عن طريق دعوى البطلان الأصلية.

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث بيان ماهية الاجتهاد القضائي الذي يُعد أحد الحلول القانونية لتفادي القصور التشريعي والعلاقة الطردية بينه وبين الأمن القضائي اذ كلما أوسع نطاق الاجتهاد القضائي تزداد الحاجة لكفالة توفير الأمن القضائي، وبيان دور المحكمة الإدارية العليا في كفالة تحقق الأمن القضائي والذي يظهر جليا في حالتين؛ الأولى حال الاجتهاد القضائي لإيجاد الحلول لكل النوازل أو القضايا حال عدم وجود النص أو غموضه، والثانية؛ حال العمل على توحيد الاجتهاد القضائي لعدم تعارض الأحكام ومن ثم تكريس وتحقيق مبدأ الأمن القضائي وذلك في المبحث الأول، وفي المبحث الثاني تناول دور محكمة النقض في كفالة تحقق الأمن القضائي وأوضحنا دور الهيئة العامة بمحكمة النقض في حسم الخلاف الذي يدور بين دوائر محكمة النقض.

وإليك أهم النتائج والتوصيات:

أولاً- النتائج:

١- للمحاكم العليا دور بالغ الأهمية في تحقيق العدالة واستقرار الأحكام بشكل يؤدي إلى تحقيق الأمن القضائي وتطوير الاجتهاد القضائي، سيما أن الامن القضائي موكول للمحاكم العليا؛ لأن أعظم مفسر للقانون يفترض أن يكون قاضي المحاكم العليا، اذ على عاتقه يقع عبء اطمئنان المتقاضين لاجتهاده، وهذا يقتضي وضع آلية لاطلاع الجمهور على كل تغيير يطرأ على هذا الاجتهاد كما هو معمول في القضاء المقارن، حتى لا نكون أمام الاجتهاد و الرجوع عن الاجتهاد، مع ملاحظة أن العدول عن الاجتهاد السابق لا يعدل القانون وإنما يعدل من تفسيره إذا ما ظهرت عدم صحة التفسير القضائي السابق .

٢- الاجتهاد القضائي هو مجموع المبادئ التي تستنبط من الأحكام الصادرة عن المحاكم، لذا يشكل الاجتهاد القضائي مصدر أ يغذي النظام القانوني، فإذا كان التشريع يرتبط بالقانون، فالاجتهاد القضائي يرتبط بحياة القانون، ولذلك يبقى القانون الذي تصنعه المحاكم هو القانون الحي المتحرك والحقيقي.

٣- يتميز الاجتهاد القضائي بكونه يضمن استمرارية القواعد التشريعية، من خلال ملاءمتها مع الوقائع والنوازل، فالتشريع بما يتميز به من عمومية وتجريد لا يضع إلا حلولاً وسطى، ولا يخصص حلولاً فردية لكل النزاعات، وهذا ما يجعل من الاجتهاد القضائي مصدراً مستقلاً ومساوياً لباقي مصادر القانون، فهو يخصص القاعدة القانونية، ويقوم بتحسينها، إذ بدونه لا يتمكن التشريع من التوفيق بين خاصيتي الاستقرار والاستمرارية، فالاجتهاد القضائي يؤمن للتشريع ملاحقة تطورات المجتمع من خلال تطبيق النصوص القديمة بروح جديدة.

٤- الاجتهاد القضائي الإداري لا يعد حكراً على الجهات القضائية العليا، بل تساهم الجهات القضائية الدنيا في وضع الاجتهاد القضائي الإداري، فإذا كانت مهمة الجهات القضائية العليا توحيد الاجتهاد القضائي الإداري، فإن المصدر الأساسي لهذا الاجتهاد يكون الجهات القضائية الدنيا.

٥- عدم نشر الاجتهاد القضائي أو قلة نشره في المجالات المتخصصة والوسائل سريعة الانتشار يؤثر سلباً عليه، لأن أهم مقومات الاجتهاد القضائي هي الإشهار، من أجل إتاحتها لكل الباحثين والفقهاء ورجال القانون بصفة عامة لإثراء مجال النقاش والنقد وفتح قناة حوار بين القضاء الإداري والفقهاء تكون همزة الوصل فيها إشهار الاجتهاد القضائي بشكل كافي وجيد.

ثانياً- التوصيات:

١- لما كان الاجتهاد القضائي يساهم في خلق قواعد وأعراف توطر العملية القضائية كونه خير سلاح في يد القاضي يواجه به ما استعصى عليه من تطبيقات النصوص، لذا نناشد المشرع بوضع آليات تضمن تعميم ونشر الاجتهاد القضائي؛ لأن تعميم الاجتهاد القضائي يساهم في نشر الفكر القانوني و استقرار الاجتهاد القضائي و توحيد الإجراءات والعمل القضائي في المحاكم و ضمان وحدة الاجتهاد القضائي داخل المحكمة الواحدة، كما يساهم في استقرار العمل القضائي لمحاكم الموضوع، كما يحقق اطمئناناً في نفوس المتقاضين ويخلق ثقة لدى دفاع الأطراف بسبب استقرار العمل القضائي للمحاكم، وهو ما يعطي انطباعاً إيجابياً عن أداء مرفق العدالة ومن ثم تحقيق الأمن القضائي .

٢- نناشد المشرع بإلزام المحكمة الإدارية العليا ومحكمة النقض بنشر مبادئها؛ لا سيما تلك المتعلقة بالاجتهادات المهمة على الأقل التي تسد نقصا تشريعيًا أو تملأ فراغا قانونيا أو تلجأ إلى تفاسير مخالفة لظاهر النص بداعي الأمن القانوني أو روح العدالة والإنصاف أو غيرها من المبادئ السامية التي تحكم قواعد التفسير، وذلك لأن عدم نشرها يفرغها من كل قيمة عملية إذا ظلت مغمورة بأرشيف المحكمة، بحيث يمكن أن يؤدي ذلك إلى تضارب في تطبيق مبادئ النقض بين المحاكم وأحيانا داخل المحكمة الواحدة، وهذا مؤداه زعزعة ثقة المتقاضين في السلطة القضائية؛ وبالتالي عدم تحقق الأمن القضائي.

٣- النشر الورقي للاجتهاد القضائي قد يتطلب وقتا أطول؛ لذا نناشد المشرع بإجازة استعمال وسائل أخرى توفر السرعة ولعل أهمها في الوقت الراهن هو النشر عن طريق شبكة الانترنت التي تسمح بنشر واسع - سيما متى كانت مجانا- وتوفر وسائل سهلة للبحث عن الاجتهاد المناسب أو التعليق عليه؛ كنشر أقراص مدمجة للاجتهاد القضائي لمحكمتي النقض والإدارية العليا عبر موقعهما الإلكتروني والمواقع القانونية المتخصصة أو إنشاء موقع متخصص لذلك على غرار موقع *Légifrance* الموجود في فرنسا.

٤- ولأهمية البالغة التي تكتسبها عملية نشر الاجتهاد القضائي لا بد أن تكون مطبوعة بمعايير محددة تجعلها تؤدي الغرض المنشود منها، فلا بد أن تكون دورية وبدون انقطاع من أجل معرفة كل المستجدات والتطورات في مجال الاجتهاد القضائي، كما يجب أن يكون النص المنشور في حد ذاته كاملا ولا يشوبه أي غموض من خلال حذف أو إنقاص لمحتوى الأحكام القضائية موضوع النشر وذلك لكي يتمكن رجال القانون من استخلاص المعنى الحقيقي لها.

٥- نناشد المشرع إذا ما لاحظ خلافا حول تأويل نص قانوني معين أن يتجنب الآثار السلبية من خلال إصدار تشريع تفسيري أو تشريع جديد يضع حدا لتضارب الاجتهاد القضائي بشأن القاعدة التي تكون محل خلاف نتيجة الفراغ التشريعي.

المراجع

أولاً- المراجع العربية:

أ- المراجع العامة:

- د. جابر جاد نصار: البسيط في القضاء الإداري، طبعة ٢٠٢٠ <https://drive.google.com>.
- المستشار/حسن الفكهاني وآخرين: الموسوعة الإدارية الحديثة ج ١٤، طبعة الدار العربية للموسوعات ١٩٨٦-١٩٧٨.
- الدكتور / عطية حمودة: الوجيز في حقوق الانسان، طبعة دار يافا العلمية للنشر والتوزيع ٢٠٠٨ <https://drive.google.com>.
- د. ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، طبعة منشأة المعارف ٢٠٠٠.
- د. محمد الشافعي أبوراس: الوسيط في القانون الإداري - الجزء الأول التنظيم الإداري - بدون سنة نشر أو دار نشر.
- المستشار الدكتور. محمد ماهر ابوالعينين: الدفوع في القانون العام ج ٣، طبعة دار النهضة العربية ٢٠٠٣.
- د. محمد محمد عبد اللطيف: الوجيز في القضاء الإداري طبعة ٢٠٢٠، بدون دار نشر.

ب- المراجع المتخصصة

- المستشار. إسلام توفيق الشحات: الأحكام الكبرى في قضاء مجلس الدولة تُرر ما قضت به وأرسته دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا حصاد عام ٢٠١٨م ، منشور على <https://drive.google.com>.
- د. محمود حمدي عباس عطية: دور دائرة توحيد المبادئ القانونية بمجلس الدولة في كفالة الأمن القضائي، طبعه ٢٠١٣ - بدون دار نشر.
- د. مصطفى العوجي: القاعدة القانونية في القانون المدني، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع طبعة ١٩٩٢.
- المستشار/ يحيى إسماعيل: مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئتين العامتين للمواد الجنائية والمدنية في أربعين عاما من ١٩٦٠ حتى ٢٠٠٠، طبعة ٢٠٠٠ بدون دار نشر.

ج - الرسائل:

- د. أحمد محمد الظاهر أحمد محمود: تيسير الوصول إلى العدالة "دراسة إجرائية مقارنة" - رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ٢٠٢١.
- د. آمال قادري: جودة الأحكام القضائية "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سيدي بلعباس - الجزائر ٢٠٢٠-٢٠٢١، <http://rdoc.univ-sba.dz>.
- د. سنوساوي سمية: الاجتهاد القضائي الإداري، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الجزائر ٢٠١٨-٢٠١٩.
- د. صالح جابر: دور الاجتهاد القضائي في إثراء القانون الإداري - رسالة دكتوراه جامعة باتنة - كلية الحقوق والعلوم السياسية - الجزائر لسنة ٢٠٢١-٢٠٢٢.
- د. رفع دباح فايزة: دور الاجتهاد القضائي في تطوير قانون الأسرة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الجزائر ٢٠٢٠-٢٠٢١.
- د. ضياء الدين المختار ابراهيم خمّاج: دور محكمة النقض في تطوير السياسة الجنائية "دراسة مقارنة بين محكمتي النقض المصرية والمحكمة العليا الليبية" رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠١٨.

د-الأبحاث والمقالات:

- د. ابراهيم رحمانى: الأمن القضائي في الشريعة الاسلامية " مفهومه وسبل تحقيقه، منشور في سلسلة ابحاث الشريعة والقانون الصادرة عن مخبر الدراسات الفقهية والقضائية لجامعة الوادي - الجزائر - مؤلف جماعي بعنوان الأمن القضائي في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي طبعة دار سامي للنشر ٢٠١٩.
- أسيل حامد شكر: بحث بعنوان دور السوابق القضائية في تحقيق الامن القضائي، Bilad Alrafidain Journal of Humanities.
- الاستاذ / احمد طلال عبد الحميد : مقال بعنوان التناقض في قرارات المحكمة الادارية العليا وأثره على مبدأ الامن القضائي، [/https://www.ahewar.org](https://www.ahewar.org).
- د. بكار ريم هاجر - بوراس عبدالقادر: بحث بعنوان الأمن القضائي ودوره في تكريس دولة القانون، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية - مجلد ٧ عدد ٢ لسنة ٢٠٢١. [/https://www.asjp.cerist.dz](https://www.asjp.cerist.dz).

- د. حامد شاكر محمود الطائي: بحث بعنوان دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني
- د. خيرى عبدالفتاح السيد البتانوى: بحث بعنوان النقض الاستثنائي محكمة النقض كمحكمة تنازع أحكام مدنية لمخالفة الحجية - مجلة كلية الحقوق جامعة الإسكندرية المجلد ٢٠١٩، العدد ١، يوليو ٢٠١٩.
- القاضي / سامح محمد حافظ: بحث بعنوان مدى ملاءمة تطبيق نظام أخذ الرأي الفرنسي أمام محكمة النقض المصرية - المجلة الدولية للفقهاء والقضاء والتشريع - العدد (١) لسنة ٢٠٢٠، [/https://ijdj.ljournals.ekb.eg](https://ijdj.ljournals.ekb.eg).
- د. سحر عبد الستار أمام: بحث بعنوان آليات تدعيم دور محكمة النقض الفرنسية في تحقيق العدالة - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق جامعة عين شمس - العدد الأول لسنة ٥٥ يناير ٢٠١٣.
- د. سلمى طلال عبد الحميد البدرى: بحث بعنوان دور المحكمة الإدارية العليا في تحقيق الأمن القضائي - مجلة الكوفة - جامعة الكوفة - كلية القانون - مج.١٤ - ع.٥٠ لسنة ٢٠٢١.
- د. شيخ نسيم: بحث بعنوان آليات تكريس الأمن القضائي في الجزائر - مجلة الدراسات والبحوث القانونية - المجلد (٧) العدد (٢) لسنة ٢٠٢٢.
- المستشار/ طارق البشري: نظام التأديب بين العقاب الجنائي والمسئولية المدنية، مجلة مجلس الدولة، السنة التاسعة والعشرون، ٢٠٠٣.
- د. عبد الفتاح محمد أبو اليزيد الشرقاوي: بحث بعنوان مشروعية عدول القاضي الإداري عن اجتهاده وأثره على الأمن القضائي " دراسة تطبيقية مقارنة " - مجلة العلوم الشرعية - جامعة القصيم - مج.١٤ - ع.٦ مايو ٢٠٢١.
- د. عبدالله خليل حسين الفرا: بحث بعنوان فكرة العدالة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية " دراسة تحليلية " - مجلة كلية الحقوق جامعة الإسكندرية - المجلد ١٨، العدد ٣، يناير ٢٠١٨.
- د. علاء الدين قليل: بحث بعنوان الاجتهاد القضائي والأمن القضائي بين متطلبات تكريس العدالة ومقتضيات إرساء الأمن القضائي - مجلة الاجتهاد القضائي - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيضر بسكرة - مج١٣ - ع.٢ لسنة ٢٠٢١.

- د. علال طحطاح: بحث بعنوان دراسة تأصيلية للاجتهاد القضائي، مجلة صوت القانون - المجلد التاسع - العدد ٢ - لسنة ٢٠٢٣،
<https://www.asjp.cerist.dz/en/>
- غازي محمد: بحث بعنوان معوقات تحقيق الأمن القضائي - حالة الجزائر أنموذجاً، مجلة العلوم السياسية والقانون - العدد 15 أيار/ مايو - 2019 المجلد - 10 المركز الديمقراطي العربي - ألمانيا - برلين <https://democraticac.de>
- د. مازن ليلو راضي: بحث بعنوان الأمن القضائي وعكس الاجتهاد في القضاء الإداري - المجلة السياسية الدولية، <https://iasj.net/iasj>
- د. محمد بجاق: بحث بعنوان مقومات الأمن القضائي، منشور في سلسلة ابحاث الشريعة والقانون الصادرة عن مخبر الدراسات الفقهية والقضائية لجامعة الوادي - الجزائر - مؤلف جماعي بعنوان الأمن القضائي في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي طبعة دار سامي للنشر ٢٠١٩.
- د. محمد بن علي بن محمد القرني: الاجتهاد القضائي لمعالجة الآثار الناشئة عن جائحة كورونا على العقود، مجلة علوم الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الملك خالد - السعودية، العدد (٨٣) ربيع الثاني ١٤٤٢ هجرية - ديسمبر ٢٠٢٠.
- د. محمد صالح سالم هادي: بحث بعنوان دور الاجتهاد القضائي في تحقيق العدالة - مجلة القانون المغربي - ج.٤٦ لسنة ٢٠٢١.
- د. محمد عبداللطيف: دعوي القضاء الكامل الموضوعية ودعوي الإلغاء، تكامل أم احتواء، مجلة مجلس الدولة، السنة الحادية والثلاثون، ٢٠٢١ - ٢٠٢٢.
- د. محمد عرفان الخطيب: محددات الدور المصدري للاجتهاد القضائي في القانون المدني... التطور والتحول - مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - العدد ٣ - السنة السابعة - العدد التسلسلي ٢٧ - سبتمبر ٢٠١٩ <https://journal.kilaw.edu.kw>
- د. محمد صالح سالم هادي: بحث بعنوان دور الاجتهاد القضائي في تحقيق العدالة - مجلة القانون المغربي - ج.٤٦ لسنة ٢٠٢١.
- د. مصطفى المتولي قنديل: بحث بعنوان نحو دور جديد لمحكمة النقض كدرجة من درجات التقاضي - مجلة الشريعة والقانون - كلية القانون - جامعة الامارات العربية - العدد الحادي والستون يناير ٢٠١٥ لسنة ٢٩.

- الأستاذة. مروة أبو العلا: مقال بعنوان دور محكمة النقض المصرية في ارساء القواعد القضائية، <https://www.mohamah.net>.
- د. مجدي عبد الحميد شعيب: بحث بعنوان آليات تحقيق العدالة الناجزة أمام القضاء الإداري الفرنسي " دراسة تحليلية " - مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية الصادرة عن كلية الحقوق جامعة عين شمس - العدد الأول لسنة ٦١ - يناير ج.٢ لسنة ٢٠١٩.
- د. محمد البغدادي: بحث بعنوان المهن القضائية بين الأمن القانوني والقضائي - مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية - ع.٢٤ لسنة ٢٠٢٠، <http://search.mandumah.com>.
- د. هانم أحمد محمود سالم: بحث بعنوان المقومات الدستورية لتحقيق الأمن القضائي، مجلة البحوث الفقهية والقانونية الصادرة عن كلية الشريعة والقانون دمنهور - العدد التاسع والثلاثون إصدار أكتوبر ٢٠٢٢.
- د. هيام اسماعيل السحماوي: السوابق القضائية في التشريع الإسلامي والنظم الغربية المعاصرة - مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - جامعة الاسكندرية ٢٠١٨.

ثانياً- المراجع الفرنسية:

- Audrey BERGAMINI : Cour de cassation, <https://www.litige.fr/> . Et Le rôle de la Cour de cassation dans l'unification du droit français - publié le 05/04/2022, <https://www.doc-du-juriste.com/> .
- Anthony Bem : L'ATTEINTE À LA PRÉSUMPTION D'INNOCENCE : DÉFINITION, MOYENS DE RECOURS ET SANCTIONS, <HTTPS://WWW.VILLAGE-JUSTICE.COM/>.
- Charles Debbasch et Jean- Claude Ricci : contentieux administratif, édition, Dalloz 1994
- Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur à jour de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.
- Constitution de 1791.
- Code de procédure civile.



- Code de justice administrative.
- Code civil.
- Code des T.A. et C.A.A. -
- Edith Guilhermont : Qu'appelle-t-on « présomption d'innocence » ?
<https://www.cairn.info/>.
- Dominique Fenouillet : La jurisprudence du Conseil constitutionnel en droit civil des personnes : promotion ou déformation ?
<http://juspoliticum.com/article> .
- Alexis MARIE et Thibaut FLEURY GRAFF : La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit d'asile mise en perspective avec celle du Conseil d'État : l'art de l'ouroboros ,
<https://www.conseil-constitutionnel.fr> .
- Fabien Grech: Le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel français, <https://www.conseil-constitutionnel.fr>.
- Fathi Ben Mrad : Définir la médiation parmi les modes alternatifs de régulation des conflits, <https://www.cairn.info/> .
- Guillaume Valdelièvre : La sécurité juridique – Le point de vue de l'avocat , <https://www.conseil-constitutionnel.fr/> .
- Hélène Colombet, Alice Gouttefangeas : La qualité des décisions de justice. Quels critères ? <https://www.cairn.info/>.
- Jean-Guy HUGLO : La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique, , <https://www.conseil-constitutionnel.fr/-> ..
- Jean-Marc Sauvé: Les critères de la qualité de la Justice ,
<https://www.conseil-etat.fr/>.
- Jean-Marc Sauvé : Présentation du Conseil d'État, <https://www.conseil-etat.fr/>
- Julie Joly-Hurard: CONCILIATION ET MÉDIATION JUDICIAIRES,
<HTTPS://BOOKS.OPENEDITION.ORG/>

- Lucie Cluzel-Métayer, Agnès Sauviat : Les notions de qualité et de performance de la justice administrative, Revue française d'administration publique, 2016/3 N° 159 | pages 675 à 688, <https://www.cairn.info/>.
- Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victims.
- LOI n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.
- LOI n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.
- Michèle Bauer : l'inquiétante dégradation de la qualité des décisions. <https://www.actu-juridique.fr/>.
- Marie-Anne Frison-Roche : DROITS DE LA DÉFENSE, <HTTPS://MAFR.FR/>.
- Mabrouk Cheikh-Najib : L'unification de la jurisprudence par la Cour de cassation: du droit au fait, du fait au droit éd.1994.
- Maître Benjamin English: Les modes alternatifs de règlement des conflits: le guide, <https://www.legalstart.fr/>.
- Me Matthieu Chauveau: les modes alternatifs de règlement des litiges , <https://www.captaincontrat.com/> .
- -Philippe Charrier: La médiation judiciaire en France , <https://journals.openedition.org/>.
- Michel GENTOT : La jurisprudence et les conceptions du Conseil d'Etat: (Leloup, Lagrange, Puget, Grégoire, Chatenet) , La Revue administrative 48e Année (1995), pp. 16-19.
- Serge Braudo : Définition de Contentieux, <https://www.dictionnaire-juridique.com/>.
- Quelle est la jurisprudence de la cour de cassation ? <https://juripredis.com/jurisprudence-decisions-justice/>