

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

القضاء الإداري – ديوان المظالم نظم (302)

د. بكر عبد المجيد أبو إسماعيل

Bakr Abdelmjed Esmaeel

القضاء الإداري السعودي

الرقابة على أعمال الإدارة

مبدأ المشروعية

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة:

في العصور الماضية لم يكن ممكناً انعقاد مسئولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية أو المادية حتى ولو نجم عن تلك التصرفات أضراراً لحقت بالغير ، إعمالاً لقاعدة قدسية شخص الملك التي كانت سائدة في أوروبا ، الذي كان يعد ممثلاً لله في الأرض الأمر الذي جعله منزهاً عن الخطأ والذي على أساسه تتعقد المسئولية، وما لبث أن امتدت هذه القاعدة لتقرير عدم مسئولية الموظف لكونه مفوضاً من الملك في أداء عمله الأمر الذي جعله منزهاً هو الآخر عن الخطأ، من ثم عن المسئولية ما دام هذا الأداء تم في حدود التفويض الممنوح من الملك للموظف.

ولكن بعد تعاضد دور الدولة في الحياة العامة وتدخلها في مختلف المجالات خاصة فيما يتعلق بالنشاط الإقتصادي عن طريق الإدارة ، التي هي فرع من السلطة العامة في الدولة ، مزودة في ذلك بصلاحيات وامتيازات هذه السلطة ، أدى ذلك إلى اتساع نطاق الأخطاء التي تقع من هيئات وموظفي الدولة على حقوق الأفراد وحررياتهم ، الأمر الذي يستوجب تحقيقاً للعدالة تعويضهم عن تلك الأضرار التي خلفتها أعمال موظفي الدولة غير المشروعة.

ومن هنا بدأ التحول نحو إقرار مبدأ جديد وهو مبدأ المشروعية والذي تمثل في مسئولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة . وللحيلولة دون انحراف الإدارة عن الأغراض المبتغاة من تخويلها تلك الصلاحيات والامتيازات ، ولكفالة التزام الإدارة العامة بالخضوع لأحكام القانون ، وعدم مساسها بحقوق الأفراد وحررياتهم ، تطلب الأمر أن يعهد إلى القضاء ، بوصفه جهة محايدة ومستقلة ، الرقابة على أعمال الإدارة ، صوناً للحقوق ، وإعلاء لكلمة القانون ، وذلك في ظل مبدأ المشروعية الإدارية، وكان من نتيجة ذلك أن امتدت الرقابة القضائية لتشمل كافة هذه الأعمال سواء بالإلغاء إذا كانت مخالفة لمبدأ المشروعية، أو بتقرير التعويض عن آثارها الضارة أو بالأمرين معاً.

وعلى ذلك سوف نتناول هذا الموضوع في ثلاث فصول علي النحو التالي:

الفصل الأول: مبدأ المشروعية

الفصل الثاني : الرقابة علي أعمال الإدارة .

الفصل الثالث : القضاء الإداري السعودي .

الفصل الأول

مبدأ المشروعية

يرتبط مبدأ المشروعية في الواقع بموضوع الرقابة على أداء الجهاز الإداري برباط لا يقبل الانفصال ، للتأكد من أن هذا الأداء يجري أو يتم في إطار القانون ودون مخالفة لأحكامه، لذلك أصبح دراسة هذا المبدأ مدخل أساسي لدراسة رقابة الجهاز الإداري وهو أمر منطقي تمليه أسس ومبادئ البحث العلمي السليم .

ويقصد بمبدأ المشروعية في مدلوله العام ، سيادة حكم القانون ، أي خضوع كافة الأشخاص وسائر السلطات والهيئات في الدولة للقواعد القانونية النافذة فيها ، فالقواعد القانونية إنما تقررت ليتم احترامها والنزول على مقتضاها ، وإلا غدت لغوا لا طائل من ورائه .

وهذا المدلول العام يتضمن جميع الأشخاص سواء كانوا من اشخاص للقانون عام أو من أشخاص القانون الخاص ، وسواء كانوا أفراداً طبيعيين أو اعتباريين .

وأذا كانت السيادة هنا تعنى خضوع الجميع للقانون سواء كانوا اشخاصاً طبيعياً أو اعتباريين أو سلطات الدولة وهيئاتها ، إذا فما هو القانون الذي تسود احكامه ويخضع له الجميع؟.

يذهب الرأي الغالب في الفقه والقضاء الإداريين ، إلى أن المقصود بالقانون هنا هو كل القواعد القانونية النافذة في الدولة ، أي كان مصدرها ومهما كان شكلها ، وبصرف النظر عن تدرجها من حيث القوة ، وسواء كانت ذات طبيعة دستورية أو تشريعية أو لائحية ، أو كان مصدرها العرف أو المبادئ العامة للقانون، إذ تشكل هذه القواعد في مجموعها ما يمكن أن نطلق عليه ، كتلة المشروعية الإدارية .

هذا عن المدلول العام لمبدأ المشروعية ، إذا فما هو مضمون هذا المبدأ من زاوية القانون الإداري ، لبيان ذلك نوضح مبدأ المشروعية وما هو نطاق هذا المبدأ، وما هي مصادر المشروعية ، وهذا ما سنوضحه على النحو التالي:

المبحث الأول : مضمون مبدأ المشروعية الإدارية

المبحث الثاني : مصادر مبدأ المشروعية .

المبحث الثالث : موازنة مبدأ المشروعية.

المبحث الأول

مضمون مبدأ المشروعية

يقصد بمبدأ المشروعية من زاوية القانون الإداري ، هو خضوع جميع الأعمال المادية والتصرفات القانونية الصادرة عن الدولة ، للقواعد القانونية القائمة أيا كان شكلها أو مصدرها^(١)، أي أن الدولة تكون ملتزمة عند مباشرتها أوجه انشطتها المختلفة باحترام جميع القواعد القانونية النافذة في الدولة .

وحتى يمكننا القول بخضوع الدولة للقانون كلياً وبالتالي تحقيق مبدأ المشروعية، يجب أن تخضع السلطات الثلاث في الدولة للقانون ، فخضوع السلطة التنفيذية للقانون يعني أن تلتزم هذه السلطة بالقانون في جميع تصرفاتها القانونية أو المادية. ويعني خضوع السلطة التشريعية للقانون أن تخضع هذه السلطة عند القيام بمهامها بالتشريع لقواعد قانونية تسمو عليها وتقيدها ، فإذا أصدرت السلطة التشريعية قواعد قانونية لا تراعي فيها أحكام الدستور تكون قد تعدت بذلك على حقوق الأفراد وحررياتهم ، ومن ثم كان يجب إخضاع هذه السلطة إلى أحكام الدستور شأنها شأن الأفراد ، وخضوع السلطة القضائية للقانون يعني أن تلتزم هذه السلطة بأحكام القانون عند الفصل في المنازعات التي تعرض عليها ، ووجود دوائر استئنافه للرقابة على قرارات المحاكم الدنيا.

أما مضمون مبدأ المشروعية بالنسبة للإدارة : يعني أن أي تصرف صادر من السلطة التنفيذية يجب أن يكون مستنداً إلى قاعدة عامة مجردة موجودة سلفاً وسابقة على صدور مثل هذا التصرف، وما من قرار فردي تتخذه الإدارة، وما من عقد تتولى إبرامه إلا وكان قائماً على أساس هذه القاعدة العامة المسبقة.

فيجب على الإدارة عند أداء وظيفتها وتنفيذ مهامها المكلفة بها قانوناً، أن تضع نصب أعينها مقتضيات مبدأ المشروعية، بأن تكون قراراتها وتصرفاتها متطابقة وأحكام القانون وإلا تعرضت هذه التصرفات للإلغاء، ومرتببة بذلك مسئوليتها تجاه من أضرت به هذه التصرفات بوصفها عملاً غير مشروع وضار.

وإذا كان هذا المبدأ يقتضي أن تكون تصرفات الإدارة في حدود ما يرسمه القانون ، ويراد هنا بالقانون المفهوم الواسع ، كل قاعدة عامة مجردة سواء كان مصدرها نصاً دستورياً أو نصاً

(١) د. رمضان محمد بطيخ ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية القاهرة ط ١٩٩٨/٢ ص ١٧.

تشريعاً تقرره السلطة التشريعية المختصة بالتشريع أم قراراً تنظيمياً ممن يملك إصداره، هذا مع الأخذ في الإعتبار ضرورة مراعاة مبدأ التدرج في القوة^(١).

بحيث تحترم القواعد القانونية الأدنى القاعدة القانونية الأعلى، فالقوانين في المملكة العربية السعودية أم في غيرها من الدول ليست متساوية وإنما تتدرج من حيث قوتها ومرتبته، فالدستور هو القاعدة الأساسية الأعلى التي تحدد معالم المجتمع ونظامه وينظر إليها باعتبارها أعلى المراتب في القوة، وهو في المملكة العربية السعودية يسمى بالنظام الأساسي للحكم الذي يتوافق مع الروح العامة للشريعة الإسلامية . وبلي ذلك في المرتبة القوانين وهي القواعد التي تحكم علاقات الافراد بعضهم ببعض أو بهيئات الدولة وهي تعرف بالأنظمة ، ثم تأتي التشريعات الفرعية في نهاية الترتيب والتي تسمى باللوائح ، فاللائحة لا ينبغي لها مخالفة الأنظمة ، والإنظمة ينبغي ألا تخالف النظام الأساسي للحكم أو أحكام الشريعة الإسلامية نصاً وروحاً ، لذلك ينبغي أن تحترم الإدارة القانون في جميع تصرفاتها القانونية والمادية^(٢).

المطلب الأول

شروط تحقيق مبدأ المشروعية

إن تحقيق مبدأ المشروعية، وتجسيده في أرض الواقع يفرض توافر ثلاثة شروط حتى يمكننا القول بوجود سيادة للقانون في الدولة وبالتالي تحقق مبدأ المشروعية ، ينجم عن تخلف أحدها غياب ما يسمى بمبدأ سيادة القانون ، ومن ثم اختفاء معالم و مظاهر الدولة القانونية، وهذه الشروط هي :

١- الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات.

٢- التحديد الواضح لسلطات وإختصاصات الإدارة.

٣- وجود رقابة قضائية فعالة.

(١) د. محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٣ ص ٢٤ .
(٢) د. فادي نعيم علوانه، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، رسالة ماجستير ٢٠١١، ص ١٤.

١- الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات

مبدأ الفصل بين السلطات يعنى ضرورة توزيع السلطات الأساسية في الدولة على هيئات مختلفة ، بحيث لا تتركز في هيئة واحدة حتى لا تستبد وتتعسف وتجور على حقوق وحرىات الأفراد. وكما قال المفكر الفرنسي مونتسكيو أن السلطة توقف السلطة ، بمعنى أن تعدد السلطات ووجود رقابة متبادلة بينهم من شأنه أن يضمن إحترام الدستور والقانون ويضمن حماية حقوق وحرىات الأفراد وهذا ما يؤكد لنا إرتباط سيادة القانون بالنظام الديمقراطي ويجعلنا نفهم وندرك لماذا يعتبر الفصل بين السلطات شرطاً للديمقراطية وأيضاً شرطاً لسيادة القانون .

٢- التحديد الواضح لسلطات وإختصاصات الإدارة

إن مبدأ المشروعية لا يمكن أن يتحقق في أرض الواقع إلا إذا كانت أعمال و صلاحيات السلطة الإدارية (التنفيذية) واضحة و محددة سلفاً . فلتتزم بالقيام بأعمال معينة ضمن أطر محددة، وهذا ما يدخل تحت عنوان التنظيم الإداري ، بحيث إذا قامت الإدارة بإصدار قرارات خارج نطاق إختصاصها عد عملها هذا غير مشروع و كذلك الحال في حال ابتعادها عن الهدف والغاية منه وهو تحقيق المصلحة العامة^(١).

ويرجع الهدف من تحديد صلاحيات السلطة التنفيذية دون سواها، إلى أن صلاحيات السلطة التشريعية واضحة وعادة ما تتكفل دساتير الدول بتبيان القواعد العامة لممارسة العمل التشريعي تم ياتي القانون ليتولى تفصيل هذه القواعد. كما أن صلاحيات ووظائف السلطة القضائية واضحة و محددة فهي التي تتولى الفصل في المنازعات والخصومات بما يقره القانون وطبقاً للإجراءات المعمول بها.

ويبقى الإشكال بالنسبة للسلطة التنفيذية أو الإدارية على اعتبار أنها السلطة الأكثر علاقة واحتكاكا بالأفراد، و أكثرها من حيث الهيكل الإداري وتشعب معاونيها وموظفيها ، الامر الذي فرض تحديد مجال التعامل وتحديد دقيق للاختصاص بما يكفل إحترام مبدأ المشروعية لضمان عدم تعسف الجهات الإدارية .

ومن هنا كان تحديد إختصاص الجهات الإدارية المختلفة (المركزية والإقليمية والمرفقية) تجسيداً لمبدأ المشروعية، لجبر الإدارة على إحترام مبدأ المشروعية.

٣- وجود رقابة قضائية فعالة

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٦.

يعد هذا الشرط الضمانة الحقيقية الوحيدة لإحترام سيادة القانون وتحقيق مبدأ المشروعية ، حيث لا أهمية من وجود قيود دستورية أو قانونية على نشاط وسلطات الهيئات الإدارية إن لم تخضع هذه الهيئات التنفيذية لجهة قضائية تراقب مدي إحترامها لهذه الضوابط وتلك القيود . كما أنه لا بد أن تكون هذه الرقابة القضائية على قدر من الفاعلية هذه الفاعلية تتحقق في ظل نظام قضائي متميز يسمح للأفراد بتقديم الطعون ضد أعمال الإدارة وقراراتها وبالذات الطعن بالإلغاء ضد القرارات غير المشروعة حيث يقوم القاضي بإلغاء تلك القرارات إذا ما تحقق لديه عدم مشروعيتها^(١).

المطلب الثاني

نطاق مبدأ المشروعية

على الرغم من إتفاق الفقه على أن مفهوم مبدأ المشروعية يعني إلتزام الإدارة بحكم القانون ، إلا إنهم اختلفوا فيما بينهم حول مدى إلتزام الإدارة بالخضوع لحكم القانون ، وهو ما يسمى بنطاق مبدأ المشروعية إلى ثلاثة اتجاهات ، تدور في مجملها على التوازن بين أعمال السلطة التقديرية للإدارة من جانب ، والتقييد بمبدأ المشروعية من جانب آخر ، وهوما سنوضحه على النحو التالي:

الإتجاه الأول :

ذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى القول بأن المقصود بإلتزام الإدارة هنا، هو ضرورة اتفاق كافة أعمال الإدارة مع حكم القانون ، ومعنى ذلك ألا تكون اعمالها مخالفة لقاعدة قانونية ، أي يتعين على الإدارة أن تتأى بنفسها عن مخالفة القانون ، فيما تجريه من تصرفات وأعمال ، من خلال مطابقة هذه الأعمال والتصرفات مع قواعد القانون، إذ أن خضوعها للقانون و إلتزامها بأحكامه، يستتبع بالضرورة عدم خروجها على قواعده أو الإخلال بها ، وكما هو واضح فإن هذا الإتجاه قد وسع من سلطة الإدارة على حساب مبدأ المشروعية ، بما يحقق للإدارة من سلطة تقديرية واسعة في التصرف، لا يقيدتها في ذلك سوى عدم مخالفتها للقانون. أي أنه فسر مبدأ المشروعية تفسيراً ضيقاً هو عدم مخالفة القانون.

الإتجاه الثاني :

(١) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التأديب، دار الفكر العربي، ١٩٩٥، ص ٢٥.

ذهب إلى أن المقصود بالتزام الإدارة هنا، يعنى ضرورة أن تستند الإدارة في كل عمل تأتية، سواء كان تصرفاً قانونياً أو عملاً مادياً ، على أساس قانوني ، فليس فقط ضرورة أن تكون تصرفات الإدارة مطابقاً للقانون أو غير مخالفة له ، وإنما يجب إضافة إلى ذلك أن تكون هذه التصرفات مستندة إلى قاعدة قانونية تجيزها، فإذا تخلف هذا الأساس كان عمل الإدارة غير مشروع ، فهذا الإتجاه يقيد مشروعية عمل الإدارة، بوجود سند له في القانون يقوم عليه ويبرره ، وبالتالي فإن أي خروج من الإدارة عن القواعد القانونية المحددة سلفاً ، يعد خروجاً منها في ذات الوقت عن إطار المشروعية ، وهكذا يعمل أنصار هذا الإتجاه على توسيع نطاق المشروعية ، على حساب سلطة الإدارة مما يعنى فى المقابل تضيق نطاق حرية الإدارة فى التصرف ، والحد من حرية التقدير لديها وسلطتها في مباشرة وظائفها .

الإتجاه الثالث :

يذهب هذا الإتجاه إلى أبعد من سابقه ، إذ يقرر أن كل عمل تقوم به الإدارة لا يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره ، إلا إذا كان عبارة عن تجسيد وتطبيق حرفي للقانون ، فان لم يكن عمل الإدارة تنفيذاً لقاعدة قانونية مسبقة ، فإنه بذلك يكون مخالفاً لمبدأ المشروعية .

وكما هو واضح فإن هذا الإتجاه يقيد حرية الإدارة فى تصرفها، بصورة تفقد معها ليس فقط القدرة على التجديد والإبتكار ، وإنما أيضاً القدرة على الإستقلال فى مباشرة تصرفها، ومن مقتضى ذلك تكون الإدارة مجرد أداة لتنفيذ حكم القانون ، مما يفقدها القدرة على الإستقلال ويشل حركتها^(١) .

وبالنظر إلى الإتجاهات الثلاثة نجد عدم صحة الإتجاه الأخير لأنه تجاهل تماماً السلطة التقديرية للإدارة فى ملائمة ومناسبة الأعمال والإجراءات التى تتخذها لتسيير وإدارة المرافق العامة.

أما فيما يتعلق بالإتجاهين الآخرين فذهب غالبية الفقه الإداري إلى الجمع بينهما^(٢)، بإعتبار أن كلاً منهما يعد متمماً ومكماً للآخر ولا يوجد تعارض أو تناقض بينهما ، ويتخذ منهما معاً المعنى المحدد لخضوع الإدارة للقانون او نطاق مبدأ المشروعية ، حيث أن الإتجاه الأول، يضع على الإدارة التزاماً سلبياً يتمثل فى الإمتناع عن الخروج على أحكام القانون، ويضع الإتجاه الثاني التزاماً إيجابياً على الإدارة ، بأن يكون عملها مستنداً على أساس من القانون.

(١) د. محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٣ ص ٢٤ .

(٢) د. محمود محمد حافظ ، المرجع السابق ص ٢٥ ، د. رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق ص ١٩ ، د. رأفت فوده ، المرجع السابق ص ٣٣ ، د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق ص ٢٧ وما بعده.

ومن ثم فإن نطاق مبدأ المشروعية يقيد سلطة الإدارة من ناحيتين ، فمن ناحية أولى: لا تستطيع الإدارة وهي تمارس أنشطتها أن تخالف قواعد القانون أو تخرج على مقتضاها ، ومن ناحية ثانية: لا تستطيع الإدارة أن تباشر أوجه نشاطها إلا تطبيقاً لقواعد القانون ، بمعنى أنه لا يكفي للألتزاماً بمبدأ المشروعية ، أن تمتنع الإدارة عن مخالفة القواعد القانونية القائمة ، وإنما يتعين عليها أيضاً أن لا تُجري تصرفاً أو عملاً إلا وفقاً لتلك القواعد .

مما تقدم يتضح أن مضمون مبدأ المشروعية بالنسبة للسلطة الإدارية ، يعني خضوع هذه السلطة للقانون بمفهومه العام ، ونزولها على أحكامه ، في مباشرة مجالات نشاطها المختلفة ، بحيث إذا خالفت القانون أو خرجت على قواعده ، فإن قرارها يكون غير مشروع ، وساغ لذوي الشأن طلب إلغائه و التعويض عنه أيضاً ، إذا كان لذلك مقتضى .

المبحث الثاني

مصادر مبدأ المشروعية

يُقصد بمصادر المشروعية ، الموارد التي تستمد منها وجودها القانوني. وإذا كان الفقه متفق على أن المشروعية الادارية تعني خضوع الإدارة للقانون في جميع تصرفاتها القانونية والمادية. وأن مبدأ المشروعية يحتم على الإدارة العمل طبقاً لما تقضي به مجموعة القواعد القانونية تبعاً لإختلاف تدرجها ، لذلك فإن هذه القواعد تعتبر مصادر مبدأ المشروعية . ويمكننا تصنيف مصادر المشروعية إلى قسمين رئيسيين هما المصادر المكتوبة والمصادر غير المكتوبة.

والمصادر المكتوبة ، تشمل الدستور والتشريعات العادية والمعاهدات و اللوائح.

أما المصادر غير المكتوبة تشتمل العرف و المبادئ العامة للقانون وهو ما نعرضه فيما يلي:

المطلب الاول

المصادر المكتوبة

يقصد بالمصادر المكتوبة مجموعة القواعد القانونية المدونة والصادرة عن سلطة عامة رسمية مختصة ، وتشمل قواعد المشروعية الإدارية ذات المصدر المكتوب ، وفقاً لتدرجها ، فيما تقرره السلطة التأسيسية من تشريعات أساسية أو دستورية ، وفيما تسنه السلطة التشريعية من

تشريعات عادية أو قوانين ، وفيما تضعه السلطة التنفيذية من تشريعات فرعية أو لوائح ، لذا تتفاوت في درجة قوتها القانونية في الدولة على النحو التالي :

(أ) الدستور (التشريعات الأساسية):

هو " مجموعة من القواعد تبين المعالم الأساسية للدولة ، فتحدد الشكل الذي تكون عليه ديانتها ولغتها والسلطات التي تتولي أعباء الحكم فيها والمبادئ العامة التي تقرر حقوق افرادها وما إلي ذلك من مسائل أساسية"^(١).
و يظهر ذلك جلياً في المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية حيث نصت على أن " المملكة العربية السعودية، دولة إسلامية، ذات سيادة تامة، دينها الإسلام، ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم. ولغتها هي اللغة العربية وعاصمتها مدينة الرياض"^(٢).

وتعتبر قواعد الدستور ، التشريع الأساسي الأعلى في الدولة ، والمصدر الأول لمبدأ المشروعية ، فهي تأتي على قمة الهرم بالنسبة للقواعد القانونية الأخرى ، وبهذه المثابة فإنها تعلوها جميعاً وتسمو على ما عداها ، حيث تكون لها الأولوية في التطبيق إذا ما نشأ تعارض بينها وبين غيرها من القواعد القانونية التي تدونها في المرتبة ، وهو ما يسمي في المملكة العربية السعودية بالنظام الأساسي للحكم .

وينبغي على ذلك أن قواعد الدستور تكون هي الأساس لكل قاعدة قانونية تليها في المرتبة، سواء صدرت هذه القاعدة من المنظم في صورة قانون ، أم من الإدارة في صورة قرار تنظيمي أو لائحى أو حتى فردي ، ويستتبع ذلك أنه لا يجوز لأي من السلطات العامة في الدولة ، أن تجاوز حدود قواعد الدستور فيما تقوم به من أعمال ، وما تمارسه من مهام ، وإلا عد عملها مخالفاً لمبدأ المشروعية^(٣).

طرق وضع الدساتير

(١) د. سعيد علي يحيى د. محمد الشيخ عمر د. نبيل إبراهيم سعد ، مبادئ القانون ، الطبعة الثانية ١٤١٠هـ ١٩٩٠ ، ص ٦٢.

(٢) راجع المادة (الأولى) من النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية الصادر عام ١٤١٢هـ الباب الأول ، المبادئ العامة .

(٣) د. جورجى شفيق ساري، القضاء الإداري، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢٠ ، راجع كذلك د. محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص ٢٨.

تختلف الطرق التي توضع بها تلك الدساتير من دولة إلى أخرى ، فمنها من اتبع طريق الجمعية التأسيسية التي تكون بغرض وضع الدستور فحسب بحيث ينتهي وجودها بتمام مهمتها. وقد يتم وضعه عن طريق الإستفتاء العام الشعبي ، حيث يستطلع رأي المواطنين في نصوصه، كما قد يكون وضعه عن طريق منحه من السلطة الحاكمة كما هو الحال في المملكة .

وفي هذا الصدد نلاحظ أن الإسلام قد أوجب الشورى كأساس تقوم عليه علاقة الحاكم بالمحكومين من أفراد المجتمع ، دون تحديد للتفاصيل المتعلقة بكيفية ممارستها تاركاً الأمر للظروف الخاصة بكل دولة على حدة . ولذلك نجد المادة (الثامنة) من النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية تنص على " يقوم الحكم في المملكة العربية السعودية على أساس العدل والشورى والمساواة وفق الشريعة الإسلامية^(١) .

ومن الجدير بالذكر نشير إلى أن مخالفة الإدارة لقواعد الدستور غالباً ما تتم بصورة غير مباشرة وبدون أن يصدر خطأ من جانب الإدارة ، وذلك عندما تقوم الإدارة بتنفيذ أحكام القانون الذي سن أو صيغ بصورة خاطئة لا تتوافق وأحكام للدستور، وبالتالي فإن مخالفة القرار الإداري للدستور في هذه الحالة ، يعود في الأصل للمشرع الذي سن القانون وليس للإدارة ، الأمر الذي تثار معه بحكم اللزوم الحتمي ، مسألة دستورية القانون الذي صدر القرار على أساسه ، ومع ذلك قد تتحقق مخالفة القرار الإداري للدستور بصورة مباشرة ، وذلك عندما تصدر الإدارة قراراتها دون الإستناد إلى قانون قائم.

(ب) التشريعات العادية " القوانين :

يقصد بالتشريعات العادية أو القوانين ، مجموعة القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية لتنظم بها الأوجه المختلفة لنشاط الدولة الإقتصادي والاجتماعي. وتعد التشريعات من أهم قواعد المشروعية ذات المصدر المكتوب، لأن السلطة الإدارية بوصفها الأداة التنفيذية للدولة ، منوط بها بحكم وظيفتها، مهمة تنفيذ القوانين، ووضعها موضع التطبيق الفعلي ، وبالتالي فإنه يقع علي عاتقها واجب الإلتزام بأحكام هذه القوانين ، وعدم إتخاذ أي إجراء أو تصرف من شأنه تعديلها أو تعطيلها أو الإعفاء من تنفيذها^(٢) .

وتأتي التشريعات العادية أو القوانين في المرتبة التالية لقواعد الدستور من حيث قوتها في سلم التدرج القانوني، وهي بهذه المثابة تعتبر المصدر الثاني من المصادر المكتوبة لكتلة قواعد

(١) راجع المادة (الاولى) من النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية الصادر عام ١٤١٢هـ الباب الاول المبادي العامة ..

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٢٨.٢٥.

المشروعية الإدارية ، الأمر الذي يفرض على الإدارة الإلتزام بأحكامها فيما تجريه من أعمال في سائر مجالات نشاطها الإداري ، وإلا اتسمت هذه الأعمال بعدم المشروعية .

والسلطة التشريعية في المملكة العربية السعودية سلطة مركبة فهناك الملك ومجلس الوزراء الذي يدرس القوانين وهناك مجلس الشورى أيضاً ، ولقد وضع نظام مجلس الوزراء^(١)، إجراءات يتعين إتباعها لسن تلك التشريعات العادية أو القوانين باستثناء الجرائم والعقوبات المحددة شرعاً، وتتمثل تلك الإجراءات فيما يلي:

١- الإقتراح والإعداد.

وهو الإجراء الأول في عملية سن التشريعات والقوانين حيث خولت المادة (٢٢) من نظام مجلس الوزراء المشار إليه، لكل من الوزراء ولأعضاء مجلس الوزراء الحق في أن يقترح ما يراه مناسباً وفيه مصلحة علي مجلس الوزراء بحثه ، حيث جاء نصها " لكل وزير الحق بأن يقترح مشروع نظام أو لائحة يتعلق بأعمال وزارته. كما يحق لكل عضو من أعضاء مجلس الوزراء أن يقترح ما يرى مصلحة من بحثه في المجلس بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء".

ويلاحظ هنا أن حق الوزير في التقدم بالإقتراح هنا لا يقتصر على ما يتعلق بشئون وزارته فحسب وإنما أيضاً يشمل حقه في التقدم بما يراه محققاً للمصلحة العامة حتى ولو تعلق المشروع بغير وزارته .

ومن الجدير بالذكر أن حق الاقتراح لا يقتصر على مجلس الوزراء فقط ، وأما خول النظام الاساسي للحكم لمجلس الشورى أيضاً الحق في أن يقترح ما يراه مناسباً بحق تلك التشريعات ، حينما تحدث على اختصاصته في المادة(١٥) بقولها " يُبدي مجلس الشورى الرأي في السياسات العامة للدولة التي تُحالُ إليه من رئيس مجلس الوزراء، وله على وجه الخصوص:

٢- دراسة الأنظمة واللوائح، والمعاهدات، والاتفاقيات الدولية، والامتيازات، واقتراح ما يراه بشأنها"^(٢).

(١) راجع نظام مجلس الوزراء الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٨ وتاريخ ٢٢ شوال ١٣٧٧هـ والمعدل بالمرسوم الملكي رقم ١٤ بتاريخ ٧/١٣٨٤هـ.

(٢) راجع نص المادة (١٥) من نظام مجلس الشورى الصادر بالأمر الملكي رقم ٩١/أ وتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ.

كما جاءت المادة(١٧) لتنظم ما يطرأ من تباين فى وجات النظر بين المجلسين حيث أمرت بأن "تُرفع قرارات مجلس الشورى إلى رئيس مجلس الوزراء، ويُحيلها إلى مجلس الوزراء للنظر فيها، فإن اتفقت وجهات نظر المجلسين صدرت بعد موافقة الملك عليها، وإن تباينت وجهات النظر فللملك إقرار ما يراه.

٢- مرحلة المناقشة والتصويت .

يختص مجلس الوزراء بهذا الإجراء بإعتباره هيئة تشريعية وفقا للمادة (٢١) من النظام والتي تنص على " يدرس مجلس الوزراء مشروعات الأنظمة واللوائح المعروضة عليه ويُصوت عليها مادة ماده ثم يصوت عليها بالجملة وذلك حسب الإجراءات المرسومة في النظام الداخلي للمجلس".

٣- مرحلة التصديق .

التصديق أو الإعتماد من صلاحيات جلاله الملك ، فبمجرد إقرار مجلس الوزراء المشروع بعد التصويت عليه ، يُرفع الأمر للديوان الملكي ، ولجلالة الملك حق الاعتراض على المشروع ورده خلال ثلاثين يوماً متضمناً الأسباب التي دعت إلى الرفض ، ولمجلس الوزراء بعد تسلّم الرفض حق إعادة بحث المشروع مرة أخرى للمناقشة أو البت فيه ، أما إذا لم يتسلم المجلس المرسوم أو الأمر الملكي خلال (٣٠) يوم فلرئيس مجلس الوزراء إتخاذ ما يراه مناسباً وإحاطة المجلس بذلك^(١).

٤- مرحلة الإصدار :

بعد التصويت على مشروع القانون من قبل مجلس الوزراء يرفع للديوان الملكي على النحو السالف ذكره ، للتصديق عليه ، وبمجرد توقيع جلاله الملك على المرسوم ، يتعين على الرئيس الأعلى للسلطة التنفيذية إصدار أمره إلى كافة الهيئات التنفيذية لإتخاذ الإجراءات اللازمة التي تكفل تنفيذه كل فيما يخصه . وهذا ما أكدته المادة (٢٠) من نظام مجلس الوزراء

(١) د. سعيد علي يحيى د. محمد الشيخ عمر د. نبيل إبراهيم سعد ، مبادئ القانون ، الطبعة الثانية ١٤١٠هـ . ١٩٩٠ ، ص ٦٢.

بقولها" مع مُراعاة ما ورد في نظام مجلس الشورى، تصدر الأنظمة، والمُعاهدات، والإتفاقيات الدولية والإمتيازات، وتُعدل بموجب مراسيم ملكية بعد دراستها من مجلس الوزراء".

٥- مرحلة النشر:

هي آخر مرحلة سن القوانين ، وفي الواقع أن إصدار القانون في حد ذاته لا يكون كافياً للقول بوجود قانون أو تشريع يحتم علي الأفراد الإلتزام بموجبه ، حيث أن القانون أو التشريع لا يمكن أن يرتب أثاره القانونية وبالتالي وجوده إلا إذا وصل إلي علم المخاطبين به ، وهو أمر لا يأتي إلا عن طريق نشر التشريع في الصحف الرسمية، وفي ذلك يقول نظام مجلس الوزراء " يجب نشر جميع المراسيم في الجريدة الرسمية، وتكون نافذة المفعول من تاريخ نشرها ما لم يُنص على تاريخ آخر"^(١) ويقصد بالنشر هنا كتابة نص القانون في الجريدة الرسمية وهي جريدة أم القري.

(ج) المعاهدات الدولية :

تعتبر المعاهدات الدولية مصدرا من مصادر المشروعية المكتوبة في الدولة متى تم إبرامها والمصادقة عليها من قبل السلطة المختصة بذلك ، إذ أنها بعد التصديق عليها تصبح جزءا من النظام القانوني الداخلي ، تلتزم السلطات العامة والأفراد باحترامها ، والوقوف على ما تقرره من أحكام ، ويذهب فقهاء القانون الدولي العام إلى أن للمعاهدات قوة القانون بين أطرافها، فهي تلزم الدول التي صادقت عليها ، تطبيقا لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين .

غير أن مرتبتها في سلم تدرج القواعد القانونية ، يختلف من دولة لأخرى ، ففي النظام القانوني الفرنسي يكون للمعاهدات المصادق عليها قيمة قانونية أعلى من تلك المقررة للقانون العادي ، بينما في النظام القانوني المصري لا يكون لها سوى قوة القانون العادي بعد التصديق عليها ونشرها ، أما في النظام السعودي فلم يختلف عن قرينه المصري حيث ساوى هو أيضاً بين المعاهدات والإتفاقيات الدولية وبين الأنظمة أو القانون العادي من حيث القوة ، ومصدرنا في ذلك المادة (٢٠) من نظام مجلس الوزراء السعودي التي نصت على انه "مع مُراعاة ما ورد في نظام مجلس الشورى، تصدر الأنظمة، والمُعاهدات، والاتفاقيات الدولية والإمتيازات، وتُعدل بموجب مراسيم ملكية بعد دراستها من مجلس الوزراء" فنجد هنا أن القوانين تشترك مع المعاهدات من حيث الإختصاص فيصدرها الملك بصفته رئيس مجلس الوزراء بموجب مراسيم ملكية ، مما يؤكد

(١) راجع نص المادة(٢٣) من نظام مجلس الوزراء ، سابق الإشارة إليه.

مساوتهم في القوة القانونية هذا من جانب ،ومن جانب آخر فهما يتحدا، من حيث موضوعهما كونهما يضعون قواعد عامة مجردة تخاطب جميع سكان الدولة .

(د) التشريعات الفرعية (اللوائح):

يقصد بالتشريعات الفرعية أو اللوائح ، مجموعة القواعد القانونية الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية مراعية في ذلك اختصاصها وحدودها ، فالأصل ان السلطة التشريعية هي التي تصدر القانون الذى يتضمن القواعد القانونية العامة والمجردة وأن السلطة التنفيذية هي التي تقوم على تنفيذها ، واستثناءً من تلك القاعدة اعطى المنظم الدستوري في مختلف النظم القانونية المقارنة الحق للسلطة التنفيذية في اصدار قواعد قانونية عامة مجردة مماثلة للتشريع (اللوائح) بضوابط وحدود معينة استجابة للحاجات المتزايدة والسريعة والمتلاحقة التي تقتضى تنظيم وإدارة المرافق العامة واشباع حاجات الافراد ، والى قد تقتضى اتاحة الفرصة للمشاركة من السلطة التنفيذية في اصدار تلك اللوائح الشبيهة بالقانون، ومن أمثلتها، اللوائح المتعلقة بالقبول في الجامعات ، والصحة والمرور.... إلخ.

وعلى الرغم من أن اللوائح تتشابه مع القوانين ، فيما تتضمنه من كونها قاعدة عامة مجردة ، إلا أنها تختلف عنها كونها تدرج في طائفة أعمال الإدارة القانونية ، لصدورها عن السلطة التنفيذية ، وهذا هو المعيار الشكلي أو العضوي المعمول عليه في التمييز بين اللائحة وبين التشريعات الرئيسية أو القوانين العادية.

وتنقسم اللوائح إلى ، لوائح تنفيذية - ولوائح تنظيمية - ولوائح ضبط :

اللوائح التنفيذية: هي التي تصدر تنفيذاً للقوانين ، حيث أن القوانين أو التشريعات تصدر متضمنة الأحكام الأساسية تاركة المسائل الفرعية أو التفصيلية للجهة التنفيذية التي يعينها الأمر ، لتصدر بشأنها اللوائح التنفيذية نظراً لما تتمتع به تلك الجهات من خبرات عملية تفتقر إليها السلطة التشريعية ، كما يتضمن القانون تحديد الجهة التي لها حق إصدار اللائحة التنفيذية أو تفويض الوزير المختص بإصدارها ، ومن هذه اللوائح ، اللائحة التنفيذية لنظام العمل والعمال.

اللوائح التنظيمية أو المستقلة: وهي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بغرض تنظيم العمل في المصالح والمرافق العامة ، وتعتبر هذه اللوائح أكثر اللوائح إلتصاقاً بالنسبة للسلطة التنفيذية لأنها لا تصدر تنفيذاً لقانون وإنما لتنظيم تلك المرافق والمصالح بهدف المحافظة على النظام العام بعناصره المختلفة ، وينعقد الإختصاص في إصدار تلك اللوائح فى المملكة العربية السعودية لمجلس الوزراء إلا أنه كثيراً ما يفوض الوزير المختص فى إصدارها .

لوائح الضبط: وهي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بغرض إقرار النظام العام بمفهومه بمدلولاته الثلاثة وهي (حفظ الأمن - والسكينة - والصحة العامة) وتتميز هذه اللوائح بالخطورة نظراً لأنها تحد من حريات الأفراد بالقيود التي تفرضها تحقيقاً لأهدافها وتوقيع الجزاء على من يخالفها هذا من جانب ، ومن جانب آخر فإن السلطة التنفيذية تملك إصدار هذه اللوائح ابتداءً حتى ولو يكن هناك قانون صدر في هذا الشأن بما تراه محققاً للحفاظ على النظام العام .

وتعتبر اللوائح بصورها المختلفة مصدراً من مصادر المشروعية الإدارية، الأمر الذي يوجب على الإدارة الالتزام بها وعدم الخروج على أحكامها ، إذ أن أي إخلال بها يشكل انتهاكاً لمبدأ المشروعية ، ويجعلها عرضة للإلغاء .

وتتبعاً للوائح في سلم تدرج القواعد القانونية، المرتبة التالية للتشريعات العادية أو القوانين، ومن ثم فإنه يتحتم على اللائحة لاكتسابها صفة المشروعية ابتداءً ، أن لا تكون مخالفة لقواعد الدستور أو لأحكام القوانين ، حيث يتعين أن تتفق نصوصها مع أحكام القواعد القانونية الأعلى درجة ، وأي إخلال أو خروج منها عن ذلك ، يجعلها غير مشروعة ، ويعرضها للإلغاء.

المطلب الثاني

المصادر غير المكتوبة

تشمل المصادر غير المكتوبة للمشروعية ، المبادئ العامة للقانون ، والعرف الإداري ، وهو ما نعرض له فيما يلي :

(أ) المبادئ العامة للقانون :

ينصرف تعبير المبادئ العامة للقانون إلى مجموعة القواعد القانونية الغير مقننة ، التي يستلهمها القضاء من روح التشريع العام في الدولة ويكشف عنها في أحكامه ، تجسد الافكار الفلسفية والقيم الإجتماعية القائمة في ضمير الجماعة التي تهيمن على النظام القانوني السائد في المجتمع ، يلجأ إليها القاضي عندما لا يجد حلاً للنزاع بحسب الظروف والعوامل السياسية والإقتصادية والإجتماعية والقيم الدينية والثقافية السائدة في المجتمع ، وهذه المبادئ قد تخص دولة معينة ، وقد تشمل مجموعة من الدول تعكس القيم القانونية فيهم ، كما قد تكون هذه المبادئ ذات بعد عام ، بحيث تشكل قاسماً مشتركاً من القيم بين النظم القانونية للدول جميعاً .

ففي فرنسا مثلاً كشف مجلس الدولة عن عدد من المبادئ العامة للقانون ، استوحاها من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ م، ومعظمها قابل للتطبيق في كافة الدول تقريباً ،

نظراً لطابعها العام القانوني والإنساني ، وتلعب هذه المبادئ دوراً مؤثراً وحيوياً في القانون الإداري بصفة خاصة ، للسمة البارزة التي يتصف بها هذا القانون ، وهو أنه قانون قضائي غير مقنن في معظم جوانبه ، ولهذا يقوم فيه القضاء بدور خلاق ، عن طريق ابتداع الحلول المناسبة للنزاعات التي تنشأ بين الإدارة والأفراد ، حين لا تسعفه النصوص في حسم النزاع المطروح عليه ، وذلك من خلال استخلاصه أحد المبادئ العامة للقانون ، من مجموع القواعد القانونية المهيمنة على التنظيم السياسي والإقتصادي والاجتماعي القائم في الدولة ، وهو في ذلك لا يخرج عن نطاق وظيفته القضائية ، إذ أنه لا ينشئ المبدأ أو يخلقه من فراغ ، وإنما يكشف عنه ويستخلصه من الضمير القانوني للجماعة ، والروح العامة للتشريع السائد فيها ، فالمبادئ العامة للقانون تظهر في الواقع نتيجة تفسير القضاء لإرادة المشرع الضمنية ، والضمير العام للجماعة .

وفي المملكة العربية السعودية تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي الذي يتعين الرجوع إليه لحكم العلاقات المختلفة، ويتعين الرجوع لحكمها متى لم يكن لها تنظيمًا صريحاً لتلك العلاقات في التشريعات المقررة في الدولة ، فالمعلوم ان الشريعة الإسلامية نظمت بعض العلاقات إلا أن بعض منها لم تتعرض لها بالتنظيم خاصة فيما يتعلق بالمعاملات المالية والإدارية بمفهومها الحديث ، الأمر الذي إضطر الدولة إلي سن القوانين لتتولي وضع تنظيمًا مفصلاً لتلك المعاملات ، وهذه التنظيمات لا تعدو كونها مجرد اجتهاد تستعين به الدولة بوصفه مصدرًا مكملًا للمصادر الأصلية للشريعة ومتفقة مع ما تقتضيه وغير مخالفة لها.

ومن هنا يصبح القانون (التشريع) هو القاعدة التي يجب الرجوع إليها في حسم النزاع ، فإذا لم يجد القاضي نصاً ينطبق على النزاع المعروض ، فإن عليه العمل بإصول الاجتهاد بالرجوع إلي مبادئ الشريعة الإسلامية ليستوحي منها حلاً للنزاع المطروح ، وهو ما نص عليه النظام الأساسي للحكم (دستور المملكة العربية السعودية) بقوله " يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى، وسنة رسوله. وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة" (١).

كما أخذ نظام العمل السعودي بتلك القاعدة في المادة (٢٢٣) بقولها "لا يجوز لأي هيئة من الهيئات المنصوص عليها في هذا الباب أن تمتنع عن إصدار قرارها بحجة عدم وجود نص في

(١) راجع نص المادة (٧) من النظام الأساسي للحكم بالمملكة العربية السعودية ، بالأمر الملكي رقم أ/٩١ وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ.

هذا النظام يمكن تطبيقه، وعليها في هذه الحالة أن تستعين بمبادئ الشريعة الإسلامية وما استقرت عليه السوابق القضائية والعرف وقواعد العدالة^(١).

وعلى الرغم من إجماع الفقه على تمتع المبادئ العامة للقانون بالقوة الإلزامية باعتبارها من القواعد القانونية التي تدخل ضمن مصادر مبدأ المشروعية الإدارية الغير مدونة ، إلا انه اختلف حول مرتبتها في سلم تدرج القواعد القانونية ، فمنهم من وضعها في مصاف القواعد الدستورية، ومنهم من وضعها في مرتبة وسط بين الدستور والقانون، ومنهم من جعلها في مرتبة أعلى من اللائحة وأدنى من القانون، ومنهم من اعتبرها في مرتبة القانون العادي، وهذا الرأي الأخير هو الذي عليه غالبية الفقه، وهو ما نميل إليه .

وتفريعا على ذلك فإنه يتعين على الإدارة الالتزام بهذه المبادئ فيما تجريه من تصرفات، بوصفها مصدرا من مصادر المشروعية الإدارية ، شأنها في ذلك شأن القواعد التشريعية الواردة في القوانين العادية ، فإذا حادت الإدارة عن ذلك وقع عملها في نطاق عدم المشروعية، ومن أشهر هذه المبادئ ، مبدأ المساواة أمام القانون بصورة المختلفة ، وكفالة حق التقاضي ، ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية أو المساس بالحقوق المكتسبة ، ومبدأ عدم جواز تعدد العقوبة التأديبية عن الفعل الواحد.

(ب) العرف الإداري :

يعتبر العرف المصدر الأول ، بل وأقدم مصدر للمشروعية بصفة عامة ، ويُعرف علي أنه "الإعتياد علي سلوك معين في مسألة محددة مع الإعتقاد بالإلزاميتها واستحقاق من يخالفها للجزاء"^(٢) . وإذا كان هذا هو العرف في مفهومه العام إذا ما هو المقصود بالعرف الإداري.

العرف الإداري : هو كل سلوك مشروع اعتادته إدارة حكومية إزاء مسألة معينة فترة زمنية رسخ معها الاعتقاد (من الإدارة والأفراد) بلزوم إتباعه في الحالات المماثل.

فهو تعبير يطلق علي الأوضاع التي درجت الجهات الإدارية علي إتباعها في مزاوله نشاط معين لها ، بحيث تصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الإتباع ، دون أن تستند في ذلك إلى

(١) راجع نص المادة (٢٢٣) من نظام العمل بالمملكة العربية السعودية ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٥١) وتاريخ ١٤٢٦/٨/٢٣هـ.

(٢) د. عبد الودود يحيى ، مذكرات المدخل المعدة لمعهد الإدارة العامة بالرياض ، ود. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص ٨٤.

أساس تشريعي ، مما تعتبر معه تلك القواعد والأوضاع قاعدة عرفية ملزمة للإدارة في مواجهة الأفراد ، ويترتب على مخالفتها عدم المشروعية.

ويلعب العرف الإداري دوراً هاماً في مصادر المشروعية بغياب التقنين الشامل للقانون الإداري ، ويلجأ إليه القاضي لإيجاد الحلول لما يعرض عليه من منازعات كلما استشعر الغموض أو النقص في النصوص. ولما كان للعرف الإداري دور هام في هذا المجال فإننا سوف نحدد أركانه وشروطه كمايلي:

من التوضيح السابق يتضح لنا أن للعرف الإداري ركنين أساسيين هما :

- ١- **الركن المادي:** ويعبر عنه بالثبات والإطراد : وهو اطراد إحدى الهيئات الإدارية علي اتباع أو انتهاج سلوك أو تصرف معين بصفة مضطردة وثابته مدة من الزمن ، بخصوص نشاط إداري ما ، للدرجة التي يمكن أن توصف فيه تلك القاعدة بالإستقرار والثبات، نتيجة تكرار العمل بها والإعتياد عليها ،
- ٢- **الركن المعنوي:** وهو الشعور بالزامية العرف ، بأن يسود الإعتقاد لدي الإدارة بأن الفعل أو التصرف الذي جرت على إنتهاجه يمثل قاعدة واجبة الإلتباع والإحترام ، ولها قوة الإلزام.

ويشترط لقيام العرف الإداري الشروط الآتية :

- يجب أن يصدر التكرار من أحد الجهات الإدارية في الدولة ، مركزية كانت أم غير مركزية .
 - أن يكون التكرار عاماً، بحيث يكون التصرف مقبولاً من كافة الجهات أو الهيئات الإدارية الأخرى ، بحيث إذا اعترضت عليه إحدى الجهات لم يتحقق التكرار.
 - أن يمضي على التكرار مدة كافية من الزمن، تدعو إلي القول بثباتها واستقرارها ، وهي مسألة اعتبارية تخضع لظروف كل حالة علي حدة .
 - عدم مخالفة العرف الإداري للقواعد المكتوبة سواء كانت الشريعة الإسلامية أو الأنظمة أو اللوائح المطبقة في الدولة أو الأعراف الأعلى مرتبة مثل العرف الدستوري والعرف السائد في جهة إدارية أعلى.
- وبناءً على ذلك فإن التصرف أو السلوك لا يرتفع إلى مرتبة العرف الملزم ، إلا إذا كانت عامة، ودرجت الإدارة على تطبيقها بصفة دائمة ومنظمة ، ومن ثم فإن مجرد التسامح العارض الذي

يصدر من الإدارة في حالة معينة ، حتى وإن تكرر استعماله لا ينشئ قاعدة عرفية ، يقع على الإدارة واجب الإلتزام بإعمالها في الحالات المماثلة ، وكذلك العادة التي هي الاعتياد علي أمر معين دون الشعور بإلزاميتها لا ترتقى إلى مرتبة العرف الملزم .

والقاعدة العرفية شأنها شأن سائر القواعد القانونية ، قابلة للتعديل ، بل والعدول عنها ، تبعا لتغير الظروف التي نشأت في ظلها ، فالإدارة تملك دائما العدول عن قواعد العرفية أو تعديلها بحسب ما تدعو إليه الظروف ، وذلك بذات الشروط والأوضاع التي تكونت بها تلك القواعد ، فإذا أغفلت الإدارة عرفا كان سائدا بهدف تكوين قاعدة عرفية جديدة ، اقتضتها سمة التطور ، فإن تصرفها الذي أتخذ بالمخالفة للعرف الإداري القديم لا يكون باطلا ما دامت نيتها قد اتجهت إلى العدول عن ذلك العرف بصفة نهائية ومطلقة .

ويأتي العرف الإداري في مرتبة أدنى من مرتبة القواعد التشريعية المعمول بها ، أي كانت طبيعتها ، في سلم تدرج القواعد القانونية في الدولة ، وبالتالي فإنه لا يجوز أن يخالف العرف الإداري نصا تشريعيًا قائما ، سواء كان هذا النص واردا في قانون أو لائحة ، مما لا يجوز معه الركون إلى عرف إداري في ظل وجود نص تشريعي صريح وواضح يمكن تطبيقه في مسألة معينة ، بل وحتى في ظل وجود مبدأ من المبادئ العامة للقانون .

وعلى الرغم من الدور المحدود الذي يلعبه العرف في القانون الإداري ، لعدم مواكبته التطور المتلاحق في الحياة الإدارية ، إلا أنه متى ثبت وجود عرف إداري صحيح في مسألة ما تعين على الإدارة احترامه والالتزام به ، كقاعدة من قواعد كتلة المشروعات الإدارية ، شريطة ألا يكون مخالفا لنص تشريعي قائم ، أو أحد المبادئ العامة للقانون ، وخروج الإدارة على مقتضى العرف الإداري يعد انتهاكا لمبدأ المشروعية .

المبحث الثالث

موازنة مبدأ المشروعية

ذكرنا سلفاً أن مبدأ المشروعية الإدارية ، يعني إلتزام الإدارة فيما تباشره من أعمال وتصرفات بإحترام كافة القواعد القانونية الناتجة عن المصادر المتعددة لمبدأ المشروعية ، علي أساس أن هذا الإلتزام يهدف إلى منع الإدارة من سلوك سبل التعسف والإستبداد في علاقتها بالأفراد، بما يحفظ لهم حقوقهم وحررياتهم من جانب، ومن جانب آخر يجعل عمل الإدارة دائماً في إطار القانون السائد في الدولة .

غير أن تقييد الإدارة بذلك المبدأ بكيفية صارمة ومطلقة، من شأنه أن يوصم عمل الإدارة بالجمود ويصبغها بطابع الآلية والروتين ويسلب معها روح الابتكار والخلق والإبداع ، ولذلك كان من الطبيعي أن يتم تطبيق مبدأ المشروعية بشيء من المرونة، خاصة أن مقتضيات التطور الحديث قد استلزمت تدخل الإدارة في كثير من مجالات الحياة التي كانت من قبل محظورة عليها. ونتيجة لهذه المقتضيات ابتدع الفقه والقضاء الإداريين والمنظم أيضا ، بعض النظريات التي تخفف من وطأة وحدة مبدأ المشروعية تضمن عدم التضحية بحقوق الأفراد وحررياتهم ، وتسمح في ذات الوقت للإدارة الخروج على مبدأ المشروعية في حالات محددة للحفاظ على المصلحة العامة. وتعتبر بعض هذه النظريات عوامل موازنة لمبدأ المشروعية (نظرية السلطة التقديرية- نظرية الظروف الإستثنائية) بينما تعتبر البعض الآخر استثناءً حقيقياً من مبدأ المشروعية (نظرية أعمال السيادة). وهذه النظريات هي:

١- نظرية السلطة التقديرية للإدارة .

٢- نظرية الظروف الإستثنائية .

٣- نظرية أعمال السيادة.

المطلب الأول:

نظرية السلطة التقديرية للإدارة

أولاً: مفهوم السلطة التقديرية.

يقصد بالسلطة التقديرية للإدارة الدور المتاح ، أو الحيز الذي تباشر في حدوده الإدارة اختصاصاتها في شتى مجالات نشاطها ، بحيث إذا حولها القانون اختصاصا تقديريا في شأن ما، فإن سلطتها حيال هذا الشأن تكون تقديرية ، أما إذا جعل القانون اختصاصها مقيدا في أمر ما، فإن سلطتها تكون إزاء هذا الأمر بدورها مقيدة .

ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع عند تقرير اختصاصات الإدارة يحدد احد طريقين ، إما أن يمنح الإدارة اختصاصاً أو سلطة مقيدة ، وقد يمنحها اختصاصاً أو سلطة تقديرية . فإذا كان المشرع قد حدد للإدارة شروط ممارسة الاختصاص ورسم لها حدوده ، وأجبرها على التدخل في حالة توفر هذه الشروط كانت سلطة الإدارة في هذه الحالة سلطة مقيدة ، أما إذا ترك المشرع للإدارة قدراً من حرية التقدير ، سواء بالنسبة لاتخاذ الإجراء أم عدم اتخاذه ، أو بالنسبة لأسباب

اتخاذها ، بحيث تمتلك تقدير ملائمة التصرف واختيار الوقت المناسب لاتخاذها كانت سلطة الإدارة تقديرية^(١).

ومؤدى ذلك أن السلطة التقديرية تثبت للإدارة عندما لا يقيد القانون مقدا بمسلك معين، في المقابل يكون اختصاصها مقيداً ، حينما يكون مسلكها قد تحدد سلفاً في قواعد القانون، وبالتالي فإن المرجع في تحديد السلطة التقديرية للإدارة ، يكون بالرجوع إلى مجموع القواعد القانونية التي تحكم نشاطها . ومثال ذلك إذا حدد القانون شروطاً معينة للحصول علي ترخيص ما، فهنا يجب علي الإدارة منح هذا الترخيص بمجرد تحقق شروطه ، أما إذا لم يحدد القانون مسلك معين للإدارة كانت سلتها تقديرية ، ومثال ذلك الترقية بالإختيار فهنا تخضع لتقدير الإدارة مالم يكن المشرع قد حدد شروطاً معينة لمثل هذا الإختيار.

غير أن السلطة التقديرية للإدارة لا تعني إطلاق يدها لتفعل ما تشاء ، دون ضابط أو قيد، وإلا كنا أمام سلطة استبدادية ، ولا يمكن الإعتراف بها لأي جهة ، حتى للمشرع نفسه ، ذلك أن السلطة التقديرية للإدارة هي سلطة قانونية لا تخولها سوى حق الإختيار والتقدير بين البدائل المتاحة ، وذلك في إطار مبدأ المشروعية الإدارية ، الذي يسهر على كفالة احترامه القضاء الإداري من خلال مباشرة دوره في الرقابة على أعمال الإدارة .

ومن أمثلة السلطة التقديرية في المملكة العربية السعودية ما نصت عليه المادتان ٣٤-٣٥ من نظام تأديب الموظفين بأنه: "يراعى في توقيع العقوبة التأديبية أن يكون اختيار العقوبة متناسباً مع درجة المخالفة مع اعتبار السوابق والظروف المخففة والمشددة الملازمة للمخالفة، وذلك في حدود العقوبات المقررة في هذا النظام ، ويجوز للوزير المختص توقيع العقوبات المنصوص عليها في النظام عدا الفصل". ومن نظام الخدمة المدنية تقض المادة ٢٣ : " بأنه يجوز بقرار من الوزير المختص تكليف الموظف بالقيام بأعمال وظيفة معينة أو بالقيام بمهمة رسمية ، كما يجوز تكليفه بذلك مع قيامه بمهام وظيفته الأصلية" .

ثانياً: أساس السلطة التقديرية:

يقصد بأساس السلطة التقديرية للإدارة ، الأسس القانونية والمبررات العملية التي تستوجب منح الإدارة قدراً من حرية التقدير و الملازمة للقيام بوظائفها بانتظام واطراد^(١).

(١) د. سامي جمال الدين ، قضاء الملازمة والسلطة التقديرية للإدارة ، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٢ ، ص ١٨ .

ولقد حاول الفقه الإداري تقديم بعض المبررات والأفكار لإيجاد أساس قانوني لهذه السلطة ، و في هذا الشأن ظهرت عدة أفكار نوجز أهمها فيما يلي :

١- فكرة تدرج القواعد القانونية

مفاد هذه الفكرة أن القواعد القانونية كما هو معلوم تتدرج في قوتها أو مرتبتها من الأعلى إلى الأدنى ، وبالتالي فإن كل قاعدة قانونية في هذا التدرج تعتبر تنفيذا للقاعدة الأعلى منها مرتبة ، ومنشئة للقاعدة الأدنى منها مرتبة ، فعندما تقوم الإدارة بتنفيذ القاعدة القانونية ، فهي إما أن تقف عند حدود التنفيذ الحرفي لهذه القاعدة فيما تصدره من قرارات، و يكون اختصاصها بذلك مقيدا ، وإما أن تضيف بقرارها بعض العناصر الجديدة لتلك القاعدة ، وبالتالي يكون اختصاص الإدارة بذلك تقديريا (٢).

فالسطة التقديرية للإدارة وفقا لهذه الفكرة ، تجد أساسها في التدرج التنازلي للقواعد القانونية، إذ غالبا ما تكون القاعدة الأعلى متسمة بالعمومية والتجريد ، وتتطلب بالتالي نوعا من التحديد والتخصيص من جانب الإدارة ، ولا يتأتى ذلك إلا إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية ، إذ أن إسناد مهمة تنفيذ القواعد القانونية الأعلى للإدارة ، يتطلب الاعتراف لها بمجال من التقدير تعمل فيه ، باعتبار أن تجسيد القاعدة على أرض الواقع ، يقتضي منح الإدارة اختصاصا تقديريا ، واسعا أو ضيقا ، بحسب عدم التحديد المصاحب للقاعدة الأعلى (٣).

وفي الحقيقة فإن هذه الفكرة لا تكفي وحدها كأساس للقول بالسلطة التقديرية للإدارة

٢- فكرة الحقوق الشخصية :

ومفاد هذه الفكرة يعود إلى القول بعدم وجود إلتزام الإدارة بحقوق شخصية تجاه للأفراد، لأن من شأن وجود هذه الحقوق أن تصبح سلطة الإدارة مقيدة ، ومرد ذلك أن الحقوق الشخصية تتميز بوسيلة قانونية تكفل حمايتها ، وهي الدعوى القضائية ، والتي عن طريقها يمكن للأفراد مطالبة الإدارة بتنفيذ التزاماتها التي تقع على عاتقها تجاههم ، ومن ثم فإن اختصاص الإدارة هنا يكون اختصاصا مقيدا ، خاضعا للرقابة القضائية ، التي تكفل حماية تلك الحقوق الشخصية ، وعلى العكس من ذلك ، فإنه في حالة عدم وجود حقوق شخصية للأفراد إزاء الإدارة ، لا يمكن لهؤلاء

(١) د. حسن خليل، سعد عصفور، القضاء الإداري، طبعة ١٩٩٠، ص، ٩٤.

(٢) د. سامي جمال الدين ، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، ب.ت. ص ٢٤ .

(٣) راجع هذا المعني لدي د. رمضان بطيخ ، المرجع السابق ص ٤٦، د. فودة ، المرجع السابق ص ٢٤٠.

الأفراد مطالبة الإدارة بالالتزام بعمل ما أو الإمتناع عنه ، لإنتفاء الحماية القضائية فيما وراء الحقوق الشخصية، فالسلطة التقديرية للإدارة ، طبقا لهذه الفكرة ، لا تقوم إلا في الحالة التي ينتفي فيها وجود حقوق شخصية للأفراد تجاه الإدارة .

ولم تختلف هذه النظرية عن سابقتها ، كونها لا تصلح لإتخاذها أساساً للسلطة التقديرية للإدارة، لعدم وجد تلازم بين وجود السلطة التقديرية للإدارة ، وانتفاء الحقوق الشخصية للأفراد ، لوجد نصوصا تشريعية تخول الإدارة سلطة تقديرية استنادا إلى المصلحة الجماعية أو العامة بغض النظر عن فكرة الحقوق الشخصية ، كما هو الحال في مسائل الضبط الإداري ، إضافة إلى ذلك فإن هذه الفكرة تتصل في الحقيقة بمجال السلطة التقديرية ، وليس بأساسها القانوني، لأن الإدارة تستطيع أن تضع قيودا على تمتع الأفراد بهذه الحقوق ، كعدم السماح للأفراد بالبناء في أملاكهم الخاصة إلا بعد حصولهم على ترخيص إداري بذلك ، إضافة إلى أن هناك حالات من الاختصاص المقيد لا يمكن تأسيسها على الحقوق الشخصية ، كإدراج أسماء المواطنين المتمتعين بحق الانتخاب في قوائم الناخبين^(١).

٣- فكرة إدارة المشاريع :

مفاد هذه الفكرة ، أن الإدارة بمختلف هيئاتها عبارة عن مشروع كبير يشبه المشروعات الخاصة للأفراد ، وحيث أن هؤلاء الأفراد يتمتعون بسلطات تقديرية واسعة عند إدارتهم لتلك المشروعات، فإنه يلزم الإعتراف كذلك للإدارة بقسط وافر من السلطة التقديرية حينما تباشر نشاطها الإداري ، وبهذه المثابة فإن الإدارة في القانون العام ليست إلا مديرة مشروع ، تعمل باسم ولحساب الدولة والمتعاملين معها ، وبالتالي فهي تمارس سلطة تقديرية في مجالات نشاطها الإداري ، مثلما يمارس هذه السلطة رئيس المشروع الخاص أو الفردي بالنسبة لأوجه نشاط مشروع.

فهي سلطة مستعارة من القانون الخاص لتحقيق المصلحة العامة ، من خلال إقامة النظام العام وتوفير النفع العام ، وهي في سبيل ذلك ، شأنها شأن الأفراد الذين يديرون مشروعاتهم الخاصة، تملك تقييد نشاطها ذاتيا ، كما تملك تقدير ملاءمة هذا النشاط^(٢).

وعلى الرغم من أن هذه الفكرة تعد أقرب النظريات لان تكون أساسا لقيام السلطة التقديرية للإدارة ، إلا أنها في حقيتها الأمر تجاهلت الاختلاف الكبير بين المشروع الخاص والمشروع العام، حيث أن الأول يسعى أساسا لتحقيق الربح ويستهدف المصلحة الخاصة ، في حين أن الثاني لا

(١) راجع د. رمضان بطيخ ، المرجع السابق ص ٤٩ .

(٢) راجع د. ثروت بدوي ، الدولة القانونية ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، س ٣ ع ٣ ص ١٨٥ وما بعدها.

يسعى إلى تحقيق الربح ويستهدف دائما تحقيق النفع العام أو المصلحة العامة، الذي له أكبر الأثر في السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة^(١).

وأيا كان وجه الرأي في أساس السلطة التقديرية للإدارة ، فإن أحدا لا يستطيع أن ينكر أن هذه السلطة أمر واقع ، وضرورة حتمية تملئها طبيعة الأشياء ، ولذلك فإن فقهاء القانون العام أجمعوا على ضرورة الاعتراف للإدارة بقسط من السلطة التقديرية في ممارسة نشاطها ، بناءً على مبررات عيادية قانونية وعملية **نجمها علي النحو التالي:**

١- ضرورة دوام سير المرافق العامة :

إن أعمال مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد يتطلب الاعتراف للإدارة بسلطة تقديرية لاختيار انطباق الوسائل وأفضل الأوقات للقيام بالعمل الإداري واتخاذ القرارات اللازمة أو الملائمة لضمان ذلك وهو واجب تلتزم به الإدارة ، ويستلزم أن يوفر لها القانون السلطة التي تمكنها من القيام به، وإلا أصيب نشاطها بالشلل ، مما ينعكس سلبا على الصالح العام للجماعة ، ويخل بدوام سير المرافق العامة.

٢- ضرورة السلطة التقديرية لفاعلية العمل الإداري:

حيث أن تقييد سلطة الإدارة يعدم ملكة الابتكار والتجديد لديها ، فدور الإدارة لا يقتصر على كونها مجرد أداة لتنفيذ القانون فحسب ، لان من شأن ذلك أن يصف نشاطها بالجمود والركود . ويعدم لديها ملكة الإبداع والتجديد .

٣- القصور في التشريع :

فالمشروع وهو يسن القوانين لا يستطيع أن يتصور جميع ملاسبات وظروف الوظيفة الإدارية بحيث يضع لكل حالة حكمها ، ولكل احتمال الحل المناسب لمواجهته ، فيكتفي غالبا بصياغة قواعد التشريع ، تاركا التفاصيل للإدارة من خلال ما تصدره من قرارات لائحية أو فردية بسلطتها التقديرية تمكنها من مواجهة متطلبات الواقع ، عن طريق سد ما يفتقر قواعد التشريع من ثغرات وفجوات ، دون انتظار صدور تشريع جديد يعالج تلك المتطلبات والوقائع المستحدثة .

(١) راجع د. محمد مصطفى حسن ، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية ، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس ١٩٧٤ ص ٧٩ ، وما بعدها.

٤- إمكانيات وخبرات الإدارة العملية والفنية:

ووسائلها الخاصة التي تستنبط منها معلوماتها والروح العملية التي تستمد منها الإدارة إشراقها المستمر على إدارة المرافق العامة بغير إعطاء الإدارة قدراً معقولاً من حرية التصرف لتحقيق المصلحة العامة .

ثالثاً : التطبيق العملي لفكرة للسلطة التقديرية للإدارة :

ذكرنا سلفاً أن الإختلاف بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للإدارة ، إختلاف في الدرجة وليس إختلاف في الجوهر أو الطبيعة ، وترتيباً على ذلك يمكن القول أنه لا يوجد تصرف أو قرار للإدارة مقيداً في كل عناصره أو على العكس تقديري في كل عناصره ، ولكنه يدور بين التقييد والتقدير ، غاية الأمر أن سلطة الإدارة قد تصل أحياناً في إطلاقها إلى حد بعيد ، وقد تتكتمش وتتضاءل لحد شديد بحيث تغطي عليها فكرة الإختصاص المقيد، وقد تكون في موقف وسط بين الحدين .

ومن الأمثلة على ذلك، سلطة الإدارة التقديرية في الطلب الخاص بترخيص حمل السلاح من أجل الصيد أو الحماية ، والمثال هنا يعبر عن السلطة المقيدة للإدارة ، حيث أنه إذا ما استوفى مقدم الطلب الشروط المقررة في القانون وجب على الإدارة منحه الترخيص ، ومع ذلك ففي هذه الحالة التي تبدو إختصاص الإدارة فيها مقيداً لابعده حد ، إلا انها تتمتع بقدر وإن كان ضئيلاً من السلطة التقديرية ، تتعلق بالوقت الذي تمنح فيه الترخيص لأنها ليست مجبرة على منحه في وقت معين، وإذا كان القرار الإداري كما هو معلوم يقوم على مجموعة من الشروط بحيث يترتب على تخلف إحداها عدم صحة القرار، بل وانعدامه في بعض الأحيان، والتي يطلق عليها البعض أركان القرار الإداري هذه الشروط هي، الإختصاص - والشكل والإجراءات - والسبب - والمحل - والغاية- فما هو مجال السلطة التقديرية والسلطة المقيدة في خصوص كل ركن أو شرط من هذه الأركان .

ولتوضيح ذلك سنتناول موضع السلطة التقديرية في القرار الإداري الذي يعبر عن إرادة الإدارة، حيث يلاحظ أن السلطة التقديرية لا يشترط أن تشمل كل أركان القرار الإداري وإنما قد تنصب سلطتها التقديرية على بعض الأركان أو أحدهما دون البعض الآخر ، وذلك علي الترتيب التالي:

أ- جوانب التقدير والتقييد في الإختصاص :

إن القانون هو الذي يحدد علي وجه الدقة ، الشخص الإداري المختص بإتخاذ القرار الذي يعبر عن إرادة الإدارة في صورة قرار إداري ، بحيث إذا صدر القرار الإداري من قبل شخص آخر دون أن يسمح القانون بذلك ،أو بالمخالفة لأوجه نطاق الصلاحية المقررة في هذا الشأن ، فإنه يكون مشوباً بعيب عدم الإختصاص ومحللاً للطعن فيه بالإلغاء .

فالإختصاص إذا يجب أن يمارس من قبل الشخص أو الهيئة التي تحددها القواعد القانونية المعدة سلفاً في هذا الشأن ، وهذا الركن لا يكون للإدارة في خصوصه أي سلطة تقديرية، لأن تحديد الإختصاص هو من عمل المشرع ، وقد روعي في تقريره اعتبارات الصالح العام . وبالتالي لا يجوز الإتفاق على مخالفته ، وللمحكمة أن تتصدى لهذا العيب من تلقاء نفسها حتي ولو لم يطلبه الخصوم في الدعوى ، كما لها أن تثيره في أي مرحلة تكون عليها لأنه يتعلق بالنظام العام .

ب-جوانب التقدير والتقييد في الشكل والإجراءات:

يقصد بالشكل المظهر الخارجي للقرار والإجراءات التي تعبر بموجبها الإدارة عن إرادتها وفقاً للقانون ، وتهدف الشكليات في القرار الإداري إلى ضمان سير الإدارة وصيانة حقوق الأفراد وحماية المصلحة العامة ، وذلك عن طريق منح الإدارة الوقت اللازم للتروي والدراسة لتجنب مواطن الزلل و التسرع، والقاعدة العامة أن التعبير عن الإرادة لا يشترط أن يتم في شكل معين ، ومن ثم فإن الإدارة غير ملزمة بإفراغ القرار في شكل معين ، أو إتباع إجراءات مخصوصة في إصداره ما لم ينص القانون علي خلاف ذلك ، وبالتالي فإذا لم يكن المشرع قد ألزم الإدارة بإتباع شكل معين أو إجراءات خاصة لإصدار قرارها ، فإنه يكون للإدارة حرية تقدير واسعة في إتباع الشكل الملائم والإجراءات المناسبة التي تراها في اتخاذ القرار ، ويمثل ذلك الجانب التقديري للإدارة حيال عنصر الشكل في القرار الإداري .

ويمثل جانب التقييد إزاء عنصر الشكل ، إذا تطلب المشرع إفراغ القرار في شكل معين أو تباع إجراءات خاصة لإصداره ، كأن يشترط القانون تسبب القرار الإداري ، كما هو الشأن بالنسبة للقرارات التأديبية ، ففي هذه الحالة تكون سلطة الإدارة مقيدة فيما يتعلق بعنصر الشكل ويغدو بذلك مثل هذا الشرط شكلا لازما لصحة القرار ، يترتب على تخلفه أن يكون مشوبا بعيب الشكل ومحلاً للطعن فيه بالإلغاء.

وعليه فإن الشكل لا يعد من النظام العام ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، وعليه فلا يجوز للقاضي الإداري أن يتصدى له من تلقاء نفسه ، كما أن البطلان الناجم عن عيب الشكل يمكن أن يزول إذا تنازل عنه من وضع لمصلحته سواء كان ذلك بطريقة صريحة أم ضمنية ، كما إذا تابع الخصوم تقديم المستندات والمرافعة دون إبداء طلب البطلان بناء على هذا العيب بدون إبدائه في طلباتهم أمام المحكمة .

ج- جوانب التقدير والتقييد في عنصر السبب :

المقصود بالسبب هنا هو ، الأمر الذي يسبق صدور القرار الإداري ويأخذ شكل حالة واقعية أو قانونية بعيدة عن رجل الإدارة ومستقلة عن إرادته ، تتم فتدفعه إلى إصدار هذا القرار ابتغاء وجه الصالح العام الذي هو غاية القرار الإداري^(١) ، فالقاعدة العامة هي إن كل عمل قانوني لا بد وأن يكون له سبب يبرره ، وسبب القرار الإداري هو الحالة القانونية أو الواقعية التي تدفع رجل الإدارة إلى إصداره^(٢).

ويمثل بالحالة القانونية هنا : مدة الخدمة فيما يتعلق بالترقية على أساس الاقدمية المطلقة ، أو المدة المطلوبة للحصول على تصنيف أو رخصة معينة ، فإذا ما حدد القانون هذه المدة كان على الإدارة أن تلتزم بترقية الموظف عند استكمال المدة او الترخيص .

أما الحالة الواقعية فيمثل لها بالإضطرابات التي تهدد الأمن العام ، ففي هذه الحالة تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة ، كونها في وضع يسمح لها أكثر من غيرها بتقدير مدي خطورة تلك الاضطرابات ومدي تهديدها للنظام العام ، وبالتالي يجب أن يترك لها سلطة تقديرية في التصرف

(١) د. عمرو فؤاد احمد بركات ، مبادئ القانون الادارى ، طبعة ١٩٨٥ ، ص ٤٤٨ .

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب ، أصول القضاء الادارى ، المرجع السابق ، ص ١٨٤ .

لمواجهة تلك الإضطرابات، فقد تری ضرورة التدخل ، وقد تری انها من الأمور العارضة التي تزول سريعا بدون تدخل ، الامر الذي يعد سبباً لإتخاذ قرارها ما دام أن مثل هذا التقدير يقوم علي وقائع مادية ثابتة .

وإذا كانت الإدارة تملك سلطة تقديرية في إعتبار أو عدم إعتبار وقائع معينة سبباً يبرر تدخلها وأتخاذ قراراتها ، إلا ان مالا تملك الإدارة حياله أية سلطة تقديرية في خصوصه هو وجود الوقائع ذاتها ، فإن لم توجد ضطرابات ، أو كان الترقية فور تعيين الموظف ، فبالتالي لا محل لتدخل الإدارة وترقية الموظف لفقد القرار في هذه الحالة لشرط من شروطه وهو السبب .

وعلى ذلك يتفاوت دور المشرع في تحديد أسباب القرارات الإدارية ، فقد يلزم الإدارة باتخاذ قرار معين فور تحقق شروط محددة ، فإن الإدارة إذا تحققت من استيفاء الشروط المنصوص عليها قانونا ، فليس لها أي سلطة تقديرية وتعين عليها اتخاذ القرار المناسب بشأنه ، وإن كانت تتمتع بحرية اختيار الوقت المناسب لإصداره ، طالما لم يلزمها القانون بوقت محدد . وقد يترك المشرع الباب مفتوحا أمام الإدارة لاختيار سبب قرارها ، وعندئذ تتمتع الإدارة بقسط كبير من حرية التقدير في اتخاذ أي واقعة أو حالة سندا دافعا لقرارها ، شريطة أن يكون هذا السند أو السبب معقولا لتبرير القرار الذي أصدرته ، وأن يكون قائما على وقائع صحيحة ، غير منتحلة أو صورية ، وثابتة ثبوتاً كافياً ، وعلى ذلك تدور رقابة القضاء الإداري لشرط السبب حول ثلاث مسائل - مادية الوقائع ،- التكييف القانوني ،- التناسب بين الأثر و السبب .

فيجب أن يكون للسبب أصل ثابت في الأوراق التي إستندت إليها الإدارة في إصدار قرارها، وأن تكون هذه النتيجة مستخلصة إستخلاصاً سائغاً من أصول تنتجها مادياً وقانونياً ، فإذا كانت هذه النتيجة مستخلصة على غير ما يتطلبه القانون ، كان القرار فاقداً لشرط من شروطه هو السبب وهذا ما يسمى بالتكييف القانوني ، كما يجب أن يكون هذا الأثر الذي تم استخلاصه وفقاً للقانون ، متوازناً مع الوقائع التي استندت إليها الجهة الإدارية^(١).

د- جوانب التقدير والتقييد في عنصر المحل :

(١) د. عمرو احمد فؤاد بركات ، مبادئ القانون الادارى ، طبعة ١٩٨٥ ، ص ٤٥١ وما بعدها .

يقصد بالمحل في القرار الإداري مضمون القرار أو الأثر القانوني المترتب عليه حالا ومباشرة ، سواء بإنشاء مركز قانوني معين أو تعديله أو إلغائه ، وهذا الأثر القانوني الذي يحدثه عنصر المحل في القرار الإداري ، هو مناط تمييزه عن محل العمل المادي الذي يكون دائما نتيجة مادية واقعية ، ولكي يكون القرار الإداري صحيحا في محله يتعين أن يكو هذا المحل ممكنا أي غير مستحيل من الناحية الواقعية ، وجائز قانونا متفقا مع القواعد القانونية المختلفة كالدستور والقوانين واللوائح والعرف الإداري وأحكام القضاء والقرارات الإدارية السابقة والعقود الإدارية في بعض الأحيان وإلا وقع باطلا^(١).

وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق باختيار عنصر المحل في قراراتها ، ويتبدى ذلك واضحا في حالتين ، حالة ما إذا خولها القانون الاختيار بين أكثر من أثر قانوني لقرارها ، فيكون لها في هذه الحالة حرية تقدير الأثر المناسب من بينها ، وحالة ما إذا خلت قواعد القانون تماما من تقييدها بمحل معين ، فيكون لها حينذاك كامل الحرية في تحديد عنصر المحل في القرار الإداري ، الذي أناط بها القانون إصداره ، بافتراض أن كافة الآثار التي يمكن أن تختارها تعد جائزة ومشروعة قانونا ، طالما استهدفت من وراء ذلك وجه المصلحة العامة .

هـ- جوانب التقدير والتقييد في عنصر الغاية :

يقصد بالغاية في القرار الإداري إلى النتيجة النهائية التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها من وراء إصداره ، أي الهدف العام الذي تحركت إرادة الإدارة من أجله ، والأصل العام المقرر أن الإدارة لا تملك حيال عنصر الغاية في القرار الإداري أي سلطة تقديرية ، فيجب على رجل الإدارة أن يستهدف من وراء ما يتخذه من قرارات المصلحة العامة ، بتحقيق الأهداف التي حددها المشرع نفسه ، وذلك بان يرسم للإدارة هدفا معينا في نطاق المصلحة العامة ويلزمها تحقيق هذا الهدف دون سواه وهو ما يعرف بقاعدة تخصيص الأهداف LA specialité de but ، فإذا جاوزت

(١) د . محمد رفعت عبد الوهاب ، أصول القضاء الإداري ، المرجع السابق ، ص ١٨١ . راجع كذلك د . محمد رفعت عبد الوهاب ، والدكتور عاصم عجيلة ، أصول القانون الإداري ، المرجع السابق ، ص ٢٣٣ .

الإدارة هذه الغاية المخصصة إلى غاية أخرى ، كان قرارها معيبا بعبء إساءة استعمال السلطة حتى ولو كانت تلك الغاية تحقق مصلحة عامة أخرى قد تكون أبدى وأولى (١).

وإما بتحقيق الغاية التي تقصدها ، وذلك عندما يمنح المشرع الإدارة سلطة تحديد هدفها الذي تستهدفه في إصدار قراراتها ، ولذلك فإن عيب الغاية يقع من جانب الإدارة حينما تتمتع بالاختيار وحرية التصرف في تحقيق الصالح العام متى حادت عن الهدف المخصص وكان باعثها الإنتقام أو تحقيق مصلحة ذاتية . وأن هذا العيب و الذي يطلق عليه البعض {إساءة استعمال السلطة} من العيوب القصدية الذي يتطلب تحقيقه أن تكون الإدارة تملك إرادة إختيار وإتخاذ القرار الإداري ، ويتحقق سواء كانت الإدارة حسنة النية أو سيئة النية إذا أحدات عن الهدف الذي قصده المشرع من القرار الإداري (٢).

من كل ما تقدم نستخلص أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة ، في عنصرى السبب والمحل، اللذين يرتبطان بعلاقة تلازم منطقية ، باعتبار أن المحل ينبع من الأسباب ، ويجب أن يطابقها ،مالم يتدخل المشرع ويحدد كل منهما على وجه الدقة ، مثلما هو الحال عند ارتكاب الموظف ما يعد خروجاً على واجباته الوظيفية أو إخلاله بها ، حيث يكون للإدارة سلطة تقدير في ضرورة اتخاذ إجراء ضد هذا الموظف أو عدم ضرورة ذلك ، ولكنها إذا عمدت إلى اتخاذ إجراء بهذا الصدد، فيتعين أن يكون هذا الإجراء تأديبياً ، لأن القانون قد قيدها بذلك . أو يتدخل القاضي ويفرض رقابته على أختيار السبب أو المحل لاعتبارات يقدرها وهو ما سنها لاحقاً.

(١) د . محمود أبو السعود حبيب ، المرجع السابق ، ص ٤٠ .

(٢) د. سليمان الطماوى ، نظرية التعسف في استعمال السلطة ، القاهرة ١٩٧٨ م ، الطبعة الثانية، ص ٦٨ .

المطلب الثاني

نظرية الظروف الإستثنائية

تعد هذه النظرية إستثناءً أو قيداً يرد على مبدأ المشروعية ، وتستمد مدلولها من القاعدة الرومانية التي تقول " إن سلام الشعب فوق القانون " ، فإذا كانت القواعد القانونية قد شرعت للظروف الطبيعية لتسيير الحياة العادية في نطاق مبدأ المشروعية ، ولكن غالباً ما تقف تلك التشريعات عاجزة عن إيجاد حلول إذا ما استجدت ظروف استثنائية طارئة من شأنها المساس بكيان الدولة أو السلامة العامة للمجتمع كالحروب والكوارث والأزمات الحادة أو حالة التمرد والعصيان، فهل تقف الدولة مكتوفة الأيدي أمام تلك المستجدات ، أم تبحث عن بديل حتي ولو أدى ذلك إلى التضحية بالمصالح الخاصة أو المساس بحقوق الأفراد وحررياتهم طالما أنها تهدف في النهاية إلي أنقاذ المجتمع من خلال اتخاذ تدابير استثنائية^(١).

ومن هنا وجدت نظرية الظروف الإستثنائية لتقدم للمجتمعات القانونية ، البديل والحل الأمثل في هذا الخصوص ، وتعد نظرية الظروف الإستثنائية من إبتداع القضاء الإداري الفرنسي ، الذي تعهد بها بالبناء حتى وضحت معالمها وتبلورت بمناسبة نشوب الحرب العالمية الأولى، إذا إضطر مجلس الدولة آنذاك إلى أن يتدخل ويدلي بدلوه أمام عجز نصوص التشريعات القائمة عن إيجاد الحلول الملائمة الناجمة عن قيام الحرب من خلال وضع نظرية يواجه بها تلك الظروف بإسم نظرية الحرب حيث كانت قاصرة على معالجة الحالات الناجمة عن الحرب فقط^(٢).

ثم توسعت بعد ذلك واطلق عليه نظرية الظروف الإستثنائية بعد أن سحب بساطها لتغطي الفترات العصبية التي أعقبت الحرب العالمية الأولى والثانية، وحالات الفياضانات والأوبئة وغيرها، ثم تلقفها المشرع في معظم الدول بعد ذلك وكرس غالبية أحكامها.

والنموذج المثالي لتطبيقات هذه النظرية ، قوانين الأحكام العرفية ، وحالة الطوارئ ، والتعبئة العامة ، غير أن قصور نصوص هذه التشريعات لا يعني وقوف الإدارة عاجزة عن التصدي لمواجهة الظروف الاستثنائية التي تطرأ، ما دامت قد تحققت بشأنها الشروط اللازمة لتطبيق النظرية ، باعتبار أن ما ورد في تلك القوانين بهذا الصدد يعد على سبيل التمثيل لا الحصر ، ولا ينفي ما أستقر بخصوصها من قواعد تستمد وجودها من أحد المبادئ العامة

(١) د . محمد مرغني خيري القضاء الإداري ومجلس الدولة ، القاهرة ١٩٨٩ م ، ص ٥٧ ..

(٢) د. محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٣ ص ٢٤ .

للقانون، ألا وهو ، مبدأ ضرورة المحافظة على بقاء الدولة ، ويجرى التحقق من مدى التزام الإدارة بذلك من خلال رقابة القضاء على اعمالها^(١).

أولاً : مفهوم نظرية الظروف الاستثنائية.

إن مفهوم هذه النظرية بإختصار شديد أن بعض الأعمال أو التصرفات التي تصدرها الإدارة وتعتبر غير مشروعة في الظروف العادية ، تعتبر أو تكون مشروعة في الظروف الإستثنائية إذا ما ثبت لزومها لمواجهة هذه الظروف ، من أجل المحافظة على النظام العام ودوام سير المرافق العامة بانتظام .

وعلى ذلك يمكننا القول أن هذه النظرية أنما وضعت لتخفف من تقيد الإدارة بما تفرضه التشريعات من قيود تحد من قدرتها علي التصرف إذا ما استجدت ظروف استثنائية تعجز التشريعات عن مواجهتها ، إذا تستطيع طبقاً لتلك النظرية أن تتخذ إجراءات وتدابير مما تدخل بحسب الاصل في اختصاص البرلمان ، كأن تعدل القوانين القائمة أو تلغيها أو تعطل نفاذها ، ولا يعد هذا خروجاً على مبدأ المشروعية ، وانما فقط توسيع لنطاقه أو تعديل لحدوده يجريه القاضي بحكم قوامته علي تفسير القانون بما يلائم ظروف تطبيقه ، بما يرخص للإدارة في ممارسة السلطات اللازمة للوفاء بالتزاماتها الجوهرية التي تقتضي سرعة العمل للمحافظة على سلامة البلاد وتجنبها الأخطار ومفادتها من الأضرار .

ولنظرية الظروف الإستثنائية وجود في الفقه الإسلامي ، حيث تستمد وجودها من قاعدتي (الضرورات تبيح المحضورات) و (الضرورة تقدر بقدرها) فهي معروفة ومقررة في الشريعة الإسلامية قديماً وليست وليدة أو ابتداءع النظم الحديثة ، وانما ورد تطبيقها في الشريعة الإسلامية وتناولها الفقهاء بالشرح والتفصيل ، ولكن لم تظهر كتنظيم دستوري إلا بعد نشأة الدولة بمفهومها الحديث القائم على مبدأ سيادة القانون ومبادئ احترام حقوق وحريات الإنسان .

وفي المملكة العربية السعودية نص المشرع منذ أمد بعيد علي الأخذ بنظرية الظروف الإستثنائية ، وسمح للإدارة الخروج على مبدأ المشروعية في هذه الحالة ، ومن ذلك ما نص عليه النظام الأساسي للحكم في المادة(٦٢) بقوله " للملك إذا نشأ خطر يُهدد سلامة المملكة، أو وحدة أراضيها، أو أمن شعبها ومصالحه، أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء مهامها، أن يتخذ من

(١) د . مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ، الطبعة الرابعة ١٩٧٩ ، ص ٢٠٩ ..

الإجراءات السريعة ما يُكفل مواجهة هذا الخطر. وإذا رأى الملك أن يكون لهذه الإجراءات صفة الاستمرار فيتخذ بشأنها ما يلزم نظاماً^(١).

ثانياً: الأساس القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية :

ينقسم الفقه حول تحديد الأساس القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية إلى اتجاهين ، حيث يرى أحدهما أن هذا الأساس يتمثل في فكرة الضرورة ، والآخر يعتمد فكرة الواجبات العامة للإدارة كأساس لذلك ، ونوجز فيما يلي مضمون هاتين الفكرتين :

١- فكرة ضرورة بقاء الدولة واستمرارها:

تقوم هذه الفكرة بإيجاز شديد علي ضرورة بقاء الدولة واستمرارها، وهذا أمر منطقي يسمح في الواقع الخروج على مبدأ المشروعية ويدعو إلي التمسك بما تقضي به نظرية الظروف الإستثنائية ، فلكي يوجد مبدأ المشروعية يجب أولاً ان توجد الدولة ، ويترتب على ذلك أن أساس الشرعية هو بقاء الدولة واستمرارها، ولذا فإنه إذا كان في التمسك بمبدأ المشروعية خطر علي وجود الدولة وتهديد لكيانها وسلامتها وبالتالي القضاء علي مبدأ المشروعية بصورة غير مباشرة ، فإنه في هذه الحالة يكون بقاء الدولة وسلامتها في المقام الأول ، ويجب ان يفسر مبدأ المشروعية على هذه الاساس.

على أنه إذا طرأت أحوال استثنائية غير عادية من شأنها تهديد كيان الدولة وسلامتها ، فإنه يكون للإدارة اتخاذ الإجراءات والتدابير الكفيلة بالمحافظة على بقاء الدولة ، ولو خالفت في ذلك قواعد المشروعية العادية ، إذ أن حماية مبدأ المشروعية يتطلب أولاً وقبل كل شيء ضرورة بقاء الدولة.

٢. فكرة الواجبات العامة للإدارة :

مبنى هذه الفكرة أن الواجب الأول والأساسي للإدارة هو المحافظة على النظام العام ، وكفالة سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، فإذا طرأت أمور غير مألوفة تعوقها عن أداء هذا الواجب في ظل قواعد المشروعية الإدارية المعمول بها في الظروف العادية ، فإنه يسوغ لها التحلل من هذه القواعد مؤقتاً ، بالقدر الذي يمكنها من القيام بواجباتها حيال تلك الأمور .

(١) راجع المادة (٦٢) من النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية ، الصادر عام ١٤١٢هـ، سابق الإشارة إليه.

لأنه يكون من قبيل التزييف لروح النصوص والقواعد القانونية التي وضعت في الظروف العادية ويتكون منها مبدأ المشروعية ، إذا ما اصررنا وتمسكنا بتطبيقها على حالة لم توضع لها أو لم تشملها ، ولم يكن في الحساب حدوثها ، فلا يمكن ولا يصح عقلاً ومنطقاً أن نلزم الإدارة بمراعاة مبدأ المشروعية بدقة وقت الحرب أو الكوارث ، فهذا الإلتزام معناه لا يعنى الخضوع للقانون أو الإلتزام بمبدأ المشروعية ، وإنما يكون معناه مخالفة روح القانون الذي وضع ليطبق في الأحوال العادية ، فإذا تغير الحال واصبحنا في حالة استثنائية عندئذ تصبح الإدارة في حل من تطبيق هذا القانون ، وتحتاج تبعاً لذلك إلى تنظيم جديد ومبادئ جديدة تتماشى مع الحالة المعروضة .

فمبدأ المشروعية ليس ثابتاً جامداً وإنما يتغير ويتسع نطاقه تبعاً للظروف المختلفة التي تحيط بالدولة ، وما يجب قوله هو أن القوانين ليست غاية في ذاتها ، وإنما هي وسيلة لتحقيق غاية سامية تتحصر في أن الدولة وقوانينها وسلطاتها الممنوحة لها تهدف إلى المحافظة على مصالح الجماعة وسلامتها ، فإذا كان تحقيق هذا الهدف يستدعي الخروج على بعض القوانين أو التجاوز علي بعض الحريات ، فلا جناح عليها إذا انتهجت هذا السبيل ، وهو في الواقع حقا لها بل واجباً مفروض عليها للدفاع عن نفسها والمحافظة على كيانها^(١).

وفي مقام المفاضلة بين الفكرتين ، نلاحظ أن فكرة الواجبات العامة للإدارة، لا تقدم لنا أساساً كافياً يمكن أن تقوم عليه نظرية الظروف الإستثنائية ، لأن واجب الإدارة في المحافظة على النظام العام وكفالة سير المرافق العامة ، هو واجب عام يلزمها في الظروف العادية وفي الظروف غير العادية على حد سواء ، أما فكرة الضرورة فإنها تعتمد أساساً منطقياً لنظرية الظروف الاستثنائية ، ذلك أنه لا معنى للتمسك باحترام مبدأ المشروعية ، ووجود الدولة نفسه يتهدهد الخطر ، إذ أن هذا الاحترام لا يقتضي التضحية بالدولة ، وهي الأداة التي تكرس مبدأ المشروعية على أرض الواقع ، فلا وجود لمبدأ المشروعية بدون وجود الدولة أولاً ، على أن تنقيد الإدارة في سبيل ضرورة المحافظة على بقاء الدولة ، باستعمال سلطاتها الاستثنائية في أضيق نطاق ، فالضرورة تقدر بقدرها .

ويأخذ القضاء الإداري بفكرة الضرورة كأساس لنظرية الظروف الاستثنائية ، ومن ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ١٤/٤/١٩٦٢ في الطعين رقمي ٩٥٦ ، ٩٥٨ / ٥ ق والذي جاء فيه " إن هناك قاعدة تنتظم القوانين جميعاً وتفوقها ، محصلها وجوب الإبقاء على الدولة ، فحماية مبدأ المشروعية يتطلب أولاً وقبل كل شيء ، العمل على بقاء الدولة ، الأمر الذي يستتبع تخويل الحكومة استثناء في حالة الضرورة من السلطات ما

(١) راجع د. محمد كامل ليلة ، القضاء الإداري ومجلس الدولة ، طبعة ١٩٨٨م ، المرجع السابق ، ص ٥٢.

يسمح لها باتخاذ الإجراءات التي يتطلبها الموقف ، ولو خالفت في ذلك القانون بمدلوله اللفظي ، ما دامت تبغي الصالح العام .

شروط تطبيق نظرية الظروف الإستثنائية:

يجمع الففة والقضاء الإداري على ضرورة توافر شروط معينة لإمكان تطبيق نظرية الظروف الإستثنائية ، بما يحد من نطاق مبدا المشروعية ، وتتمثل هذه الشروط في الآتي :

١- وجود ظروف غير عادية:

أي قيام ظروف إستثنائية غير عادية من شأنها تعرض سلامة الدولة وامنها لخطر جسيم يهدد وجودها ، وذلك بقطع النظر عن مصدره كحالة الحرب أو الكوارث الطبيعية التي من شأنها تعريض سلامة الدولة وأمنها لخطر جسيم .

ويستوي أن يكون الخطر حالاً أي وقع بالفعل ولم ينته بعد ، أو محتملاً أي وشيك الوقوع ، ويقصد بكون الخطر يهدد سلامة الدولة أي أحد عناصرها والمتمثلة في الشعب أو الإقليم أو السلطة السياسية .

٢- عجز الإدارة عن دفع هذا الخطر بالوسائل القانونية المعتادة :

أي عدم تمكن الإدارة من مواجهة الظروف الاستثنائية غير العادية ، بالوسائل القانونية المتاحة لها في الظروف العادية ، وذلك لعدم كفاية هذه الوسائل في دفع الأخطار الناجمة عن تلك الظروف ، بحيث يكون الإجراء أو التدابير الذي اتخذته الإدارة إعمالاً لنظرية الظروف الإستثنائية هو الإجراء أو التدبير الوحيد الملائم لدفع هذا الخطر^(١).

٣- أن تهدف الإدارة من تصرفها مصلحة عامة جدية ومحقة :

يقصد بالمصلحة الجدية هنا أن تعتمد الإدارة على وقائع جدية وليست وهمية أسباب جوهرية، لتبرير ما تتخذه من إجراءات وتدابير استثنائية ، ويقصد بالمحقة أن تكون حقيقية وليست وهمية ، حتى تكون جديرة بالحماية ، والتحلل من قواعد المشروعية العادية ، وذلك لتحقيق مصالح أولى وأبدى بالرعاية ، كذلك المتعلقة بالدفاع والأمن القومي ، على ألا تتجاوز مقدار ما تمليه الضرورة.

٤- ألا تشطط الادارة في تصرفها فلا تزيد على ما تقضى به الضرورة .

(١) د. محمد كامل ليلة ، الرقابة على أعمال الإدارة ، المرجع السابق ، ص ٨٥.

فيجب أن يكون التدابير أو الاجراء مقصورا على الخطر وبالقدر الضروري لمواجهته ، فلا تضحي بمصلحة الأفراد في سبيل المصلحة العامة إلا بمقدار ما تقتضيه الضرورة دون زيادة ، وان تراعي الإدارة جانب الحرص والحذر في تصرفاتها وأن تختار من الوسائل أقلها ضرر بالافراد .

آثار نظرية الظروف الإستثنائية على مبدأ المشروعية:

يذهب الإتجاه الغالب في الفقه إلى أن نظرية الظروف الإستثنائية لا تؤدي إلى إهدار مبدأ المشروعية الإدارية أو حتى إيقافه مؤقتا ، وإنما يقتصر أثرها على توسيع نطاقه ، والتخفيف من حدته ، وجعله أكثر مرونة ، ليتلاءم مع ما تستدعيه الظروف الاستثنائية من تدابير وإجراءات غير مألوفة في الأوقات المعتادة ، ومؤدى ذلك أن مبدأ المشروعية يظل قائما في ظل الظروف الإستثنائية ، حيث يطبق بشكل مرن عما هو عليه في الظروف العادية ، من خلال إضفاء صفة المشروعية على بعض أعمال الإدارة ، التي لو تمت في الظروف العادية لكانت غير مشروعة ، ومن هنا جاء القول بوجود مشروعية استثنائية ، إلى جانب المشروعية العادية .

وليس أدل على ذلك من أن أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية ، لا تتأى عن الرقابة القضائية ، بل إنها تكون خاضعة لها ، عن طريق تحقق القضاء من مدى توافر شروط نظرية الظروف الاستثنائية ، وذلك لإعمال الآثار المترتبة عليها ، إذ أن مرونة مبدأ المشروعية الإدارية وتوسيع نطاقه في الظروف الاستثنائية ، لا يعني أن الإدارة حرة تفعل ما تشاء ، وأن أعمالها مبرأة من أي عيب ، فكل ما في الأمر أن هناك قدرا من القيود التي قد تعيق عمل الإدارة في تلك الظروف ، يمكن التجاوز عنه والتسامح فيه ، حيث أظهرت تطبيقات الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية ، أن القضاء الإداري قد رخص للإدارة إغفالها لبعض الشكليات والإجراءات التي يتطلبها القانون فيما يتعلق برقايبته على عنصر الشكل في القرار الإداري ، كما تجاوز عن عدم مراعاتها لقواعد الاختصاص في هذه الظروف ، فضلا عن تسامحه حيال مخالفتها لشروط عنصر المحل في القرار ، وذلك دون أن يمتد هذا التسامح وذاك التجاوز إلى عنصري السبب والغرض في القرار الإداري ، حيث لا يرخص للإدارة مخالفة عنصر السبب باعتباره المبرر الذي تقوم عليه أساسا الظروف الاستثنائية ، كما لا يسمح لها تحقيق غرض آخر لا يمت إلى المصلحة العامة بصلة .

وقد جسدت المحكمة العليا هذه المعاني في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٠/٣/٨ في الطعن الإداري رقم ٣/١ ق بقولها ” أستقر الفقه والقضاء على أنه حتى عند قيام حالة خطر الحرب أو

قيام الحرب فعلا ، الأمر الذي يبيح إعلان الأحكام العرفية ، فإن القرارات التي يصدرها الحاكم العسكري ، بما له من سلطة تقديرية ، يجب أن تخضع لرقابة القضاء ، خشية أن يتغول على الحريات العامة بدون سبب واقعي يدعو لذلك^(١).

كما كرست المحكمة الإدارية العليا المصرية ذلك في حكم مطول لها صدر بتاريخ ١٩٧٩/١٢/٢٩ في الطعن رقم ٢٠/٨٣٠ ق نقتطف منه بعض الفقرات فيما يلي ” إن نظام الطوارئ أو الأحكام العرفية ، كأصل عام ، ليس نظاما طبيعيا محض وإنما نظام استثنائي ، يجد مبرره فيما يعترض حياة الدول من ظروف وأحداث تضطر معها بسند من الدستور ، إلى إعلان الطوارئ تحقيقا لأمن الوطن وضمان سلامته ، وبهذه المثابة فإن هذا النظام ، شأن كل استثناء ، لا يسوغ التوسع في تطبيقاته وإنما يتقيد بغرضه ، ويرتهن بأهدافه ، وتتحدد السلطات المنبثقة عنه بصريح النص المقرر لها ، وترتبط بدائرته وحدها ... وبالتالي فإن أوامر الطوارئ يجب أن تقتصر على تحقيق الغرض الذي من أجله تعلن هذه الحالة ، فلئن كانت الطوارئ تعلن عادة بسبب تعرض الأمن والنظام العام للخطر ، فإن كل إجراء أو تدبير يتخذ في هذا الشأن يتعين أن يرتبط بهذا الهدف ... فإذا ما شاءت الجهة القائمة على تطبيق الحكم العرفي تحقيق غرض آخر ، فسبيلها إلى ذلك استنهاض سلطات القانون العام وتحريك اختصاصاته والتزام ما تفرضه من القيود والإجراءات ، وإلا وقع إجراؤها المستند إلى الحكم العرفي متكبها غايته وأهدافه مشوبا بعيب الانحراف ... فليس في إعلان الطوارئ ونفاذ قانونها ما يولد سلطات مطلقة أو مكانات بغير حدود تنبؤ عن الهدف الذي أعلنت من أجله الطوارئ.

المطلب الثالث

أعمال السيادة

عُرفت أعمال السيادة بأنها "مجموعة من التصرفات الصادرة من السلطة التنفيذية وتتميز بعدم خضوعها لرقابة القضاء عموماً، سواء كان القضاء العادي أو القضاء الإداري، وسواء كان المطلوب إلغاء التصرف أو كان المطلوب هو فقط التعويض عنه^(١).

^(١) راجع المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الثاني من هذا البحث .

وترجع نظرية أعمال السيادة إلى المرحلة التاريخية التي ظهرت فيها كأداة للتصالح بين السلطتين القضائية والتنفيذية، بحيث يباح للأخيرة أن تأتي هذه الأعمال ولا تكون مسؤولة عنها، في مقابل الحفاظ على بقاء مجلس الدولة واستمراره. إذ أن مجلس الدولة وعلى أثر الإطاحة بإمبراطورية نابليون وعودة الملكية عام ١٨١٤م عمل من جانبه على مهادنة الحكومة ومحاولة استرضائها حتى يتجنب غدرها، ويحافظ على بقائه كثمرة من ثمار نابليون؛ لذا فقد اتبع مجلس الدولة سياسة قضائية مرنة للحفاظ على وجوده، وتمثلت هذه السياسة في تنازله عن رقابة طائفة من أعمال السلطة التنفيذية وهي أعمال السيادة مقابل أن يراقب بقية الأعمال الأخرى، وهكذا عُدَّت أعمال السيادة بمثابة الفدية التي افتدى بها مجلس الدولة نفسه للحفاظ على بقائه من ناحية، ومباشرته لباقي اختصاصاته الرقابية من ناحية أخرى^(١).

وتسمى أعمال السيادة في فرنسا بأعمال الحكومة^(٢). وهي الأعمال التي تعد وسطاً بين الأعمال التشريعية والأعمال الإدارية ولها ميزة مشتركة على الاثنين، حيث تشترك مع الأعمال التشريعية في أنها تتمتع بحصانة قضائية، في حين أنها تشترك مع الأعمال الإدارية في أن كليهما تصدر عن السلطة التنفيذية.

ويذهب الفقيه الفرنسي Paul DUEZ إلى أنها "أعمال تخضع بصفة مبدئية للرقابة القضائية ولكن لأسباب سياسية يرفض القضاء النظر فيها"^(٣).

وفي المملكة العربية السعودية نصّت المادة (١٤) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ على أنه "لا يجوز لمحاكم ديوان المظالم النظر في الدعاوى المتعلقة بأعمال السيادة..." ويلاحظ أن هذا المبدأ كان منصوصاً عليه في المادة التاسعة من نظام ديوان المظالم السابق. بمقتضى هذا المبدأ لا يجوز لجميع المحاكم الإدارية بمختلف درجاتها التابعة لديوان المظالم النظر في أي دعوى تستهدف الطعن في أي تصرف أو قرار إداري يتعلّق بأعمال السيادة سواء كان الهدف من الطعن إلغاء أو وقف تنفيذ التصرف أو القرار الإداري أو التعويض عن ما ترتّب عليه من أضرار.

وفي مصر نص المشرع منذ أمد بعيد على استثناء أعمال السيادة من نطاق رقابة القضاء عموماً، ومن ذلك ما نص عليه قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ في المادة (١٧) بقوله بأنه "ليس للمحاكم أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة" وهو ما أكدت

(١) د. رمضان محمد بطيخ، مسئولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية، برنامج القضاء الإداري (الإلغاء

والتعويض) المملكة العربية السعودية ١١-٢٢/١٠/٢٠٠٨، بحث منشور على موقع الإنترنت، ص ٢.

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، طبعة ٢٠٠٦، المرجع السابق، ص ٢٣٠ وما بعدها.

(٣) د. السيد هيكل، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، بدون تاريخ نشر، ص ٦٥ وما بعدها.

عليه قوانين مجلس الدولة المصري المتعاقبة ولقد نص في القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أنه " لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة".

معايير اعمال السيادة:

نظراً لعدم تصدي المشرع في معظم الدول لتعريف أعمال السيادة ، مكتفياً في ذلك بالنص على استبعادها من ولاية القضاء بشكل مطلق وعام ، وبدون أي تحديد لما يندرج في مضمونها ، لذا فقد تولي الفقه والقضاء هذه المهمة ، ولقد تعددت المعايير التي قيل بها لتمييز أعمال السيادة عن غيرها من الأعمال الإدارية الأخرى ، باعتبار أن أعمال السيادة لا تعدو كونها أعمالاً إدارية فحسب ، ولكن لاتسامها بصيغة سياسية أخرجها المشرع من ولاية القضاء عموماً (إلغاء وتعويضاً) فقد قيل بمعيار الباعث السياسي، كما قيل بمعيار العمل المشترك أو الأعمال المختلطة ، وقيل كذلك بمعيار القائمة القضائية ، وهو ما تناوله علي النحو التالي: .

معيار الباعث السياسي:

طبقاً لهذا المعيار يعد العمل الذي تتخذه السلطة التنفيذية من أعمال السيادة إذا كان الباعث عليه باعثاً أودافعاً سياسياً أما إذا لم يكن الباعث سياسياً فإنه يعدّ من الأعمال الإدارية التي تخضع لرقابة القضاء ، وهو المعيار الذي اعتمده مجلس الدولة الفرنسي للأخذ بنظرية أعمال السيادة ويعدّ حكم مجلس الدولة في قضية Le Fitte الصادر في ١/٥/١٨٢٢ حجر الأساس في إعتقاد هذا المعيار. وقد عيب على هذا المعيار أنه معيار مرن يتيح للإدارة التخلّص من رقابة القضاء بمجرد تذرّعها بأن الباعث على تصرفها سياسي ، وبالتالي توسيع نطاق دائرة أعمال السيادة الأمر الذي يشكل خطورة على حقوق وحرّيات الأفراد إذ يعجز الأفراد عن الطعن في أعمال السلطة التنفيذية التي تمس حقوقهم وحرّياتهم أمام القضاء إذا ما تذرّعت بأنها أصدرت هذه الأعمال بباعث سياسي، لهذه الأسباب هجر هذا المعيار^(١).

معيار العمل المشترك أو الأعمال المختلطة:

(١) د. بكر عبد المجيد اسماعيل ، القرار الإداري المنفصل وأثره على العقد الإداري ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه ، جامعة الاسكندرية ، ص ١٥٠ وما بعدها.

طبقاً له تكون أعمال السيادة هي الأعمال التي تأتيها السلطة التنفيذية بمناسبة علاقتها بسلطة أخرى لا تخضع لرقابة القضاء الإداري^(١).

ونتيجة لما وجّه إلى معيار الباعث السياسي من نقد لجأ الفقه والقضاء إلى إعتدال طبيعة العمل ومفهومه معياراً لتمييز عمل السيادة عن أعمال الإدارة الأخرى، بحيث تكون العبرة في ذلك بموضوع العمل أو مادته دون الباعث عليه وما إذا كان ذو طبيعة سياسية من عدمه ، وجرى الإعتدال في تحديد طبيعة العمل أو موضوعه على التفرقة بين طائفة الأعمال التي تصدرها السلطة التنفيذية بحكم وظيفتها الحكومية (السياسية) وتلك التي تصدرها بحكم وظيفتها الإدارية ، ويُعد العمل حكومياً إذا قصد به تحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها والسهر على إحترام دستورها، وسير هيئاته العامة والإشراف على علاقاتها مع الدول الأجنبية وعلى أمنها الداخلي، وهذا النوع من الأعمال يندرج في ضمن أعمال السيادة ويمتتع عن رقابة القضاء، أما النوع الآخر الذي يتعلّق بالتطبيق اليومي للقوانين والإشراف على علاقات الأفراد بالإدارة المركزية أو المحلية، وعلاقات الهيئات الإدارية، بعضها بالبعض الآخر فيندرج في ضمن أعمال الإدارة الإعتيادية التي تخضع لرقابة القضاء.

وعلى الرغم من أن هذا المعيار أوضح من سابقه الذي يستمد من الباعث السياسي ، إلا أنه لم يقدم لنا حداً دقيقاً فاصلاً بين الأعمال الداخلة في الوظيفة السياسية للسلطة التنفيذية ، والأعمال الخارجة عنها أو الداخلة في وظيفتها الإدارية، مما دفع بالفقه إلى البحث عن معيار آخر يقوم على أساس واضحة لحصر أعمال السيادة.

معيار القائمة القضائية:

وهو المعيار المعتمد الآن في معظم دول العالم، ويقصد به أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال التي يضاف عليها القضاء هذه الصفة، فالمرجع إذاً في هذا المعيار لتحديد ما إذا كان العمل من قبيل أعمال السيادة من عدمه هو القضاء، فالقاضي هو وحده سيد الموقف فهو الذي يملك وصف العمل المطعون فيه بأنه من طائفة أعمال السيادة التي لا يختص بنظرها، أما المشرع فلا يملك حتى بقانون أن يصف عملاً ما تصدره السلطة التنفيذية بأنه من أعمال السيادة^(٢).

(١) د. محمد رمضان بطيخ، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، الطبعة الثانية ١٩٩٨، دار النهضة العربية، ص ٨٨.

(٢) د. محمد مرغني خيرى، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٦٢ وما بعدها.

وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية بديوان المظالم و"بما أن المحاكم الإدارية استقرت على أن الأوامر الملكية تعتبر من أعمال السيادة وفقاً للمادة (١٤) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم (٧٨/م) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ، والتي نصت على أنه: "لا يجوز لمحاكم ديوان المظالم النظر في الدعاوى المتعلقة بأعمال السيادة..."، وبالتالي فإنها لا تختص بنظر الطعن فيها إلغاءً أو تعويضاً، وصدر في ذلك حكم محكمة الإستئناف رقم ٤٠٣/إس/٦ لعام ١٤٢٩هـ، ورقم ٤٢٢/إس/٦ لعام ١٤٢٩هـ، وعليه فإن الدائرة تحكم بعدم إختصاص المحاكم الإدارية ولائياً بنظر الدعوى"^(١).

وهو ما ما أخذت به محكمة القضاء الإداري المصرية بقوله "ومن حيث إن مفاد ما تقدم أن حالة الطوارئ تعلن وتمد بقرار جمهوري، ويجب عرض هذا القرار على مجلس الشعب ليقرر ما يراه في هذا الشأن، وقد أخرج المشرع الأعمال التي تتصف بأعمال السيادة (سواء الداخلية أو الخارجية) من ولاية المحاكم سواء كانت محاكم مجلس الدولة أو محاكم القضاء العادي، وهو ما يعنى أنه لا يجوز لهذه المحاكم النظر في أية دعوى تتعلق بأعمال السيادة، وقد أرسى القضاء نظرية أعمال السيادة ولم يستطع كل من القضاء والفقهاء وضع تعريف أو معيار جامع مانع لهذه الأعمال، وانتهى القول الفصل في شأنها إلى أن القضاء وحده هو الذى يقرر بسلطته ما يعد من أعمال السيادة وما لا يعد، وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا والمحكمة الإدارية العليا وقضاء هذه المحكمة على أن الأعمال التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة حكم تعد من أعمال السيادة؛ تمييزاً لها عن الأعمال التي تباشرها باعتبارها سلطة إدارة. والحكمة من استبعاد أعمال السيادة من الولاية القضائية أن هذه الأعمال تتصل بسيادة الدولة في الداخل والخارج لما يحيط بها من اعتبارات سياسية تبرر تخويل السلطة المختصة سلطة تقدير أوسع مدى وأبعد نطاقاً؛ تحقيقاً لصالح الوطن وأمنه وسلامته دون تخويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه من إجراءات في هذا الشأن لأن النظر فيها والتعقيب عليها يقتضى توافر معلومات، وعناصر، وموازن تقدير مختلفة لا تتاح للقضاء في إطار دوره المحدد دستورياً وهدياً بمبدأ الفصل المرن بين السلطات"^(٢).

كما أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية هذا المعنى في حكمها الشهير ببطلان تشكيل مجلس الشعب ٢٠١٢م بقولها " بأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا طبقاً لنص المادة (٤٩) من الإعلان الدستوري، وقانون المحكمة

(١) حكم المحكمة الإدارية بديوان المظالم السعودي ، رقم ٢٠/د/١٥ لعام ١٤٣١هـ،

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري، الدائرة الأولى، فى الدعوى رقم ٣٦٦٤٧ لسنة ٦٢ ق، بجلسة ٢٠٠٩/١/٦.

الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، تجد أساسها كأصل عام في مبدأ المشروعية وسيادة القانون وخضوع الدولة، إلا أنه يرد على هذا الأصل وفقاً لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة استبعاد الأعمال السياسية من مجال هذه الرقابة القضائية، تأسيساً على أن طبيعة هذه الأعمال تأبى أن تكون محلاً لدعوى قضائية، والعبرة في تحديد التكييف القانوني لهذه الأعمال هي بطبيعة العمل ذاته لا بالأوصاف التي قد يخلعها المشرع عليها متى كانت طبيعته تتنافى وهذه الأوصاف؛ ذلك أن استبعاد تلك الأعمال من ولاية القضاء الدستوري إنما يأتي تحقيقاً للاعتبارات السياسية التي تقتضى بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالاً وثيقاً أوسايتها في الداخل أو الخارج النأى بها عن نطاق الرقابة القضائية استجابة لدواعي الحفاظ على الدولة والذود عن سيادتها ورعاية مصالحها العليا، مما يقتضى منح الجهة القائمة بهذه الأعمال سواء كانت هي السلطة التشريعية أو التنفيذية سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقاً تحقيقاً لصالح الوطن وسلامته، دون تخويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه في هذا الصدد.

"واستطردت المحكمة حكمها بقولها "... والمحكمة الدستورية العليا هي وحدها التي تحدد بالنظر إلى طبيعة المسائل التي تنظمها النصوص المطعون فيها ما إذا كانت تلك النصوص تعد من الأعمال السياسية فتخرج عن ولايتها بالرقابة القضائية على الدستور، أم أنها ليست كذلك فتبسط عليها رقابتها " (١).

واياً كان المعيار الذى يميز تلك الأعمال فإن المتفق عليه أن أعمال السيادة تخرج عن رقابة القضاء عموماً، سواء كان في السعودية أو في مصر أو في فرنسا.

القوائم القضائية لأعمال السيادة .

أعمال السيادة كثيرة ومتنوعة لذا أعد القضاء الإداري قائمة ببعض الأعمال نذكر أهمها على النحو التالي :

(أ) الأعمال المتصلة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية :

وتتجلى هذه الأعمال فيما تقوم به السلطة التنفيذية من إجراءات تتعلق ببناء وأداء السلطة التشريعية ، كالدعوة إلى انتخابها ، أو انعقادها ، أو تأجيل اجتماعاتها ، وما تقدمه لها من مشروعات القوانين لسنها وإقرارها ، وكذلك قرارات إصدار القوانين أو الاعتراض عليها بعد.

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا، فى القضية رقم ٢٠ لسنة ٣٤ ق، بجلسة ٢٤/٦/٢٠١٢.

ففي فرنسا تعتبر المراسيم المتعلقة بحل الجمعية الوطنية ، وبإصدار القوانين والقرارات الخاصة بتقديم مشروع قانون للإستفتاء من أعمال السيادة .

وفي مصر يدخل قرار دعوة الناخبين لإنتخاب أعضاء البرلمان ، ودعوة البرلمان للإنعقاد وتأجيل وفض الدورة البرلمانية أو إنهائها وحل مجلس الشعب في طائفة أعمال السيادة، كما تعد أعمال السلطة التنفيذية المتعلقة بالتشريع من حيث إقتراح القوانين والإعتراض وسحبها لمشروع قانون تقدمت به الحكومة كل ذلك يدخل في إطار أعمال السيادة^(١).

(ب) الأعمال المتصلة بسير المرفق الدبلوماسي والعلاقات الدولية والدبلوماسية:

تعد العمليات المتعلقة بالمرفق الدبلوماسي والعلاقات الخارجية المجال الخصب لتطبيق أعمال السيادة، حيث إن أعمال الدبلوماسيين ليست جميعاً من أعمال السيادة ، ذلك أن الممثلين الدبلوماسيين في الخارج يمارسون بجوار مهامهم الإدارية وظيفته سياسية^(٢) . وتتمثل هذه الأعمال فيما تتخذه السلطة التنفيذية من إجراءات حيال علاقات الدولة الخارجية ، سواء بالدول الأجنبية أو المنظمات الدولية ، وإقامة العلاقات الدبلوماسية أو قطعها ، وكذلك ما يتعلق بتنفيذ أو عدم تنفيذ الإلتزامات الدولية وما يترتب على ذلك من مسئولية دولية .

ومن ذلك قرارات الإبعاد أو الترحيل *Expulsion et extradition* التي تصدر بخصوص بعض الأشخاص ، والقرارات المتعلقة بتحريك أو توقف قوات أجنبية كما حدثت في مناورات التي تمت في فرنسا^(٣) . والقرارات الصادرة بضم أقاليم جديدة إلى الدولة، وقرارات التصديق على المعاهدات حيث لا تملك المحاكم أن تفسر المعاهدات بل يجب عليها أن تلجأ إلى الحكومة وأن تأخذ بالتفسير الذي يقدمه وزير الخارجية في هذا الصدد، ومنها أيضاً قرارات قطع العلاقات الدبلوماسية مع الدول الأخرى.

(ج) الأعمال المتعلقة بسلامة الدولة ومصالحها العليا:

(١) د. عاطف محمد شوقي الشهاوى ، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في قضاء مجلسى الدولة الفرنسى

والمصرى ، المرجع السابق ، ص ١٢٧ .

(٢) د. عاطف محمد شوقي الشهاوى ، القرارات القابلة للإنفصال في قضاء مجلسى الدولة الفرنسى والمصرى،

المرجع السابق ، ص ١٣١ .

(٣) د. جوج شفيق سارى ،القرارات القابلة للإنفصال فى القانون الإدارى ، المرجع السابق ، ص ١١٤ .

إن أعمال السيادة عادة ما ترتبط بمصالح الدولة العليا وتتعلق بسلامة أمنها الداخلي في الاحوال الإستثنائية ومن هذه الأعمال ما يتعلق بسلامة المواطنين من الإعتداء عليهم بأية صورة من الصور، والمحافظة على صحتهم ومن ذلك إجراءات مكافحة الأمراض والأوبئة، كذلك إجراءات منع الإضطرابات التي تهدد الأمن والإستقرار وتلحق الضرر بالمواطنين ولعل أخطر هذه الإجراءات إعلان حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية (وهو نظام أجاز الدستور فرضه كلما تحققت أسبابه ودواعيه وأولها وأهمها تعرض الوطن لخطر يهدد سلامته وأمنه أو نشوب حرب أو التهديد بنشوبها أو اضطراب الأمن وذلك لمواجهة هذا الخطر بتدابير استثنائية حددها قانون الطوارئ حفظا لسلامة الوطن وأمنه) وقد إنقسم الفقه الفرنسى بشأن قرار إعلان حالة الطوارئ فذهب رأى إلى أنه عمل من أعمال السلطة التنفيذية شأنه شأن سائر القرارات الإدارية يخضع لرقابة القضاء^(١)، بينما ذهب رأى آخر إلى إعتباره من أعمال السيادة التى تتأى عن رقابة القضاء طالما أنه يتعلق بأمن الدولة وسلامتها^(٢).

كما أن أحكام القضاء الفرنسى قد إختلفت هى الأخرى بشأن ذلك حيث اعتبر بعضها قرار إعلان الطوارئ من أعمال السيادة ومن ثم رفض الطعن عليها ، بينما قبل البعض الأخر الطعن عليها على أساس أنها من قبيل أعمال السلطة التنفيذية^(٣).

وبالنسبة للوضع فى مصر فلم يختلف كثيراً عن الوضع فى فرنسا ، فهناك من يرى أن قرار إعلان حالة الطوارئ هو الإجراء الوحيد من بين أعمال الحكومة المتعلقة بالأمن والنظام العام فى الداخل الذى لا يزال معتبراً من أعمال السيادة^(٤)، فى حين ذهب آخرون (الفقه الحديث) إلى إستبعاد إعلان حالة الطوارئ من أعمال السيادة .

(1)- Vonneau, la distinction de la loi et reglement sous l'empire des actes conditionnels de 1940 années 1944.p.49.etp.62.

(2)Alibert Raphael : Le controle Juridictionnel de l'administration 1962, p74.

(٣) د. محمد كامل ليلة ، الرقابة على أعمال الإدارة الرقابية القضائية ، الكتاب الثانى ، ١٩٦٧-١٩٦٨ ، دار النهضة العربية ، ص ٧٣٨ وما بعدها

(٤) د. وحيد رأفت ، رقابة القضاء لأعمال الدولة ، رقابة التضمين ١٩٤٢ ، ص ١٩٩ . راجع كذلك د. حافظ محمد إبراهيم ، القضاء الإدارى وحق الطعن على القرارات الإدارية ، مجلة المحاماة ، السنة ٢٩ ، العدد ٣،٤ ، ص ٤٥٢ .

إلا أن القضاء المصرى يكاد يُجمع على إعتبار إعلان حالة الطوارئ من أعمال السيادة، ولم يفلت من هذا الإجماع سوى حكم يتيم لمحكمة القضاء الإدارى أكدت فيه على خضوع إعلان حالة الطوارئ للرقابة القضائية بإعتباره قراراً إدارياً^(١).

وأياً كان الرأى بشأن إعلان حالة الطوارئ فإن المستقر عليه أن هناك من القرارات ما يرتبط بحالة الطوارئ ويندمج فيها كعملية قانونية مركبة، ومن أهمها وأخطرها تأثيراً فى مبدأ المشروعية أمر الإعتقال إستناداً إلى حالة الطوارئ، وكذلك قرارات الإبعاد أو الترحيل التى تصدر بخصوص بعض الأشخاص سواء كانوا وطنيين أو أجانب إستناداً لحالة الطوارئ، والقرارات الصادرة بتعطيل الصحف أو إلغائها، وقرارات منع الإضطرابات التى تهدد الأمن والإستقرار وتهدد سلامة المواطنين، والقرار الصادر من وزير الداخلية بسحب رخصة سلاح لشخص معين إستناداً لحالة الطوارئ ، فإذا ما إعتبرنا كل هذه الإجراءات من أعمال السيادة، فمعنى ذلك إخراج غالبية أعمال السلطة التنفيذية والجانب الخطر من نشاط الإدارة من نطاق الرقابة القضائية لإلتحافه ثوب أعمال السيادة وهو الأمر الذى يعصف بحريات وحقوق الأفراد^(٢).

ولقد إستقرت محكمة القضاء الإدارى منذ نشأتها ودون نص تشريعى صريح على أن التصرفات التى تقوم بها سلطة الطوارئ بإرادتها الملزمة هى قرارات إدارية طالما تتجه إلى إحداث أثر قانونى وبسط رقابتها ، حيث جرت منذ أمد على التفرقة دوماً بين مرسوم إعلان الأحكام العرفية(الطوارئ) فى حالة قيام اضطرابات تهدد سلامة الدولة وأمنها وبين الإجراءات التنفيذية التى تتخذها الحكومة لتنفيذ مرسوم إعلان الأحكام العرفية ، حيث أعطت صفه أعمال السيادة لمرسوم إعلان الأحكام العرفية دون الإجراءات التنفيذية له والتى تتخذها الحكومة ، حيث إعتبرتها من قبيل القرارات والإجراءات الإدارية العادية ، وقبلت دوماً خضوعها لإختصاصه ونظر الطعن فيها^(٣).

ومن قبيل أعمال السيادة أيضاً الأعمال المتعلقة بسلامة الدولة ومصالحها العليا والمترتبة على أعمال الحرب ، مثل قرار الحرب وحجز السفن ومصادرتها وإغراقها فى العمليات الحربية ،

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى ، القضية رقم ١١٧ ، لسنة ٢٣ق ، بجلسة ١٩٧٥ .د. سعد عصفور ، نحو ضمانات أوفى، رقابة القضاء وضرورة حماية الفرد فى الدولة الحديثة ، مجلة المحاماة ، السنة ٥٦ ، العدد ٤٢٣ ، ص ١٥٢.

(٢) د. محمد كامل ليلة ، الرقابة على أعمال الإدارة الرقابية القضائية ، المرجع السابق ، ص ٧٣٧ وما بعدها.

(٣) راجع حكم مجلس الدولة فى ٣٠/٤/١٩٥٣ ، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإدارى ، السنة السابعة، ص ١٠٢٨. وحكمها فى ١٧/١/١٩٥٥ ، المجموعة المشار إليها ، ص ٢٣٧. راجع فى ذلك د. عبدالله سيد أحمد ، المرجع السابق ، ص ٢٤٦.

ونفتيش السفن وضبط الغنائم فى أوقات الحرب ، كل ذلك من أعمال السيادة لاتصالها بالتدابير الحربية التى تتخذها الدولة لصون أمنها الداخلى ومصالحها العليا ، ولقد ذهب المحكمة الإدارية العليا أن الخطأ الذى ترتكبه الإدارة فى بيع الغنائم بعد مصادرتها هو عمل إدارى تسأل عنه الإدارة متى كان هذا التصرف منطوياً على غش^(١).

وهنا يجب أن نفرق بين بين الأمر الملكي والأمر السامى والمرسوم الملكى وقرار مجلس الوزراء والقرار الوزاري

الأمر الملكى :

وثيقة رسمية مكتوبة تُعبر عن إرادة الملك المباشرة والمُنفردة، بصفته ملكاً وليس بصفته رئيس مجلس الوزراء ، وتصدر غالباً وفق صيغة محدّدة مُتعارف عليها، وتحمّل توقيع الملك بمفرده ، وتعبير الملك أو إرادته هنا هي إرادة مباشرة ومنفردة، أي ليست مقيدة بالرجوع إلى قانون أو إلي جهات أخرى .

المرسوم الملكى: وثيقة رسمية ، تُعبر عن إرادة الملك، بالموافقة على موضوع سبق أن عُرض على مجلسي الوزراء والشورى، واتخذ كلٌ منهما قراراً حيال ذلك الموضوع وتبقى موافقته الكريمة ليدخل حيز التطبيق رسمياً.

الأمر السامى: وثيقة رسمية (ليس لها صيغة محددة) تُعبر عن إرادة رئيس مجلس الوزراء أو أحد نوابه ، فالامر السامى قد يصدر من الملك مباشرة أو من نائبه الأول (حال رئاسته للمجلس) أو النائب الثانى .

ويلاحظ هنا : أن الأمر الملكى دائماً ما يكون من أعمال السيادة التى لا يجوز الطعن عليه امام القضاء .

أما بالنسبة للمرسوم الملكى والأمر السامى: فهما من الأعمال المختلطة ، التى قد تكون من أعمال السيادة إذا ما ارتبطا بمصالح الدولة العليا وبسلامة أمنها الداخلى أو تعلقا بسير المرفق الدبلوماسى والعلاقات الدولية والدبلوماسية أو بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية على النحو السالف ذكره ، وقد لا يكونا من أعمال السيادة إذا لم تتعلق بتلك الموضوعات وبالتالي يختص القضاء بنظرهما.

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا ، ١٩٥٨/٣/٢٩ ، السنة الثالثة ، ص ٩٨٩ .

قرار مجلس الوزراء: وثيقة رسمية ذو صبغة محددة تُعبر عن إرادة مجلس الوزراء. فهو تعبير عن إرادة مجلس الوزراء (جميع الوزراء الأعضاء) ذات صبغة تشريعية تنظيمية وتنفيذية بعد نشرها في الجريدة الرسمية.

القرار الوزاري : وهو القرار الذي يصدر من الوزراء ومن في حكمهم له صفة إلزامية ويستند إلى قانون.

وبالنسبة لقرار مجلس الوزراء والقرار الوزاري ، فهما دائماً من قبيل الأعمال التي تخرج عن نطاق أعمال السيادة مما يختص القضاء بصفة عامة والقضاء الإداري بصفة خاصة بالفصل فيه.

تضييق نطاق أعمال السيادة والحد من آثارها :

أذا كان القضاء سواء في السعودية أو في مصر أو في فرنسا متفق على أن أعمال السيادة تخرج عن رقابة القضاء عموماً ، إلا أنه ارتأى أن أعمال السيادة ومن خلال اتصاله ببعض منازعاتها أنها عملية مركبة تحوى بين ثناياها على تصرفات تتداخل في تكوينها على نحو أو آخر تتصف بصفة القرارات الإدارية وينطلى عليها أحكامها. مما حدا به إلى إسدال رقبته على تلك القرارات احتراماً لمبدأ المشروعية، مجيزاً بذلك جواز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة تطبيقاً لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة ، حيث قبل الطعن بالإلغاء في بعض القرارات التي أمكن فصلها عن العملية ذاتها المكونة لأعمال السيادة^(١).

وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية فى حكمها الشهير بوقف تصدير الغاز لإسرائيل بأن "الدفعين مردودان بما هو مستقر عليه من أن أعمال السيادة استثناءً يمثل خروجاً على مبدأ المشروعية ويخضع لقاعدة التفسير الضيق وعدم القياس، ومن ثم فإن القائمة القضائية لم يعد من قبيل هذه الأعمال يسير فى اتجاه مضاد لاتساع دائرة الحقوق والحريات العامة، ومن جانب آخر فإن شمول عملية مركبة تقوم بها السلطة التنفيذية لعمل من أعمال السيادة لا يسبغ حصانة على ما قد يتصل بها من أعمال هى بطبيعتها من قبيل القرارات الإدارية التى تظل خاضعة لرقابة قاضى المشروعية. .. كما استقر القضاء الإداري على تطبيق نظرية القرارات

(١) د. بكر عبد المجيد اسماعيل ، القرار الإداري المنفصل وأثره على العقد الإداري ، المرجع السابق، ص ١٥٣ وما بعدها.

الإدارية القابلة للانفصال عن هذه العمليات المشتمة على عمل سيادى ومنها ما يخص العلاقات الدولية؛ إذ لا تشكل هذه القرارات أعمال سيادة ينحسر عنها اختصاص القضاء الإداري^(١).

ويعد هذا التوجه من جانب القضاء بمثابة كفارة عن خطأه السابق فى ابتداء نظرية أعمال السيادة فهو المتسبب فى إيجاد هذه الفكرة من العدم، مما جعله يطبق نظرية القرارات الإدارية المنفصلة على أعمال السيادة للحد من تفعيل هذه الأخيرة باستئصال جزء كبير منها وإدخالها تحت رقابته، ومن ثم تكون نظرية القرارات الإدارية المنفصلة قد أسهمت فى الحد والتضييق بقدر الإمكان من هذه الفكرة.

وكان من نتيجة ذلك أن المجلس لم يعد يخشى من فرض رقابته على أعمال السيادة ، كما كان عليه الوضع فى السابق ، ومن الأحكام التي طبق فيها المجلس نظرية القرارات المنفصلة فى مجال أعمال السيادة ، قرارات إبعاد وترحيل الأجانب ، والقرارات المتعلقة بتحريك أو توقف قوات أجنبية فى فرنسا ، والقرارات المتعلقة بالتصديق على الاتفاقيات الدولية.

الفصل الثانى:

الرقابة على أعمال الإدارة

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، فى الطعن رقم ٥٥٤٦ و ٦٠١٣، لسنة ٥٥ ق.ع، بجلسة ٢٠١٠/٢/٢٧.

إن الرقابة على أعمال الإدارة أمر ضروري وحتمي لكي نضمن احترام الإدارة لمبدأ المشروعية، فإذا لم يكن هناك ضمانات أو سبل فعالة تكفل إحترامه أو التقيد بمضمونه، يصبح هذا المبدأ مجرد مبدأ نظري فلسفي لا قيمة له في الواقع العملي، لذا فإن الرقابة على هذه الأعمال ترمي إلى تحقيق أهداف و اغراض مختلفة تختلف باختلاف صور الرقابة والوسائل المستعملة ، ونوجز أهم تلك الأهداف فيما يلي:

١- حماية المصلحة العامة .

والمقصود بحماية المصلحة العامة هنا هي حماية المصلحة العامة في نطاق النشاط المحدد للإدارة الذي تقوم به لإشباع حاجات أفراد المجتمع .

٢- التأكد من شرعية العمل الإداري.

ونعني بذلك الحرص من الناحية القانونية على مدى شرعية العمل الإداري ، لأن مخالفة المشروعية تفرض على الهيئة المعنية بالمراقبة التدخل لإصلاحها أو إبطالها أو إلغائها أو سحبها أو تعديلها متى تتطابق مع القانون وتسايره ، إذ أن مبدأ خضوع الإدارة للقانون هو الضمانة والوسيلة الفعالة لإحترام مبدأ الشرعية في الدولة والذي يعني التطابق بين أعمال الإدارة وقوانين الدولة وتشريعاتها والذي يتأتى من خلال الرقابة على أعمالها.

٣- تحقيق الملاءمة.

باعتبار الإدارة في أي دولة هي الأداة والوسيلة لتحقيق سياستها العامة فإن الأعمال الإدارية ينبغي أن تطابق السياسة العامة للدولة أو الإدارة وإلا تعرضت تصرفاتها للإلغاء أو التعديل .

٤- التعرف على مواطن الخطأ وانحراف الأجهزة الإدارية.

وذلك بهدف معالجتها عن طريق التوجيه و الإرشاد والإصلاح ، وتوقيع العقوبات إذا اقتضى الأمر ذلك ، وللرقابة الرئاسية التي يمارسها الرئيس الإداري على مرؤوسيه وعلى أعمالهم دور بارز في هذا المجال بما يملكه من الآليات تجاه مرؤوسيه.

المبحث الأول

صور الرقابة على أعمال الإدارة

إذا كانت الرقابة من حيث فكرتها أمراً واجباً لضمان احترام مبدأ المشروعية ، فإنها من حيث تطبيقها عملياً لا تتخذ صورة واحد ، وإنما تتعدد صورها بحسب التنظيم القانوني والسياسي في الدولة ، فقد تتعدد الجهات التي يكون من حقها قانوناً ممارسة الرقابة على أعمال الإدارة، وقد تتركز في جهة واحدة يحددها القانون تبعاً لطبيعتها الذاتية والسلطة التي تقوم بها ، وتتخذ الرقابة على أعمال الإدارة صور ثلاث مختلفة تختلف باختلاف الهيئة التي تباشرها و باختلاف طبيعة الرقابة فقد تكون هذه الرقابة سياسة يمارسها البرلمان أو ادارية تمارسها الإدارة أو قضائية يمارسها القضاء. نتناول كل صورة منها بشيء من التوضيح على النحو التالي .

المطلب الاول

الرقابة السياسية:

يقصد بالرقابة السياسية هنا هي الرقابة التي تتولاها السلطات التشريعية والبرلمانية على أعمال الإدارة، فمن صميم صلاحية السلطة التشريعية في الدول الديمقراطية النيابية ، بالإضافة إلى سن التشريعات ، فرض الرقابة البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية السياسية المالية والإدارية ، وذلك بهدف تحقيق الصالح العام فطالما أن السلطة التنفيذية تعلم بأن أعمالها وتصرفاتها ستكون معرضة للرقابة من قبل السلطة التشريعية ، فإن ذلك يؤدي الى قلة المخالفات المرتكبة من قبلها . وتختلف قوة هذه الرقابة تبعاً للنظام السياسي السائد في الدولة فنراها قوية واضحة في النظام البرلماني ، و العكس صحيح في النظام الرئاسي .

و لما كان الوزير هو الرئيس الإداري الأعلى في وزارته ، إذا يهيمن علي جميع المصالح التابع للوزارة وعلى موظفيها و على أعمالهم التي يمارسونها ، فإن ذلك يتيح للبرلمان محاسبة الوزير على مختلف أعمال الوزارة ، وتتمثل صور الرقابة السياسية أو البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية في السؤال والإستجواب كما قد يشكل البرلمان لجاناً للتحقيق في إدارة أو أكثر لإستخلاص الحقائق في أمور معينة، نذكر منهم :

١- السؤال : وبمقتضاه يوجه اعضاء السلطة التشريعية سؤالاً لوزير معين ، أو لعدد من الوزراء ، للإستفسار عن أمور تتعلق بأعمال وزارتهم ، وطلب الاجابة عليها خلال فترة يتم تحديدها من قبل اعضاء الهيئة البرلمانية.

٢- الاستجواب : وهو أقوى من السؤال ، لأنه يتضمن نقداً أو اتهام للحكومة او احد أعضائها من الوزراء ، فهو يعني المحاسبة والإتهام بالخطا والتقصير وقد يؤدي من حيث النتيجة الى

طرح الثقة بالوزارة بأكملها والتصويت على سحب الثقة ضمن اجراءات يحددها الدستور ، وغالباً ما ينتهي الإستجواب بطلب طرح الثقة بالوزارة ، وقد لا تحوز الوزارة ثقة البرلمان ، فيضطرها عندئذ إلى الاستقالة .

٣- لجان التحقيق : قد تلجأ الهيئة البرلمانية الى تشكيل لجنة من بين اعضائها لإجراء التحقيق في اعمال الحكومة لكشف الخلل في هذه الاعمال ، تمنحها سلطات واسعة تمكنها من كشف مواطن الخلل وعيوب سير العمل في المصالح الحكومية .

٤- العرائض : وهي العرائض التي يتقدم بها الافراد الى الهيئة البرلمانية ، بحيث يقوم البرلمان بالنظر في هذه الشكاوى ونظم الافراد من تصرف الإدارة قبلهم والتحقيق في موضوعها وسؤال الوزراء المعنيين ، والطلب منهم توضيح موقفهم من مضمون هذه الشكاوى .

وتمتاز الرقابة السياسية بأنها رقابة شاملة ، أي رقابة مشروعية وملائمة ، ولكن يعاب عليها في ذات الوقت أنها أقل فاعلية في حقوق الأفراد هذا على عكس الرقابة القضائية، التي هي رقابة مشروعية بحسب الأصل، ولا تتدخل في الملائمة إلا إذا تجاوزت عدم الملائمة كل حد معقول، وبلغة مبلغا من الجسامة. والرقابة السياسية لا تؤدي إلى إلغاء العمل الإداري مباشرة ولا إلى التعويض عن الأضرار التي تنتج عنها، غاية الأمر تحاول إجبار الإدارة على العدول عن قرارها، وإصلاح ما أفسدته عن طريق التلويح بسحب الثقة من الوزير أو الوزارة كلها.

المطلب الثاني

الرقابة الإدارية

تهدف الإدارة أثناء ممارستها لأعمالها وتصرفاتها إلى تحقيق الصالح العام بما يتفق وقواعد المشروعية وأحكام القانون، إلا أنها ليست معصومة من الزلل خطأً كان أم عمداً، مما يحتم على الإدارة مراقبة أعمالها.

وتتقسم الرقابة الإدارية بناء على ذلك إلى قسمين { رقابة تلقائية ورقابة بناء على تظلم } فالرقابة التلقائية، هي التي تتولاها الإدارة من تلقاء نفسها بدون تظلم من قبل الأفراد بحيث يقوم رجل الإدارة بإصلاح أخطائه ومراجعة أعماله والتفتيش عليها .

الرقابة بناء على تظلم إداري، هي الرقابة التي تتوقف بناء على تظلم ذوى الشأن، وقد عرف أستاذنا الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، التظلم الإداري بأنه " طلب يتقدم به صاحب

الشأن إلى الجهة الإدارية نفسها ليشتكو أو يتظلم من القرار الإداري الذي أضر بمركزه القانوني بصورة مباشرة، بهدف أن ترجع عن قرارها أو تسحبه^(١).

وينقسم التظلم الإداري إلى ثلاث أقسام :

- ١- تظلم ولائي: وهو الذي يقدم إلى مصدر القرار، فيقدم بنفسه علي إلغاء القرار أو تعديله أو استبداله بتصرف آخر يراه مناسباً إذا ما اكتشف خطأه .
- ٢- تظلم رئاسي: وهو الذي يقدم لرئيس مصدر القرار، فمن حق الرئيس الإداري ، أن يراقب ويراجع من تلقاء نفسه أعمال موظفيه الذين يعملون في نطاق إدارته ، والتفتيش عليها بناءً علي الصلاحيات الرئاسية المقررة له في مواجهة موظفيه ، فإذا ما اكتشف في اعمالهم خطأ قانونياً ، أو قدر ان الإجراء الذي أتخذ ه الموظف غير ملائم فمن حقه في هذه الحالة أن يعدله أو يلغيه أو يأجله .
- ٣- تظلم إلى لجان متخصصة لهذه المهمة:^(٢).

ففي بعض الحالات الخاصة قد يناط بعملية الرقابة علي أعمال الإدارة إلى لجان إدارية خاصة تنشأ القوانين وتتظلمها من حيث كيفية تشكيلها واختصاصها ، ووسائل الطعن أمامها ، وحالات قبولها للطعن أمام هيئة أخرى ، ومن هذه اللجان - لجنة النظر في التعويض ومنع التعامل مع المقاولين - التي نصت عليها المادة (١٥٢) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية^(٣).

ويلاحظ هنا أن التظلم الإداري يتحد مع الرقابة البرلمانية في أنه رقابة شاملة للمشروعية والملائمة إلا أنه يتميز عنها بسهولته، فلا يحتاج إلى إجراءات معقدة أو شكل معين، ولكن يؤخذ عليه أنه قد لا يحقق كل الضمانات المطلوبة حيث أن الإدارة تقوم بدور الخصم

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة ٢٠٠٧، ص ٧٩.
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، دائرة توحيد المبادئ، في الطعن رقم ١١٢٣٤، لسنة ٤٨ ق.ع جلسة ٢٠٠٧/٤/١٤.

(٣) حيث نصت المادة (١٥٢) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٥٨م) وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ_ على أن تختص اللجنة بالنظر في طلبات التعويض المقدمة بناء على العقود المبرمة وفقاً لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، بحيث يتم التظلم أولاً إلى الجهة المتعاقدة بطلب التعويض ، فإن لم يقتنع المدعي بما إنتهت إليه الجهة المتعاقدة معه ، أو مضت مدة ستين يوماً من تاريخ رفع المطالبة إلى الجهة دون البت فيها ، جاز رفع المطالبة إلى اللجنة للمطالبة بالحق المدعي به .

والحكم، مما يصعب معه تحقيق جميع الضمانات المطلوبة من قبل ذوى الشأن^(١). وعلى ذلك فإن الإدارة تقوم بأعمال الرقابة على أعمالها سواء رتبت حقوقاً للغير أم لا، وذلك بسحب قراراتها الغير مشروعة أم بصدور قرار مصاد للقرار السابق.

والقاعدة العامة أن التظلم الإداري أمر جوازي لصاحب الشأن نفسه أو نائبه القانوني، ولكن القضاء الإداري في كل من مصر و السعودية استثنى من ذلك بعض المنازعات الوظيفية جعل فيها التظلم الإداري وجوبياً قبل رفع دعوى بشأنها مباشرة^(٢). ومن الحالات التي جعل فيها مجلس الدولة المصري التظلم وجوبياً هي:

- القرارات الإدارية بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقيات أو بمنح العلاوات.
- القرارات الإدارية بإحالة الموظفين إلى المعاش أو الإستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي.
- القرارات الإدارية النهائية للسلطات التأديبية.

أما النسبة للقضاء الإداري في المملكة العربية السعودية ، أقر هو الآخر استثناء بعض الحالات من تلك القاعدة ، حيث جعل التظلم الإداري وجوبياً في بعض المنازعات قبل رفعها إلي ديوان المظالم ، ومن هذه الحالات هي:

- ١- الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة في نظم الخدمة المدنية .
- ٢- الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة في نظم العسكرية .
- ٣- الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة في نظم التقاعد، لموظفي الدولة ومستخدمي الحكومة والأجهزة ذوات الشخصية المعنوية العامة المستقلة او وراثتهم والمستحقين عنهم^(٣).

المطلب الثالث

الرقابة القضائية

-
- (١) د.خالد خليل الظاهر، القضاء الإداري- قضاء الإلغاء، فضاء التعويض، الطبعة الأولى، ص ٥٨ وما بعدها.
 - (٢) د. محمد رفعت عبد لوهاب، أصول القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٨٢.
 - (٣) راجع نص الماد (٧) من نظام المرافعات امام ديوان المظالم ، الصادر بالمرسوم رقم م٣ بتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ.

تعتبر الرقابة القضائية على أعمال الإدارة أكثر صور الرقابة أهمية وفعالية لضمان احترام مبدأ المشروعية ، نظرا لما يتمتع به القضاء من استقلال وحيدة وتخصص وموضوعية، في معظم نظم الحكم الحديثة ، خاصة الديمقراطية منها ، فضلا عما تتمتع به أحكامه من قوة الشيء المقضي فيه باعتبارها عنوانا للحقيقة .

وترمي الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، من خلال الحكم بإلغاء قراراتها غير المشروعة والتعويض عما تسببه من أضرار للأفراد ، إلى تحقيق هدفين : يبدو أولهما في تقويم الإدارة ، وإجبارها على احترام القانون ، والخضوع لسلطانه ، ويتمثل الثاني في حماية حقوق الأفراد وحررياتهم ، والرقابة القضائية لا تثار تلقائياً وإنما يلزم لتحريكها ضرورة قيام أحد الأفراد او الهيئات بناءً علي ما لحقهم من ضرر لقاء تصرفات المنظمات العامة برفع دعوى أمام القضاء بشأنها ، الأمر الذي دعا البعض إلى وصفها بالرقابة السلبية على أساس أن القضاء لا يتدخل إلا إذا أثير أمامه دعوى رغم ما يكون واضحاً من مخالفة القيات الإدارية للقانون .

وتختلف الدول في تنظيمها للرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، فمنها ما يسند ذلك للقضاء العادي ، بحيث تختص محاكم هذا القضاء بجميع المنازعات ، أيا كانت طبيعتها ، تستوي في ذلك المنازعات المدنية أو الإدارية ، وهذا ما يسمى بنظام وحدة القضاء ، وهو ما تأخذ به بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية ، ومن الدول من يعهد بالرقابة القضائية على أعمال الإدارة، إلى قضاء متخصص بالمنازعات الإدارية ، يقوم على استقلال إلى جانب القضاء العادي الذي يختص بالمنازعات المدنية ، وهو ما يعرف بنظام ازدواج القضاء ، وتعتبر فرنسا النموذج الأول لهذا النظام ، بإنشائها مجلس الدولة منذ عام ١٨٧٢م ، وتبنته بعد ذلك عدة دول ، غربية وعربية ، من بينها بلجيكا وإيطاليا واليونان ، ومصر وسوريا ولبنان ، وهو ما تأخذ به المملكة العربية السعودية في تنظيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، حيث عهدت بتلك المهمة إلي ديوان المظالم كونه قضاء متخصص بالمنازعات الإدارية .

المطلب الرابع

مقارنة بين الرقابة الإدارية والقضائية

بعد أن عرضنا الصور المختلفة للرقابة على أعمال الإدارة ، يتضح لنا أن الرقابة الإدارية و الرقابة القضائية هما أهم صور الرقابة من حيث جدواهما في مبدأ المشروعية ، لذا نعقد مقارنة بينهما نبرز من خلالها جملة الفواق بين هاتين الراقبتين نوجزهم فيما يلي :

١- من حيث الجهة التي تتولى الرقابة :

الرقابة الإدارية تقوم بها الإدارة ذاتها ، ومن أجل ذلك سميت بالرقابة الذاتية ، بينما الرقابة القضائية فيتولى القضاء أمرها ، وهو هيئة بعيدة عن الإدارة لها ضمانتها وأستقلالها، ولا تقتصر ممارسته على القضاء الإدارى (فى الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج) وإنما يشترك فيها القضاء العادي ، أى ان السلطة القضائية بفرعيها تمارس الرقابة على أعمال الادارة.

٢- من حيث تحريك الرقابة :

ففي حالة الرقابة الإدارية تقوم الإدارة بمباشرة مهمة الرقابة من تلقاء نفسها فلها أن تتصدي للتصرف المخالف مباشرة ، أو بناء على تظلم ذوي الشأن ، أما بالنسبة للرقابة القضائية ، فإن القضاء لا يستطيع ممارستها إلا بناء على دعوى ترفع إليه من صاحب المصلحة.

٣- من حيث الإجراءات والمواعيد :

تتطلب الرقابة القضائية لى تتم بصورة سليمة اتباع اجراءات معينة ومواعيد محددة بينها القانون ، وهذا بعكس الرقابة الإدارية إذ لا تحتاج - كقاعدة عامة- إلى اجراءات أو مواعيد بخصوص التظلمات التي ترفع إليها ، ومع ذلك فإن التظلم الإداري لكي ينتج أثره في قطع سريان ميعاد الطعن القضائي يجب أن يتم تقديمه خلال المدة المحددة لرفع الطعن وهي ستون يوماً .

٤- من حيث حدود الرقابة :

الرقابة القضائية رقابة قانونية بمعنى أنها تقتصر علي بحث مشروعية أعمال الإدارة لمعرفة مدى مطابقتها لأحكام القانون بصفة عامة وأتفاقها مع مبدأ المشروعية كما ذكرنا، بحيث لا يجوز أن تتجاوز هذه الرقابة تلك الدائرة ، أم الرقابة الإدارية فإنها تتيح للإدارة مراقبة أعمالها من حيث الشرعية وكذلك من حيث الملائمة ، فالإدارة تستطيع في مجال رقابتها على أعمالها أن تلغيها أو تعدلها أو تسحبها ، كما يحق لها أن تصدر لموظفيها توجيهات وتعليمات تتضمن أوامر ونواهي ، ولها أن تحل محل الموظف فتقوم بعمله

مباشرة ، وكل تلك الأمور لا يستطيع القضاء ممارستها ، وبالتالي تكون الرقابة الإدارية أو سع نطاقاً وأبعد في مداها وحدودها من الرقابة القضائية .

٥- من حيث الفصل في النزاع :

الرقابة الإدارية ليست حاسمة ، لأن الجهة الإدارية قد تفصل في التظلم سواء بالقبول أو بالرفض ، وقد تتخذ موقفاً سلبياً فتمتنع عن الرد علي التظلم ، وإن كان المشرع في كل من فرنسا ومصر والسعودية اعتبر سكوت الإدارة عن إتخاذ إجراء كان من الواجب عليها اتخاذه مدة من الزمن ، بمثابة قرار ضمني ، وعلى العكس الرقابة القضائية لا تستطيع أن تلتزم الصمت حيال الدعوى التي ترفع أمامها ، فسكوت القاضى وامتناعها عن الفصل فيها يعتبر جريمة يعاقب عليها (جريمة أنكار العدالة).

المبحث الثاني

الرقابة على اعمال الإدارة

ومظاهر السلطة العامة

تملك الإدارة امتيازات السلطة العامة، ومن أهم مظاهر هذه الإمتيازات القرارات الإدارية والعقود الإدارية، فعندما تُقدّم الإدارة على استخدام سلطتها بفرضها بإرادتها المنفردة تصرفات تُرتب لها حقوقاً والتزامات في مواجهة الغير، دون حاجة إلى الحصول على رضائهم أو موافقتهم. فهذه السلطة في التصرف الإداري من جانب واحد تسمى بالقرارات الإدارية، أما عندما تستخدم الإدارة سلطتها ويتوقف تصرفها على موافقة طرف آخر فهذا الأسلوب يُسمى بالعقود الإدارية .

ويلعب كل من القرار الإداري والعقد الإداري دوراً مهماً في تسيير النشاط الإداري، ويُشكلان مجالاً رحباً لممارسة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ومصدراً ثرياً وغنياً لإجتهادات الفقه والقضاء الإداري.

ومن خلال هذا المبحث نستعرض القرار الإداري وأركانه وعناصره التي تميزه عن غيره في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني نتناول إنهاء القرار الإداري، وفي المطلب الثالث نتناول العقد الإداري وأركانه وعناصره التي تميزه عن غيره والجهة القضائية المختصة بالفصل فيه، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

القرار الإداري وأركانه

يعد موضوع القرارات الإدارية من أهم موضوعات القانون الإداري، فهو من المجالات الرئيسية التي من خلالها تمارس الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، من خلال المنازعات والقضايا المعروضة على القضاء الإداري، وبمناسبتها يكشف القضاء كل يوم عن جوانب وأفكار جديدة قد تغير من الأفكار التي كان ينظر إليها في وقت من الأوقات على أنها عنوان الحقيقة^(١). وإزاء هذه الأهمية المتميزة لموضوع القرارات الإدارية فقد حظي باهتمام كبير من جانب الفقه والقضاء، وكان ولا يزال محلاً للعديد من الأبحاث؛ حيث إنها الوسيلة الرئيسية والفعالة لمباشرة الوظيفة الإدارية، لذلك سوف نقنصر في تناولنا للقرار الإداري على المسائل والنقاط الأساسية في هذا الموضوع، وذلك على النحو الآتي:-

الفرع الأول: تعريف القرار الإداري.

الفرع الثاني: أركان القرار الإداري.

الفرع الثالث: شروط صحة القرار الإداري.

(١) د. الطماوي "النظرية العامة للقرارات الإدارية" طبعة ١٩٧٦، ص ١٢.

الفرع الأول

تعريف القرار الإداري

الأصل في كلمة قرار Decision مشتق من أصل لاتيني، وتعنى البت النهائي والإرادة المحددة لصانع القرار بشأن ما يجب وما لا يجب فعله للوصول إلى موقف معين أو نتيجة محددة نهائية^(١). وترجع كلمة قرار في اللغة العربية إلى ما قر (أي ثبت) عليه الرأي في الحكم في مسألة معينة^(٢). وعندما ينعت القرار (بكلمة إداري) فإنه يدل على اتجاه إرادة الإدارة إلى أمر ما واستقرارها عليه؛ لإحداث تغيير في الوضع القانوني بإرادتها المنفردة^(٣). ولقد تجنب المنظم وضع تعريفات لبعض المصطلحات القانونية، ومن قبيل ذلك القرار الإداري.

وفي الإصطلاح : عرفه الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب بأنه " عمل قانوني يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة^(٤). وعرفه آخر بأنه " عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة إحدى السلطات الإدارية في الدولة ويحدث آثارا قانونية بإنشاء أو تعديل وضع قانوني قائم^(٥). وفي الواقع نجد أن أغلب تعريفات القرار الإداري تتمحور حول تعريف مجلس الدولة المصري للقرار الإداري القائل بأنه " إفصاح الإدارة في الشكل الذي يحدد القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ذلك ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة^(٦)."

(١) د. محمد حسن، د. إبراهيم محمد علي " المشكلة الإدارية وصناعة القرار " ١٩٧٥، ص ٢٠١.
(٢) الصحاح في اللغة العربية، إعداد وتصنيف نديم وأسامة مرعشلي، دار الحضارة العربية، بيروت، ١٩٧٤ المجلد الثاني ص ٢٩١.
(٣) ماهر صالح علاوي "القرار الإداري" بغداد، دار الحكمة، ١٩٩١، ص ١١.
(٤) د. محمد رفعت عبد الوهاب "أصول القضاء الإداري"، طبعة ٢٠٠٧، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، ص ٢٣.
(٥) د. محمد فؤاد مهنا "القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني"، طبعة ١٩٦٧، الجزء الثاني، ص ١٠٠٩.
(٦) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٠٠٣/١١/١، في الطعن رقم ٤٤٤١ لسنة ٤١ ق.ع. وكذلك حكمها الصادر في ٢٠٠٢/٥/٤، في الطعن رقم ٥١٤٤ لسنة ٤٣ ق.ع. راجع كذلك حكمها الصادر في ١٩٧٩/١/٢٧، في الطعن رقم ٤٣٢ لسنة ٤٢ ق.ع.

الفرع الثاني

خصائص أو أركان القرار الإداري

نستخلص من التعريفات السابقة أن هناك عدة خصائص رئيسة تميز القرار الإداري عن غيره من الأعمال، وأن هذه الخصائص تعد بمثابة أركان القرار الإداري لأنه يترتب على تخلف أحدهما انعدام القرار أي عدم وجوده أصلاً^(١). وهذا ما سوف نتناوله على النحو الآتي:

١- القرار الإداري عمل قانوني.

٢- القرار الإداري عمل يصدر عن سلطة إدارية عامة.

٣- القرار الإداري عمل يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة.

١- القرار الإداري عمل قانوني.

يقصد بالعمل القانوني هنا: هو العمل الذي تقصد به الإدارة إحداث تغييراً مباشراً وحالياً في المراكز القانونية للأفراد، وهذا التغيير إما أن يكون بإنشاء مراكز قانونية جديدة أو تعديل أو إلغاء للمراكز القانونية القائمة. (والمركز القانوني، هو مجموعة الحقوق والواجبات لشخص معين) ويترتب على اعتبار القرار الإداري عملاً قانونياً ضرورة استبعاد وصف القرار الإداري عن الأعمال الآتية:

(أ) الأعمال المادية، يختلف المحل في العمل القانوني (القرار الإداري) عنه في العمل المادي الذي يكون دائماً نتيجة مادية واقعية كحفر طريق، أو شق ترعة، أو بناء كباري، فهذه الأعمال لا تؤثر في المراكز القانونية للأفراد وإن ترتب عليها تغيير في حالتهم الواقعية أو المادية. ومن ثم فهي لا تعد من قبيل القرارات الإدارية.

(ب) الأعمال التحضيرية، التي تسبق صدور القرار والأعمال والإجراءات اللاحقة على اتخاذه والإجراءات الداخلية.

ومن ذلك إجراءات التحقيق التي تتم مع الموظف تمهيداً لتوقيع الجزاء التأديبي، والفتاوى التي تصدرها اللجان الإستشارية، والأعمال المتعلقة بنشر القرارات الإدارية أو إعلانها إلى ذوى الشأن، كما تشمل الملاحظات والتوجيهات التي تتعلق بتسيير العمل الداخلي في الإدارة وأسلوب توزيعه. وكذلك "القرار الصادر بتوزيع موظفي الوزارة على الإدارات المختلفة فيها لا يدخل ضمن القرارات الإدارية التي تختص القضاء الإداري بنظرها وإنما هو مجرد توزيع للموظفين داخل الديوان العام للوزارة بما يحقق مصلحة العمل

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب ود. عاصم عجيبة، أصول القانون الإداري، بدون تاريخ، ص ٢١٩، وما بعدها.

(ج) الأعمال التنفيذية للقوانين: هي الإجراءات التي قد يفرض المشرع على الإدارة القيام بها تطبيقاً لما أمر به القانون ودون أن يكون لها أي قدر من سلطة التقدير، بحيث يكون تصرفها مجرد تنفيذاً حرفياً لحكم القانون. وهنا يجب أن نفرق بين أمرين:

الأول - القرار التنظيمي العام، وهو الذي يولد مراكز قانونية عامة أو مجردة (كاللائحة).

الثاني - القرار الإداري الفردي، الذي ينشئ مراكز قانونية خاصة لفرد معين أو أفراد معينين. فإذا صدر قرار إداري تنفيذياً أو تطبيقاً للائحة مثلاً، فإنه في هذه الحالة ينشئ مركز قانوني فردي أخصاً مميّزاً عن المركز القانوني المتولد عن هذه اللائحة (القرار التنظيمي العام) فهنا يثار تساؤل مهم.

هل يمكن القول بأن القرار الذي يعد تطبيقاً لنص عام مقيد لا ينشئ أو يعدل مراكز قانونية لا يكون قراراً إدارياً؟.

الإجابة يجب أن تكون بالنفي، حيث إن كل قرار إداري منشئ لمركز قانوني فردي - هو في ذات الوقت تطبيق لقاعدة عامة منشئة لمراكز قانونية عامة مجردة، إلا أنه في حالة ما إذا كان اختصاص جهة الإدارة مقيداً، يجب أن نفرق بين إذا ما كان النص خاصاً متعلقاً بفرد معين، وما إذا كان النص عاماً يضع قواعد عامة لا يخص شخصاً معيناً.

ففي الحالة الأولى - يقتصر دور الإدارة على التنفيذ المادي فقط، ليس لأن اختصاصها مقيد وفقاً للمعنى السابق بيانه، ولكن لأنها بصدد نص خاص بفرد معين استقر فيه الوضع القانوني فلم يبق بعد إلا التنفيذ المادي، أما الحالة الثانية - فإنه يجب أن يسبق التنفيذ المادي تحديد مجال انطباقها بتعيين الأفراد الذين تسرى عليهم ويكون ذلك بقرارات فردية تحدد هؤلاء الأفراد بأشخاصهم لا بصفاتهم^(١).

٤ - القرار الإداري عمل يصدر عن سلطة إدارية عامة.

يشترط في القرار الإداري أن يكون صادراً عن هيئة من الهيئات العامة التي تدخل في التنظيم الإداري للدولة، أي من أحد أشخاص القانون العام الداخلي، كالدولة والمحافظات والمدن.

(١) د. عمرو أحمد بركات " مبادئ القانون الإداري " طبعة ١٩٨٥، ص ٤٧٦. راجع كذلك هذا المعنى لدى المحكمة الإدارية العليا في طعن رقم ٣٢٥٧، لسنة ٣٢ ق.ع، جلسة ١٩٨٨/٨/٩. أحكام توحيد المبادئ، المكتب الفني ٤٣ " الجزء الثاني " ص - ١٥٩٥ القاعدة رقم - (١٧٤).

أومن الأشخاص العامة المرفقية، أو مصالح الدولة، كالهيئة العامة للاستثمار، الهيئة السعودية للمواصفات والمقاييس والجودة أو مصلحة أملاك الدولة.

على أنه ليس كل قرار يصدر من هيئة إدارية عامة يعد قراراً إدارياً مما يختص القضاء الإداري بطلب إلغائه أو وقف تنفيذه^(١) إذ لا بد من تحقيق وصف القرار الإداري الذي يصدر من السلطة الإدارية وأن يكون كذلك بحكم موضوعه. ولهذا المصطلح مدلولان:

المدلول الأول - أن يصدر القرار بناء على ممارسة السلطة العامة، فإذا لم تظهر الإدارة بمظهر السلطة العامة في قرارها فإن ما تصدره من تعبير عن إرادتها في هذه الحالة لا يندرج في نطاق القرار الإداري^(٢). وفي ذلك تذهب المحكمة الإدارية العليا إلى أن " قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن صدور القرار من جهة إدارية لا يخلع عليه في كل الأحوال وبحكم اللزوم وصف القرار الإداري، إذ ليس كل قرار يصدر من هيئة إدارية عامة يعد قراراً إدارياً يختص القضاء الإداري بطلب إلغائه إنما لا بد لتحقيق وصف القرار الإداري أن يكون كذلك بحكم موضوعه، فإذا دار القرار حول مسألة من مسائل القانون الخاص أوتعلق بإدارة شخص معنوي خاص فإنه يخرج من عداد القرارات الإدارية أياً كان مصدره، ومهما كان موقعه في مدارج السلم الإداري، إلا أنه وفيما تتعلق بالتصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة فإن مجال أعمال القضاء المشار إليه يرتهن بالحالات التي لا تكون فيها جهة الإدارة مقيدة بضوابط وإجراءات نص عليها القانون في شأن جواز التصرف، وبمعنى آخر أن تكون الإدارة حرة تماماً في التصرف كأفراد سواء بسواء، أما حيث توجد قواعد تنظيمية عامة تقيد الإدارة في التصرف في الأرض المملوكة لها ملكية خاصة أوتحد من حريتها، فإن تصرفها على خلاف هذه القواعد أو امتناعها عن التصرف إنما يشكل - بحسب التكييف القانوني السليم - قراراً إدارياً يمكن الطعن عليه أمام القضاء الإداري بطلب وقف تنفيذه أو إلغائه"^(٣).

(١) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٤٣٨. راجع كذلك هذا المعنى لدى د. محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، طبعة ٢٠٠٠، ص ٩٦.

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٢٠١١، ص ٣٩.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا، في طعن رقم ٢٢٢٨، لسنة ٤٤ ق.ع، جلسة ١٩ / ١ / ٢٠٠٢.

المدلول الثاني - أن يتصل القرار بالوظيفة الإدارية للسلطة التنفيذية، وعليه تخرج الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية بصدد ممارستها للوظيفة الحكومية من نطاق الأعمال الإدارية.

وفى هذا الشأن ثار خلاف حول وضع القرارات الصادرة من الهيئات الإدارية ذات الإختصاص القضائي بالفصل في المنازعات بمقتضى القانون، فبمقتضى المعيار الشكلي تعد قراراتها إدارية على أساس أن تشكيلها إداري غير أن هذه القرارات وهى بصدد الفصل في المنازعات تعد أعمالاً قضائية طبقاً للمعيار الموضوعي، وقد حسمت محكمة القضاء الإداري النزاع وقررت " اختصاصها بنظر الطعون المقدمة ضد القرارات الصادرة من هذه اللجان بحسبان أنها قرارات إدارية من هيئات إدارية ذات اختصاص قضائي^(١).

وهذا ما أكدت عليه نصت المادة (١٢) من القرار رقم ٣٠٣ لسنة ١٤٢٨هـ بشأن إختصاص المحاكم الإدارية بديوان المظالم دون غيرها بالفصل في الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة عن جهات إدارية لها اختصاص قضائي أو اللجان شبه الإدارية).

٥- القرار الإداري عمل يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة.

يتميز القرار الإداري بأنه عمل يصدر بالإرادة المنفردة والملزمة للإدارة العامة، ومن ثمّ فهو عمل يصدر من جانب الإدارة وحدها.

وهذا العنصر هو الذي يميز القرار الإداري عن العقد الإداري، فإذا كان كل منهما (القرار الإداري، والعقد الإداري) يعدان من الأعمال أوالتصرفات القانونية للإدارة إلا أن القرار الإداري يتميز بأنه يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة، في حين أن العقد الإداري يصدر بإرادتين إرادة الجهة الإدارية العامة وإرادة المتعاقد معها، ولذلك لا يعد قراراً إدارياً يجوز الطعن عليه بالإلغاء^(٢).

والإنفراد هنا لا يعنى وجوب صدوره من فرد أو شخص واحد، فالجهات الإدارية المختصة بإصدار القرارات الإدارية قد تتمثل في فرد واحد، كالوزير، ووكيل الوزارة، ورئيس الدائرة، أوالهيئة أوالمصلحة، وقد تتمثل في مجموعة أفراد تضم عدد من الأشخاص كمجلس إدارة إحدى الهيئات العامة أو مجالس الجامعات والكليات. عدداً فالقرارات التي تصدرها هذه المجالس تطرح للتصويت

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٦٠/٤/٦، س ١٤، ص ٢٦٨.
(٢) د. خالد خليل الطاهر، القضاء الإداري قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، الطبعة الأولى ١٩٩٩، ص ١٥٢.

وتتم بأغلبية الأصوات وتنسب في النهاية إلى المجلس بأكمله ولذلك فهي تعد قرارات من جانب واحد رغم تعدد الأعضاء الذين شاركوا فيه^(١).

الفرع الثالث

شروط صحة القرار الإداري

إذا كان القرار الإداري هو إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة للأفراد بناءً على سلطتها بمقتضى القوانين واللوائح، في الوقت الذي تتجه فيه إرادة الإدارة لإنشاء مركز قانوني جائز وممكن قانوناً؛ لابتغاء المصلحة العامة التي يبتغيها القانون.

وبناء على ذلك فإن القرار الإداري يقوم على مجموعة من الشروط بحيث يترتب على تخلف إحداها عدم صحة القرار، بل وانعدامه في بعض الأحيان، وهذه الشروط هي، الاختصاص - والشكل والإجراءات - والسبب - والمحل - والغاية.

وسنتناول شرح هذه الشروط بالتفصيل المناسب بما يخدم الموضوع على النحو الآتي:

الشرط الأول: الإختصاص

ذكرنا سابقاً أن القانون هو الذي يحدد علي وجه الدقة ، الشخص الإداري المختص بإتخاذ القرار الذي يعبر عن إرادة الإدارة في صورة قرار إداري ، بحيث إذا صدر القرار الإداري من قبل شخص آخر دون أن يسمح القانون بذلك ، فإنه يكون مشوباً بعيب عدم الإختصاص ومحلاً للطعن فيه بالإلغاء .

ويعد عيب عدم الاختصاص من العيوب التي تتصل بالنظام العام، ومن ثمَّ للقاضي الإداري أن يتعرض له من تلقاء نفسه دون أن يتوقف على إثارته من جانب صاحب الشأن، ويترتب على هذا العيب بطلان القرار الإداري لفقده أحد مقوماته، متى كان معيباً بعيب عدم الاختصاص البسيط، أما إذا وصل عيب عدم الاختصاص إلى حد اغتصاب السلطة، فإنه في هذه الحالة يؤدي إلى انعدام القرار الإداري لجسامة هذا العيب.

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، والدكتور. عاصم عجلية، أصول القانون الإداري، بدون تاريخ، ص ٢٢٤- ٢٢٥

غير أن هذا العيب يمكن أن تغطيه الظروف الإستثنائية، فإذا ثبت أن القرار المعيب بعدم الاختصاص قد أصدرته جهة الإدارة تحت وطأة ظروف غير عادية فإن هذا القرار يصبح سليماً طالما كان الدافع إلى إصداره هو تحقيق الصالح العام^(١)، ويعد الاختصاص نتيجة من نتائج مبدأ الفصل بين السلطات^(٢). فالفصل لا يعنى تحديد الاختصاص للسلطات العامة الثلاثة (التشريعية - والتنفيذية - والقضائية) فحسب، بل يعنى أيضاً ما يتبع ذلك من توزيع الأعمال في نطاق السلطة الواحدة.

وتوزيع الاختصاصات الإدارية في الدولة إما أن يقوم على أساس مركزي، أو على أساس لا مركزي. فالاختصاص إذاً هو وظيفة يعهد بها المنظم لجهة معينة لتباشرها في الحدود المرسومة لها، فإذا تجاوزتها كان تصرفها باطلاً، فيتعين على الجهة الإدارية عندما تمارس اختصاصاتها في إصدار القرارات الإدارية أن تراعى القواعد الإجرائية التي تتطلبها القوانين واللوائح الموضوعة في هذا الشأن، فإذا ما خالفت ذلك الاختصاص في أثناء ممارستها أعمالها، كان قرارها باطلاً.

ويأخذ ركن الإختصاص صوراً ثلاثة، وهي {الاختصاص الموضوعي، والإختصاص الزمني، والإختصاص المكاني}.
(أ) الإختصاص الموضوعي.

يتعلق بالإختصاص الموضوعي أمران:

الأول، تحديد الشخص أو الأشخاص الإدارية الذين يختصون بإصدار القرارات الإدارية المختلفة، ويتم هذا التحديد بقانون أو بناء على قانون.

الثاني، تحديد الأعمال والتصرفات موضوع الإختصاص، التي يجوز للأشخاص الإدارية ممارستها، ويتخذ خروج الأشخاص على الحدود الموضوعية للاختصاص صورتين، صورة اغتصاب السلطة، وصورة عدم الاختصاص البسيط.

١- اغتصاب السلطة (عدم الاختصاص الجسيم).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر في ١٣/٥/١٩٦١، المجموعة س٦، ص ١٠٢، وحكمها الصادر في ١٤/٤/١٩٦٣، المجموعة س٧، ص ٦٠١.

(٢) د. محمود حلمي، القضاء الإداري وقضاء الإلغاء، طبعة ١٩٧٧، ص ١٣٣.

يحصل عيب اغتصاب السلطة إذا ما صدر القرار الإداري عن فرد عادي ليس له أي صفة عامة، أوفي حالة اعتداء الإدارة على اختصاصات السلطة التشريعية أواعتدائها على اختصاصات السلطة القضائية^(١). كأن يقوم شخص عادي لا يتمتع بصفة الموظف العام بإقحام نفسه دون سند في مباشرة الاختصاصات الإدارية بإصدار قرارات إدارية، ومن ثم فإن القرارات التي تصدر عنه تكون معدومة ولا أثر لها، عادي^(٢). وهنا يجب أن نأخذ في الاعتبار نظرية الموظف الفعلي أو الواقعي التي ساقها مجلس الدولة الفرنسي وأقرها مجلس الدولة المصري، وسلم بمشروعية القرارات الصادرة منه مراعاة لحسن نية المتعاملين معه، وكذلك نظرية الظروف الطارئة أو الاستثنائية التي صدرت فيها هذه القرارات.

ويكون عدم الاختصاص جسيماً معيماً بعيب اغتصاب السلطة، إذا صدر قرار إداري في مسألة لا يجوز تنظيمها إلا بقانون أو قامت الإدارة بحسم النزاع مما يدخل في اختصاص القضاء فإن هذه التصرفات تنطوي على عيب عدم الاختصاص الجسيم الذي ينحدر بالقرار إلى درجة الانعدام. وفي ذلك ذهبت محكمة القضاء الإداري بقولها "إنه لا يصلح تعديل التشكيل إن رأى تقرير ضمان أكبر، إلا لمن يملكه قانوناً وهو المشرع. أما السلطة القائمة على تنفيذ القانون فإنها لا تملك أصلاً تعديل التشكيل، فإن فعلت كان تصرفها من قبل اغتصاب السلطة فيعد باطلاً بطلاناً أصلياً"^(٣).

٢- عدم الاختصاص البسيط (L, incompetence).

كأن يصدر موظف قراراً من اختصاص موظف أو جهة أخرى، أو إذا امتنعت سلطة إدارية عن مزاوله اختصاصها عن طريق الخطأ، كاعتداء الرئيس الإداري على اختصاصات مرؤوسيه، فإذا كان للرئيس الإداري سلطة الرقابة والإشراف وتعديل وإلغاء ما يصدر عن مرؤوسيه من قرارات، بل والحلول محلهم في اتخاذها عند الاقتضاء، إلا أن هذه القاعدة لها حدود، حيث يجب على الرئيس احترام اختصاص المرؤوس. حتى في الحالات التي يكون فيها للرئيس حق

(١) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٤٦٤ وما بعدها.

(٢) محكمة القضاء الإداري، الصادر في ١٦/١/١٩٥٣، المجموعة، س٨، ص٢٥٩.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر في ٢٣/٦/١٩٤٦، المجموعة س٣، ص١٠٧٠.

الرقابة على أعمال مرؤوسيه، فإنه يجب عليه الانتظار إلى حين ممارسة المرؤوس اختصاصه ثم يباشر رقابته على أعماله بعد ذلك، وإلا كان تصرفه معيباً بعبء عدم الاختصاص^(١).

" والحكمة من الحكم بعدم الإختصاص في هذه الحالة هو أن القانون إذا أعطى الإختصاص أصلاً للجهة الإدارية الأدنى، فهو يبغي منح الأفراد والموظفين ضماناً فحص الموضوع مرتين، الأولى - عن طريق الجهة في المستوى الأدنى التي لها حق التقرير في الموضوع، والمرة الثانية - عن طريق السلطة الرئاسية الأعلى، عندما تقوم بالتعقيب على هذا القرار الأول التي قد تقوم بسحب القرار أو إلغائه، فإذا تصدت هذه السلطة الأعلى وقررت براءة الحل محل السلطة الأدنى فتكون بذلك قد حرمت الأفراد من ضمانة الفحص على درجتين وهذا ما يبرر عدم اختصاصها في هذا الفرض"^(٢). ويترتب على صدور القرار الإداري معيباً بعبء عدم الإختصاص البسيط، بطلانه لفقدانه إحدى مقوماته، ويتعين على القضاء في هذه الحالة إلغاؤه إغناء كاملاً.

(ب) الإختصاص الزمني:

يحدد المشرع لكل شخص إداري - فرد أو هيئة - نطاقاً زمنياً يباشر خلاله كافة نشاطاته القانونية، فكل شخص إداري أجل تنتهي خدماته عنده، ويفقد بعده كل اختصاصاته وصلاحياته في مزولة الأعمال العامة، فحياة الشخص كما لها بداية يتحدد بتاريخ التعيين، كذلك لها نهاية ينتهي بها الإختصاص.

حيث إن الزمن يتعلق بالنظام العام ومن ثم فلا يمكن الإتفاق على مخالفته، ومن ذلك أن يقوم موظف بإصدار قرار إداري في وقت سابق على تاريخ منحه سلطة إصدار هذا القرار، أو أن يباشر الموظف أعماله بعد انتهاء الأجل المحدد لممارسته كما في حالة صدور قرار إداري من موظف تم نقله أو فصله من الخدمة مع علمه بذلك^(٣). وإذا كانت العلاقة بين الموظف والوظيفة تنقطع بمجرد صدور قرار النقل من الوظيفة أو الفصل أو الاستقالة، إلا أنه بالنسبة للاستقالة فلا تنقطع صلة الموظف بالوظيفة بمجرد تقديمه للاستقالة بل من تاريخ قبول تلك الاستقالة.

(ج) الإختصاص المكاني:

(١) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٣٣٨.

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٥١.

(٣) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، المرجع السابق، ص ٤٦٥.

إن المنظم قد حدد لكل موظف أوسلطة إدارية نطاقاً جغرافياً معيناً؛ لكي يمارس فيه اختصاصاته ولم يستثن من ذلك سوى رئيس مجلس الوزراء الذين تمتد اختصاصاتهم إلى كافة أقاليم الدولة، فلم يحدد النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية الاختصاصات الإدارية للوزراء بطريقة تفصيلية، حيث اكتفت المادة ١٩ من النظام الأساسي للحكم بالنص على اختصاص عام مؤداه: مع مراعاة ما ورد في النظام الأساسي للحكم ونظام مجلس الشورى يرسم مجلس الوزراء السياسة الداخلية والخارجية والمالية والاقتصادية والتعليمية والدفاعية وجميع الشؤون العامة للدولة ويؤشر على تنفيذها.

الخلاصة

يعد عيب عدم الاختصاص من العيوب التي تتصل بالنظام العام، فللغاضي الإداري أن يتعرض له من تلقاء نفسه ولو لم يطلبه الخصوم، ويترتب على صدور القرار الإداري معيباً بعيب عدم الاختصاص البسيط، بطلانه لفقدانه إحدى شروط صحته، أما إذا وصل عيب عدم الاختصاص إلى حد اغتصاب السلطة فانه في هذه الحالة يؤدي إلى انعدام القرار الإداري نتيجة لهذا العيب

. الشرط الثاني: الشكل والإجراءات

يقصد بالشكل المظهر الخارجي للقرار والإجراءات التي تعبر بموجبها الإدارة عن إرادتها وفقاً للقانون، وتهدف الشكليات في القرار الإداري إلى ضمان حسن سير الإدارة، وصيانة حقوق الأفراد، وحماية المصلحة العامة وذلك عن طريق منح الإدارة الوقت اللازم للتروي والدراسة لتجنب مواطن الزلل والتسرع.

والقاعدة العامة أن التعبير عن الإرادة لا يشترط أن يتم في شكل معين، ومن ثم فإن القرار الإداري كتصرف إداري، يمكن أن يتم شفاهة أو كتابة أو عن طريق البريد أو التليفون^(١). وقد أقرت محكمة القضاء الإداري هذه القاعدة فذكرت أنه "لا يشترط في القرار الإداري أن يصدر في صيغة معينة أو شكل معين، بل ينطبق هذا الوصف ويجرى حكمه كلما أفصحت الإدارة في أثناء قيامها بوظائفها عن إرادتها الملزمة بقصد إحداث أثر قانوني"^(٢).

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص ١٦٠.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٤٨/٩/٧، المجموعة س٣، ص ١٣٨.

وتسرى هذه القاعدة بخصوص الإجراءات، فالقاعدة أنه لا يشترط اتباع إجراءات أو خطوات معينة قبل إصدار القرار الإداري ما لم يأمر المشرع باتباع إجراءات أو شكل معين عند صدور القرار وفي هذه الحالة تلتزم الإدارة باتباع هذا الشكل.

ويعد صمت الإدارة في بعض الأحيان أنه إفصاح عن إرادتها، وذلك في حالة ما إذا كان عليها واجب اتخاذ قرار معين قبولاً أو رفضاً، حيث لاحظ المشرع في كثير من الأحيان أن الإدارة تلجأ إلى الصمت بعدم الإعلان عن إرادتها صراحة فيما يتعلق ببعض الطلبات التي يتقدم بها المواطنون، ونتيجة لذلك فقد ذهب المشرع إلى النص في كثير من القوانين، على أن سكوت الإدارة مدة معينة عن الإفصاح عن إرادتها بشأن الطلب المقدم من أحد العاملين، بمثابة قرار بالرفض أو القبول حسب الحالات.

وهنا يثار تساؤل: هل كل مخالفة للإجراءات الشكلية للقرار الإداري تؤدي إلى بطلان القرار؟

هناك اتجاهان للإجابة عن هذا التساؤل:

ذهب رأى في الفقه إلى أن كل مخالفة للإجراءات الشكلية للقرار الإداري تؤدي إلى بطلانه وانعدامه متى بلغت حدًا كبيرًا من الجسامة، بدون حاجة إلى نص.

ولكن مجلس الدولة الفرنسي ويسايره في ذلك مجلس الدولة المصري قد وضع بعض القواعد التي تخفف من غلو تلك الشكليات والإجراءات، مفادها أن يهمل الشكل والإجراءات إذا كانت ثانوية وغير مؤثرة في مضمون القرار^(١). وذهب رأى ثانٍ، إلى ضرورة التفرقة بين عملية إصدار القرار وبين الإجراءات التي تصاحب صدور القرار، فمخالفة الإجراءات التي نص عليها القانون لإصدار القرار يترتب عليها عدم وجود هذا القرار، أما مخالفة إجراءات الإصدار فهي شكلية يترتب عليها قابلية القرار للإبطال إذا كانت هذه الإجراءات جوهرية، فإذا لم تكن جوهرية فقد جرى القضاء الإداري على رفض إلغاء القرار بسببها^(٢).

ولقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري على التفرقة بين الشكليات الجوهرية والشكليات الثانوية غير الجوهرية ورتب جزاء الإلغاء على مخالفة الأمر الأول دون الثاني، واستقر على أن الشكل يكون جوهرياً في حالتين:

الأولى - إذا عدَّ القانون جوهرياً، ويكون كذلك من خلال النص على الشكل بصيغة الوجوب أو إذا قرر النص صراحة بطلان القرار عند تخلف الشكل، وفي ذلك تقول المحكمة

(١) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ١٤٧.

(٢) د. حلمي محمود حلمي، موجز مبادئ القانون الإداري، طبعة ١٩٧٨ م، ص ١٥٩.

الإدارية العليا" إن قواعد الشكل في إصدار القرار الإداري ليست كأصل عام هدفًا في ذاتها أوطوقسًا، وإنما هي إجراءات ترمى إلى تحقيق المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء. وينبغي التفرقة في هذا المجال بين الشكليات الجوهرية التي تتال من تلك المصلحة ويؤثر إغفالها على سلامة القرار وصحته وغيرها من الشكليات الثانوية؛ إذ لا يبطل القرار لعيب شكلي إلا إذا نص القانون على البطلان متى تم إغفال الإجراء أو كان الإجراء جوهريًا في ذاته بحيث يترتب على إغفاله تقويت المصلحة التي عنى القانون بتأمينها^(١).

الأخرى - إذا لم يقرر النص وصفًا معينًا ولكن كانت حكمة النص تقرر ضمانات جوهرية لصالح الأفراد.

وفي غير تلك الحالتين يكون الشكل غير جوهري لا يعيب القرار ولا يؤدي إلى إلغائه^(٢). إلا أنه لا يوجد معيار محدد إلى الآن للتمييز بين الشكليات الجوهرية والشكليات الثانوية على وجه الدقة، إلا أن ما يستخلص من الأحكام المستقرة يؤكد أن كل ما تقرره القوانين واللوائح من أشكال وإجراءات تستهدف حماية الموظفين العموميين أو الأفراد العاديين في مواجهة خطأ الإدارة وتسرعها، تعد أشكالًا جوهرية يؤدي إغفالها أو مخالفتها كليًا أو جزئيًا إلى وسم القرار بعدم المشروعية ويجعله من ثم حريًا بالإلغاء^(٣).

والشكليات الثانوية بناءً على ما سبق هي، الشكليات المقررة لمصلحة الإدارة وكذلك الشكليات التي ليس من شأنها التأثير على سلامة القرار من الناحية الموضوعية والتي يسمح للإدارة بتصحيح العيب أو تغطيته.

الخلاصة.

إن الشكل لا يعد من النظام العام، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وعليه فلا يجوز للقاضي الإداري أن يتصدى له من تلقاء نفسه، كما أن البطلان الناجم عن عيب الشكل يمكن أن يزول إذا تنازل عنه من وضع لمصلحته سواء كان ذلك بطريقة صريحة أم ضمنية، كما إذا تابع الخصوم تقديم المستندات والمرافعة دون إبداء طلب البطلان بناء على هذا العيب في طلباتهم أمام المحكمة.

الشرط الثالث: السبب

بادئ ذي بدء ننوه إلى أن المقصود بالسبب هنا هو الأمر الذي يسبق صدور القرار الإداري ويأخذ شكل حالة واقعية أو قانونية بعيدة عن رجل الإدارة ومستقلة عن إرادته، ثم تدفعه إلى

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم ١٤٧٩، لسنة ٤٠ ق.ع، جلسة ١٩٩٨/١٢/٦.

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٧١.

(٣) د. طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة - قضاء الإلغاء، ص ٢٨١.

إصدار هذا القرار ابتغاء وجه الصالح العام الذي هو غاية القرار الإداري^(١). ويعرف الأستاذ الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب السبب بأنه "حالة واقعية (مادية) أوقانونية تسبق القرار وتدفع الإدارة للتدخل بإصدار قرارها"^(٢). فالقاعدة العامة هي أن كل عمل قانوني لابد أن يكون له سبب يبرره، وسبب القرار الإداري هو الحالة القانونية أو الواقعية التي تدفع رجل الإدارة إلى إصداره.

ويعد السبب عنصراً أساسياً في القرار ومن ثم فإن إغفاله أو عدم صحته يؤدي إلى بطلان القرار. ومن ثم يتعين أن يكون السبب الذي يبنى عليه القرار الإداري مشروعاً فإذا صدر القرار على أسس وأسباب غير صحيحة، فإنه يؤدي إلى فقدان القرار الإداري سند القانوني الذي يقوم عليه وشابه عيب السبب (أو مخالفة القانون لدى بعض الفقه الأقلية الذي ينكر استقلال عيب السبب) حتى ولو توهمت جهة الإدارة التي أصدرته صحته بحسن نية، نتيجة للفهم الخاطئ بذلك، فإن من شأن عدم صحة هذا السبب أن يصبح هذا القرار معيباً في ذاته ولايجدي في صحته بعد ذلك تغيير سنده في تاريخ لاحق، وإن جاز أن يكون هذا مبرراً لصدور قرار جديد على الوجه الصحيح.

وإذا كان الأصل أن كل قرار إداري يجب أن يقوم على سبب مشروع، فهل يتعين تطبيق هذا الأصل متى قام القرار الإداري على أسباب متعددة؟

إذا صدر قرار إداري بناء على عدة أسباب يكفي في ذلك توفر سبب واحد صحيح يبرر اتخاذه بحيث إنه إذا تذرعت جهة الإدارة بعدة أسباب لاتخاذ القرار الإداري، وتبين أن بعض هذه الأسباب غير صحيحة، فإن ذلك لا يؤدي إلى بطلان القرار طالما أن الأسباب الأخرى قائمة على أسباب صحيحة^(٣).

وهنا يجب التفريق بين وجوب التسبب كإجراء شكلي قد يتطلبه القانون، وبين وجوب قيام القرار على سبب يبرره، فإنه وإن كان الأصل أن الإدارة ليست ملزمة بذكر أسباب القرار هنا إن لم يلزمها القانون بذلك، فالمفترض أن القرار الإداري غير المسبب أنه قائم على سببه الصحيح، وعلى من يدعى العكس أن يقيم الدليل على ذلك^(٤).

غير أنه إذا أوجب المشرع على الإدارة ذكر أسباب القرار الذي أصدرته وهو ما يحدث أحياناً، فمن الواجب أن يكون التسبب واضحاً؛ بحيث يسهل تفهمه ورقابته، أما إذا اكتفت الإدارة بذكر بعض الأسباب المبهمة أو المغملة، فإن القرار الصادر يعد في حكم القرار الخالي من التسبب مما يجعله قابلاً للإلغاء بذاته لعيب الشكل وليس السبب (لأن التسبب كان واجباً قانوناً).

(١) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مبادئ القانون الإداري، طبعة ١٩٨٥، ص ٤٤٨.

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٨٤.

(٣) د. محمود أبو السعود، القانون الإداري، وسائل وامتيازات الإدارة، طبعة ٢٠٠٦، ص ٢٦.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٣٧ ق.ع، الصادر في ١٥ / ٢ / ١٩٩٤.

والقضاء الإداري مستقر على أن أسباب القرار الإداري لا بد وأن تسجل في صلبه، وذلك حتى يخرج القرار حاملاً بذاته كل أسبابه، أما عن الإحالة إلى قرار آخر أو وثيقة أخرى فلا يكفي لقيام التسبيب، كما يجوز للجهة الإدارية أن تخفي السبب الحقيقي لقرارها، وأن تعلن سبباً وهمياً آخر، شريطة أن تبتغى في ذلك المصلحة المشروعة للموظف على أن يكون مناطه رقابة القضاء. وفي ذلك ذهب المحكمة الإدارية العليا إلى أنه " لا جناح على الجهة الإدارية إن هي أعلنت سبباً وهمياً للقرار الإداري الصادر بنقل الموظف المطعون ضده من السلك الدبلوماسي إلى هيئة البريد، هو كونه زائداً عن حاجة العمل بالوزارة، وإخفاء السبب الحقيقي، وهو عدم صلاحيته لتولى وظائف السلك الدبلوماسي، مادامت تبغي بذلك تحقيق مصلحة مشروعة للموظف المنقول إليها"^(١).

وعلى ذلك تدور رقابة القضاء الإداري لشرط السبب حول ثلاث مسائل:- {الأولى - مادية الوقائع، والثانية - التكيف القانوني، والثالثة - التناسب بين الأثر والسبب}.

فمادية الوقائع توجب أن يكون للسبب أصل ثابت في الأوراق التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها، وأن يتأكد القضاء مما إذا كانت هذه النتيجة مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أصول تنتجها مادياً وقانونياً، فإذا كانت هذه النتيجة مستخلصة على غير ما يتطلبه القانون، كان القرار فاقداً لشرط من شروطه هو السبب وهذا ما يسمى بالتكيف القانوني.

كما يجب أن يكون هذا الأثر الذي تم استخلاصه وفقاً للقانون، متوازناً مع الوقائع التي استندت إليها الجهة الإدارية^(٢). وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا إن "القرار الإداري يجب أن يقوم على أسباب تبرره صدقاً وحقاً في الواقع والقانون، فإذا ما ذكرت جهة الإدارة لقرارها أسباباً فإنها تكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري للتحقق من مدى مطابقتها للقانون من عدمه، وأثر ذلك في النتيجة التي انتهت إليها القرار، تجد النتيجة حدها الطبيعي فيما إذا سارت مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أصول تنتجها مادياً وقانونياً فإذا سارت منتزعة من غير أصول موجودة أو سارت مستخلصة من أصول لا تنتجها فإن القرار يكون فاقداً السببية ووقع مخالفاً للقانون"^(٣).

الشرط الرابع: المحل

محل القرار الإداري هو الأثر القانوني المباشر الذي يحدثه ويرتبه ذلك القرار، أو المركز القانوني الذي تقصد جهة الإدارة إلى إنشائه أو تعديله أو إلغائه.

(١) د. محمود أبو السعود، القانون الإداري، وسائل وإمتميازات الإدارة، طبعة ٢٠٠٦ ص ٢٦. السنة ١٣، ص ٣٨٣.

(٢) د. عمرو أحمد فؤاد بركات، مبادئ القانون الإداري، طبعة ١٩٨٥، ص ٤٥١ وما بعدها.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم ٣٢٠٥ لسنة ٤٠ ق.ع - جلسة ٨/٧/٢٠٠١.

فمحل القرار الإداري بفصل موظف هو إخراج هذا الشخص من نطاق هذا المركز القانوني وقطع العلاقة بينه وبين الإدارة. ويجب أن يكون محل القرار الإداري ممكناً وجائزاً قانوناً؛ حتى يحدث أثره. فإذا كان محل القرار مستحيلاً فإن القرار يعد منعدماً ولا وجود له، فالقرار الصادر بترقية موظف إلى الدرجة العليا، واتضح أن الموظف قد توفي قبل صدور هذا القرار، كان القرار منعدماً لانعدام المحل أو استحالته.

أما إذا كان محل القرار الإداري غير جائز قانوناً، فمن ثم يكون القرار باطلاً وقابلاً للإلغاء كما لو صدر القرار بتعيين أحد الأفراد في وظيفة معينة دون أن يكون مستوفياً للشروط القانونية.

مما تقدم يتضح أن محل القرار الإداري يجب أن يكون ممكناً وجائزاً قانوناً متفقاً مع القواعد القانونية المختلفة كالدستور، والقوانين، واللوائح، والعرف الإداري، وأحكام القضاء، والقرارات الإدارية السابقة، والعقود الإدارية في بعض الأحيان^(١).

ويجب التفرقة بين استحالة الأثر القانوني للقرار الإداري وبين عدم المشروعية فاستحالة محل القرار الإداري يترتب عليه انعدامه، أما عدم المشروعية فلا يترتب عليه انعدام القرار بل يؤدي ذلك إلى بطلان القرار فالمشروعية شرط من شروط صحة القرار ونفاذه^(٢).

الشرط الخامس: الغاية

يقصد بالغاية من القرار الإداري الهدف المراد تحقيقه من إصدار هذا القرار، والغاية بهذا المعنى هي الهدف المستهدف، فالقرار الصادر بتعيين شخص في وظيفة عامة يكون محله هو وضع هذا الشخص في المركز القانوني لتلك الوظيفة الذي تحدده قوانين التوظيف أما الغاية من إصدار هذا القرار فهو حسن سير المرفق العام.

ويعرفه بعضهم: بأنه الهدف الذي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقه من وراء القرار، أو هو النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها عن طريق الأثر المباشر المتولد عن عمله^(٣). وتحقيق المصلحة العامة هي الغاية أو الغرض من جميع أعمال الإدارة، وتلك قاعدة لا

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٨١. راجع كذلك د. محمد رفعت عبد الوهاب، والدكتور عاصم عجيلة، أصول القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٢٣٣.

(٢) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، طبعة ١٩٧٦، ص ٣٣٧، وما بعدها.

(٣) تعريف الدكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٣٥٤، الدكتور محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص ٥٦. ويرى الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي. والأستاذ الدكتور محمد رفعت، تسمية هذا العيب بالانحراف بالسلطة لأن التسمية الأولى وهي إساءة استعمال السلطة تجعل العيب مقصوراً على الحالات التي يستهدف فيها رجل الإدارة غرضاً لا يتعلق بالصالح العام، في حين أن معظم حالات الانحراف بالسلطة هي من النوع الذي يستهدف فيه رجل الإدارة غرضاً يتعلق بالصالح العام ولكنه يخالف قاعدة تخصيص الأهداف، راجع

يرد عليها أي استثناء وعلى ذلك إذا ثبت أن رجل الإدارة قد استخدم سلطاته بقصد تحقيق نفع شخصي أو حزبي أو طائفي، فإن تصرفه يعد معيباً بإساءة استعمال السلطة، ومستوجبا للطعن فيه بالإلغاء^(١). وحيث إن فكرة المصلحة العامة من الأفكار المرنة غير المحددة فيتم تحديد الغاية من القرار الإداري وفقاً لقاعدتين:-

القاعدة الأولى:

أن يحدد المشرع أحد جوانب المصلحة العامة بذاتها ليكون هدفاً للإدارة، وذلك بأن يرسم للإدارة هدفاً معيناً في نطاق المصلحة العامة ويلزمها تحقيق هذا الهدف دون سواه، وهو ما يعرف بقاعدة تخصيص الأهداف *LA specialité de but*، فإذا جاوزت الإدارة هذه الغاية المخصصة إلى غاية أخرى، كان قرارها معيباً بعبء إساءة استعمال السلطة^(٢).

القاعدة الأخرى:

أن يمنح المشرع الإدارة سلطة تحديد هدفها الذي تستهدفه في إصدار قراراتها، ولذلك فإن عيب إساءة استعمال السلطة يقع من جانب الإدارة حينما تتمتع بالاختيار وحرية التصرف في تحقيق الصالح العام. وأن هذا العيب {إساءة استعمال السلطة} هو عيب ملازم لفكرة السلطة التقديرية فلا يمكن أن يتصور في حالة السلطة المقيدة، وأن هذا العيب من العيوب القصدية الذي يتطلب تحقيقه أن تكون الإدارة تملك إرادة اختيار واتخاذ القرار الإداري، ويتحقق سواء كانت الإدارة حسنة النية أو سيئة النية إذا أحادت عن الهدف الذي قصده المشرع من القرار الإداري^(٣).

الفرع الرابع

نفاذ القرار الإداري.

المقصود بنفاذ القرار الإداري هو إنتاج القرار لأثاره القانونية التي صدر بقصد إحداثها والأصل في هذا الشأن أن تسرى أحكام القرار الإداري بأثر حال في مواجهة الإدارة من تاريخ صدوره من السلطة المختصة قانوناً لإصداره، متى كان مستوفياً لأركانه وعناصره التي سبق وأن

الدكتور. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٥٨. راجع كذلك

الدكتور. محمد رفعت، أصول القضاء الإداري المرجع السابق، ص ٢٢٠.

(١) د. محمد كامل ليلة، محاضرة في دعوى الإلغاء، بدون تاريخ نشر، كتاب الرقابة على أعمال الإدارة، ص ٥٧.

(٢) د. محمود أبو السعود حبيب، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٣) د. سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، القاهرة ١٩٧٨ م، الطبعة الثانية، ص ٦٨.

أوضحناها، ولكنه لا يسرى في حق الأفراد إلا من تاريخ العلم به بإحدى وسائل العلم المقررة قانوناً^(١). ومن هذا التاريخ تبدأ مواعيد الطعن فيه، كما إن أحكام هذا القرار لا تطبق إلا بالنسبة للمستقبل، إلا أن هذا الأصل ليس مطلقاً بل ترد عليه إستثناءات من شأنها أن تجعل للقرار الإداري أثراً رجعياً على خلاف هذا الأصل وسوف نتناول نفاذ القرار الإداري على النحو التالي:

أ - نفاذ القرار الإداري في مواجهة الإدارة العامة

الأصل أن القرار الإداري يكون نافذاً في مواجهة الإدارة من تاريخ صدوره من السلطة المختصة قانوناً بإصداره، دون أن يتوقف على شهره عن طريق الإعلان أو النشر، ما لم يكن يتعلق على شرط مؤقت، كاشتراط تصديق جهة أخرى على القرار وحينئذ لا ينفذ القرار إلا من تاريخ تصديق تلك الجهة، وترجع أهمية معرفة تاريخ صدور القرار الإداري لتقدير مشروعيته من حيث الإختصاص، وتحديد اقدمية حقوق الأفراد التي تنشأ لهم في مواجهة الإدارة. وهنا يثار تساؤل:

إذا كان القرار الإداري ينفذ في مواجهة الإدارة فمتى يولد القرار؟ وما هو الذي يكتمل به صدوره؟.

ذهب الرأي الغالب في الفقه والقضاء إلى أن القرار الإداري يولد منذ اللحظة التي يتم فيها توقيعه من الجهة المختصة بإصداره^(٢). أي أن توقيع القرار يمثل في نفس وقت إصداره أما شهر القرار وفقاً لهذا الرأي فهو مجرد إجراء لاحق يستلزمه المشرع لنقل العلم بالقرار إلى الأفراد حتى يمكن الإحتجاج به في مواجهتهم فالشهر ليس له أثر في وجود القرار ذاته، والقول بغير ذلك معناه تطبيق القرار الإداري بأثر رجعي، وهو ما يرفضه الفقه والقضاء بصفة عامة.

بينما ذهب رأي آخر، إلى أن مجرد التوقيع على القرار من الجهة المختصة لا يكفي لنفاذ القرار الإداري بل يجب شهره عن طريق الإعلان أو النشر حتى يكتمل وجوده القانوني، وعلى ذلك يكون القرار في الفترة ما بين توقيعه ونشره أو إعلانه مجرد قرار لا تستطيع الإدارة أن تنفذه أو تستند إليه في أية قرارات أخرى^(٣). وقد إعتنق القضاء الإداري المصري من زمن بالرأي القائل بإكتمال القرار بمجرد صدوره وأن النشر أو الإعلان لا يؤثر في نفاذ القرار في حق الإدارة، و في

(١) د.حسنى درويش نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء، رسالة دكتوراه طبعة ١٩٧٩، ص ٣١٩ وما بعدها.

(٢) د. سليمان الطماوى، النظرية العامة للقرارات الإدارية، طبعة ١٩٧٦، ص ٥٣٨ وما بعدها، والدكتور عبد الفتاح حسن، القانون والقرار الإداري في ما بين الإصدار والشهر، مجلة العلوم الإدارية للسنة الثانية عشر العدد الثالث، ١٩٧٠/١٢.

(3) Sh. Eisenmann, sur l'entree en vigeur des normes administrative sunilaterales.mel. stassinopoulos, p. 201.

ذلك تقول محكمة القضاء الإداري أن القرارات الإدارية "..... بحسب الأصل تتم وتنتج أثارها القانونية من يوم توقيع من يملك إصدارها وتوجيه الأمر للحكام للعمل بها وتنفيذها وعند ذلك يكون واجبا على الحكام والمرؤوسين مراعاتها وعدم مخالفتها ولو لم تنشر، إذ أن النشر ليس لازماً لصحة القرارات الإدارية أو نفاذها ولا يقصد منه غير إبلاغ الغير بمضمونه حتى تكون حجة عليه"^(١).

ب - نفاذ القرار الإداري في مواجهة الأفراد.

إذا كان القرار الإداري ينفذ في مواجهة الإدارة بأثر حال من تاريخ صدوره وبمجرد توقيعه من السلطة المختصة بإصداره، فإن الأمر يختلف بالنسبة لنفاذه في مواجهة الأفراد، فلا يسرى القرار في مواجهتهم إلا إذا ثبت علمهم بمحتوياته بالطرق المقررة قانوناً والتي حددها المشرع في كل من مصر وفرنسا (بالنشر - والإعلان).

بحيث يتم العلم بالقرارات التنظيمية عن طريق النشر في الجرائد الرسمية، ويتم العلم بالقرارات الفردية عن طريق الإعلان أو النشرات المصلحية، وقد أضاف القضاء الإداري إلى تلك الوسائل وسيلة ثالثة لنقل العلم بالقرار الإداري الفردي إلى أصحاب الشأن، هي (العلم اليقيني بالقرار) وهذا ما سوف نوضحه على النحو التالي،

١. النشر.

هو إعلام الكافة بمحتوى القرارات الإدارية حتى يكونوا على بينة منها، ويكون النشر بإحدى وسيلتين إما (في الجرائد الرسمية - وإما في النشرات المصلحية) وإذا كان النشر في الجرائد الرسمية يستوى مع النشر في النشرات المصلحية من حيث المبدأ، إلا أن هناك فارقاً بينهما، فبالنسبة للنشر في الجريدة الرسمية يؤدي إلى بداية سريان ميعاد الطعن بالإلغاء فوراً منذ لحظة النشر ذاتها، أما بالنسبة للنشرات المصلحية فلا يكفي مجرد ظهور النشرات المصلحية لكي يبدأ ميعاد الطعن، ولكن لتحقيق ذلك الأثر لابد من توزيع تلك النشرات على الجهات الإدارية التي يتبعها ذوو الشأن، حتى يستطيع العاملون بتلك الجهات العلم بالقرارات التي تضمنتها تلك النشرات^(٢).

وإذا كان الأصل أن يتم النشر في الجريدة الرسمية أو في النشرات المصلحية، ولكن إذا حدد القانون وسيلة معينة للنشر، فهنا يتعين أن يتم النشر وفقاً لهذه الوسيلة وإلا كان العلم بالقرار

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١١/١٢/١٩٥٢.

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٦٦.

غير متوفر في حق الأفراد^(١). ويجب أن يشتمل النشر على القرار الإداري بأكمله، وإذا رأت الإدارة الاقتصاد على نشر ملخص له، وجب أن يكون هذا الملخص محتويًا على كافة عناصر القرار، بالكشف عن فحوى القرار بحيث يتسنى لأصحاب الشأن تحديد مواقفهم من القرار، فإذا ورد النشر بعبارة مجملية خالية من أي بيان، فلا يمكن الإحتجاج به على علم الأفراد بهذا القرار وبالتالي لا ينفذ في مواجهتهم.

٢- الإعلان.

هو الوسيلة التي يتم بموجبها علم فرد بعينه أو أفراد بذواتهم بالقرار الإداري. والإعلام هو الأسلوب الطبيعي والعادي الذي تسلكه الإدارة لإيصال القرار الفردي إلى الشخص أو الأشخاص المعنيين والذين يسهم القرار، فالأصل هنا أن الإدارة ليست ملزمة بإتباع وسيلة معينة لتبليغ الشخص أو الأشخاص بالقرار، ولكن في جميع الحالات يلزم أن يتضمن الإعلان المقومات والعناصر الأساسية للقرار الإداري والتي تؤدي إلى العلم التام بمحتويات القرار وأسبابه إذا استلزم القانون تسببيه.

٣- العلم اليقيني.

إن نظرية العلم اليقيني هي من إبتداع القضاء الإداري وقد أسس تلك النظرية على أساس أن المشرع قصد من ضرورة نشر القرارات وإعلانها التأكيد على قيام علم الأفراد بمضمون القرار وفحواه، فإذا ثبت أن صاحب الشأن قد علم بالقرار علماً يقينياً بطريق آخر خلاف النشر أو الإعلان، فإن هذا العلم يعتد به وينتج آثاره في حساب ميعاد الطعن بالإلغاء في القرار^(٢). وأن هذا العلم اليقيني، يعتد به فقط بالنسبة للقرارات الإدارية الفردية دون القرارات التنظيمية^(٣). ويجب في هذه الحالة أن يكون العلم بالقرارات الإدارية حقيقياً لا ظنياً أو إفتراضياً، وأن يكون شاملاً لكافة عناصر القرار وفحواه، ويشترط في العلم اليقيني الذي يعتد به كأحد وسائل الإعلان ما يلي،

أ- أن يكون العلم يقينياً حقيقياً.

ب- أن يكون العلم اليقيني منصباً على جميع القرار الإداري.

ت- أن يكون العلم اليقيني شاملاً لجميع عناصر المركز القانوني الجديد للمدعى.

(١) مثال ذلك ما ينص عليه القانون رقم (١٠) لسنة ١٩٩٩، بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة، (... ولصقه في المحل المعد للإعلانات بالمقار الرئيسية لوحدات الإدارة المحلية، وفي مقر العمدة او مقر الشرطة والمحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار) فهذا يجب ان يتم النشر بهذه الوسيلة حتى يتم العلم بالقرار الادارى، وينفذ بحق الأفراد.

(٢) د. محمود ابو السعود حبيب، القانون الادارى، وسائل وامتيازات الإدارة، طبعة ٢٠٠٦، ص ٧٨.

(٣) د. محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الادارى، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

د- أن يسمح العلم بتحديد طرق الطعن في القرار.

وهنا يقع على الإدارة مصدرة القرار عبء إثبات حصول العلم اليقيني وتاريخه وفقاً لقاعدة (البينة على من ادعى) كما أن الإدارة ليست مقيدة في هذا الإثبات بوسيلة معينة بل لها الحق في إثبات العلم اليقيني بكافة طرق الإثبات، وأن هذه الوسائل تخضع لتقدير القاضي الإداري الذي له الحق وحده لتقدير مدى كفاية تلك القرائن والوقائع في تحقيق العلم اليقيني بالقرار الإداري، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها " ومن حيث أن بعض أحكام المحكمة الإدارية العليا. قد ذهبت إلى أن ميعاد رفع الدعوى إلى المحكمة فيما يتعلق بطلبات الإلغاء هو ستون يوماً، تسرى من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه أو إعلان صاحب الشأن به، إلا أنه يقوم مقام الإعلان علم صاحب الشأن به بأي وسيلة من وسائل الإخبار بما يحقق الغاية من الإعلان ولو لم يقع هذا الإعلان بالفعل، بيد أن العلم الذي يمكن ترتيب هذا الأثر عليه من حيث سرية الميعاد المقرر لرفع دعوى الإلغاء يجب أن يكون علماً يقينياً لا ظنياً ولا افتراضياً، وأن يكون شاملاً لجميع عناصر القرار التي يمكن لصاحب الشأن على أساسها أن يتبين مركزه القانوني بالنسبة إلى هذا القرار ويستطيع أن يحدد على مقتضى ذلك طريقه إلى الطعن فيه، ولا يجرى الميعاد في حقه إلا من اليوم الذي يثبت فيه قيام هذا العلم اليقيني الشامل. ويثبت هذا العلم من أية واقعة أو قرينة تفيد حصوله دون التقيد في ذلك بوسيلة معينة، وللقضاء الإداري في أعمال رقابته القانونية التحقق من قيام أو عدم قيام هذه القرينة أو تلك الواقعة، وتقدير الأثر الذي تستتبعه المحكمة من أوراق الدعوى وظروف الحال، فلا يؤخذ بهذا العلم إلا إذا توافر إقتناعها بقيام الدليل عليه. {... }^(١).

المطلب الثاني

إنهاء القرار الإداري.

القرار الإداري مثل أي كائن حي يحيا فترة من الزمن قد تطول أو تقصر، ثم يأتي الوقت الذي يزول فيه ويتوقف عن إنتاج أثاره القانونية^(٢).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا ن في الطعن رقم ١١٢٢٥ لسنة ٤٦ ق. ع. جلسة ٢٠٠٣/٥/٨، دائرة توحيد المبادئ.

(٢) د. حسنى درويش، نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء، رسالة دكتوراه، طبعة ١٩٧١، ص ١٨، ١٩.

وينتهي القرار الإداري إما بطريقة طبيعية أو بطريقة غير طبيعية.

والطريقة الطبيعية التي ينتهي بها القرار الإداري، تكون بتحقيق الهدف الذي صدر من أجله، فالقرار الصادر بهدم عقار أو إنشائه بناء ينتهي بهدم العقار وتشيد البناء المطلوب وفقاً للشروط والمواصفات التي تم الاتفاق عليها. وقد ينتهي القرار نتيجة لإستحالة تنفيذه سواء كانت هذه الإستحالة مادية أو قانونية وتتحقق الإستحالة المادية بوفاء من وقع عليه إختيار الترقية. وتكون الإستحالة قانونية، بانتهاء الترخيص باستعمال المال العام نتيجة لزوال صفة العمومية عن هذا المال.

وقد ينتهي القرار الإداري بطريقة غير طبيعية، وذلك بتدخل إحدى السلطات لإنهائه بحسب الرقابة التي تمارسها كل سلطة على أعمال الإدارة، حيث يقسم الفقه كما ذكرنا الرقابة على أعمال الإدارة بحسب السلطة التي تتولاها إلى رقابة سياسية ، رقابة إدارية ، رقابة قضائية. ويعتبر موضوع إنهاء القرار الإداري بطريقة غير طبيعية بالسحب والإلغاء من أدق الموضوعات وأكثرها إثارة للجدل والخلاف الفقهي. لذلك سوف نتناول هذا الموضوع على على النحو التالي :

الفرع الأول: . سحب القرار الإداري.

الفرع الثاني: . إلغاء القرار الإداري.

الفرع الثالث: . القرار المضاد.

الفرع الأول

سحب القرار الادارى

السحب في اللغة الجر : سحبه يسحبه سحباً. بمعنى جره على وجه الأرض، فيقال مشى يسحب ذيله أي يجره متبختراً^(١). ومنه قوله تعالى { إذا الأغلال في أعناقهم والسلاسل يسحبون }^(٢). وقوله تعالى {يوم يسحبون في النار على وجوههم ذوقوا مس سقر }^(٣).

(١) معاجم ألفاظ القرآن الكريم، مجمع اللغة العربية، الجزء الاول. وكذلك المصباح المنير فى غريب شرح الكبير للرافعى، تأليف العالم العلامة، احمد بن محمد بن المغربي الفيومي، الجزء الأول.

(٢) سورة غافر، الاية رقم (٧١).

وقد يأتي بمعنى الرجوع: من رجع، يرجع، رجوعاً، ومنه ارجع الشيء إسترد الشيء، أي عاد إلى ما كان منه البدء،^(٢) ومنه قوله تعالى {ربنا أبصرنا وسمعنا فارجعنا نعمل صالحاً إنا موقنون}^(٣) ومنه قوله تعالى {ارجعوا إلى ما اترفتم فيه ومساكنكم لعلكم تسألون}^(٤) وقوله تعالى {انه على رجعه لقادر}^(٥).

وفي الأصلاح : وسيلة تمارسها السلطة الإدارية مصدره القرار أو السلطة الرئاسية لها للرجوع في القرار الإداري بأثر رجعي منذ تاريخ صدوره لإزالة قوته القانونية في الماضي والحاضر والمستقبل^(٦).

أولاً: نطاق تطبيق سحب القرار الإداري

إذا كان سحب القرار الإداري يعنى زوال آثار القرار بأثر رجعي أي بالنسبة للماضي والحاضر والمستقبل بقرار من السلطة التي أصدرت القرار المطلوب سحبه أو من السلطة الرئاسية لها وذلك بناء على تظلم صاحب الشأن أو نتيجة لتصرف تلقائي من جانب الإدارة وهنا يثار تساؤل : هل تملك الجهة الإدارية سحب كل ما يصدر عنها من قرارات أم لا؟.

لكي نجيب على هذا التساؤل يجب أن نفرق أولاً بين أمرين، سحب القرار الإداري السليم(المشروع)، سحب القرار الإداري الغير مشروع.

١ - سحب القرارات الإدارية المشروعة (السليمة):

من المستقر عليه فقها وقضاء أن القرار الإداري الذي يصدر صحيحاً ومتفقاً مع أحكام القانون يبقى نافذاً بمجرد صدوره ولا يجوز سحبه ويقع القرار الصادر بسحبه في هذه الحالة مخالفاً للقانون^(٧). وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها "إن القرار الإداري السليم لا يجوز سحبه إعمالاً لمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية " ^(٨). على أساس أن امتداد آثار سحب هذه

(١) سورة القمر الآية رقم (٤٧).

(٢) معجم الفاظ القرآن الكريم، المرجع السابق، راجع كذلك مختار الصحاح لنسخ محمد بن ابى بكر بن عبد القادر الرازي، عن الهيئة العامة للكتاب.

(٣) سورة السجدة، الآية رقم (١٢).

(٤) سورة الانبياء، الآية رقم (١٣).

(٥) سورة الطارق، الآية رقم (٨).

(٦) د. بكر عبد المجيد اسماعيل ، القرار الإدارية المنفصل وأثره على العقد الإداري ، المرجع السابق ، ص ٤٢ .

(٧) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات، ص ١١٨٥ .

(٨) المحكمة الإدارية العليا ن في الطعن رقم ١٤٦٤ لسنة ٣٣ ق.ع، جلسة ١١/٤/١٩٩٢، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٣٥، طبعة ١٩٩٤-١٩٩٥، قاعدة رقم ٦٣٠، ص ١٠٣٩ .

القرارات إلى الماضي يتضمن مساس بحقوق الأفراد المكتسبة ويخالف مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية^(١).

فمشروعية سحب القرار الإداري بما سيتبعه ذلك من اثر رجعي، مناطها بالتحديد تمكين الجهة الإدارية من تصحيح خطأ وقعت فيه. فإن أساس فكرة السحب هي عدم المشروعية وليس عدم الملائمة، لأن الأصل في سحب القرار الإداري ألا يفعل إعمالاً لسلطة تقديرية أو لأعتبارات الملائمة " وينبغي على ذلك أنه إذا ما خالفت الإدارة هذه القاعدة وقامت بسحب القرار الإداري السليم ولو خلال الستين يوماً التالية لصدوره، فإن قرارها الساحب هذا يكون قد جاء على خلاف المبادئ القانونية المقررة مشوباً بالبطلان حقيقاً بالإلغاء"^(٢).

وإذا كانت القاعدة المستقرة أنه لا يجوز سحب القرارات الإدارية متى صدرت سليمة سواء أنشأت حقوقاً أم لم تنشأ، إلا أنه توجد أحوال إستثنائية أجاز فيها القضاء في مصر وفرنسا وسائره في ذلك بعض الفقه سحب القرار الإداري السليم، وذلك على خلاف الأصل العام.

وهذه الأحوال هي:

أ) جواز سحب القرارات الإدارية الصادرة بتوقيع جزاءات تأديبية بفصل الموظفين العموميين.

فيجوز للجهة الإدارة سحب القرار الصادر بفصل الموظف وفقاً للقانون، غير أن هذا السحب مشروط بالا تكون الجهة الإدارية قد عينت في وظيفة الموظف المفصول شخصاً آخر مكانه، تعييناً صحيحاً، حيث أن سحب هذا القرار يقتضى في تلك الحالة فصل الموظف المعين بدلاً من الموظف المفصول مما يترتب على ذلك مساساً بمركزه القانوني الثابت من تعيينه تعييناً صحيحاً ومن ثم تنتفي علة الإستثناء، وهذا الإستثناء من إبتداع مجلس الدولة الفرنسي ونقله عنه مجلس الدولة المصري تفعيلاً لروح العدالة والإنسانية التي تفرضها حالة الموظف المفصول على الإدارة. على أنه لا يحق للإدارة سحب القرار الصادر بإنهاء الخدمة بموجب الأستقالة الصريحة أو الضمنية للموظف بالقياس على حالة الفصل من الوظيفة، لأن في ذلك إهداراً للضوابط والشروط التي فرضها المشرع على الإدارة، عند إعادة العامل إلى الخدمة وحساب المدة التي قضاها خارج الوظيفة^(٣).

(١) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، طبعة دار الفكر الجامعي، ص ٤٤٥.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، ص ١٢٣٠، لسنة ٣٥ ق.ع. جلسة ١٩٩٣/٣/٣، الموسوعة الإدارية الحديثة، من ١٩٨٥ / ١٩٩٣، الجزء ٣٥، قاعدة ٣٦٢، ص ١٠٤٤ - ١٠٤٥.

(٣) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، المرجع السابق، ص ٤٤٨.

كما أن في إعادة الموظف المفصول إلى الخدمة إنما هو استثناء من الأصل العام وهو عدم جواز الرجوع في القرارات الإدارية، والاستثناء كما هو معرف لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره فلا يقاس عليه الاستقالة، لأن الاستقالة تستند إلى إرادة الموظف سواء كانت صريحة أم ضمنية فهو من أوجب حكم القانون على نفسه برضي وإختيار منه ومن ثم فلا يكون جديراً بتطبيق هذا الاستثناء بحقه، والذي يستند لإعتبارات العدالة والإنسانية، وفقاً لما قرره القضاء الإداري حينما طبق هذا الاستثناء. أما الفصل فيتم بإرادة الجهة الإدارية وحدها ويكون سحبه إستثناء من الأصل إذا ما قدرت الإدارة أنه إنطوى على خطأ في الملائمة والتقدير فيكون أولى في تطبيق إعتبارات العدالة والإنسانية بشأنه لأن قرار الفصل خارج عن إرادته، وفي ذلك ذكرت محكمة القضاء الإداري في إحدى أحكامها إلى " أن سحب القرار الصادر بفصل المدعى سواء كان صحيحاً أو غير صحيح جائز في الحالتين ما دام قد تم خلال الستين يوماً المحددة لتقديم طلب الإلغاء"^(١).

ب) سحب القرارات الإدارية التنظيمية المشروعة.

تنقسم القرارات الإدارية من حيث مداها إلى قرارات فردية وأخرى تنظيمية، والقرارات التنظيمية أو اللائحية: هي القرارات التي تنشأ مراكز قانونية عامة، فهي لا تخاطب شخصاً بعينه أو أشخاصاً معينين بذواتهم.

ومن المسلم به في القانون الإداري أن جهة الإدارة تتمتع بالحق في تعديل أو إلغاء قراراتها التنظيمية، وذلك دون التقيد بميعاد^(٢). ولقد إستقر الفقه والقضاء في مصر وفرنسا على تأكيد تلك القاعدة، على إعتبار أن القرارات التنظيمية لا تكسب حقوقاً شخصية للأفراد مباشرة بل تنشئ مراكز قانونية عامة موضوعية مجردة، ولا يجوز لشاغلي هذه المراكز الإحتجاج في مواجهة الإدارة بنشوء حق مكتسب لهم من تلك القرارات، فالحقوق المكتسبة لا تنشأ من اللوائح مباشرة وإن كان من الممكن أن تنشأ من القرارات الفردية تطبيقاً لتلك اللوائح.

غير أن هناك رأى في الفقه يرى أنه لا يجوز سحب اللوائح بأثر رجعي^(٣). لأن اللائحة تضع قواعد عامة مجردة، تطبق على الوقائع اللاحقة على صدورها دون السابقة ومن ثم يكون

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، في القضية رقم ٤٧٢، لسنة ٥ق، في ١٩٧٠/١/٧. نقلاً عن د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ٤٤٨.

(٢) د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٥٩٠.

(٣) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٤٨. وكذلك د. طعيمة الجرف، القرار الإداري، المرجع السابق، ص ٥٧٤. وكذلك د. محمود أبو السعود حبيب، القانون الإداري، وسائل وامتيازات الإدارة، طبعة ٢٠٠٦، ص ١١٦.

حق الإدارة في تعديل اللوائح السليمة وفي إلغائها وإستبدالها مقصوراً بالنسبة إلى المستقبل لا إلى الماضي والقول بغير ذلك يؤدي إلى إنتهاك مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية وعدم المساس بالحقوق المكتسبة، هذا إذا كانت القرارات الإداري التنظيمية قد طبقت بالفعل.

أما إذا كانت القرارات اللائحية لم تكن قد طبقت بعد فإن الوسيلة القانونية لإنهائها عن طريق الإدارة هي الإلغاء وليس السحب، حيث أن هذه القرارات لم تنتج أثرها في الماضي حتى يمكن أن تثار مشكلة سحبها وإنهاء آثارها بأثر رجعي^(١)..

وأرى أن الرأي الأخير هو الأصح والأقرب للتطبيق وأن الخلاف بين الرأيين ظاهري، فاللائحة متى صدرت مشروعها وطبقت بناء على قرارات سليمة فلا يمكن سحبها، ليس إستناداً إلى أن اللائحة لا تكسب حقوقاً مباشرة للأفراد، وأن الذي يكسب تلك الحقوق هي القرارات الفردية التي تكون تطبيقاً لتلك اللائحة، بل إلى أن عدم جواز سحب القرارات الفردية الصادرة التي تكون تطبيقاً لهذه اللائحة والتي تعد مصدراً لهذه الحقوق المكتسبة، يؤدي بالتبعية إلى عدم جواز سحب اللائحة، لأنه حينما تصدر اللائحة ويتم صدور قرارات إدارية فردية سليمة تطبيقاً لتلك اللائحة تنشئ حقوقاً مكتسبة فانه يتمتع سحب تلك القرارات الفردية، الأمر الذي يعنى عدم جواز سحب اللائحة متى صدرت سليمة، والقول بغير ذلك يفقد لفظ السحب معناه في اللائحة حيث يتم سحب نصوص اللائحة فقط ولكن اثرهذا السحب لم يفعل في الواقع حيث لا يجوز سحب القرارات الفردية التي تكون تطبيقاً لها واثر من آثارها متى صدرت سليمة.

ج) القرارات الإدارية الفردية السليمة التي لا تولد حقوقاً أو مزايا أو مراكز قانونية لأحد.

مثل القرارات الصادرة بتوقيع جازء تأديبي على الموظف، فان هذا القرار لا يتولد عنه في معظم الأحوال مصلحة لأحد من الأفراد وبالتالي يجوز لجهة الإدارة سحب هذا القرار في أي وقت تشاء، لأنه لا يوجد من يتضرر من سحب ذلك القرار ولان القيود التي تفرض على جهة الإدارة عدم سحب القرارات الفردية ، وفي تقديرنا أن القرارات الإدارية السليمة(المشروعة) التي يمكن سحبها في أي وقت، هي القرارات الكاشفة التي لا تنشئ مراكز قانونية أو تعديلها أو تلغيها، بحيث تقتصر تلك القرارات فقط بالكشف عن تلك المراكز القانونية التي نشأت من قبل، عن طريق قرار إداري سابق فتؤكد هذا المركز أو توضح معناه^(٢).

(١) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، المرجع السابق، ص ٤٤٩.

(٢) راجع هذا المعنى د. محمود ابو السعود حبيب، المرجع السابق، ص ٦٨. راجع كذلك د. محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، المرجع السابق، ص ٤٧٥ وما بعدها.

ويرجع السبب في جواز سحب القرارات الكاشفة في أي وقت ليس لأنها لا تنتشى حقوقاً أو مزايا لأحد بل لأنها تكشف عن مركز قانوني سابق بالفعل، فهي إذ لم تكشف عن هذا المركز القانوني إستلزم الأمر صدور قرارات صحيحة تكشف عنه وهذا لا يعد إلا سحباً للقرار^(١).

٢ - سحب القرارات الإدارية الغير مشروعة (المعيبة).

يقصد بالقرار الغير مشروع الذي تقوم الإدارة بسحبه "هو القرار المعيب بعيب من العيوب التي يترتب عليها الحكم بإلغائه عن طريق القضاء" وهي عيوب الإختصاص والشكل والمحل والسبب والانحراف بالسلطة وهي العيوب المعروفة بأوجه الطعن في القرارات الإدارية الغير مشروعة^(٢).

والقاعدة بالنسبة لهذه القرارات على خلاف القرارات الإدارية السليمة، أنه يحق للإدارة سحبها متى أدركت بنفسها وجه عدم المشروعية فيها وذلك إحتراماً لمبدأ الشرعية وسيادة القانون وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا " إن قضاء هذه المحكمة جرى على أن حق الإدارة في سحب القرارات الإدارية غير المشروعة وتصحيح الأوضاع المخالفة للقانون أصل مسلم به إحتراماً لمبدأ المشروعية وسيادة القانون"^(٣).

وإذا كان من واجب الإدارة أن ترجع في قراراتها المخالفة للقانون إحتراماً لمبدأ المشروعية، فإن من واجبها كذلك أن تمتنع عن المساس بالمراكز القانونية التي إستقرت للأفراد، وذلك بالتوفيق بين هذين المبدأين عن طريق إجازة الرجوع في هذه القرارات إعمالاً لجانب المشروعية، وقصر الرجوع على مدة معقولة إعمالاً لمبدأ إستقرار الأوضاع والمراكز القانونية التي إكتسبها الأفراد من تلك القرارات.

وعلى ذلك إذا صدر قرار إداري غير مشروع أي كان مخالفاً للقانون فإنه يحق لجهة الإدارة سحبه، ولكن يشترط القضاء لإمكان سحب القرار الغير مشروع أن يتم السحب خلال مدة معينة هي شهرين في القانون الفرنسي وستون يوماً في القانون المصري والسعودي، وهذه المدة هي ذات المدة التي يجوز فيها الطعن بالإلغاء في هذا القرار، وتمتد هذه المدة التي يجوز فيها السحب مع إمتداد مدة الطعن لأي سبب فيستمر السحب جائزاً مادام الطعن بالإلغاء جائزاً، والعلة في عدم جواز سحب القرارات الإدارية الغير مشروعة بعد مضي الستين يوماً ميعاد الطعن

(١) د. محمود حلمي، القرار الإداري، المرجع السابق، ص ٢٧٧.

(٢) حسنى درويش، نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء، المرجع السابق، ص ٣١٤.

(٣) حكم المحكمة الادارية العليا، في الطعن رقم ١٩٤١ لسنة ٣٣ ق.ع. بجلسة ١٩٩١/١٢/١، الموسوعة الإدارية الحديثة - ١٩٩٣/١٩٨٥ - ج٣٥ - قاعدة ٣٦٦ - ص ١٠٥٣، نقلاً عن الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، دار الفكر العربي، طبعة ٢٠٠٠ هامش ص ٤٤٩.

بالإلغاء ، هي أن جهة الإدارة عندما تقوم بسحب قرار إداري في الأحوال التي تجيز السحب إنما تحل محل السلطة القضائية في إلغاء القرار مصححة بنفسها خطأها لتتجنب بذلك أن يقوم القضاء بهذا التصحيح، وحيث أنه قد أمتنع على القضاء إلغاء القرار الإداري بعد مضي الستين يوماً ميعاد الطعن، فإنه يمتنع على الإدارة كذلك سحبه بمضي تلك المدة^(١).

لذا فإن لصاحب الإختصاص سحب القرارات الإدارية الغير مشروعة من تلقاء نفسه دون إنتظار طلب ذوى الشأن فإذا فات الميعاد المقرر قانوناً لسحب القرار الإداري المخالف للقانون أو الطعن فيه بالإلغاء أمام المحكمة المختصة، إكتسب حصانة تعصمه من السحب أو الإلغاء وإمتنع على كل من الإدارة وذوى الشأن إستئناف النظر فيما يرتبه القرار من آثار قانونية^(٢). فالتحصن يجعل القرار الغير مشروع كالقرار المشروع سواء بسواء، فإذا قامت الإدارة بسحبه بعد فوات الميعاد تكون قد أخلت بالحقوق المكتسبة أثراً للتحصن بقرار لاحق، ويكون هذا القرار مخالف للقانون إعمالاً لقاعدة عدم جواز سحب القرارات الإدارية السليمة، لأنه بمضي مدة الطعن أصبح القرار في حكم القرار المشروع سواء بسواء، وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بقولها "إذا صدر قرار معيب من شأنه أن يولد حقاً يستقر هذا القرار عقب فترة معينة من الزمن بحيث يسرى عليه ما يسرى على القرار الصحيح، وقد إتفق على تحديد هذه الفترة بستين يوماً من تاريخ نشر القرار أو إعلانه قياساً على مدة الطعن القضائي بحيث إذا إنتقضت هذه الفترة إكتسب القرار حصانة تعصمه من أي إلغاء أو تعديل ويصبح عندئذ لصاحب الشأن حق مكتسب فيما تضمنه القرار"^(٣).

وإذا كانت القاعدة المستقرة فقهاً وقضاً أنه لا يجوز لجهة الإدارة سحب قراراتها الإدارية الغير مشروعة إلا خلال (٦٠) يوماً من تاريخ إعلانها أو نشرها، بحيث إذا انقضى هذا الميعاد

(١) د. محمود حلمي، القرار الإداري، الطبعة الأولى ١٩٧٠ ص ٢٨٠.

(٢) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، دار الفكر العربي، طبعة ٢٠٠٠ ص ٤٥٤.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم ٣٩٦٤، لسنة ٤٤ ق. جلسة ٢٠٠٢/٢/٩.

فكل ما يسرى على مدة الطعن بالإلغاء - من أسباب الإيقاف والانقطاع والتقصير والإطالة يسرى كذلك على السحب، فإذا كانت القوة القاهرة تؤدي إلى وقف مدة الطعن بالإلغاء فلا تبدأ إلا بعد زوال هذه القوة القاهرة فان هذه القوة تؤدي إلى إطالة السحب.

كما يؤدي التظلم الذي يقدمه صاحب الشأن في الميعاد القانوني إلى إطالة مدة السحب بمثل ما تطول به مدة الطعن القضائي، كما يقطع مدة السحب ومدة الطعن بالإلغاء رفع الدعوى أمام مجلس الدولة بإجراءات باطلة. اما طلب الإعفاء من الرسوم القضائية فقد استقر القضاء الإداري إلى اعتباره قاطعاً لمدة الطعن، راجع المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١١٢٣٤ لسنة ٤٨ ق.ع، دائرة توحيد المبادئ، بجلسة ٢٠٠٧/٤/١٤ دائرة توحيد المبادئ .

أصبح لصاحب الشأن حق مكتسب فيما تضمنه القرار ويمتنع على الإدارة سحبه، إلا أن هناك قرارات غير مشروعة أجاز القضاء سحبها دون التقيد بمدة معينة وهي،

- (١) القرارات المنعومة.
- (٢) القرارات الصادرة بناء على غش.
- (٣) القرارات الإدارية الغير مشروعة التي لا تنشئ حقوقاً أو مزايا.
- (٤) القرارات المترتبة على القرار المحكوم بإلغائه.
- (٥) القرارات الصادرة تنفيذاً للقانون.

(١) القرارات المنعومة.

القرار المنعوم هو القرار الذي يتضمن مخالفة صارخة للقانون "بدرجة يتعذر معها القول بأنه يعتبر تطبيقاً لقانون أو لائحة"^(١).

إذ يكون القرار الإداري معدوماً إذا كان العيب أو العيوب التي تلحق به على درجة شديدة من الجسامة تفقد القرار صفته كقرار إداري، وتنزل به إلى مستوى غصب السلطة والإستبداد بها^(٢). وفي ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن إنعدام القرار الإداري يقوم إذا توافر لدى الإدارة "قصد المخالفة الصارخة للقانون"^(٣).

ومن أمثلة ذلك القرار الصادر من فرد عادي لا ينتمي لجهة الإدارة، أو من موظف إنقطعت صلته بالوظيفة أولاً يملك قانوناً سلطة إصدار قرارات إدارية، فإن المستقر عليه فقهاً وقضاءً جواز سحب القرارات الإدارية المنعومة دون التقيد بمدة، لأن العدم لا يتحصن أبداً ويعتبر كأن لم يكن مهما طال عليه العهد، لأن العيب الجسيم من شأنه أن يجرّد هذه القرارات من قيمتها القانونية وصفتها الإدارية فهي ليست قرارات إدارية بل هي بمثابة عمل مادي لا يترتب عليه أي آثار قانونية لذلك يجوز سحبه في أي وقت.

ويرى البعض أن سحب القرارات المنعومة في أي وقت ليست إستثناء من قاعدة عدم جواز سحب القرارات الإدارية إلا خلال مدة الطعن، على أساس أن القرارات المنعومة ليست قرارات إدارية في الأصل بل هي أعمال مادية، وبالتالي فهي من الأمور المباحة التي يجوز سحبها دون

(١) د. سليمان الطماوى، الوجيز في القانون الإداري، طبعة ١٩٨٢، ص ٥٦٩.

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص ١٠٧.

(٣) حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم ٢١٣، لسنة ٣٥ ق. ع. بجلسة ١٢/٢٣/١٩٩٠ - المجموعة الإدارية الحديثة - ١٩٨٥/١٩٩٣ - قاعدة ٣٦٥، ص ١٢٢.

التقيد بمدة لأن السحب يفترض إزالة أثر قانوني كان يرتبه القرار المسحوب، أما القرارات المنعقدة فلا ترتب أثراً قبل إعلان إنعدامها^(١). ويترتب على إنعدام القرار الإداري عدة نتائج :

أ- أن القرار المنعقد لا يمكن أن يكون مصدراً لأي التزام، لأنه لا يمكن أن يولد حقوقاً لأحد حتى بعد فوات ميعاد الطعن القضائي، فهو يعتبر كأن لم يصدر في الأصل، فهوى والعدم سواء بسواء .

ب- أن القرار المنعقد لا يكتسب الصفة النهائية للقرار مهما طال مدتة فيجوز الطعن عليه في أي وقت.

ت- الطعن على القرارات المنعقدة ليس ضرورياً من قبل الأفراد فلإدارة سحبه أو إلغائه من تلقاء نفسها، لأن الطعن لا يمكن أن يكون على معدوم إلا أن تقرير الطعن ليكون تأكيداً على حق الأفراد في الإمتناع عن إحترام هذا القرار وتنفيذه^(٢).

ث- إذا تخلل القرار المنعقد داخل عملية مركبة وترتب عليه آثار (القرارات الإدارية المنفصلة) فإن ذلك يترتب عليه بطلان كامل العملية الإدارية إذا لم يمكن فصله عن باقي العملية، وهذا ما سوف نوضحه في لب الرسالة.

٢- القرارات الصادرة بناء عن غش.

المقصود بالغش هو أن يصدر القرار نتيجة قيام أحد الأفراد بطرق إحتيالية تؤدي إلى عدم مشروعية القرار، فقد يستخدم الفرد بعض الطرق الإحتيالية، قولاً أو فعلاً، لحث الإدارة على إصدار قرار معيناً لصلحه، فإذا صدر مثل هذا القرار فيكون باطلاً وغير جدير بالحماية، وبالتالي يجوز للإدارة سحبه دون التقيد بمدة، على أنه يشترط في جميع الأحوال أن يكون تصرف المستفيد من القرار قد صدر عن غش، وليس عن خطأ أو غلط، ولا يعتبر عمل المستفيد غشاً إلا إذا شابته نية تضليل الإدارة، وأدت تلك الطرق الإحتيالية إلى عدم مشروعية القرار.

وبالتالي لا يجوز للمستفيد التمسك في هذه الحالة بقاعدة عدم جواز سحب القرارات الإدارية إلا خلال مدة الطعن القضائي، لأن هذه القاعدة تستهدف حماية حسن النية أي الفرد الذي لا يعلم بعيوب القرار الإداري، وبالتالي فلا يمتد حكم تلك القاعدة إلى من أوقع بسوء نية الإدارة في خطأ. ولقد أكدت المحكمة الإدارية العليا هذا المعنى بقولها "لا يجوز سحب القرارات الإدارية الفردية التي تولد خطأ مركزاً شخصياً للأفراد في أي وقت وذلك استجابة لدواعي المصلحة العامة التي تقضى باستقرار تلك المراكز، فإذا كانت هذه القرارات غير مشروعة تعين على جهة

(١) د. محمود أبو السعود حبيب، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ١٢٣.

(٢) راجع هذا المعنى د. أرحيم سليمان الكبسي، المرجع السابق ص ٤٩٥، رأي العميد (أوبى).

الإدارة سحبها التزاماً بحكم القانون وتصحيحاً للأوضاع المخالفة، وذلك خلال الفترة المحددة للطعن على القرار بدعوى الإلغاء، فإن انقضت هذه الفترة اكتسب القرار غير المشروع حصانة تعصمه من السحب أو الإلغاء ويصبح لصاحب الشأن حق مكتسب فيما تضمنه القرار، وكل إخلال بهذا الحق بقرار لاحق يعد أمراً مخالفاً للقانون يعيب القرار الأخير ويبطله، إلا أن ثمة استثناءات على هذه القاعدة بحيث يجوز سحب القرار حتى بعد مضي ستين يوماً على صدوره من ذلك حالة الحصول على قرار إداري نتيجة غش أو تدليس من جانب من صدر لصالحه القرار، ففي هذه الحالة يجوز سحب القرار في أي وقت ولو بعد فوات ميعاد الطعن عليه بالإلغاء^(١).

٣- القرارات الإدارية الغير مشروعة التي لا تنشئ حقوقاً أو مزايا.

لقد اختلف الفقهاء في جواز سحب القرارات الإدارية المشروعة التي لا تولد حقوقاً أو مزايا لأحد على النحو السالف ذكره، فذهب البعض إلى جواز سحب القرارات الإدارية المشروعة التي لا تولد حقوقاً لأحد إعمالاً لمبدأ المشروعية، بينما ذهب رأي آخر إلى عدم إباحة السحب إلا في القرارات الغير مشروعة وخلال المدة المحددة للطعن القضائي.

٤- القرارات المترتبة على القرار المحكوم بإلغائه.

ويكون ذلك عندما يتأخر ظهور عدم المشروعية القرار الفردي المتخذ أساساً لغيره من القرارات فعندما يصدر قرار بناء على قرار آخر حكم ببطلانه، فيمكن سحب القرار اللاحق رغم فوات مواعيد الطعن فيه لأن عدم المشروعية لم تظهر إلا بعد الحكم بعدم مشروعية القرار الأول فيصبح بالتالي غير مشروع، لأن ما بني على باطل فهو باطل، ويرى البعض أن هذا " لا يعتبر سحباً لقرارات سابقة بالمعنى المقصود من السحب الإداري، وإنما يكون نزولاً على ما قضت به المحكمة في دعاوى سابقة عدة مماثلة، فهو إذاً يكون تنفيذاً لهذه الأحكام وليس سحباً ببدلوله الذي سلف الإشارة إليه"^(٢).

وعليه فإن القرارات المترتبة على القرار الذي حكم بإلغائه فإنه يزول القرار من أصله ويزيل معه كل اثر له ويترتب عليه ضرورة سحب القرارات المترتبة على القرار الأول المحكوم بإلغائه حتى بعد مضي مدة الطعن، لأن السحب ليس له طبيعة الشيء المقضي به.

ولكن هل ينطبق هذا الاستثناء على القرارات المنفصلة؟

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم ٣٩٠٢، لسنة ٤٨ ق. ع، جلسة ٢٠٠٨/١/٥.

(٢) د. عمرو احمد بركات، المرجع السابق، ص ٥١٢.

القرارات الإدارية المنفصلة هي القرارات التي تشترك في عملية مركبة وتقبل الانفصال عنه للطعن عليها بالإلغاء استقلالاً ولكن هل يجوز سحبها في أي وقت كالقرارات الصادرة بترسيه المناقصة وبإبرام العقد.

ذهب رأى إلى تطبيق هذا الإستثناء على القرارات المنفصلة، فأجاز سحب القرار الذي يشترك في عملية مركبة في أي وقت دون التقيد بمدة الطعن لأن ما بنى على باطل فهو باطل والقرار الباطل لا يتحصن بأي مدة.

بينما ذهب رأى آخر إلى عدم جواز سحب القرار المنفصل المترتب على القرار المحكوم بإلغائه بعد إبرام العقد^(١). ويبرر ذلك إلى عدم جواز سحب القرار الإداري المعيب إذا كان في هذا السحب مساسا بحقوق مكتسبة للأفراد.

بينما برر آخر عدم جواز السحب بعد إبرام العقد، إلى أنه بإبرام العقد يكن القرار الذي اشترك في العملية المركبة قد نفذ بالفعل ، ولا مبرر بعد ذلك لسحبه، وأن فكرة الحقوق المكتسبة فكرة غامضة يصعب تحديدها كان نعصم ما تقوم الإدارة بسحبه من قرارات تنشئ حقوق لصالح ذوى الشأن.

ويلاحظ في تطبيق هذا الرأي الذي نميل إليه أن إبرام العقد يعنى إرتضاء ذوى الشأن للقرار بتنفيذه وتحقيق كل أثاره، وإذا كان هذا لا يمنع من الطعن عليه بالإلغاء بعد التنفيذ إلا أنه يمنع من سحبه لأن سحب القرار بعد إبرام العقد لا يعتبر سحباً بل مجرد إعلان بانعدام القرار إذ أن السحب يفترض إزالة أثر قانوني كان يرتبه القرار المسحوب وهي الفائدة من هذا السحب وبإبرام العقد يكون الهدف قد نفذ فعلاً ولا يحقق أي فائدة، وهو عكس الإلغاء للمستقبل فيحقق نتائج كصرف تعويض مناسب للمضرور .

خلاصة الأمر، أن القرارات الإدارية المنفصلة التي تشترك في عملية مركبة لا يجوز سحبها بعد مضي مدة الطعن القضائي، وكل ما تملكه الإدارة هو إلغاؤها للمستقبل، وهذا الإلغاء يترتب عليه عدم إبرام العقد الإداري في المستقبل إذا لم يكن العقد قد ابرم فعلاً، أما إذا تم إبرامه فلا يجوز سحبه وللإدارة في هذه الحالة إلغاؤه مع كامل العملية المركبة كلها.

(١) د. طعيمة الجرف "القرار الإداري"، المرجع السابق، ص ٥٧٦ وما بعدها.

الفرع الثاني

الغاء القرار الإداري.

ذكرنا أن إلغاء القرار (L'abrogation) لا يسعى إلا إلى تحقيق نتائج في المستقبل دون الماضي برفع قوته الملزمة في المستقبل، أي يتوقف إنتاج أثاره المستقبلية، أما الآثار السابقة التي تحققت فتبقى^(١). وإلغاء القرار الإداري إما أن يكون:

١- عن طريق القضاء وهذا ما سوف نتناوله بالتفصيل في الفصل التالي.

٢- وإما أن يكون عن طريق الإدارة.

إلغاء القرار الإداري عن طريق الإدارة.

إن إلغاء القرار الإداري من قبل الإدارة يأخذ إحدى صورتين إما أن يكون بصريحاً - ضمناً {.

الإلغاء الضمني. يكون عندما تقوم الإدارة بإلغاء أثر القرار الإداري في المستقبل بدون أن تصدر قراراً جديداً تستبدل به القرار الآخر كأن يتضمن القرار نصاً يحدد إلغاء القرار خلال مدة معينة، مثال ذلك النص على إنتهاء الترخيص باستعمال المال العام خلال مدة معينة.

الإلغاء الصريح. يكون عندما تصدر الإدارة قراراً مضاداً للقرار الأول وهذا ما يسمى بالقرار المضاد كأن يصدر قرار فردي مضاد لقرار فردي آخر ينظم نفس الموضوع للقرار السابق، إعمالاً لقاعدة - السابق ينسخ اللاحق- ويكون الإلغاء بقدر التضارب بين القرارين، فقد يكون الإلغاء كلياً للقرار برمته وقد يكون جزئياً يتعلق ببعض أجزائه، ويعتبر القرار الجديد ناسخاً للقرار السابق إذا كان القرار اللاحق قد تناول جميع أجزاء القرار الأول بالتنظيم، حتى ولو لم يوجد تعارض بين أحكامهما^(٢). ولتوضيح ذلك سوف نقسم دراستنا إلى قسمين:

القسم الأول: إلغاء القرار.

القسم الثاني: القرار المضاد.

القسم الأول: إلغاء القرار.

(١) راجع تقرير المفوض (agid) على حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٧/١١/١٩٥٠، نشر بمجلة الكهرياء والغاز الفرنسية في ١٩٥١، ص ٨٠ السابق الإشارة إليه.

(٢) راجع د. محمود حلمي، المرجع السابق، ص ٣٢٧ وما بعدها.

إن إلغاء القرار الإداري من قبل الإدارة، يعنى زوال آثار القرار بالنسبة للحاضر و المستقبل فقط بقرار من السلطة التي أصدرت القرار المطلوب إلغائه أو من السلطة الرئاسية لها بناء على تظلم صاحب الشأن أو نتيجة لتصرف تلقائي من جانب الإدارة خلال مدة الطعن.

ولكن هل يعنى ذلك أن الإدارة تملك إلغاء كل ما يصدر عنها من قرارات؟

للإجابة على هذا التساؤل يجب أن نفرق بين القرارات اللائحية والقرارات الفردية.

القرارات اللائحية

القاعدة العامة والمستقرة في هذا الصدد هي جواز إلغاء أو تعديل القرارات اللائحية في أي وقت، حيث أن تغير الظروف وسرعة الحياة تؤدي إلى ضرورة تطور القرارات الإدارية بما يتلائم مع تغيرات الحياة لتساير هذا التطور^(١). وإمكانية إلغاء اللائحة في أي وقت ترجع إلى أنها تضع قواعد عامة مجردة لا تولد إلا مراكز قانونية موضوعية عامة، فلا تنشئ حقوقاً للأفراد أو مراكز قانونية خاصة يمكن أن يحتج بها على الإدارة. كما أنه ليس لجيل أن يقيد الأجيال اللاحقة بالالتزام في تنفيذ قواعد سياسية أو إدارية أو إجتماعية معينة قد تتعارض مع نمط العصر وتطور الحياة^(٢). فللإدارة الحق في تعديل أو إلغاء قراراتها اللائحية في أي وقت وفقاً لمقتضيات الصالح العام وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا " أن لجهة الإدارة أن تضع من القواعد التنظيمية ما تراه محققاً لحسن سير العمل بالمرفق العام. ... كما أن لها أن تعدل هذه القواعد أو تلغيها حسبما تراه محققاً للصالح العام"^(٣).

وإذا كان هدف الإدارة من إلغاء قراراتها الإدارية خلال مدة الطعن، هو التخلص من قراراتها المعيبة التي تصدر بالمخالفة لأحكام القانون، وبالتالي فإن الإلغاء ينصب أساساً على القرارات الإدارية الغير مشروعة سواء كانت هذه القرارات فردية أم لائحية^(٤).

ولقد كان مجلس الدولة الفرنسي يقر للإدارة الحق في تقرير إلغاء القرارات الصادرة عنها، بوضع نهاية لها إذا ما رأت أنها لا تحقق الصالح العام^(٥). سواء فيما يتعلق بتقدير ملاءمة تصرفاتها أو بالنسبة لاختيار مضمون قرارها.

(١) د. محمود حلمي، المرجع السابق، ص ٣٢٧.

(2) Jeze, Les principes generaux du droit administratif. T. II 1914 p.88.

(٣) راجع حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم ٢٨٢ لسنة ١٤ ق.ع. جلسة ١/٢٧/١٩٧٤، السنة ١٩، ص ١١٦.

(٤) د. محمود ابو السعود، المرجع السابق، ص ١١١.

(5) J.M. Auby. Principes de droit administratif D 1962, p.9.

إلا انه بصدور أمر ١٩٨٣/١١/٢٨ فقد جرى القضاء الإداري الفرنسي على أن تعديل أو إلغاء اللائحة لا يتوقف عند كونه حقا للإدارة وإنما يتعدى ذلك ليشكل التزاماً عليها في حالة عدم المشروعية أو في حالة تغير بعض العناصر التي قام عليها القرار الإداري^(١).

حيث تقضى المادة الثالثة من هذا الأمر على أن "تلتزم السلطة المختصة بأن تستجيب لكل طلب يرمى إلى إلغاء اللائحة غير المشروعة سواء إستندت عدم المشروعية إلى تاريخ التوقيع عليها أم من تاريخ لاحق عن ظروف الواقع أو القانون".

فبمقتضى هذه المادة تلتزم الإدارة بإلغاء اللائحة الغير مشروعة سواء كان عدم المشروعية يرجع إلى تاريخ صدورهما أو نتيجة لتغير ظروف لاحقة كما ذكرنا، فلا يكفي أن تكون اللائحة غير مشروعة حتى تنقيد السلطة الإدارية تلقائيا بالإلغاء، وإنما يجب عليها في هذه الحالة أن تمتنع عن تطبيق اللائحة غير المشروعة^(٢). وهذا المبدأ أكده القضاء الإداري المصري في أحد أحكامه بقوله "إن الدفع بعدم قبول الدعوى لأنها أقيمت بعد إنقضاء سنتين يوما على تاريخ نشر القرار المطعون عليه فإن هذا الدفع مردود بأن القرار المطعون عليه هو قرار لائحي وطلب إلغاء اللائحة المعيبة لا يتقيد بميعاد"^(٣).

وعلى ذلك تكون القاعدة العامة هي جواز إلغاء أو تعديل القرارات اللائحية الغير مشروعة في أي وقت.

القرارات الفردية

ذكرنا أن القرارات الفردية هي: القرارات التي تخاطب فرداً بعينه أو مجموعة محددة، وهي التي يتولد عنها حقوق ومراكز قانونية لمصلحة فرد من الأفراد وهذه القرارات إما أن تكون مشروعة وإما أن تكون غير مشروعة :

والقرارات الإدارية الفردية الغير مشروعة تتمتع الإدارة بسلطة إلغاء تلك القرارات خلال فترة السنتين يوما من تاريخ نشرها أو إعلانها، لأنه بمضي مدة الطعن يكتسب القرار حصانه نهائية تعصمه من الإلغاء، ذلك أن الأصل في القرارات الإدارية الغير مشروعة أنها لا تولد أو

(١) د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ٤٣٩.

(٢) د. دعاء عبد المنعم شفيق، نظرية القرار المضاد، رسالة دكتوراه، بدون تاريخ، ص ٣٨٢.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري، في القضية رقم ٧٣٣، لسنة ٢٦ق. جلسة ١٩٧٣/٢/٢٧، لسنة ٢٧.

تنشئ حقوق مكتسبة لأحد، ومن ثم فإن إلغائها خلال مدة الطعن، ليس من شأنه الإعتداء على حقوق أحد.

القرارات الفردية المشروعة الأصل أن القرارات الإدارية متى صدرت مشروعة ومستوفية لجميع الشروط والمواصفات التي حددها المشرع فلا يجوز إلغاؤها أو المساس بها والمقصود بعدم جواز إلغاء القرارات الإدارية المشروعة هنا، هي القرارات التي تولد حقوق وإمتهيازات للأفراد، ففي هذه الحالة لا تملك الإدارة أي سلطة تقديرية في إلغاء تلك القرارات وذلك على عكس القرارات التنظيمية.

و على ذلك إستقر الفقه على أن القرارات الإدارية المشروعة أو التي في حكم المشروعة بفوات مواعيد الطعن القضائي والتي تولد حقوق ومزايا للأفراد لا يجوز للإدارة إلغائها، بينما يكون للإدارة إنهاء آثار تلك القرارات عن طريق إتخاذ قرار مضاد، وهو ما سوف نوضحه، وفي ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه " إذا صدر قرار معيب من شأنه أن يولد حقاً، يستقر هذا القرار عقب فترة معينة من الزمن بحيث يسرى عليه ما يسرى على القرار الصحيح، وقد اتفق على تحديد هذه الفترة بستين يوماً من تاريخ نشر القرار أو إعلانه، قياساً على مدة الطعن القضائي بحيث إذا إنقضت هذه الفترة اكتسب القرار حصانة تعصمه من الإلغاء أو التعديل، ويصبح عندئذ لصاحب الشأن حق مكتسب فيما تضمنه القرار^(١).

أما القرارات الفردية المشروعة التي لا يتولد عنها حقوق ومميزات لأحد، فيجوز للإدارة أن تقوم بإلغائها في أي وقت حسبما تشاء، متى إقتضت المصلحة العامة ذلك.

القسم الثاني: القرار المضاد.

يعرف الفقه الفرنسي القرار المضاد بأنه " القرار الذي يصدر وفقاً لنص ليحل محل قرار آخر " فيعرفه العميد بونار بأنه "قرار بمقتضاه يحل محل قرار سابق، ويقتصر أثره بالقياس إلى المستقبل"^(٢).

كما عرفه الدكتور حسنى درويش بأنه "إجراء إداري يتم بمقتضاه إلغاء أو تعديل قرار سليم بالنسبة للمستقبل"^(٣).

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم ٣٩٦٤ لسنة ٤٤٤ ق.ع بجلسة ٢/٩/٢٠٠٢، الموسوعة الإدارية الحديثة، القاعدة رقم ٩٨، ص ٨٩.

(٢) راجع العميد بونار، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، ١٩٣٥، ص ٢٢٨.

(٣) راجع د. حسنى درويش عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٦٠٥.

ويعرفه الدكتور عليوة مصطفى بأنه "إجراء إداري فردي سليم يرتب أو يسلب حقوقاً أو مزايا وذلك بالنسبة للمستقبل"^(١).

ومن خلال تلك التعريفات نستنتج أن الفقهاء استبعدوا القرارات اللائحية من تطبيق القرار المضاد حيث أن اللوائح لا تنشئ إلا مراكز عامة وهذه المراكز لا تولد حقوق شخصية لأحد من الأفراد، وبالتالي يجوز تعديلها أو إلغائها في أي وقت وفقاً لمقتضيات الصالح العام سواء كانت تلك القرارات مشروعة أم غير مشروعة.

أنواع القرار المضاد

إذا كان الفقه والقضاء الإداريين إستقرا على أنه إذا صدر قرار فردي مشروع وترتب عليه حقوق ومزايا لصالح الأفراد فلا يمكن سحبه أو إلغائه، إلا أن القانون قد أتاح للسلطة الإدارية وضع نهاية لأثر هذا القرار وهي الحقوق والمميزات الناتجة عنه عن طريق إتخاذ قرار جديد يعرف بالقرار المضاد، وهذا القرار المضاد قد يصدر بناء على نص تشريعي أو لائحي ينظمه فيحدد السلطة المختصة بإصداره والإجراءات الواجب إتباعها عن صدوره، وقد لا يوجد نص ينظمه.

وعلى ذلك قسم الفقه القرار المضاد إلى نوعين:^(٢)

- (١) القرار الذي يصدر استناداً إلى نص في القانون.
- (٢) القرار الذي يصدر ولا يوجد سند له في القانون.

بالنسبة إلى القرار المضاد الذي يخضع إصداره إلى نص في القانون ينطبق على القرارات الفردية التي تولد حقوق للأفراد ويعتبر القرار المضاد هنا قراراً مستقلاً عن القرار الأصلي، حيث يخضع لتنظيم يختلف عن تنظيم القرار الأصلي، وفي هذه الحالة تلتزم الإدارة بإتباع التنظيم المنصوص عليه عند إصدار القرار المضاد وإلا أعتبر تصرفها غير مشروع.

أما بالنسبة إلى القرار المضاد الذي لا يحكم إصداره نص في القانون، فينطبق على القرارات التي لا تولد حقوق وإمميزات للأفراد ويتعين صدوره على نهج القرار الأول وفقاً لقاعدة توازي الأشكال، فهو ليس قراراً مستقلاً عن القرار الأصلي بل يتعين صدوره على غرار القرار الأصلي، ويقتصر بصفة أساسية على القرارات التأديبية وقرارات سحب الترخيص.

(١) راجع د. عليوة مصطفى فتح الباب، القرار الإداري الباطل والقرار المنعدم، الطبعة الأولى ص ١٩٩٧، ص ٢٨٠.

(٢) راجع د. حسنى درويش المرجع السابق، ص ٦١١.

ولكن ما هو المقصود بقاعدة توازي الأشكال التي تلتزم الإدارة بإصدار القرار المضاد على غرارها؟. يكاد يجتمع الفقه على أن مبدأ توازي الأشكال ينطوي على شقين^(١):

الشق الأول، قاعدة تقابل الاختصاصات.

الشق الثاني، قاعدة تقابل الإجراءات.

قاعدة تقابل الاختصاصات.

مؤدى هذه القاعدة أنه يشترط أن تكون السلطة المختصة بإصدار القرار المضاد هي نفس السلطة المختصة بإصدار القرار الأول. ولقد برزت هذه القاعدة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي وأول ما ظهرت في قضية AA eau et Dame. في ١٩/١٢/١٨٧٩م، حيث قضى أن الموظفين العموميين المعينين بقرار من السلطة التنفيذية يمكن إلغاء وظائفهم عن طريق نفس السلطة وبذات الإجراءات التي اتبعت عند التعيين^(٢).

فمبدأ تقابل الاختصاصات يقتضى أن تكون السلطة المختصة بإصدار القرار المضاد هي السلطة القائمة وقت إصداره أي السلطة التي تشغل نفس المركز القانوني للسلطة التي أصدرت القرار الأول وليس السلطة التي كانت موجودة وقت إصدار القرار الأول، فيكون لها الحق في وضع نهاية للقرار إذا ما تغيرت السلطات وتبدلت الاختصاصات وهذا يتفق ومنطق التطور وعدم تثبيت الاختصاصات.

قاعدة تقابل الإجراءات.

تعنى هذه القاعدة أن تنقيد الإدارة عند إصدار القرار المضاد بإتباع نفس الإجراءات التي صدر القرار الأول على أساسها.

فالتماثل هنا لا يقتضى بالضرورة إتباع ذات الإجراءات التي اتبعت عند إصدار القرار الأول وإنما يعنى إحترام الإجراءات التي يجب أن تتبع وقت إصدار القرار المضاد إذا كانت الإجراءات قد تغيرت، فالتعيين في الوظيفة العامة يكون بناء على إجراءات تمهيدية كالمسابقة أو اجتياز إختبارات معينة، ففي تلك الحالة لا يتطلب عند إصدار القرار المضاد إتباع نفس

(١) راجع د. دعاء عبد المنعم شفيق، المرجع السابق، ص ١٦٠.

(٢) د. حسنى درويش، المرجع السابق، ص ٦٢٧.

الإجراءات التي تم إتخاذها عند التعيين وإنما يتعين إتباع الإجراءات المطبقة لحظة إصدار القرار^(١).

وبناء على ذلك فإن مبدأ توازي الإجراءات يعنى أن تلتزم الإدارة عند إصدارها للقرار المضاد مراعاة الإجراءات التي لها صفة ملزمة بالنسبة إلى القرار الأصلي، غير أن هذا المبدأ لا يكون بنفس قوة مبدأ توازي الإختصاصات، حيث يتمتع مبدأ توازي الإجراءات بنوع من النسبية في التطبيق،^(٢).

نطاق تطبيق نظرية القرار المضاد.

إذا كان القرار المضاد هو القرار الذي يتم بمقتضاه إلغاء أو تعديل أثر قرار إداري فردي مشروع ، فهذا الوصف يقتضى إستبعاد القرارات اللاتحوية من نطاق تطبيق القرار المضاد كما أشرنا، وعلى ذلك فإن هذه النظرية مقصورة على القرارات الفردية المشروعة والنهائية سواء تولد عنها حقوق أو لم تولد حقوقاً وعلى ذلك إستبعد الفقه بعض القرارات الفردية المشروعة من نطاق تطبيق نظرية القرار المضاد وتلك القرارات هي:

أ) القرارات المعيبة.

فالقرارات الغير مشروعة تستبعد من نطاق تطبيق هذه النظرية وتخضع للأحكام المنظمة لقواعد السحب والإلغاء وذلك خلال مدة الطعن القضائي وهي المدة المحددة للسحب والإلغاء، فبفوات هذه المدة تتحصن القرارات المعيبة من السحب أو الإلغاء وتندرج في نطاق نظرية القرار المضاد، لأنه بقوات مدة الطعن تكتسب القرارات الإدارية الغير مشروعة الشرعية وتصبح كالقرارات المشروعة سواء بسواء.

فإستبعاد القرارات الغير مشروعة من نطاق تطبيق هذه النظرية هو إستبعاد مؤقت لحين أن تقوم الإدارة بسحبه أو إلغائه خلال مدة الطعن وإما أن يتحصن بمضي تلك المدة ويخضع لنظرية القرار المضاد.

ب) القرارات المنعدمة.

ذكرنا أن القرار يكون منعدماً إذا كان العيب أو العيوب التي تلحق به على درجة شديدة من الجسامة تفقد القرار صفته كقرار إداري، وتنزل به إلى مستوى غصب السلطة والإستبداد بها

(١) د. عاء عبد المنعم، المرجع السابق، ص ١٦٩.

(٢) راجع هذا المعنى د. حسنى درويش، المرجع السابق، ص ٦٣١.

ويرجع إستبعاد تلك القرارات من نطاق نظرية القرار المضاد إلى أن تلك القرارات لا يمكن أن تولد حقوقاً لأحد حتى بعد فوات ميعاد الطعن القضائي فتعتبر كأن لم تصدر في الأصل، فهي والعدم سواء بسواء، كما أن القرار المنعدم لا يكتسب الصفة النهائية للقرار مهما طال مدته فيجوز الطعن عليه في أي وقت.

المطلب الثالث

العقد الإداري

نتناول في هذا المطلب مفهوم العقد الإداري وبيان أركانه والعناصر المميزة لها والجهة المختصة بالفصل فيه ومدى مسئولية الإدارة عنه وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري.

المبحث الثاني: مسئولية الإدارة عن قراراتها الإدارية في مجال العقود الإدارية.

المبحث الأول

مفهوم العقد الإداري

إذا كان القرار الإداري يعتبر من أهم وأكثر الأساليب القانونية التي تلجأ إليها الإدارة لتحقيق أهدافها وواجباتها المتعددة، إلا أن هذا الأسلوب قد لا يكفي لإنجاز بعض الأعمال أو الخدمات العامة، لذلك فإن الإدارة في سبيل تسيير المرافق العامة وتحقيق الأهداف الملقاة على عاتقها، تجد نفسها مضطرة إلى التعاقد مع الأفراد والشركات^(١). فلا تستطيع الإدارة أن تجبر الأفراد على القيام بأعمال لتحقيق أهدافها إلا من خلال التعاقد بالتراضي معهم.

والعقود أياً كان نوعها تتفق في جوهرها وأركانها، فالعقد في كل الأحوال هو توافق إرادتين على ترتيب آثار قانونية، وأركانه هي الرضا والمحل والسبب^(٢). والعقد الإداري لا يختلف في مفهومه العام عن العقد العادي الذي يبرمه الأفراد فيما بينهم على أساس توافر إرادتين بقصد القيام بالتزامات متقابلة. وعلى ذلك يلزم أن يتوفر في العقد الإداري كالعقد المدني الأركان الأساسية التي هي الرضا والمحل والسبب. وسنتناول هذا المبحث على النحو التالي:

(١) د. محمد ابو السعود حبيب، المرجع السابق، ص ١٣٥.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، طبعة ٢٠١٠ ص ٨.

المطلب الأول: تعريف العقد الإداري

المطلب الثاني: معيار تمييز العقد الإداري

المطلب الأول

تعريف العقد الإداري.

إن تعريف العقد الإداري يقتضى أولاً التعريف بالعقد بصفة عامة وبيان أركانه ثم بعد ذلك تعريف العقد الإداري وذلك في ثلاث فروع:

الفرع الأول

تعريف العقد بصفه عامة

العقد في اللغة: هو الربط والتوثيق مادياً كان أو معنوياً، فيقال العقود الربوط، وأحدها عقد. فيقال عقد العهد والحبلى، وعقد العمل، فهو يستعمل في المعاني والأجسام^(١). ويقال عقد الحبلى أي ربط بين طرفيه، ومنه عقد العزم أي ألزم نفسه بأمر مستقبل، فالعقد في اللغة يؤدي إلى عدة نتائج:

- (١) أنه يرد على الأمور المستقبلية.
- (٢) أنه يرد على الأشياء المادية كشد الحبلى، والأشياء المعنوية كعقد البيع.
- (٣) يترتب عليه أن يلزم الفرد نفسه بشيء معين أو أن يلزم آخرين بأشياء محددة ومنه قوله تعالى " لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان"^(٢).

العقد في الإصطلاح: هو تلاقى إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية. سواء كانت هذه الآثار هي بإنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

فجوهر العقد إذاً هو تلاقى إرادتين فلا يكفى أن تتجه إرادة واحدة، بل يجب أن تتلقى هذه الإرادة مع الطرف الآخر، ومن هذا التلاقي ينشأ الرضى الذي يمثل جوهر كل إتفاق، ولا يعنى ذلك أن يتم الإتفاق بالتراضي على كل الشروط التفصيلية للعقد بل يكفى الإتفاق على المسائل الجوهرية، أما المسائل التفصيلية فيتم الإتفاق عليها فيما بعد ما لم يتبين من إرادة الأطراف تعليق قيام العقد ذاته على الإتفاق على هذه المسائل التفصيلية، ففي هذه الحالة لا ينعقد العقد إلا بعد الإتفاق على جميع المسائل الجوهرية والتفصيلية.

كما يجب أن يكون هذا التلاقي لإحداث آثار قانونية، فإن لم يكن العقد قد إستهدف هذه الغاية فلا يكون عقداً، فالمجاملات الإجتماعية لا تنشئ عقوداً لأنها لا ترتب آثار قانونية كدعوة

(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد الثالث، الجزء السادس، ص ٥.

(٢) سورة المائدة، الآية رقم (٨٩).

الأصدقاء إلى طعام، كذلك الخدمات المجانية لا تنشئ عقدا مادامت الإرادة لم تتجه إلى الإلتزام القانوني بها.

الفرع الثاني

تعريف العقد الإداري

إستقر الفقه والقضاء الإداري على تعريف العقد الإداري بأنه الإتفاق الذي يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها، وتظهر فيه النية بالأخذ بإسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة في التعامل بين الأفراد بعضهم البعض، سواء بتمتع الإدارة بإمتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد أو بمنح المتعاقد سلطات إستثنائية في مواجهة الغير لا يتمتع بها لو تعاقد مع غيرها من الأفراد^(١).

وذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في تعريف العقد الإداري إلى أن "العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، وكان إبرامه بشأن نشاط متصل بمرفق عام، وتضمن شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص"^(٢).

كما ذهبت محكمة النقض المصرية لتأكيد هذا المعنى بقولها "العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد على ما جرى قضاء هذه المحكمة لا تعتبر عقوداً إدارية إلا إذا تعلقت بتسيير المرفق العام أو تنظيمه وأظهرت الإدارة نيتها في الأخذ بشأنها بإسلوب القانون العام وأحكامه وإقتضاء حقوقها بطريق التنفيذ المباشر وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة بمنأى عن اسلوب القانون الخاص، أو تحيل فيها الإدارة على اللوائح الخاصة بها"^(٣).

أما عن تعريف العقد الإداري في القضاء السعودي بصورة محددة فقد عرّف ديوان المظالم العقد الإداري في أحد أحكامه بأنه: "الذي تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيه بوصفها سلطة عامة وأن يتعلق النزاع بمال مملوك للدولة".

كما ذهب ديوان المظالم في أحد أحكامه لتعريف العقد الإداري بقوله: "العقد العام اتفاق تبرمه إحدى الجهات الإدارية، مع أحد الأفراد تتحدّد فيه حقوق، والتزامات كل من الطرفين وفقاً

(١) د. محمد انس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة طبعة ٢٠٠٠، ص ١٣.

(٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم ٣٨٣٧ لسنة ٥٠ ق.ع، جلسة ٢٠٠٨/٤/١٥. راجع كذلك حكمها في الطعن رقم ٥٥٤٤، لسنة ٤٨ ق.ع، جلسة ٢٠٠٦/١/١٧. وكذلك حكمها الصادر في ١٩٨٨/٦/١١، المجموعة س ٣٣، رقم ٢٦٩، ص ١٧١.

(٣) حكم محكمة النقض الدائرة المدنية والتجارية في الطعن رقم ١٢٥٨، لسنة ٥٨ ق، جلسة ١٩٩٠/٦/٢٦، مشار إلى هذا الحكم بمجلة هيئة قضايا الدولة، س ٣٦، العدد الأول، يناير ١٩٩٢، ص ١٧٦.

لأحكام النظام" . وذكر في حكم آخر إنه: "توافق أو ارتباط إرادتين أو أكثر بقصد تحقيق آثار نظامية قد تكون إنشاء التزامات أو نقلها أو إنهائها.

فديوان المظالم حينما يُعرّف العقد الذي يختص بنظر المنازعات الناشئة عنه يعرفه على أساس أن الإدارة طرف فيه بناء على أن المراد بالعقد " هو العقد مطلقاً، سواء كان عقداً إدارياً بالمعنى القانوني أم عقداً خاصاً، بما في ذلك عقود العمل.

فديوان المظالم يختص بنظر كافة العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها سواء كانت عقوداً إدارية بمعناها القانوني أم عقود خاصة تبرمها الدولة .

وعلى ذلك فإن المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن العقد يجب أن يكون بين طرفين أو أكثر وملزم لهما بالإيجاب والقبول الصادر عنهما، وأن يكون محله جائزاً قانوناً وهذا الأمر ينطبق على كافة العقود بشكل عام أياً كان نوعها، حيث تتفق على ثوابت مشتركة بينها من وجود عاقدين ومحل معقود عليه والتزام بالمعقود^(١).

الفرع الثالث

أركان العقد الإداري

ركن الرضا :

العقد الإداري شأنه شأن سائر العقود، يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني^(٢). ويتم بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين خلال المدة المحددة للقبول والعقد يعتبر معقوداً بإيصال القبول بعلم من وجه إليه، والإعلان عن المناقصة أو المزايدة أو ممارسة التوريد أو لبيع بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاء ليس إلا دعوة للتعاقد، والتقدم بعطاء هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد، وشرط ذلك إيصاله بعلم من وجه إليه^(٣). معنى ذلك أنه يجب أن تتوفر أركان العقد في جميع العقود، ويترتب على إنعدامها أو إنعدام احدها أو عدم إستيفائها للشروط القانونية بطلان العقد، ومن ثم فإن العقد الإداري كالعقد المدني يستمد قوته الملزمة مباشرة من الإرادة الحرة لطرفيه دون الحاجة إلى الرجوع

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، طبعة ١٩٤٨، ص ٤٣ وما بعدها.

(٢) راجع المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٥٥٩ لسنة ٤٣ ق.ع بجلسة ٢٩/٨/٢٠٠١، المكتب الفني سنة ٤٦، الجزء الثالث، ص ٢٧٢١، القاعدة ٣١٨.

(٣) المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٣١٢ لسنة ٤٤ ق.ع بجلسة ٢٤/٤/٢٠٠١، المكتب الفني سنة ٤٦، ص ١٥١٥، القاعدة ١٨٠.

إلى سلطة القانون، فالعقود الإدارية تقوم أساساً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يمكن للأطراف أن يعدلوه أو يفسخوه إلا بإرادتهم المشتركة^(١). فالعقود الإدارية لا تشذ عن تلك القاعدة.

ومن المسلم به أن القاضي هو الذي يملك تقرير بطلان العقد، فالإدارة ملزمة بأن تلجأ إلى القضاء للحصول على حكم ببطلان العقد، فهي لا تستطيع أن تعلن هذا البطلان بنفسها وذلك بالرغم من السلطات الواسعة التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد معها في العقد الإداري^(٢). ولذلك تخضع العقود الإدارية في كثير من أحكامها للأحكام الضابطة للعقود المدنية، حيث يلتزم القضاء الإداري بقواعد التفسير المدنية بشرط ألا تؤدي إلى المساس بما يجب أن يستهدفه العقد دائماً وهو الصالح العام، ولهذا كثيراً ما يرجع القضاء الإداري إلى الأحكام المدنية باعتبارها الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإدارية في مجال القانون العام باعتبارها تقنياً لمبادئ العدالة التي لا تختلف فيها روابط القانون العام عن روابط القانون الخاص^(٣).

وإذا كان العقد الإداري يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين إلا أن الأحكام والقواعد التي يخضع لها خاصة فيما يتعلق بتكوينه وأثاره تختلف إختلافاً جوهرياً بالمقارنة بالأحكام والقواعد التي تسرى على العقد المدني^(٤). وذهب البعض إلى أن موضوع العقد الإداري له أصالة ذاتية في مواجهة عقود الأفراد، هذه الأصالة ترجع في المقام الأول إلى فكرة المرفق العام، وتغليب الصالح العام على الصالح الخاص وأن هذا يجب أن يسود شروط العقد الإداري وعلاقة المتعاقدين في تطبيقه وتفسيره^(٥). والذي يتمثل في حق الإدارة في تعديل العقد أو إلغائه، إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً بل هو إستثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يمكن للإدارة أن تمارسه إلا في ظروف وبشروط ولأهداف محددة يحكمها مبدأ سير المرفق بانتظام وإطراد.

وفى ذلك تقول الجمعية العمومية للقسم الإستشاري بمجلس الدولة "أن العقود الإدارية تختلف طبيعتها عن العقود المدنية ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص بقصد تحقيق مصالح عامة، ومركز المتعاقدين فيها غير

(1) C.E ،14/12/1923, societe des grands moulins de corbeil, Rec, p. 822

(٢) د. عزيزة الشريف، نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة طبعة ١٩٨١، ص ١٩.

(٣) د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ أحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، ص ٧٧٦.

(٤) د. محمد انس جعفر، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٨.

(٥) د. طعيمة الجرف، نشاط الإدارة العامة - اساليبه ووسائله، طبعة ١٩٨٥، ص ٢٠٠. راجع كذلك في هذا

المعنى د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ٢٠.

ومن الفقه الفرنسي راجع هذا المعنى.

Jeze, principes généraux du droit Administratif, t. 111,p. 299

متكافئ إذ يجب أن يراعى فيها دائماً تغليب الصالح العام على الصالح الخاص وهنا الهدف يجب أن تسوده شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه وتفسيره"^(١).

وعلى العكس من ذلك ذهب البعض الآخر إلى إنكار وجود إختلاف بين العقد المدني والعقد الإداري من حيث الموضوع حيث يرون أن العقود أياً كان تصنيفها تكون لها نفس الخصائص والآثار، طالما توافرت أركانها^(٢). وإذا كانت العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية من حيث الأحكام التي تطبق بشأنها وآثارها وخصائصها إلا أن الإختلاف غير منقطع الصلة عن العقود المدنية، فجميع العقود تتفق على ضرورة توافر أركانها حيث يترتب على إنعدامها أو إنعدام أحدها بطلان العقد، كما تستمد قوتها الملزمة مباشرة من الإرادة الحرة لطرفيها دون الحاجة إلى الرجوع إلى سلطة القانون.

ولما كان الرضا في العقد الإداري يتحقق بتحقيق عناصره وهي الإيجاب والقبول وتلقى الإيجاب مع القبول خلال المدة المحددة للقبول، وعليه يجب أن يكون هذا الرضا خالياً من عيوب الإرادة التي قد تشوب إرادة المتعاقدين في العقود المدنية والتي تؤدي إلى إبطال العقد وهي الغلط، والإكراه، والتدليس.

والغلط .. L, Erreur هو وهم يقوم بالذهن فيحمل على الإعتقاد بصحة أمر آخر خلاف الحقيقة^(٣). وعرفه آخر بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها^(٤). ويشترط لإمكان التمسك بالغلط لبطلان العقد شرطان.

١ - أن يكون الغلط جوهرياً.

ويكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد من إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، أو وقع في صفة للشيء تكون جوهريه في إعتبار المتعاقدين، أو يجب إعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف، لما يتعين في التعامل من حسن النية، فإذا لم يكن ثمة غلط في الصفة الجوهرية التي كانت محل إعتبار المتعاقد في الشيء، وكانت ذاتية هذا

(١) فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة رقم ٦٣٧، الصادرة في ٢٥/١٠/١٩٥٦، مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى مجلس الدولة س ١١، رقم ٣٠، ص ٥٦. راجع كذلك المحكمة الإدارية العليا في ٢١/١٢/١٩٦٣، المجموعة س ٩، رقم ٢٩، ص ٣٢٤.

(2) Duguit. Traité De Droit constituional, t. 11. p. 44

(٣) د. نبيل إبراهيم سعد، د. سعيد على يحيى، د. محمد الشيخ عمر، مبادئ القانون - المدخل الى القانون ونظرية الالتزام، الطابعة الثانية ١٩٩٠، المملكة العربية السعودية، ص ٣٣٧.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول مصادر الالتزام، ١٩٥٢، ص ٢٨٩.

الشيء معروفة للمتعاقد عند التعاقد على وجه الحق وتوافقت إرادة الطرفين على قبوله وهي على بينة من حقيقته فإنه لا يجوز إبطال العقد للغلط^(١).

٢- إتصال المتعاقد الآخر بالغلط.

ويكون ذلك إذا وقع في ذات الشيء محل العقد أو في شخصية المتعاقد أو صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي للتعاقد^(٢). فالمتعاقد "إذا ما توهم على غير الحقيقة من الظروف والملابسات التي احاطت بالمتعاقدين كأن كان محدداً له مدة أن يتم خلال أيام أو أسابيع قليلة من تاريخ التعاقد وليس شهوراً ذات عدد، وإستبان من الظروف والملابسات أن المتعاقد كان سيمتنع عن إبرام العقد لولم يقع في هذا الغلط الذي شاب إرادته فإنه يكون على حق في طلب إبطال العقد للغلط الجوهري إذا إتصل بعلم المتعاقد الآخر"^(٣). ومن المقرر في قضاء مجلس الدولة أن الغلط المادي كما في حالة الغلط في الكتابة أو الحساب لا يؤدي إلى بطلان العقد الإداري، وإن كان يتعين تصحيح هذا الغلط^(٤).

وإذا كان الإتجاه في مصر يشترط في الغلط، في محل العقد أو في شخصية المتعاقد أو في صفة من صفاته، أن يكون جوهرياً دافعاً إلى التعاقد متصلاً بعلم المتعاقد الآخر يترتب عليه اختلال فادح *mesure excessive* لكي يعد سبباً لإبطال العقد^(٥) إلا أن الفقه الفرنسي قد خالف هذا المسلك وأخذ بأعمال الغلط المانع سواء في ماهية العقد أو في ذاتيته المحل *erreur incorporé* في مجال العقود الإدارية دون قيد أو شرط^(٦).

وأرى أن القانون المصري تفوق على قرينه الفرنسي في هذا المسلك حيث أن المقصود ليس الفعل ذاته، فتوافر حالة الغلط نفسها وقيامها بحق المتعاقد ليس المقصود بعينه وإنما الهدف هو أثر هذا الفعل والعلّة منه وهو كونه جوهرياً والسبب الرئيسي للتعاقد فلولاها لما تعاقد المتعاقد، ويقع عبء إثبات الغلط على عاتق المدعى بجميع طرق الإثبات ويخضع تقديره لسطة قاضي الموضوع.

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم ٨٨٢، بجلسة ١٩٨٤/٣/٢١.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفه، مسئولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٧، ص ٨٣.

(٣) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم ٢٩٧ لسنة ١٦ ق. ع، بجلسة ١٩٧٤/٦/٢٩. مشار إليه لدى د. زكى النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، عين شمس ١٩٨١، ص ١٦٣.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم ١٣١٤، لسنة ١٣ ق. ع، جلسة ١٩٧٣/١١/٢٤.

(٥) راجع هذا المعنى، د. عبد الرازق السنهورى، الوسيط الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٣٠٥.

(٦) دي لوبادير، العقود الإدارية، ص ٢٠٥. مشار إليه لدى د. زكى النجار، المرجع السابق، ص ١٢٢.

التدليس .. Le DoL هو الإلتجاء إلى الحيلة والغش بقصد إيهام المتعاقد بغير الحقيقة لحمله على التعاقد، فالتدليس له صلة وثيقة بالغلط، حيث يؤدي إلى تضليل المتعاقد فهو يجعله يعتقد بأمر يخالف الحقيقة لإبقائه في الغلط لتوقيع العقد، ويشترط للتمسك بالتدليس توافر شروط ثلاث:

١- إستعمال طرق إحتيالية.

٢- أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد.

٣- صدور التدليس من المتعاقد الآخر أو علمه به أو إمكانه العلم به.

فيشترط في التدليس لكي يكون عيباً للإرادة أن يصدر الغلط من المتعاقد الآخر أو الغير بإستعمال حيل لإخفاء الحقيقة بنية التضليل بقصد إدراك غاية غير مشروعة، أي حمل المتعاقد على إبرام عقد ضار بمصلحته، فإذا تحققت تلك الشروط كانت الإرادة مشوبة بعيب من عيوب الرضا، ويكون العقد حقيقاً بالإلغاء^(١).

إلا أن مفهوم الغش والتدليس في مجال العقود الإدارية له معنى أوسع من معناه في مجال العقود المدنية، ولقد أكدت محكمة القضاء الإداري هذا المعنى بقولها " يتعين الفصل والتفرقة بين مفهوم الغش في مجال العقود الإدارية وبين مفهومه في نطاق القانون الجنائي، لأن الغش في نطاق التعاقد له معنى أوسع من معناه في المجال الجنائي، وذلك لعله واضحة هي إختلاف الغاية المستهدفة من الجزاء على إرتكاب الغش، فهو يستهدف بالنسبة للمتعاقد ضمان تنفيذ العقد على الوجه الأكمل وحرمان من لجأ إلى وسائله من التعامل مع جهة الإدارة، بينما يستهدف المشرع الجنائي إلى محاربة ظاهرة إجتماعية رأى تأميمها لمساسها بمصلحة إجتماعية، وعلى ذلك يجوز إعتبار المتعهد غاشاً ولو لم يصدر ضده حكم جنائي بإدانتته أو حتى صدر حكم ببراءته^(٢).

كما أن الغش في مجال العقود الإدارية يتميز عن نظيره في مجال العقود المدنية في إمكانية قيام المسؤولية الجنائية، إثر إخلال المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ إلتزاماته الناشئة عن العقد وذلك في حالات استثنائية نص عليها المشرع، فالعقد الإداري ذاته لا يمكن أن يعين جزاءات جنائية من أجل مخالفة إلتزاماته التي نص عليها، وإن كان يمكن لهذه المخالفات أن تشكل بطبيعة الحال خطأ عقدياً يرتب المسؤولية العقدية للمتعاقد والتي يمكن التعويض عنها أو فسخ

(١) د. نبيل سعد، د. سعيد على يحيى، د. محمد الشيخ عمر، المرجع السابق، ص ٣٤٥.

(٢) راجع حكم محكمة القضاء الإداري في ١٤/٤/١٩٧١، مجموعة المكتب الفني، س ٢٥، ص ٣٤٦. مشار إليه لدى د. عادل عبد الرحمن خليل، العقود الإدارية آثارها وتنفيذها، ص ١٣٤.

العقد، ولكن لا تستطيع الإدارة أن توقع عقوبات جنائية على المتعاقد وإنما لها أن تلجأ إلى السلطات المختصة لإتخاذ ما يلزم من إجراءات لتوقيع هذه العقوبة^(١).

وعلى ذلك لا تستطيع الإدارة أن تفرض على المتعاقد معها جزاءات جنائية لم ينص عليها المشرع^(٢).

الإكراه : violence هو ضغط يقع على الشخص بغير وجه حق فيبعث في نفسه رهبة أو خوف يحمله على إبرام عقد لم يكن يقبله لو كانت إدارته حرة.

فالإكراه المفسد للرضا يلزم لتحقيقه استعمال وسائل غير مشروع للوصول إلى غرض غير مشروع أما إذا كانت الوسائل مشروعة في ذاتها ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع بأن يضغط شخص على إرادة شخص آخر عن طريق المطالبة بحق له عليه ولا يقصد بهذا الضغط إلا الوصول إلى حقه فلا يبطل العقد بالإكراه^(٣). ويشترط للتمسك بالإكراه ما يلي،

١- أن يكون التعاقد بإرهاب نفس المتعاقد بدون وجه حق.

٢- أن يكون الإكراه هو الدافع إلى إبرام العقد.

٣- إتصال المتعاقد الآخر بالإكراه.

فيشترط لإبطال العقد للإكراه أن يتعاقد الشخص تحت سلطان رهبة يبثها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق، وتكون الرهبة دافعة إلى التعاقد، وتكون كذلك إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال، ويستوي الخطر الأدبي مع الخطر المادي في الإكراه متى بلغ حداً من الجسامه في التأثير على نفسية المتعاقد، فإذا تحقق ذلك كان النفوذ الأدبي كافياً للمطالبة بإبطال العقد وذلك كتأثير الرئيس على مرؤوسيه.

الخلاصة أن العقد الإداري كالعقد المدني يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين عند تطبيقه وتفسيره وإن كان للإدارة الحق في تعديل العقد أو إلغائه وفقاً لمقتضيات الصالح العام، إلا

(١) د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص ١٩٦ وما بعدها.

(٢) راجع هذا المعنى لدى د. عادل عبد الرحمن خليل، العقود الإدارية وآثارها وتنفيذها، دار الثقافة الجامعية ١٩٩٩، ١٤٧. راجع كذلك د. إبراهيم محمد على، آثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٣، ١٣٤ وما بعدها.

(٣) راجع في هذا المعنى حكم ديوان المظالم في القضية رقم ٢٦٠١ لسنة ١٣٩٨هـ بتاريخ ٣٠/٣/١٣٩٨هـ . بقوله "فالإكراه الذي يبطل العقد هو بصفة عامة رهبة تقع في نفس الشخص نتيجة وسائل ضغط معينة فتتأثر بذلك إرادته ويندفع إلى التعاقد - دعوة الإدارة المتعاقد إلى التفاوض حول فسخ العقد مع تنازل كل منها عن حقوقه قبل الآخر هذه الدعوى لا تنطوي على إكراه يبطل الإرادة - أساس ذلك - أن حقوق الإدارة في هذا الشأن وما تملكه من إجراءات مسائل يحكمها النظام وبين بوضوح حقوق كل من المتعاقدين فيها".

أن ذلك لا يعنى أن العقد الإداري لم يعد بعد شريعة المتعاقدين كما لا يعنى أن الإدارة لا تلتزم بتنفيذ العقد، فغاية الأمر أن الإدارة تلتزم بتنفيذه وفقاً لشريعة العقد إلا أن الصالح العام أتاح للإدارة الحق في تعديله أو إلغائه إستثناءً من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وفقاً للمبادئ التي تحكم سير المرافق العامة. وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها " أنه من المقرر أن العقد شريعة المتعاقدين ويجب تنفيذه طبقاً لما إشتملت عليه وبما يتفق وحسن النية، فذلك أصل عام في الإلتزامات جميعها ولا فرق في أعماله بين عقد إداري وآخر مدني، ومن مقتضيات هذا الأصل أن حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته تتخذ طبقاً لشروط العقد الذي يربطه بها إذ أن ما إتفقا عليه يقيدهما بإعتباره شريعتهما التي إلتفت عندها إرادتهما وقبلتا ترتيب حقوق والتزامات كل منهما على أساسه، وإذ كانت عبارة العقد واضحة وصريحة فى تحديد هذه الحقوق والإلتزامات فلا يجوز الإلحراف عنها وتفسيرها بما يؤدي إلى الخروج عليها أو مخالفتها أو النأي بينهما وبين ما إستهدفه العاقدان من صياغته"^(١).

ركن المحل:

محل العقد هو العملية التي يراد تحقيقها عن طريق التراضي^(٢) فالعقد ينشئ حقوقاً لصالح المتعاقدين أو يحملهم بالتزامات، ولهذا فمحل العقد هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به، والذي يظهر في نقل حق عيني أو بعمل أو الإمتناع عن العمل^(٣).

ولكي يكون محل العقد صحيحاً يجب أن تتوفر فيه شروط صحته وهي:

- ١) أن يكون محل ممكناً وليس مستحيلاً.
- ٢) أن يكون محل العقد معيناً أو قابلاً للتعيين.
- ٣) أن يكون محل العقد مشروعاً.

فالشيء محل العقد يجب أن يكون ممكناً أي موجوداً أو ممكن الوجود وغير مستحيل ويجب أن يكون موجوداً وقت نشوء الإلتزام أو يكون ممكن الوجود بعد ذلك سواء كان العقد مدنياً أو إدارياً وعلى ذلك فلا ينعقد العقد ولا ينشأ إلا إذا كان محله ممكناً، فلا إلتزام بمستحيل. ويقصد بالإستحالة هنا هي الإستحالة المطلقة التي تنشأ وقت قيام الإلتزام (التعاقد) ويؤدي إلى بطلان العقد سواء كانت طبيعية أو قانونية، أما الإستحالة اللاحقة على العقد وإن كانت تصح أن تكون سبباً لفسخ العقد إلا أنها لا تصح أن تكون سبباً للبطلان^(٤). وإذا كان الأصل جواز التعامل في

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم ١٣٨٣٧، لسنة ٥٠ ق.ع، بجلسة ١٥/٤/٢٠٠٨.

(٢) مؤلف د. نبيل إبراهيم سعد، د. سعيد على يحيى، د. محمد الشيخ عمر، المرجع السابق، ٣٧١.

(٣) د. محمد أنس جعفر، المرجع السابق، ص ٥٣.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٣٨٣.

الأشياء المستقبلية القابلة للوجود إلا أن القانون قد يحرم التعامل في بعض الأشياء المستقبلية لإعتبارات خاصة كالتعامل في تركة إنسان على قيد الحياة (التركة المستقبلية) ورهن المال المستقبل رهناً رسمياً أو حيازياً^(١).

كما يجب أن يكون محل العقد محدداً بذاته عن طريق وصفه وصفاً يؤدي إلى التعرف عليه أو يكون محدداً بنوعه بتعيين جنسه ونوعه ومقداره، ويكون محل العقد قابلاً للتعيين إذا تضمن العناصر الكافية لتعيينه. إلا أن هذه القاعدة قد تتعرض لبعض الاختلاف بالنسبة للعقود الإدارية فإنه بالرغم من التحديد الدقيق لموضوع العقد والذي قد تحدده دفاطر الشروط، فإن الإدارة يمكنها أن تعدله بإرادتها المنفردة فيما بعد^(٢). وعلى ذلك فإن طرق تعيين المحل تختلف باختلاف ما إذا كان محل العقد قيمياً أو مثلياً، فإن كان قيمياً فإن تعيين المحل يكون بذاته وأن كان مثلياً فيكتفي بتعيين جنسه ونوعه ومقداره ولا يلزم أن يكون معيناً بذاته، وإن لم يكن معيناً وجب أن يكون قابلاً للتعيين.

وأخيراً يشترط لصحة المحل أن يكون مشروعاً مما يجوز التعامل فيه والأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل إما أن تكون كذلك بحسب طبيعتها كالهواء وأشعة الشمس مما يستعصى على الحيازة، وإما أن تخرج عن دائرة التعامل بنص القانون، ومن هذه الأشياء ما نصت عليه المادة (١٤٣) من لائحة المناقصات والمزايدات، والتي تحظر على موظفي الحكومة شراء أصناف مما تتبعه الحكومة إلا إذا كان البيع بمزادات علنية عامة أو محلية، وما نصت عليه المادة (٧) التي تحرم على موظفي الحكومة ومستخدميها التقدم بعطاءات في المناقصات، إلا أنه بالنسبة للأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل بنص القانون يجب التفريق فيها بين النصوص الآمرة والنصوص المكملة حيث يترتب البطلان المطلق على مخالفة الأولى دون الثانية، وهذا الأمر يسرى سواء كان العقد مدنياً أو إدارياً^(٣).

ركن السبب: cause

السبب هو الغرض الذي يقصد المتعاقدان تحقيقه أو هو الباعث الذي يدفع إلى التعاقد فهو الغرض المباشر الذي يقصد الوصول إليه من وراء إلتزامه^(٤).

ويعرفه البعض بأنه الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء إلتزامه^(١).

(١) المادة ١٠٣٣/٢، والمادة ١٠٩٨ من القانون المدني المصري.

(٢) د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص ١٧.

(٣) دي لوبادير، العقود الإدارية، ص ٢٢٤، ٢٢٥. مشار إليه لدى د. زكى النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص ١١٣.

(٤) د. محمد انس جعفر، المرجع السابق، ص ٥٦.

ولكي يكون السبب صحيحاً يجب أن يكون الباعث الرئيسي الدافع إلى التعاقد مشروعاً، والعقد الإداري كالعقد المدني تنطبق عليه القواعد المدنية فيما يتعلق بركن السبب، مع مراعاة ما تمليه طبيعة العلاقات الإدارية فالدوافع التي تبعث الإدارة على التعاقد تتمثل دائماً في تحقيق المصلحة العامة وضرورة سير المرافق العامة بانتظام وإطراد^(٢). ولقد مرت نظرية السبب في العقود الإدارية بمرحلتين:

المرحلة الأولى.. ويطلق عليها النظرية التقليدية في السبب، وترى في السبب أنه الأداء المقابل لكل من طرفي العقد، فالسبب لدى هذه النظرية هو السبب القسدي *Finale* والغرض المباشر *Le but* الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء إلتزامه *immédiate* وذهب جانب من الفقه ينتقد تلك النظرية على أساس أنها غير منضبطة وغير ذات فائدة، وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت لتلك النظرية إلا أن جانباً من الفقه المصري أخذ بها لتحديد السبب^(٣).

المرحلة الثانية.. وهي النظرية الحديثة وترى في السبب أنه الدافع إلى التعاقد والباعث الموجه إلى الملتزم بأن يلتزم *mobile impulsive et déterminant* وتعد هذه النظرية أوضح من سابقتها واضبط^(٤) فكل ما يشترط في الباعث الدافع إلى التعاقد هو أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، ولقد أخذ القانون المدني المصري بهذه النظرية في المواد (١٣٦ - ١٣٧) مدني وطبقها القضاء الإداري على العقود الإدارية، أما القانون الفرنسي فقد أخذ بالنظرية التقليدية في المواد (١١٣١ - ١١٣٣) مدني، وإن كان القضاء الفرنسي الحديث قد أخذ بالنظرية الحديثة للسبب في العديد من أحكامه.

المطلب الثاني

معيار تميز العقد الإداري

(١) د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٩٣ وما بعدها.

(٢) د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص ١٦.

(٣) د. جميل الشرقاوي، نظرية البطلان للتصرف القانوني في القانون المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٥٦، ص ٢٨٢ وما بعدها. راجع كذلك، د. عبد السلام ذهني، النظرية العامة للإلتزامات، ص ١٤٥، وما بعدها.

(٤) د. إسماعيل غانم، مصادر الإلتزام، ١٩٦٨، ص ٢٥٦ وما بعدها.

قد ينص المشرع صراحة على إعتبار أحد العقود عقداً إدارياً، أو ينص على إختصاص القضاء الإداري بنظر بعض أنواع العقود مما يعنى أنها عقوداً إدارية تخضع لأحكام القانون الذي يطبقه هذا القضاء^(١).

ومن ذلك عقود الأشغال العامة وعقود البيع لأملاك الدولة وعقود القرض العام في فرنسا، وفي مصر نصت المادة (العاشرة) من قانون مجلس الدولة الحالي على " إختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام والأشغال العامة والتوريد، أو بأي عقد إداري آخر"^(٢).

وإذا كان قد إعتبر العقود الثلاثة (التوريد - الإلتزام - الأشغال العامة) عقوداً إدارية حيث نص صراحة على إختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الناشئة عنها إلا أن هذا المفهوم ليس على إطلاقه، فعقود التوريد قد تكون إدارية وقد لا تكون إذا لم يتضمن العقد شروط إستثنائية حيث أن المشرع قصد من ذكر عبارة "أو أي عقد إداري آخر" ترك المجال للقضاء الإداري لتحديد ما يعتبر عقداً إدارياً ومالا يعتبر كذلك^(٣).

ولقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا المعنى بقوله "إن النصوص القانونية تحدد الطبيعة القانونية لبعض العقود التي يمكن أن تبرمها الأشخاص العامة، بالإضافة إلى أن هذه الأشخاص تبرم العديد من العقود مع متعاقديها يمكن تكييفها وفقاً للمعايير الفقهية والقضائية"^(٤).

وفي المملكة العربية السعودية نصت المادة (الثالثة عشر) من نظام ديوان المظالم على إختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في (الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها).

وتبدو أهمية تحديد المعايير التي تميز العقود الإدارية عن العقود المدنية، هو تحديد قواعد الإلتزامات الناشئة عن العقود والنظام القانوني الذي يحكمها. وهل هي قواعد القانون العام أم قواعد القانون الخاص، كما يترتب على هذا التمييز تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر

(١) د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ١٥.

(٢) المادة، (العاشر)، من قانون مجلس الدولة الحالي، رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

(٣) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مبادئ القانون الاداري، المرجع السابق، ص ٥١٤. رجع كذلك، د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ١٥.

(٤) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٦/١٢/٢٠٠٢، المجلة الفرنسية للقانون الإداري ٢٠٠٣، ص ٢٩١، راجع كذلك حكم محكمة التنازع الفرنسية في ١٥/١١/١٩٩٩، بشأن شركة بوريسب، مجلة القانون الإداري ٢٠٠٠، ص ٤٥٧. مشار إلى هذين الحكمين لدى،

Maric, Christine rouauit : Droit administratif, Gualino editeur, 2005, p.320.

المنازعات التي تثور حول العقد، حيث يخضع للقضاء العادي إذا كان العقد مدنياً ويخضع للقضاء الإداري إذا كان العقد إدارياً^(١).

ويكاد الفقه والقضاء الإداري يجمع على إصباح الصفة الإدارية على العقد إذا كانت الإدارة طرفاً فيه وإتصل بنشاط مرفق عام وتضمن شروطاً إستثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص^(٢). ومن ذلك يتضح أن العقد الإداري يقوم على ثلاث عناصر تميزه عن غيره من العقود هي:

- (١) أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.
- (٢) أن يتعلق العقد بنشاط مرفق عام.
- (٣) إتباع الإدارة أسلوب القانون العام.

(١) أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.

يتعين لكي يكون العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً من أشخاص القانون العام وهذا الشرط بديهي، فالعقود الإدارية طائفة من عقود الإدارة، وبالتالي فإن العقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام لا يمكن إعتبره عقداً إدارياً^(٣). وهو أمر يبرره أن قواعد القانون الإداري إنما وجدت لتحكم نشاط الإدارة^(٤). وأشخاص القانون العام هي الدولة، والتي تمثلها الوزارات والمصالح التابعة لها وكذلك الهيئات العامة بالإضافة إلى الأشخاص العامة الإقليمية وهي المحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى^(٥).

ويلاحظ هنا أن القضاء السعودي إقتصر على هذا العنصر فقط للتمييز بين العقد الإداري وغيره من العقود الأخرى .

(١) د. محمود أبو السعود حبيب، المرجع السابق، ص ١٣٧.

(٢) د. ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة إدارة قضايا الحكومة، يناير - مارس ١٩٥٩، ص ١٢٩. راجع كذلك،

د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص ٣٣.

(٣) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، طبعة ١٩٧٥، ص ٥٤.

(٤) د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص ٣٣.

(٥) حيث تنص المادة (٦١) من الدستور المصري على أن "تقسم جمهورية مصر العربية إلى وحدات إدارية تتمتع بالشخصية الاعتبارية هي المحافظات، والمدن، والقرى، ويجوز إنشاء وحدات إدارية أخرى تكون لها الشخصية الاعتبارية إذا إقتضت المصلحة ذلك".

وعلى الرغم من وضوح هذا الشرط فقد إعترف القضاء الفرنسي بالصفة الإدارية لبعض العقود الإدارية التي ليس من أطرافها شخص من أشخاص القانون العام^(١). وذلك في حالة إذا كان أحد طرفي العقد وكيلا عن الشخص العام، فإذا كان الإصل أن العقود المبرمة بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الخاص لا تعتبر عقوداً إدارية، إلا أن القضاء قد خرج على هذه القاعدة إذا تبين أن العقد أبرم بين فرد يعمل لحساب هيئة عامة وتصرف لحساب ولمصلحة هذا الشخص المعنوي العام.

فإذا تبين أن أحد طرفي العقد يعمل نائباً أو وكيلاً لحساب ولمصلحة الشخص المعنوي العام فهنا يعتبر العقد إداري على أساس أن المتعاقد الخاص كان وكيلاً عن الشخص المعنوي العام، فالعقد وإن كان مبرماً بين شخصين من أشخاص القانون الخاص من حيث الظاهر إلا أن أحد طرفيه يمثل الإدارة قانوناً ويتصرف بإسمها ولحسابها، وبذلك تعتبر الإدارة أحد طرفي العقد بحسبانها الموكل الذي تتصرف إليه آثار العقد^(٢). وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه " متى إستبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة عندما كان في الحقيقة لحساب الإدارة ولمصلحتها، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري، إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي تميز العقد الإداري"^(٣). ولقد ذهب جانب من الفقه إلى إعتبار فكرة التعاقد باسم ولحساب الإدارة مظهراً من مظاهر نظرية الوكالة المعروفة في القانون المدني على أساس أن المتعاقد إنما يعتبر في هذه الحالة نائباً أو وكيلاً عن الإدارة في التعاقد بإسمها ولحسابها، ولقد طبقت فكرة الوكالة في عقود الإمتياز بالنسبة للعقود المبرمة بين الملتزم والمنفع إذا تضمن العقد أعمال هي بطبيعتها تخص الدولة، كما طبقت هذه الفكرة في حالة شركات الإقتصاد المختلط في فرنسا التي تتولى تنفيذ إشغال عامة جوهرية لحساب الدولة^(٤).

٢) أن يتعلق العقد بنشاط مرفق عام.

لكي يكون العقد إدارياً يجب أن يكون الشخص المعنوي العام الذي أبرم العقد يقصد منه إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره أو إستغلاله، أي أنه يتعين أن يتصل موضوع العقد بمرفق عام بأية صورة من الصور، سواء كان لتنظيمه أو تسييره أو إستغلاله أو المعاونة أو المساهمة في إستخدام المرفق ذاته^(٥).

(١) د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ١٧.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ١٨.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢١٨٤، جلسة ١٩٨٧/٢/٢١، مجموعة المبادي التي قررتها المحكمة في اربعين عام ١٩٩٧، ص ٧٦٣.

(٤) د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص ٣٦ وما بعدها.

(٥) د. عمرو فؤاد احمد بركات، المرجع السابق، ص ٥١٧.

والمرفق العام هو مشروع مملوك للدولة أو تشرف عليه ويستهدف تحقيق النفع العام ويخضع لنظام إداري خاص في إنشائه وتنظيمه وإلغائه، ويستخدم مصطلح المرفق العام بمعنيين: الأول - عضوي: ويعنى المنظمة العامة التي تنشئها الدولة وتخضع في إدارتها لها، فهي الهيئة التي تقوم بإشباع الحاجات العامة.

الثاني - موضوعي، ويعنى النشاط الذي تقوم به الهيئة العامة ويستهدف تحقيق النفع العام.

ولقد تدرج القضاء الفرنسي في مفهومه لفكرة المرفق العام، ففي بداية الأمر أخذ القضاء الفرنسي بالمعنى العضوي للمرفق ثم تطورت أحكامه بعد ذلك ليأخذ بالمعنى المزوج للمرفق العام العضوي والموضوعي، ثم إستقر على الأخذ بالمعنى الموضوعي الذي يعتمد على طبيعة النشاط والهدف الذي يحققه بصرف النظر عن التنظيم الذي يحتوى هذا النشاط^(١).

أما القضاء المصري فقد قرر صراحة ومنذ وقت بعيد تبنيه للمعيار الموضوعي لتمييز المرافق العامة عن غيرها من الأنشطة وفي هذا الصدد ذهبت محكمة القضاء الإداري غلى أن المرفق العام هو "كل مشروع تنشئه الدولة وتشرف على إدارته ويعمل بانتظام وإستمرار، وتستعين به سلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات الضرورية التي يتطلبها لا بقصد الربح بل بقصد المساهمة في صيانة النظام وخدمة المصالح العامة في الدولة، والصفات المميزة للمرفق العام هي أن يكون المشروع من المشروعات ذات النفع العام أي يكون غرضه سد حاجات عامة مشتركة أو تقديم خدمات عامة"^(٢).

وتنقسم المرافق العامة من حيث طبيعة النشاط إلى مرافق إدارية، ومرافق إقتصادية، ومرافق مهنية.

والمرافق الإدارية أو التقليدية، هي التي تباشر نشاطاً تختص به الدولة ويختلف عن نشاط الأفراد إما لعدم الإقبال عليه لعدم تحقيق الربح، أو لخطورته.

أما المرافق الإقتصادية، فهي المرافق التي نشأت في ظل النظام الإشتراكي حيث تدخل الدولة في النشاط الإقتصادي فتمارس أنشطة من جنس أنشطة الأفراد الصناعية والتجارية.

(١) د. عمر حلمي فهمي، د. خالد عبد الحليم زكي، القانون الإداري - المرفق العام - الموظف العام - المال العام، طبعة ٢٠٠٧، ص ٥، ٦.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٧/٦/٢، سنة ٩ ق. ص ٣٤٨٠. راجع حكمها الصادر في ١٩٥٨/٤/١٢، لسنة ٣، ص ١١٠٣. وحكمها الصادر في ١٩٦١/٥/٢٠، ص ٦، ص ١١٥٤. وحكمها الصادر في ١٩٦٢/٣/٣١، ص ٧، ص ٥٢٧.

والمرافق المهنية، هي المرافق التي تقوم لتنظيم وضبط المهن الحرة والمصالح المشتركة لأبناء المهنة الواحدة ومن هذه المرافق، نقابة المحامين ونقابة الأطباء والمهندسين.

ولذلك لا يعد العقد إدارياً إلا إذا تعلق واتصل بأحد المرافق العامة الإدارية أو أحد المرافق الإقتصادية والمهنية، فمناط العقد الإداري إلى جانب كون الدولة أحد أطرافه أن يتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق إحتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة وتغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة⁽¹⁾.

وهذا ما أكدته محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٨/١/٢٠٠١، بقولها " أن العقد الذي يبرمه أحد أشخاص القانون الخاص دون مساهمة في تنفيذ مرفق عام لا يعتبر عقداً إدارياً وإنما هو عقد من عقود القانون الخاص"⁽²⁾.

وإذا كان إتصال العقد بنشاط مرفق عام صفة ضرورية لكي يكتسب العقد الصفة الإدارية إلا أنها ليست كافية لمنحه تلك الصفة . فمع كون الإدارة طرفاً في العقد وإتصال العقد بالمرفق العام فقد لا تلجأ الإدارة في إبرامه إلى اسلوب القانون العام فقد ترى أن من مصلحتها إبرامه بإسلوب القانون الخاص ليطبق بشأنه ما يطبق بحق الأفراد، لذلك يجب أن يتوافر إلى جانب هذين الشرطين شرط آخر لكي يكون العقد إدارياً إتباع الإدارة أساليب القانون العام.
(٣) إتباع الإدارة اسلوب القانون العام.

يقتضى هذا الشرط أن تظهر نية الشخص المعنوي العام عند تعاقدته بوصفه سلطة عامة بالأخذ بإسلوب القانون العام ووسائله وأحكامه، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. ولقد حاول الفقه والقضاء تعريف الشروط الإستثنائية ومن هذه الاجتهادات:
- الشروط الإستثنائية، هي تلك الشروط التي تقرر عدم المساواة بمنح الشخص العام مركزاً أعلى عن المتعاقدين⁽³⁾.
- وعرفها البعض بأنه الشروط ذات الصلة القوية بالقانون العام والتي تحمل طابع هذا القانون ويظهر ذلك من محتواها وهدفها⁽⁴⁾.

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٣٥ ق.ع، بجلسة ١/٨/١٩٩٥، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٤٩، ص٥٨. راجع كذلك حكمها في الطعن رقم ٢٠٥٤ لسنة ٤٨ ق.ع، بجلسة ٢٠٠٧/٣/٢٤.

(٢) حكم محكمة الاختصاص الفرنسية الصادر في ٢٨/١/٢٠٠١، مشار إليه لدى مؤلف د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٧.

(3) R. chapus, droit adminstratif général. 1988 ,p. 361

(4) Andre. De laubadère et autrs ،traite des contrats adminstratifs 1988 ,p.214

- أو هي الشروط التي تعطى الإدارة إمتيازات غير مألوفه في القانون الخاص، أو هي التي تختلف في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يتضمنها عقد مدني^(١).
- هي شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص^(٢).

وإذاء تلك المحاولات من جانب الفقه والقضاء لوضع تعريف محدد للشروط الإستثنائية إلا أن هذه المحاولات لم تستطع وضع تعريف جامع مانع للشروط الإستثنائية، لأنه مهما احكمت التعريفات فإنها لن تتضمن كل الشروط الإستثنائية التي يمكن أن يتضمنها العقد، ويرجع ذلك الى الإختلاف في الأخذ بمعيار الشروط الإستثنائية غير المألوفة حيث يوجد إتجاهان لتمييز الشروط الإستثنائية:

الإتجاه الأول، يرى أن الشروط تكون إستثنائية إذا كان سيزترتب عليها البطلان في القانون الخاص لمخالفتها النظام العام، فهي الشروط التي لا نقابلها عادة في عقود الأفراد لأنها سوف تكون باطلة لمخالفتها للنظام العام أو لأنها أدرجت في العقود من جانب السلطة الإدارية لإعتبرات المصلحة العامة التي تعتبر غريبة عن الأشخاص الخاصة عندما يتعاقدون فيما بينهم^(٣).

الإتجاه الثاني، يرى أصحاب هذا الإتجاه أن الشروط تكون إستثنائية إذا كانت غير مألوفة، أو لا يمكن تطبيقها عادة في عقود القانون الخاص ولا يجوز للأفراد إدراجها في عقودهم إلا وفقاً لقواعد وأشكال خاصة، لأنه وإن كان من السهل التعرف على الشروط الباطلة في العقود الخاصة، إلا أن القضاء يقرر في أحيان كثيرة إعتبار بعض الشروط إستثنائية بالرغم من عدم مخالفتها للنظام العام^(٤).

وإزاء تلك المحاولات من جانب الفقه والقضاء لم يتفق على وضع معيار محدد وواضح للشروط الإستثنائية، لأن وضع نظرية متماسكة للشروط الإستثنائية من الصعوبة بمكان خاصة مع إختلاف طبيعة الشروط الإستثنائية التي إعتبرها القضاء كذلك. فمنها ما يكون مستحيلاً في عقود القانون الخاص ومنها ما يعد باطلاً لو تضمنه عقد مدني ومنها ما يكون مجرد شرط غير مألوف في هذه العقود، فالأمر في النهاية يتوقف على ظروف وملابسات الحالة المعروضة .

(1) C.E 29 luin. 1951، Rec. p.221.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٣/٢/٣٠، مجموعة الأحكام السنة الثامنة، ص ٣٥٩. راجع كذلك حكمها في ١٩٨٤ /٢/١١، مجموعة الأحكام التي قررتها المحكمة في أربعين عام، ١٩٩٧، ص ١٤٧. وكذلك حكمها في ١٩٩٥/١١/٢٤، مجموعة الأحكام، ٤٠.

(3) Waline, Traité de droit administratif, 1963, p. 57

(4) Vedel, Doit administratif, 1973, p. 540.

فالشرط غير المألوف يعد إستثنائياً مؤدياً إلى إضفاء الصفة الإدارية على العقد الذي يتضمنه إذا وجد مع شروط أخرى غير مألوفة، أما إذا تضمنه عقد مرتبط بأمالك الدولة الخاصة أو بمرفق إقتصادي حيث أن الأصل هو إتباع أسلوب القانون الخاص ولذلك فإن الشرط الغير المألوف يسير لذلك الأصل ويعد شرطاً عادياً^(١).

وأياً كان المعيار الذي يمكن الإستناد إليه لتمييز الشروط غير المألوفة فإن تطبيقه العملي يمكن أن يؤدي إلى نتائج مختلفة، فشرط من الشروط قد تعتبره إحدى المحاكم غير مألوف في عقود القانون الخاص بينما تعتبره محكمة أخرى مألوفاً^(٢). لذلك يمكننا الإستدلال على الشروط الإستثنائية غير المألوفة بقرائن معينة من خلال أحكام القضاء حيث أن القاضي ينظر في العقد ويتفحص شروطه ثم يقرر بعد ذلك إن كان العقد يتضمن شروطاً مألوفة أم لا لكي نستخلص منها أهم صور هذا الشرط، وفيما يلي نستعرض أهم صور هذه الشروط على النحو التالي:

أهم صور الشروط الإستثنائية:

(أ) شروط تتضمن إمتيازات السلطة العامة.

بما أن الإدارة هي أحد أطراف العقد الإداري فإنها تملك إمتيازات في مواجهة المتعاقدين حيث يتضمن العقد شروطاً تشتمل على طابع السلطة العامة أو إمتياز من إمتيازاتها، فهذه الشروط غير مألوفة في القانون الخاص ومستوحاة من إعتبرات المصالح العامة، لكنه ليس من الضروري أن تكون الشروط كلها لصالح الإدارة والتي تمثل إمتيازات السلطة العامة كالنقل المباشر وحق تعديل التزامات المتعاقدين مع الإدارة زيادة أو نقصاناً والحق في مراجعة الأسعار المتفق عليها على ضوء التقلبات الإقتصادية^(٣). فمن الممكن أن تكون تلك الشروط لصالح الأفراد كالشروط التي تكون في عقود الأشغال العامة والتي تخول للمتعاقد سلطة الإستيلاء المؤقت على العقارات وشغلها بعض الوقت في حالة عدم الإتفاق الودي مع اصحابها^(٤).

(ب) الشروط بالإحالة إلى دفاتر الشروط العامة

قد تلجأ الإدارة وهي بصدد إبرام العقود الإدارية إلى إعداد شروط موحدة للعقود التي تتحد في الطبيعة والنوع والتي ستبرمها الإدارة، ويتم تدوينها في وثائق ويطلق عليها دفاتر الشروط

(١) د. ثروت بدوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، طبعة ١٩٧٦، ص ٩١.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٣) د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص ٤٧.

(٤) Rec. p. 688, peuladeuf, T. C. Juillet 1950

(٤) راجع هذا المعنى لدي

والمواصفات العامة وتعد هذه الشروط جزء من العقد بعد إبرامه إلى جانب الشروط الخاصة المذكورة في العقد.

ولكن يوجد هناك تساؤل عن أنه إذ لم يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في القانون العام، فهل تعد عملية الإحالة هذه كافية لإضفاء الطابع الإداري على العقد؟

ذهب جانب كبير من الفقه إلى أن نوع الشروط الموجودة في الدفاتر هي التي يتحدد على أساسها طبيعة العقد، فإذا كانت هذه الشروط إستثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص فإن العقد يكون إدارياً، أما إذا كانت الشروط الموجودة في الدفاتر ليست إستثنائية فإنها تكون عديمة الأثر فيما يتعلق بتحديد طبيعة العقد ، وبهذا فإن مجرد عملية الإحالة لا تعتبر شرطاً غير مألوفاً لجعل العقد إدارياً طالما لم تحتوى هذه الدفاتر على شروط إستثنائية^(١).

ج) الشروط الخاصة بتحديد الإختصاص القضائي.

قد يتضمن العقد شرطاً يجعل الإختصاص بنظر المنازعات الناشئة عنها للقضاء الإداري وهذا لا يعد شرطاً لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، حيث أنه ليس بقدرة المتعاقدين تحديد جهة القضاء الإداري بخلاف ما تقرره القواعد القانونية في هذا الشأن لأن قواعد الإختصاص القضائي من النظام العام التي لا يجوز الإتفاق على مخالفتها، وبهذا فإن شرط الإختصاص كشرط الإحالة أي أنه كاشف عن نية المتعاقدين في تطبيق قواعد القانون الإداري أو المدني في العلاقة التعاقدية بينهما إلا أنه ليس حاسماً^(٢).

هذا مع ملاحظة أن القضاء الإداري الفرنسي ومحكمة تنازع الإختصاص منذ عام ١٩٥٦ ومعهم الفقه الفرنسي ، ذهبوا إلى إمكانية إستبعاد إشتراط وجود شروط إستثنائية إذا كانت علاقة المتعاقد بالمرفق قوية لحد المساهمة في تنفيذ المرفق العام في جوهره^(٣).

(١) د. محمد أبو السعود حبيب، المرجع السابق، ص .

(٢) د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص

(3) Les g sandrs Airéls de la jecrisprudence administrative, 6e éd. pages 442 , ets.

الفصل الثالث القضاء الإداري السعودي

ذكرنا أن الدول تختلف في تنظيمها للرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، فمنها ما يسند ذلك للقضاء العادي ، بحيث تختص محاكم هذا القضاء بجميع المنازعات ، أيا كانت طبيعتها ، أي لا يوجد بها قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي . فالقضاء العادي لديها يختص بنظر جميع المنازعات سواء كانت بين الأفراد أو بين الأفراد و الإدارة ، سواء كانت هذه النزاعات مدنية أو تجارية أو إدارية ، وهذا ما يسمى بنظام وحدة القضاء ، وهو ما تأخذ به بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية والسودان .

ومن الدول من يعهد بالرقابة القضائية على أعمال الإدارة، إلى قضاء متخصص بالمنازعات الإدارية ، ينشأ مستقلاً إلى جانب القضاء العادي يقال له القضاء الإداري ، يختص بالمنازعات الإدارية ، وهو ما يعرف بنظام ازدواج القضاء ، حيث يوجد جهتان قضائيتان في الدولة ، تختص أحدهما بنظر المنازعات الإدارية وتطبق عليها قواعد القانون الإداري ، والأخرى تختص بنظر

المنازعات التي تنثور بين الأفراد وتطبق عليها قواعد القانون الخاص . ومن تلك الدول التي تأخذ بهذا النظام فرنسا ومصر والسعودية حيث أنشأت المملكة ديوان المظالم للفصل في المنازعات الإدارية بين الدولة والأفراد فصدر نظام للديوان منذو عام ١٤٠٢ هـ وأصبح بموجبه قضاء إداريا مستقلا يختص بالمنازعات الإدارية .

و لبيان ذلك سنتناول دراسة هذا الموضوع على النحو التالي :
المبحث الأول: طرق الرقابة القضائية على أعمال الادارة .
المبحث الثانى: القضاء الإداري السعودي .

المبحث الاول

طرق الرقابة القضائية على أعمال الإدارة

ذكرنا أن الدول لا تُسلك سبيلاً واحداً في تحديد وتنظيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، وإنما تختلف الطرق التي تتبعها ، فمنها ما يأخذ بنظام وحدة القضاء ومنها ما يأخذ بنظام القضاء المزدوج وهو ما نوضحه فيما يلي:

المطلب

القضاء الموحد (الأنجلو سكسوني)

يقصد بتعبير نظام القضاء الموحد ، وجود قضاء واحد في الدولة يشمل اختصاصه كافة المنازعات ، سواء قامت بين الأفراد أو بين الإدارة والأفراد ، وسواء تعلقت المنازعة بأمر إدارية أو مدنية أو تجارية ، ويسود هذا النظام في إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية وتتبعه بعض الدول

الأخرى التي تأثرت بالأنظمة الإنجليزية ، فانجلترا لا تعرف نظام القضاء الإداري ولا يوجد بها محاكم إدارية.

ولكن هل يقتصر الأمر بالنسبة لأنجلترا على عدم وجود قضاء إداري أم يشمل عدم وجود قانون الإداري بها ؟.

هناك خلاف فقهي بهذا الصدد فذهب البعض من الفقه إلي عدم وجود قانون إداري في إنجلترا ، ولكن فريقاً آخر يرى أن إنجلترا تعرف القانون الإداري مثل غيرها . ويرجع الخلاف في هذا الشأن إلى الهدف من القانون الإداري ، فالرأي الذي يقصد بالقانون الإداري مجموعة من القواعد القانونية الخاصة تطبقها محاكم خاصة إدارية مستقلة عن السلطة القضائية العادية ، ينكرون بناء على هذا التفسير وجود قانون إداري في إنجلترا نظراً لعدم وجود محاكم إدارية بها . أما الرأي القائل بأن القانون الإداري عبارته عن القواعد الخاصة بتنظيم عمل وسير المصالح العمومية يؤكدون - على هذا الأساس - وجود قانون إداري في إنجلترا.

والواقع أن مسألة وجود قانون إداري في دولة ما لا يجوز أن يتوقف على انشاء محاكم إدارية لتطبيق قواعد ، لأن ذلك يعتبر أمراً شكلياً بحثاً ليس له من أثر في تحديد خصائص القواعد القانونية الموضوعية ، ومع ذلك إذا ما قيل بأن إنجلترا دولة تخلوا من القانون الإداري فمرد ذلك ليس إلى عدم وجود قضاء إداري بها وإنما إلى أن الإدارة غير مسؤولة في الأصل - كقاعدة عامة- عن أعمالها في مواجهة الأفراد ، وإذا ما سئلت علي سبيل الإستثناء عن بعض أعمالها إلا أنها تخضع بخصوص هذه المسؤولية للقواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأفراد. ويقوم النظام القضائي الموحد على مجموعة مبادي نذكر منها مايلي :

١- عدم مسؤولية الدولة :

يقوم هذا المبدأ على أسباب تاريخية تتعلق برقابة القضاء على أعمال الإدارة ، أساسها قاعدة دستورية قديمة مؤداها أن " الملك " لا يخطئ ، وحيث أن المفهوم الإنجليزي يخلط بين الملك والدولة ، مما يبني عليه أن الدولة لا تخطئ ، وحيث أن الدولة لا تخطئ فانها لا تتعرض لاية مسؤولية . وأن الدولة كإدارة لا تسأل عن اعمال موظفيها التي تلحق ضرراً بالغير بسبب ما

يرتكبونه من أخطاء ، انما يسأل الموظف شخصيا ، بحيث لا يستطيع المتضرر أن يرفع دعواه على الإدارة ، وانما يرفعها على الموظف مباشرة.

وللقضاء الإنجليزي في مواجهة الإدارة سلطة واسعة وخطيرة تجعله في مقام الرئيس المباشر على أعمال مرؤسيه ، فالمبدأ السائد هو عدم مسئولية الدولة عن أعمال موظفيها ، بمعنى عدم مسئولية الإدارة وإنما يسأل الموظفون أمام القضاء بصفتهم الشخصية ، لذلك ترفع الدعاوي ضد الموظفين شخصياً وليس ضد الإدارة ، وبذلك يسأل كل موظف عن عمله ويتحمل نتائج تصرفاته ويتولي القضاء محاسبته عنها بمناسبة الدعوى التي يقيمها أصحاب المصلحة ضده ، إلا إن مبدأ عدم مسئولية الإدارة وردت عليه بعض الإستثناءات التي تقضي عليه في بعض جوانبه والتي يمكن ايجازها على النحو التالي :

أ- الدولة مسؤولة عن العقود التي تبرمها ، أي أنها تسأل مسؤولة عقدية ، وتتحصر عدم المسئولية في نطاق المسئولية التقصيرية.

ب- يقتصر عدم مسئولية الدولة التقصيرية على أعمال الموظفين التابعين للمصالح العمومية والهيئات التابعة للإدارة المركزية التي هي من فروع التاج حيث تستفيد من حصانته، إلا ان الإدارة تسأل عن اعمال الموظفين التابعين للهيئات المحلية لأنها لا تعد فرعاً رسمياً للتاج . والقضاء وحده هو المختص بتقرير صفة الهيئة وذلك لتحديد مسؤوليتها من عدمها.

ت- كما عمل المشرع على تضيق نطاق عدم المسئولية التقصيرية ، بسنه قوانين تقرر مسؤولية الدولة في حالات معينة بالذات.

ث- كما أن القضاء الإنجليزي اسهم هو الآخر في مجال مسؤولية الدولة التقصيرية بالتوسع في تقريره لمسؤولية الدولة في هذا المجال ، وذلك في العديد من القضايا التي عرضت عليه.

وإن كان الفقه والقضاء والمشرع عمل على التضييق من نطاق عدم مسؤولية الدولة ، وذلك بتقرير مسؤوليتها في حالات محددة ، غلا أن هذه الحالات لا تعدو ان تكون اكثر من استثناء من المبدأ الأساسي وهو عدم مسؤولية الدولة.

٢- مسؤولية الموظف الشخصية:

كما سبق أن تكلمنا بأن الدولة لا تسأل عن اخطاء موظفيها ، وأنه لا يجوز رفع الدعوى على الدولة على أساس المسؤولية التقصيرية ، وانما تتم مقاضاة الدولة فقط على اساس المسؤولية العقدية . ورفع الدعوى على الدولة على أساس مسؤوليتها العقدية يحتاج الى إذن من التاج للسير في اجراءات الدعوى . أما الهيئات المحلية وكذلك الموظفون ، فيجوز رفع دعاوى عليهم من قبل الأفراد ومطالبتهم بالتعويض أمام المحاكم العادية .

ويترتب على الموظف دفع التعويض من ماله الخاص ، إلا أن العرف قد جرى على أن تدفع الدولة عنه من قبيل الشفقة والرحمة، دون أن تعترف بالتزاماتها قانوناً بهذه التصرف . ففي سنة ١٨٩٣ أصدر المشرع الإنجليزي قانوناً يسمى " قانون حماية السلطات العامة " ، وادخل عليه تعديلا في سنة ١٩٣٩م ، تضمنت قيودا على حق الأفراد في مقاضاة الموظفين ، وذلك للتخفيف من دعاوى المسؤولية التي تقام على الموظفين ، نذكر من هذه القيود تحديد موعد قصير لرفع الدعوى هو سنة من تاريخ وقوع الفعل الضار ، بحيث لا تسمع الدعوى بعد مرور السنة ، كما قرر القانون المذكور غرامة على الفرد الذي يخسر دعواه.

٣- السلطات الواسعة للقضاء الموحد تجاه الإدارة :

يملك القضاء في النظام الأجلوسكسوني أو الموحد سلطات واسعة وخطيره في مواجهة موظفي الإدارة . اذ يملك القاضي الإنجليزي الحكم على الموظف بعقوبة جنائية اذا وجد أن الفعل يشكل جريمة جنائية ، كما يحكم عليه بالتعويض إذا توافرت أركان المسؤولية التقصيرية . وفي هذا الصدد يختلف القضاء الإنجليزي عن القضاء الفرنسي ، حيث أن سلطة القاضي في النظام الأخير تنحصر في توجيه أوامر مكتوبة الى الموظفين تأمرهم بفعل شئ أو الإمتناع عن فعل شئ ، أو تعديل عما يلحقه من ضرر بالأفراد .

وإذا كان القاضي الأمريكي يتمتع بنفس سلطات القاضي الإنجليزي ، لكن ما يجب ملاحظته هو أن النظام الأمريكي يختلف عن النظام الإنجليزي فيما يتعلق بمسؤولية الدولة ، حيث أن القانون الأمريكي يقرر مسؤولية الدولة عن أخطاء موظفيها ، إلا أن المسؤولية في القانون الأمريكي لا تقرر بحكم قضائي ، إذ لا يملك الأفراد مقاضاة الدولة أمام المحاكم العادية ، والسلطة الوحيدة التي تملك الأمر للدولة بدفع مبلغ من المال هي السلطة التشريعية ، الأمر الذي أدى إلى حرمان المحاكم العادية من نظر دعاوى المسؤولية التي ترفع على الدولة ، وعلى الفرد الذي يطالب بحق مالي من قبل الدولة كتعويض له عن ضرر لحقه من تصرف الإدارة أن يرفع الأمر بموجب عريضة إلى البرلمان .

ونظراً لتعذر قيام البرلمان فحص جميع الطلبات المقدمة إليه ، فقد انشأ من داخله هيئات سماها " محاكم الطلبات " بحيث تقوم هذه الهيئات بفحص الطلبات وتقديم تقرير عنها إلى البرلمان . وهذه الهيئات ليست محاكم بالمعنى المقصود بالمحاكم ، لأن رأياً استشارياً بحتاً ، والكلمة النهائية هي البرلمان ، ولقد رفضت المحكمة العليا الطعون المقدمة ضد الأحكام التي تصدرها هذه الهيئات ، لأنها ليست أحكاماً قضائية ، بل هي مقترحات والقرار النهائي للبرلمان ، إلا أن محاكم الطلبات هذه حولت في بعض الولايات من هيئات استشارية إلى محاكم قضائية ، حيث منحت إصدار أحكام لا تخضع للتعقيب من أية جهة كانت . إلا أن هذه المحاكم لا تعتبر محاكم إدارية مستقلة عن القضاء العادي ، بل هي محاكم عادية تقبل أحكامها الطعن أمام المحاكم العليا .

وعلى ضوء ما تقدم ، فإن محاكم الطلبات هي هيئات استشارية ، تستعين بها المجالس التشريعية في بعض الولايات ، وتعتبر محاكم حقيقية في البعض الآخر من الولايات ، وهي محاكم عادية لأن أحكامها تخضع للطعن أمام المحاكم العليا التي تدخل ضمن ملاك القضاء العادي .

مزايا النظام الأنجلوسكسوني:

قال انصار النظام الأنجلوسكسوني بعدد مميزات للدفاع عن وجهة نظرهم يمكن إيجازها فيما يلي:

١- أن هذه النظام يحقق مبدأ سيادة القانون على اكمل وجه ، لأن الحكام والمحكومين يخضعون لقواعد قانونية واحدة ، وأن المحاكم العادية تنتظر في المنازعات المدنية والإدارية على حد سواء ، مما يعد تطبيقاً لمبدأ المشروعية . كما يرى الفقهاء الإنجليز ومنهم الفقيه " دايسي " .

٢- هذا النظام وسيلة فعالة لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم ضد اعتداء الإدارة ، اذ لا يجوز ان تتمتع الإدارة بامتيازات في مواجهة الأفراد ، فتنشأ لها محاكم خاصة هي المحاكم الإدارية ، بل يجب أن تخضع الإدارة شأنها في ذلك شأن الأفراد للمحاكم العادية، حيث أن هذه المحاكم هي وحدها القادرة على حماية الحقوق والحرريات الفردية.

٣- يمتاز هذا النظام بالبساطة وعدم التعقيد، حيث أن وجود هيئة قضائية واحدة في الدولة تفصل في مختلف الدعاوى يزيل الإشكالات المتعلقة بتنازع الاختصاص وتعارض الأحكام، كما هو عليه الحال في النظام القضائي المزدوج.

عيوب النظام الانجلوسكسوني:

نظراً للتدبيرات التي قال بها أنصار هذا النظام ، فقد رد عليهم بعض الفقه المعارضين لهذا الإتجاه ، بالقول بأن عيوب هذا النظام تفوق مزاياه بكثير ، ويمكن ايجاز العيوب التي قيل بها في الآتي:

١- أن هذا النظام يتجاهل دور الإدارة في تحقيق المصالح العامة ، التي توسعت مهامها نتيجة لتداخل الإدارة في كافة مناحي الحياة ، مما يستدعي الاعتراف للإدارة بوضع قانوني خاص يُمكنها من أداء دورها على الوجه الأكمل .

٢- أن هذه النظام لم يحقق الحماية الكافية للأفراد ، نظير تهرب الإدارة من رقابة القضاء ولجوءها الى وسائل متعددة للتخلص من المسؤولية ، بأن تضمن مشروعات القوانين التي تعرضها على البرلمان نصوص اللوائح والقرارات الإدارية التي تريد اصدارها تنفيذا لتلك القوانين لتضفي عليها حصانة ، شأنها في ذلك شأن القوانين لتكون مثل القوانين غير خاضعة لرقابة المحاكم . كما تلجأ الإدارة الى النص الصريح في القانون على أن اللوائح والأوامر التي يصدرها الوزير تنفيذا لهذا القانون تكون نهائية ، ولا تقبل الطعن أمام اية محكمة قضائية.

٣- عجز هذا النظام عن حماية الأفراد ضد تعسف الإدارة بشكل واضح ، وذلك في موقف المشرع الإنجليزي من ذلك النظام عندما لجأ من خلال قوانينه الى تضيق نطاق اختصاص المحاكم العادية في نظر المنازعات الإدارية ، ومنح الإدارة نفسها سلطة الفصل في هذه المنازعات ، أو عن طريق لجان تشكلها لهذه الغاية .

٤- الخلط بين العمل الإداري والعمل القضائي ،حيث منح القضاء اختصاصات ادارية ، ومنح بعض الموظفين وبعض اللجان الإدارية اختصاصات قضائية أو شبه قضائية ، ومن شأن هذا الخلط المساس بحقوق الأفراد وحررياتهم . كما أن هذا النظام يمكن القاضي من اصدار الأوامر والنواهي للإدارة والحلول محلها مما يؤدي الى المساس باستقلالها ، ويخالف مبدأ فصل السلطات.

٥- تضيق مسؤولية الدولة وإلقاء المسؤولية على الموظفين، يؤدي الى تقليل روح المبادرة والإبتكار عند الموظفين خوفا من تحمل المسؤولية ، مما يلحق ضرر بالوظيفة العامة.

نستخلص من جملة ما تقدم أن النظام القضائي الموحد عجز عن حماية حقوق الافراد وحررياتهم، الأمر الذي دعا الفقه والقضاء الى المطالبة بإنشاء قضاء إداري مستقل الى جانب القضاء العادي.

المطلب الثاني

القضاء المزيج.

يقصد به وجود نظام قضائي إداري مستقل، استقلالا موضوعيا و ماديا و عضويا، عن السلطة التنفيذية أولاً وعن جهات القضاء العادي، استقلالا شاملا و كاملا، على درجات و مستويات التقاضي، ابتدائيا و استئنافا و نقدا ، بحيث تقوم بالوظيفة القضائية جهتان قضائيتان ، جهة القضاء العادي التي تختص بالمنازعات التي تنشأ بين الأفراد ، وجهة القضاء الإداري التي تنظر في المنازعات الإدارية .

حيث لا يعقل أن يخضع النشاط الإداري لنفس القواعد التي يخضع لها النشاط الخاص ، لإرتكازها على أسس مغايره تماماً لنشاط الأفراد ، إذ أن الإدارة تسهدف المصلحة العامة في حين أن الأفراد يستهدفوا المصلحة الخاصة، كما أن قضاة المحاكم العادية ليس لديهم الخبرة المتخصصة اللازمة للنظر في القضايا الإدارية .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن سلطة القاضي الإداري حيال الإدارة في هذا النظام تختلف عما رثيناه في النظام الموحد ، حيث تنحصر هذه السلطة في الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المعيبة أو الحكم

بالتعويض المالي عن الأضرار المادية والأدبية التي تصيب الأفراد نتيجة تصرف الإدارة الخاطيء ، فليس للقاضي هنا أن يحل محل الإدارة ويصدر قراراً جديداً يستبدل به القرار الذي حكم بإلغائه أو يعدله، كما ليس له الحق في أن يصدر للإدارة أوامر جديدة للإدارة أو نواهي بعمل شئى أو الإمتناع عن شئى ، وإن كان المشرع الفرنسى كشف عن آلية تجبر الإدارة على تنفيذ الأحكام التى صدرت ضدها بموجب القانون رقم ٥٣٩-٨٠ الصادر في ١٦/٧/١٩٨٠م، بشأن الغرامات التهديدية في المواد الإدارية وتنفيذ الأحكام القضائية، والقانون رقم ٩٥/١٢٥ الصادر في ٨/٢/١٩٩٥م، الذى منح المحاكم الإدارية والإستئنافية بأن تقضى بغرامة تهديدية ضد الإدارة حال امتناعها عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، كما فتح طريقاً أمام الأعيان للجوء إلى القاضي الإداري بطلب فرض غرامة تهديدية على الإدارة أو توجيه أوامر؛ لحثها على اتخاذ الإجراءات اللازمة لإعمال مقتضى حكم الإلغاء، وهو ما يعد اعترافاً من المشرع الفرنسى للقاضي الإداري بأن يصدر أوامر للإدارة^(١).

أولاً : نشأة القضاء المزدوج في فرنسا :

نشأ هذا النظام في فرنسا خلال القرن التاسع عشر الميلادي ، حيث كان يوجد القضاء العادي، ولم تكن الدولة تخضع للمساءلة أو الرقابة أمام القضاء بواسطة دعاوى الأفراد، وهي إن تعاملت مع الأفراد خضعت معاملاتها للقانون المدني ، وفي هذه الفترة كانت توجد محاكم قضائية تدعى البرلمانات Parlements أنشئت لتكون ممثلة للملك في وظائفه القضائية، وكانت الدعاوى تستأنف أمامها ما لم يسند الملك ذلك الإختصاص إلى جهة أخرى ، كما وجدت محاكم مختصة ببعض المنازعات الإدارية.

وكانت تلك البرلمانيات تحارب كل فكرة تهدف إلى إنشاء قضاء آخر معها حتي لا تفقد شيئاً من اختصاصاتها ، حيث أن قضاة تلك المحاكم لم يكن لهم مرتبات من الدولة وإنما كانوا يعيشون على الرسوم القضائية التى يتقاضونها لقاء الفصل في تلك المنازعات، وكانت تصرفاتهم تتسم بالإستبداد والتدخل المستمر في شئون الإدارة . مما حد برجال الثورة الفرنسية على اصدار القانون رقم ٣٤/١٦ في ٨/١٧٩٠م الذي منع المحاكم القضائية القائمة في ذلك الوقت من الفصل في المنازعات الإدارية للحفاظ على استقلال الإدارة تجاه السلطة القضائية ، من خلال تبنيهم لمبدأ الفصل بين السلطات .

(١) د. بكر عبدالمجيد اسماعيل ، القرار الإداري المنفصل وأثره على العقد الإداري، المرجع السابق ، ص ٣٨٩.

ثانياً : تطور نظام القضاء المزدوج في فرنسا:

مر نظام القضاء المزدوج في فرنسا بثلاث مراحل: المرحلة الأولى الإدارة القاضية ، والثانية مرحلة الهيئات الإستشارية ، و الثالثة مرحلة القضاء المفوض.

١- الإدارة القاضية:

تأكيداً على الإتجاه الذي تبنته الثورة الفرنسية في الفصل بين السلطات صدر قانون ١٦-٢٤ أغسطس ١٧٩٠ ، سالف الذكر الذي نص على إلغاء المحاكم القضائية (البرلمانات) وإنشاء ما يسمى بالإدارة القاضية أو الوزير القاضي كمرحلة أولى قبل إنشاء مجلس الدولة الفرنسي ، ومنع القضاء العادي من النظر في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها و أصبحت الهيئات الإدارية هي صاحبة الإختصاص في الفصل بهذه المنازعات .

وفي مرحلة الإدارة القاضية أو الوزير القاضي ، كان على الأفراد اللجوء إلى الإدارة نفسها للتظلم إليها وتقديم الشكوى ، فكانت الإدارة هي الخصم والحكم في الوقت ذاته وكان هذا الأمر مقبولاً إلى حد ما في ذلك الوقت بسبب السمعة السيئة لقضاء البرلمانات التعسفية ، ولكن هذا الوضع يتنافى مع مفهوم العدالة ويهدر حقوق الأفراد ، لأن الإدارة غالباً ما كانت تجور علي حقوق الأفراد لعلمها بأنها صاحبة القول الفصل في النزاع .

٢- الهيئات الإستشارية:

بعد مرور سنوات من هذا التطبيق الخاطئ لمبدأ فصل السلطات وتحديداً عند السنة الثامنة للثورة الفرنسية ، كان من الضروري تصحيح هذه الوضعية عن طريق إنشاء هيئات إدارية أستشارية متميزة عن الإدارة للاستعانة بها للفصل في المنازعات مع بقاء الكلمة النهائية لرئيس السلطة التنفيذية ، وكان اهم هذه الهيئات مجلس الدولة ومجالس الأقاليم كنتيجة للنص عليها في المادة (٥٢) من دستور السنة الثامنة ، وانيط بهذه الهيئات النظر في قضاء الإدارة، ولم تكن هذه الهيئات لتفصل كقضاء عادي ، وانما كانت تقترح حلا يقدم للرئيس الإداري لإعتماده ، إلا أن الرئيس كان يعتمد هذه الحلول بصفة الية ، وبموجب هذه الخطوة تم فصل الوظيفة القضائية عن الإدارة العاملة.

٣- مرحلة القضاء المفوض:

في ٢٤/٥/١٨٧٢م صدر قانون منح مجلس الدولة الفرنسي اختصاص البت النهائي في المنازعات الإدارية دون تعقيب جهة أخرى ، حيث جعل من مجلس الدولة محكمة تصدر احكاماً ، وبذلك تحول الوضع من حالة القضاء المحجوز الى حالة القضاء المفوض، مما ترتب عليه ان احكام مجلس الدولة لم تعد بحاجة الى تصديق من الإدارة، بل أصبحت ملزمة للإدارة بمجرد صدورهما، كما تم انشاء محكمة التنازع وذلك لحسم تنازع الإختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري .

وبالرغم من أن مجلس الدولة اصبح محكمة بالمعنى المقصود ، إلا أنه ظل حتى أواخر القرن التاسع عشر مقيدا " بنظرية الوزير القاضي " حيث أبقى على اختصاص الإدارة القضائية فلا يملك الأفراد اللجوء إلى مجلس الدولة إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون ، وفيما عدا ذلك تختص به الإدارة القضائية ، مما أوجد ازدواجاً قضائياً، وذلك نتيجة لتفسير الفقه والقضاء الفرنسي ، الذين فسروا ما جاءت به القنصلية في السنة الثامنة ، انه لم يقصد بهذه التجديدات الغاء الإدارة القضائية ، وإنما انشاء هيئات اخرى بجوار الإدارة العاملة لتختص بالنظر في بعض الأفضية الإدارية ، مما ترتب عليه بقاء الإدارة نفسها الجهة القضائية ذات الإختصاص العام في المنازعات الإدارية، أما المحاكم الإدارية فلا تختص بالنظر في القضايا الإدارية ، إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة ، وفي غير الحالات التي يتم فيها اللجوء الى الوزير ، ثم الى مجلس الدولة باعتباره هيئة استئنافية .

واستمر هذا الوضع حتى ١٣/١٢/١٨٨٩م ، حيث عدل مجلس الدولة عن تفسيره الذي أشرنا اليه وأنهى نظرية الوزير القاضي ، واصبح يقبل الدعاوى المرفوعة من الأفراد مباشرة، واصبح مجلس الدولة صاحب الإختصاص العام في المنازعات الإدارية واستمر المجلس متمتعا بهذه الصفة الى أن فقدها سنة ١٩٥٤م نتيجة تراكم العديد من القضايا أمام مجلس الدولة ، الأمر الذي دفع المشرع الفرنسي إلي تحديد اختصاص مجلس الدولة على سبيل الحصر بموجب المرسوم الصادر في ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ ، وأصبحت المحاكم الإدارية التي كانت تسمى مجالس الأقاليم صاحبة الإختصاص العام في المنازعات الإدارية.

ثم أعقب ذلك بعض المراسيم التي تضمنت الإصلاحات منها المراسيم الأربعة الصادرة في ٣٠/٧/١٩٦٣م ، المتعلقة بتحديد النظام الأساسي للعاملين في المجلس وتنظيمه الداخلي ونشاطه الداخلي، وتم تعديل هذا التنظيم بثلاثة مراسيم أخرى في ٢٦ أغسطس

١٩٧٥م ، وبمرسوم في ١٥ يناير ١٩٨٠ ، وآخر في ١٦ ديسمبر ١٩٨٧ لإصلاح القضاء الإداري وأنشأ بموجبه المحاكم الإدارية الإستئنافية ووسع نطاق الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة^(١).

وقد أصبح مجلس الدولة خلال تاريخه الطويل قاضي المنازعات الإدارية دون منازع، وساهم في إرساء مبادئ القانون الإداري وقواعده المتميزة عن قواعد القانون الخاص وابتدع الحلول المناسبة لمقتضيات حسن سير الإدارة العامة، وأكد على وجود واستقلال القانون الإداري ، ولقد حقق هذا النظام نجاحاً كبيراً فاق كل التصورات في حمايته حقوق الأفراد ضد تعسف الإدارة ، واستطاع في ذات الوقت تأمين حسن سير المرافق العامة من خلال محافظته على التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة بالفردية ، مما لفت انتباه بعض الدول الأخرى ، التي أخذت به ومن الدول العربية التي أخذت به السعودية ومصر والجزائر وتونس.

مزايا النظام القضائي المزدوج (الفرنسي):

١- يتلائم هذا النظام مع إختلاف طبيعة النشاط الذي تباشره الإدارة عن النشاط الذي يباشره الأفراد ، ذلك أن النشاط الإداري والذي يهدف إلي تحقيق الصالح العام إنما يتطلب ضرورة أن تكون هناك قواعد قانونية مغايرة لتلك التي تحكم النشاط الفردي وما يهدف إليه من تحقيق الصالح الشخصي ، وهذا ما يحققه الإزدواج القضائي الذي يحتم في ذات الوقت أن يكون هناك إزدواج قانوني :

قانون مدني يحكم علاقات الأفراد وما يسودها من مساواة تامة أو مطلقة .

قانون إداري غايته تمكين جهة الإدارة من ممارسة نشاطها وتحقيق أهدافها دون تجاهل الحقوق والحريات الفردية، مع ملاحظة أن القانون الإداري بما يتضمنه من حلول ومبادئ من خلق القضاء إنما يعد الآن هو المبرر أو السبب القانوني الفني لوجود واستمرار القضاء الإداري ، وذلك بعد زوال الأسس التاريخية لنشأة وظهور هذا القضاء والتي سبق لنا بيانها .

(١) د.اسماعيل البدوي ، القضاء الإداري ، دراسة مقارنة، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ١٩٩٣م، ص ٢٣٠ ، وما بعدها .

٢- يضمن لنا هذا النظام وجود قاضي متخصص تتوافر لديه القدرة الفنية والكفاية المهنية اللازمة للنظر في المنازعات الإدارية الخاصة لتطبيق قواعد القانون الإداري، مدركاً لمقتضيات الصالح العام وضرورة تفضيله عن التعارض مع الصالح الخاص من جهة، وكيفية إقامة التوازن بين هذه المقتضيات وبين ضرورة حماية حقوق الأفراد وحماياتهم من جهة أخرى .

٣- التأكيد على الإلتزام بمبدأ المشروعية ، من خلال إجبار الإدارة على ضرورة مباشرة نشاطها في إطار هذا المبدأ ، دون أن تحاول الخروج عليه أو النيل من سيادة القانون ، وهذا ما اثبتته القضاء الإداري في معظم الدول التي تعتنق مبدأ الإزدواجية ، حيث انه يعد حصن منيع ودرع واقى لحماية وصيانته حقوق الأفراد وحرابيتهم من تعسف الإدارة.

عيوب النظام القضائي المزدوج:

١- يعيب علي هذه النظام أنه يشتمل على ازدواج في المحاكم وفي القانون الذي تطبقه هذه المحاكم ، بما يؤدي إلي التعقيد والتنازع في الإختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري ، سواء أكان تنازعا أم تنازعا سلبياً كما سنري، إضافة إلي أنه يؤدي أحياناً إلي تعارض في الأحكام الصادرة بين جهتي القضاء سالف الذكر ، الأمر الذي يتنافى مع ضرورة تيسير وكفالة حق التقاضي للمواطنين من ناحية ، ومع ضرورة إستقرار وضمان حقوق هؤلاء المواطنين من ناحية أخرى (١).

٢- ويعيب البعض على هذا النظام أنه يخصص القضاء الإداري بنظر كافة المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها بما لها من سلطة عامة ، فإنه يخشى محاباته لتلك الإدارة علي حساب حقوق وحرريات الأفراد خاصة أنه يطبق في هذه الحالة قانوناً يختلف عن ذلك الذي ييطق على الأفراد ، الأمر الذي يمثل إعتداءً على مبدأ المساواة ، ذلك المبدأ الذي يحتم أن يطبق على الجميع قانوناً واحداً وأن تنتظر كافة المنازعات أياً كانت طبيعتها وأياً كانت أطرافها أمام قاض واحد.

الرد علي العيوب التي وجهت لهذا النظام :

(١) د. سامي جمال الدين ، الرقابة على أعمال الإدارة القضاء الإداري ، مبدأ المشروعية ، تنظيم القضاء الإداري ، مطبعة اطلس بالقاهرة ، الطبعة الاولى ١٩٨٢م، منشأة المعارف بالأسكندرية ، ص ٢٧٦ وما بعدها .

لقد فند الفقة أنصار النظام المزدوج الردود على العيوب التي قال بها معارضي هذا النظام لتأكيد صحة مسلكهم وذلك على النحو التالي:

١- بالنسبة للعييب الأول الذي قال به معارضي هذا النظام فقد ردوا عليه ، بأن المشرع في فرنسا أنشاء محكمة التنازع وعهد إليها بالفصل في حالات التنازع التي تثور بين جهتي القضاء، بل والفصل في النزاع الذي يثور في حالة تعارض الأحكام ، وهذا الأمر ليس قاصراً على فرنسا وحدها ، بل أخذت به دول أخرى عديدة ، ومنها مصر حيث تتولاها المحكمة الدستورية العليا، والمملكة العربية السعودية حيث تتولاها لجنة الفصل في تنازع الإختصاص القضائي بمجلس القضاء الأعلى ، بناءً على طلب تعيين الجهة المختصة وهي بدورها تحدد الجهة المختصة بالنظر في القضية. وتؤلف هذه اللجنة من ثلاثة أعضاء: عضو من المحكمة العليا يختاره رئيس المحكمة ، وعضو من ديوان المظالم أو الجهة القضائية الأخرى يختاره رئيس الديوان أو رئيس الجهة الأخرى ، وعضو من القضاة المتفرغين أعضاء المجلس الأعلى للقضاء يختاره رئيس المجلس ويكون رئيساً لهذه اللجنة ، ويصدر قرار هذه اللجنة بأغلبية الأعضاء ويكون نهائياً غير قابل للاعتراض^(١)، فوجود محكمة أو هيئة إذن لفض إشكالات التنازع وتعارض الأحكام علي هذا النحو والذي يعد في الواقع امراً محتملاً لنظام القضاء المزدوج ، إنما يهدم كل اساس للنقد الذي نحن بصددده ويجعله خاوي المضمون عديم الفائدة .

٢- أما بالنسبة للعييب الثاني : بأنه ليس صحيحاً بأن يحابي القضاء الإداري الإدارة علي حساب حقوق الأفراد وحررياتهم ، حيث أثبت ذلك القضاء الإداري بما لا يدع مجالاً للشك أنه حصن الحقوق وقلعة الحريات ، وأكد على أن مسلكه الرقابي اكثر تشدداً من القضاء العادي تجاه الإدارة ، إذ قضي في كثير من المنازعات ببطلان اعمال إدارية في الوقت الذي حكمت فيه جهة القضاء العادي بصحة أعمال مشابهة صدرت في نفس الظروف تقريباً ، وهذا أمر لا يقول به أنصار القضاء المزدوج فحسب بل يقول به أيضاً انصار القضاء الموحد^(٢).

(١) راجع نص المادة (٢٧) و(٢٨) و(٢٩) و(٣٠) من نظام القضاء الجديد، والمادة (١١) من نظام ديوان المظالم ، والمادة (١٣٥) من نظام الإجراءات الجزائية. (١)
(٢) د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، دار المطبوعات الإدارية ، طبعة ١٩٨٥م، ص ٨١. د. محمود حافظ المرجع السابق ، ص ١٧١، وما بعدها .

المبحث الثاني

القضاء الإداري السعودي

بادئ ذي بدء ننوه إلى أن ديوان المظالم عندما أنشئ لم يكن يراد به جهة قضاء إداري بالمعنى الفني إذ كان اختصاصه مقتصرًا على التحقيق في الشكاوى التي تحال إليه مع اقتراح مشروع قررا يرسل إلى الجهة المعنية التي لها أن تقبله أو ترفضه مع إبداء الأسباب ثم يرفع الأمر إلى الملك ليأمر بما يراه، ومن جانب آخر كان يتلقى الشكاوى التي تشمل من حيث موضعها كل ما يتعلق بالقرارات الإدارية والتي يكون لصاحب الشكاوى مصلحة في التظلم منها. ولدراسة القضاء الإداري السعودي نتناول نشأته ومراحل تطوره على النحو التالي :

المطلب الأول

نشأة القضاء الإداري السعودي

مر القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية بمجموعة من المراحل مهددت كل مرحلة منها لإنشاء ما يعرف بديوان المظالم الذي كان له دوراً بارزاً في استقلال وتطور القضاء الإداري في المملكة ، فبعد توحيد المملكة العربية السعودية عمل الملك عبدالعزيز على إرساء قواعد العدل ، ولذلك اهتم بولاية المظالم ، حيث جعل بابه مفتوحاً لأصحاب المظالم ودعا الناس بأن يأتوه بمطالبهم وأن يضعوا شكاواهم في صندوق الشكايات المعلق على دار الحكومة ، فقد نشرت صحيفة أم القرى في عددها الصادر في ٢٦ ذي الحجة سنة ١٣٤٤هـ " إن صاحب الجلالة يعلن للناس كافة أن من كان له ظلامة على كائن من كان ، موظفاً أو غيره كبيراً أو صغيراً ثم يخفي ظلامته ، فإنما أثمه على نفسه ، وأن من له شكاية فقد وضع على باب دار الحكومة صندوق للشكاوى مفتاحه مع جلالة الملك ، فليضع صاحب الشكاية شكايته في ذلك الصندوق ، وليثق الجميع أنه لا يمكن أن يلحق المشتكي أي أذى بسبب شكايته المحقة من أي موظف كان ، ويجب أن يرعى في الشكايات ما يأتي:

١- ينبغي تجنب الكذب في الشكاية ، ومن ادعى دعوى كاذبة جوزي بكذبه.

٢- لا تقبل الشكاية المغفلة من الإمضاء ، ومن فعل ذلك عوقب على عمله.

وليعلم الناس كافة أن العدل مفتوح للجميع على السواء ، والناس كلهم كبيرهم وصغيرهم أمامه واحد حتى يبلغ الحق مستقره والسلام .

وبعد أربع سنوات من هذا الإعلان نشر في جريدة أم القرى طريقة أخرى للشكاوى غير الصندوق حيث أجاز إرسال الشكاوى بالبريد معنونة باسم جلالة الملك - أو أن يذهب الشاكي نفسه إلى القصر ويسلم شكواه إلى شخص مختص بذلك وهو بدوره يسلمها للملك - أو أن يطلب مقابلة الملك شخصياً إذا كانت الشكاوى تتصل بموضوع مهم ويحدد له ميعاد ليقدم شكايته له شخصياً بصفة شفوية ، كما قرر أنه يحق لأي مواطن أن يقدم شكوته للملك في أي مكان يراه.

واستمرار الوضع هكذا الى سنة ١٣٧٣هـ، ففي هذا العام بدء التطور نحو انشاء القضاء الإداري، حيث أستحدث نظام مجلس الوزراء ثم شعبة في ديوان المجلس تدعى شعبة المظالم اختصت هذه الشعبة في تلقي جميع الشكاوى التي تقدم الى مجلس الوزراء والتحقيق فيها واعاد تقرير عنها متضمن الجزاء الذي يقترحه ثم تقوم برفع التقرير الى مقام جلالة الملك للتصرف فيه، ومن هنا يتضح ان ديوان المظالم بدأ في السعودية كسلطة تحقيق قبل أن يرقى لكونه سلطة تقوم بعملها باستقلالية تامة.

المطلب الثاني

مراحل تطور القضاء الإداري السعودية

إن نشوء القضاء الإداري في المملكة لم ينشأ طفرة واحدة كما ذكرت ، وإنما مر بعدة مراحل حتى إكمال شكله الحالي، ويرجع السبب في ذلك إلى كثرة ما أسند إليه من مهام جسام . فديوان المظالم منذ إنشائه شعبة بديوان مجلس الوزراء إلى أن صدر المرسوم الملكي رقم (م/٧٨) المؤرخ في ١٩ رمضان ١٤٢٨ هـ الخاص بنظامه الحالي مرتبطاً ارتباطاً رسمياً بملك المملكة لأهميته، وقد مر بأربع مراحل، نجلها على النحو التالي:

المرحلة الأولى: شعبة المظالم .

ترجع تلك المرحلة إلى عام ١٣٧٣هـ، وهو تاريخ إنشاء أول مجلس وزراء، حيث نص نظام مجلس الوزراء على أن يكون ديوان مجلس الوزراء مكون من خمس شعب إحداهما شعبة المظالم، وفي نفس العام صدر نظام شعب مجلس الوزراء ، بموجب نظام شعب مجلس الوزراء الصادر بتاريخ ١٢ رجب ١٣٧٣ هـ، والتي نصت في المادة (١٧) على أنه: "يشكل بديوان مجلس الوزراء إدارة عامة باسم: (ديوان المظالم) ويشرف على هذه الإدارة رئيس يعين بمرسوم ملكي وهو مسؤول أمام جلالة الملك، وجلالته المرجع الأعلى له".

لمرحلة الثانية: الديوان المفوض.

وفي العام التالي من إنشاء شعبة المظالم رأى ولاة الأمر إحداث نقلة في عمل ديوان المظالم ليواكب الهدف الذي من أجله تم إنشاؤه فصدر النظام الأساسي والداخلي لديوان المظالم بموجب المرسوم الملكي رقم (٨٧٥٩/١٣/٧) وتاريخ ١٧ رمضان ١٣٧٤ هـ وفي تلك المرحلة لم يكن ديوان المظالم قضاءً بالمعنى الدقيق، ولكنه جهة تتلقى الشكاوى في المظالم وتحقق فيها وتعرض ما تراه بشأنها من مقترحات إلى الوزارة أو المصلحة الحكومية وعندما لا يتم الأخذ بمقترحات الديوان فإن الأمر برمته يعرض على الملك ليقرر ما يراه بشأنه ، بذلك أصبح الديوان مستقل عن ديوان رئاسة مجلس الوزراء ، ومتميز عن الدوائر الحكومية الأخرى.

وقد تضمن اختصاص الديوان خلال تلك المرحلة على قسمين أساسيين:

١- شعبة قضائية: وتتألف من لجنة التحقيق بالقضايا - والهيئة الإستشارية - وهيئة التحقيق .

٢- الإدعاء العام : حيث صدر قرار مجلس الوزراء رقم ٤٦٧ في ٢٣/٩/١٤٣٩هـ بإنشاء المكتب وتزويده بعدد كافي من الشرعيين والقانونيين واستحداث الوظائف اللازمة لهم بميزانية الديوان .

مرحلة الثالثة: القضاء المستقل :

تبدأ هذه المرحلة من عام ١٣٨١هـ حيث تولى ديوان المظالم صلاحية الفصل قضائيا جرائم الرشوة والتزوير وتبعيتها صلاحية الفصل في قضايا المقاولين ضد الدوائر الحكومية، ثم نظمت المنشآت الصناعية والتجارية المرخص لها بموجب نظام استثمار رأس المال الأجنبي وطلبت تنفيذ الأحكام الأجنبية، فضلا عن اشتراك ديوان المظالم مع جهات وهيئات أخرى في أعمال التحقيق وعضوية مجالس التأديب.

وفي عام ١٤٠٢هـ وقع تطور بالغ الأهمية في أختصاص الديوان حينما أعلن عن صدور أول نظام شامل لديوان المظالم وذلك بالمرسوم الملكي رقم ٤١/ بتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢هـ والذي نص في مادته الأولى على أن ديوان المظالم هيئة قضاء إداري مستقل ترتبط مباشرة بالملك ومقره مدينة الرياض ويجوز إنشاء فروع له حسب الحاجة .

ومن الجدير بالذكر أنه إذا كان ديوان المظالم منذ عام ١٤٠٢هـ قد أصبح قضاء إداري مستقل يختص بالفصل في المنازعات الإدارية ، إلا أنه شمل أيضا بالإضافة إلى إختصاصاته اختصاصات أخرى ليست من صميم القضاء الإداري ، ويعود السبب في ذلك إلى أن نصوص نظام الديوان تركت الباب مفتوحا لأي اختصاصات أخرى يمكن أن تسند إليه، وبالفعل فقد أضيف لديوان المظالم عام ١٤٠٧هـ الإختصاص بالنظر في المنازعات التجارية، حيث ورث الديوان هيئة حسم المنازعات التجارية وتحمل عبئا ثقيلا خارجا عن طبيعته ووظيفته في السلطة القضائية، ولقد أوشك الديوان أن يتحول إلى قضاء نظامي ينظر في المنازعات الناشئة عن تطبيق أي نظام جديد ما لم يتم تحديد لجنة قضائية خاصة بذلك النظام. ولقد تنوعت اختصاصات الديوان في تلك الفترة ما بين القضاء الإداري والجزائي والتأديبي كالاتي :

أولا : القضاء الإداري

وهو الإختصاص الأصيل للديوان وينوع هذه القضاء إلى أربعة أنواع:

أ- الفصل في المنازعات المتعلقة بالحقوق المقررة في نظم الخدمة المدنية والتقاعد لموظفي

الدولة ومستخدمي الحكومة والأجهزة ذوات الشخصية المعنوية العامة.

ب- الفصل في المنازعات المتعلقة بالطعون في القرارات الإدارية للأسباب المنصوص عليها في النظام.

ت- الفصل في الدعاوى المتعلقة بالتعويض عن الأضرار التي تصيب الأفراد بسبب أعمال الإدارة .

ث- الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الحكومة أو إحدى الشخصيات المعنوية العامة طرفاً فيها.

ثانياً: القضاء التأديبي

وهو الفصل في الدعاوى التأديبية التي تقام ضد الموظفين نتيجة لإرتكابهم مخالفات تتعلق بأعمالهم الوظيفية أو سلوكهم الأخلاقي.

ثالثاً: القضاء الجزائي.

ويتضمن هذا القضاء الفصل في الدعاوى الجزائية الموجهة ضد المتهمين بإرتكاب الجرائم المنصوص عليها في بعض الأنظمة والمراسيم الملكية، مثل جرائم الرشوة ومباشرة الأموال العامة وجرائم التزوير .

رابعاً: القضاء التجاري.

ويتضمن الفصل في الدعاوى التجارية وما يتعلق بها استناداً إلى قرار مجلس الوزراء رقم (٤٢١) وتاريخ ٢٦ شوال ١٤٠٧ هـ الذي خول الديون الإختصاص بالفصل في تلك المنازعات.

خامساً: طلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية.

وذلك استناداً إلى المادة (٨) من النظام السابق للديوان، بالإضافة إلى أي دعاوى أخرى تنص الأنظمة على اختصاص ديوان المظالم بنظرها، أو أي مواضيع أو قضايا يقرر مجلس الوزراء إحالتها إلى ديوان المظالم.

المرحلة الرابعة: القضاء الإداري المتخصص:

ففي سبيل دعم وتطوير وتخصيص مستقبل القضاء الإداري في المملكة، صدور نظام ديوان المظالم الحالي وآلية التنفيذ إضافة إلى نظام القضاء العام، الذي أحدث نقلة نوعية جديدة في تاريخ ديوان المظالم عمل على تخصيص ديوان المظالم بالقضاء الإداري وتخليصه من الأعباء التي يجب تخليصه منها. حيث قام المنظم بإصدار نظام ديوان المظالم الحالي بالمرسوم الملكي

رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩ رمضان ١٤٢٨ هـ والذي حدد الإطار العام للقضاء الإداري والذي يمكن اجماله فيما يلي:

- ١- تحويل فروع الديوان إلى محاكم إدارية، وإنشاء محاكم إدارية في باقي مناطق المملكة .
- ٢- تحويل هيئة التدقيق بالديوان إلى محكمة استئناف إدارية بمدينة الرياض .
- ٣- إنشاء محاكم استئناف إدارية بمحافظة جدة والدمام وأبها والمدينة المنورة.
- ٤- أنشأ المحكمة الإدارية العليا.
- ٥- أنشأ مجلس للقضاء الإداري يوازي في تشكيله واختصاصاته والوحدات التابعة له ، مجلس القضاء العام .
- ٦- أعاد الإختصاص بالفصل في الدعاوى التجارية والجزائية وهيئات تدقيقهما إلي قاضيهما الطبيعي وهو القضاء العام بعد أن كان مخول للديوان أستثناءً، ومن الجدير بالذكر أنه إذا كانت دعوى الأعمال التجارية من إختصاص المحكمة التجارية التابعة لوزارة العدل وفقاً لنظام القضاء الجديد ، إلا أنه في الوقت الحالي يتولى النظر في تلك الدعاوى الدوائر التجارية بديوان المظالم إلى حين إنشاء المحاكم التجارية.
- ٧- اعاد الإختصاص بالفصل في طلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية إلى القضاء العادي ، بعد أن ظل الديوان لسنوات طويلة هو صاحب الإختصاص بتنفيذ الأحكام الأجنبية، سواءً كانت أحكاماً قضائية أو أحكام تحكيم، وذلك بموجب صدور نظام التنفيذ الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٥٣ وتاريخ ١٣/٨/١٤٣٣ هـ الذي ألغى اختصاص ديوان المظالم بتنفيذ الأحكام الأجنبية، حيث نص في المادة ٩٦ منه على إلغاء الفقرة (ز) من المادة الثالثة عشر من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨ هـ، وبذلك فقد أصبح القضاء العام، وتحديداً دوائر التنفيذ بالمحاكم العامة هي الجهة المختصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، كما نصت المادة ١٤ من نفس النظام على أن تقدم الأحكام والأوامر القضائية، وأحكام المحكمين، والمحركات الموثقة الصادرة في بلد أجنبي، إلى قاضي التنفيذ المختص بتنفيذ الأحكام الأجنبية؛ ليتحقق من استيفاء السند شروط التنفيذ، ويضع عليه خاتم التنفيذ^(١).

(١) راجع نص المادة(الثامنة) والمادة (الرابعة عشرة) من نظام التنفيذ الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٥٣ وتاريخ ١٣/٨/١٤٣٣ هـ .

وبانتقال الإختصاص بتنفيذ الأحكام الأجنبية من ديوان المظالم كجهة قضاء إداري إلى دوائر التنفيذ بالمحاكم العامة لدى جهة القضاء العام، يكون المنظم السعودي قد وحد جهة تنفيذ الأحكام بالمملكة لا فرق في ذلك بين تنفيذ حكم داخلي أو تنفيذ حكم أجنبي.

٨- نص على اختصاص الديون على سبيل الحصر ، حيث اختص الديوان بالنظر في دعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة في نظم الخدمة العسكرية، والنظر في دعاوى إلغاء قرارات المجالس التأديبية واللجان شبه القضائية، وجمعيات النفع العام في القرارات المتصلة بنشاطها وكل منازعة إدارية . وهو ما سنوضحه في المبحث التالي.

المطلب الثالث

تنظيم ديوان المظالم واختصاصاته

تنص المادة (الأولى) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩ رمضان ١٤٢٨ هـ، على أن " ديوان المظالم هيئة قضاء إداري مستقلة ، يرتبط مباشرة بالملك ، ويكون مقره مدينة الرياض ، ويتمتع قضاء الديوان وقضاته بالضمانات المنصوص عليها في نظام

القضاء ، ويلتزمون بالواجبات المنصوص عليها فيه . ولكي نتطلع على تشكيل واختصاصات نستعرضاً أولاً مجلس القضاء الإداري ثم تشكيل محكم الديوان واختصاصاته .

الفرع الاول

مجلس القضاء الإداري

أولاً : نشأة مجلس القضاء الإداري :

نصت المادة (الرابعة) من نظام الديوان الحالي على إنشاء مجلس القضاء الإداري وهو مماثل للمجلس الأعلى للقضاء في القضاء العام في اختصاصاته ، إلا أنه يمارس تلك الاختصاصات فيما يتعلق بشؤون ديوان المظالم فقط، فهو ليس محكمة تصدر أحكاماً أو تتصدى للفصل في أي منازعات إدارية إدارية ، كما أنه لا ينظر أو يراجع الأحكام التي تصدر من محاكم الديوان، حيث تقف المحكمة الإدارية العليا على سلم الهرم القضائي في ديوان المظالم وهي مماثلة في اختصاصاتها للمحكمة العليا في القضاء العام.

ولقد ساوت المادة(الخامسة) من نظام ديوان المظالم بين أختصاص المجلسين حيث نصت على " أن يتولى مجلس القضاء الإداري بالنسبة لديوان المظالم اختصاصات المجلس الأعلى للقضاء الوارد في نظام القضاء " وتلك الاختصاصات هي اختصاصات تتعلق بشؤون القضاة وإصدار اللوائح المتعلقة بالشؤون الوظيفية لقضاة ديوان المظالم وإنشاء المحاكم والدوائر والإشراف عليها وتنظيم صلاحيات رؤسائها ومساعدتهم ورفع المقترحات ذات الصلة بتلك الاختصاصات للملك وإعداد التقرير السنوي عن أعمال الديوان ورفعها للملك. وبذلك يكون النظام عمل على استقلالية ديوان المظالم من خلال إشراف المجلس على المحاكم وعلى شئون القضاة، ولم يخضعه لسلطة أي جهة في الدولة سواء كانت جهة إدارية أو برلمانية أو قضائية (القضاء العادي) .

ثانياً : تشكيل المجلس :

يشكل مجلس القضاء الإداري من عدد من الاعضاء هم :

- ١- رئيس ديوان المظالم رئيساً .
- ٢- رئيس المحكمة الإدارية العليا عضواً.

٣- أقدم نواب رئيس الديوان عضوا. ٤- أربعة قضاة ممن يشغلون درجة قاضي استئناف يسمون بأمر ملكي أعضاء.

وبذلك يتضح لنا أن مجلس القضاء الإداري ليس من ضمن تشكيل محاكم الديوان، بل هو مشرف عليها ماليا وإداريا ووظيفيا وتنظيميا.

ثالثاً : اختصاصات المجلس :

ويتولى هذا المجلس جملة من الصلاحيات والإختصاصات نجملها فيما يلي :

أ- النظر في شؤون قضاة الديوان الوظيفية ، من تعيين وترقية وتأديب وندب وإعارة وتدريب ونقل وإجازة وإنهاء خدمة وغير ذلك ، وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة ، وذلك بما يضمن استقلال القضاة.

ب- إصدار اللوائح المتعلقة بشؤون القضاة الوظيفية بعد موافقة الملك عليها.

ج- إصدار لائحة للتفتيش القضائي بالديوان.

د- إنشاء محاكم وفق الأسماء المنصوص عليها في المادة الثامنة من النظام ، أو دمجها أو إلغائها ، وتحديد اختصاصها المكاني والنوعي.

هـ- الإشراف على المحاكم والقضاة وأعمالهم في الحدود المبينة في هذا.

و- تسمية رؤساء محاكم الإستئناف ومساعدتهم من بين قضاة محاكم الإستئناف، ورؤساء محاكم الدرجة الأولى ومساعدتهم.

ز- إصدار قواعد تنظم اختصاصات وصلاحيات رؤساء المحاكم ومساعدتهم.

ح- إصدار قواعد تبين طريقة إختيار قضاة الديوان، وإجراءات وضوابط تفريغهم للدراسة.

ط- تنظيم أعمال الملازمين القضائيين.

ي- تحديد الأعمال القضائية النظرية المطلوبة لشغل الدرجات القضائية.

ك- رفع ما يراه من المقترحات ذات الصلة بالإختصاصات المقررة له.

ل- إعداد تقرير شامل في نهاية كل عام يتضمن الإنجازات التي تحققت والمعوقات ومقترحاته بشأنها ورفعها إلى الملك .

الفرع الثاني

محاكم ديوان المظالم

تتكون محاكم ديوان المظالم وفقاً للمادة (٨) بنظامه من :

١ - المحكمة الإدارية العليا .

٢ - محاكم الإستئناف الإدارية .

٣ - المحاكم الإدارية .

وتباشر هذه المحاكم اختصاصاتها وفقاً للمادة (٩) من نظام الديوان من خلال دوائر مشكلة من ثلاثة ، قضاة لا تقل درجتهم عن قاضي استئناف في المحاكم الإستئناف الإدارية، ويجوز في المحاكم الإدارية أن تشكل من قاض واحد ، وتشكل دوائر محاكم الإستئناف الإدارية والمحاكم الإدارية من قبل مجلس القضاء الإداري بناء على اقتراح رؤساء المحاكم

أولاً: المحكمة الإدارية العليا

تمثل أعلى محاكم ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية في الترتيب وتجلس علي قمة القضاء الإداري ، ومقرها مدينة الرياض، وتؤلف من رئيس وعدد كاف من القضاة بدرجة رئيس محكمة استئناف، ويعين رئيسها بأمر ملكي بمرتبة وزير ولا تنتهي خدمته إلا بأمر ملكي ويشترط أن تتوفر فيه الشروط المطلوبة لشغل درجة رئيس محكمة استئناف، وعند غيابه ينوب عنه أقدم قضاة المحكمة .و يعين أعضاء المحكمة الإدارية العليا بأمر ملكي ، بناء على اقتراح مجلس القضاء الإداري.

ويكون للمحكمة الإدارية العليا هيئة عامة برئاسة رئيس المحكمة ، وتتعد الهيئة برئاسة الرئيس أو نائبه ، ولا يكون انعقادها نظامياً إلا إذا حضره ثلثاً أعضائها على الأقل بمن فيهم الرئيس أو من ينوب عنه ، وتصدر قراراتها بالأغلبية، وإذا رأيت إحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا - عند نظرها أحد الاعتراضات - العدول عن مبدأ تقرر في حكم صادر منها أو من إحدى دوائر المحكمة ؛ تعين على الدائرة رفع الاعتراض إلى رئيس المحكمة ، ليحيله إلى الهيئة العامة للمحكمة للفصل فيه .

وتختص هذه المحكمة بالنظر في الاعتراضات على الأحكام التي تصدرها محاكم الاستئناف الإدارية في حالات محددة واردة على سبيل الحصر تضمنتها المادة (١١) من نظام الديوان متى كان محل الاعتراض على الحكم ما يلي:

١- مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، أو الأنظمة التي لا تتعارض معها، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، بما في ذلك مخالفة مبدأ قضائي تقرر في حكم صادر من المحكمة الإدارية العليا.

٢- صدوره عن محكمة غير مختصة.

٣- صدوره عن محكمة غير مكونة وفقاً للنظام.

٤- الخطأ في تكييف الواقعة، أو في وصفها .

٥- فصله في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين طرفي الدعوى.

٦- تنازع الاختصاص بين محاكم الديوان.

ويتضح من تلك الإختصاصات أن المحكمة الإدارية العليا تحاكم الحكم ذاته من حيث سلامته في تطبيق الشرع والنظام، فهي بالمعنى الدقيق محكمة إبرام أو نقض للأحكام القضائية التي تصدر من محاكم الاستئناف الإدارية، وإقرار المبادئ القضائية الملزمة للمحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، أنها أعلى المحاكم في جهة القضاء الإداري، ولها ذات المهام المنوطة بالمحكمة العليا في القضاء العام.

ثانياً : محاكم الاستئناف الإدارية

تختص محاكم الاستئناف الإدارية وفقاً للمادة (١٢) من نظام الديوان بالنظر في الأحكام القابلة للاستئناف الصادرة من المحاكم الإدارية، وتحكم بعد سماع أقوال الخصوم وفق الإجراءات المقررة نظاماً.

والاستئناف يعني إعادة النظر في أحكام المحاكم الإدارية التي تعد الدرجة الأولى للتقاضي، فقاضي الاستئناف يعيد النظر في القضية برمتها ومن جميع جوانبها، وهو في حكمه غير ملزم بما اتخذته محاكم الدرجة الأولى، لأنه قاضي جديد ينظر في الدعوى كما لو أن القضية لم

تنظر من قبل، وهذا يوفر ضمانة قوية لسلامة تطبيق الشرع والنظام، حيث تعرض القضية أمام قضاة لم يسبق لهم نظر تلك القضايا المستأنفة أمامهم وهم أصحاب علم وخبرة عملية أعلى من محاكم الدرجة الأولى، وبالتالي فإن أمام الخصوم فرصة أخرى لإعادة المحاكمة.

والإستئناف مصطلح جديدة على ديوان المظالم ، رغم تطوره التنظيمي وما حققه من قبل في مجال تطبيق الأنظمة، وإن فكرة الإستئناف بمعناها الدقيق وجدت في اللجان العمالية والجمركية، في حين كانت تسير جهة القضاء العام وكذلك جهة القضاء الإداري على تبني التمييز للأحكام أو التدقيق وهو ليس استئنافاً، فالرأي السائد في الفقه أن التمييز أو التدقيق ليس درجة تقاضي لعدم طرح النزاع برمته أمامه كما هو الحال بالنسبة للإستئناف. أما اليوم فهناك درجة تقاض جديدة هي الإستئناف تساهم في تصحيح أحكام المحاكم الإدارية وعلاج الأخطاء التي تقع في أحكامها، هذا في الجانب التصحيحي، أما الجانب الوقائي فإن وجود محاكم للإستئناف الإدارية باعث قوي لكي تتحرى المحاكم الإدارية الدقة في أحكامها، والتأني في إصدارها لكي تتفادى إلغاء أحكامها أو تعديلها.

ثالثاً: المحاكم الإدارية

لقد رأي المنظم السعودي تحقيق العدالة أن يكون للقضاء الإداري ومحاكمه وجود في كل مكان يكون للإدارة فيه نشاط ومستفيدين من ذلك النشاط، فالإدارة وهي بصدد تسيير المرافق العامة تصدر قرارات وتبرم عقود يترتب عليها حقوق والتزامات تجاه الدولة، ينتج عنها في بعض الأحيان نزاعات تحتاج إلى قضاء قريب من الأفراد ومن فروع الإدارات المركزية في المناطق والمدن في سائر أجزاء المملكة. لذا وجد ديوان المظالم في معظم مناطق المملكة تحت اسم فرع ديوان المظالم، ولأن تلك الفروع هي محاكم إدارية وأولى درجات التقاضي الإداري بحسب نظام ديوان المظالم، فقد تحول اسم كل فرع إلى المحكمة الإدارية مع تخصيصه بالمنطقة التي يوجد فيها، وقد أصدر رئيس الديوان قراره بتحويل اسم الفروع إلى محاكم إدارية، على أن يضع مجلس القضاء الإداري خطة لإنشاء محاكم إدارية في باقي مناطق المملكة.

اختصاصات المحاكم الإدارية

إن اختصاص المحاكم الإدارية في مناطق المملكة العربية السعودية هي ذاتها اختصاصات ديوان المظالم بصفته جهة قضاء إداري، فمحاكم الإستئناف الإدارية وكذلك المحكمة الإدارية العليا تنظر في القضايا المحكوم فيها من قبل المحاكم الإدارية وهي محاكم أول درجة التي لن تنظر سوى في القضايا الإدارية فقط، ولقد نصت المادة ١٣ من نظام الديوان على اختصاص المحاكم الإدارية على سبيل الحصر وهي كالاتي:

١- الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة في نظم الخدمة المدنية والعسكرية والتقاعد لموظفي ومستخدمي الحكومة والأجهزة ذوات الشخصية المعنوية العامة المستقلة أو ورتتهم والمستحقين عنهم .

٢- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشأن ، متى كان مرجع الطعن عدم الإختصاص ، أو وجود عيب في الشكل ، أو عيب في السبب ، أو مخالفة النظم واللوائح ، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة، بما في ذلك القرارات التأديبية ، والقرارات التي تصدرها اللجان شبه القضائية والمجالس التأديبية . وكذلك القرارات التي تصدرها جمعيات النفع العام - وما في حكمها - المتصلة بنشاطاتها، ويعد في حكم القرار الإداري رفض جهة الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح .

٣- دعاوى التعويض التي قدمها ذوو الشأن عن قرارات أو أعمال جهة الإدارة .

٤- الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها .

٥- الدعاوى التأديبية التي ترفعها الجهة المختصة .

٦- المنازعات الإدارية الأخرى .

٧- طلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام المحكمين الأجنبية ، وكما ذكرنا سابقاً أنتقل هذا الإختصاص إلى دوائر التنفيذ بالمحاكم العامة لدى جهة القضاء العام .

وبناء على الإختصاصات التي سبق ذكرها ، يمكننا القول أن اختصاصات ديوان المظالم تتمثل في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات الإدارية ، ويقصد بالمنازعة الإدارية ، تلك التي يكون أحد أطرافها مرفقا عاما استخدم في نشاطه امتيازات السلطة العامة، أما في السعودية

فالمنازعة الإدارية هي التي تكون الإدارة طرفاً فيها سواء استخدمت في نشاطه امتيازات السلطة العامة أم لا، والمنازعات الإدارية تخول للطرف المضرور رفع أربع أنواع من الدعاوى أمام ديوان المظالم يمكننا تقسيمها على النحو التالي :

أولاً : الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة في نظام الخدمة المدنية والتقاعد .

ثانياً : الدعاوى المتعلقة بالغاء لقرارات الإدارية: سواء كانت إيجابية أم سلبية ، بحيث يحق لكل من له مصلحة أو أضر القرار الإداري بمركزه النظامي سواء كان فرداً عادياً أو موظفاً في مرفق حكومي أن يطعن في هذا القرار أمام ديوان المظالم بشرط أن يكون القرار معيباً بأحد عيوب القرار الإداري السالفة الذكرها .

ثالثاً : دعاوى التعويض : يختص ديوان المظالم بالفصل في دعاوى التعويض التي يرفعها كل متضرر من تصرفات الإدارة الخاطئة سواء كانت تصرف قانونية كالقرارات والعقود الإدارية ، أم أعمالاً مادية تلحق ضرراً بالمواطنين كأعمال الحفر التي تلحق ضرراً بالمباني، وحوادث السيارات الحكومية التي تصيب الأفراد.

رابعاً : الدعاوى التأديبية: يختص ديوان المظالم بالفصل في الدعاوى التأديبية التي ترفع من هيئة الرقابة والتحقيق ضد الموظفين العموميين أو المجالس التأديبية (١) .

المبحث الثالث

أقسام القضاء الإداري

من جملة ما تقدم يتضح لنا أن القضاء الإداري ينقسم بحسب أنواع الدعاوى التي ينظرها إلى قضاء ألغاء وقضاء تعويض (كامل) وذلك تبعاً لطبيعة وجوهر النزاع المعروض، فإذا كان يمس مركزاً قانونياً عاماً، فإن الخصومة تصبح ذات طبيعة عينية وتعمل من ثم على قيام

(١) أ.د. محمد أنس قاسم جعفر، ولاية المظالم، السابق، ص ١٤٠ : ١٤٣. د. عبد المنعم جيره، المرجع السابق، ص ٤٧٣ .

الدعاوى الموضوعية (دعوى الإلغاء) أما إذا تعلق النزاع بحق ذاتي أو شخصي كانت الخصومة ذات طبيعة شخصية أو ذاتية وأدت بالتالي إلى قيام الدعاوى الشخصية (التعويض).

ولكن ماذا يقصد بالمركز القانوني الموضوعي وبالمركز القانوني الشخصي أو الذاتي؟ أو بمعنى آخر متى يقال أننا أمام مركز قانوني موضوعي ومن ثم تندرج المسائل المتعلقة به - والتي تكون محلاً للنزاع - في إطار دعوى الإلغاء ومتى نكون على العكس من ذلك - أمام مركز قانوني شخصي أو ذاتي، بحيث تصبح دعوى القضاء الكامل هي الواجبة الأتباع للفصل في المسائل المتعلقة به؟

المركز القانوني الموضوعي:

هو المركز الذي لا يختلف في مضمونه أو فحواه من شخص لآخر أو من مجموعة أشخاص لآخرين، أي أنه يتحقق لدى كافة دون تمييز أو تفرقة طالما أن ظروفهم القانونية تجاه القواعد القانونية التي تقرر ذلك المركز متماثلة. ولذا يقال له المركز القانوني الموضوعي العام، مثال ذلك الموظف العام الذي لا يصبح كذلك إلا بصدر قرار إداري بالتعيين، أو حالة الترقية بالإختيار أو الأقدمية والتي لا تنشأ إلا بقرار يصدر من جانب الإدارة في إطار سلطتها التقديرية، وكذلك حالة الجزاءات التأديبية - الإحالة إلى المعاش - الإستيداع - الفصل بغير الطريق التأديبي... في كل هذه الأحوال نكون أمام مركز قانوني موضوعي عام، ذلك أن نتيجة العمل الشرطي أو ما يصدر عن الإدارة من قرارات بمقتضى سلطتها التقديرية، في المراكز القانونية الموضوعية إنما هو انطباق نفس القواعد القانونية على الجميع دون تمييز أو تفرقة بطريقة عامة وغير شخصية .

المركز القانوني الشخصي أو الذاتي:

أو ما يقال له الحق الخاص أو الذاتي، فهو ذلك المركز الذي لا يتحقق إلا في شخص أو أشخاص محددين، أي لا يقوم إلا لصالح فرد أو أفراد معينين بذواتهم، ولذلك فهو يختلف في مضمونه أو فحواه من شخص إلى آخر أو من أشخاص محددين إلى أشخاص آخرين وذلك تبعاً لحالة كل منهم وظروفه الخاصة. ومثال ذلك، المركز الشخصي أو الذاتي للمتعاقد مع الإدارة، فهو مركز يختلف من متعاقد إلى آخر حيث يعمل كل منهم على تحديد حقوقه الذاتية تجاه الإدارة في نطاق العقد الذي يبرمه معها. وكذلك المركز القانوني الشخصي أو الذاتي للموظف والذي يتجسد في الحق الذاتي في المرتب أو المعاش أو المكافأة أو ضم مدة خدمة معينة... الخ. فهو مركز يختلف كذلك من موظف إلى آخر تبعاً لاختلاف ظروف كل منهم الشخصية والوظيفية.

مما سبق يتضح أنه كلما كان هناك اعتداء على مركز قانوني عام كانت الدعوى موضوعية وتجسدت فيما يعرف بدعوى الإلغاء، أما إذا كان الاعتداء على حق شخصي كانت الدعوى ذاتية أو شخصية وتجسدت فيما يقال لها دعوى القضاء الكامل (التعويض) . بحيث أصبحت الدعوى الموضوعية تقابل دعوى الإلغاء، والدعاوى الشخصية تقابل دعوى القضاء الكامل.

من جميع ما تقدم يمكننا تقسم القضاء الإداري إلى ثلاثة أقسام هي :
قضاء الإلغاء ، قضاء التعويض ، وقضاء تاديب ، وهو ما سنتناوله بالتفصيل في المطالب التالي:

المطلب الأول قضاء الإلغاء

يقصد بقضاء الإلغاء مجموعة الدعاوى التي يستهدف من ورائها رافع الدعوى إلغاء تصرف قانوني معين للإدارة لكونه مخالفاً للقانون، وتقتصر سلطة المحكمة فيه على إلغاء هذا التصرف المشوب فقط ، وذلك إذا ما اقتنعت بصحة ما يدعيه رافع الدعوى وبسلامة موقفه موضوعياً وإجرائياً . ويتمثل هذا القضاء في الصور المختلفة لدعوى الألغاء ، التي تعد من أهم الوسائل الرقابية القضائية على أعمال الإدارة والتي تتمثل في الرقابة على مشروعية قرارات الإدارة ، التي تهدف إلى حماية حقوق الأفراد وحررياتهم من تعسف الإدارة ، ، لذلك سأسلط الضوء عليها من خلال المطالب التالية:

الفرع الأول دعوى الإلغاء

تعريف دعوى الإلغاء :

لم يتطرق المنظم إلى تعريف دعوى الإلغاء اتباعاً للقاعدة المستقرة في صياغة النصوص النظامية في ترك تعريف معظم الإصطلاحات لإجتهادات شراح القانون ، ولهذا خلت النصوص النظامية في المملكة العربية السعودية وغيرها من الدول من تعريف دعوى الإلغاء ، ويمكننا عرض بعض التعاريف التي قيل لتعريف دعوى الإلغاء ، ومن هذه التعريفات :

دعوى الإلغاء هي : الدعوى التي يرفعها أحد الأفراد إلى القضاء الإداري بطلب إعدام قرار إداري مخالف للقانون^(١).

وعرفها آخر بأنها " الدعوى التي يرفعها صاحب المصلحة إلى القضاء المختص مختصاً فيها قراراً إدارياً طالباً بإلغائه"^(٢).

وقيل بأنها " دعوى يتقدم بها صاحب الشأن إلى القاضي طالباً بإلغاء قرار إداري بحجة عدم مشروعيته"^(٣).

وبالتدقيق في تلك التعريفات نجد أنها لم تخل من النقد ، فقد أخذ على التعريف الأول أنه أستبعد الأشخاص المعنوية من رفع الدعوى حيث استخدم كلمة (الأفراد) مما يعنى استبعاد الشركات ، بالرغم من أن النظام أجاز لها رفع دعوى إلغاء ضد القرارات الإدارية غير المشروعة التي تصدر ضدها وتضر مصالحها ، كما أن استعماله لكلمة إعدام لا يدل على أن هناك عملاً من القضاء ؛ لأن الإنعدام يلحق القرار قبل صدور الحكم القضائي فالقرار المنعدم لا وجود له نظاماً، فالقضاء مهمة الكشف عن صور العوار في القرار الإداري وليس منشى له .

ويأخذ على هذا التعريف الثاني استعماله كلمة (مختصاً) حيث أن الإختصاص يشير إلى الخصومة القضائية وهذا الأمر يختلف عن الدعوى إذ الخصومة تتعقد بمجرد تبليغ المدعى عليه بالدعوى وإن كانت جزءاً من مكونات القضية الإدارية. ولم يخل التعريف الثالث هو الآخر من النقد فقد اخذ عليه قوله (إلى القاضي) فهذا يهمل الشروط الشكلية التي يجب توافرها قبل التقدم بها إلى القاضي مباشرة ، وأيضاً قوله (إلى القاضي) يوحي بأنه يتقدم بها إلى أي قاض والواقع أنه يتقدم بها إلى القاضي الإداري.

(١) د. سليمان الطماوى ، الوجيز في القضاء الإداري ، دار الفكر العربي القاهرة ١٩٥١ ، ص ١٥١ .

(٢) د. فوده عبد الحكيم ، الخصومة الإدارية ، دار المطبوعات الإسكندرية ١٩٩٧ ، ص ٢١ .

(٣) د. الدغيثر فهد محمد ، رقابة القضاء على قرارات الإدارة ولاية الإلغاء أمام ديوان المظالم ، دار النهضة القاهرة ، ص ٣٦ .

خلاصة القول أنه يصعب وضع تعريف جامع مانع لدعوى الإلغاء حيث يتم تعريفها من خلال استخلاص الخصائص الرئيسية أو أركانها التي تتميز بها عن غيرها ، وهو ما نوضحه على النحو التالي.

الفرع الثاني

خصائص دعوى الإلغاء

لدعوى الإلغاء عدة خصائص تميزها عن غيرها من الدعاوى وهي :

١- دعوى الإلغاء دعوى قضائية:

ويقصد بأن دعوى الإلغاء دعوى قضائية أي أنها دعوى ترفع إلى جهة تملك الولاية القضائية بالمعنى الفني الدقيق ، وتصدر أحكاماً لا معقب عليها من أية هيئة أخرى ، فلا يكفي أن يكون المشرع قد نظم طريقاً إدارياً للتظلم حتى ولو اشترط القانون ذلك ، وحتى لو كان التظلم أمام هيئة خاصة . وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية "من المسلمات في القانون الإداري أن المنازعة الإدارية ولو كانت طعنًا بالإلغاء هي خصومة قضائية مناطها قيام النزاع الذي هو جوهرها واستمراره بين طرفيها" (١).

٢- دعوى اللغاء دعوى حقيقية:

بأن تكون أداة هجوم وليس مجرد دفعاً يتقدم به المدعى عندما يراد تطبيق القرار عليه، فالدعوى دائماً أداة هجوم يستطيع صاحبها أن يستعملها متى شاء ، اما الدفع فهو وسيلة دفاع لا يستطيع صاحبه التمسك به إلا عندما يخل الطرف الآخر بالتزاماته ففي هذه الحالة يستطيع التمسك بعدم التنفيذ .

٣- دعوى الإلغاء دعوى موضوعية عينية:

دعوى الإلغاء دعوى موضوعية تختصم شرعية العمل الإداري فالمدعي يختصم عين القرار ويطلب من القاضي إلغاؤه بسبب مخالفته ، وهذا يختلف كما ذكرت عن موضوع دعوى القضاء الكامل الذي يرمي الطاعن من ورائها إلى تحريك رقابة القاضي لتحقيق مصلحة شخصية أو ذاتية يدعى فيها بأنه صاحب مركز قانوني معين ينشئ له حقاً في مواجهة الإدارة وأن الإدارة تتنازع في أصل هذا الحق أو مداه أو في مجال تطبيقه .

(١) د. حكم المحكمة الإدارية العليا ، في الطعن رقم ٩٤٧ ق ٨٤ ، ١٩٦٣ م ، .

الفرع الثالث

شروط قبول دعوى الإلغاء

يقصد بشروط قبول دعوى الإلغاء ، بأنها تلك الشروط التي يجب توافرها في الدعوى لكي تكون مقبولة أمام القضاء المختص لكي يتمكن من فحص موضوعها ، فإذا لم تتوفر هذه الشروط تحتم على المحكمة الحكم بعدم قبول الدعوى دون التعرض لبحث موضوعها .
وعلى ذلك يشترط لقبول دعوى الإلغاء أربعة شروط^(١) . نجلها فيما يلي:

أولاً : شروط تتعلق بالقرار المطعون فيه.

ثانياً : شروط تتعلق بالمصلحة في رافع الدعوى.

ثالثاً : شرط الميعاد.

رابعاً: شرط عرض المنازعة على لجان التوفيق .

أولاً : شروط تتعلق بالقرار المطعون فيه.

يشترط لقبول دعوى الإلغاء أن يتعلق الطعن بقرار إداري صادر عن الإدارة العامة في الدولة وأن يؤثر في المركز القانوني للطاعن وإلا حكم القاضي الإداري بعدم قبول الدعوى قبل نظر موضوع النزاع ، وبناءً على ذلك فإن القرار الذي يكون محلاً لدعوى الإلغاء يجب أن يتوفر فيه الشروط الأساسية للقرارات الإدارية وهي :

١- يجب أن يكون القرار المطعون فيه صادراً عن الإدارة العامة، ولا فرق هنا بين أن يكون القرار الإداري الذي يصدر عن السلطة الإدارية العامة صراحةً أو ضمناً، فكلاهما يكون محلاً للطعن أمام القضاء .

٢- يجب أن يكون القرار المطعون فيه صادراً عن سلطة عامة وطنية ، فيجب أن يكون صادراً من هيئة من الهيئات العامة التي تدخل في التنظيم الإداري للدولة، أي من أحد أشخاص القانون العام الداخلي، كالدولة والأمانة والمحافظات والمدينة أو من الأشخاص العامة المرفقية أو مصالح الدولة، كالهيئة العامة للامر بالمعروف والنهي عن المنكر أو مصلحة أملاك الدولة^(٢).

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري ، المرجع السابق، ص ٢١.

(٢) د. عمرو فؤاد أحمد بركات، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٤٣٨. راجع كذلك هذا المعنى لدى

د. محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، المرجع السابق، ص ٩٦.

٣- يجب أن يكون القرار المطعون فيه نهائياً ، فالقرار الذى يقبل الطعن عليه بالإلغاء هو القرار الذى يصدر من الجهة التى تملك إصداره بصورة نهائية دون الحاجة إلى تصديق أو اعتماد من جهة أخرى^(١) .

٤- يجب أن يكون القرار المطعون فيه مؤثراً فى المركز القانونى للطاعن، أى يترتب عليه إحداث نتائج وآثار قانونية، بإنشاء مركز قانوني أو تعديله أو إلغاؤه أى أن يكون قد أثر فى المركز القانوني لرافع الدعوى ، لذلك لا تقبل الدعوى إذا كان محل الطعن : الآراء الإستشارية والمقترحات ، والتعليمات المصلحية أو الأوامر التى تعد مجرد تطبيق أو توضيح للأنظمة والقرارات ، أيضاً لا يقبل الطعن فى التحقيقات الإدارية (لأن محل الطعن يجب أن يكون قرار الجزاء وليس التحقيق الذى تم بصدده)^(٢) . وفى ذلك تقول محكمة القضاء الإدارى " وفى حالة عدم موافقة شركة المجموعة المصرية للتعددين-الشركة المدعية- قبول التسوية المالية وسداد المبلغ المستحق للشركة المصرية للثروات التعدينية-الشركة المدعى عليها رابعاً- يتم الاستمرار فى الإجراءات القضائية ضد شركة المجموعة المصرية للتعددين، وبذلك فإن القرار المطعون فيه يفتقر إلى عناصر ومقومات القرار الإدارى وفقاً للتعريف المستقر عليه فى قضاء مجلس الدولة طالما لن يترتب على هذا القرار تغييراً فى المركز القانونى للشركة التى يمثلها المدعى التى تملك، فى جميع الأحوال، رفض هذا القرار وعدم الإلتزام بالتسوية التى قررها واللجوء إلى جهة القضاء المختصة للفصل فى النزاع الذى عرض على اللجنة. ومتى خلت الدعوى من ثمة قرار إدارى يمكن الطعن عليه بالإلغاء فإن الدعوى تكون غير مقبولة لإنتفاء القرار الإدارى"^(٣) .

ثانياً : الشروط التى تتعلق بالمصلحة فى رافع الدعوى.

يشترط لقبول دعوى الإلغاء أمام ديوان المظالم أن يكون لرافع الدعوى مصلحة شخصية فى رفعها وإلا حكم القاضى الإدارى بعدم قبولها فلا دعوى إن لم توجد مصلحة^(٤) . والمصلحة فى الدعوى هى المنفعة التى يمكن أن يحصل عليها رافعها فى حالة إجابة طلبه، ولمفهوم المصلحة فى دعوى الإلغاء معنى أكثر إتساعاً من مفهوم المصلحة التى تشترط فى الدعاوى العادية، فالأصل أن المصلحة فى الدعوى يجب أن تستند على حق يجب حمايته فى الدعوى العادية لأن الدعوى هى من توابع الحق، فيكون رافع الدعوى دائماً هو صاحب الحق. ففى الدعوى العادية تستند

(١) د. خالد خليل الظاهر، القضاء الإدارى ، قضاء الإلغاء - قضاء التعويض، المرجع السابق، ص ١٦٨ .

(٢) ولمزيد من الإيضاح ، تابع الفصل الأول من الباب الأول ، من هذا البحث .

(٣) حكم محكمة القضاء الإدارى، دائرة المنازعات الإقتصادية والإستثمار، فى الدعوى رقم ٢٧٧١ لسنة ٢٠١٣ ق ، بجلسة ٢٠١١/١/١٥ .

(٤) د. محمد رفعت عبد الوهاب ، أصول القضاء الإدارى المرجع السابق، ص ٤٩ .

المصلحة إلى حق أعتدى عليه لرافعها أو مهدداً بالإعتداء عليه، بينما المصلحة في دعوى الإلغاء فلا يشترط إستنادها إلى حق للمدعى قد مسه القرار المطعون فيه بالإلغاء، وإنما يكفي إمتلاك رافع الدعوى لمجرد مصلحة لا ترقى إلى مرتبة الحق، وذلك بإعتبارها دعوى موضوعية بصفة أصلية وليست دعوى شخصية^(١).

وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية " ومن المستقر عليه إنه فى طلبات الإلغاء التى تتعلق بمشروعية القرارات الإدارية وبإعتبار أنها تثير منازعة عينية يتسع مفهوم المصلحة المشتركة فى دعوى الإلغاء عنه فى الدعاوى القضائية الأخرى، بحيث لا تنقيد المصلحة حرفياً فى دعوى الإلغاء بحق أو مركز قانونى ذاتى أو شخصى لرافع دعوى الإلغاء ، فضلاً عن أن مجلس الدولة الفرنسى قد تخفف فى شروط المصلحة فى دعوى الإلغاء، إذ يستوى فى قضائه أن يقع المساس بمصلحة رافع دعوى الإلغاء فى تاريخ رفعها أو فى تاريخ لاحق، ومهما كانت الدرجة التى يكون عليها هذا المساس بالمصلحة مؤكداً ومباشراً طالما قدرت المحكمة كفاية هذه الدرجة"^(٢). وتتمثل هذه الشروط فيما يلى :

١- أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة.

٢- أن تكون المصلحة حقيقية مؤكدة أو محتملة .

٣- أن تكون المصلحة مشروعة .

فيجب أن تكون المصلحة فى دعوى الإلغاء شخصية ومباشرة ، وتعرف المصلحة الشخصية المباشرة بأنه: الحالة القانونية التى يكون الطاعن فيها فى مركز قانونى خاص مميزاً عن سائر

(١) د. سعاد الشرقاوى، القضاء الإدارى، دعوى الإلغاء - دعوى التعويض ، طبعة ١٩٧٠ المرجع السابق، ص ٢١٢.

وفى ذلك يقول أستاذنا الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، أن المصلحة فى القضاء العادى تعنى بالضرورة وحتماً أن يكون لرافع الدعوى حقاً ذاتياً قد أعتدى عليه ... أما فى دعوى الإلغاء فإن القضاء الإدارى يعطى للمصلحة مدلولاً أكثر إتساعاً وشمولاً ، فهو لا يشترط لتحقق المصلحة فى رافع دعوى الإلغاء أن يكون هناك حقاً قد مسه القرار المطعون فيه، بل يكفي أن يكون الطاعن فى مركز خاص أو حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار المطعون فيه من شأنها أن تجعله (القرار) مؤثراً فى مصلحة ذاتية للطالب تأثيراً مباشراً . د. محمد رفعت عبد الوهاب ، أصول القضاء الإدارى ، المرجع السابق، ص ٥٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، فى الطعين رقم ٥٥٤٦ و ٦٠١٣، لسنة ٥٥ ق ع، بجلسة ٢٧/١٠/٢٠١٠. راجع كذلك حكم محكمة القضاء الإدارى، فى الدعويين رقم ٥٠٨٧ و ١٥٧٧٧، لسنة ٦٥ ق، بجلسة ٢٢/١١/٢٠١١.

الأفراد وغير مندمجة بالمصلحة التي نص القانون على وجه الأشخاص الممثلين لها ويؤثر في القرار المطعون فيه تأثيراً مباشراً . وكون المصلحة في دعوى الإلغاء شخصية تهدف إلى حماية مصلحة فردية خاصة بشخص الطاعن بالإلغاء، فإن ذلك لا يحول دون أن تكون الدعوى جماعية ترفعها جماعة أو هيئة خاصة تتمتع بالشخصية المعنوية من أجل الدفاع عن المصلحة المشتركة لمجموع أفراد الجماعة ضد قرار إداري تعتقد الجماعة أنه يمس تلك المصلحة المشتركة، مثال الدعاوى التي ترفع من النقابات والجمعيات والنوادي.

لكن ثبوت هذا الحق للنقابات والجمعيات لا يخولهم مكنة التنازل عن حقوق العاملين، فهو مرهون بالغاية التي من أجلها منح هذا الحق للنقابات وهو الدفاع عن حقوق العاملين أو المصلحة المشتركة لأفراد الجمعية،^(١).

وأخيراً يشترط في المصلحة أن تكون مشروعة جديرة بالحماية من حيث مشروعيتها وقانونيتها، وذلك بأن يتواجد الطاعن في مركز قانوني مشروع متفق وأحكام النظام العام والآداب .

ويجب أن نميز هنا بين الصفة والمصلحة، فالمصلحة كما ذكرت هي، المساس بالمركز القانوني للمدعى في الدعوى الموضوعية أو الإعتداء على حقة الذاتى في الدعوى الذاتية ، أما الصفة في الدعوى، فهي قدرة الشخص على المثول أمام القضاء في الدعوى كمدعى أو مدعى عليه، كما أن الصفة مسألة شكلية تتضح قبل الدخول في الدعوى بينما المصلحة مسألة ذات صفة موضوعية لا تتضح ولا تبين إلا عند فحص موضوع الدعوى فيها، ومن ثم فإن التعرض للمصلحة يكون تالياً للتعرض للصفة. فالمصلحة شرط لقبول الدعوى بينما الصفة شرط لمباشرة الدعوى أمام القضاء وإبداء دفاع فيها، ذلك أنه قد يكون الشخص صاحب مصلحة تجيز له طلب إلغاء القرار، ومع ذلك لا يجوز له مزاوله هذه الدعوى بنفسه لقيام سبب من أسباب عدم الأهلية^(٢).

(١) حكم محكمة القضاء الإداري ، دائرة المنازعات الإقتصادية والإستثمار، في الإشكال رقم ١ لسنة ٢٠٠٩، بجلسة ٢٠٠٩/١/١٠.

(٢) راجع هذا المعنى لدى ، حكم محكمة القضاء الإداري ، المشار إليه سابقاً في الدعوى ، رقم ٥٠٢٩٧ لسنة ٢٠١١، بجلسة ٢٠١١/١٠/٢٢.

ومع ذلك فقد إستقر مجلس الدولة على إعتبار شرط الصفة مندمجاً مع شرط المصلحة في رافع الدعوى إلا أن هذا المنظور لا يلغى التمثيل في إجراءات الدعوى عموماً الموضح أعلاه بالنسبة للأهلية للتقاضى^(١).

ثالثاً : شرط الميعاد.

حددت القوانين أجل معين يجب أن ترفع فيه دعوى الإلغاء فيه وهى (٦٠) يوماً بحيث لو إنتقضت هذه الفترة دون أن يرفع الشخص دعواه سقط حقه في رفعها لفوات الميعاد القانونى ، ولقد رأى المنظم أن يلجأ الأفراد إلى الإدارة قبل إلتجائهم إلى الديوان والحكمة من ذلك إمكان حل كثير من الإشكالات ودياً وفي وقت قصير، علاوة على أن صدور القرار الإداري معيباً لا يعني حتماً أن جهة الإدارة قد قصدت أن يكون كذلك، ولو افترضنا أن مصدر القرار قد أراد تلك النتيجة، فإن القانون في معظم الأحوال قد أقام سلطة رئاسية تمتلك تعديل قرارات رؤسيتها وإلغائها، وفوق ذلك فإن رقابة الإدارة في نظرها للتظلم تملك رقابة الملاءمة التي لا يملكها القضاء حيث يمارس رقابة المشروعية فحسب^(٢).

وفي المملكة العربية السعودية هناك فرق بين ميعاد رفع الدعوى المتعلقة بنظام الخدمة المدنية وغيرها ، إذ تنص قواعد المرافعات على أن يتم التظلم أمام الجهة الإدارية مصدرة القرار قبل رفعها للديوان ، ويبدأ سريان الميعاد من تاريخ العلم ، فالقرارات التي لا تتعلق بنظام الخدمة المدنية، ميعاد رفع الدعوى فيها خلال ٦٠ يوم من تاريخ العلم بالقرار الصادر برفض التظلم أو انقضاء هذه المدة دون بت الإدارة في التظلم.

أما القرارات المتعلقة بالحقوق المقررة في نظام الخدمة المدنية ففي حالة رفض ديوان الخدمة التظلم، فيكون ميعاد رفع الدعوى ٩٠ يوم من تاريخ العلم بالرفض أو انقضاء ٦٠ للبت فيه، وفي حالة صدور قرار ديوان الخدمة لصالح المدعي ولم تقوم الإدارة بالتنفيذ القرار خلال ٣٠ يوم فيكون ميعاد رفع الدعوى خلال ٦٠ يوم من انقضاء الثلاثين يوماً السالفة .

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب ، أصول القضاء الإدارى ، المرجع السابق ، ص ٥٠.

(٢) راجع د.سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص ٦١٥.

ويرجع الهدف من هذا التحديد للمدة التي يجوز فيها الطعن بالإلغاء للقرارات الإدارية إلى أن المصلحة العامة تقتضى إستقرار الأوضاع الإدارية، وعدم بقاء القرارات الإدارية لفترة طويلة مهددة بالإلغاء، وأن ميعاد رفع الدعوى هى قاعدة من النظام العام الذى لا يجوز الإتفاق على مخالفتها، كما يمكن للقضاء التصدى له من تلقاء نفسه وأن يثار الدفع فى أى حالة تكون عليها الدعوى^(١).

رابعاً: شرط عرض المنازعة على لجان التوفيق فى مصر.

أصدر المشرع المصرى القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بشأن إنشاء لجان للتوفيق فى بعض المنازعات التى تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، يترتب عليه عدم قبول الدعوى التى ترفع إبتداءً إلى المحاكم بشأن المنازعات الخاضعة لأحكام هذا القانون إلا بعد تقديم طلب التوفيق إلى اللجنة المختصة وفوات الميعاد المقرر لإصدار التوصية الذى لا يتجاوز ستين يوماً من تاريخ تقديم طلب التوصية إليها ، وأفوات الميعاد المقرر لعرضها دون قبول (٢٢) يوماً. حيث أخضع المشرع بموجب هذا القانون جميع المنازعات الإدارية لشرط العرض أولاً على لجان التوفيق (أو لجان فض المنازعات وفقاً للعرف الجارى) ولم يستثن من نطاق العرض على تلك اللجان سوى بعض المنازعات المتعلقة بما يلى :

- ١- طلبات إلغاء القرارات الإدارية المقترنة بطلبات وقف التنفيذ^(٢).
- ٢- المنازعات المتعلقة بالحقوق العينية العقارية إذا كان لها صفة المال العام.
- ٣- المنازعات التى تكون وزارة الدفاع والإنتاج الحربى أو أى من أجهزتها طرفاً فيها .
- ٤- المنازعات التى تفرد بها القوانين بأنظمة خاصة أو توجب فضها أو تسويتها أو نظر التظلمات المتعلقة بها عن طريق لجان قضائية أو إدارية أو يتفق على فضها عن طريق هيئة التحكيم^(٣).

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، آثار الطعن بإلغاء القرار الإدارى ، منشأة المعارف ، طبعة ٢٠١١، ص ٢٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، فى الطعن رقم ٢٣١٨٢، لسنة ٥١ ق ع، بجلسة ٢٠١١/١/١.

(٣) د. جمال عباس ، المرجع السابق ، ص ١٥٨.

وباستقراء هذا القانون يتبين أن غاية المشرع من فرض هذا التشريع هو السعى لتخفيف العبء عن كاهل القضاة ، والتيسير على ذوى الشأن من أجل الحصول على حقوقهم فى أسرع وقت ممكن تحقيقاً للعدالة الناجزة التى يجب أن تساير الحياة السريعة والمتطورة التى لا تتواءم مع بطء إجراءات التقاضى، لأنه ربما قد تنجح لجنة التوفيق فى مساعدتها ففتراجع جهة الإدارة عن قرارها غير المشروع فتلغيه أو تعدله، فلا يكون لصاحب الشأن المضرور حاجة للإلتجاء للقضاء^(١).

لكن للأسف غالباً ما تفشل تلك اللجان فى التوفيق الجهة الإدارية وبين أصحاب المصلحة المتضررين من قرارات الإدارة، لتعنت الجهات الإدارية فى عدم التنفيذ خاصة فيما لو تعلق الأمر برجوعها عن قرار إدارى أو إلتزام بدفعها مبالغ مالية ، أو لعدم موافقة طالب التوفيق على توصيات اللجنة ، وبالتالي لا يكون أمام المدعين طريق آخر إلا الإلتجاء إلى القضاء المختص الأمر الذى يؤكد فشل هذا النظام^(٢).

وأصبح عائقاً أمام المواطنين فى الحصول على حقوقهم لأنه عمل على إطالة أمد التقاضى لأن قرارات تلك اللجان غير ملزمة وبالتالي لن يجد جاحد الحق حرجاً من الإفلات من إلتزاماته والتملص من تنفيذ تلك التوصيات بعدم الموافقة عليها، ومن ثم لا يكون للمضرور سوى اللجوء القضاء لإجبار جاحد الحق على تنفيذه.

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب ، أصول القضاء الإدارى، المرجع السابق، ص ١١٤ .
(٢) د. مصطفى أبو زيد فهمى ، القضاء الإدارى ومجلس الدولة ، قضاء الإلغاء ٢٠٠٦ السابق السابق ، ص ١٥٥ .

المطلب الثاني قضاء التعويض

القضاء الكامل: هو ذلك القضاء الذى يتيح للقاضى ليس فقط مجرد بحث مدى مشروعية العمل الإدارى، ومن ثم إلغاء أو عدم إلغاء ذلك العمل وإنما جبر ضرره ، أو بمعنى آخر لا يتيح للقاضى فقط مجرد إدانة أعمال الإدارة المخالفة للقانون، وإنما يتجاوز ذلك إلى تصحيح وحسم المركز القانونى الذاتى للطاعن وذلك بتعديل العمل الإدارى أو تبديله إذا ثبت عدم مشروعيته أو عدم صحته، والحكم له كذلك بالتعويض عن الأضرار الناجمة عنه. فهو يتيح للقاضى بيان الحل الكامل والصحيح للنزاع المعروض عليه بما من شأنه حسم كافة عناصر ذلك النزاع بشكل نهائى.

وفى ذلك يقول أستاذنا الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، فى خصائص دعوى القضاء الكامل "أن سلطة مجلس الدولة فيها "كاملة" بمعنى أنها لا تتوقف على حد إلغاء عمل الإدارة المخالف للقانون بل تتعدى ذلك إلى حسم كافة عناصر النزاع، بتحديد المركز الذاتى للطاعن بشكل نهائى"^(١). فالقضاء الكامل إذن أوسع مدى وأكثر شمولاً من قضاء الإلغاء ومن ثم فهو أكثر فائدة وأعظم نفعاً للطاعن.

وهنا يثار تساؤل لماذا يقتصر الطاعن فى كثير من الأحيان على الطعن بطريق قضاء الإلغاء دون طريق القضاء الكامل؟.

وهذا التساؤل يقودنا فى الواقع إلى تساؤل آخر، هل يستطيع الطاعن أن يلجأ بصدد الحالات التى يجوز له الطعن فى خصوصها بالإلغاء إلى طريق الطعن بالقضاء الكامل؟

الإجابة هنا لا بد وأن تكون بالنفى، ذلك أن هناك فرقاً بين القضاءين وإلا لما وجد ما يسمى بقضاء الإلغاء والقضاء الكامل هذا الفرق يكمن فى جوهر موضوع النزاع المعروض على القضاء وما إذا كان يتعلق بمركز قانونى موضوعى للطاعن، أم بمركز قانونى شخصى أو ذاتى، بحيث أنه كلما كان من النوع الأول، أى يتعلق بمركز قانونى موضوعى، كلما كنا أمام قضاء موضوعى ومن ثم كانت دعوى الإلغاء هى الواجبة الأتباع؛ أما إذا كان يتعلق بمركز قانونى شخصى أو ذاتى. فإننا نكون أمام قضاء شخصى، وعلى الطاعن أن يسلك طريق دعوى القضاء الكامل.

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإدارى، المرجع السابق، ص ١٤.

د. جمال عباس احمد عثمان، العقد الادارى وقضاء الإلغاء، رسالة دكتوراة، المرجع السابق، ص ١٠١.

ومن ذلك يتضح أن دعاوى القضاء الكامل تشمل جميع المنازعات الإدارية التي تختص محاكم الديوان بنظرها وهي:

- دعاوى التعويض عن القرارات الإدارية وعن الأعمال المادية المنسوبة لجهة الإدارة.
- دعاوى التسويات أو الإستحقاقات الخاصة بالموظفين العموميين ومن أمثلتها المنازعات المتعلقة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت.
- دعاوى الجنسية.
- دعاوى المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية فيما عدا القرارات الإدارية المنفصلة عنها.
- الطعون الخاصة بانتخابات المجالس البلدية.
- دعاوى الضرائب والرسوم.

وفي الواقع تشكل دعاوى التعويض أو المسؤولية أهم حالات القضاء الكامل على الإطلاق سواء من الناحية العملية أو القانونية لدرجة أن القضاء الإداري قد ابتدع من خلال أحكامه المتعلقة بها مبادئ ونظريات خاصة بها متميزة ومستقلة عن تلك المتعلقة بالمسؤولية المدنية التي تحكم مختلف علاقات الأفراد فيما بينهم في إطار القانون الخاص. لذلك نشير هنا إلى مدى أهمية قضاء التعويض إلى جوار قضاء الإلغاء إضافة إلى أهم الفروق بين هذين النوعين من أنواع القضاء.

الفرع الأول:

أهمية قضاء التعويض إلى جوار قضاء الإلغاء:

تبدو أهمية قضاء التعويض كونه طريق مكمل لقضاء الإلغاء، يستطيع الأفراد من خلاله أن يطالبوا الجهات المختصة بجبر الضرر الذي أصابهم من جراء ذلك التنفيذ عن طريق دعوى التعويض.

ونظرا لأن قضاء الإلغاء يقتصر كما بينا من قبل على مجرد بحث مدى مشروعية القرارات الإدارية النهائية المطعون فيها وإلغائها إذا ثبت عدم موافقتها للقواعد الموضوعية، أو لمجموعة القواعد القانونية التي تحكمها، دون أن تمتد سلطات قاضي الإلغاء إلى أكثر من ذلك، وقد يكون في ذلك إجحاف بأصحاب الشأن الذين أصابهم ضرر من جراء تلك القرارات بحيث لا يكفي مجرد الإلغاء، أو بمعنى أدق مجرد تنفيذ الحكم الصادر بهذا الإلغاء في جبر كافة الأضرار

الناجمة عنها؛ ذلك أن إلغاء القرارات المعيبة لا يكفل في أغلب الأحوال تغطية ما قد يترتب على تلك القرارات من آثار فترة من الزمن، خاصة أن مجرد رفع دعوى الإلغاء لا يؤثر على نفاذ القرارات الإدارية المطعون فيها، فإذا حدث مثلاً ونفذت الإدارة قراراً إدارياً مطعون فيه بالإلغاء ثم أصدر الديوان حكمه بإلغاء ذلك القرار، فما هي الفائدة التي تعود على صاحب الشأن من صدور هذا الحكم؟ خاصة إذا كان من المستحيل تدارك آثار ذلك التنفيذ.

كما تبدو أهمية قضاء التعويض إلى جوار قضاء الإلغاء، إذا علمنا أن مدة الطعن بالإلغاء قصيرة نسبياً فهي - كقاعدة- ستون يوماً في السعودية و مصر وشهران في فرنسا من تاريخ نشر القرار المطعون فيه أو إعلانه أو العلم اليقيني به، بحيث أنه إذا انقضت هذه المدة دون رفع الدعوى سقط الحق في إقامتها وتحصن القرار الإداري نهائياً رغم عدم مشروعيته، في حين أن طلب التعويض عن ذلك القرار ممكن في أي وقت طالما أن الحق المدعى به لازال قائماً ولم يسقط بأى من مدد التقادم المحدث لذلك، مع العلم بأن القاعدة في هذا الشأن أن مدة التقادم هي خمسة عشرة عاماً ما لم ينص القانون على ميعاد تقادم آخر للحق المدعى به ، ومن ذلك ما نص عليه نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر في ٢٢/١/١٤٣٥هـ بالمادة ال(الثامنة) من وجوب التظلم إلى وزارة إلى وزارة الخدمة المدنية او الجهة العسكرية خلال عشر سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به قبل رفع الدعوى للديوان .

الفروق الجوهرية بين قضاء الإلغاء وقضاء التعويض:

ترجع هذه الفروق أساساً إلى طبيعة وجوهر النزاع المعروض على القضاء، وما إذا كان نزاعاً موضوعياً يتعلق بحق موضوعي عام ويؤدي من ثم إلى قيام دعوى الإلغاء، أم كان نزاعاً شخصياً أو ذاتياً يتعلق بحق شخصي أو ذاتي ويؤدي بالتالي إلى قيام دعوى التعويض، ويترتب على هذه التفرقة الجوهرية بين النزاع الموضوعي والنزاع الشخصي أوجه الإختلاف التالية:

١- في دعوى الإلغاء يختصم القرار الإداري ذاته ، في حين أن الإدارة هي التي تختصم في دعاوى القضاء الكامل.

٢- لقبول دعوى الإلغاء يكفي مجرد وجود مصلحة شخصية مباشرة للمدعى، بينما يشترط في دعوى التعويض أن يكون للمدعى حق أثر فيه القرار المطعون فيه.

٣- للأحكام الصادرة في قضاء الإلغاء حجية مطلقة تنصرف إلى الكافة. بمعنى أنه إذا ألغى القرار المطعون فيه، أصبح كأن لم يكن، لا بالنسبة إلى المدعى وحده بل بالنسبة إلى الكافة،

بينما يكون للأحكام الصادرة فى قضاء التعويض حجية نسبية مقصورة على أطراف الخصومة دون غيرهم.

٤- اللجوء إلى قضاء الإلغاء مقيد بمدة معينة (٦٠) يوماً يجب احترامها وإلا سقط الحق فى الدفاع عن مشروعية القرارات الإدارية، بينما لا يتقيد اللجوء إلى قضاء التعويض بهذه المدة طالما أن الحق المتنازع حوله لازال قائماً لم يسقط بمدد التقادم المحددة له وهى عشر سنوات فى النظام الجديد .

٥- سلطة القاضى الإدارى فى دعوى الإلغاء تقف عند مجرد الحكم بإلغاء القرار بعد التأكد من عدم مشروعيتها، بينما فى دعاوى القضاء الكامل مطلقاً يبحث النزاع برمته ليضع حلاً نهائياً وحاسماً لكل ما يثيره من مشاكل وعقبات فى الدعوى .

٦- يقتصر توجيه دعوى الإلغاء ضد القرارات الغير مشروعة ، بينما يمكن توجيه دعوى التعويض عن الإضرار الناتجة عن تصرف الإدارة المشروعة والغير مشروعة .

٧- لا يمكن توجيه دعوى الإلغاء ضد بعض الأعمال (اعمال السيادة) بينما يمكن طلب التعويض عن الأضرار الناتجة عنها .

مما سبق يتضح أن دعاوى التعويض أو المسؤولية تشكل أهم حالات القضاء الكامل على الإطلاق سواء من الناحية العملية أو القانونية ، ومن ثم فإن دعاوى القضاء الكامل تشمل جميع المنازعات الإدارية التى تختص بها محاكم الديوان وهى:

- دعاوى التعويض عن القرارات الإدارية وعن الأعمال المادية المنسوبة لجهة الإدارة.
- دعاوى التسويات أو الاستحقاقات الخاصة بالموظفين العموميين ومن أمثلتها المنازعات المتعلقة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت.
- دعاوى الجنسية.
- دعاوى المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.
- الطعون الخاصة بانتخابات المجالس المحلية أو البلدية.
- دعاوى الضرائب والرسوم.

الفرع الثانى

ولاية القضاء الإدارى بمنازعات العقود الإدارية.

لما كان للنظام القضائي الإداري مظهرين أساسيين هما القضاء الكامل (قضاء التعويض) وقضاء الإلغاء^(١)، والسؤال الذي يثار هنا يتمثل فيما هي نوعية الولاية التي تمارسها محاكم الإدارية تجاه منازعات العقود الإدارية، وما إذ كانت تقتصر ولايته على القضاء الكامل (قضاء التعويض) أم تمتد ولايته لتشمل أيضا قضاء الإلغاء؟ .

وسوف نحاول الإجابة على هذا السؤال من خلال إستعراض ولاية القضاء الإدارى إلغاءً وتعويضاً على منازعات العقود الإدارية على النحو التالي :

أولاً: ولاية القضاء الإدارى الكامل في منازعات العقود الإدارية.

إستقر الفقه في كلا من مصر وفرنسا والسعودية على أن الأصل العام في منازعات العقود الإدارية أنها تنتمي إلى القضاء الإدارى الكامل، لأن هذه المنازعات تتعلق بحقوق ومراكز ذاتية، وأن سلطة القاضي إزاءها تكون واسعة لا تقتصر على إلغاء قرار إداري غير مشروع فحسب وإنما تتسع لتشمل الحكم للمدعى بحقوق ذاتية تتركها عليه الإدارة بشأن التزاماته وحقوقه التعاقدية.

كما إستقرت أحكام القضاء على أن للقضاء الإداري في مجال العقود الإدارية ولاية القضاء الكامل، وإختصاصه في ذلك إختصاص مطلق وشامل لأصل المنازعة وما يتفرع عنها وما يكون قد صدر بشأن تلك العقود من إجراءات، ولا يستثنى من الولاية الكاملة للقضاء الإدارى في مجال العقود الإدارية سوى الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية، حيث يدخل هذا الطعن في ولاية قضاء الإلغاء^(٢).

ويقصد بمنازعات العقود الإدارية التي تدخل في إختصاصات القضاء الإداري بولايته الكاملة ، أية منازعة تتعلق بالعقد الإدارى بطريق مباشر أو غير مباشر وفى أى مرحلة من مراحل إبرام العقد سواء كانت تتعلق بإبرام العقد أو بتنفيذه أو بإنهائه، وسواء اتخذت المنازعة صورة القرار الإدارى أو أية صورة أخرى تتعلق بالعقد^(٣).

(١) د. جمال عباس أحمد عثمان، العقد الإدارى وقضاء الإلغاء، رسالة دكتوراة، المرجع السابق، ص ١٠١.

(٢) د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٢٨.

(٣) د. محمد انس قاسم جعفر، العقود الإدارية، المرجع السابق، طبعة ٢٠٠٧ ص ٢٨٥.

فمتى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإدارى سواء كانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أم بصحته أم بتنفيذه أم بانقضائه فإنه كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء.

وتأخذ منازعات العقود الإدارية في مجال القضاء الكامل صوراً متعددة أهمها :

١- دعوى بطلان العقد الإدارى.

وهى دعوى تتصل بانعقاد العقد وصحته، كتخلف احد أركان العقد الرئيسية (الرضا - المحل - السبب) أو إلى إصابة ركن الرضا بأحد عيوب الإرادة (الغلط - الإكراه - التدليس) وفقاً للتفصيل السابق بالمطلب الأول من هذا الفصل^(١).

٢- دعوى الحصول على مبالغ مالية استناداً للعقد.

كدعوى الحصول على المقابل المالى المتفق عليه في العقد، والتعويض عن الأضرار التي تسبب فيها الطرف الآخر.

٣- دعوى إبطال الجزاءات الإدارية على خلاف الإلتزامات التعاقدية.

كتوقيع الجزاءات على المتعاقد التي تكون تنفيذاً للعقد كتوقيع غرامة التأخير أو سحب العمل أو مصادرة التأمين النهائي أو فسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه.

٤- الدعوى المستعجلة المتعلقة بالعقود الإدارية.

يختص القضاء الإدارى بالنظر في الدعاوى المستعجلة المتعلقة بالعقود الإدارية، على أساس أن اختصاصه في منازعات العقود الإدارية شامل لأصل المنازعة وما يتفرع عنها، كدعوى الحراسة على أموال محل النزاع في عقد إدارى، وكدعوى إثبات الحالة وغيرها من الدعاوى الأخرى^(٢).

ويفصل القضاء الإدارى في الطلب المستعجل، لا على إعتبار أنه من طلبات وقف التنفيذ المتفرعة من طلبات الإلغاء، بل على إعتبار أنه من الطلبات الفرعية المستعجلة التي

(١) راجع الفرع الثالث من المطلب الأول والفصل الثانى من الباب الأول من هذا المبحث ص ٦٥ وما بعدها.
(٢) والدعاوى المستعجلة: هي دعوى يرفعها المدعى في حالة الاستعجال للحصول على حكم وقتي لدرء خطر داهم يهدد وجود الحق ذاته، أو لإقامة حفظ الدليل المثبت للحق إذا كان يخشى عليه من التغيير أو الزوال بمرور الوقت . د. محمد منير، قضاء الأمور المستعجلة، رسالة دكتوراه، ١٩٨٨.

تعرض على قاضي العقد لإتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا تحتمل التأخير، تدعو إليها الضرورة لدفع خطر داهم أو نتائج يتعذر تداركها حماية للحق إلى أن يفصل في موضوعه^(١).

ثانياً: ولاية قضاء الإلغاء في منازعات العقود الإدارية.

ذكرنا فيما سبق أن القضاء الإداري الكامل هو صاحب الإختصاص الأصيل بمنازعات العقود الإدارية، ولا يستثنى من ذلك سوى الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية لأن دعوى الإلغاء لا توجه إلى العقود الإدارية، فالعقد الإداري يرتبط بإجراءات تمهد الإدارة بها لإبرام العقد أو تهيئ لمولده، إذ تنقيد الإدارة وهي بصدده إبرامها للعقود بالعديد من القيود، التي يلزمها القانون بإتباعها وإتخاذ إجراءات محددة لا تستطيع أن تحيد عنها ومن هذه الإجراءات ما يتم بقرار إداري صادر من السلطة المختصة يكون له كل مقومات وخصائص القرار الإداري، من حيث كونه إفصاح من جانب الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وكان الهدف تحقيق مصلحة عامة.

فمثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه إلا أنها تنفرد في طبيعتها وتنفصل عن العقد، ومن ثم يجوز الطعن عليه بالإلغاء استقلاً، سواء كانت تلك القرارات متعلقة بعقد من العقود الخاصة للإدارة، أو بعقد من العقود الإدارية بالمعنى الإصطلاحي وتسمى بالقرارات الإدارية المنفصلة^(٢).

ولقد تبنى القضاء الإداري المصري منذ باكورة إنشائه قبول الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، فقد قرر فصل القرارات الإدارية التي تسهم في تكوين العقد الذي تبرمه الإدارة عن العملية العقدية، وذلك بعدما استقرت الفكرة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ مطلع القرن العشرين، ولم يكن الحال في البداية على هذا النحو، حيث أن محكمة القضاء الإداري أثبتت لنفسها نوعاً من الإختصاص في المنازعات المتصلة بالعقود الإدارية، وذلك بتطبيق ما جرى عليه الفقه والقضاء في فرنسا من تحليل العملية التعاقدية، فقد كان مجلس الدولة الفرنسي في بداية الأمر خلال القرن التاسع عشر، يقبل الطعن بالإلغاء ضد العقود الإدارية، فلم تكن قد ظهرت بوضوح حينئذ التفرقة بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل.

(١) د بكر عبد المجيد اسماعيل، القرار الإداري المنفصل وأثره على العقد الإداري ، المرجع السابق ، ص ٣٤٠، وما بعدها .

(٢) د. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، المرجع السابق، طبعة، ٢٠٠٧، ص ٢٨٨.

ولكن عدل مجلس الدولة الفرنسي عن موقفه السابق ورفض قبول الطعن بالإلغاء ضد العقود الإدارية منذ حكمه بتاريخ ١٨٩٩/٥/١٩ في قضية "Levieux"^(١). ويستوي في ذلك أن يكون الطعن موجهاً من احد المتعاقدين أو من الغير^(٢). مستشهدا في ذلك بحجة نسبية آثار العقد على طرفيه الذي يقضى بأن العقد لا ينتج أثراً إلا بين طرفيه، ومن ثم فإن طرفي العقد لهم وحدهم الحق دون غيرهم في المنازعة بصحة العقد أمام قاضي العقد.

وظل مجلس الدولة الفرنسي يطبق قاعد عدم قابلية خضوع المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية لدعوى الإلغاء حتى مطلع القرن العشرين، رافضا فصل القرارات الإدارية التي تسهم في تكوين العقد، متمسكا بوحدة العملية العقدية، التي هي كل مترابط غير قابل للانفصال والانقسام وهي تعرف بنظرية الاندماج.

وقد إعتبر القضاء الفرنسي أنه بمجرد التوقيع النهائي على العقد، تصبح كافة القرارات الداخلة فيه والمساهمة في تكوينه جزءاً لا يتجزأ من بنيانه، فتكون العملية التعاقدية برمتها وحدة أو كتلة واحدة لا تقبل التجزئة أو الانفصال، ويختص بنظر كافة المنازعات الناشئة عنها قاضي العقد.

وقد إنتقد الفقه مسلك مجلس الدولة السابق فقد تحدث مفوض الحكومة دافيد (David) في تقريره المقدم في قضية (Institut Catholique de Lille) في ٢ مارس ١٨٧٧ م عن قابلية القرارات المتصلة بالعقد الإداري سوا كانت سابقة عليه أم لاحقة له للانفصال عنه لأجل الطعن عليها بالإلغاء^(٣).

وقد إستجاب مجلس الدولة الفرنسي لموقف الفقه، وبدأ بالتخفيف من مسلكه السابق بعدم قابلية المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية لدعوى الإلغاء، وظهر هذا الاتجاه في قضية (commune de Gorre)^(٤).

(١) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٨٩٩/٥/١٩ في قضية "Levieux" المجموعة ص ٤٠١.
(٢) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٠٥/١٢/١٤ في قضية Coulon " " المجموعة ص ٥٨٧، الحكمين السابقين نقلاً عن د. سيد احمد محمد جادا الله، سلطة القاضي إزاء العقد الاداري، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ٢٠٠٧، ص ٢٧.

(3) Collaird (C.A) la nation d' acte detachable et son role dans la juris-prudence du conseil d'etat, en (l, evolution de droit public) etudes en l'honneur d'Achille Mestre. Sirey, 1956, p117-118.

(٤) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٠٣/١٢/١١ في قضية commune de Gorre، منشور في مجموعة سيرى ١٩٠٦ - ٣، ص ٤٩، نقلاً عن د. سيد احمد محمد جادا الله، سلطة القاضي إزاء العقد الاداري، المرجع السابق، ص ٢٩.

ثم تبلور هذا المبدأ وتجسد في حكم مارتن ، إذ قيل مجلس الدولة الفرنسي في هذا الحكم الطعن بالإلغاء على القرار الإداري الصادر بالتصريح بمنح امتياز لإحدى شركات الترام برغم أن هذا القرار يندرج في عقد الامتياز الذي تدخل المنازعة بشأنه في اختصاص مجالس الأقاليم^(١).

واستمر هذا التطور حتى ساوى مجلس الدولة الفرنسي بين الطعون المقدمة من أحد المتعاقدين أو من الغير الأجنبي عن العقد، وفي أى مرحلة من المراحل، حيث مد المجلس قضاءه السابق إلى مرحلة تنفيذ العقد وانتهائه، رغم أنها تدخل في نفوذ قاضى العقد، ومنذ هذا التاريخ استقر مجلس الدولة الفرنسي على قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال عن العقد، سواء قدم الطعن من احد المتعاقدين أو من الغير، وسواء تعلق القرار المطعون فيه بعقد من العقود الخاصة للإدارة أم بعقد من العقود الإدارية.

وعلى هذا المنهج سار مجلس الدولة المصري على درب رفيقه مجلس الدولة الفرنسي، بمد ولايته إلى منازعات العقود الإدارية، لتشمل ولاية الإلغاء، بقبول الطعن بالإلغاء في القرارات المنفصلة عن العقد الإداري.

أما بالنسبة لموقف الديوان فقد أعترف بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة من حيث المبدأ لكن فى الحقيقة لم أعثر حتى الان على حكم خاص بتطبيق هذه النظرية على العقود التى تكون الدولة طرفاً فيها باعتاره صاحب الولاية بالفصل فى تلك العقود .

الخلاصة القول أن منازعات العقود الإدارية تدخل بحسب الأصل في إختصاص ولاية القضاء الكامل، ولا يستثنى من تلك الولاية سوى القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية، إذ تدخل في إختصاص قضاء الإلغاء.

المطلب الثالث

(١) د. أشرف جمال محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، طبعة ٢٠١٠، ص ٥٣.

قضاء التأديب

يرتبط قضاء التأديب بالوظيفة العامة أرتباط وجودى ، إذا تعتبر الوظيفة العامة الشريان الحيوى لتحقيق أهداف المجتمع والنهوض بمستواه فى كافة ميادين الحياة ، ويقصد بالوظيفة العامة في مفهومها العضوي مجموع الموظفين أوالعاملين المدنيين الذين يحكمهم قانون الوظيفة العامة أو قانون الخدمة المدنية الذي ضمن لهم حقوقهم و الإلتزامات التى يجب عليهم أداؤها بما يضمن حسن سير المرافق العامة بأنظام .

بحيث إذا أخل الموظفون بالإلتزامات تجاه الإدارة والتى تتمثل فى ذات الوقت مجموعة الواجبات الملقاه على عاتقهم كان لها بل واجب عليها مساءلتهم وتوقيع الجزاء المناسب عليهم. فالإخلال بواجبات الوظيفة يعد خطأ يؤدي إلى إثارة المسئولية التأديبية . وعلى ذلك سنتناول هذا الموضوع من خلال بيان الجريمة التأديبية ، وإجراءاتها وصاحب الإختصاص بالفصل فيها .

الفرع أولا :

الجريمة التأديبية

ُعرفت الجريمة التأديبية بأنها : كل عمل أو امتناع عن عمل يصدر عن الموظف يعد خروجاً منه على مقتضيات الواجب الوظيفي.

فإذا ارتكاب الموظف العام مخالفة تأديبية ينشأ الحق في عقابه تأديبياً، وعلى خالف الوضع في القانون الجنائي لم يعني المنظم بتحديد المخالفات التأديبية على سبيل الحصر كما هو الشأن في الجرائم الجنائية التي حددها وبينها في نصوص قانون الإجراءات الجزائية والقوانين الجنائية الخاصة ، فالجرائم الجنائية تخضع لمبدأ شرعية الجريمة ، ومفاده أنه لا يمكن اعتبار أي فعل جريمة جنائية إلا إذا كان ذلك الفعل أئمه المنظم صراحة وحدد عقوبة جنائية معينة توقع على مرتكبيها، أما في المجال التأديبي فالوضع جداً مختلف، فلم يعرف مبدأ شرعية الجرائم التأديبية إنما منحها لمن يملك قانوناً سلطة التأديب .

وتبين الأنظمة أهم الواجبات الوظيفية حيث يصعب حصرها أما العقوبات التأديبية فتتناولها الأنظمة على سبيل الحصر حماية لحقوق الموظفين من تعسف رؤسائهم في استخدام السلطة

التقديرية وقيامهم بتوقيع عقوبات قاسية دون سند نظامي ، وبذلك يمكن تشبيه الجريمة التأديبية "بجرائم التعزيز في الشريعة الإسلامية" فهي جرائم غير محددة في النصوص وغير مرتبطة بعقوبات محددة سلفا ، فالقانون انما يترك ذلك لسلطة التأديب تحت رقابة القضاء، على أن يكون الجزاء الموقع من بين الجزاءات التي حددها القانون، وأن يتناسب الجزاء مع جسامة المخالفة التأديبية . ومن صورتك الجرائم : إنشاء أسرار العمل واحتفاظ الموظف لنفسه بأصل أوراق العمل - مزاولة الأعمال التجارية - قبول الهدايا بمناسبة القيام بواجبات وظيفته - شرب الخمر ولعب القمار ، إلى غير ذلك من المحظورات.

أركان الجريمة التأديبية :

١- **الركن المادي** : ويتمثل في العمل الصادر من الموظف سواء كان قولاً كسبه أحد زملائه ، أو فعلاً كالاغتداء على رئيسه أو زميله بالضرب أو قيامه باختلاس مال عام ، أو الإمتناع عن العمل كالامتناع عن تنفيذ أمر الرئيس، أو الإمتناع عن أداء الواجبات الوظيفية ، والجريمة التأديبية قد تكون مالية أو غير مالية كما سبق بيانه .

١- **الركن المعنوي** : هو إرادة الفعل عن سوء نية أو تقصير ولا يمنع مسؤولية الموظف خطئه في فهم القانون أو الوقائع أو أن الأعمال المسندة إليه كثيرة (فهي وإن كان من الممكن أن تخفف عنه العقاب إلا أنها لا تمنعه) أو أنه يجهل اللوائح والتعليمات ، أو أن العمل قد جرى على مخالفة بعض الأنظمة واللوائح ، فمثل هذه الأعذار لا تحول دون مساءلته وتوقيع العقاب عليه ، إلا إذا توافرت في حقه موانع مسؤولية تحول دون مساءلته مثل المرض ، والقوة القاهرة ، والإكراه المادي أو الأدبي ، والحادث المفاجئ ، وتنفيذ أمر من رئيس تجب طاعته بعد إصرار الرئيس على تنفيذ الأمر كتابه^(١).

الفرع ثاني

(١) د. أنس جعفر ، الدعاوى الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٠٢ وما بعدها.

إجراءات المسائلة التأديبية

أشارت المادة الأولى من الفصل الأول من الباب الثالث من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق بأن الرقابة تجري بأمر من رئيس الهيئة في الأحوال التالية:

- ١- بناء على أمر من المقام السامي.
- ٢- بناء على طلب الوزراء ورؤساء المؤسسات العامة والهيئات الحكومية التي تسهم الحكومة في نشاطها المالي والإداري.
- ٣- بناء على الإخباريات والشكاوى التي تدل التحريات على احتمال صحتها.
- ٤- بناء على طلب الجهة المختصة بالمراقبة وبناء على تقارير مفتشي ديوان المراقبة العامة أو ديوان الموظفين العام (وزارة الخدمة المدنية)، أثناء جولاتهم التفتيشية والتي تكشف فيها مخالفات تتطلب إجراء الرقابة.
- ٥- بناء على طلب إدارة التحقيق بالهيئة في القضايا التي ترى لزوم استكمال إجراءاتها بغرض الرقابة.
- ٦- بناء على مايتكشف لجهاز الرقابة بالهيئة من أمور تتطلب فرض الرقابة.

أولاً : مرحلة التحقيق الإداري:

يعرف التحقيق الإداري، بأنه مجموعة من الإجراءات تباشرها سلطة مختصة قانوناً بهدف الكشف عن مرتكب المخالفة التأديبية وجمع الأدلة الدالة على ارتكابها بهدف إنزال العقوبة التأديبية على الموظف مرتكب المخالفة التأديبية. والأصل أنه لا يجوز توقيع عقوبة تأديبية على الموظف العام دون أن يتم التحقيق معه ، فالتحقيق الإداري من الضمانات القانونية الرئيسية التي يجب أن تسبق توقيع العقوبة التأديبية.

وتختص هيئة الرقابة والتحقيق بتلك المرحلة حيث قضت المادة الخامسة من نظام تأديب الموظفين بأنه " مع عدم الإخلال بسلطة الجهة الإدارية المعنية في الرقابة وفحص الشكاوى والتحقيق تختص هيئة الرقابة والتحقيق في حدود القواعد المنصوص عليها في هذا النظام بما يلي:

- ١- إجراء الرقابة اللازمة للكشف عن المخالفات المالية والإدارية.

٢- فحص الشكاوى التي تحال إليها من الوزراء المختصين أو من أي جهة رسمية مختصة عن المخالفات المالية والإدارية.

٣- اجراء التحقيق في المخالفات المالية والإدارية التي تكشف عنها الرقابة وفيما يحال إليها من الوزراء المختصين أو من أي جهة رسمية مختصة.

٤- متابعة الدعوى التي تحال طبقاً لهذا النظام إلى ديوان المظالم.

ويرجع الهدف من إنشاء تلك الهيئة إلى تحقيق ضمانات الحيادة التامة للقيام بالتحقيق الإداري بعيداً عن تأثير الرئيس الإداري بما يكفل حيادة التحقيق ونزاهته، ويضمن أن يكشف التحقيق عن مرتكب المخالفة التأديبية أياً كان مركزه الوظيفي دون تستر عليه، وعدم التكيل بالموظفين ومجازاتهم دون وجه حق ، استناداً إلى تحقيقات صورية، تكون أداة في يد الرئيس الإداري مما يؤدي إلى الإضرار بمصلحة الموظف .

ومن الجدير أن نذكر هنا أن النظام لم يجعل مسألة التحقيق والتأديب حكراً على هيئة الرقابة والتحقيق بل ترك شطراً واضحاً من هذه المسائل في يد أشخاص محددين - كالوزير المختص أو من هو في مستواه - فمما لا شك فيه أن سلطة الإحالة إلى التحقيق لا ينبغي أن تترك مطلقة يمارسوها أي من القيادات الإدارية ، إذ لا يجوز لغير من أنيط بهم قانوناً صلاحية الإحالة إلى التحقيق ممارسته ، والغالب في هذا الصدد أن من يملك الإختصاص قانوناً بتوقيع العقوبة التأديبية على الموظف العام من الرؤساء الإداريين هو الذي يملك إحالته إلى التحقيق الإداري، والرؤساء الإداريين المختصين بتوقيع العقوبات التأديبية هم الرؤساء المباشرين وشاغلي الوظائف العليا.

ثانياً: مرحلة التأديب

بادئ ذي بدء ننوه إلى أن هيئة التأديب كانت الجهة المختصة بمحاكمة الموظفين العموميين ، ولكن بصدر نظام ديوان المظالم الصادر بمقتضى المرسوم الملكي رقم ٥١ بتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢هـ فقد ألغيت هيئة التأديب وتحول اختصاصها إلى ديوان المظالم الذي أصبح يختص بالنظر في الدعوى التي تحيلها إليه هيئة الرقابة والتحقيق.

فبعد انتهاء التحقيق ودراسة القضايا التأديبية وتوجيه الإتهام يتم التصرف فى التحقيق بحسب الجهة التى تمارسه، فإذا كانت الجهة الإدارية هى التى مارست التحقيق فلها مطلق الحرية أما بحفظ الموضوع أو توقيع العقوبة على الموظف أو تطلب من هيئة الرقابة أن تتولى التحقيق تمهيداً لإحالة الموظف إلى المحكمة التأديبية، وللجهة الإدارية إحالة أوراق التحقيق إلى الهيئة فى عدة حالات هى:

أ- إذا رأت الجهة الإدارية أن الموظف يستحق عقوبة الفصل .

ب- بلوغ الموظف سن التقاعد أثناء التحقيق.

ت- عند اكتشاف جريمة تأديبية أثناء التحقيق .

ث- فى الحالات التى يقتصر التحقيق فيها على هيئة الرقابة والتحقق وهى : إذا اشترك أكثر من موظف فى ارتكاب المخالفة - وحالة ارتكاب الموظف المخالفة فى غير الجهة التى يعمل فيها .

بعد ذلك تقوم هيئة الرقابة التى تمارس التحقيق بإحالة أوراق القضية إلى ديوان المظالم بموجب قرار اتهام يتضمن وصف التهمة والأدلة عليها والمواد النظامية المطلوب تطبيقها، ويتولى محقق القضية الإدعاء فيها أمام الدوائر المختصة بالديوان كما تقوم الهيئة بالإعتراض على الأحكام الصادرة بالدعاوى المرفوعة منها طبقاً لقواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الصادرة، ويقوم ديوان المظالم بعد إحالة الدعوى إليه من قبل الهيئة بالفصل فى فيها وتوقيع الجزاء المناسب بعد التأكد من استيفاء شروط الدعوى وفقاً لقواعد المرافعات أمام الديوان . ويتعين على رئيس مجلس المحكمة حال ورود القضية إليه أن يحدد موعد لنظرها ويتولى المجلس إبلاغ المتهم وهيئة الرقابة والتحقق بذلك ويجب أن يتضمن إبلاغ المتهم بصورة طبق الأصل من قرار الإحالة للمحاكمة.

مما تقدم ينتضح أن هيئة الرقابة والتحقق تقوم بالنسبة لموظفين بمثل ما تقوم به هيئة التحقيق والإدعاء العام لسائر المواطنين، وسلطة الهيئة فى إجراء التحقيق وفى إقامة الدعوى التأديبية لا تتوقف على قبول الجهات الإدارية ولا على موافقتها الصريحة أو الضمنية وإنما مجرد أخطارها، فقد استهدف المنظم إنشاء هذه الهيئة الرقابة لتكون قوامه على الدعوى التأديبية نيابة عن المجتمع وذات اختصاص أصيل فى ذلك .